



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

A LA RECHERCHE DE L'EMBRYON...

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2013) [A la recherche de l'embryon... : à propos de la décision n° 2013-674 DC du 01 août 2013, Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.](#) Constitutions : revue de droit constitutionnel appliqué (n°3). p. 443.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

A LA RECHERCHE DE L'EMBRYON...

À PROPOS DE LA DÉCISION N° 2013-674 DC DU 01 AOÛT 2013, LOI TENDANT À MODIFIER LA LOI N° 2011-814 DU 7 JUILLET 2011 RELATIVE À LA BIOÉTHIQUE EN AUTORISANT SOUS CERTAINES CONDITIONS LA RECHERCHE SUR L'EMBRYON ET LES CELLULES SOUCHES EMBRYONNAIRES

Le Conseil admet la constitutionnalité de la loi autorisant les recherches sur l'embryon humain. Dans la continuité de ses précédentes positions sur cette question, il n'apprécie pas au fond le choix du législateur et en vérifie seulement les termes. La question des états généraux de la bioéthique est également abordée.

The Constitutionnal Council admits conformity to the law authorizing the researches on the human embryo. Like in it's previous opinions on this issue, it does not estimate the political choice of the legislator and verifies only the legal terms. The question of the "general states" of the bioethics is also approached.

Ce 1^{er} août 2013, le Conseil constitutionnel a rendu une décision ne portant que sur un seul article de loi portant sur la recherche sur l'embryon et pourtant elle pourrait bien mériter le surnom de « bioéthique III ». Cette décision, à la rédaction de laquelle a participé l'ancien président V. Giscard d'Estaing, atteste en effet d'une sorte de continuité dans les raisonnements et méthodes du Conseil en la matière.

Parmi les trois lois des 29 juillet 1994, 6 août 2004 et 7 juillet 2011, qui ont remis sur l'ouvrage le droit de la bioéthique ou « biodroit », seule la première a été soumise au Conseil constitutionnel. Mais toutes ont successivement régi le droit de la recherche sur l'embryon.

Depuis la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits

du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal, la France avait fait le choix d'interdire l'« expérimentation sur l'embryon » et n'acceptait que les « études », c'est-à-dire les observations qui ne conduisaient pas à la destruction de l'embryon. Abolissant cette distinction devenue inutile, la loi n° 2013-715 du 6 août 2013, ici soumise au Conseil constitutionnel, autorise, sous conditions, cette recherche sur l'embryon ainsi que sur les lignées de cellules souches qui sont issues de sa destruction.

La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique avait ouvert une période de cinq ans pendant laquelle de telles recherches pouvaient, sous certaines conditions, être autorisées¹. L'article 41 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a maintenu ce dispositif à titre permanent (art. L. 2151-5 du CSP). Ce *statu quo* n'a pourtant été obtenu que d'extrême justesse et après d'âpres débats tentant de mettre à jour la nécessité de faciliter l'usage des cellules de l'embryon en renversant le principe. Certains évoquaient le fait que l'affichage de l'interdit nuisait gravement à l'image de marque de la France dans la concurrence que se livrent les chercheurs et empêchait de nouer des partenariats. D'autres, argumentaient quant à l'absence d'intérêt de cette recherche désormais détrônée par la culture de cellules adultes reprogrammées (iPS). Le fond du débat demeure tout de même la représentation anthropologique que les Français et les européens ont de ce qu'est un embryon *in vitro*. L'idée qu'il ne soit qu'un simple matériau de laboratoire rebute toujours une part importante de la population, ce qui expliquait, en 2011, le maintien de l'interdit au prix d'un dispositif de compromis assez complexe, et pour beaucoup insatisfaisant, qui justifie les moyens par la fin².

Depuis, la recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite sauf accord de l'Agence de la biomédecine qui vérifie si la pertinence scientifique du projet de recherche est établie, si la recherche est susceptible de permettre des progrès médicaux majeurs, si il est expressément établi qu'il est impossible de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas à des embryons humains et si le projet de recherche et les conditions de mise en oeuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon. Cela seulement sur des embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental et avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus, par ailleurs dûment informé

des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. Les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne peuvent être transférés à des fins de gestation.

Cette période de latence avait également expliqué que la France ne ratifie pas la Convention d'Oviedo, du 4 avril 1997, relative à la biomédecine. La France l'a finalement ratifié le 13 décembre 2011 en vertu de la loi du 7 juillet 2011. Les saisissants l'ont invoquée ici au motif que son article 16 exige une « protection adéquate de l'embryon » lorsqu'il est procédé à des recherches. Ce à quoi le Conseil ne saurait, en l'état de sa jurisprudence, répondre.

