



Aspects de philosophie et théorie juridiques : La procréation artificielle face aux droits de l'homme

par

par Anne-Marie LE POURHIET, professeur de droit public

Le préambule de la Constitution française de 1958 qui constitue le « contrat social » des Français et grave « dans le marbre » nos valeurs communes se réfère à trois textes correspondant chacun à ce que l'on appelle une « génération » des droits de l'homme. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce les droits civils et politiques du 18^e siècle, le préambule de la Constitution de 1946 énonce les droits économiques et sociaux, et la Charte de l'environnement de 2005 décrit les droits et devoirs de l'humanité vis à vis d'une nature dont elle est partie prenante. Ces trois textes, adoptés à des périodes et des contextes historiques et politiques très différents, ont en commun un fil conducteur qui est l'irréductible spécificité de la nature humaine, qui la distingue aussi bien des choses que des animaux ou des plantes. Les droits « de l'homme » ne sont consacrés qu'en raison de cette spécificité fondamentale qui ne permet donc pas de réifier l'être humain ni d'en disposer comme d'un animal ou d'un bien. C'est bien un choix de civilisation qui est donc constamment rappelé dans notre norme fondamentale.

Le Conseil constitutionnel a tenté d'identifier ce choix et son fil conducteur dans ses décisions concernant les lois bioéthiques et l'IVG, mais il s'est révélé incapable d'en dégager une exigence claire et de proposer une jurisprudence stable (I). La Cour de Strasbourg, quant à elle, chargée d'appliquer la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, adoptée en 1950, reste le nez dans le guidon de sa casuistique anglo-saxonne, et patauge dans un tissu d'incohérences jurisprudentielles (II).

Il conviendrait donc doute que la patrie des droits de l'homme se ressaisisse et fasse une indispensable piqûre de rappel à tous ceux qui invoquent les droits de l'homme pour mieux les ignorer.

I. Le Conseil constitutionnel et l'usage hésitant du concept de dignité

La jurisprudence constitutionnelle française affiche des principes objectifs (A) qu'elle se révèle ensuite incapable d'appliquer (B)

A. Un affichage de principes

Quelle est la philosophie politique et juridique qui inspire les trois grands textes mentionnés dans le préambule de notre Constitution ?

Les auteurs de la Déclaration de 1789 affirment d'emblée « *que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements* », et qu'ils ont donc résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, « *les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme* ». L'article 2 de la Déclaration proclame donc que

« le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme » (N.B. : l'Homme y est toujours écrit avec une majuscule).

Le préambule de la Constitution de 1946 indique quant à lui : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ».

Enfin, la Charte de l'environnement adossée à la Constitution en 2005, rappelle que « les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité, » que « l'avenir et l'existence même de celle-ci sont indissociables de son milieu naturel », que « l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains et que sa préservation doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ». Les travaux préparatoires de ce texte ont insisté sur le fait qu'il s'inscrivait résolument dans une perspective d'écologie humaine qui place l'homme au centre de la préoccupation environnementale.

On aperçoit donc bien une continuité d'inspiration résolument humaniste entre les trois textes de référence.

C'est justement en se fondant sur la belle introduction du préambule de la Constitution de 1946 faisant allusion au régime nazi que le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision du 27 juillet 1994 (n°94-343/344 DC) concernant la loi relative au respect du corps humain, au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, dite « loi bioéthique », que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ».

Le Conseil énumère d'abord les règles dont la loi bioéthique entoure la procréation médicalement assistée. Celle-ci se définit comme les pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation « en dehors du processus naturel ». Il constate que cette assistance médicale, destinée à répondre à la demande parentale d'un couple, a pour objet soit de remédier à une « infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué », soit d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité. Il constate aussi que la loi impose que « l'homme et la femme formant le couple soient vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans ». Ces conditions étant rappelées, le Conseil conclut que la loi énonce ainsi « 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 et que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ». On comprend donc bien que les principes posés par la loi de 1994 découlent du principe constitutionnel de dignité et en sont partie intégrante. Ce sont donc ces principes et les conditions strictes dont la loi de 1994 entoure la PMA qui permettent au Conseil de juger ce texte conforme à la Constitution.

