

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



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

L'embryon en droit comparé

Mastor Wanda

Professeur de Droit public

Université Toulouse 1 Capitole

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

L'embryon en droit comparé

Wanda Mastor

*Professeur de droit public
Directrice du Centre de droit comparé
Directrice de l'École européenne de droit
Université Toulouse Capitole*

« Penser l'embryon a toujours été une entreprise difficile quel que soit l'angle sous lequel on s'y efforce : c'est pourtant une préoccupation constante de l'humanité. A ce que dit la biologie moderne de l'embryon humain s'ajoute, de façon plus déterminante, dans l'ordre du sens et de l'éthique, l'apport des traditions culturelles et religieuses - les traditions attestent aussi la difficulté et peut-être l'impossibilité d'une définition précise et rationnelle de l'être humain en développement »¹. Se situant aux confins de la vie, relevant par là-même presque de la métaphysique, divisant encore la science et ne cessant d'animer des débats, une question semble juridiquement insoluble : celle tenant au statut de l'embryon humain. Les avancées médicales en ce domaine ont permis à la femme de refuser la procréation et au couple –hétérosexuel ou homosexuel-, mais aussi au célibataire d'assouvir le désir de procréation. Cette « maîtrise du vivant » a fait réagir le droit après avoir éveillé les consciences. Le passage du statut de sujet philosophique² à celui de sujet (ou objet) juridique, argument central d'une nouvelle « biopolitique »³, est aussi passionnant que redoutable à saisir.

Que peut apporter le regard du comparatiste à une étude consacrée à l'embryon ? Comme pour tous les sujets, à la fois beaucoup et pas grand-chose. Beaucoup car le comparatiste aide le législateur national à trouver des solutions, lui montrant les voies à emprunter ou ne pas emprunter (le représentant national étant le seul juge du caractère opportun ou non desdites voies). Il aide aussi à déculpabiliser face à certaines de ses impuissances. Pour le sujet qui nous rassemble aujourd'hui lors de beau colloque, ce point me paraît évident : la difficulté de définition juridique de l'embryon est un problème non français mais universel. Pas grand-chose car le comparatisme invite à la prudence et la modestie : la difficulté de la comparaison, de la

¹ M.O. ALNOT, C. LABRUSSE-RIOU, J. MANDELBAUM-BLEIBTREU, Y. PEROL et J.P. ROSECZVEIG, *Les procréation artificielles, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 1986*. p. 58.

² Voir P. DESCAMPS, *Le sacre de l'espère humaine : le Droit au risque de la bioéthique*, PUF, 2009, 448 p.

³ F. BELLIVIER et P. EGEA, « Les chemins de la liberté : petite leçon de biopolitique », *Rec. Dalloz*, n°10, 2004, p. 648 ; X. BIOY, *Biodroit, de la biopolitique au droit à la bioéthique*, LGDJ, collection Systèmes, 2016, 184 p.

transposition, est d'autant plus évidente lorsque le sujet d'étude est fuyant, car finalement insaisissable. Il est classique de distinguer, en droit comparé, la macro-comparaison de la micro-comparaison. Pour être honnête, il s'agit d'une distinction méthodologique que je n'épouse d'ordinaire jamais, ayant une conception moins rigide et « classifiante » de l'approche comparatiste. Mais de manière inédite, elle m'a paru ici opportune. Il n'est bien évidemment pas question de vous dresser un tableau exhaustif des législations, dans le monde, relatives à l'avortement, à la procréation médicalement assistée et à la recherche sur l'embryon. La démarche ne m'intéresse pas et ce genre d'informations, néanmoins utiles, sont facilement accessibles via plusieurs supports. Il est bien plus intéressant de comparer certaines postures nationales face à l'embryon pour les confronter, en mettant en évidence les convergences et divergences. Si une approche très globale permet de relever certaines similitudes, une étude plus précise de la question de l'avortement notamment reflète l'évidence de la contextualisation de l'embryon. Il n'est ce qu'il est, sujet ou objet, bénéficiant d'une protection absolue ou très relative, d'un statut simplement législatif ou constitutionnel, qu'au regard des systèmes juridiques, mais également moraux et religieux au sein desquels il s'insère.

I. Regard macro-comparatif sur l'embryon : convergence des problématiques

Une diversité notionnelle. Le droit comparé nous enseigne, tout d'abord, une grande diversité notionnelle. Je ne parle évidemment pas de l'utilisation de mots différents selon les pays ni des difficultés de traductions. En France, le langage juridique traditionnel, essentiellement civiliste, désigne le fruit de la conception par les termes *enfant conçu* ou *enfant à naître*. La plupart des législateurs européens optent pour une terminologie moins « humanisante », employant les termes de *nasciturus*⁴, *embryon* ou *fœtus*. D'ailleurs, les cours constitutionnelles utilisent même parfois les deux derniers termes de manière indifférenciée. Car ce qui compte finalement pour un juge constitutionnel, nous le verrons, ce n'est pas tant le degré de développement de l'embryon que son statut de partie biologique de la femme.

Une triple approche. Ensuite, le droit comparé nous démontre la similitude des angles d'étude de l'embryon, que ce soit d'un point de vue médical ou juridique : celui de l'avortement, de l'assistance médicale à la procréation et de la recherche scientifique. L'interruption de grossesse

⁴ La locution latine « *nasciturus* » signifie littéralement « *qui naîtra* ». Surtout employée en Espagne par le Tribunal constitutionnel, le législateur et l'ensemble de la doctrine dans les développements consacrés à l'avortement, elle désigne les termes d'« embryon » ou de « fœtus ».

emporte inévitablement des conséquences sur l'intégrité de l'embryon en tant qu'elle est l'expulsion avant terme, spontanée ou provoquée de celui-ci. Dans la Rome antique, l'avortement était une manifestation du droit de vie et de mort du *Pater familias* ; en Grèce, il était considéré comme une nécessité démographique en cas de surpeuplement : « quand le nombre des citoyens est trop grand dans une République et qu'une femme a conçu malgré les défenses faites par les magistrats, elle peut se faire avorter, pourvu que ce soit avant que le part soit animé »⁵. Jusqu'à la fin du Moyen-Age, ce sont les thèses d'Aristote et d'Hippocrate qui dominent : les pratiques abortives ne sont pas punissables tant que l'embryon reste inanimé, tant qu'il ne possède pas vie et sensibilité. Ces exemples mettent bien en évidence le fait que les philosophes « pensaient » l'embryon non pas en tant que tel, mais en tant que *pars viscerum matris*. La naissance de Louise Brown aux Etats-Unis en 1978⁶, premier « bébé-éprouvette », allait profondément perturber les fondements métaphysiques des penseurs.

La plus ancienne des techniques de l'assistance médicale à la procréation, l'insémination artificielle, est pratiquée depuis le XVIIIème siècle. Réalisée avec le sperme du conjoint (IAC) ou d'un donneur (IAD), elle n'apporte aucun relief spécifique à la problématique du statut de l'embryon. C'est également dans le cadre de la procréation médicalement assistée que nous évoquons l'embryon dit *in vitro*: soit issu d'une fécondation réalisée en-dehors de l'organisme maternel (fécondation *in vitro*), puis maintenu en vie dans un environnement artificiel ou par congélation avant son transfert *in utero* (ou *in vivo*). La fécondation *in vitro* (dite « FIVETE », fécondation *in vitro* et transfert d'embryons), peut être réalisée au sein du couple (FIVETE homologue) ou avec donneur de sperme (FIVETE hétérologue). Depuis la naissance en 1982 d'Amandine, premier bébé-éprouvette français, un très grand nombre d'enfants sont issus d'une fécondation *in vitro*. Cette pratique pose le délicat problème des embryons dits « surnuméraires » : pour permettre plusieurs tentatives de fécondation sans avoir à prélever chaque fois des ovocytes sur le corps de la femme, la pratique s'est instaurée de féconder plusieurs ovocytes, de manière à réimplanter plusieurs embryons pour améliorer les chances de grossesse. Les embryons qui ne sont pas immédiatement transférés sont conservés par congélation.