Le contexte européen a également évolué dans la période avec l'arrêt de la CJUE du 18 octobre 2011, dans l'affaire C-34/10, *Oliver Brüstle c/ Greenpeace eV*³ qui identifie embryon et lignées de cellules souches et prohibe la brevetabilité d'inventions issues de recherches détruisant les embryons.

Plusieurs facteurs ont semble-t-il pourtant contribué à ce qu'à peine un an après le vote de cette loi, certains parlementaires⁴ aient pris l'initiative d'une proposition de loi revenant sur ce mécanisme en vue de franchir le Rubicon de l'interdit. Tout d'abord l'absence de consensus lors du vote de juillet 2011, puis la forte demande des milieux de la recherche et les avis concordants des instances éthiques et juridiques. Mais il faut surtout mentionner un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris⁵ qui a annulé une autorisation de recherches au bénéfice de l'INSERM sur saisine de la Fondation Jérôme Lejeune. La cour a en effet jugé illégale la décision de l'ABM dans la mesure où celle-ci ne respectait pas les conditions légales posées par l'article 2151-5 du code de la santé publique (CSP) : l'ABM ne peut autoriser des recherches sur l'embryon ou des cellules embryonnaires que si elles permettent des progrès thérapeutiques majeurs et qu'il n'existe pas une méthode alternative d'efficacité comparable. En l'espèce, la seconde condition n'était pas remplie. Pour le juge, l'Agence endosse la responsabilité de motiver expressément le critère de la subsidiarité de l'utilisation des cellules de l'embryon, *a fortiori* lorsque les experts qu'elle consulte ont des positions contradictoires comme c'était le cas en l'espèce. Il revient donc à l'État de prouver que les méthodes alternatives n'amènent pas une efficacité comparable. Or, selon les conclusions de la défense, il n'existait pas de « consensus scientifique sur le caractère substituable des deux

techniques ». Le juge prend donc le législateur au mot pour exiger la preuve, presque impossible, d'une « absence » d'équivalence, alors même que les chercheurs ne savent pas eux-mêmes ce qu'ils vont trouver ni comment. Au demeurant, la décision de la cour respectait parfaitement l'esprit de la loi, celui de l'interdit. Là où l'interdit règne, l'interprétation restrictive de la dérogation s'épanouit. Voilà pourquoi le législateur a repris la main pour renverser l'interdit et alléger les conditions.

Ce sont donc ces conditions que le législateur a entendu assouplir en passant à un régime d'autorisation. Désormais « aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation ». L'obtention de cette autorisation repose sur plusieurs conditions : la pertinence scientifique de la recherche ; son inscription dans une finalité médicale ; sa subsidiarité (cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires) ; le respect des principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon (fixés notamment aux art. L. 2151-1 et s. du CSP, relatifs à la conception et à la conservation des embryons fécondés *in vitro* et aux art. L. 1211-1 et s. du CSP : interdiction du clonage à des fins thérapeutiques ou de recherche, de la création d'embryons transgéniques ou chimériques ainsi que de la conception d'embryons ou de leur utilisation à des fins industrielles.

La question théorique centrale reste celle de l'équivalence entre une interdiction avec dérogation sous conditions et une autorisation sous conditions. Si en apparence la situation ne change que symboliquement, c'est-à-dire politiquement ce qui est beaucoup, il n'en est rien en pratique et cela pour deux raisons.

La première nous est clairement exposée par l'arrêt de la cour administrative d'appel ci-dessus évoqué : en cas de dérogation, l'interprétation des conditions est stricte. Ainsi, si le texte évoque le fait qu'une condition doit être explicitement remplie, cela ne peut se réduire à l'affirmer sans motivation approfondie. À l'inverse, en cas de régime d'autorisation, la liberté, ici celle de la recherche, devient le principe et le refus, seul, nécessite une motivation et une proportionnalité. Il ne saurait donc être équivalent de passer de l'interdiction à l'autorisation.

La seconde raison tient à la « charge de la preuve » du respect des conditions comme la subsidiarité. Dans le cas du principe de l'interdiction il appartient à l'autorité administrative, renseignée par le

candidat et conseillée par son Conseil d'orientation, de motiver sa décision en se contentant de ce que la preuve de l'absence d'alternative n'a pas été apportée par le candidat. Il semble qu'avec un régime d'autorisation il faudrait prouver l'existence d'alternatives sérieuses, ce qui se révèle très difficile et profite au chercheur-demandeur.

