

7. SYNERGIE : HISTOIRE DE LA MÉDECINE ET DE LA SANTÉ ET DES SYSTÈMES D'INFORMATION

- www.calenda.org : un site très utile et très étoffé permettant de connaître les manifestations à venir dans les domaines des lettres et sciences humaines.
- www.jurisguide.univ-paris1.fr présente : Pour accéder aux ressources intéressantes : Accueil>plan>ressources pédagogiques>articles>gallica : les revues juridiques. On accède ainsi à un très utile tableau des revues de droit disponibles sur cette bibliothèque numérisée.
- Quelques références bibliographiques sont présentes dans « Bibliographie d'histoire du droit en langue française » : clhd.univ-nancy2.fr (mots clés par exemple : santé, médecine légale).
- D'intéressants documents historiques sont accessibles sur le site « Ethique et santé » de l'Université Paris-Descartes. Taper www.ethique.inserm.fr (rubrique recherche-colonne de gauche en haut, puis taper « histoire »).
- Le site WWW.cairn.info Ce site est important car il met à disposition gratuitement un certain nombre de publications universitaires

- Les ressources présentées par la bibliothèque inter-universitaire de médecine et d'ontologie sont très riches :
- www.bium.univ-paris5.fr/histmed/medica/oai_pmh.htm
- La bibliothèque numérique Gallica de la Bibliothèque nationale de France (cf. www.bnf.fr) ; « les documents retenus par la Bibliothèque nationale de France ont été choisis de façon à constituer **une bibliothèque encyclopédique et raisonnée, représentative des grands auteurs français et des courants de recherche et de réflexion par delà les siècles...** Des domaines aussi divers que l'histoire, la littérature, les sciences, la philosophie, le droit, l'économie et la science politique y sont représentés... Gallica offre accès à tous types de supports : imprimés (monographies, périodiques et presses) en mode image et en mode texte, manuscrits, documents sonores, documents iconographiques, cartes et plans. Cet ensemble de revues, d'images et de documents sonores est destiné à tout lecteur, du curieux au bibliophile, du lycéen à l'universitaire » (citation tirée du site de la Bnf). ■

BIOÉTHIQUE ET QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Par **Christian BYK***

Voir le résumé en page 11 / See the abstract in page 11

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution » Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Cette exergue, qui vise à introduire et mettre en avant le rôle nouveau du Conseil constitutionnel dans le cadre de la Question prioritaire de constitutionnalité, peut paraître contradictoire avec la tradition constitutionnelle française tant l'idée de souveraineté nationale y était jugée peu compatible avec l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité de la loi votée et encore plus de la loi entrée en vigueur. L'évolution récente de l'histoire constitutionnelle montre cependant que la réalité est aujourd'hui loin du mythe originaire et que, depuis le début des années 1970, le Conseil constitutionnel a vu progressivement s'élargir son champ de références (de la constitution *stricto sensu* à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et au préambule de la constitution de 1946) tandis que procéduralement, le droit de le saisir était étendu (1). Ainsi dès 1971, avec sa décision sur le droit d'association (2), il s'affirmait comme garant des droits et libertés. Ce n'est cependant qu'avec l'entrée en vigueur en 2010 de la réforme introduisant la Question prioritaire de constitutionnalité (3) que le Conseil a vu son rôle s'amplifier dans le domaine des droits et libertés. D'une part, ce mode de saisine, dont l'initiative appartient au justiciable et peut viser n'importe quelle loi en vigueur (sauf celles résultant d'un référendum), ouvre la voie à des décisions quantitativement et qualitativement plus conséquentes. D'autre part, la nature même de l'activité du Conseil est radicalement transformée, celle-ci d'écrite et secrète deve-

nant orale, publique et contradictoire, faisant du Conseil une véritable juridiction.

Les questions dites de bioéthique (élargies aux questions de santé et à celles touchant l'environnement) constituent, de ce point, de vue un bon exemple de l'amplification et du changement de nature de l'activité du Conseil dans la mesure où, restant enfermées depuis 1994 dans l'affirmation de « principes matériels », elles trouvent avec la procédure de la QPC un développement plus concret s'agissant de questions soulevées à l'occasion de contentieux individuels (4). Avec cette nouvelle jurisprudence, les questions de fond trouvent ainsi des réponses plus substantielles, favorisant une harmonisation avec la jurisprudence des hautes juridictions administrative et judiciaire. Mais, les questions posées ont aussi donné lieu à des précisions d'ordre procédural, certaines propres à la bioéthique, d'autres non, et qui confortent l'effectivité des droits substantiels reconnus.

I. LES DROITS ET LIBERTÉS GARANTIS

Caractérisant de « nouveaux droits » ou pouvant être considérée comme l'extension de droits existant, la bioéthique est, à l'évidence, un lieu de revendications de la personne face à l'essor des techniques médicales ou aux conséquences environnementales de certaines d'entre elles. Elle est ainsi un enjeu de pouvoirs sur le corps ou pour la maîtrise de la vie de son origine à sa fin et « oppose » ceux qui revendiquent la maîtrise de leurs corps aux détenteurs des techniques litigieuses mais aussi à un tiers existant (le receveur face au donneur d'organes par exemple) ou potentiel (les futurs parents et leur enfant à naître) (5). Elle est donc perçue avant tout comme une question de liberté individuelle et de protection de la vie privée et familiale.

* magistrat, secrétaire général, Association internationale droit, éthique et science.

(1) Alain Werner, le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant, http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs67_p117-136_CC_pouvoir_constit.pdf

(2) Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

(3) Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République et loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

(4) C. Castaing, Premier bilan de la QPC en matière de santé, Gazette du Palais, 4 et 5 novembre 2011, n° 308-309, p. 11-15.

(5) Commission nationale consultative des droits de l'homme, avis du 14 juin 2007, Droits de l'Homme, bioéthique et rapport au corps, http://www.cncdh.fr/sites/default/files/07.06.14_contribution_au_debat_droits_de_lhomme_bioethique_et_rapport_au_corps.pdf

A. La liberté individuelle

En bioéthique, la liberté individuelle, c'est le respect de l'autonomie et, appliquée au corps de l'individu, cette liberté a pour corollaire le respect de l'intégrité de la personne et la nécessité, sauf exception légitime, d'obtenir son consentement à toute intervention. Nulle surprise donc à voir considérer, au premier chef de la protection de cette liberté, la situation de la personne internée psychiatrique. A cette question récurrente- mais toujours sensible dans une société devenue « sécuritaire »- s'ajoute celle nouvelle, induite des nouvelles pratiques biomédicales, des prélèvements biologiques réalisés soit à des fins de contrôle social, soit à des fins médicales.

1) les soins psychiatriques sans consentement

Dans une série de décisions sur la constitutionnalité de certaines dispositions législatives intervenues depuis la loi du 27 juin 1990 (6), le Conseil constitutionnel expose les principes du droit applicable et clarifie les conditions de leur mise en oeuvre au regard des droits des personnes hospitalisées sans consentement ainsi qu'en ce qui concerne le rôle du juge judiciaire.

a) Les normes constitutionnelles applicables

Incontestablement, la décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 (7) constitue une décision majeure dans la mesure où, première décision rendue dans ce domaine largement réformé par la loi du 27 juin 1990 (8), elle définit le cadre constitutionnel de l'hospitalisation sans consentement. En l'espèce, Le Conseil d'État avait saisi le Conseil constitutionnel en retenant comme sérieux le grief tiré de ce que les dispositions contestées n'assuraient pas une protection suffisante de la liberté individuelle et, notamment, de sa protection par l'autorité judiciaire.

1°) Le cadre constitutionnel

Le Conseil adopte ici une approche objective du droit à la santé et inscrit la question qui lui est posée dans le contexte d'un conflit de droits opposant la protection de la santé et de l'ordre public, d'une part, à la garantie de la liberté individuelle, d'autre part.

(6) Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation.

(7) Décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mme D.S.

(8) Cette loi sera elle-même révisée par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

Il se réfère, en effet, pour définir le cadre constitutionnel du droit à la santé, au 11ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que « la Nation garantit à tous le droit à la protection de la santé », et à l'article 34 de la Constitution de 1958, qui reconnaît compétence au législateur pour « fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Il en déduit que, pour répondre à l'objectif de protection de la santé, le législateur garde une grande liberté d'appréciation dès lors que « dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles ». Le législateur peut donc, dans cette mesure, y trouver un motif d'intérêt général pour limiter d'autres droits constitutionnellement garantis comme le droit de grève (9) ou le droit de propriété (10).

2°) Les exigences constitutionnelles concernées

Pour le Conseil, il s'agit, d'une part, de la prohibition de la détention arbitraire et de la mission de gardienne de la liberté individuelle, que l'article 66 confie à l'autorité judiciaire, et, d'autre part, du principe dit « de rigueur nécessaire », qui impose que les dispositions relatives à l'hospitalisation sans consentement n'apportent aux droits et libertés constitutionnellement garantis que des restrictions « adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi »(11).

b) Les droits des personnes hospitalisées sans consentement

1°) La dignité

Comme en matière de garde à vue (12), le Conseil rappelle la portée constitutionnelle du principe de dignité avec les mêmes termes que ceux utilisés dans sa décision du 19 novembre 2009 sur la loi pénitentiaire (13), à savoir que « le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ;

(9) Décision 80-117 DC du 22 juil.1980, loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires.

(10) Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

(11) Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ; pour un cas de censure en matière d'hospitalisation sans consentement, on renverra à la décision n° 2011-174 QPC du 06 octobre 2011 ; à l'inverse pour un refus : cf. décision 2012-235 QPC du 20 avril 2012.

(12) Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

(13) Décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009.

que la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle ». Il en résulte « qu'il appartient aux professionnels de santé ainsi qu'aux autorités administratives et judiciaires de veiller, dans l'accomplissement de leurs missions et dans l'exercice de leurs compétences respectives, à ce que la dignité des personnes hospitalisées sans leur consentement soit respectée en toutes circonstances ».

Toutefois, « la méconnaissance éventuelle de cette exigence dans l'application des dispositions législatives précitées n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité ».

2°) Les autres droits concernés par la QPC

– Le droit de refuser un traitement

Bien que celui-ci soit reconnu aujourd'hui comme un droit fondamental du patient (14) et que sa portée a même été renforcée (15), le fait qu'il soit le corollaire du principe du consentement libre et éclairé le rendrait inapplicable à la personne qui n'a pas son discernement. Pour le Conseil, « le législateur a (ainsi pu) estimer qu'une personne atteinte de troubles mentaux qui soit rendent impossible son consentement alors que son état impose une surveillance constante en milieu hospitalier, soit font que cette personne compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, ne peut s'opposer aux soins médicaux que ces troubles requièrent ». Il admet ainsi la constitutionnalité du dispositif législatif, qui découle de cette approche, dès lors « qu'en tout état de cause, les garanties encadrant l'hospitalisation sans consentement permettent que l'avis de la personne sur son traitement soit pris en considération ». Il en déduit que « le législateur a pris des mesures assurant, entre la protection de la santé et la protection de l'ordre public, d'une part, et la liberté personnelle, protégée par l'article 2 de la Déclaration de 1789, d'autre part, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée ». Cette position, qui signifie que toute hospitalisation psychiatrique garde une finalité de soins, est d'autant plus intéressante à relever que depuis la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, qui autorise des soins psychiatriques sans consentement en milieu ambulatoire, le lien, jusqu'alors indissociable entre hôpital et soins, pouvait ne plus être évident. Avec l'introduction par la loi du 5 juillet 2011 de modalités ambulatoires pour les soins psychiatriques sans consentement, la question s'est posée de savoir si hors le cadre de l'hospitalisation complète, les soins pourraient être prodigués par la contrainte et les

séjours temporaires en établissement imposés par la force. Dans une décision du 20 avril 2012 (16), le Conseil a estimé « qu'en permettant que des personnes qui ne sont pas prises en charge en « hospitalisation complète » soient soumises à une obligation de soins psychiatriques pouvant comporter, le cas échéant, des séjours en établissement, les dispositions de l'article

L. 3211-2-1 n'autorisent pas l'exécution d'une telle obligation sous la contrainte ; que ces personnes ne sauraient se voir administrer des soins de manière coercitive ni être conduites ou maintenues de force pour accomplir les séjours en établissement prévus par le programme de soins ; qu'aucune mesure de contrainte à l'égard d'une personne prise en charge dans les conditions prévues par le 2° de l'article L. 3211-2-1 ne peut être mise en œuvre sans que la prise en charge ait été préalablement transformée en hospitalisation complète ». C'est également ce que révèlent les travaux parlementaires (17).

