

La future Constitution européenne et la bioéthique

Laurent Pellizza, ATER à l'Université de Corse

Loin de représenter, par sa seule existence, une évolution majeure dont les conséquences ne seraient actuellement qu'entraperçues, le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe est, d'abord et avant tout, une « codification » des textes antérieurs de droit primaire¹. Certes, alors que l'Union européenne est en passe de se doter de sa propre norme fondamentale pour remplacer ses traités matériellement constitutionnels, la démarche engagée en décembre 2001 à Laeken sous l'égide des États membres, et poursuivie par la seconde Convention, induit plusieurs avancées d'importance ; c'est notamment le cas s'agissant de l'intégration d'une Charte des droits fondamentaux qui comporte des « *innovations bienvenues en matière de bioéthique* »².

Néanmoins, parce que l'adoption même de cette nomenclature des droits a été « *rendue nécessaire* » par « *la révolution technologique* »³, et s'il demeure évidemment impossible de voir là autre chose que la manifestation d'une rencontre entre le droit communautaire et les préoccupations liées à l'éthique du vivant⁴, tout du moins dans le strict cadre des compétences de la future Union⁵, la Constitution européenne est imprégnée de trop nombreuses limites pour que son adoption soit considérée comme un progrès totalement univoque en la matière. En témoigne le double constat selon lequel la prise en compte de la bioéthique par ce texte est explicitement consacrée (I), mais, aussi, insuffisamment renforcée (II).

I. Une bioéthique explicitement consacrée par la future Constitution européenne

Si, pendant longtemps, « *l'affirmation d'un droit communautaire de la biomédecine et des biotechnologies pouvait être reléguée au rang des assertions sans fondement, elle prend aujourd'hui une tournure de plus en plus compréhensible pour le juriste* », au point qu'il est possible d'observer « *que [...] la prise en considération de données éthiques [...] a trouvé*

¹ Sans entrer ici dans la controverse relative à la qualification de ce projet, précisons néanmoins qu'aux yeux de la majorité des juristes les expressions de « traité établissant une Constitution » ou de « traité constitutionnel » sont des oxymores. Pour une présentation récente des différentes opinions émises sur ce thème : BEAUD (O.) et STRUDEL (S.), « Démocratie, fédéralisme et Constitution », in BEAUD (O.), LECHEVALIER (A.), PERNICE (I.) et STRUDEL (S.) (dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25-29. Afin de respecter la terminologie employée par la Convention sur l'avenir de l'Europe, le terme Constitution sera pourtant utilisé, et ce, sans préjuger de la nature juridique du nouveau texte.

² CLAPIÉ (M.), *Institutions européennes*, Paris, Flammarion, coll. Champs. Université, 2003, p. 339.

³ LABOUZ (M.-F.), *Droit communautaire européen général*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 9. D'autres vont plus loin et considèrent que les « *dispositions les plus novatrices* » contenues dans la Charte « *concernent la bioéthique* ». DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ? », in *Mélanges Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 98.

⁴ Du strict point de vue des craintes que suscitent les « *spectaculaires performances frankensteinienne de la biologie contemporaine* » (CAYLA (O.), « Bioéthique ou biodroit ? », *Droits*, n° 13, 1991, p. 3), ce texte déclaratif présente dès à présent un intérêt réel, surtout parce qu'il témoigne « *de la place croissante accordée aux questions biomédicales* » (LENOIR (N.) et MATHIEU (B.), *Les normes internationales de la bioéthique*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd., 2004, p. 81).

⁵ Par crainte que l'intégration de la Charte au sein du corpus normatif contraignant ne conduise à une extension des compétences, les représentants de Grande-Bretagne ont insisté pour que soit précisé, outre les formules « *tautologiques à un degré presque ridicule* » déjà contenues à l'article 51 alinéa 2, le fait selon lequel celle-ci « *n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au delà des compétences de l'Union* ». Voir : MAYER (F. C.), « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *RTDE*, 2003, p. 192.

une place certaine dans le raisonnement de droit communautaire »⁶. Pour sûr, celle-ci comporte encore des imperfections, mais il demeure que les formes de la consécration des principes de dignité humaine (1) et de non-commercialité du corps humain (2) par le projet de Constitution témoignent de réels progrès en la matière.

1. Le principe de dignité humaine

Présentée comme « *inviolable* », la dignité humaine doit être « *respectée et protégée* » selon le texte du projet de Constitution (art. II-61). Compte tenu de son caractère éminemment plastique, ce principe figure d'ailleurs parmi les « *idées de base* » caractéristiques de la « *société européenne* »⁷ et constitue une des sources de l'énoncé complet des droits bioéthiques protégés. Mieux, utilisé dès le XV^{ème} siècle par Pic de la Mirandole en tant que fondement de l'idéologie humaniste⁸, c'est aujourd'hui, du fait de l'essor des techniques biomédicales, et de la façon dont il est intégré dans le « *traité constitutionnel* », que celui-ci semble le plus actuel⁹.