C'est dire l'enjeu juridique et éthique de cette décision du Conseil, lequel se glisse plutôt au second plan derrière un traitement réservé et technique des questions abordées. On verra que les points qui posent problème ne sont que peu (ou pas) abordés. Il sera question essentiellement de la qualité de la procédure d'autorisation des recherches puis des éléments de protection de l'embryon, dont la procédure des états généraux ici écartée.

I- La qualité de la procédure de police administrative mise en place

L'essentiel de la décision du Conseil porte sur la manière dont la loi définit les conditions d'examen des demandes d'autorisation. Le Conseil n'évoque pas le principe même de ce régime et ses rapports avec la liberté de la recherche. Il vérifie plutôt que cela n'opère pas de transfert de compétence de la loi à l'Agence de la biomédecine ; tandis qu'il balaie rapidement la question du contradictoire dans le cadre du recours ministériel.

A- L'absence de la liberté de la recherche

On sera d'abord, et globalement, étonné que la liberté de la recherche ne soit à nouveau pas convoquée dans cette décision. Elle eut pourtant été l'occasion de reconnaître une forme d'autonomie à cette liberté que le Conseil considère implicitement comme une composante de la liberté d'expression et de communication, sans réelle spécificité. Cette évanescence a d'ailleurs caractérisé également les débats parlementaires, lesquels ont bien davantage mis en avant la compétitivité économique de nos entreprises de biotechnologies que la recherche en soi. Cela n'est sans doute pas étranger au fait que la loi vise une recherche appliquée à une finalité médicale. Il résulte de notre culture politique le refus de considérer l'activité de recherche comme une liberté

conceptuellement autonome.

Quoiqu'il en soit, ni le législateur, ni le Conseil constitutionnel ne présentent leurs raisonnements comme une conciliation entre, d'une part, la liberté de la recherche et la liberté d'entreprendre et, d'autre part, la valeur que représenterait l'embryon en lui-même, soit comme matériau humain, soit comme personne potentielle. Le traitement juridique des questions bioéthiques semble se détacher nettement des argumentaires éthiques, ceux du CCNE par exemple. Ceux qui furent menés à l'origine en 2004 en étaient plus proches⁶.

Point de liberté de la recherche à défendre face à l'embryon donc ? Pourtant, la formulation retenue par la loi indique clairement qu'aucune recherche n'est autorisée... sauf à obtenir l'accord de la puissance publique. Il s'agit donc d'instituer un régime d'autorisation encadrée pour ce qui semble être, implicitement, une composante de la liberté d'expression, conçue comme liberté de s'informer et liberté de communiquer les résultats de ce travail d'information. Rappelons que le Conseil l'a conçue ainsi dans sa décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012⁷, par laquelle il a censuré la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi. Le Conseil a jugé qu'en réprimant la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication.

B- L'épuisement de la compétence de la loi

Les requérants estimaient que le législateur est resté en-deçà de sa compétence en abandonnant à l'Agence de la biomédecine un pouvoir d'appréciation trop vaste. Les formulations utilisées seraient trop imprécises. Outre l'intelligibilité des nouveaux critères, ils relevaient la détermination des conditions et la définition d'un nouvel examen d'un protocole de recherche par l'Agence de la biomédecine. Ils critiquaient en particulier l'imprécision du critère de subsidiarité « en l'état des connaissances scientifiques ». Les requérants mêlaient ainsi des aspects de fond (le respect des principes législatifs qui protègent l'embryon) et des arguments de forme (puisque ces principes

n'ont pas changé c'est l'imprécision de leur formulation dans la nouvelle loi qui pose problème). Il s'agit donc d'une application conjointe d'éléments liés à l'intelligibilité de la loi et du droit de la bioéthique.

Évidemment, la modification de deux des quatre conditions d'accès à la recherche constitue le coeur de la réforme. C'est à l'aune de leur ouverture que se jugera la réalité de l'évolution. Concernant la subsidiarité, le passage de « Il est expressément établi qu'il est impossible de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas à des embryons humains, (...) » à « en l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires » est évidemment moins restrictif sur le fond et dispense en outre l'administration de motiver expressément sur ce point. Ce fût un point fort du débat au Parlement et de la saisine des députés car, pour certains scientifiques, la recherche sur l'embryon, dans son principe même, serait obsolète. L'existence de cellules souches adultes reprogrammables (les iPS) suffirait. Cette absence d'unanimité avait d'ailleurs joué un rôle devant le juge administratif. Dès lors, cette condition serait inintelligible.