– Le droit de téléphoner

Le Conseil a estimé que « le droit d'émettre ou de recevoir des courriers », qui est garanti en « tout état de cause » à la personne hospitalisée par la loi, n'inclut pas le droit de recevoir des communications téléphoniques qui, comme les autres moyens de communication, « est régi par le principe général... selon lequel, lorsqu'une personne est hospitalisée sans son consentement, « les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être limitées à celles nécessitées par son état de santé et la mise en œuvre de son traitement ». Le droit de téléphoner ne pouvant dès lors être refusé qu'en raison de l'état du malade, le Conseil a jugé que les dispositions litigieuses « ne portaient pas une atteinte disproportionnée à l'exercice de droits constitutionnellement garantis ».

– Le droit à un recours juridictionnel effectif

En premier lieu, le Conseil affirme que « si, en l'état du droit applicable, les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas compétentes pour apprécier la régularité de la procédure et de la décision administratives qui ont conduit à une mesure d'hospitalisation sans consentement, la dualité des ordres de juridiction ne limite pas leur compétence pour apprécier la nécessité de la privation de liberté en cause ». La complexité pour le justiciable du système né de cette complémentarité des compétences avait pourtant conduit le juge

(14) Art. L1111-4 du code de la santé publique.

(15) cf.art.3 de la loi du 22 avril 2005.

(16) Décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012.

(17) Avis fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, Sénat, session ordinaire 2010-2011, n°477, 27avril 2011, p.20.

européen à condamner la France (18). Il est vrai que le juge constitutionnel a pu fonder sa décision sur le fait que la dualité des ordres de juridiction a elle-même un fondement constitutionnel (19).

En second lieu, s'agissant du délai suivant lequel le juge judiciaire est appelé à statuer pour qu'il soit mis fin à l'hospitalisation sans consentement, le Conseil a, malgré les lacunes de la loi sur ce point, refusé de censurer la disposition déferée, émettant seulement une réserve, à savoir « que, s'agissant d'une mesure privative de liberté, le droit à un recours juridictionnel effectif impose que le juge judiciaire soit tenu de statuer... dans les plus brefs délais compte tenu de la nécessité éventuelle de recueillir des éléments d'information complémentaires sur l'état de santé de la personne hospitalisée ».

c) L'hospitalisation à la demande d'un tiers

1°) Conditions d'admission

Au regard des dispositions des articles L. 333, L. 333-2 et L. 333-4 du code de la santé publique, le Conseil a considéré que « le législateur avait fixé des conditions de fond et des garanties de procédure propres à assurer que l'hospitalisation sans consentement, à la demande d'un tiers, ne soit mise en œuvre que dans les cas où elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade » (20).

2°) Rôle de l'autorité judiciaire

Ce rôle diffère suivant qu'il s'agit d'une mesure initiale de placement ou d'une prolongation de celui-ci. Mais, en tout état de cause, les modalités suivant lesquelles le juge doit statuer doivent laisser libre son appréciation des faits afin qu'il statue en toute indépendance, comme le souligne la décision rendue sur la procédure de mainlevée.

– Admission

S'agissant de cette question, le Conseil constitutionnel n'avait jusqu'alors jamais statué sur l'hospitalisation sans consentement mais il avait eu l'occasion de statuer sur d'autres mesures de privation de liberté qui ne sont pas prononcées par le juge, qu'il s'agisse de la

rétenction administrative des étrangers (21) ou de la garde à vue (22). Et, il n'avait jamais exigé que le juge prononce lui-même une telle mesure. En affirmant, en l'espèce, que « si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté », le Conseil n'adopte pas une position différente, estimant qu'une décision initiale de placement d'office pour des raisons d'ordre médical ou d'ordre public n'a pas besoin d'être prise par un juge.

– Délai de réexamen par le juge après une hospitalisation judiciairement ordonnée

Il existe toutefois de rares cas où le juge décide lui-même. Ainsi, s'agissant du délai de réexamen judiciaire périodique des mesures de privation de liberté ordonnées par une juridiction ou sur lesquelles le juge des libertés s'est déjà prononcé, le Conseil constitutionnel a estimé que la durée de six mois prévue par le 3° du paragraphe I de l'article L.3211-12-1 du code de la santé publique n'était pas inconstitutionnelle. La fixation d'une telle durée relève, dans des limites qui n'étaient pas franchies en l'espèce, du pouvoir d'appréciation du législateur à qui il incombe de concilier les exigences de l'article 66 de la Constitution (qui ne sont pas méconnues dès lors que la mesure de privation de liberté fait suite à une décision judiciaire et que le juge des libertés et de la détention peut être saisi à tout moment pour statuer sur une demande de mainlevée) et l'objectif de bonne administration de la justice qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle (23).

– Maintien

Non seulement, le juge judiciaire doit intervenir car, conformément à l'article 66 de la Constitution, nous rappelle le Conseil, « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegarder que si le juge intervient ». **Mais, il doit intervenir à bref délai.** Si « les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai... en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L. 337 (csp)

(18) CEDH, cinquième section, 18 novembre 2010, Baudoin c. France, n° 35935/03.

(19) Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence et art.61-1 de la constitution issu de la réforme du 23 juillet 2008.

(20) Le dispositif choisi par le législateur pour le placement en HDT fait intervenir quatre acteurs : un tiers, deux médecins (un seul en cas de « péril imminent »), dont l'un est étranger à l'établissement, et le directeur de l'établissement.

(21) Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 complétée par la décision n° 2011-631 DC du 09 juin 2011.

(22) Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

(23) Décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012.

méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution ;... en outre, ni l'obligation faite à certains magistrats de l'autorité judiciaire de visiter périodiquement les établissements accueillant des personnes soignées pour des troubles mentaux, ni les recours juridictionnels dont disposent ces personnes pour faire annuler la mesure d'hospitalisation ou y mettre fin ne suffisent à satisfaire à ces exigences ».

La décision d'inconstitutionnalité, qui résulte de ce « qu'aucune disposition législative ne soumet le maintien de l'hospitalisation d'une personne sans son consentement, en application de l'article L. 337 du code de la santé publique, à une juridiction judiciaire dans des conditions répondant aux exigences de l'article 66 de la Constitution » allait d'autant plus de soi que, dans sa décision du 9 janvier 1980 (24), le Conseil constitutionnel avait déjà censuré des dispositions qui reportaient au septième jour l'intervention judiciaire pour les étrangers retenus (25).

En outre, la France avait déjà fait l'objet à Strasbourg de nombreuses condamnations pour non-respect du bref délai exigé par l'article 5 para.4 de la Convention européenne des droits de l'homme (26).

Fort de ces précédents, le Conseil constitutionnel réaffirmera à plusieurs reprises sa position (27).

– Mainlevée

- Relevant « qu'il résulte des dispositions contestées, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, que le juge des libertés et de la détention ne peut mettre fin à l'hospitalisation d'office, ordonnée en application de l'article L. 3213-7 du code de la santé publique, que sur les décisions conformes de deux psychiatres résultant d'examens séparés établissant de façon concordante que l'intéressé n'est plus dangereux ni pour lui-même ni pour autrui », le Conseil constitutionnel a considéré que si « en raison de la spécificité de la situation d'une personne ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental, le législateur pouvait assortir de garanties particulières les conditions dans lesquelles la mesure d'hospitalisation d'office dont elle fait l'objet peut être levée...

toutefois, en subordonnant à l'avis favorable de deux médecins le pouvoir du juge des libertés et de la détention d'ordonner la sortie immédiate de la personne ainsi hospitalisée, il a méconnu les exigences des articles 64 et 66 de la Constitution » (28).

- Le régime particulier de levée des mesures applicables aux personnes pénalement irresponsables ou ayant séjourné en Unités pour Malades Difficiles.

Rappelant sa jurisprudence suivant laquelle les personnes ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental et hospitalisées d'office peuvent voir leurs conditions de sortie assorties de garanties particulières, le Conseil constitutionnel a néanmoins censuré les dispositions législatives contestées, estimant que le législateur n'avait pas « adopter les garanties légales contre le risque d'arbitraire encadrant la mise en œuvre de ce régime particulier » (29).

2) Refus de prélèvement biologique

Depuis 1998, plusieurs réformes, dont principalement la loi du 18 mars 2003 (30), ont progressivement étendu le champ d'application du Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) mais de façon quantitativement importante (31) pour éveiller des préoccupations en matière de liberté individuelle et justifier la saisine du Conseil constitutionnel, le fichier des empreintes génétiques a fait l'objet d'une décision du 16 septembre 2010 (32), qui a examiné la question de constitutionnalité à la fois au regard de la dignité et des principes rattachés (liberté individuelle et intégrité de la personne) et de la vie privée ainsi que sous l'angle des principes de procédure pénale (intervention du juge, présomption d'innocence, règle *non bis in idem*).

a) Prélèvement biologique, dignité, respect de la vie privée

1°) Dignité de la personne et principes rattachés

- C'est à l'occasion de sa saisine relative à la loi sur la sécurité intérieure (devenue la loi du 18 mars 2003) et concernant également des prélèvements biologiques effectués dans le cadre d'une enquête que le Conseil constitutionnel a jugé que l'« expression

(24) Décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration.

(25) voir également en ce sens la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres (garde à vue).

(26) CEDH, 18 juin 2002, Delbec c. France, n° 43125/98; 27 juin 2002, D.M. c. Franc, n° 41376/98; 27 juin 2002, L.R. c. France, n° 33395/96 et 5 novembre 2002, Laidin c. France, n° 43191/98 ; CEDH, 27 octobre 2005, Mathieu c. France, n° 68673/01 ; CEDH, 18 novembre 2010, Baudoin c. France, n° 35935/03.

(27) Décisions n° 2011-135/140 QPC du 09 juin 2011, n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011.

(28) Décision n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011.

(29) Décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012.

(30) La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a modifié le code de ... dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG).

(31) Selon la CNIL, au 31 août 2012, le FNAEG contenait les profils génétiques de 2 039 874 individus dont : 1 641 176 personnes mises en causes, 398 698 personnes condamnées et 149 097 traces non identifiées.

(32) Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010.