Bien entendu, si certains énoncent que l'« *ensemble des textes relatifs à la bioéthique construisent ce droit à partir des droits fondamentaux et, essentiellement du principe de dignité* »¹⁰, le vent du renouveau qui souffle sur ce concept n'en facilite pas l'interprétation. Nombreuses sont en effet les acceptions dont celui-ci fait l'objet. Par exemple, même sans s'attacher à l'intégralité des opinions émises sur ce thème¹¹, force est ainsi de reconnaître que, si la conception kantienne éclaire de façon certaine le contenu de cette notion¹², les théories

⁶ BERGÉ (J.-S.), « Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie », *RTDE*, 2002, p. 627.

⁷ Groupe européen d'éthique, *Droits des citoyens et nouvelles technologies : un défi lancé à l'Europe*, Rapport sur la Charte des droits fondamentaux en relation avec l'innovation technique, demandé par le Président Prodi le 3 février 2000 et présenté à Bruxelles, 23 mai 2000, 31 p., spécialement p. 7. Cette contribution est disponible sur Internet à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/european_group_ethics/docs/prodi_fr.pdf

⁸ MATHIEU (B.), *Génome humain et droits fondamentaux*, Paris, Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Droit public positif, 2000, p. 68. Certains auteurs considèrent néanmoins que Pic de la Mirandole n'a jamais évoqué, ne serait-ce qu'implicitement, la notion de dignité. Et d'énoncer que son célèbre discours ne comporte pas une seule fois ce mot, lequel « *n'apparaît que dans le titre posthume et donc apocryphe passé à la postérité* ». Le souci principal du penseur italien aurait seulement été de savoir si « *l'homme peut ou non devenir digne de ... Dieu* », ce qui va à l'opposé d'une « *idée de dignité innée* ». Sur ce thème : MOURGEON (J.), « Les droits de l'être humain, destructeurs de sa liberté », in *Mélanges Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 402-403.

⁹ Sur le caractère actuel du concept, voir par exemple : EDELMAN (B.), « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 1997, Chronique, p. 187.

¹⁰ MATHIEU (B.), « Des droits de l'homme aux droits sur l'homme ou les transmutations du droit de la bioéthique », in *Mélanges Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 307. Véritable pierre angulaire des droits fondamentaux, la dignité devient en effet progressivement le principe dont la relecture apporte le plus d'éléments d'appréciation concrets en matière de protection de l'espèce humaine et occupe déjà la plus haute place au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans son avis sur le projet de Charte, le Groupe européen d'éthique proposait ainsi d'associer dignité et liberté « *comme principes directeurs des questions bioéthiques, manifestant la crainte que la seule référence au principe de dignité n'entraîne une conception trop autoritaire des questions relatives à la bioéthique* ». Pourtant, si, sur un plan philosophique, « *la dignité de l'homme est corrélative à sa liberté, juridiquement les deux notions sont susceptibles de s'opposer* ». Le choix de la primauté du principe de dignité assure donc « *incontestablement un champ de protection plus large* ». MATHIEU (B.), « La Charte européenne des droits fondamentaux et la bioéthique », *REDP*, 2002, p. 843.

¹¹ Car très nombreux sont les auteurs à s'être penchés sur la question. Pour une excellente synthèse, voir néanmoins : MAURER (B.), *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La documentation Française, coll. Monde européen et international, CERIC, 1999, pp. 33-58.

¹² LOZANO (M.-R.), *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*, Paris, La documentation Française, coll. Monde européen et international, CERIC, 2001, pp. 20-21.

sont trop divergentes en la matière pour que l'on puisse s'affranchir de précautions¹³. Alors que la définition selon laquelle le principe de dignité désignerait « *l'égalité appartenant à chaque être humain à l'humanité conçue comme une commune nature et l'interdiction de traiter un être humain comme un objet, corrélation de sa reconnaissance comme sujet* »¹⁴ ne paraît pas souffrir la moindre critique, il demeure notamment indispensable, afin de saisir pleinement le sens de la dignité humaine telle que reprise dans le projet de traité, de tenir compte des différentes approches telle que celle retenue par Conseil de l'Europe¹⁵. Pourtant, si la lettre de la Constitution se réfère uniquement à la dignité humaine, sans faire référence à la notion de personne, permettant ainsi une utilisation plus souple du principe, mais également moins évidente, c'est interprétée à la lumière des positions arrêtées par certaines organisations internationales que la consécration de cette protection de l'être humain dans sa dignité pourra selon nous être pleinement exploitée pour justifier, à l'avenir, l'interdiction formelle de toute forme de traitements cruels inhumains ou dégradants, et ce, alors même que, dans le cadre communautaire, aucune définition exacte du principe ne semble devoir encore être admise¹⁶. L'issue en étant d'autant plus probable que les principes dont l'interprétation se fait essentiellement à la lumière de la matricielle dignité bénéficient d'une assise aujourd'hui suffisante pour pallier cette relative imperfection. Il en va de la sorte en ce qui concerne le principe de non-commercialité du corps humain.