La procréation médicalement assistée ne se borne pas à dissocier la procréation humaine de la sexualité, comme le font les techniques d'insémination artificielle. Elle sépare la conception de la gestation, et a permis de ce fait d'accroître la disponibilité de l'embryon. Se pose alors le problème de la recherche sur ce dernier, favorisée par l'isolement dans l'éprouvette de l'embryon

⁵ ARISTOTE, *Politique*, livre VII, chapitre XVI.

⁶ Opération réalisée par le physiologue R.G. Edwards et le gynécologue P.C. Steptoe. Voir R.G. EDWARDS et P.C. STEPTOE, « Birth after the reimplantation of a human embryo », *The Lancet II*, 1978, p. 3336.

lors d'une procédure de fécondation *in vitro*. De manière générale, les pays qui permettent la recherche sur l'embryon encadrent cette dernière dans deux cas : pour l'étude du développement *in vitro* de l'embryon destiné à être implanté et pour le dépistage des anomalies chromosomiques. De ce point de vue, la Grande-Bretagne est sans doute le pays le plus libéral. Les autorités britanniques ont donné, en 2007, leur accord de principe à la création controversée d'embryons hybrides réalisés à partir d'ADN humain et animal, pour faire avancer la recherche sur les affections dégénératives. Cette décision permet de pallier le manque d'ovocytes humains destinés au clonage d'embryons à des fins thérapeutiques.

Mise en place des comités d'éthique. En manipulant le vivant, l'homme devient un véritable contremaître de la création. Sans aller jusqu'à craindre le monde qu'avait imaginé Aldous Huxley, où l'Etat totalitaire le plus accompli reposait sur le conditionnement biologique et génétique des individus⁷, il est inévitable que le spectre de l'eugénisme hante la réflexion relative aux nouveaux pouvoirs de la médecine⁸. C'est la raison pour laquelle le comparatisme nous enseigne troisièmement que pour faire face aux problèmes moraux que peuvent entraîner de telles pratiques, tous les pays ont cherché à associer Biologie et éthique, ce qui s'est traduit par la mise en place de « comités d'éthiques » dans de nombreux pays. Nous n'évoquerons ici que les premiers apparus en Europe au début des années 80. En France, le *Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé* a été institué par un décret du 23 février 1983⁹. Sa mission était de « donner un avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'homme, des groupes sociaux ou la société tout entière ». Outre la multitude des comités d'éthiques hospitaliers, ont été également mis en place, par le biais du titre III de la loi Huriet-Sérusclat¹⁰, de nombreux *comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale*.

L'article 21 de la loi espagnole N° 35/88 du 22 novembre 1988¹¹ avait permis la création d'une *Commission nationale de reproduction assistée* ayant pour objet d'orienter les techniques mises en place par la loi. Elle examinait les propositions qui lui sont soumises aux fins de fournir un avis sur les aspects juridiques, éthiques et sociaux.

⁷ A. HUXLEY, *Le meilleur des mondes* (*Brave new world*).

⁸ L'Allemagne hitlérienne en 1933 s'était dotée d'une loi sur la prévention d'une descendance héréditairement malade avec une autorité compétente, le « tribunal de santé héréditaire ». L'eugénisme nazi avait donné lieu au programme *lebensborn* (« source de vie ») qui a donné naissance à environ 100000 enfants. Voir F. BAYLE, *Croix gammée contre Caducée, les expériences humaines en Allemagne pendant la deuxième guerre mondiale*, Neustadt, Commission scientifique française des crimes de guerre, 1950, cité par J.J. DELFOUR, « L'éthique de la responsabilité au chevet du pouvoir médical : réflexions sur l'assistance médicale à la procréation », *Ethique*, N° 19, 1996, p. 74.

⁹ Décret N° 83-132 du 23 février 1983, *J.O.R.F.* du 25 février 1983.

¹⁰ Loi N° 88-1138 du 20 décembre 1988, *J.O.R.F.* du 22 décembre 1988.

¹¹ Loi N° 35/88 du 22 novembre 1988 relative aux procréations médicalement assistées, *B.O.E.*, N° 284 du 26 novembre 1988.

En Italie, le *Comité national de bioéthique*, créé par une loi du 28 mars 1990, avait pour mission de formuler des avis et suggérait des solutions dans la perspective de nouvelles législations tenant compte des problèmes éthiques et juridiques. Il avait de plus pour mission de promouvoir la rédaction de codes de conduite pour les personnes exerçant dans les domaines concernés par la recherche.

Le *Conseil national d'éthique* portugais existe depuis la loi N° 14-1990 du 9 juin 1990. Il se doit d'analyser systématiquement les problèmes moraux engendrés par le progrès dans les domaines de la médecine et de la biologie. Il a notamment, dans un avis du 10 février 1993, précisé les principes éthiques que doivent respecter les techniques de l'assistance médicale à la procréation. La création de ce conseil, dans un pays où toute législation sur la protection de l'embryon ou l'assistance médicale à la procréation a pendant longtemps été absente, est révélatrice du phénomène général de la montée de l'éthique dans le domaine biomédical.

L'article 51 de la loi britannique N° 37 du 1er novembre 1990 sur la fécondation humaine et l'embryologie, modifiée par une loi du 16 juillet 1992, a permis de mettre en place la *Human Fertilisation Embriology Authority*. L'article 25 de la même loi l'autorisait à créer un code de bonne pratique¹² donnant des directives sur la façon de mener des activités en vertu des autorisations données. De même que les autres comités d'éthiques étrangers, cette autorité rend des avis sur les importants problèmes d'éthique posés par la recherche.

En Allemagne coexistent des *Commissions d'éthique*, la *Chambre fédérale des médecins*¹³ et la *Commission centrale de défense des principes éthiques dans la médecine et ses domaines associés* fondée le 14 octobre 1994 par le comité directeur de la Chambre fédérale des médecins.

Embryon et religion. Le recours au droit comparé permet aussi de mesurer l'importance de la religion sur le statut de l'embryon¹⁴, notamment à travers les travaux des comités d'éthiques et la grande majorité de la doctrine civiliste de certains pays. Face aux pratiques de l'interruption de

¹² Human Fertilisation Embriology Authority, *Code of Practice*, edited by Human Fertilisation Embriology Authority, London, June 1993.

¹³ La Chambre fédérale des médecins (*Bundesärztekammer*) a notamment publié en 1985 des « directives pour la pratique de la fertilisation *in vitro* et du transfert d'embryons en tant que méthode de traitement de la stérilité humaine » et des « recherches sur les embryons humains à un stade précoce ». Voir pour le détail de ces directives, H.L. GÜNTHER, « Protection de l'embryon et technologie de reproduction en droit pénal allemand », *R.R.J.-D.P.*, N°3, 1987, p. 869, note N° 7.

¹⁴ Voir, pour une lecture comparative, P. VERSPIEREN, « La protection due à l'embryon. La position catholique », in FEUILLET-Le MINTIER (B.), (sous la direction de), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, Economica, 1996, p. 291 ; D. BOUBAKEUR, « L'embryon dans l'Islam », *ibid.*, p. 297 ; D. MÜLLER, « Le débat sur le statut et la protection de l'embryon en éthique protestante », *ibid.*, p. 303 ; B. LOBEL, « Le statut de l'embryon. La position juive », *ibid.*, p. 313. Voir également le tableau comparatif des positions des différentes religions sur les nouvelles techniques de procréation in « L'embryon humain a-t-il une âme ? », *Le Nouvel Observateur* du 21 août 1997, p. 10. Enfin, R. FRYDMAN, *Dieu, la médecine et l'embryon*, Odile Jacob, 1997.

grossesse ou de fécondation *in vitro*, éthique et religion sont étroitement imbriquées ; aussi dans certains laboratoires de fécondation *in vitro* est-il prévu de créer des « consultations éthico-religieuses »¹⁵. De plus, certains rapports, en vue de la préparation de lois sur la bioéthique, avaient jugé indispensable de recueillir les observations des principales communautés religieuses tant sur les orientations générales que sur le détail des propositions¹⁶. Il est ainsi possible d'étudier le statut de l'embryon en droit comparé également à travers les liens entretenus entre les Etats et les religions.