La même remarque s'applique au sujet du passage de « la recherche est susceptible de permettre des progrès médicaux majeurs » à « la recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale ». Cela évite de demander la preuve, impossible à fournir, des débouchés de la recherche. Cela en outre évite d'enfermer la liberté de la recherche dans des finalités plus morales que d'autres. Comme l'écrit Laure Coulombel : « Cela sous-entend que le corps législatif considère que la recherche de connaissances par elles-mêmes est moins importante que la finalité thérapeutique qui seule justifierait la transgression »⁸. L'état se desserre autour des chercheurs de cellules souches.

Il s'agit clairement pour le législateur de donner les coudées franches à l'Agence. Refuser ce changement au motif d'imprécision aurait été ruiner les efforts du législateur. Le Conseil a donc sagement conclu, en se contentant de recopier la loi, « qu'en subordonnant au respect de ces conditions la délivrance de toute autorisation de recherche sur l'embryon humain ou les cellules embryonnaires issues d'un embryon humain, le législateur n'a pas confié à une autorité administrative le soin de fixer des règles qui relèvent du domaine de la loi ».

C- L'application des droits de la défense à la procédure d'autorisation

Les requérants mettaient encore en cause la procédure administrative de réexamen du dossier ayant servi de fondement à la décision de l'Agence de la biomédecine. En effet, les ministres chargés de la santé et de la recherche peuvent, dans un délai d'un mois et conjointement, demander un nouvel examen du dossier en cas de doute sur le respect des principes éthiques ou sur la pertinence scientifique d'un protocole autorisé. Pour eux, cette procédure met en place « une validation implicite des protocoles de recherche » en ce qu'elle n'impose aucune motivation précise à l'Agence de la biomédecine. De même, le processus de suspension ou de retrait de l'autorisation ne comporterait pas les garanties d'examen contradictoire. Cela signifierait l'absence de garanties d'examen contradictoire et de procédure et constituerait une méconnaissance de la garantie des droits inscrits à l'article 16 DDH. Pour le Conseil, cela « ne porte aucune atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif et au principe du contradictoire qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». Ce rejet peut soit se comprendre comme le résultat de l'inapplicabilité de l'article 16 aux procédures d'autorisation de police administrative ou, au contraire sa mise en oeuvre. La seconde hypothèse ne va sans doute pas de soi mais mérite examen.

Le Conseil l'applique naturellement aux procédures juridictionnelles et aux procédures répressives⁹ administratives¹⁰, mais l'idée de « droits de la défense » et de « débat contradictoire » semble ici être aussi une exigence constitutionnelle de la procédure administrative non contentieuse. Jusqu'ici, et conformément à l'esprit des principes généraux dégagés par le Conseil d'État, si le juge constitutionnel imposait le respect d'une procédure contradictoire et des droits de la défense, c'était dans le cadre de l'appréciation d'une situation personnelle : dans les procédures fiscales¹¹, dans les cas de licenciements prononcés pour un motif disciplinaire par exemple¹². Il indiquait alors « qu'il ne résulte pas de ce principe qu'une telle procédure devrait être respectée dans les autres cas de licenciements ». Or, on ne voit pas très bien dans l'hypothèse d'un réexamen du protocole de recherche par l'ABM, où seraient la situation personnelle, ni même la répression. Si le Conseil devait donc admettre ici cette applicabilité ce serait parce que la demande ministérielle s'analyse comme un recours gracieux, qui n'en doit pas moins être effectif, donc contradictoire¹³. Il serait trop long ici de creuser cet apport. L'essentiel étant le statut de l'embryon.

II- Les principes de la protection de l'embryon

Ici, le raisonnement du Conseil reste fidèle aux positions adoptées en 1994, avec quelques doutes néanmoins. Concernant les principes constitutionnels supposés protéger l'embryon on suivra jusqu'à un certain point la décision du Conseil. Il faudra enfin s'arrêter sur la question des états généraux de la bioéthique qui semble un peu vite évacuée.

A- La dignité et ses garanties législatives

Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, recentré sur le champ de la protection du corps humain depuis que les aspects sociaux qui lui étaient attachés (droit au logement décent) aient été ramenés dans le giron du Préambule de 1946, s'est vu examiné dans diverses décisions liées à la génétique : décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile* (tests ADN), décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.* (Fichier empreintes génétiques) ; ou aux conditions d'hospitalisation sous contrainte (Décis. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, *M^{lle} Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement])¹⁴.