2. *Le principe de non-commercialité du corps humain*

Parce qu'il précise notamment que le « *corps humain et [...] ses parties* » ne peuvent, en tant que tels, constituer « *une source de profit* », le traité établissant une Constitution pour l'Europe pose ensuite, dans son article II-63 § 2, le principe de non-commercialité du corps humain. Évidemment, ce passage vise essentiellement le commerce d'organes, de tissus ou d'embryons humains et, éclairé par l'avis rendu en 1996 par le Groupe européen d'éthique, paraît bénéficier d'une portée lui permettant de « *limiter la possibilité de l'exploitation commerciale des recherches en génétique humaine au cas de l'élucidation de la fonction d'un gène comme support d'une application médicale ou pharmaceutique concrète* »¹⁷.

Compte tenu de la prégnance dont bénéficient les considérations éthiques dans le cadre du droit des brevets, il faut surtout y voir une consécration des principes posés par l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes rendu le 9 octobre 2001¹⁸, lequel avait

¹³ Pour une critique de la position dominante : HOTTOIS (G.), *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Paris, Vrin, coll. Pour demain, 1999, p. 156 et s.

¹⁴ Fascicule « Droits fondamentaux », *Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, Éditions législatives, Mise à jour 36 (date d'arrêt des textes : 1^{er} juin 2004), numéro 31, p. 810.

¹⁵ Selon cette dernière, le principe sous-tend en effet la primauté de l'être humain sur les intérêts de la société et de la science. D'ailleurs, s'il n'est reconnu qu'implicitement par la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a néanmoins reconnu que ce principe relevait de l'essence même de la Convention. Dans l'affaire *C. R. c/ Royaume-Uni*, il a ainsi été énoncé que : « *l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines* » (*AJDA*, 1996, p. 445, § 44).

¹⁶ Il en va ainsi malgré les multiples prises de positions adoptées sur ce thème très sensible par le Groupe européen d'éthique ainsi que par le Parlement européen. Pour une étude complète : RETTERER (S.), « Le concept de dignité en droit communautaire : du droit positif au droit prospectif », in *Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, pp. 87-104.

¹⁷ LENOIR (N.) et MATHIEU (B.), *Les normes internationales de la bioéthique*, op. cit., p. 84.

¹⁸ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-377/98, *Rec. p. I-7079*. Pour une approche globale de la portée de cet arrêt : BOSTYN (S.), « Het sprookje is uit. De beslissing van het Europees Hof van Justitie inzake de niet verklaring van richtlijn 98/44/EG », *Bijblad bij de industriële eigendom*, 2001, pp. 392-399 ; KOKOTT (J.) & DIEHN (T.), Casenote: ECJ, Case C-377/98, *Kingdom of the Netherlands v. European Parliament & Council of the European Union*,

principalement pour but de mettre un terme aux controverses liées à l'interprétation de la directive du 6 juillet 1998 « relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques »¹⁹. En l'espèce, rappelons que la Cour de Luxembourg, plutôt que de remettre en cause la directive en son article 5, s'est en effet contentée d'en clarifier l'interprétation avec l'examen de l'avant-dernier moyen, celui-ci étant « le plus directement lié aux enjeux éthiques et politiques du débat sur la brevetabilité des inventions biotechnologiques »²⁰. Et d'affirmer que la simple découverte d'un gène n'est pas brevetable parce que seule l'invention susceptible de résulter de cette découverte peut, en conséquence, être protégée²¹.

Malgré la position de certains auteurs qui considèrent que la Cour « persiste dans une erreur d'interprétation »²², un tel recours revêt en cela, à notre sens, un intérêt primordial car, selon les termes mêmes de l'Avocat général, « il pourrait [...] ne pas avoir été vain. Nous pensons qu'il a manifestement été suscité par une inquiétude bien compréhensible, qui reflète une conscience générale du risque que la poursuite irresponsable de la recherche biotechnologique engendre des conséquences éthiquement inacceptables ». Noëlle Lenoir et Bertrand Mathieu, considèrent ainsi que la Cour a en l'occurrence « saisi l'occasion pour affirmer certains principes essentiels »²³ évidemment consacrés, sous une forme il est vrai différente, au sein même du projet de traité. Mais si l'on peut comprendre que, s'agissant du principe de dignité humaine, les magistrats n'aient pas eu à l'époque l'audace de se référer spontanément au chapitre premier de la Charte des droits fondamentaux de l'Union²⁴, on

American Journal of International Law, vol. 96, 2002, pp. 950-955 ; ODDENINO (A.), « La corte di giustizia fa salve le regole comunitarie relative alla brevetabilità del vivente », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pp. 426-431 ; SPRANGER (T.-M.), « Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, vom 9. Oktober 2001, Rechtssache C-377/98 (Königreich der Niederlande ./ Europäische Parlament und Rat der Europäischen Union) », *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil*, 2001, pp. 1047-1049 ; VAN EECKHOUTTE (D.), Noot bij H.v.J., 9 oktober 2001, Nederland t/ Europees Parlement en Raad, zaak C-377/98, *The Columbia Journal of European Law*, 2002, pp. 509-528.