L'Eglise catholique est sans aucun doute la plus hostile à l'avortement et aux techniques de l'assistance médicale à la procréation dans leur ensemble. Dès 1897, elle avait condamné l'insémination artificielle par un décret du Saint-Office. Le pape Pie XII renouvela cette condamnation dans son allocution aux médecins catholiques du 22 octobre 1958. L'encyclique *Humana vitae* du pape Paul VI en 1968 dénonce fortement toute technique de contraception ; l'avortement ne cessera d'être violemment condamné. Le droit à la vie est revendiqué par l'Eglise catholique pour justifier cette position hostile à l'interruption volontaire de grossesse. L'article 4 de la Charte des droits de la famille présentée par le Saint-Siège le 22 octobre 1983 précise ainsi que « la vie humaine doit être absolument respectée et protégée dès le moment de sa conception. L'avortement est une violation directe du droit fondamental à la vie de tout être humain »¹⁷. Le pape Jean-Paul II énonce à nouveau, dans l'encyclique *Evangelium vitae* de 1995 que « la tradition chrétienne est claire et unanime pour qualifier l'avortement de désordre moral particulièrement grave »¹⁸. Enfin, concernant l'assistance médicale à la procréation, l'Eglise demande, dans l'encyclique *Donum vitae*, que les techniques telles que l'insémination artificielle ou la fécondation *in vitro* avec tiers donneur ne soient pas légalisées¹⁹. Le pape François, bien que condamnant l'avortement, a néanmoins, dans une lettre en date du premier septembre 2015, « avoir décidé, nonobstant toute chose contraire, d'accorder à tous les prêtres, pour l'Année jubilaire, la faculté

¹⁵ Une consultation de ce type, dont l'idée revient à R. Frydman, « père » avec J. Testart d'Amandine, premier « bébé-éprouvette » français, existait à l'hôpital Bécclère de Clamart. Voir « L'embryon a-t-il une âme », entretien avec R. FRYDMAN, *Le Nouvel Observateur*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶ Voir le rapport de J.F. MATTEI, *La vie en questions : pour une éthique biomédicale*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 1994, « Positions des communautés religieuses », p. 43.

¹⁷ Citée par O. DE DINECHIN, « Sciences biomédicales et loi française, positions et éléments de réflexion catholique », *Documents de l'Episcopat* N° 17, décembre 1989, p. 56.

¹⁸ *Evangelium vitae*, encyclique sur la valeur et l'inviolabilité de la vie humaine, publiée notamment dans les *Cahiers pour croire aujourd'hui*, N° 161, 1er avril 1995, N°61.

¹⁹ *Donum vitae*, encyclique pour le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation, publiée notamment aux éditions du C.E.R.F., 1987, 15, §15. Le pape JEAN-PAUL II dénoncera à nouveau ces pratiques dans l'encyclique *Veritatis splendor* en octobre 1993, en appelant à la « désobéissance civile ». Le « pèlerinage » du pape Jean-Paul II sur la tombe du professeur Jérôme Lejeune, généticien président de l'association « Laissez-les vivre » lors de sa venue à Paris au mois d'août 1997 avait à l'époque relancé le débat sur la position extrémiste de la religion catholique quant au statut de l'embryon.

d'absoudre du péché d'avortement tous ceux qui l'ont provoqué, et, qui, le cœur repenti, en demandent pardon ».

Quand on sait l'importance, y compris au niveau constitutionnel, de l'importance de la religion catholique dans l'ordre juridique irlandais, on ne s'étonnera guère que l'article 40, 3 de la Constitution proclame sans ambiguïté que « L'Etat reconnaît le droit à la vie de l'enfant « à naître » et, tout en tenant compte du droit égal à la vie de la mère, s'engage à respecter et à défendre ce droit dans sa législation dans toute la mesure du possible (...) ». De même n'est-il pas étonnant qu'au Portugal, au moment de l'adoption des lois dépénalisant l'avortement, « les débats parlementaires et l'écho qu'ils trouvèrent dans l'opinion publique prirent des accents hautement dramatiques »²⁰. Si, aux termes de l'article 16-3 de la Constitution espagnole, aucune religion n'est religion d'Etat, il n'en demeure pas moins que les pouvoirs publics ont l'obligation de tenir compte des croyances religieuses de la société et de maintenir des relations de coopération, « notamment avec L'Eglise catholique ».

Les religions juives et musulmanes professent des doctrines très précises sur l'embryon. Un auteur parle d'une « véritable embryologie du Coran » tant la description du déroulement de la vie depuis la conception y est précise²¹. Le quinzième jour du constat de la conception marque la limite au-delà de laquelle l'être humain est une personne et l'avortement devient un péché irrémissible, entraînant pour son auteur la damnation éternelle²². En outre, la religion musulmane professe la liberté de la contraception. Selon la religion juive, la plus libérale en ce domaine, l'être humain apparaît au quarantième jour après sa conception, car auparavant, « il n'est que eau » (*Talmud de Babylone, Traité Berakhot*). L'avortement est donc permis pendant cette période dans certaines conditions. Quant aux embryons *in vitro* surnuméraires, ils ne sont pas considérés comme des êtres humains tant qu'ils n'ont pas été réimplantés dans l'utérus de la femme. Ils ne sont que de l'eau pure, pour reprendre l'expression du Talmud²³. Retenons que les Rabbins dans

²⁰ J. MIRANDA, intervention lors de la IIIème Table ronde internationale tenue à Aix-en-Provence le 22 octobre 1986, sur *L'interruption volontaire de grossesse dans les jurisprudences constitutionnelles comparées*, A.I.J.C. 1986, p. 186.

²¹ D. BOUBAKEUR, « L'embryon dans l'Islam », *op. cit.*, p. 297, cite un passage du Coran: « nous avons créé l'Homme d'un extrait d'argile, puis nous en fimes une goutte de sperme (*Nutfā*) déposée en un réceptacle sûr (*Fī qarārīn makīnīn*). Puis nous avons transformé (*Khalqna*) la goutte en une adhérence (*jointif*): grumeau. Puis nous avons créé (*Khalaqna*) le jointif en un embryon (*Mudhgha*) puis, de cet embryon, fait (*Khalaqna*) des os et des muscles. Nous l'avons ensuite transformé (*An cba'-na Khalqan Akhīran*) en une toute autre création. Béni soit Dieu le meilleur des créateurs (*Ahsan Al Khalīqīn*) » (*Coran*, 23-12).

²² Fatwa du Cheikh SI HAMZA BOUBAKEUR, membre du congrès permanent des savants de l'Islam, réponse à une question du ministère de la Justice français, cité par J.F. MATTEI, in *La vie en questions : pour une éthique biomédicale*, *op. cit.*, p. 48.

²³ Le grand Rabbin de Tel-Aviv Rabbi Haim Halevy s'est prononcé en ce sens en 1990, ainsi que le grand Rabbin Sirat dans un discours au Sénat, en novembre 1995. (Cités par B. LEBOLE, « Le statut de l'embryon. Position juive », *op. cit.*, p. 316-317).

le monde, en Israël particulièrement, ont porté un regard généralement très favorable au développement de l'assistance médicale à la procréation.

L'éthique, ensemble de normes que s'assigne une société qui veut, selon l'expression du Professeur Jean Bernard, garder « le sens de la mesure » a donc saisi le droit. Le droit comparé permet également de démontrer que le passage de l'éthique au droit s'est manifesté par la production d'études et de rapports à la demande des pouvoirs publics de la plupart des pays européens.