Rappelons que depuis la décision de 1994, l'embryon *in vitro* ne partage rien de la protection constitutionnelle de l'embryon *in utero*. Le Conseil avait alors admis comme conformes à la Constitution, les « études » sur les embryons, c'est-à-dire des observations non destructrices. Contrairement à ce que l'on a pu lire dans les débats parlementaires et dans la saisine, depuis 1994, le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ne lui est pas applicable, la notion d'être humain, issue de la loi sur l'IVG, ne désignant que l'embryon *in utero*. Prenant acte du choix législatif de sacraliser le fameux « projet parental » et de n'accorder à peu près aucune protection constitutionnelle objective à l'embryon *in vitro*, le Conseil admet pleinement le refus juridique de toute « ontologie » de l'embryon ; seule compte son utilité : donner naissance ou non. En l'absence de projet parental, l'embryon ne rencontre aucun principe constitutionnel : ni l'égalité « qui ne lui est pas applicable », ni directement la dignité de la personne humaine (qu'il n'est pas). Si la loi le protège quelque peu, ce n'est que comme l'avant-garde génétique de l'humanité. Mais le

Conseil a bien refusé de voir dans le Préambule de 1946, « contrairement à ce que soutiennent les saisissants, aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité »¹⁵. Il faut donc veiller simplement à ce que les principes législatifs qui forment rempart autour de la dignité ne soient pas trop remis en cause, en particulier le principe d'intégrité de l'espèce humaine. Le Conseil relève donc dans la présente décision « qu'en imposant que le projet et les conditions de mise en oeuvre du protocole respectent les « principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires », le législateur a entendu faire référence aux principes fixés notamment aux articles L. 2151-1 et suivants du code de la santé publique, relatifs à la conception et à la conservation des embryons fécondés *in vitro* et aux principes fixés notamment aux articles 16 et suivants du code civil et L. 1211-1 et suivants du code de la santé publique, relatifs au respect du corps humain. ». Ce dixième considérant mérite qu'on s'y arrête.

Le Conseil se livre en effet à une interprétation de la loi qui ne cite pas les principes éthiques que l'Agence de la biomédecine devra veiller à faire respecter dans les protocoles des recherches qui lui seront soumis. Et en se livrant à ce travail d'exégèse, le juge constitutionnel convoque les principes spécifiques à l'embryon et qui interdisent de s'en servir comme porte d'entrée de manipulations génétiques : interdiction du clonage à des fins thérapeutiques ou de recherche, de la création d'embryons transgéniques ou chimériques ainsi que de la conception d'embryon ou de leur utilisation à des fins industrielles ou encore l'interdiction de la sélection des personnes. Mais il évoque aussi les principes relatifs au respect du corps humain des articles 16 et suivants du code civil et articles L. 1211-1 et suivants du code de la santé publique, dont on a peine à croire qu'ils soient applicables à l'embryon *in vitro*, même en le voyant en lui-même comme un élément du corps humain. Plus encore, appliquer à l'embryon les règles qui ne concernent que le corps de la personne humaine ne peut qu'étonner.

Cette décision rappelle celle de 1994 par son refus d'aborder la question de fond : quelles sont les normes qui font équilibre à la liberté de la recherche et quelles sont les garanties apportées ? Mais en quoi le fait qu'on attende après un couple qui « n'a plus de projet parental » est-il une protection de l'embryon¹⁶? En quoi le fait de se limiter à des embryons issus de l'AMP est-il une protection de ceux-ci ? En quoi la « finalité médicale » suffit-elle à justifier l'utilisation de ce que le Comité

consultatif national d'éthique (CCNE) baptise « personne potentielle » ? Quand le législateur n'ose plus se poser ces questions, il ne faut pas attendre que le Conseil constitutionnel se les pose. Beaucoup de ce que l'on écrivait alors reste d'actualité¹⁷.

B- La mise à l'écart des états généraux de la bioéthique

On remarquera pour commencer que le gouvernement a fait voter ce texte par une procédure d'urgence et à l'aide d'un vote bloqué. La sécurisation urgente de la recherche devait être, à n'en pas douter, le seul motif de ces contraintes. Le CCNE n'a pas non plus été consulté alors même que le Premier ministre avait estimé, pour l'assistance médicale à la procréation, que ce passage était « la moindre des choses »¹⁸.