- “prélèvement externe” fait référence à un prélèvement n’impliquant aucune intervention corporelle interne; qu’il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés; que manque dès lors en fait le moyen tiré de l’atteinte à l’inviolabilité du corps humain; que le prélèvement externe n’affecte pas davantage la liberté individuelle de l’intéressé » (33).
- Deux décisions subséquentes viennent préciser l’approche retenue par le Conseil constitutionnel :
 - dans sa décision du 15 novembre 2007 (34) concernant la loi relative à la maîtrise de l’immigration, à l’intégration et à l’asile et qui soumettait les demandeurs de visa à la prise de leurs empreintes génétiques, le Conseil a considéré « que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, en autorisant ce mode supplétif de preuve d’un lien de filiation, le dispositif critiqué n’instaure pas une mesure de police administrative; qu’en outre, la loi n’autorise pas l’examen des caractéristiques génétiques du demandeur de visa mais permet, à la demande de ce dernier ou de son représentant légal, son identification par ses seules empreintes génétiques dans des conditions proches de celles qui sont prévues par le deuxième alinéa de l’article 16-11 du code civil; qu’il s’ensuit que le grief tiré de l’atteinte au principe du respect de la dignité de la personne humaine consacré par le Préambule de 1946 manque en fait » ;
 - dans une seconde décision du 16 novembre 2009 relative à la loi pénitentiaire (35), le Conseil a jugé « que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés; que la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d’asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle ; (...) qu’il appartient, dès lors, au législateur, compétent en application de l’article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d’exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne».

Dans ces affaires, le Conseil a conclu à l’absence de violation du principe de dignité. Nulle surprise donc que, suivant la même logique de raisonnement, il aboutisse encore une fois à la même conclusion.

2°) *Le raisonnement et les arguments du juge constitutionnel sur la question du fichier des empreintes génétiques*

- En développant son analyse, le Conseil réaffirme (36) une approche relativiste du principe de dignité, celle-ci ainsi que la liberté individuelle devant être conciliée avec « la prévention des atteintes à l’ordre public et la recherche des auteurs d’infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle ».
- Pour répondre aux différents griefs évoqués, le Conseil use de plusieurs arguments :
 - Il fait tout d’abord remarquer que le prélèvement biologique « ne peut être effectué sans l’accord de l’intéressé », l’incrimination du refus de prélèvement ne remettant pas en cause la nécessité de cet accord et cette règle ne souffrant qu’une exception, prévue à l’article 706-56, I, alinéa 5, du code de procédure pénale, en ce qui concerne les personnes condamnées pour crime ou pour un délit puni de dix ans d’emprisonnement.
 - Il observe ensuite que l’identification d’une empreinte génétique « peut être réalisée à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l’intéressé » de sorte qu’il n’y a pas d’intervention sur la personne. Il rappelle, à cet égard (37) « qu’en tout état de cause, le prélèvement n’implique aucune intervention corporelle interne; qu’il ne comporte aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des personnes ».
 - Enfin, le Conseil, à l’instar de ce qu’il avait jugé dans sa décision du 15 novembre 2007 relative aux tests ADN en matière de regroupement familial (38), fait remarquer que « les empreintes génétiques conservées dans ce fichier ne peuvent être réalisées qu’à partir de segments d’acide désoxyribonucléique non codants, à l’exception du segment correspondant au marqueur du sexe ».

Il en conclut qu’« en conséquence, manquent en fait les griefs tirés de l’atteinte à l’inviolabilité du corps humain, au principe du respect de la dignité de la personne humaine et à la liberté individuelle ».

b) Respect de la vie privée

- Au vu des garanties prévues par la loi (contrôle d’un magistrat, finalité strictement limitée, procédure d’effacement, rôle de la CNIL), le Conseil a estimé que la conciliation faite par le législateur entre le

(33) Décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003.

(34) Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007.

(35) Décision n°2009-593 DC du 16 novembre 2009.

(36) cf. décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001 relative à l’interruption de grossesse.

(37) cf. décision n°2003-467 DC.

(38) Décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007.

- respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public n'était pas manifestement déséquilibrée.
- Pourtant, deux mois plus tard (39), s'agissant de la décision d'hospitalisation sans consentement, le Conseil, rappelant que « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible », allait estimer que cette exigence n'était pas satisfaite par « l'obligation faite à certains magistrats de l'autorité judiciaire de visiter périodiquement les établissements accueillant des personnes soignées pour des troubles mentaux ». Pourquoi, le contrôle effectué en l'espèce par un magistrat du parquet ne constituerait-il pas une garantie appropriée ? Sans doute parce que, comme il est dit ci-dessus, le grief d'atteinte à la liberté individuelle ne trouve pas à s'appuyer sur les dispositions législatives en cause. En outre, s'agissant de l'effectivité de la procédure d'effacement, certes s'agissant du Fichier automatisé des empreintes digitales et non celui des empreintes génétiques, la Cour européenne des droits de l'homme a pu juger que la procédure d'effacement était « théorique et illusoire » et non « concrète et effective » (40). En l'espèce, le Conseil a émis une réserve portant sur la fixation de la durée de conservation des empreintes au fichier. Il a, en effet, jugé que cette durée, qui doit être fixée par décret, doit être proportionnée à la nature ou à la gravité des infractions concernées, tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs. Des durées excessives seraient sanctionnées par le juge du décret.

c) Principes de droit pénal et de procédure pénale

C'est à l'examen concret des dispositions de procédure que l'on s'assurera souvent du respect des principes constitutionnelles. Dans la présente affaire, il était allégué que trois principes de procédure n'avaient pas été respectés.

1°) *L'intervention du juge*

Soulignant que « si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle en vertu de l'article 66 de la Constitution, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits et libertés constitutionnellement garantis

soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées », le Conseil n'en juge pas moins, en l'espèce « que, si, dans les cas prévus aux deuxième et troisième alinéas de l'article 706-54, un officier de police judiciaire peut décider d'office un prélèvement biologique aux fins de rapprochement ou de conservation au fichier, un tel acte, nécessairement accompli dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction judiciaires, est placé sous le contrôle du procureur de la République ou du juge d'instruction lesquels dirigent son activité conformément aux dispositions du code de procédure pénale ; que les empreintes peuvent être retirées du fichier sur instruction du procureur de la République ; qu'enfin, aux termes du premier alinéa de l'article 706-54, le fichier est placé sous le contrôle d'un magistrat ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté ».

2°) *La présomption d'innocence*

Ayant déjà jugé (41) que « les prélèvements externes ne portent pas atteinte à la présomption d'innocence ; qu'ils pourront, au contraire, établir l'innocence des personnes qui en sont l'objet », le Conseil suit ici le même raisonnement qu'il applique aussi bien au prélèvement biologique aux fins de conservation dans le fichier qu'au prélèvement biologique aux fins de simple rapprochement. Toutefois, il ajoute une précision utile, à savoir « que l'obligation pénalement sanctionnée de se soumettre au prélèvement, qui n'implique pas davantage de reconnaissance de culpabilité, n'est pas contraire à la règle à valeur constitutionnelle (42) selon laquelle nul n'est tenu de s'accuser ».

3°) *Le principe de nécessité des peines*

Déoulant de l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme (43), il permet au Conseil de contrôler « l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ». Ayant déjà eu à connaître de la question des peines attachées au refus de se soumettre à un prélèvement biologique (44), le Conseil réitère ici son point de vue : « en punissant le refus de prélèvement biologique par une peine maximale d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende en principe, et de deux ans d'emprisonnement

(39) Décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010.

(40) CEDH, arrêt M.K. c. France, 18 avril 2013, requête n°19522/09.

(41) Décision n° 2003-467 DC.

(42) Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004.

(43) Décision n° 2010-04 du 25 février 2010, loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.

(44) Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, à propos de l'article 30 de la loi pour la sécurité intérieure.

ment et de 30 000 euros d'amende lorsque le refus est opposé par une personne condamnée pour crime, le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée ».

4°) *La règle non bis in idem*

Le requérant faisait grief à l'article 706-56 du code de procédure pénale de porter atteinte au principe *non bis in idem* en permettant la sanction, d'abord du refus opposé par une personne simplement soupçonnée de se prêter au prélèvement et, ensuite, de son refus de se soumettre au même prélèvement après qu'elle a été condamnée. Pour rejeter le grief, le Conseil fait valoir que « la réitération du refus à des périodes et en des circonstances différentes peut donner lieu à des poursuites et des condamnations distinctes sans méconnaître le principe non bis in idem ».

3) *Liberté individuelle, égalité et protection de la santé : le prélèvement de cellules de sang de cordon*

La loi du 7 juillet 2011 portant révision de la loi de bioéthique a interdit (45) les banques autologues de sang de cordon et de sang placentaire, estimant, d'une part, qu'il n'existait en l'état aucune indication thérapeutique pour un usage autologue de ces cellules et, d'autre part, que la mise en place de telles banques marquerait une rupture d'égalité dans l'accès de tous aux soins. La société requérante, dont la vocation est l'autoconservation de cellules, soutenait que cette interdiction portait atteinte tant à la liberté individuelle qu'au principe d'égalité et à la protection de la santé.

a) *La liberté individuelle*

- Se fondant sur le fait que la disposition législative contestée rendait obligatoire le consentement de la femme au prélèvement, la requérante en déduisait que la restriction qui est apportée par le quatrième alinéa de l'article L.1241-1 du CSP aux possibilités de prélèvement du sang du cordon et placentaire, alors même que la femme enceinte souhaiterait un tel prélèvement, portait atteinte à la liberté individuelle de la femme à décider du devenir de ses cellules.
- Estimant que la liberté individuelle n'était pas en cause, le Conseil constitutionnel a rejeté cet argument, « le choix du législateur de conditionner le prélèvement de ces cellules au recueil préalable du consentement écrit de la femme n'a(yant) pas eu pour objet ni pour effet de conférer des droits sur ces cellules ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son

appréciation à celle du législateur sur les conditions dans lesquelles de telles cellules peuvent être prélevées et les utilisations auxquelles elles sont destinées ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la liberté personnelle doit être écarté ».

b) *L'égalité*

- Le grief invoqué avançait qu'existerait une inégalité de traitement entre les membres d'une même fratrie, les enfants nés sains et les enfants à naître étant privés de la possibilité de bénéficier d'une greffe des cellules souches du sang de cordon ou placentaire alors que cette possibilité était ouverte aux enfants nés malades ou malades lors de la naissance de leur cadet.
- Reprenant sa jurisprudence constante, à savoir que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que soient traitées différemment des situations différentes, dès lors que cette différence de traitement est en rapport direct avec l'objet de la loi, le Conseil rejette également le grief, les dispositions litigieuses découlant nécessairement de l'objectif fixé par le législateur d'encadrer l'usage des cellules concernées en s'assurant de la finalité thérapeutique de leur prélèvement. En effet, le principe d'égalité n'est pas méconnu dès lors que « le législateur a réservé la possibilité de prélever des cellules du sang de cordon ou placentaire ou des cellules du cordon ou du placenta pour un usage dans le cadre familial aux seuls cas où une nécessité thérapeutique avérée et connue à la date du prélèvement le justifie (et) qu'ainsi les dispositions contestées ne soumettent pas à des règles différentes des personnes placées dans une situation identique ».

c) *La protection de la santé*

- L'article L1241-1 csp diminue-t-il les chances de protection individuelle de la santé, qui constitue une exigence constitutionnelle, en n'autorisant pas les prélèvements pour une greffe intrafamiliale en vue d'obtenir une plus grande probabilité de disposer de cellules souches compatibles que dans le cas d'une greffe allogène ?

A cet argument, qui impliquait de se prononcer sur les avantages thérapeutiques de chacune de ces modalités de greffe, le Conseil constitutionnel, se conformant à la vision qu'il a déjà exposée à plusieurs reprises de son rôle, notamment en matière de débat scientifique (46) réaffirme « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même

(45) Art.L1241-1 du code de la santé publique.

(46) Décision n°94-343/344DC du 27 juillet 1994, 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 ; décision n°2001-446DC du 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur ».