La nécessité de « commande » de rapports d'experts. En *Italie*, un Code de bonne conduite avait été établi par les professions dès 1984. Mais surtout, la commission Santosuosso, mise en place en octobre 1984 par le ministère de la Santé publique avait rendu, l'année suivante, un rapport dans lequel elle préconisait l'adoption de deux projets de lois : l'un sur l'insémination artificielle et l'un sur le statut de l'embryon. Le rapport affirmait notamment, dans son article premier, « le respect de la vie humaine dès la conception », et recommandait de limiter la production d'embryons en nombre strictement nécessaire à la réussite d'une fécondation *in vitro* et de réimplanter tous les embryons produits. Une lettre-circulaire du ministre de la Santé du 1er mars 1985 a tenté de délimiter les conditions d'accès aux techniques de l'assistance médicale à la procréation dans l'attente d'une hypothétique intervention législative, mais elle n'a toutefois défini aucun régime de protection applicable à l'embryon. Plusieurs propositions de loi, s'inspirant du rapport Santosuosso, ont été régulièrement déposées dans les deux chambres du Parlement italien²⁴.

En *France*, le premier rapport adressé au Premier ministre date, à notre connaissance, de 1986²⁵. Le premier rapport gouvernemental commandé au Conseil d'Etat, remis au Premier ministre en 1989²⁶, a servi de base au projet d'une grande loi sur la bioéthique. Entre temps, plusieurs

²⁴ Voir notamment la proposition du député M. MARTINAZZOLI « sur la protection de l'embryon humain » qui prévoit dans son article premier « la protection de l'embryon dès sa fécondation », déposée le 22 décembre 1988 devant la Chambre des députés ; celle de M. GUALTIERI déposée devant le Sénat le 8 juin 1989 ; celle de M. POGGIOLINI déposée le 7 mars 1990 devant la Chambre des députés définissant notamment le préembryon comme le produit de la fécondation jusqu'au quatorzième jour ; enfin, celle de M. ZUFFRA « sur l'insémination artificielle, la fécondation *in vitro* et le transfert des gamètes et d'embryons », déposée devant le Sénat le 5 juillet 1990, in Rapport du Sénat, service des affaires européennes, cellule de législation comparée, *Les réglementations relatives à l'utilisation de l'embryon*, Paris, N° 21, avril 1991, p. 41 et annexe N° 11.

²⁵ M.O. ALNOT, C. LABRUSSE-RIOU, J. MANDELBAUM-BLEIBTREU, Y. PEROL et J.P. ROSECZVEIG, *Les procréations artificielles*, op. cit.

²⁶ Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, *De l'éthique au droit*, La documentation française, Notes et Etudes documentaires N° 4855, 1988.

rapports d'étude et de propositions avaient été remis au Premier ministre et au Parlement²⁷. « Ces rapports émanant de personnalités indépendantes, ne comportent pas de divergences, ce qui témoigne de la maturation du sujet au fil du temps » soulignait à l'époque Noëlle Lenoir²⁸. A ce jour, la France est l'un des Etats qui disposent de la législation la plus complète en matière de bioéthique.

Dans l'ancienne *République Fédérale d'Allemagne*, un groupe de travail commun, dit « commission Benda », du ministère fédéral de la Recherche et de la Technologie et du ministère fédéral de la Justice a publié, fin 1985, un rapport exhaustif sur la fécondation *in vitro*, l'analyse du génome et la thérapie génétique²⁹. Le rapport Benda est plus particulièrement intéressant en ce qu'il envisage l'aspect constitutionnaliste du problème du statut de l'embryon de manière approfondie, ce que ne font pas par exemple les premiers rapports français. Par la suite, le ministère fédéral de la Justice avait publié, fin avril 1986, un avant-projet de loi sur la protection de l'embryon³⁰ ; le Bundesrat a arrêté en mai 1986 à l'initiative des Lands de Baden-Wurttemberg de Bavière une décision sur « la fécondation extra-corporelle » qui proposait entre autres des mesures de réglementation pénale sur la recherche utilisant l'embryon³¹. Ces différents travaux ont abouti à la loi du 13 décembre 1990 relative à la protection des embryons³².

Au *Portugal*, une décision du ministre de la Justice N° 37/86 du 8 mai 1986 avait créé la *Commission pour l'encadrement législatif des nouvelles techniques*. Celle-ci avait fait trois propositions au ministère de la Justice : un projet sur l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée ; un projet de réglementation des centres de procréation assistée ; un projet de création d'un Conseil national d'éthique. Mais ces projets sont restés jusqu'à ce jour lettre morte, le législateur ne s'engageant pas sur ce terrain par crainte de réactions collectives et de l'Eglise comme ce fut le cas lors de la discussion sur la loi relative à l'avortement.

²⁷ N. LENOIR, avec la collaboration de B. STURLESE, *Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française*, tome I ; *Aux frontières de la vie : paroles d'éthique*, tome II ; B. BOULIAC, *Rapport d'information sur la bioéthique*, J.O.R.F., Ass. nat., N° 2565, 1992 ; F. SERUSCLAT, *Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme*, Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques, J.O.R.F., Ass. nat., N° 2588 et Sénat, N° 262 ; J.F. MATTEI, *La vie en questions : pour une éthique biomédicale*, *op. cit.*

²⁸ N. LENOIR, « Les Etats et le droit de la bioéthique », R.D.S.S., N° 31, 1995, p. 258.

²⁹ *In vitro fertilisation, genomanalyse und gentherapie*, Schweitzer, Munich, 1985, disponible en langue française dans : *Fécondation in vitro, analyse du génome et thérapie génétique*, Rapport du groupe de travail constitué en commun par le ministère fédéral de la Recherche et de la Technologie et le ministère fédéral de la Justice, La documentation française, 1985.

³⁰ Avant-projet publié dans Z.F.R., 1986, p. 243.

³¹ *Entscheidung des Bundesrates zur extrakorporalem Befruchtung*, Bundesrat-Drucksache, N° 210/1986.

³² *Embryonenschutzgesetz* (abréviation de *Gesetz zum Schutz von Embryonen*), loi N° 745/90 du 13 décembre 1990, B.G.B.I., N° 1, 1990, p. 2746.

Mentionnons enfin pour l'Espagne le rapport Palacios³³, déposé en avril 1986 par la *Commission spéciale du Congrès des Députés* chargée d'étudier l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro*, et le rapport britannique de la Commission Warnock³⁴. Les lois qui interviendront en la matière dans les deux pays seront plutôt libérales.

Que ce soit au travers des lois sur le refus de procréer ou sur le désir de procréer, le législateur français ne s'est finalement pas prononcé sur le statut devant être accordé à l'embryon. Le vide juridique qui existait antérieurement aux lois a subsisté : on ne sait toujours pas, juridiquement, ce qu'est un embryon, et le droit comparé ne nous aide pas à trouver une définition dont il faut espérer par ailleurs qu'elle ne sera jamais universelle.

II. Regard micro-comparatif sur l'embryon : la divergence du degré de protection

Le colloque étant organisé à l'occasion de l'anniversaire de la loi Veil, il convient ici d'étudier, non l'embryon *in vitro* ou plus généralement la question de la recherche sur lui, mais plutôt l'embryon dans l'hypothèse d'une interruption de grossesse.

Années soixante-dix : la vague des lois dépénalisant l'avortement. En France, un premier projet de loi avait été déposé le 7 juin 1973 par le Gouvernement Messmer. En raison de l'extrême complexité du sujet et des violents débats qu'il suscitait³⁵, la Commission des Affaires culturelles décida la création d'un groupe de travail³⁶. Jugé à la fois ambigu, insuffisant et dangereux, le projet fut rejeté par la Commission des Affaires culturelles. Après les élections présidentielles, Mme Simone Veil, ministre de la santé, fut chargée d'établir un projet susceptible de recueillir le consensus national. De longs débats « agités » au sein du Parlement donnèrent naissance à la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse³⁷. Le nouvel article L. 162-1 du code de la Santé publique prévoyait dès lors la possibilité pour « la femme

³³ Cité par le Rapport du Sénat, *Les réglementations relatives à l'utilisation de l'embryon*, *op. cit.*, p. 23.