¹⁹ Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *JOCE* n° L 213 du 30 juillet 1998, pp. 13-21.

²⁰ RIGAUX (A.) et SIMON (D.), Note sous CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-377/98, *Europe*, décembre 2001, p. 12. D'ailleurs, dans la plupart des États membres, l'absence de transposition repose essentiellement sur la supposée contradiction contenue à l'article 5 de la directive qui traite de la délicate question de la brevetabilité des éléments isolés du corps humain.

²¹ Dans le corps du texte, la Cour précise en effet que la directive « interdit que le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, puisse constituer une invention brevetable ». Et ses membres d'ajouter que « les éléments du corps humain ne sont en eux-mêmes pas davantage brevetables » ; en conséquence « leur découverte ne peut faire l'objet d'une protection ». Affinant leur position, ceux-ci vont d'ailleurs plus loin et énoncent que « seules peuvent faire l'objet d'une demande de brevet les inventions qui associent un élément naturel à un procédé technique permettant de l'isoler ou de le produire en vue d'une application industrielle ». Aussi, le texte dispose fort à propos, comme le spécifie la directive, qu'« un élément du corps humain peut faire partie d'un produit susceptible d'obtenir la protection du brevet mais il ne peut, dans son environnement naturel, faire l'objet d'aucune appropriation » (Motifs 72 et 73 de l'arrêt). Voir également : BISSCHOP (K.), « Les Pays-Bas s'opposent à la directive sur les inventions biotechnologiques », *PIBD*, n° 728, 15 octobre 2001, p. 153 ; SCOTT (A.), « Le recours néerlandais contre la directive sur les biotechnologies », *PIBD*, n° 685, 1^{er} novembre 1999, pp. 161-162.

²² Sur ce point : RIVAIS (R.), « La Cour de justice européenne précise que la découverte d'un gène n'est pas brevetable », *Le Monde*, 11 octobre 2001, p. 12.

²³ LENOIR (N.) et MATHIEU (B.), *Les normes internationales de la bioéthique*, op. cit., p. 87. Et les spécialistes de ces questions de prendre pour exemple le fait que, selon la juridiction du plateau du Kirchberg, « le corps humain demeure effectivement indisponible et inaliénable ».

²⁴ Ainsi, « en s'abstenant de mentionner la Charte », la Cour s'est montrée très réservée puisqu'elle « s'appuyait sur des droits qui ne pouvaient trouver leur source que dans celle-ci ». JACQUÉ (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. Cours Dalloz, 3^{ème} éd., 2004, pp. 66-67. Dans le même sens :

regrettera malgré tout que cette intervention jurisprudentielle n'ait pas suffi à faire évoluer suffisamment vite les différentes législations nationales comme en témoigne l'incomplète transposition en droit interne dont fait toujours l'objet la directive 98/44/CE. C'est là une des principales imperfections du texte de la Constitution que de se baser sur une réalité difficile, laquelle aggrave encore les insuffisances que connaît le processus de renforcement de la bioéthique.

II. Une bioéthique insuffisamment renforcée par la future Constitution européenne

Reprise essentiellement pragmatique de l'acquis bioéthique existant, la future Constitution européenne est apparemment remarquable du point de vue des avancées que celle-ci génère en renforçant les valeurs qui procèdent de la protection de l'individu. Néanmoins, la bioéthique n'est en pratique que très peu renforcée par le projet de traité comme en atteste la carence des progrès quantitatifs (1) et la latence des progrès qualitatifs (2).

1. La carence des progrès quantitatifs

Dans le cadre du renforcement insuffisant de la prise en compte des questions du vivant par la Constitution européenne, la carence des progrès quantitatifs consiste certes essentiellement en un manque de clarté dans l'énoncé des droits et principes relatifs à la bioéthique, mais elle ne se manifeste clairement que dans l'énoncé de principes procédant du raisonnement bioéthique et dans la formalisation de certaines interdictions directement relatives aux pratiques biomédicales les plus critiquables.

En ce qui concerne, d'abord, la consécration de principes dont l'esprit procède du raisonnement bioéthique, la Constitution européenne énonce ainsi que : « *dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés le consentement libre et éclairé de la personne concernée* » (art. II-63 § 2)²⁵. Issu à l'origine de la doctrine civiliste du contrat, le principe du consentement est d'ailleurs l'incarnation même de l'autonomie de l'individu. Cependant, appliqué ici aux nouvelles questions issues du débat sur la question du vivant, celui-ci voit son importance croître d'une manière par trop complexe. En effet, en ce qu'il tend à constituer un des principaux remparts face aux errements d'une recherche biomédicale tendant trop souvent à réifier l'homme, au sein du projet de traité, sa nature originelle diffère assez sensiblement puisqu'il s'agit là moins de « *l'expression d'un accord de volonté* » que d'une « *procédure visant à sauvegarder les droits de la personne* »²⁶. Et si ce principe, solennellement affirmé au lendemain de la Seconde guerre mondiale lors du procès de Nuremberg, occupe de nos jours une place plus grande encore au sein des normes internationales de la bioéthique, au point d'être parfois présenté comme une « *condition qualifiante* »²⁷, ce n'est en grande partie que grâce à la complexification dont celui-ci fait l'objet afin de pouvoir être conjugué dans le cadre du respect de la liberté de la recherche. Il s'agit donc bien d'une exigence de portée générale mais elle induit, dès lors qu'est prévue une intervention médicale, l'assentiment libre et éclairé, donc non-vicié, de la personne concernée,

BURGORGUE-LARSEN (L.), « La "force de l'évocation" ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges Pierre Pactet*, op. cit., p. 103.