La question de la liberté individuelle traitée conduit inévitablement à s'interroger sur le respect de la vie privée et familiale car, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a souligné dans sa décision vidéosurveillance du 18 janvier 1995 (47), des liens forts existent entre liberté individuelle et vie privée, la méconnaissance du droit au respect de la vie privée pouvant être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle et, nous ajoutons, le constat est réciproque.

B. La vie privée et familiale

Sans être exhaustive, la jurisprudence du Conseil constitutionnel rendue dans le cadre de la QPC montre que déjà sont évoqués les différents temps de la vie et les droits garantis qui y sont liés.

1) La naissance et la connaissance de ses origines

Ces deux exemples montrent que ce sont aussi bien des droits patrimoniaux que des droits extrapatrimoniaux qui sont en cause.

a) Réparation d'un préjudice du fait de la naissance

Cette question s'inscrit dans le contexte de l'essor de la jurisprudence en matière de responsabilité médicale, dont le législateur, par l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 (48), a voulu prendre le contrepied, s'agissant de la réparation du préjudice consécutif à la naissance d'un enfant atteint d'un handicap décelable mais non décelé. Refusant d'entrer dans la double querelle de la « causalité vraie » et « du droit de ne pas naître », le Conseil s'est attaché à répondre aux griefs relatifs au trois dispositions controversées de la loi : l'interdiction pour l'enfant handicapé d'obtenir réparation de son préjudice, la limitation de la réparation du préjudice des parents et l'application immédiate de celles-ci aux instances en cours.

1°) L'interdiction de se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

– Le principe de responsabilité

Le premier grief avancé reprochait à la disposition litigieuse de porter atteinte « au principe selon lequel nul n'ayant le droit de nuire à autrui, un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Sur ce point, rappelant « que l'article 61-1 de la

Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit », le Conseil se cantonne à constater que la disposition concernée « ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel » en ce que « que... le premier alinéa de l'article L. 114-5 n'exonère pas les professionnels et établissements de santé de toute responsabilité ». Il ajoute que « le législateur, (en estimant) que, lorsque la faute d'un professionnel ou d'un établissement de santé a eu pour seul effet de priver la mère de la faculté d'exercer, en toute connaissance de cause, la liberté d'interrompre sa grossesse, l'enfant n'a pas d'intérêt légitime à demander la réparation des conséquences de cette faute », celui-ci « n'a fait qu'exercer la compétence que lui reconnaît la Constitution sans porter atteinte au principe de responsabilité ou au droit à un recours juridictionnel ».

Cette position est conforme à la jurisprudence traditionnelle du Conseil qui veut que le législateur ne peut vider le principe de responsabilité, qui a valeur constitutionnelle (49) de son contenu (50) mais qu'il peut lui apporter des restrictions (51). Il n'existe donc pas de principe constitutionnel de réparation intégrale du préjudice mais seulement un principe général du droit à valeur législative, qui connaît, au demeurant, nombre d'exceptions.

– Le principe d'égalité

Au second grief, selon lequel « cette interdiction, qui prive du droit d'agir en responsabilité l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic prénatal, alors que ce droit peut être exercé par un enfant dont le handicap a été directement causé par la faute médicale, entraînerait une différence de traitement contraire à la Constitution », le Conseil répond classiquement (cf. supra) « que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes » et que « les dispositions contestées ne font obstacle au droit de l'enfant né avec un handicap d'en demander la réparation que dans le cas où la faute invoquée n'est pas à l'origine de ce handicap ; que, dès lors, la différence de traitement instituée ne méconnaît pas le principe d'égalité ».

(49) Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, loi relative au développement des institutions représentatives du personnel.

(50) Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982 précitée.

(51) Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, loi relative à la démocratisation du secteur public et décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, loi de sauvegarde des entreprises.

(47) Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

(48) Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

2°) *La limitation de la réparation du préjudice des parents*

- Outre la question générale de l'atteinte au principe de responsabilité, à propos de laquelle le Conseil répond que si « la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle ; ... toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée... à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes... ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif », des griefs plus précis étaient avancés dans ce cadre : l'exigence d'une faute caractérisée et l'exclusion de certains préjudices.

– L'exigence d'une faute caractérisée et l'exclusion de certains préjudices

Le Conseil rejette l'un et l'autre, considérant, d'une part, que « la notion de « faute caractérisée » ne se confond(ant) pas avec celle de faute lourde ; ... eu égard à l'objectif poursuivi, l'atténuation apportée aux conditions dans lesquelles la responsabilité de ces professionnels et établissements peut être engagée n'est pas disproportionnée » et, d'autre part, que « le législateur a(yant) entendu assurer l'effectivité du droit à la compensation des conséquences du handicap quelle que soit son origine... en instaur(ant) la prestation de compensation qui complète le régime d'aide sociale, composé d'allocations forfaitaires, par un dispositif de compensation au moyen d'aides allouées en fonction des besoins de la personne handicapée », « la limitation du préjudice indemnisable décidée par le législateur ne revêt pas un caractère disproportionné au regard des buts poursuivis (et) n'est contraire ni au principe de responsabilité, ni au principe d'égalité ».

3°) *L'application immédiate de celles-ci aux instances en cours.*

Nulle surprise qu'au nom de la sécurité juridique et de l'état de droit, le Conseil, tout comme la Cour européenne des droits de l'homme (52), censure avec une certaine sévérité cette disposition, « considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ».

- En premier lieu, le Conseil rappelle le cadre dans lequel le législateur peut agir

« Le législateur peut modifier rétroactivement une

règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie ».

- En second lieu, le Conseil procède à l'analyse du cas d'espèce

Il relève qu'en l'espèce les dispositions en cause « sont relatives au droit d'agir en justice de l'enfant né atteint d'un handicap, aux conditions d'engagement de la responsabilité des professionnels et établissements de santé à l'égard des parents, ainsi qu'aux préjudices indemnifiables lorsque cette responsabilité est engagée » et juge, en conséquence, « que, si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice ».

b) *Connaissance des origines*

Cette décision est particulièrement intéressante parce qu'elle illustre comment la QPC peut permettre de défendre « l'héritage du droit français » face au droit européen des droits de l'homme. En effet, la question du secret des origines, qui peut être opposé à l'enfant, au travers notamment de l'accouchement sous X, conduit à des approches sensiblement différentes entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme quant à la nature et la portée des droits en cause même si le système issu de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 est jugé par les deux juridictions compatible avec le droit dont elles ont la garde.

1°) *La nature et la portée des intérêts et des droits en cause*

- C'est au regard du droit à la protection de la vie privée que se présente la première différence significative. En effet, si celui-ci figure bien dans l'un et l'autre des systèmes comme un droit protégé (53) et

(52) CEDH, 6 oct. 2005, aff. 11810/03, Maurice c/ France - 6 oct. 2005, aff. 1513/03, Draon c/ France.

(53) Pour le Conseil constitutionnel, il découle de la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 - décision n° 99-416DC du 23 juillet 1999, loi portant création d'une couverture maladie universelle.

peut être invoqué au soutien d'une QPC (54), sa portée n'inclut pas un droit d'accès aux origines, contrairement au droit européen des droits de l'homme (55) qui affirme que les personnes concernées ont « un intérêt primordial protégé par la Convention à recevoir des renseignements qu'il leur faut connaître, à comprendre leur enfance et leurs années de formation ».

- Élément du droit au respect de la vie familiale, le droit de mener une vie familiale normale est reconnu tant par le droit européen des droits de l'homme que par le droit constitutionnel français (56) qui l'entend (cf. infra l'analyse de la Décision n° 2010-39 QPC du 06 octobre 2010), comme la possibilité concrète de vivre ensemble plutôt que comme un droit à voir consacrer des liens juridiques. Contrairement à ce qu'il en est en droit européen, le droit pour toute personne de connaître ses origines ne peut donc pas trouver de fondement constitutionnel dans le droit de mener une vie familiale normale.

2°) Les conséquences de leur application

- Elles sont identiques dans les deux systèmes juridiques

« Au regard du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents » (57) la législation française est jugée conforme tant au droit européen (58) qu'au droit constitutionnel sur le fondement du droit à la protection de la santé. La Cour de Strasbourg est claire sur ce point : « l'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons « sauvages ». Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français » (59).

(54) Décision n°2010-25 QPC du 16 septembre 2010, M.J.C. ; fichier des empreintes génétiques.

(55) CEDH 7 juillet 1989, Gaskin c. Royaume-Uni, n°10454/83; 6 février 2001, Bensaid c. Royaume-Uni, n°44599/98, § 47 ; Odièvre c. France, n° 42326/98, 13 fév. 2003 ; 13 juill. 2006, aff. 58757/00, Jäggi c/ Suisse, § 37.

(56) Conseil constitutionnel, n°93-325 DC du 13 août 1993, JO du 18 août 1993, loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, loi relative au pacte civil de solidarité, décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, 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 ...

(57) cf. Odièvre para.40.

(58) id.

(59) Odièvre para.45.

Quant au Conseil constitutionnel, il énonce, pour justifier de ne pas, ici encore, « substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant », que celui-ci « a entendu éviter le déroulement de grossesses et d'accouchements dans des conditions susceptibles de mettre en danger la santé tant de la mère que de l'enfant et prévenir les infanticides ou des abandons d'enfants ; qu'il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé ».

- Toutefois, on observera qu'en se référant uniquement aux « intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant » (cons. 8) et non à leurs « droits », le Conseil constitutionnel a entendu souligner que les dispositions relatives au droit de la femme d'accoucher sous X et celles relatives au droit de l'enfant de connaître ses origines personnelles ne résultaient pas d'exigences constitutionnelles.

2) Mariage, filiation

L'appréciation de la constitutionnalité des dispositions législatives relatives au mariage et à la filiation justifie plus encore la liberté d'appréciation laissée au législateur afin que le rôle du juge ne se confonde pas avec celui du politique.

a) Le mariage de deux personnes de même sexe

En jugeant d'abord que la prohibition du mariage de deux personnes de même sexe (60) puis son admission par une loi nouvelle (61) sexe étaient successivement conformes à la Constitution, le Conseil constitutionnel ne s'est contredit qu'en apparence, le fondement de ces deux décisions résidant dans sa jurisprudence qui considère que, au regard de la liberté d'appréciation en ce domaine du législateur, il n'appartient pas au Conseil, dont le rôle est nécessairement différent, de substituer son appréciation à celle du législateur (62).

En outre, par une décision du 18 octobre 2013 (63), le Conseil a refusé de reconnaître qu'en ne prévoyant pas de clause de conscience au profit des officiers d'état-civil, le législateur aurait porté atteinte à la liberté de conscience.

1°) Des décisions apparemment contradictoires mais éclairantes sur la portée des principes garantis

(60) Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

(61) Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même.

(62) Nous ne traiterons pas ici des questions de procédure législative invoquées dans le cadre de la seconde saisine pas plus que les des questions liées à l'adoption, qui seront examinées infra, ou celles relatives aux conflits de loi et à la validité des mariages antérieurs contractés à l'étranger.

– L'atteinte à la liberté individuelle

Depuis le revirement de jurisprudence intervenu en 1999 (64), le Conseil constitutionnel a adopté une conception étroite de la notion de liberté individuelle, la cantonnant aux mesures privatives de liberté. Il en résulte que la liberté individuelle du mariage, comme la protection du domicile privé, le respect de la vie privée et la liberté d'aller et de venir, entre dans le champ de la liberté personnelle. C'est donc sans surprise que dans sa décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, il rejette le grief d'atteinte à la liberté individuelle au motif « que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (et) que les dispositions contestées n'affectent pas la liberté individuelle ».