³⁴ Department of Health Social Security, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and embryology* (Chairman : Dame M. WARNOCK), London : Her Majesty's Stationery office, July, 1984, disponible en langue française dans *Rapport de la commission d'enquête sur la fécondation humaine et l'embryologie présidée par M. WARNOCK*, La documentation française, 1985.

³⁵ Notamment à la suite de la publication au *Nouvel Observateur*, le 24 mai 1971, du « Manifeste des 343 avortées » où des femmes, dont des artistes renommées, avouaient avoir eu recours à la pratique illégale de l'avortement.

³⁶ « Toutes les compétences ont été sollicitées ; médicales, juridiques, démographiques ou religieuses. Toutes les familles d'esprit, toutes les associations engagées dans cette vaste discussion ont été entendues ; toutes les professions concernées ont été consultées », Rapport fait par M. BERGER devant l'Assemblée nationale au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, N° 1334, *J.O.R.F.*, 1974, p. 3.

³⁷ Loi N° 75-17 du 17 janvier 1975, *J.O.R.F.*, 18 janvier 1975, p. 739.

enceinte que son état place dans une situation de détresse » d'avoir recours à l'interruption volontaire de grossesse avant la fin de la dixième semaine de grossesse. Le Conseil constitutionnel avait été saisi par la « minorité » de la majorité parlementaire, hostile pour des raisons de fond à la libéralisation de l'interruption volontaire de grossesse.

Dans l'ancienne *République fédérale allemande*, le Code pénal, depuis 1871, condamnait sans exception l'avortement. Pour le moins, selon une sentence du tribunal Suprême du 11 mars 1927³⁸, pouvait-il être admis en cas d'« état de nécessité supralégal », quand la vie de la mère était en danger. La cinquième loi tendant à la réforme du droit pénal du 18 juin 1974³⁹ introduit un nouvel article § 218 a) du Code pénal selon lequel les avortements pratiqués par un médecin durant les douze semaines suivant la nidation⁴⁰ n'étaient pas punissables. Sitôt votée, cette réglementation dite des « délais » (*Fristenregelung*) fit l'objet d'un recours constitutionnel par 193 membres du Bundestag et des gouvernements des Länder de Bade-Wurtemberg, Bavière, Rhénanie-Palatinat, Sarre et Schleswig-Holstein. L'article 31, alinéa 4 du Traité de l'Union du 31 août 1990⁴¹ imposait au législateur de l'Allemagne unie d'établir, avant le 31 décembre 1992, une législation qui assurerait une meilleure protection de la vie prénatale. Dans l'ancienne République Démocratique d'Allemagne, l'interruption volontaire de grossesse était autorisée sans restriction durant les douze premières semaines⁴², alors qu'en République fédérale, la loi du 18 mai 1976 suite à l'annulation par le Tribunal constitutionnel de la loi du 18 juin 1974 ne l'autorisait dans ces délais que si la femme se trouvait dans une situation de détresse inacceptable (*Unzumutbare Notlage*). Le Bundestag adopta une loi rendant non punissable l'interruption volontaire de grossesse durant les douze premières semaines.

En *Italie*, l'article 546 du Code pénal punissait avec des peines sévères le délit d'interruption volontaire de grossesse des femmes y consentant⁴³. Les tribunaux ordinaires admettaient cependant l'état de nécessité, prévu par l'article 54 du code pénal, en tant que cause justificative de l'avortement. Les conditions d'admission étaient strictes : il fallait apporter la preuve de l'actualité et de l'inévitabilité d'un dommage grave consécutif à la grossesse⁴⁴. La question de

³⁸ *Reichsgericht*, N° 61, p. 243.

³⁹ *Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, B.G.B.I., N° 1, 1974, p. 1213.

⁴⁰ Laquelle est présumée avoir lieu treize jours après la conception.

⁴¹ B.G.B.I., N° 2, 1992, p. 889.

⁴² Articles 153 à 155 du Code pénal, D.D.R. *Gesetzblatt*, 1968, N° 1, p. 1.

⁴³ « Quiconque provoque l'avortement d'une femme qui y consent est puni d'une peine de deux à cinq ans de prison », (« *Chiunque cagiona l'aborto di una donna con il consenso di lei, è punito con la reclusione da due a cinque anni* »).

⁴⁴ Lors des travaux préparatoires au « Code Rocco », le rapporteur de l'Université de Turin avait proposé de prévoir légalement l'avortement thérapeutique afin de le soustraire aux variations de cette jurisprudence des tribunaux

constitutionnalité du juge *a quo* n'était que partielle : le juge constitutionnel devait se prononcer sur la partie de l'article 546 du Code pénal en ce qu'il punissait l'auteur d'une interruption volontaire de grossesse même quand le caractère dangereux de la grossesse pour la sécurité de la femme enceinte avait été constaté.

Au Portugal, le Code pénal de 1982 punissait l'avortement sans admettre un seul motif susceptible de le justifier. Un premier projet de loi fut déposé en janvier 1984⁴⁵; le second fut approuvé peu de temps après⁴⁶: l'article 140 excluait l'illicéité de l'avortement procuré pour des raisons *thérapeutiques* (quand la vie de la mère est en danger), *eugéniques* (quand il s'avère que l'enfant à naître souffrira d'une maladie incurable), ou *éthiques* (quand la grossesse provient notamment d'un viol). Le Tribunal constitutionnel fut saisi une première fois *a priori* par le Président de la République puis *a posteriori* par le *Provedor de Justiça*⁴⁷.

En Espagne, le nombre de femmes allant se faire avorter à l'étranger, surtout en Grande-Bretagne, était considérable⁴⁸. L'Audience Nationale, dans un jugement du 10 novembre 1981, confirmé par une décision du 15 octobre 1983 de la seconde chambre du Tribunal Suprême, avait condamné à une peine de prison une femme s'étant faite avortée en Grande-Bretagne. Exerçant un *recurso de amparo*, la défenderesse saisit le Tribunal constitutionnel. C'est dans cette décision que le juge constitutionnel espagnol s'exprime pour la première fois sur le statut de l'embryon. La seconde sentence résulte d'un recours exercé *a priori* par 54 députés de l'*Alianza popular* contre un projet de loi organique dont l'article 417 bis dépénalisait partiellement l'avortement (dans à peu près les mêmes termes que le projet portugais).

Ces différents textes allaient tous être déferés devant les Cours constitutionnelles afin qu'elles se prononcent sur leur conformité aux constitutions. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême, dans le

ordinaires : « *Nell'aborto sarebbe forse opportuno, prevedere, per escluderlo dalla punibilità, l'aborto terapeutico onde sottrarlo al vario opinamento della giurisprudenza* », cité par F. DALLE ONGARO, « Aborto terapeutico è previsione costituzionale della normativa penale », *Il diritto di famiglia è delle persone*, aprile-juigno 1975, p. 376.

⁴⁵ Projet de loi N° 265, III, D.A.R., deuxième série, N° 73 du 14 janvier 1984.

⁴⁶ D.A.R., première série, N° 67, 68 et 75 des 26 et 27 janvier et du 15 février 1984.

⁴⁷ L'« Ombudsman » portugais. Aux termes de l'article 23-1 de la Constitution, « les citoyens peuvent présenter des réclamations au *Provedor de justiça* en raison des actions et omissions des pouvoirs publics. Celui-ci n'aura pas pouvoir de décision, mais il examinera les réclamations et adressera aux organes compétents les recommandations nécessaires pour prévenir et réparer les injustices ».