²⁵ Il en va de même en ce qui concerne les données à caractère personnel, lesquelles « *doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi* » (II-68 § 3).

²⁶ MAZIAU (N.), « Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française », *RDSS*, n° 35 (3), juillet-septembre, 1999, p. 469.

²⁷ JONAS (H.), *Le Droit de mourir*, traduit par Philippe Ivernel, Paris, Rivage, coll. Petite bibliothèque, 1996, p. 35.

conformément à l'adage « *Nemo praecise cogi potest ad factum* », c'est-à-dire, partant, une possible limitation de la protection de l'individu²⁸.

En ce qui concerne, ensuite, la formalisation d'interdictions relatives à certaines pratiques biomédicales, le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe proscrit expressément « *les pratiques qui ont pour but la sélection des personnes* » (art. II-63 § 2). Pareille référence vise notamment la démarche eugénique ainsi que les hypothèses dans lesquelles sont organisés et mis en œuvre des programmes de sélection comportant, par exemple, des campagnes de stérilisation ou de grossesses forcées²⁹. Elle entre toutefois en conflit avec les législations nationales qui autorisent le diagnostic préimplantatoire. Surtout, le texte pose le principe de « *l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains* » (art. II-63 § 2), unique pratique biomédicale à être expressément visée dans le texte de la Charte. Rappelons que ce mode de réplique génétique, imaginé depuis longtemps par les auteurs de science-fiction³⁰, a intégré le domaine du possible à l'heure où le débat sur les nouveaux pouvoirs se fait sans cesse plus passionné³¹, divisant ainsi tout à la fois l'opinion publique, la communauté scientifique comme les différentes obédiences religieuses. Bien entendu, les données du problème sont complexes puisque, outre les risques considérables inhérents à toute technique expérimentale, le clonage soulève, à l'instar d'autres pratiques procréatives, un grand nombre d'interrogations philosophiques³² ; mais, paradoxalement, sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, celui-ci fait depuis longtemps l'objet d'une interdiction en ce qui concerne respectivement ses variantes reproductives et thérapeutiques³³. Certes, la clarté et l'univocité de la démarche ne laissent que peu de doutes quant aux évolutions normatives à venir. L'énoncé est malgré cela empreint d'une limite de taille puisque la plupart

²⁸ Libre, car il constitue une manifestation de l'indépendance de la volonté, et aussi éclairé parce qu'il n'est d'acquiescement acceptable sans information complète, préalable et objective des risques qu'encourt la personne concernée. Précisons que, si l'Union reste pour l'heure silencieuse sur ce point, le consentement semble toutefois pouvoir être librement retiré à tout moment par l'intéressé à l'instar de ce que prévoit en la matière la Convention du Conseil de l'Europe de 1996 sur la biomédecine. Son article 5 énonce en effet qu'« *une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques* ». Et de conclure : « *la personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement* ».

²⁹ Tous actes qui sont considérés comme des crimes internationaux par le statut de la Cour pénale internationale adopté à Rome le 17 juillet 1998 (art. 7 § 1, point g). Pour une étude récente sur ce thème : MORANGE (M.), « Eugénisme », in CANTO-SPERBER (M.) (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 4^{ème} éd., Tome I/II, 2004, pp. 701-704.

³⁰ Dès 1929, date à laquelle aucune des possibilités actuelles ne pouvait être anticipée, Maurice Renard relatait, dans une œuvre intitulée *Le Singe*, l'histoire d'une machine capable de dédoubler l'être humain de façon imparfaite puisque les « copies » mouraient aussitôt. Un auteur du nom de Poul Anderson a fait preuve de plus de perspicacité encore puisqu'en 1953, dans sa nouvelle *UN-Man*, celui-ci qualifiait d'« *exogenèse* » un processus expérimental produisant des individus parfaitement identiques. Sur ce thème : BAUDOUT (J.), « La duplication humaine, vieille invention de la littérature de science-fiction », *Le Monde*, 29 décembre 2002, p. 4.

³¹ Quel que soit le crédit accordé aux déclarations émanant de certaines organisations uniquement composées de farfelus, la technique du clonage est en théorie maîtrisée par la science. Pour Henri Atlan, médecin et ancien membre du Comité consultatif national d'éthique, « *les probabilités de succès chez l'homme sont très faibles, mais pas nulles* ». BENKIMOUN (P.), « Une activité purement et simplement criminelle », *Le Monde*, 28 décembre 2002, p. 2. Également, sur ce thème : KAHN (A.), « Clonage humain : un non-événement ? », *Pour la science*, 2002, n° 291, p. 28 et s.