– La liberté du mariage

Protégée comme composante de la liberté personnelle, la liberté du mariage s'oppose ainsi à ce qu'un étranger soit empêché de se marier en raison de sa situation irrégulière (65) mais non à ce que le législateur prenne des mesures pour prévenir ou lutter contre « les mariages blancs » (66). Pour répondre dans sa décision de 2011 négativement à la question de savoir si la protection conférée par la constitution à la liberté de se marier peut être invoquée par des personnes de même sexe, le Conseil devait préalablement se prononcer pour savoir si la disposition de fond contestée (à savoir que le mariage suppose que les futurs époux soient de sexes opposés) portait ou non atteinte à un droit ou à une liberté constitutionnellement garantis, à savoir le droit à mener une vie familiale normale et le principe d'égalité.

– Le droit à une vie familiale normale

- **Comme il a été rappelé (cf. supra), le droit à mener une vie familiale normale s'entend, selon la jurisprudence du Conseil (67) comme une protection contre les mesures qui empêchent ou entravent en**

fait, directement ou indirectement, la conduite d'une vie familiale. Autrement dit, il convient de se placer au niveau des effets concrets sur la vie familiale et non sur celui de la reconnaissance d'un statut légal ou, plus exactement, le statut légal n'est en cause que si l'impossibilité d'y accéder a pour conséquence d'empêcher les personnes concernées de mener une vie familiale normale. C'est pourquoi, prenant acte de ce que l'interdiction du mariage des personnes de même sexe ne les prive pas de la possibilité de vivre en concubinage ou selon un PACS, le Conseil a jugé que cette interdiction ne portait pas atteinte à la protection de la vie familiale (68). Les couples de même sexe ne peuvent ainsi faire reconnaître l'existence du droit de se marier sur le respect de ce principe.

- On remarquera, sur ce point, que cette position n'est pas exactement celle de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, depuis un arrêt du 24 juin 2010 (69), celle-ci considère que « les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables ». Ce faisant, l'Autriche échappe à la condamnation pour discrimination au regard de la vie privée, comme le souligne à juste titre le commentaire de la Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 (70), que parce que la Cour a reconnu, au nom de la large marge d'appréciation laissée aux Etats dans ce domaine (para.62), « que l'article 12 n'impose pas (à ceux-ci) l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels ». En revanche, cette jurisprudence, qui accorde pour la première la protection de la vie familiale aux couples homosexuels (« la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation. » para.94) pourrait signifier que la protection de la vie familiale emporte nécessairement que les personnes concernées puissent accéder à une certaine forme de reconnaissance légale, fût-elle exclusive du mariage.

– Le principe d'égalité devant la loi

- S'agissant de savoir si constituait une inégalité de traitement le fait pour un couple de personnes de même sexe de ne pouvoir, à l'inverse des personnes de sexes opposés, contracter mariage, le Conseil constitutionnel a jugé que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge

(63) Décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, M. Franck M. et autres.

(64) Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs.

(65) Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, voir aussi décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

(66) Décision n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, loi relative au contrôle de la validité des mariages.

(67) Décision n° 2010-39 QPC du 06 octobre 2010, adoption au sein d'un couple non marié.

(68) Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

(69) CEDH, première section, 24 juin 2010, Schalk and Kopf v. Austria, n° 30141/04.

(70) Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 32.

à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ».

- Rejetant, par ailleurs, le grief tenant au caractère inapproprié de l'utilisation du principe d'égalité (celui-ci ne pouvant s'appliquer qu'à des situations identiques) pour justifier de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, le Conseil reprend l'argument dont il s'était servi dans sa décision du 28 janvier 2011, à savoir que si une différence de situations pouvait justifier une différence de traitement, cette appréciation revenait au seul législateur. Tel est le sens de sa motivation dans sa décision du 17 mai 2013 : « en ouvrant aux couples de personnes de même sexe l'accès à l'institution du mariage, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés mariage ;... il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation ».

2°) Des décisions qui respectent la séparation entre appréciation du législateur et contrôle par le Conseil de constitutionnalité des droits garantis.

Le Conseil non seulement réaffirme avec force sa jurisprudence sur la liberté d'appréciation du législateur mais encore il répond que celui-ci n'était pas incompétent pour statuer parce que notamment l'altérité des membres du couple ne constitue pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR).

– La compétence du législateur (décision du 17 mai 2013)

- En premier lieu, afin de soutenir l'incompétence du législateur pour statuer sur la question du droit au mariage, il était avancé que l'article 34 de la Constitution ne renvoyait qu'aux régimes matrimoniaux et que, en raison de son caractère fondamental, la définition du mariage serait de la compétence du constituant. Le Conseil répond à cet argument

que « les règles relatives au mariage relèvent de l'état des personnes (et) que, par suite, le grief tiré de ce que l'article 34 de la Constitution ne confierait pas au législateur la compétence pour fixer les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage doit être écarté ».

C'est pourquoi, « il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ». Et aucune règle de « droit naturel », qui voudrait que le mariage soit « naturellement » l'union d'un homme et d'une femme » (71), ne limite cette pleine compétence du législateur.

- En second lieu, les requérants soutenaient que « l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe méconnaît le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ». Ils affirmaient également que « l'altérité sexuelle est le fondement du mariage ». Au contraire, pour le Conseil : « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 ». Comme le souligne le commentaire de la décision du 17 mai 2013 (72), la condition tenant à la nécessité de porter atteinte à un droit fondamental n'est pas acquise car « ouvrir aux homosexuels la possibilité de se marier ne restreint pas la possibilité des hétérosexuels de se marier. Il n'y a pas là d'atteinte à un droit ou à une liberté fondamentale ; il y a extension à de nouvelles personnes de la possibilité d'accéder à un régime légal ». D'une façon plus générale, le Conseil s'est

(71) Considérant 21, décision du 17 mai 2013.

(72) http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013669DCccc_669dc.pdf

toujours gardé de considérer que les principes du droit civil pouvaient constituer des PFRLR. Ainsi en a-t-il décidé de la non-rétroactivité des lois en matière contractuelle (73) et du double *jus soli* (74). Enfin, le commentaire précité de la décision rappelle utilement que « certains principes qui structuraient le droit de la famille pendant toute la période républicaine, telle la puissance paternelle ou la distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels, ont ainsi été retirés sans que la constitutionnalité de cette suppression n'ait été mise en cause ».

La seule tradition française, qui peut être invoquée avec pertinence, est donc celle de la compétence du Parlement pour légiférer en droit de la famille.

– La liberté d'appréciation laissée au législateur

L'interprétation que le Conseil donne de sa mission au regard de certaines questions pour distinguer ses pouvoirs de ceux du Parlement est une constante depuis que le Conseil a vu sa compétence étendue aux libertés et droits garantis par la Constitution. Dès 1975 (75), le Conseil affirmait « que l'article 61 de la Constitution ne (lui) confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen ». En 1994 (76), s'agissant des dispositions relatives aux embryons, le Conseil appliquera cette jurisprudence « à l'état des connaissances et des techniques ». C'est donc sans surprise que tant en 2011 qu'en 2013, à propos des choix opérés relativement au mariage (interdit ou ouvert aux couples de même sexe), qu'il réitère sa position par un considérant identique, à savoir « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ». Opérant un peu comme la Cour européenne des droits de l'homme, qui sur ces questions et notamment celle du mariage des personnes de même sexe, laisse aux Etats une large marge d'appréciation, le Conseil renvoie au législateur pour les choix de société, limitant son intervention à contrôler les conséquences de ceux-ci sur les libertés et droits garantis par la Constitution. Cette attitude, de nature à démontrer que le Conseil ne s'érige pas en gouver-

nement des juges et à asseoir la force de ses décisions dans la sphère du politique, a néanmoins pour effet, comme le souligne la doctrine (77) de donner une effectivité moindre au contrôle exercé sur le respect de certains principes (dignité, vie familiale) alors que d'autres, comme la liberté, bénéficient d'une protection accrue.

3°) *L'absence de clause de conscience au profit des officiers de l'état-civil*

Les requérants, tous officiers d'état-civil, soutenaient que l'obligation de célébrer le mariage de personnes du même sexe allait à l'encontre de leur opinion quant à la définition et la finalité du mariage et serait ainsi contraire tant à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui consacre la liberté d'opinion, qu'au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dès lors qu'aucune clause de conscience ne serait prévue.

Reconnue par le Conseil (78), la valeur constitutionnelle de la liberté de conscience peut se trouver garantie par l'existence d'une clause de conscience mais le Conseil a strictement limité le champ de cette garantie en précisant notamment que son application est purement personnelle (79).

Appliquant à l'espèce cette jurisprudence, au demeurant conforme à celle de la Cour européenne des droits de l'homme (80), le Conseil (81) réfute la thèse des requérants par l'application combinée de trois arguments. « En premier lieu, le respect de la loi est inhérent à la fonction de l'officier de l'état civil. Deuxièmement, le principe de neutralité du service public s'oppose à ce qu'un maire puisse s'abstenir, pour des motifs philosophiques ou religieux, d'accomplir un acte auquel il est légalement tenu, tout en conservant sa fonction... Troisièmement, l'acte accompli est un acte juridique qui n'implique pas la conscience de son auteur dans des conditions comparables à l'acte de diagnostic ou thérapeutique du médecin (a fortiori l'IVG). » (82).

(73) Décision n°89-254DC du 4 juillet 1989, loi modifiant la loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations.

(74) Décision n°93-321DC du 20 juillet 1993, loi réformant le code de la nationalité.

(75) Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

(76) Décision précitée n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

(77) B. Mathieu, D. Rousseau, Les grandes décisions de la QPC, LGDJ, Paris, 2013, n° 67, p249.

(78) Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977 sur la loi relative à la liberté d'enseignement.

(79) Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) et à la contraception, le Conseil s'est prononcé sur les dispositions qui supprimaient le droit, pour un chef de service d'un établissement public de santé, de refuser que son service pratique des IVG.

(80) CEDH, 15 janvier 2013, n° 51671/10, Ms Lillian Ladele c. Royaume Uni.

(81) Décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013.

(82) Conseil constitutionnel, commentaire de la décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013.

b) Filiation, vie privée et familiale

1° Adoption et vie privée et familiale

La question posée (83), compte tenu de l'interprétation faite par le Conseil (cf. infra) de l'article 61-1 de la Constitution, **était celle de la constitutionnalité de l'article 365 du code civil** (84) non au regard de la différence de traitement entre enfants suivant qu'ils sont adoptés par le conjoint ou le concubin de leur parent biologique **mais en ce qu'il a pour effet d'interdire l'adoption de l'enfant mineur du partenaire d'un concubin**.

Au soutien de leur demande, les requérantes fondaient leurs griefs sur la violation tant du respect de la vie familiale que du principe d'égalité.

– Le droit de mener une vie familiale normale

- Si ce droit, fondé sur le 10^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946 (85), est reconnu depuis 1993 (cf. supra) comme base possible d'un contrôle de constitutionnalité, néanmoins, c'est la première fois que, par le biais de l'examen de l'article 365 du code civil, que le Conseil était amené à se prononcer sur la question de sa **portée en dehors des cas où une disposition empêche les membres d'une famille de vivre ensemble**.

En effet, dans la présente espèce, la réponse à la question de la constitutionnalité de l'article 365 du code civil dépendait de l'interprétation qui serait donnée à la notion de vie familiale normale, à savoir si elle incluait ou non un droit à obtenir la reconnaissance juridique d'une situation familiale existante puisque si rien ne s'opposait à la vie commune des concubins et de l'enfant biologique de l'un d'entre eux, c'est seulement dans le cadre du mariage qu'était juridiquement possible l'adoption par le conjoint de l'enfant du parent biologique.