Mais il a également conduit à la mise à l'écart de la démocratie participative sous sa forme d'un débat public, autrement dénommé « états généraux de la bioéthique » dont le CCNE est en principe le coordonnateur, sorte de colégislateur au terme de l'article L. 1412-1-1 du code de la santé publique qui prévoit : « Tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé doit être précédé d'un débat public sous forme d'états généraux. Ceux-ci sont organisés à l'initiative du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, après consultation des commissions parlementaires permanentes compétentes et de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques. À la suite du débat public, le comité établit un rapport qu'il présente devant l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, qui procède à son évaluation ». Cette procédure avait été instaurée par la loi même qu'il s'agissait de réviser. Elle devait, de l'avis presque unanime¹⁹, éviter le débat d'experts et l'isolement parlementaire sur des sujets d'éthique intéressant toute la population. Ce texte avait alors été voté par l'opposition devenue à présent majorité.

Pour la majorité parlementaire de 2011, il semble que l'appel à des états généraux se justifiait par leur effet « conservateur ». La tendance générale de ces réunions a en effet été d'afficher une

certaine méfiance vis-à-vis des biotechnologies et d'appeler à un encadrement solide. Le regard porté sur la recherche sur l'embryon, en particulier, a été critique, à la fois sur le régime de 2011 jugé trop ambigu, et sur le principe même de la recherche : « L'avis marseillais reflète, en ce sens, le souci des citoyens de fixer une limite tangible aux activités de recherche, en particulier lorsqu'il s'agit de recherche biomédicale sur l'embryon »²⁰. Évitant l'écueil, la nouvelle majorité s'est contentée des leviers des pouvoirs publics. Ce renoncement au « débat citoyen » a été maintes fois dénoncé lors des débats parlementaires et l'analyse du Conseil constitutionnel était attendue ; car la question est au fond « le législateur peut s'obliger lui-même à suivre une procédure particulière de consultation ? ».

Au plan réglementaire, on sait que le Conseil d'État estime pour sa part que les administrations sont soumises aux règles de procédures qu'elles édictent elles-mêmes, sans obligation supérieure, et doivent appliquer leurs propres actes²¹. Il s'agit d'une garantie pour l'administré tant au nom du principe d'égalité que de la sécurité juridique.

En droit constitutionnel, ne peut-on voir dans cette contrainte auto-instituée, cette procédure des états généraux, une garantie législative de valeurs constitutionnelles ? N'est-ce pas, comme beaucoup l'ont écrit, une jonction bienvenue de la démocratie représentative et de la démocratie participative ? Une garantie supplémentaire pour le respect des valeurs portées par les lois bioéthiques ?

Les requérants analysaient l'adoption de la proposition de loi comme un détournement de procédure. La réponse du Conseil est sans appel, mais non sans équivoque : « Considérant que, d'une part, les dispositions précitées de l'article L. 1412-1-1 du code de la santé publique, applicables aux projets de loi, ont valeur législative ; que, d'autre part, aux termes du premier alinéa de l'article 39 de la Constitution : « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement » ; qu'aucune règle constitutionnelle ou organique ne faisait obstacle au dépôt et à l'adoption de la proposition de loi dont est issue la loi déferée ».

Le Conseil réserve ainsi à la Constitution et aux règlements des assemblées le soin de régir la procédure législative. C'est heureux car une majorité politique conjoncturelle ne saurait lier le

Parlement pour l'avenir, en outre sans la solidité d'une règle de valeur supérieure à la loi elle-même, car ce que fait une loi une autre peut le défaire. Mais le message s'obscurcit lorsque le Conseil se place sur le terrain du pouvoir d'initiative des lois. Il semble écarter toute limite de procédure si elle contraint les détenteurs de l'initiative législative. Or, la procédure des états généraux se situe après l'initiative de la loi de révision de la bioéthique ; elle ne concurrence pas ce pouvoir mais lui impose seulement ensuite d'organiser un débat par le truchement du CCNE qui devient ainsi le conseiller obligé du Parlement.

La réponse du Conseil mêle ainsi, maladroitement semble-t-il, un argument de compétence normative (seuls les organes expressément désignés par la Constitution ont l'initiative des lois et il n'appartient pas à la loi d'y déroger) et un argument procédural (les états généraux sont un élément de l'initiative et le législateur ne peut pas lier les autorités qui ont l'initiative des lois). De plus, un autre argument, conjoncturel celui-là se dessine : la loi parle de « projet de révision » et en l'occurrence il s'agit d'une « proposition ». Reprenons ces trois éléments.

L'argument de l'initiative, l'invocation de l'article 39 ne convainc pas beaucoup. L'article L. 1412-1-1 du code de la santé publique ne donne pas l'initiative de la loi à un autre organe que le gouvernement ou les chambres, il impose seulement, une fois cette initiative normalement accueillie, de consulter le public. Le problème n'est donc pas là.