⁴⁸ Selon le journal *El Pais* du 12 avril 1985, 300000 avortements par an de femmes espagnoles avaient lieu à l'étranger.

célèbre arrêt *Roe v. Wade*, considère qu'il existe des principes non écrits de droit positif témoignant de la volonté démocratique de protéger certaines libertés. C'est au nom du principe de liberté que la Cour suprême des Etats-Unis, admettant la constitutionnalité de l'interruption de la grossesse, a consacré un véritable « droit à l'avortement ». L'arrêt *Roe versus Wade, District attorney of Dallas conty* du 22 janvier 1973⁴⁹ se fonde sur la notion du droit à la vie privée (*Right of Privacy*) protégée par les premier, quatrième, cinquième, quatorzième amendements ainsi que sur la notion de « droits fondamentaux imprescriptiblement protégés » par le neuvième amendement pour en déduire que « ce droit à la vie privée est suffisamment large pour inclure le droit d'une femme à décider si elle interrompra ou non sa grossesse ».

La plupart des auteurs des saisines européennes vont avancer des arguments tirés du droit naturel, ou du moins des interprétations plus particulièrement extensives des normes constitutionnelles. Mais « un contrôle constitutionnel à la fois utile à la protection des citoyens et acceptable par le Parlement suppose que le juge trouve, dans les textes dont il doit assurer le respect, une base précise et sûre »⁵⁰ ; la réponse des Tribunaux constitutionnels à de tels arguments, dans les années soixante-dix, sera celle du positivisme, excepté le cas de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Dans sa décision très marquée par *l'imperatoria brevitatis* du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel constate que la loi ne contredit aucune disposition de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1958, ainsi qu'aucun autre des articles de la Constitution⁵¹.

En guise d'introduction, la Cour constitutionnelle italienne, dans sa sentence N° 27 du 18 février 1975⁵², formule une remarque très générale, comme le feront les tribunaux constitutionnels portugais et allemand : « Il n'est pas nécessaire de refaire l'histoire du délit de l'avortement provoqué, qui est liée au développement du sentiment religieux, aux développements de la philosophie morale, aux doctrines sociales, juridiques, politiques et démographiques »⁵³.

⁴⁹ 410. US. 113. Voir, à propos de cette décision, J. HERMAN et D.F. MARTY, « L'avortement aux Etats-Unis », *Revue internationale de droit criminel*, 1973, p. 379 ; H.A. BLACKMUN, « la Cour suprême des Etats-Unis et les droits de l'homme », *Revue internationale de droit comparé*, 1980, p. 311, et les travaux de la table ronde consacrée à *l'interruption volontaire de grossesse dans les jurisprudences constitutionnelles comparées*, *op. cit.*, p. 135.

⁵⁰J. RIVERO, note sous Conseil constitutionnel, décision du 15 janvier 1975, *A.J.D.A.* 1975, p. 138.

⁵¹ « Considérant, en conséquence, que la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse ne contredit pas les textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 se réfère dans son préambule non plus qu'aucun des articles de la constitution » (considérant N° 11).

⁵² Sentence de la Cour constitutionnelle N° 25 du 18 février 1975, *Giur. Cost.*, 1975, p. 118.

⁵³ « Non è il caso di rifare la storia del delitto di procurato aborto, legata allo sviluppo del sentimento religioso, all'evolversi della filosofia morale, delle doctrine sociali, giuridiche, politiche e demografiche ».

De même que les autres Cours constitutionnelles, la Cour italienne va être confrontée à l'imprécision des normes de référence constitutionnelles. En l'absence d'une norme claire et directe, elle fait appel à l'article 32 alinéa 1 de la Constitution et s'appuie sur le principe général de la protection des droits inviolables de l'homme énoncés à l'article 2 de la Constitution. Elle énonce que « l'article 31, alinéa 2 de la Constitution impose expressément la « protection de la maternité » et, plus généralement, l'article 2 reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme parmi lesquels on ne peut pas ne pas mettre, même avec les particularités qui lui sont propres, la situation juridique de l'embryon »⁵⁴. Sans aller jusqu'à lui attribuer un droit à la vie, « la Cour estime que la protection de l'embryon (...) a un fondement constitutionnel »⁵⁵. Donc c'est seulement au terme de la conciliation de deux intérêts en présence, celui de l'embryon et celui de la mère, que le second prévaut. La Cour italienne relève que « le fruit de la conception a été alternativement considéré comme étant simplement une partie des entrailles de la mère, l'espoir de la personne humaine, sujet animé immédiatement ou après une période de gestation plus ou moins longue »⁵⁶ sans pour autant entrer dans le débat, renonçant à s'engager sur le très controversé terrain de la définition de l'embryon. Si elle ne proclame pas que l'embryon est titulaire du droit à la vie, du moins énonce-t-elle que la protection de l'embryon a un fondement constitutionnel. Et la Cour d'employer un terme d'une neutralité telle que ne peuvent se déduire les affirmations selon lesquelles l'embryon serait une chose ou une personne : il est, selon la Cour, « un intérêt constitutionnellement protégé »⁵⁷.

L'appellation retenue par le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa sentence du 11 avril 1985⁵⁸, est similaire à celle de la Cour constitutionnelle italienne. Elle découle du raisonnement suivant tenu par le Tribunal : à partir du moment où la Constitution protège le droit à la vie, elle ne peut se désintéresser d'une étape du processus vital. Le développement de l'embryon, condition d'une vie indépendante hors du sein maternel, est aussi un moment du développement de la vie même. Ainsi, sans être titulaire du droit à la vie, le *nasciturus* n'en est-il pas moins un *bien*

⁵⁴ « L'articolo 31, secondo comma, della Costituzione impone espresamente la « protezione della maternita », è, piu in generale, l'articolo 2 de la Costituzione riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non puo non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito » (traduction par nos soins).

⁵⁵ « Retiene la Corte che la tutela del concepito (...) abbia fondamento costituzionale ».

⁵⁶ « Il prodotto del concepimento fu alternativamente ritenuto semplice parte dei visceri della donna, speranza d'uomo, soggetto animato fin dall'inizio, o dopo un periodo più o meno lungo di gestazione ».

⁵⁷ « Interesse costituzionalmente protetto ».

⁵⁸ Sentence N° 53/85 du 11 avril 1985, B.O.E. du 18 mai 1985, supplément au N° 119 ; J.C., 1985, volume XI, p. 546.

constitutionnellement protégé par l'article 15 de la Constitution⁵⁹. Le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa sentence du 27 juin 1984⁶⁰, avait déjà donné une définition similaire de l'embryon : « la vie humaine en formation est *un bien qui mérite une protection constitutionnelle* »⁶¹. Face à cette thèse, la doctrine minoritaire, représentée par le vote dissident de Tomas y Valiente, rappelait que seule la personne humaine était titulaire des droits fondamentaux et que le fœtus n'était qu'un *spes hominis*⁶². Le juge Tomas y Valiente réitérera ses propos lors de son vote dissident sous la sentence du 11 avril 1985⁶³. La plupart des commentateurs ont mis en évidence le fait que la qualification de l'embryon comme étant un « bien constitutionnellement protégé » ne découlait pas clairement de l'argumentation du Tribunal. De manière générale, « le Tribunal est critiqué pour avoir eu recours à des critères éthiques et non pas à des arguments juridiques pour arriver à la conclusion fondamentale, qui, par ailleurs, est généralement admise »⁶⁴.

Saisi d'un recours d'Amparo, le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa sentence du 27 juin 1984, annule les décisions de l'Audience Nationale et du Tribunal Suprême et reconnaît le droit de la requérante à ne pas être condamnée en Espagne pour un avortement commis à l'étranger. Le Tribunal Suprême avait estimé que l'embryon porté par une femme espagnole était « un préalable biologique indispensable à la naissance d'une personne humaine bénéficiant de la nationalité espagnole, de telle sorte qu'il constitue en lui-même une vie espagnole »⁶⁵. Le Tribunal constitutionnel annule ces décisions sur la base de motifs totalement étrangers au problème du droit à la vie de l'embryon. Dans la sentence précitée du 11 avril 1985, le Tribunal constitutionnel espagnol relève que l'expression « tous », contenue à l'article 15 de la Constitution espagnole en vertu duquel « tous ont droit à la vie et à l'intégrité physique et morale... » qui selon les requérants permettrait d'y inclure l'embryon, ne peut être citée en faveur ou non de l'avortement. Le Tribunal conclut que l'assimilation de l'embryon à la personne n'a aucun fondement dans la Constitution, et qu'une telle assimilation, si elle existait, impliquerait une violation du droit à la vie, au libre développement de la personnalité, à la santé, l'honneur et l'intimité de la mère.