³² Francis Fukuyama s'y oppose par exemple au nom de l'égalité. Il pense que cette possibilité de choisir les gènes de sa descendance en vue de la perfectionner sera réservée aux plus fortunés, créant un nouveau fossé entre ceux qui peuvent se perfectionner et les autres.

³³ Voir en ce sens : FRYDMAN (R.), « Le clonage reproductif et thérapeutique », *RTDH*, n° 54, 2003, numéro spécial « Progrès scientifiques ou techniques et droits de l'homme », p. 422 et s. ; sur la question du clonage en général : SALOMON (J.-J.) et autres, « Le clonage humain », *Futuribles*, 2004, n° 293, janvier, pp. 5-38 ; DREIFUSS-NETTER (F.) et autres, « Le clonage humain », *Problèmes politiques et sociaux*, 2003, n° 887, avril, pp. 5-122 ; spécialement p. 85 et s. sur le nécessaire passage de l'éthique au droit.

des dispositions adoptées sont encore dépourvues de force juridique contraignante. Les interventions du Groupe européen d'éthique en constituent un bon exemple puisque, déjà, au sein de l'avis n° 3 relatif à la protection juridique des inventions biotechnologiques, celui-ci reconnaissait la nécessité d'affirmer « *l'interdiction de l'application du génie génétique à des fins non thérapeutiques, contraires à la dignité de l'homme* »³⁴. De même, dans une résolution en date du 12 mars 1997, convaincu que le « *clonage d'êtres humains [...] ne saurait en aucune circonstance, être justifié ou toléré par une société humaine* » car celui-ci « *équivaut à une violation grave des droits fondamentaux de l'homme* », le Parlement européen, jugeant qu'une « *action internationale s'impose* », affirme sans détour que « *chaque individu a droit à son identité génétique propre et que le clonage humain est et doit rester interdit* »³⁵. En cela, même si l'ensemble des interventions déclaratoires relatives à la question du clonage explique que cette opposition de principe soit reprise dans le texte de projet de Constitution³⁶, il faut selon nous y voir un des signes les plus forts de la constante complexification de la prise en compte de la bioéthique. L'atteste le fait selon lequel, une fois le traité signé, le Parlement européen est à nouveau intervenu pour pousser plus avant ses positions et demander solennellement à la Commission, dans une résolution d'avril 2005, d'exclure totalement « *le clonage des êtres humains du financement du 7^{ème} programme-cadre de recherche* »³⁷, et plus seulement les pratiques à visées reproductives.

2. La latence des progrès qualitatifs

Enfin, au nombre des améliorations certaines en matière de prise en compte des questions de bioéthique, le texte du projet de Constitution prévoit l'adhésion si longtemps discutée de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme (art. I-9 § 2). Malheureusement, il

³⁴ Voir avis n° 3, 13 décembre 1993, p. 7, point 2.2.3 b). Disponible en ligne sur le site Internet du GEE (http://www.europa.eu.int/comm/european_group_ethics/gaieb/fr/avis3.pdf). De la même manière, dans son avis n° 9 du 28 mai 1997, le Groupe dispose que « *l'instrumentalisation de l'homme, voire le danger d'eugénisme liés au clonage reproductif, le rendent éthiquement inacceptable* » et qu'en conséquence, « *toute tentative pour faire naître un être humain génétiquement identique par transfert nucléaire à partir d'une cellule humaine [...] doit être interdite* ». Afin d'être efficacement suivies, pareilles objections éthiques doivent nécessairement conduire à prohiber « *toute tentative d'obtention d'embryons génétiquement identiques dans le cadre de la procréation médicalement assistée* ». On pourra regretter que celui-ci n'évoque pas à ce sujet l'éventualité d'un moratoire. Compte tenu des retombées envisageables, cette technique, souvent utilisée, aurait pu permettre de concilier impératifs éthiques et juridiques. Sur la question du moratoire : TARDU (M.), « Le droit face au clonage », in McLAREN (A.) (coord.), *Le clonage*, Strasbourg, éditions du Conseil de l'Europe, coll. Regard éthiques, 2002, p. 160.

³⁵ Résolution du 12 mars 1997 sur le clonage des animaux et des êtres humains, B4-0209, 0213, 0214, 0225 et 0242/97, JOCE n° C 115 du 14 avril 1997, p. 92.