- En jugeant que « que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive », le Conseil constitutionnel a adopté une approche concrète et factuelle. C'est non pas un droit positif d'accéder à un statut légal

auquel ouvre le droit à mener une vie familiale normale mais c'est le droit de voir protégée une situation de fait contre toute atteinte directe ou indirecte. Or, sur ce point, le Conseil observe que la disposition litigieuse « ne fait aucunement obstacle à la liberté du parent d'un enfant mineur de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix (pas plus) qu'elle ne fait pas davantage obstacle à ce que ce parent associe son concubin ou son partenaire à l'éducation et la vie de l'enfant ». Le commentaire publié par le Conseil de cette décision peut ainsi en déduire que « l'adoption est une possibilité justifiée par l'intérêt de l'enfant, non un droit » et qu'« ainsi, le droit de mener une vie familiale n'implique pas qu'une personne, parce qu'elle a participé à l'éducation d'un enfant et qu'elle s'est liée à lui par des liens d'affection, si forts soient-ils, ait le droit de voir établir un lien de filiation adoptif (86).

– Le principe d'égalité

- Face à une jurisprudence constante en ce domaine (87), le Conseil ne pouvait que réaffirmer « qu'en maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, (pu) estim(er) que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ». Toutefois, conscient que la légitimité constitutionnelle conférée, au nom de l'intérêt de l'enfant, à l'exigence d'un mariage n'aurait pas alors les mêmes conséquences pour les concubins de même sexe, pour qui était ainsi clairement posée la question de l'homoparentalité, le Conseil, procédant comme en matière d'IVG ou de sélection d'embryons (cf. supra), réaffirme que ces questions relèvent de l'appréciation (politique) du législateur en soulignant « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe ».
- C'est aujourd'hui chose faite depuis la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes

(83) cf. décision n° 2010-39 QPC du 06 octobre 2010 relative à l'adoption par deux personnes de même sexe.

(84) « L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité... ».

(85) « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

(86) Commentaire de la décision n°2010-39 QPC du 6 oct. 2010, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 30, p 8.

(87) cf. supra, notamment pour la dernière décision en ce sens avant la présente : décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, Union des familles en Europe.

de même sexe (88). Il convient d'ailleurs de préciser à cet égard que, dans sa décision du 17 mai 2013 (cf. supra) rendue sur la constitutionnalité de cette loi, le Conseil a rappelé le principe de la liberté d'appréciation du législateur et rejeté les griefs d'ingérence et de non respect d'un PFRLR, selon lequel l'enfant aurait un droit à voir établir un lien de filiation à l'égard des deux parents de sexe différent dont il est issu pour pouvoir être élevé par eux., montrant que les règles relatives à la recherche de paternité et de maternité soulignent que le droit français n'a jamais consacré un tel droit général. De même, a-t-il écarté le grief de violation de la vie privée, le caractère adoptif de la filiation laissant apparaître, aux yeux des requérants, le caractère adoptif de leur filiation, révélant ainsi l'orientation sexuelle de leurs parents, le Conseil ayant estimé qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique ». Enfin, le Conseil ne fait pas plus sien le grief d'atteinte à une vie familiale normale, rappelant sur ce point que la loi ne crée ni un droit à l'enfant ni un droit à l'adoption, celle-ci ne pouvant s'accomplir que dans l'intérêt de l'enfant, ainsi consacré au niveau de droit constitutionnel.

2°) *Le respect des morts et vie privée et familiale*

Dans cette affaire, les requérants faisaient grief au 5^{ème} alinéa de l'article 16-11 du code civil, qui interdit de réaliser, sauf accord express de sa part, toute identification *post-mortem* d'une personne par empreintes génétiques, de porter atteinte au droit à la vie privée et familiale dans la mesure où, selon eux, celui-ci impliquerait un droit à la connaissance des origines. En outre, ils considéraient que le texte litigieux, instituant une différence entre hommes et femmes, contrevenait au principe d'égalité.

– la vie privée

Déjà appliquée à une question de génétique (89), la notion de vie privée est interprétée par le Conseil constitutionnel comme le fait traditionnellement la doctrine française, à savoir visant ce qui relève de l'intimité de la vie privée (domicile, vie personnelle et familiale) et non dans le sens plus large que lui donne la Cour européenne des droits de l'homme (90). A l'inverse de la Cour européenne des droits de l'homme (91), le Conseil constitutionnel n'a jamais

déduit de la protection constitutionnelle de la vie privée à un droit à la connaissance de ses origines. Il ne le fait pas plus à l'occasion de la présente décision.

– Le droit de mener une vie familiale normale

Ce principe est lui aussi interprété de façon étroite par le Conseil constitutionnel (cf. supra). Il s'agit toujours de situations dans lesquelles les dispositions législatives litigieuses ont pour effet d'empêcher en pratique et non en droit des personnes de mener une vie familiale normale. Dans le domaine des questions de bioéthique, la jurisprudence concernant l'adoption et le mariage par des personnes de même sexe (92) le confirme.

« Rien de neuf sous le soleil » de la jurisprudence à ce que le Conseil conclut le cas soumis en affirmant « qu'en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale doivent être écartés » (consid.6). Autrement dit, il suffit de constater l'existence d'un intérêt légitime pour que la disposition litigieuse soit reconnue conforme à la Constitution puisqu'en vertu de la règle, qui veut que le Conseil et le Parlement n'ont pas la même marge d'appréciation, il n'appartient pas au Conseil de se prononcer sur les conséquences, au regard de la vie familiale, de la mise en œuvre du principe de respect dû aux morts.

– Le principe d'égalité

Là encore, la jurisprudence reste constante : « le principe d'égalité proclamé par l'article 6 de la Déclaration de 1789 ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général (en l'espèce, le respect dû aux morts),

(88) Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

(89) cf. supra : décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, M.J.V.C.

(90) « Cette notion est manifestement beaucoup plus large que celle d'intimité et englobe une sphère dans laquelle toute personne peut librement construire sa personnalité et s'épanouir dans ses relations avec d'autres personnes et avec le monde extérieur » in Ivana Roagna, La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme ; série des précis sur les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2012, p14.

(91) CEDH, arrêt du 23 février 2003, Odièvre c. France, n°42326/98 : « aux yeux de la Cour, les personnes « ont un intérêt primordial protégé par la Convention à recevoir des renseignements qu'il leur faut connaître, à comprendre leur enfance et leurs années de formation » para.42.

(92) Décisions précitées 2010-39 QPC et 2010-92 QPC.

pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

D'où, la réponse sans ambiguïté du Conseil : « la circonstance que les dispositions contestées, relatives à la preuve de la filiation par l'identification au moyen des empreintes génétiques, trouvent principalement à s'appliquer lorsque la filiation paternelle est en cause ne saurait être regardée comme une différence de traitement contraire au principe d'égalité devant la loi » (consid.7).

On rappellera cependant que la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour le refus d'établir une filiation par un prélèvement *post-mortem* d'empreintes génétiques (93). Il est vrai que la particularité de l'affaire peut expliquer la décision : la reconnaissance de paternité fut jugée irrégulière dans la mesure où elle n'était pas intervenue postérieurement à une contestation de la paternité du mari de la mère et le consentement au prélèvement donné de son vivant par le père prétendu fut jugé non valide eu égard à l'incapacité à consentir de cette personne. Mais, cette décision de la CEDH s'inscrit dans un courant jurisprudentiel, qui a jugé qu'au regard du droit au respect de la vie privée, dont résulte le droit de « connaître l'identité des géniteurs qui forme un intérêt vital pour la personne », l'exhumation à des fins de prélèvement *post-mortem* constituait « une ingérence relativement peu intrusive » (94). Toutefois, l'éloignement du degré de parenté peut justifier le refus d'exhumation (95).

Si la procédure de la QPC a pu permettre d'examiner différentes questions liées à la bioéthique et ainsi de confirmer, préciser ou compléter la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la nature et la portée des droits et libertés constitutionnellement garantis, les questions de bioéthique auront, en retour, servi à éclairer des éléments de procédure tant particuliers à la QPC que liés au processus de décision sur des questions proches de la bioéthique.

II. LES QUESTIONS DE PROCÉDURE

Le droit, comme la bioéthique, est parfois perçu comme processualiste en ce sens où il serait trop formel, voire procédurier. Toutefois, s'il est exact que les modalités de mise en œuvre du droit et de la bioéthique ne sont pas complètement étrangères à l'effectivité des droits protégés, ce formalisme a aussi un

sens, celui d'organiser le débat argumenté autour des droits substantiels afin d'assurer la légitimité de la norme ou, comme avec le principe de précaution, de faire en sorte de donner aux procédures mises en place un effet préventif sur les risques. Les précisions apportées sur la mise en œuvre de la procédure de la QPC mais aussi, d'une façon générale, sur les exigences constitutionnelles qu'impose dans certains domaines, comme l'environnement, l'élaboration de la loi en sont deux exemples probants.

A. Procédures d'élaboration de la loi et des textes réglementaires

Cela concerne essentiellement le domaine de l'environnement au regard des principes contenus dans la Charte de l'environnement (96) : le principe de précaution et celui de participation du public.

1) Le principe de précaution

a) Reconnaissance du principe

Dans sa décision du 19 juin 2008 (97), le Conseil reconnaît non seulement à l'article 5 de la Charte, qui définit le principe de précaution (98) valeur constitutionnelle mais il applique également cette qualification à l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement en précisant « qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif ».

b) Champ du contrôle de constitutionnalité

1°) Le double rôle du Conseil

En l'espèce, les requérants reprochaient au régime, institué par la loi, de coexistence des cultures génétiquement modifiées et des cultures sans OGM d'avoir pour effet de permettre la présence accidentelle d'organismes génétiquement modifiés dans des cultures sans OGM. Ils estimaient, en outre, que le législateur avait fait preuve de carence en définissant les exigences procédurales résultant du principe de précaution, notamment au regard de la mission confiée au Haut conseil des biotechnologies. C'est en réponse à

(93) CEDH 16 juin 2011, Pascaud c. France, n°19535/08.

(94) CEDH, 13 juillet 2006, Jäggi c. Suisse, n°58757/00.

(95) Pour une demande concernant un grand-parent : CEDH, 5 mai 2009, Menéndez García c. Espagne, décision sur la recevabilité, n° 21046/07.

(96) Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

(97) Décision n°2008-564DC du 19 juin 2008, organismes génétiquement modifiés.

(98) « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

ce double grief qu'au vu de la constitutionnalité reconnue du principe, le Conseil précise son rôle : « s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques » (consid.18).