⁵⁹ « *En cuanto encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado por el artículo 15 de la Constitucion, constituye un bien juridico, cuya proteccion encuentra en dicho precepto fundamento constitucional* ».

⁶⁰ Sentence N° 75/84 du 27 juin 1984, B.O.E. du 27 juin 1984, supplément au N° 181 ; J.C., 1984, volume IX, p. 259.

⁶¹ « *La vida humana en formacion es un bien que constitucionalmente merece proteccion* ».

⁶² J.C., 1984, volume IX, p. 269.

⁶³ J.C., 1985, volume XI, p. 585.

⁶⁴ E. ALVAREZ CONDE, *Curso de derecho constitucional*, volumen I, Tecnos, 1992, p. 276.

⁶⁵ Cité par P. BON dans son intervention lors du colloque sur « *l'interruption volontaire de grossesse dans les juridictions constitutionnelles comparées* », *op. cit.*, p. 121.

Dans une décision N° 25/84 du 19 mars 1984, le tribunal constitutionnel portugais part d'un présupposé fondamental selon lequel les normes constitutionnelles relatives à la protection de la vie humaine s'appliquent également à la vie intra-utérine, sans motiver cette position. Selon la Cour, la vie humaine « est dans la nature des choses, appréhensive par le sens et par l'intuition sensible. Elle devient évidente sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours à une démonstration conceptuelle ou rationnelle. Il en est de même pour la vie humaine dans sa phase intra-utérine, antérieure à la naissance »⁶⁶. Dans une seconde décision de 1985⁶⁷, la Cour infléchit légèrement ses propos, indiquant que le droit à la vie ne s'applique pas *de pleno* à la vie intra-utérine. Mais que ce soit dans la première ou la seconde décision, la Cour ne déduit pas du droit à la vie de l'embryon que le droit pénal doit protéger de façon identique celui-ci et le droit à la vie d'une personne déjà née. Elle conclura, après une conciliation opérée des droits en cause, à la constitutionnalité de la loi dépénalisant l'avortement. Le Tribunal constitutionnel portugais, du moins dans sa seconde sentence du 29 mai 1985, emploie la même expression que son homonyme espagnol, se référant à la notion *de bien protégé par la Constitution*.

Traumatisée par l'expérience eugéniste du régime nazi, et forte du caractère constitutionnel intangible du respect de la dignité humaine, la Cour fédérale allemande adoptera une position très différente de ses homologues européens (décisions du 25 février 1975⁶⁸ et du 28 mai 1993⁶⁹). La Cour rappelle que les principes d'organisation de l'Etat allemand ne s'expliquent que par l'expérience historique et l'affrontement spirituel et éthique avec le système antérieur du national-socialisme, et que les pays voisins n'ont pas connu une telle menace. La Cour constitutionnelle fédérale rejette toute allusion au fait que certaines autres juridictions ont accepté la réglementation dite des « délais »⁷⁰ ; en Allemagne, la dignité de l'individu, « valeur propre et à part », au centre de toutes les représentations étatiques, est devenue l'essentiel de toute règle constitutionnelle suite à la dramatique expérience du régime nazi, ce qui ne peut être comparable aux développements constitutionnels d'autres pays occidentaux.

⁶⁶ « Esta ais, digamos, na natureza das coisas apreensível pelos sentidos e pela intuição sensível. Nesse sentido, torna-se evidente, sem necessidade de demonstração conceitual ou racional. Também assim para a vida humana, na fase intra-uterina, anterior ao nascimento », (Traduction par J. MIRANDA, intervention lors de la table ronde sur *l'interruption volontaire de grossesse dans les jurisprudences constitutionnelles comparées*, *op. cit.*, p. 192).

⁶⁷ Décision du tribunal constitutionnel N° 85/85 du 29 mai 1985, D.R., 2ième série, N° 143, du 25 juin 1985.

⁶⁸ BVerfGE, Bd N° 39, p. 71.

⁶⁹ BVerfGE, Bd N° 88, p. 203.

⁷⁰ La doctrine espagnole insiste aussi beaucoup sur la distinction entre la réglementation dite des « délais » (« *de plazos* »), libéralisant l'avortement pendant une certaine période après la conception, et la réglementations dite des « motifs » (« *de indicaciones* »), libéralisant l'avortement dans les cas thérapeutiques, eugéniques et éthiques.

Le droit naturel est ainsi sous-jacent dans la décision du 25 février 1975, riche de rappels historiques et d'une conception supraconstitutionnelle du principe du respect absolu et intégral de la vie humaine. Le dispositif de cette décision conclut à l'inconstitutionnalité de la réforme de l'article 218 a) du Code pénal, déclaré en contradiction avec l'article 2 alinéa 2 de la Constitution, proclamant le droit à la vie, en relation avec l'article 1 alinéa 1 sur la dignité humaine. Le Tribunal censure ainsi la réglementation dite des « délais » permettant l'avortement pendant les douze premières semaines de la conception.

Se fondant sur une « connaissance biologico-physiologique » qu'elle n'explicite pas mais dont elle est « certaine », la Cour affirme que la vie d'un être humain commence au plus tard quatorze jours après la conception, mais que le processus de développement qui a commencé avec la nidation est un processus continu⁷¹. C'est pourquoi la protection ne peut porter sur « la seule personne « terminée » avec la naissance ni sur le *nasciturus* capable de vivre d'une manière autonome »⁷². Le droit à la vie (*Das Recht auf Leben*) est un droit fondamental qui protège aussi la vie prénatale ; ainsi celle-ci est protégée comme un « bien de droit autonome »⁷³ par la Loi fondamentale. Le mot « chacun » (*jeder*) ne permet pas de distinguer la vie humaine déjà née⁷⁴ de celle qui ne l'est pas encore⁷⁵.

De plus, « la Constitution ne garantit pas seulement un droit contre les mesures étatiques directes, mais établit aussi la base d'un *droit de protection positive contre l'Etat* »⁷⁶. L'Etat, notamment au travers de la loi, a donc le devoir de protéger la vie intra-utérine. Le devoir de protection de la mère se traduit par l'acceptation de l'avortement thérapeutique, eugénique, éthique et social (situation de la détresse de la mère) ; en revanche, le devoir de protection à l'égard du *nasciturus* se traduit par la prohibition de la réglementation dite des « délais » : « il n'est pas admis que de sacrifier la protection des droits fondamentaux de l'individu au profit de l'efficacité du règlement *in toto*. La loi n'est pas seulement l'instrument pour gouverner des processus sociaux d'après des connaissances sociologiques et des pronostics [la Cour faisant ici notamment référence au nombre élevé d'avortement illégaux et aux mauvaises conditions dans lesquels ceux-ci étaient procurés], mais aussi l'expression constante de valeurs sociales éthiques et par conséquent

⁷¹ « *Kontinuierlicher Vorgang* ».

⁷² « *fertiger Mensch nach der geburt den selbstständig lebensfähigen Nasciturus* »

⁷³ « *Selbständiges Rechtsgut* ».

⁷⁴ « *Fertiges leben* ».

⁷⁵ « *Ungeborenes leben* ».