En bonne logique juridique donc, une loi qui viendrait enlever ces conditions devrait être considérée comme inconstitutionnelle.

Dans sa décision du 17 mai 2013 relative à la loi Taubira il a encore répondu à l'argument des parlementaires selon lequel cette loi inciterait les couples de même sexe « à recourir à l'étranger à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour le compte d'autrui en fraude à la loi française », que « l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques ».

Nous avons donc théoriquement dans notre loi fondamentale tous les éléments permettant de sanctionner juridiquement les atteintes qui seraient portées à l'éthique humaniste. Mais qu'en fait réellement la jurisprudence constitutionnelle ?

B. Une application fuyante

Le Conseil a montré sur ces questions qu'il savait parfaitement s'écarter de la logique juridique et renier ses propres raisonnements, lorsqu'il subit les pressions et menaces psychologiques et politiques. Déjà, dans la décision de 1994, on avait pu remarquer un décalage évident entre les principes affichés et le jugement rendu, entre ce que j'avais appelé « l'éthique des motifs et le nihilisme du dispositif »¹. Mais ce constat s'est aggravé depuis.

Dans une décision du 27 juin 2001 (n°2001-446 DC) il avait considéré « qu'en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du fait de son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». On déduit logiquement de ce raisonnement que la suppression de la condition de détresse, c'est-à-dire le remplacement de l'état de nécessité par la seule volonté discrétionnaire de la mère, serait *a contrario* inconstitutionnel. Et bien, non. Récemment saisi par 60 sénateurs du texte de loi relatif à l'égalité femmes-hommes, qui supprime justement la condition de détresse de la loi Veil, le Conseil esquivait totalement la question qui lui est posée et feint d'ignorer sa jurisprudence précédente pour répondre laconiquement et péremptoirement, sans l'ombre d'une démonstration, que « la modification de la rédaction des dispositions de loi qui prévoit que la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut en demander l'interruption à un médecin, ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle et doit être déclaré conforme à la Constitution » (décision n°2014-700 DC du 31 juillet 2014). Il se contredit totalement et botte en touche parce qu'il est manifestement terrorisé par le lobby féministe depuis que celui-ci l'avait injurié à la suite de l'invalidation de la loi sur le harcèlement sexuel.

Confronté à la loi relative au mariage de partenaires de même sexe on l'a vu également se livrer à une étonnante pirouette. Dans une décision du 28 janvier 2011 (n°2010-92 QPC) il avait explicitement indiqué « qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » le législateur n'avait pas méconnu le principe d'égalité. Dans sa décision du 17 mai 2013, il va juger que, si la législation républicaine a toujours regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République » (n°2013-669 DC). Le subterfuge est énorme : il disqualifie juridiquement la norme en cause, en la faisant descendre du statut de principe à celui de simple règle pour échapper à l'argument imparable des saisissants démontrant qu'il s'agissait évidemment d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, donc d'un principe à valeur constitutionnelle.

Devant une jurisprudence qui affirme ainsi solennellement des grands principes inhérents à l'humanité mais qui botte en touche, se contredit et esquivait ensuite tout raisonnement quand il s'agit de les appliquer, force est d'admettre que le juge constitutionnel n'est plus crédible sur l'essentiel.

A priori et compte tenu des principes rappelés en 1994, la gestation pour autrui comme l'ouverture de la PMA aux femmes célibataires ou homosexuelles devraient être censurées par le Conseil constitutionnel si elles venaient à être autorisées, mais le caractère incohérent et fluctuant de sa jurisprudence récente sur les questions éthiques ne permet désormais plus aucune certitude ni confiance légitime sur le plan constitutionnel.

S'agissant de la réception dans l'état civil français des GPA menées frauduleusement à l'étranger, la Cour de cassation a tenu ferme mais, cette fois, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui veut l'obliger à plier, dans le cadre d'une jurisprudence confuse et incohérente.