L'argument tendant à distinguer les projets et les propositions, apparaît encore moins pertinent. Outre qu'il méconnaît l'intention du législateur de 2011, il réserverait l'organisation des états généraux aux seuls projets du gouvernement. On voit tout de suite les limites d'un tel dispositif (il suffirait comme ici au gouvernement de faire porter son texte par un parlementaire) et l'absence de toute justification à cette distinction (le recours aux états généraux n'a pas pour seul but d'entraver le gouvernement).

L'interprétation la plus convaincante que l'on peut faire de ce considérant est que la loi ordinaire n'est pas l'instrument adéquat d'édition de la procédure législative. Cet article serait donc inconstitutionnel car il empièterait sur le rôle de la Constitution, sur celui des Règlements des assemblées et sur le contrôle que le Conseil constitutionnel en fait obligatoirement. Le Conseil

n'ayant pas été saisi de cet argument, faute de saisine relative à la loi du 7 juillet 2011, il n'a pas eu l'occasion de le dénoncer. Les décisions QPC, on pense à la décision *Société Cryo-save* portant sur cette même loi, ne permettent pas non plus l'examen des procédures. Mais alors, pourquoi le Conseil ne déclare-t-il pas ici, séance tenante, cette inconstitutionnalité ? L'effet de la saisine est en principe de mettre en oeuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine, mais cet article date de la version antérieure de la loi²² ; disposition déjà donc promulguée. « La conformité à la Constitution des termes d'une loi promulguée ne peut être utilement contestée qu'à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine » ce qui n'est pas non plus le cas ici.

Cela conduit en tout état de cause à s'interroger sur la valeur juridique de cet article L. 1412-1-1 du code de la santé publique pour l'avenir. Est-ce encore une obligation pour le gouvernement ?

¹ P.-L. Fagniez, *Cellules souches et choix éthiques*, Doc. fr., 2006.

² MM. A. Claeys et J.-S. Vialatte, *Rapport sur la recherche sur les cellules souches*, 8 juill. 2010, n° 2718/652 ; Avis n° 112 du CCNE, 21 oct. 2010 ; « *La révision des lois de bioéthique* », Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avr. 2009 ; Collection « Les études du Conseil d'État », Doc. fr., 2009.

³ CJUE, 18 oct. 2011, n° C-34/10, *Greenpeace (Assoc.)*, D. 2012. 410, obs. J. Daleau, note J.-C. Galloux ; *ibid.* 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 520, obs. J. Raynard ; AJ fam. 2011. 518, obs. A. Mirkovic ; RTD civ. 2012. 85, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2012. 355, note S. Hennette-Vauchez ; *ibid.* 396, obs. F. Benoit-Rohmer.

⁴ Particulièrement, G. Barbier au nom de la commission des affaires sociales du Sénat.

⁵ Arrêt du 10 mai 2012, préc. V., B. Vanlerberghe, « Ethique, médecine et droit : la recherche sur les embryons et les cellules embryonnaires », AJDA 2012. 1600 et s.. On se souvient aussi de la décision du Conseil d'État du 13 nov. 2002, *Association alliance pour les droits de la vie* (n° 248310, Lebon ; AJDA 2002. 1506, concl. D. Chauvaux ; D. 2003. 89, note H. Moutouh) qui suspendit pour quatre mois l'exécution d'une décision du ministre de la recherche en date du 30 avr. 2002, laquelle autorisait le Centre national de la recherche scientifique à importer d'Australie deux lignées de cellules souches pluripotentes humaines d'origine embryonnaire et à procéder à des recherches sur ces cellules.

⁶ « 18. Considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ;

« 19. Considérant que l'ensemble des dispositions de ces lois mettent en oeuvre, en les conciliant et sans en méconnaître la portée, les normes à valeur constitutionnelle applicables. »

⁷ Cons. const., 28 févr. 2012, n° 2012-647 DC, AJDA 2012. 411 ; *ibid.* 1406, note Ariana Macaya et M. Verpeaux ; D. 2012. 987, note J. Roux ; *ibid.* 601, édito. F. Rome ; RFDA 2012. 507, note W. Mastor et J.-G. Sorbara ; Constitutions 2012. 389, étude X. Philippe ; *ibid.* 393, obs. B. Mathieu, A.-M. Le Pourhiet, F. Mélin-Soucramanien, A. Levade, X. Philippe et D. Rousseau ; RSC 2012. 179, obs. J. Francillon ; *ibid.* 343, étude F. Brunet ; *ibid.* 2013. 436, obs. B. de Lamy ; RTD civ. 2012. 78, obs. P. Puig.