⁷⁶ G. RESS, « L'interprétation du droit à la vie par le Tribunal constitutionnel allemand par rapport à la question de l'avortement volontaire », intervention lors de la Table ronde sur *L'interruption volontaire de grossesse dans les jurisprudences constitutionnelles comparées*, *op. cit.*, p. 90. (Souligné par nous).

juridiques des actions humaines. La loi établit ce qui pour l'individu est légal et illégal »⁷⁷. Si les opinions dissidentes des juges Rupp-Von Brünneck et Simon sont une vigoureuse critique des moyens accordés à la protection de la vie intra-utérine, (le droit à la vie étant un droit de défense de l'individu contre l'Etat, il n'a pas à être transformé en une obligation incombant à l'Etat d'édicter des règles de droit pénal), elles ne remettent toutefois pas en cause le fait que le droit à la vie englobe également celui de l'embryon.

Dans sa décision du 28 mai 1993, la Cour constitutionnelle fédérale allemande invoquera les mêmes arguments selon lesquels la vie est un processus continu et que l'embryon jouit du droit à la vie de l'article 2 de la Loi fondamentale. La Cour rappelle que la protection de ce droit, placée sous la réserve de la loi (*Gesetzesvorbehalt*)⁷⁸, doit être effective. Elle se réfère en cela au concept élaboré par la doctrine d'*Untermabverbot* (prohibition des mesures insuffisantes) en contrepoint du principe traditionnel d'*Übermabverbot* (prohibition des mesures excessives)⁷⁹ et proclame la loi déferée à nouveau contraire à la Constitution. Cette attitude surprenante de la part d'un juge constitutionnel, qui ne se comporte guère en tant que gardien du droit positif a été vivement critiquée, notamment de la part de la doctrine étrangère. Ainsi en est-il pour le Professeur Michel Fromont, dénonçant également l'interventionnisme du juge allemand : « cette tendance à tout régenter est d'autant plus préoccupante que la Cour le fait au nom de principes constitutionnels, la dignité de la personne humaine⁸⁰, auxquels même le pouvoir constituant dérivé ne peut déroger ! Est-ce le triomphe absolu du droit naturel ou l'instauration de la dictature de huit juges prenant de plus en plus de liberté avec les règles classiques de l'interprétation du droit écrit ? »⁸¹.

Dans les années soixante-dix et quatre-vingt, qu'ils aient qualifié l'embryon comme étant titulaire du droit à la vie ou non, tous les tribunaux constitutionnels vont insister sur la protection lui devant être accordée. Excepté le cas français, la nécessité affirmée d'une protection de l'embryon

⁷⁷ « *Der effizienz nicht geopfert werden. Das Gesetz ist nicht nur instrument zur steuerung gesellschaftlicher prozesse nach soziologischen erkenntnissen und prognosen, es ist auch bleibender ausdrück sozial-ethischer und - ihr folgend - rechtlicher bewertung menschlicher handlungen; es soll sagen, was für den einzelnen echt und unrecht ist.* »

⁷⁸ Article 2, alinéa 2 G.G. *in fine*. « des atteintes ne peuvent être apportées à ces droits qu'en vertu d'une loi ».

⁷⁹ La notion d'*Untermabverbot* a été utilisée pour la première fois par CANARIS, in *Archiv für civilistische Praxis*, Bd. 184, 1984, p. 228 et s. Pour certains auteurs, le concept d'*Übermabverbot* contenait logiquement déjà en ce soit celui d'*Untermabverbot* ; d'où son absence d'intérêt, voir par exemple HAIN, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1993, p. 982.

⁸⁰ Dans sa seconde décision sur l'avortement, la Cour ne fonde plus le devoir de protection de l'Etat sur l'article 2, alinéa 1 de la Loi fondamentale mais sur l'article premier, alinéa 1 sur le principe de la dignité humaine qui est, à la différence de l'article 2, insusceptible d'être modifié lors d'une révision constitutionnelle.

⁸¹ M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993 », *R.D.P.*, 1995, II, p. 331.

s'est même traduite en termes de devoir étatique. Les termes du débat se sont essentiellement posés au travers de la nécessité ou de l'obligation d'édicter des normes pénales pour assurer la protection du *nasciturus*. Selon la jurisprudence du Tribunal de Karlsruhe, l'embryon jouissait à l'époque d'une protection absolue, ce qui découlait logiquement de l'affirmation de son droit à la vie ; en revanche, dans les autres pays, il ne bénéficiait que d'une protection relative.

L'embryon face au droit à l'avortement de la mère dans le monde contemporain : Les pays divisés en trois camps ? Dans les années 70 et 80, seuls les Etats-Unis finalement avaient véritablement consacré un droit à l'avortement de la femme enceinte, dans l'arrêt *Roe* précité. Mais en Europe, même les législations les plus libérales ne proclamaient pas un tel droit, l'avortement étant simplement dépénalisé et non légalisé. Aujourd'hui, le droit comparé nous enseigne qu'il est possible de regrouper l'état du droit en Europe dans trois grands ensembles : Les pays qui suivent un régime dit « des délais » où la décision n'appartient qu'à la femme; ceux qui suivent celui des « indications » où la décision appartient à des tierces personnes et ceux qui, de manière générale, ont des législations très restrictives.

La première option ne signifie pas que l'avortement soit permis sans délai. Il peut l'être en revanche sans condition. Que ce soit dans la plupart des pays d'Europe, aux USA, en Australie ou en Chine, l'avortement est permis sur simple demande de la femme enceinte mais dans un certain délai. Des pays très fortement marqués par la religion catholique ont rejoint ce premier groupe, à l'instar du Portugal ou de l'Espagne en 2010. Les pays ayant choisi le modèle dit des indications sont l'Angleterre, la Finlande, la Pologne et l'Islande. Enfin, l'Irlande, Andorre, Malte, San Marin, Monaco, le Liechtenstein ont des législations très restrictives, l'avortement étant soit interdit comme à San Marin soit seulement permis en cas de danger de mort de la mère comme en Irlande ou viol et malformation du fœtus en Pologne.

A l'intérieur des groupes, les situations sont évidemment variables. Aussi, dans le premier groupe, les délais sont-ils différents. Ils peuvent aller de 10 semaines⁸² à 24 semaines⁸³ à l'intérieur desquelles l'interruption volontaire de grossesse est possible. Ensuite, les conditions sont également différentes, allant de leur absence⁸⁴ à l'exigence de la situation de détresse⁸⁵. Dans les

⁸² C'est le cas du Portugal.

⁸³ C'est le cas des Pays-Bas.

⁸⁴ C'est le cas de la France, la situation de détresse étant supprimée depuis 2014, du Danemark, de la Norvège, de l'Autriche, du Portugal, de l'Espagne, de la Suède et de tous les pays d'Europe centrale, de l'est et des Balkans – Pologne exceptée.

⁸⁵ En Belgique, Pays-Bas, Suisse, Italie, mais dans ces autres pays, la condition est définie par la mère elle-même.

pays ayant choisi le modèle de la décision prise par une tierce personne, ce sont les médecins qui sont concernés, en général deux différents⁸⁶.

Au terme de cette étude, il apparaît que finalement, d'un sujet philosophico-religieux à une incertitude scientifique, l'embryon a pu devenir un sujet de droit. Outil de régulation des comportements sociaux, celui-ci ne peut tout définir avec une précision dont on aimerait croire qu'elle est universelle. Si l'embryon est un thème si passionnant pour les juristes, c'est bien en raison du flou de ses multiples contours et facettes. Même si nos représentants tentent de mettre prioritairement en avant les arguments scientifiques, la religion, la politique, les lobbyings ne sont jamais bien loin. Mais n'est-ce-pas le cas pour tout autre sujet de droit ? Certains répondront que l'embryon devrait jouir d'un statut particulier. Assurément, il ne saurait en effet se réduire à une simple chose. Mais peut-être le droit présente-t-il un avantage non négligeable dans ce débat relatif au statut de l'embryon : il est censé être dépassionné, tendre à la neutralité axiologique. La froideur et l'indifférence sont parfois une qualité.

⁸⁶ En Angleterre, Finlande, Islande, étant précisé que les délais sont particulièrement longs dans le premier d'entre eux -24 semaines-.