2°) La mise en œuvre du contrôle

- Et, effectuant son contrôle, il prend en compte, s'agissant du premier point, que l'introduction intentionnelle dans l'environnement d'un OGM « est soumise à un régime d'autorisation préalable ; que cette autorisation est délivrée par l'autorité administrative préalablement soit à une dissémination volontaire qui n'est pas destinée à la mise sur le marché, soit à la mise sur le marché du produit génétiquement modifié ; qu'elle est donnée après avis du Haut conseil des biotechnologies « qui examine les risques que peut présenter la dissémination pour l'environnement » ; qu'en outre, l'article L. 532-2 impose que toute utilisation d'organisme génétiquement modifié qui peut présenter des dangers ou des inconvénients pour l'environnement soit réalisée de façon confinée ». Il en déduit qu'au vu de ces dispositions, « le fait que les conditions techniques auxquelles sont soumises les cultures d'organismes génétiquement modifiés autorisés n'excluent pas la présence accidentelle de tels organismes dans d'autres productions, ne constitue pas une méconnaissance du principe de précaution » (consid.21).
- Quant au second point, il relève que « contrairement à ce que soutiennent les requérants, l'article L. 531-3 du code de l'environnement ne se limite pas à prévoir que cet organisme consultatif peut se saisir d'office de toute question concernant son domaine de compétence, mais qu'il énumère précisément les cas dans lesquels l'avis du Haut conseil doit être recueilli et organise ses attributions ; qu'en outre, le deuxième alinéa de l'article L. 531-2-1 du code de l'environnement prévoit que « les décisions d'autorisation concernant les organismes génétiquement modifiés ne peuvent intervenir qu'après une évaluation préalable indépendante et transparente des risques pour l'environnement et la santé publique... assurée par une expertise collective menée selon des principes de compétence, pluralité, transparence et impartialité » ; que les dispositions de l'article 9 de la loi instituent les conditions d'une surveillance continue, par l'autorité administrative, de l'état sanitaire et phytosanitaire des végétaux et de l'apparition éventuelle d'effets non intentionnels des pratiques agricoles sur l'environnement ; qu'il ressort enfin des articles L. 533-3-1 et L. 533-8 du code de l'environnement qu'en cas de découverte de risques pour l'environnement, postérieurement à une autorisation, l'autorité administrative peut

prendre les mesures appropriées allant jusqu'à la suspension ; que, par l'ensemble de ces dispositions, le législateur a pris des mesures propres à garantir le respect, par les autorités publiques, du principe de précaution à l'égard des organismes génétiquement modifiés » (consid.22). En conséquence, le grief ne saurait prospérer.

2) Le principe de la participation du public institué par l'article 7 de la Charte de l'environnement

a) Reconnaissance du principe

C'est à l'occasion de la mise en œuvre d'une question prioritaire de constitutionnalité (99), que le Conseil a reconnu que l'article 7 de la Charte de l'environnement, qui dispose que « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement », constituait un droit garanti par la Constitution et qu'il revenait au législateur et aux autorités administratives d'en fixer les modalités d'exercice. Et, le Conseil a réaffirmé cette jurisprudence dans une série de décisions ultérieures (100).

b) L'exercice du contrôle de constitutionnalité

Par opposition à l'article 5 de la Charte, qui ne comporte pas de renvoi à la loi, le Conseil a estimé, concernant l'article 7, qui implique un tel renvoi, qu'« il n'appartient qu'au législateur de préciser « les conditions et limites » dans lesquelles s'exerce le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques » et « que, par conséquent, ne relèvent du pouvoir réglementaire que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur (101) ».

- Pour exercer son contrôle, le Conseil doit donc examiner si des dispositions législatives ou réglementaires existent, si elles ont une incidence sur l'environnement et constater ensuite si elles ont été prises ou non conformément aux modalités établies, sui-

(99) Décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011.

(100) Décisions n°2012-262 QPC, Association France Nature Environnement du 13 juillet 2012, n°2012-269 et 2012-270 QPC du 27 juillet 2012, 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, M. Antoine de M. (classement et déclassement de sites, consid.24 à 27) et n°2012-282 du même jour (décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, Association France Nature Environnement et autre (Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité), cons. 11 à 22).

(101) Décision n°2008-564 du 19 juin 2008, cons. 49).

vant la distinction ci-dessus mentionnée, pour assurer la participation du public à leur élaboration. C'est au vu de cette analyse, qui implique notamment d'évaluer la nature et la portée de ces dispositions, qu'il prend sa décision au regard de la constitutionnalité des dispositions législatives litigieuses et d'elles seules. Ainsi, pour le Conseil, « s'il est loisible au législateur de définir des modalités de mise en œuvre du principe de participation qui diffèrent selon qu'elles s'appliquent aux actes réglementaires ou aux autres décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition législative n'assurent la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques en cause ; que, par suite, en adoptant les dispositions contestées sans prévoir la participation du public, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence » (102). Au vu de ce constat, dans cette décision comme dans la suivante rendue le même jour, le Conseil prononce l'inconstitutionnalité des dispositions litigieuses.

Il reporte toutefois, comme le lui permet l'article 62 de la Constitution, la prise d'effet de cette déclaration, dans les deux espèces, à une date postérieure et ce afin de ne pas « empêcher toute dérogation aux interdictions précitées » (103) ou de pallier d'éventuelles « conséquences manifestement excessives pour d'autres procédures sans satisfaire aux exigences du principe de participation du public » (104).

Pour tirer les conséquences de ces décisions, la loi du 27 décembre 2012 (105) a substantiellement modifié la procédure prévue à l'article L. 120-1 du code de l'environnement, désormais applicable à l'ensemble des décisions de l'État et de ses établissements publics autres que les décisions individuelles. Elle habilite également le Gouvernement à compléter ces dispositions par ordonnance pour couvrir l'ensemble des décisions publiques entrant dans le champ de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

– Dans sa décision du 26 avril 2013 (106), le Conseil, rejetant la requête, donne toutefois une acception plus limitée de la notion d'incidence sur l'environnement. Il considère, en effet, que, s'agissant du code minier de Nouvelle-Calédonie, les autorisations de travaux de recherches ne constituent pas des décisions ayant une incidence significative sur l'environnement et que, par suite, en ne prévoyant pas de procédure d'information et de participation du public préalable à l'intervention de ces autorisa-

tions, le législateur local avait fixé au principe d'information et de participation du public des limites qui ne méconnaissent pas l'article 7 de la Charte de l'environnement. Cette conclusion est néanmoins dépendante de deux conditions : la nature des minéraux recherchés (le nickel, le cobalt et le chrome) et les techniques de forage utilisées.

c) La portée de la jurisprudence du Conseil pour les questions de bioéthique

La participation du public, voire de l'individu (107), à l'élaboration des décisions en matière de droits fondamentaux est une démarche que les débats de société (à propos des questions d'environnement et de bioéthique), comme la contestation de la démocratie représentative et des sphères de pouvoir, trop éloignées « des réalités de terrain », est une idée que développe le concept politique de « démocratie participative ».

Pour autant, peut-on déduire de l'existence d'un tel principe en droit de l'environnement la possibilité de l'étendre à d'autres domaines tels que la bioéthique ? Il n'existe pas, à notre connaissance, de décision en ce sens du Conseil constitutionnel mais, dans l'avenir, celui-ci pourra sans doute trouver tant dans le droit interne qu'international des arguments en faveur de cette extension. Il restera alors à déterminer les conséquences du non respect du principe ainsi étendu.

1°) Les arguments juridiques en faveur d'une extension

- Chronologiquement, c'est vers le **droit international** qu'il convient de se tourner pour voir affirmé le principe de la participation du public à l'élaboration des normes en matière de bioéthique.
- En effet, la Convention du Conseil de l'Europe sur la biomédecine et les droits de l'homme contient un chapitre X intitulé « débat public » et dont l'article unique dispose que
« Les Parties à la présente Convention veillent à ce que les questions fondamentales posées par les développements de la biologie et de la médecine fassent l'objet d'un débat public approprié à la lumière, en particulier, des implications médicales, sociales, économiques, éthiques et juridiques pertinentes, et que leurs possibles applications fassent l'objet de consultations appropriées » (108). Comme l'indique le rapport explicatif (109), « cet article a pour but d'engager les Parties à sensibiliser leurs opinions sur les pro-

(102) Décision 2012-269 QPC, 6ème considérant.

(103) Décision 2012-269 QPC, considérant 8.

(104) Décision 2012-270 QPC, considérant 9.

(105) Loi 2012-1460 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

(106) Décision n°2013-308 QPC du 26 avril 2013.

(107) Emilie Debaets, Protection des droits fondamentaux et participation de l'individu aux décisions publiques, *Jurisdactoria*, n° 4, 2010, p. 155.

(108) Article 28.

(109) Para.163.

blèmes fondamentaux posés par les applications de la biologie et de la médecine. En présence de problèmes qui concernent toute la société, doit être recueilli dans toute la mesure du possible le sentiment de cette société. A cette fin, des consultations publiques appropriées sont recommandées. Liberté est laissée aux Parties par le mot "approprié" de dégager les modalités qui conviennent. Les Etats peuvent ainsi mettre en place, par exemple, des Comités d'éthique et avoir recours lorsqu'il est approprié, à un enseignement éthique en matière de biologie, de médecine et de santé à l'intention des professionnels de la santé, des enseignants et du public ».

Il y a donc ainsi, en droit européen des droits de l'homme, l'obligation faite aux Etats de consulter le public sur les questions fondamentales soulevées par la bioéthique.

- Au niveau international, cette invitation est reprise par l'UNESCO, certes de manière plus floue, comme un rôle d'éveil aux questions concernées plutôt que comme une demande de participation du public. Ainsi, l'article 21 de la Déclaration internationale sur les droits de l'homme et le génome humain (110) prévoit il que « Les Etats devraient prendre les mesures appropriées pour encourager toutes autres actions de recherche, de formation et de diffusion de l'information de nature à renforcer la prise de conscience des responsabilités de la société et de chacun de ses membres face aux problèmes fondamentaux au regard de la défense de la dignité humaine que peuvent soulever la recherche dans les domaines de la biologie, de la génétique et de la médecine et les applications qui en découlent. Ils devraient favoriser sur ce sujet un débat largement ouvert sur le plan international, assurant la libre expression des différents courants de pensée socioculturels, religieux et philosophiques ». De même, l'article 24 de la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines (111) traite de l'éducation, la formation et l'information relatives à l'éthique. Enfin de façon plus globale, cet aspect est repris par l'article 23 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme (112).

– **En droit interne**, on pourrait estimer que le législateur a satisfait à ses obligations internationales en donnant, dès avant que celles-ci ne fussent établies, au Comité consultatif national d'éthique, le rôle d'organisateur de journées annuelles publiques. Mais, depuis la deuxième révision de la loi de bioéthique, il est encore allé plus loin dans cette

démarche en pérennisant, à l'occasion de chaque procédure de révision, des « Etats généraux de la bioéthique » (113).

Toutefois, ce mécanisme de consultation institué, notamment avec le CCNE depuis 1983 ne peut, en tout état de cause, constituer un PFRLR dès lors que n'est pas satisfaite la condition qui veut que ces principes doivent être tirés d'une législation républicaine antérieure à la IV^e République.

2°) *Les conséquences d'un manquement au processus, notamment quant à l'organisation d'Etats généraux*

Au regard de la nature des dispositions en cause, les conséquences d'une absence de consultation ne sont pas les mêmes dans le domaine de l'environnement que dans celui de la bioéthique.

– Environnement

C'est par une décision du 14 octobre 2011 (114 cf. supra) que le Conseil constitutionnel a, pour la première, fois reconnu non conforme à la Constitution des dispositions (115) adoptées sans que « ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition législative n'assurent la mise en oeuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques en cause » (consid.8). De même, dans une décision du 13 juillet 2012 (116), le Conseil a jugé, pour la même raison, non conforme « la dernière phrase du premier alinéa de l'article L. 512-5 du code de l'environnement est contraire à la Constitution ».

Par deux décisions du 27 juillet 2012 (117), le Conseil constitutionnel, prenant acte de ce qu'aucune disposition n'assurait la mise en oeuvre du principe de participation du public (art.7 de la Charte de l'environnement) à l'élaboration des décisions publiques concernant, d'une part, la gestion de la ressource en eau et, d'autre part, la protection des espèces animales non domestiques et des espèces végétales non cultivées, a confirmé cette jurisprudence, déclarant l'inconstitutionnalité du 5^o du II de l'art. L 211-3 du code de l'environnement et celle du 4^o de l'art. L 411-2 du même code. Enfin, la décision du 23 novembre 2012 (118) a jugé inconstitutionnels l'article L. 341-3 du code de l'environnement dans sa rédaction issue de

(110) du 11 nov.1997 puis adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 8 décembre1998.