⁸ « Les cellules souches : incertitudes scientifiques et questions éthiques face à l'attente thérapeutique », in E. Hirsch (Dir.), *Traité de bioéthique*, vol. II, *Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Erès, 2010, p. 464.

⁹ N° 76-70, 2 déc. 1976, Rec. p. 39.

¹⁰ Cons. const., 27 janv. 2012, n° 2011-214 QPC, D. 2012. 449, point de vue C.-J. Berr ; AJ pénal 2012. 167, obs. G. Roussel ; JO du 28 janv. 2012, p. 1676, texte n° 81, consid. 5 et 6.

¹¹ N° 84-184 DC, 29 déc. 1984, JO du 30 déc. 1984, p. 4167, consid. 36, Rec. Cons. const. p. 94.

¹² Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, consid. 24, Rec. Cons. const. p. 50 ; AJDA 2006. 732 ; *ibid.* 1961, note C. Geslot ; *ibid.* 2437, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit ; D. 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; RDI 2007. 66, obs. P. Dessuet ; Dr. soc. 2006. 494, note X. Prétot ; RTD civ. 2006. 314, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹³ « sont garantis par cette disposition, le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que le principe du contradictoire », Cons. const., 13 janv. 2012, n° 2011-208 QPC, JO du 14 janv. 2012, p. 752, texte n° 94, consid. 5 et 6 ; D. 2012. 449, point de vue C.-J. Berr ; AJ pénal 2012. 232, obs. G. Roussel.

¹⁴ Cons. const., 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile* (tests ADN), AJDA 2007. 2172 ; D. 2007. 3017, point de vue F. Mélin-Soucramanien ; *ibid.* 2008. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 1638, chron. D. Turpin ; *ibid.* 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay ; Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C.* (Fichier empreintes génétiques) ; D. 2012. 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ pénal 2010. 545, étude J. Danet ; ou aux conditions d'hospitalisation sous contrainte : Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, *M^{lle} Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement], AJDA 2011. 174, note X. Bioy ; *ibid.* 2010. 2284 ; D. 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2565, obs. A. Laude ; RFDA 2011. 951, étude A. Pena ; RDSS 2011. 304, note O. Renaudie ; Constitutions 2011. 108, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2011. 101, obs. J. Hauser.

¹⁵ Consid. 11. Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* (Bioéthique) ; D. 1995. 237, note B. Mathieu ; *ibid.* 205, chron. B. Edelman ; *ibid.* 299, obs. L. Favoreu ; RFDA 1994. 1019, note B. Mathieu ; RTD civ. 1994. 831, obs. J. Hauser ; *ibid.* 840, obs. J. Hauser.

¹⁶ Consid. 16.

¹⁷ A.-M. Le Pourhiet, « À propos de la bioéthique, la démocratie selon Ponce Pilate. », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 159 et « *Le Conseil constitutionnel et l'éthique bio-médicale* », *Études offertes en l'honneur de G. Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 214.

¹⁸ LEXPRESS.fr, publié le 04/02/2013 à 09:25.

¹⁹ S. Monnier, « Les états généraux de la bioéthique et le Parlement », *RD publ.* 2011. 1557 ; v., plusieurs contributions in *ARSP. Archives de philosophie du droit*, 53, 2010 ; Cl. Bergoignan-Esper, « Les états généraux de la bioéthique, un tournant dans la réflexion », *D.* 2009. 1837-1838.

²⁰ M. Alain Graf, *États généraux de la bioéthique*, Rapport final, 1^{er} juill. 2009, v. notamment, pp. 31 et 32.

²¹ CE 10 oct. 1994, *Ville de Toulouse*, n° 108691, Lebon p. 746.

« Si aucun texte législatif ou réglementaire ne limite le pouvoir qui appartient à l'administration communale de choisir librement le titulaire d'une concession de travaux ou d'exploitation d'ouvrage public, le principe du libre-choix du concessionnaire ne fait pas obstacle à ce que l'autorité concédante organise, pour la sélection de son co-contractant, une procédure dont elle définit les modalités ; que, dans ce cas, ladite autorité est tenue de respecter les règles qu'elle a elle-même instituées »

²² Cons. const., 30 déc. 1996, n° 96-386 DC JO du 31 déc. 1996, p. 19567, consid. 4, *Rec. Cons. const.* p. 154 ; *AJDA* 1997. 163, note O. Schrameck ; *D.* 1998. 149, obs. L. Philip ; *RTD civ.* 1997. 787, obs. N. Molfessis.