³⁶ Par exemple : Résolution du 15 janvier 1998 sur le clonage humain, B4-0050, 0053, 0068, 0074, 0079 et 0087/98, JOCE n° C 034 du 02 février 1998, p. 164 ; ce texte dispose que chaque individu a droit à son « *identité génétique propre et que le clonage d'êtres humains doit être interdit* ». Les députés invitent notamment « *les Etats membres du Conseil de l'Europe à signer et ratifier la convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine* », « *premier et unique texte international interdisant strictement le clonage d'êtres humains* ». Le souhait de voir chacun des États membres « *adopter une législation contraignante qui prohibe, sur son territoire, toute recherche sur le clonage de l'être humain et qui frappe toute infraction de sanctions pénales* » est une nouvelle fois exprimé, et une intéressante évolution est à noter puisque l'appel lancé aux différents acteurs juridiques institutionnels (Union européenne, Nations unies etc...) exprime la nécessité de prendre « *toutes les mesures nécessaires pour l'établissement d'une interdiction universelle et explicite, juridiquement contraignante du clonage des êtres humains* ».

³⁷ Résolution du Parlement européen du 10 avril 2005 sur le commerce d'ovules humains, P6_TA-PROV(2005)0074. Ce texte, non publié est uniquement disponible en ligne sur Internet, à l'adresse suivante : http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?SAME_LEVEL=1&LEVEL=3&NAV=X&DETAIL=&PUBREF=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2005-0074+0+DOC+XML+V0//FR

demeure que, là encore, « *beaucoup reste à faire* » avant que celle-ci devienne effective³⁸. Non pas parce qu'est toujours grand le risque de porter atteinte à l'autonomie de ce que l'on n'appellera peut-être bientôt plus le droit communautaire, ni même parce que l'adhésion risque de modifier la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, mais simplement parce qu'une fois surmonté l'obstacle juridique jusqu'alors identifié par la CJCE dans son avis 2/94, lequel consiste toujours en une absence de base légale spécifique, les difficultés restent nombreuses compte tenu du caractère particulier que revêt l'Union, même pourvue de la personnalité juridique internationale (art. I-7). D'abord, l'adhésion nécessite l'accord du Parlement européen ainsi qu'un vote du Conseil à l'unanimité (art. III-325). Ensuite, une telle évolution implique le respect par le Conseil de l'Europe de certaines procédures particulières rendues nécessaires compte tenu des « *caractéristiques très particulières du nouveau partenaire* ».

Dès lors, si du strict point de vue de la bioéthique, cette disposition a, il est vrai, le mérite d'aligner l'Union européenne sur ses États membres en admettant le principe d'un contrôle juridictionnel extérieur, et présente comme avantage de reconnaître « *l'unité fondamentale des valeurs de l'Europe tout entière* »³⁹, y compris celles qui sont aujourd'hui mises à mal par l'essor sans précédent du progrès scientifique, les progrès à attendre ne sont que médiats. S'agissant par exemple du droit à la vie, tel que posé à l'article 2, l'adhésion permettra certes d'augmenter la cohésion entre les deux systèmes même si, en ce qui concerne l'application de ce principe à l'embryon, l'arrêt du 8 juillet 2004 « *estime que le point de départ du droit à la vie relève de l'appréciation des États* », mais à une échéance forcément éloignée. Certes, c'est bien plus en améliorant la cohésion du système européen de protection de la personne humaine que le processus de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme risque d'être le plus porteur de potentialités. Il n'empêche qu'en ce qui concerne l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, même les potentialités offertes par le rapprochement avec l'Europe des Quarante-Six s'avèrent limitées, spécialement parce que derrière l'ambiguïté relationnelle qui a toujours marqué les rapports entre la Cour de justice et la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁰, force est de constater qu'aujourd'hui, bien que les exigences de la protection des droits fondamentaux ne soient toujours pas identiques en raison des dissimilitudes existant entre les buts poursuivis par les deux ordres juridiques, de très larges convergences se distinguent d'ores et déjà en la matière au point que « *tout se*

³⁸ BADINTER (R.), « La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe », in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 153.

³⁹ DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), « Les droits fondamentaux dans le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe », in *Mélanges Jean-Claude Gautron*, Paris, A. Pedone, 2004, pp. 65-66.

⁴⁰ Comme en témoignent assez clairement les conséquences importantes de l'opposition de la Cour de justice quant à une éventuelle adhésion formelle de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, au motif que celle-ci entraînerait « *un changement substantiel du régime communautaire actuel de la protection des droits de l'homme, en ce qu'elle comporterait l'insertion de la Communauté dans un système international distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions dans l'ordre juridique communautaire* ». CJCE, 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/94, *Rec. p. I-1759* ; pour un commentaire de cet avis voir par exemple : WACHSMANN (P.), « L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTDE*, 1996, pp. 467-491.

Notons que l'argumentation basée sur l'incompétence normative de la Communauté en matière de droits fondamentaux est devenue aujourd'hui plus discutable encore puisque, d'une part, le traité d'Amsterdam consacre clairement la compétence de l'Union en la matière et, d'autre part, eu égard aux inclinaisons communautaires en ce qui concerne les droits de l'homme, les modifications qu'entraîneraient l'adhésion seraient somme toute assez minimales. En ce qui concerne ce second point : MATHIEU (S.), « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme : un problème de compétence ou un problème de soumission ? », *RMC*, 1998, pp. 31-36.