(111) Adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 16 octobre 2003.

(112) Adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 19 octobre 2005.

(113) Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : art.L1412-1 et L1412-3-1 du csp.

(114) Décision n°2011-183/184QPC du 14 octobre 2011.

(115) Le second alinéa de l'article L. 511-2 du code de l'environnement et le paragraphe III de son article L. 512-7.

(116) Décision n°2012-262 QPC du 13 juillet 2012.

(117) Décisions n°2012-269 et 2012-270 QPC.

(118) Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012.

l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de l'environnement et l'article L. 341-13 du même code dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2004-637 du 1^{er} juillet 2004.

– Pour la **bioéthique**, une question a été posée au regard de l'article 46 de la loi de bioéthique de 2011, qui prévoit que : « 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 ».

A l'occasion du vote du texte relatif à la recherche sur l'embryon (cf. infra) et aussi d'une proposition de loi sur la fin de vie, certains se sont interrogés sur les conséquences du non respect de l'article 46. Devait-on considérer que toute réforme législative concernant un domaine entrant dans le champ de la bioéthique est constitutionnellement tenue de respecter cette procédure ?

A l'occasion de sa décision du 1^{er} août 2013 (119), le Conseil nous fixe sur ce point : « 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 ; que, par suite, le grief tiré de ce que le recours à une proposition de loi et l'absence de mise en oeuvre des dispositions de l'article L. 1412-1-1 précité seraient constitutifs d'un « détournement de procédure » doit en tout état de cause être écarté ; que la loi déferée a été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution » (consid.3).

La réponse est donc plus politique que constitutionnelle comme le montre, s'agissant de légiférer sur la fin de vie, la décision du gouvernement de mettre en place, à la suite de la demande du CCNE saisi de cette question, des Etats généraux spécifiques.

B. Procédure concernant la QPC

L'examen des questions de bioéthique a aussi permis à la jurisprudence (celle des trois « cours suprêmes ») de statuer sur des points de procédure propres à la QPC.

1) La recevabilité

(119) Décision n° 2013-674 DC du 1^{er} août 2013 relative à la 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.

Les précisions apportées par la jurisprudence concernent aussi bien le refus de transmettre ou d'examiner une question que la situation inverse, la transmission d'une question dans un contexte inédit *supra legem*.

a) Refus de transmettre ou d'examiner une question : le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé

1°) Refus de transmission : assistance médicale à la procréation

Estimant qu'à l'occasion de l'examen de la loi 94-654 (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), déclarée conforme à la Constitution (120), le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé (même si ce n'est pas directement) sur la question posée, la Cour de cassation (121) a refusé de transmettre une QPC portant sur le refus de prise en charge par l'assurance maladie d'une fécondation *in vitro* réalisée à l'étranger avec les gamètes de deux donneurs, la loi française interdisant cette pratique.

2°) Refus d'examiner : prélèvement génétique

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 20 septembre 2010 par la Cour de cassation, dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Charles S. Cette question était relative à la conformité du III de l'article 706-56 du code de procédure pénale aux droits et libertés garantis par la Constitution. Le III de l'article 706-56 du CPP prévoit, en effet, que la personne condamnée pour refus de se soumettre au prélèvement biologique perd, en outre, si elle est condamnée, certains droits en matière d'aménagement de la peine. Le Conseil ayant déjà déclaré (122) l'article 706-56 du CPP conforme à la Constitution, par suite, il n'y avait plus lieu d'examiner la nouvelle QPC portant sur cet article (123).

L'intérêt procédural de cette décision tient à ce que lorsque le Conseil a déjà statué sur une disposition soumise à son examen, le greffe communique la décision rendue aux parties et que, jusqu'à la présente décision, celles-ci avaient toujours approuvé le point de vue du Conseil (124). En l'espèce, le requérant, estimant que la décision précitée du 16 septembre

(120) Décision n°94-343/344 DC du 27 juil.1994.

(121) Cass.1^{ère} civ. QPC, 19 janv.2012 n°11-40.089.

(122) Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010.

(123) Décision n° 2010-61 QPC du 12 novembre 2010.

2010 n'avait pas déclaré conforme à la Constitution le paragraphe III de l'article 706-56, avait sollicité, conformément au règlement de procédure du Conseil, une audience publique, qui ne pouvait lui être refusée, pour faire entendre ses arguments. C'est donc à la suite de cette audience que le Conseil a rendu sa décision de non-lieu.

b) Transmission et acceptation de la QPC malgré l'absence d'une question nouvelle d'interprétation de la norme constitutionnelle

Le Conseil a reconnu dès l'origine cette liberté à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat et celle-ci s'est, pour la première fois, concrétisée à propos de la question de la constitutionnalité du mariage des personnes de même sexe.

– L'examen de la loi organique relative à la QPC

- **Aux termes de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (125)** portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, la recevabilité de la transmission d'une QPC est soumise aux conditions suivantes :

« 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux

En outre, s'agissant de la procédure de transmission par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, l'article 23-4 de l'ordonnance énonce qu'« il est procédé (au) renvoi (devant le Conseil constitutionnel) dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». Et, le 3^{ème} alinéa de l'article 23-5 reprend cette exigence de nouveauté.

- Lorsque la loi organique de 2009 lui a été soumise, le Conseil a jugé (126) qu'il résultait de la combinaison de ces deux derniers articles « que le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle

dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce **critère alternatif** » (consid.21).

– Application de cette jurisprudence dans le cadre de la QPC

C'est avec la décision du 28 janvier 2011 (127) relative à l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe que cette jurisprudence a trouvé sa première application. En effet, bien que les motifs d'irrecevabilité de la demande fussent nombreux, le juge du TGI les a écartés et transmis la QPC à la Cour de cassation. Pour saisir le Conseil, la Haute juridiction a estimé, dans sa décision du 16 novembre 2010 (128), que « les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers ; que comme telles, elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine ».

Comme l'a souligné dans ses conclusions l'avocat général : « Il y a là un bel exemple d'inversion du processus défini par l'article 61-1 de la Constitution et la loi organique du 10 décembre 2009... Ce n'est plus la contestation d'une disposition législative invoquée à l'occasion d'un litige ou d'une procédure qui rend éventuellement recevable la question prioritaire de constitutionnalité ; c'est au contraire la nécessité de permettre l'examen de celle-ci qui conditionne la recevabilité de la procédure antérieure destinée à lui servir de vecteur ! »

Toutefois, usant de la faculté que lui ouvrait la jurisprudence libérale du Conseil, la Cour de cassation a décidé de lui transmettre la question au motif que « les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers » de sorte qu'elles « présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine ».

Ce faisant, la 1^{ère} chambre civile suit les conclusions de l'avocat général qui, malgré son analyse juridique, concluait au renvoi, au nom de la nécessité d'objectivité qui s'impose à la Cour : « Est-ce bien le rôle de notre Cour –pour laquelle “selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme”– de bloquer à ce stade, au nom de l'évidence, l'examen

(124) cf. les affaires rendues le 6 août 2010 Nos 2010-36/46 QPC (sur l'article 575 du CPP), 2010-51QPC (sur l'article L.16 B du livre des procédures fiscales) et 2010 30/34/35/47/48/49/50QPC (sur la garde à vue).

(125) Modifiée par la loi n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

(126) Décision n° 2009-595 DC du 03 décembre 2009.

(127) Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

(128) Cass.1^{ère} civ. QPC arrêt n°2008 du 16 novembre 2010.

d'une question (dédoublée par les requérantes) qui met en jeu la revendication – dans un domaine particulièrement sensible et placé sous les feux de l'actualité – d'une liberté fondamentale dont il revient au Conseil constitutionnel de définir exactement les contours et le contenu ?... L'analyse personnelle à laquelle je me suis livré pour démontrer l'inanité du grief d'inconstitutionnalité visant la règle qui prohibe le mariage homosexuel, ne me détourne pas du devoir de solliciter le renvoi de l'examen des questions à la seule instance apte à formuler la solution appropriée sans pouvoir être suspectée d'être juge et partie».

2° Notion de dispositions applicables au litige

Il s'agit, conformément à l'article 61-1 de la Constitution et aux articles 23-2 1° et 23-5 de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, de circonscrire le champ de la saisine du Conseil aux seules dispositions « applicables au litige ou à la procédure, ou (qui) constitue(nt) le fondement des poursuites ».

a) Dispositions applicables au litige à l'occasion duquel il a été posé

Depuis sa décision relative au Fichier national automatisé des empreintes génétiques (129), le Conseil considère que « la question prioritaire de constitutionnalité doit être regardée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée ». Dans cette espèce (130), il en a déduit qu'il était saisi, non des dispositions modifiées, mais des dispositions antérieures dans leur rédaction applicable au litige. Il a depuis confirmé cette jurisprudence, en particulier dans une décision du 26 novembre 2010 relative au régime d'hospitalisation sans consentement en général et à l'hospitalisation à la demande d'un tiers (HDT) (131). C'est aussi cette règle qui ouvre au Conseil, malgré le pouvoir reconnu à la Cour de cassation et au Conseil d'État de fixer l'objet du litige, le droit de circonscrire le champ de sa saisine.

b) Absence de remise en cause des décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État sous réserve de la faculté pour le Conseil constitutionnel de délimiter les contours de sa saisine

1° La « souveraineté de principe » du Conseil d'État et de la Cour de cassation

Dans sa décision du 26 novembre 2010 (132), le Conseil, saisi par la requérante d'une demande d'extension à l'hospitalisation d'office de la demande initiale portant sur l'hospitalisation à la demande d'un tiers, a estimé que « saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, (il ne lui appartenait pas) de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ... qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites » (consid.11). Et, cette jurisprudence est constante depuis 2010 (133).

2° Faculté pour le Conseil constitutionnel de délimiter les contours de sa saisine

Mais, le Conseil a la faculté de délimiter l'objet du litige tant pour le limiter aux seules dispositions effectivement applicables au litige, soit pour inclure la jurisprudence constante d'une disposition législative dans le champ de la saisine.

– Ainsi, bien que, sur la question du mariage de personnes du même sexe, les requérants aient interrogé le Conseil sur la constitutionnalité des articles 75 (relatif aux formalités du mariage) et 144 du code civil (fixant l'âge nubile), le Conseil a considéré « que la question prioritaire de constitutionnalité port(ait) sur le dernier alinéa de l'article 75 du code civil (« l'officier d'état-civil) recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme : il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ) et sur son article 144 (et) que ces dispositions doivent être regardées comme figurant au nombre des dispositions législatives dont il résulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 13 mars 2007 susvisé, « que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » » (consid.3). Conformément à sa décision du 17 décembre 2010 (134), le Conseil circonscrit le champ de sa saisine aux seules dispositions législatives renvoyées qui sont effectivement mises en cause par la question.

– L'interprétation jurisprudentielle constante d'une disposition législative relève bien du champ de la saisine. Dans une décision du 06 octobre 2010 rela-

(129) Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, M. Jean-Victor C., cons.1.

(130) comme dans sa décision n°2011-183/184QPC du 14 octobre 2011.

(131) Décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010.

(132) Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 (sur l'hospitalisation sans consentement).

(133) Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010.

(134) Décision n° 2010-81 QPC du 17 décembre 2010, M. B. Boubakar (détention provisoire: réserve de compétence de la chambre de l'instruction), cons.3.