¹ Anne-Marie LE POURHIET, *Le Conseil constitutionnel et l'éthique bio-médicale*, Études en l'honneur de Georges Dupuis, LGDJ, 1997, p. 213

II. Le juge européen dans l'incohérence conceptuelle

La CEDH, contrairement à la tradition du juge français, raisonne à l'anglo-saxonne à partir d'une jurisprudence casuistique dépourvue de construction théorique et conceptuelle et essentiellement tournée vers les droits subjectifs. La cour ne tire pas ses solutions de principes objectifs transcendants et surplombants dont se déduiraient logiquement la sentence mais statue au cas par cas, le nez dans le guidon, dans une improvisation intellectuellement médiocre qui fait la part belle à la compassion individuelle.

Pour les affaires d'anonymat du donneur, d'accouchement sous X, de recherche de paternité ou de GPA, la Cour utilise l'article 8 de la convention qui pose que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale » et se borne à mettre ce droit en balance avec « l'intérêt de l'État », vaguement désigné comme un « choix d'éthique » ou simplement comme « l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein ». C'est tout. Elle n'en dit pas plus sur les raisons de ce choix démocratique et ne cherche pas dans la Convention elle-même une valeur ou un principe susceptible de contrer le droit subjectif à la vie privée et familiale de l'individu.

En revanche, dans sa décision *Mennesson c/ France* du 26 juin 2014 (n°65192/11), elle insiste beaucoup sur ce droit individuel et le droit à l'identité qu'elle lui rattache. Elle parle d'« identité filiale », et va même jusqu'à affirmer que la nationalité est un élément de l'identité des personnes ... ce qui devrait faire suffoquer les adversaires de l'identité nationale.

Elle considère que la marge nationale d'appréciation de l'État doit être restreinte quand la filiation est en cause car il s'agit d'un aspect essentiel de l'identité de la personne. Mais jamais elle ne s'attache à énoncer pourquoi l'État fait justement ce choix démocratique et pose justement l'interdit de la GPA, ni quelles sont les justifications de l'illicéité du contrat de mère porteuse. La Cour s'abstient de rappeler que les États qui prohibent ce procédé veulent justement interdire à des individus de « jouer » avec l'identité d'un enfant choséifié dont on va dire qu'il est le fils de Mme A alors qu'il est né de l'ovocyte de Mme B implanté dans l'utérus de Mme C. La France interdit la GPA au nom de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes parce que les droits de l'homme interdisent précisément de passer commande d'un enfant dont on a sélectionné la génitrice et la porteuse comme une poulinière de Deauville ou comme les esclaves du commerce triangulaire.

Le paradoxe est que la Cour trouve le moyen d'insister sur la particulière importance de l'identité biologique pour juger qu'en refusant la reconnaissance de la filiation paternelle d'un enfant conçu par GPA à l'étranger, la France « porte atteinte » à l'identité de l'enfant. Elle ne relève pas que ce refus constitue justement la sanction d'une maltraitance identitaire préalable et d'une fraude à la filiation maternelle. Comment peut-elle dire que la filiation biologique est primordiale et ne jamais condamner les États qui autorisent l'insémination par un donneur anonyme ou qui laissent affubler un enfant de deux pères ou de deux mères ? On nage en pleine contradiction, c'est du gloubi-bulga juridique.

L'affirmation récurrente de la Cour selon laquelle l'enfant ne saurait se faire reprocher des faits qui ne lui ont pas imputables est aussi indigente ! Personne n'a évidemment jamais rien reproché aux enfants, mais ils sont, dans le cas *Mennesson*, de nationalité américaine, nés sur le sol américain d'une mère porteuse américaine, en conformité avec la loi américaine mais en fraude avec l'ordre public français, ils doivent donc demeurer sous pavillon américain.