« passe comme si la CEDH était l'une des sources formelles du droit communautaire »⁴¹. Rappelons en effet qu'après avoir un temps ignoré superbement la Convention, la juridiction de Luxembourg s'y est progressivement intéressée avant de s'engager dans la voie la plus logique, à savoir celle de « la connaissance et de l'exploitation »⁴². Avec l'appropriation par le juge communautaire de nombre de principes contenus dans le texte, émerge en outre chaque jour davantage l'idée selon laquelle on assiste à une véritable appropriation du contenu normatif de la Convention par les instances communautaires⁴³. Bien qu'aucun lien juridique n'unisse formellement la Convention élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe à la plus haute juridiction de l'ordre communautaire, ce texte, en tant qu'instrument international de protection des droits de l'homme, est au surplus une référence incontournable dont « il convient de tenir compte dans le droit communautaire »⁴⁴. La prééminence de ce texte qui constitue l'« épine dorsale de l'ordre normatif européen »⁴⁵ a d'ailleurs été maintes fois reconnue par la jurisprudence pour qui cette convention revêt « une signification particulière »⁴⁶. Nombreuses sont en effet les espèces où, à l'instar de la jurisprudence *Rutili*, la Cour cite explicitement certains articles comportant des principes applicables à la bioéthique tels que l'article 8 qui pose, en son alinéa 1^{er}, le droit au respect de la vie privée, ou l'article 9 qui, en affirmant la liberté de pensée, fonde la liberté de la recherche⁴⁷. La raison première est sans nul doute constituée par la facilité d'accès que présente ce texte. En effet comme l'expliquait Claus Gulmann dans ses conclusions sur l'arrêt *Otto BV*⁴⁸ la Convention est un outil particulièrement disponible qui présente avant tout l'intérêt d'avoir été accepté par l'ensemble des États membres de la Communauté⁴⁹. De fait, même réalisée, l'adhésion de

⁴¹ PUISSOCHET (J.-P.), « La Cour de justice et les principes généraux du droit », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Actes du Xème Congrès de l'Union des avocats européens organisé à Venise du 30 mai au 1^{er} juin 1996, Bruxelles, Bruylant, 1997, 643 p., pp. 1-19 ; également, du même auteur, voir : « Conclusions », in RIDEAU (J.) (dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit : continuités et avatars européens*, Actes de la journée nationale CEDECE organisée à Nice en avril 1999 par le pôle européen Jean Monnet, Paris, LGDJ, 2000, p. 497. Pour une étude récente sur ce thème : COHEN-JONATHAN (G.), « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Benoît Jeanneau*, op. cit., pp. 3-31.

⁴² PICOD (F.), « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, coll. Droit et justice, 1998, pp. 289-334.

⁴³ Sur ce thème : ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'homme après le traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ? », *Europe*, octobre 1998, Chronique n° 7, pp. 3-7.

⁴⁴ CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, Affaire 4/73, *Rec. p.* 491.

⁴⁵ COHEN-JONATHAN (G.), *Aspects européens des droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, coll. Préparation au CRFPA, 3^{ème} édition, 2002, p. 204.

⁴⁶ Voir par exemple : CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c/ Commission*, Affaires 46/87 et 227/88, *Rec. p.* 2859 et, plus récemment, CJCE, 28 mars 2000, *Dieter Krombach c/ André Bamberski*, Affaire C-7/98, *Rec. p.* I-1935.

⁴⁷ En revanche, ceux qui se réfèrent à la source conventionnelle pour trancher des litiges faisant apparaître des questions de bioéthique sont beaucoup plus rares et, pour l'heure, seul l'arrêt *X. c/ Commission* du 5 octobre 1994 se réfère à l'article 8 du texte du Conseil de l'Europe pour poser le principe du droit au respect de la vie privée.

⁴⁸ Conclusions de l'avocat général GULMANN (C.) présentées le 15 juin 1993, CJCE, 10 novembre 1993, *Otto BV c/ Postbank NV*, Affaire C-60/92, *Rec. p.* I-5683. Et celui-ci d'énoncer : « À notre avis, il convient d'accorder une importance particulière [...] au fait que tous les États membres se sont engagés à respecter les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme » (point 29).

⁴⁹ Cela explique pour une large part le fait que les champs de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se recoupent le plus souvent. D'ailleurs, même si, « en l'état », cette dernière ne change rien à la « situation juridique relative aux rapports entre le droit communautaire et la CEDH », la Charte s'inscrit « cependant [...] dans la perspective de la formation d'un système [...] propre de protection des droits fondamentaux et est destinée [...] à devenir la source formelle des

l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme risque seulement, à l'instar de l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *de rendre plus visible pour les citoyens les droits existants* »⁵⁰.

droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire » (SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, Classiques, 7^{ème} éd., 2005, p. 156).

⁵⁰ Lesquels citoyens risquant « *bientôt de "voir" que les droits garantis par la Charte sont d'un niveau inférieur à ceux que leur garantit l'État dont ils sont les ressortissants* ». CLAPIÉ (M.), *Institutions européennes*, Paris, Flammarion, coll. Champs. Université, 2003, p. 339.