Au lieu de quoi la Cour se pique de juger que la France est allée au-delà de sa marge d'appréciation en portant excessivement atteinte à l'intérêt des enfants, dans une décision une nouvelle fois complètement déséquilibrée où l'on nous met sur un plateau l'intérêt supérieur de l'enfant abondamment démontré et sur l'autre un « intérêt de l'État » consistant en un vague « choix éthique » qui n'est pas explicité. D'un côté donc la méchante raison d'État, de l'autre le gentil petit enfant victime, le résultat tombe de lui-même, enlevé c'est plié, la France bourreau d'enfants doit être condamnée. C'est ce que j'appelle une jurisprudence « Leonarda », ou comment la violation du

droit vous accorde des droits ...

J'ajoute encore une bizarrerie tenant au fait que la Cour recherche, pour apprécier la marge d'appréciation de l'État, s'il existe un consensus en Europe sur le sujet, qu'elle ne trouve pas en l'occurrence. Mais on en déduit donc que s'il y avait une majorité d'États européens qui légalisait la GPA, la France pourrait être condamnée pour ne pas rejoindre le troupeau.

Pourquoi la Cour n'invoque-t-elle pas elle-même un principe conventionnel supérieur résidant dans la dignité, l'indisponibilité et l'inviolabilité de la personne humaine ? Pourquoi ne songe-t-elle pas à voir dans l'existence même des « droits de l'homme » auxquels se réfère la Convention qu'elle est censée appliquer l'interdiction implicite du contrat de GPA ? Pourquoi ne songe pas à trouver dans la Convention elle-même et les droits de l'homme en général qui la sous-tendent, ce qui pourrait s'opposer à l'argument tiré de la vie privée ? L'article 3 de la Convention pose que « *nul ne peut être soumis à des traitements inhumains ou dégradants* » et l'article 4 pose que « *nul ne peut être tenu en esclavage ou en servitude* » ... Il y aurait là de quoi dégager une condamnation européenne de la GPA. Mais la Cour n'invoque jamais l'éthique de ces deux articles et se borne à tenir ses comptes d'épiciers sur le nombre d'États qui autorisent ou non la GPA et à rester le nez dans le guidon sur son cas d'espèce.

Rien donc à attendre non plus de la CEDH si ce n'est le pire et l'on peut se dire que le général de Gaulle avait bien raison de refuser la ratification de cette convention.

Conclusion : que faire?

Puisqu'il semble inutile de compter sur les « grands » juges qui ne font pas le job et qui meurent de frousse devant les *lobbies* et la pression du politiquement correct il ne reste plus que la bataille interne sur le plan politique. Le gouvernement n'a pas fait appel de la décision de la Cour européenne devant la grande-chambre, trop content de voir ainsi la circulaire Taubira implicitement validée par la Cour. Il faudrait que la Cour de cassation s'obstine et refuse d'obtempérer, mais la primauté des traités sur la loi oblige le juge national à s'aligner sur les interprétations des juges européens sauf à faire de nouveau condamner la France.

Ensuite, il faudra continuer « la lutte » sur le plan politique et rappeler à Mme Taubira que dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi tendant à reconnaître l'esclavage comme crime contre l'humanité elle disait ceci : « Les générations actuelles savent que « *cette précipitation de l'homme hors humanité, cette expulsion de chez les êtres humains et cette réclusion dans le monde des animaux, des outils, des choses* » n'étaient pas dues à une nature bestiale ni à une malédiction mais à une *injustice essentielle dictée par la cupidité et justifiée par une morale sur mesure* » ...

Elle constatait aussi dans son rapport qu'il existe très peu de définitions de l'esclavage, comme si la nature et le contenu de l'acte d'asservir étaient entendus, nous étaient familiers et appartenaient à une sorte de savoir diffus, de connaissance intuitive. Elle n'a pas tort : tout homme libre « sent » intuitivement ce qu'est la servitude. Elle cite cependant le décret d'abolition du 27 avril 1848 qui considère que « *l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine...* » et la convention internationale du 25 septembre 1926, selon laquelle « *l'esclavage est l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux* ». Tout est dit, cela suffit.

Madame Taubira ne peut pas ordonner de transcrire dans le droit français les effets d'un attentat contre la dignité humaine, à moins qu'elle n'ait elle-même la morale sur mesure et la mémoire sélective. Il conviendra donc de la lui rafraîchir le 5 octobre. ONLR.