Pouvoirs-débat :

A propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate

ANNE-MARIE LE BOS-LE POURHIET*

Tandis que se succèdent les réunions et publications consacrées à la bioéthique, le Conseil d'Etat juge la loi de 1975 sur l'interruption de grossesse compatible avec le *droit à* la vie proclamé par la Convention européenne des droits de l'homme ; le Conseil constitutionnel conclut que le *droit à* la santé permet de restreindre la publicité en faveur de l'alcool et du tabac ; la cour d'appel de Paris admet la licéité des contrats de mères porteuses au nom du *droit à* l'enfant ; des médecins anglais satisfont le *droit à* l'immaculée conception ; et nos ministres s'opposent sur le *droit à* la procréation des détenus[1].

On voit ainsi depuis quelques années grossir un flot hétérogène de *droit à* sur la valeur et le contenu desquels il serait urgent, non plus seulement de s'interroger mais de répondre efficacement.

A observer les attitudes des politiques, des juges, des médecins et de l'opinion, l'impression qui domine est celle d'un flottement, d'une gêne, d'une vaste hésitation entre la conscience qu'il faudrait mettre des bornes à la liberté et la crainte de faire œuvre liberticide et rétrograde.

Il en résulte un immobilisme et une indécision inquiétants, chaque acteur renvoyant à un autre la responsabilité de l'attitude à adopter. Le politique s'en remet aux sages. Les sages renvoient la balle au politique en faisant appel au juridique. Le politique ne sachant toujours qu'en faire ne

* Professeur à l'Université de Caen.

1. CE Ass. 21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, *AJDA*, 1991, p. 91, note C. M., F. D. et Y. A. et *RUDH*, 1991, n° 3, note H. Ruiz-Fabri, p. 1 ; CC 1-DC, n° 90-283, 8 janvier 1991, *JO*, 10 janvier ; Cour d'appel de Paris, 15 juin 1990, *D*, 1990, p. 540, note F. Boulanger ; voir *contra* C. de cass., Assemblée plénière, 30 mai 1991 ; *Le Monde*, 12 mars 1991.

fait rien, et, ce faisant, il laisse faire les seuls éléments dynamiques de l'affaire, c'est-à-dire les militants des *droits à* qui profitent de l'inertie générale pour pratiquer la technique du fait accompli. Les juges et les médecins, pataugeant alors dans une responsabilité qui n'est évidemment pas la leur, en arrivent à prendre des décisions provocantes qui semblent parfois destinées à narguer le politique.

L'attitude des gouvernants impressionne, tant par son manque de bon sens que son manque de courage. Bon sens car une conception de plus en plus délétère des droits de l'homme, accompagnée d'une juridictionnalisation excessive des questions de société, conduit à perdre de vue l'évidente hiérarchie qui existe entre les droits (I). Courage, car nos représentants, oubliant ce que responsabilité veut dire, paraissent faire l'unique choix de s'en laver les mains (II).

I – UNE HIÉRARCHIE DES DROITS

Une conception délétère des droits de l'homme

On a désormais coutume de distinguer des « générations » dans les droits de l'homme. La première génération, composée des libertés civiles et politiques proclamées dans les déclarations du XVIII[e] siècle, consisterait essentiellement en des *droits de* n'exigeant des pouvoirs publics que leur abstention, leur laisser-faire. La seconde génération engloberait les droits économiques et sociaux inspirés de la conception marxiste des libertés concrètes et s'analyserait essentiellement en des *droit à*, c'est-à-dire des créances exigeant de la société la fourniture de prestations. Enfin, le XX[e] siècle aurait apporté une troisième génération qu'on ne sait pas très bien définir, dans laquelle s'intégreraient tous les droits nouveaux s'accumulant dans des textes et revendications divers. Généralement présentés sous forme de *droit à* ils empruntent cependant à la fois aux libertés et aux créances, à l'*économique* et au *politique*, au *civil* et au *social*, nécessitant pour leur satisfaction à la fois prestation et abstention, et se caractérisant surtout par une indétermination remarquable. Ainsi s'allonge une liste infinie qui, outre les droits dits « de solidarité » (*droit au* développement, *droit à* la paix, *droit à* l'environnement...), comporte aussi une série de droits à tout et à son contraire (*droit à* la vie, *droit à* la mort, *droit à* l'enfant, *droit à* l'avortement, *droit à* l'intégrité physique, *droit au* changement de sexe, *droit à* la différence, *droit à* l'assimilation...).

Comme le note Jean Rivero : « Une tendance se manifeste à faire correspondre un droit à tous les besoins et à toutes les aspirations de l'homme (...) A qualifier de droits des aspirations et des vœux on fait rejaillir sur l'ensemble des droits de l'homme le flou qui s'attache aux vœux et aux aspirations. »[1] Effectivement, l'égoïsme et le matérialisme

1. J. Rivero, *Les libertés publiques*, PUF, « Thémis », t. I, 1984, p. 133.

forcenés des sociétés modernes conduisent à ériger en droit n'importe quel besoin, considéré comme légitime dès qu'il est formulé, sans qu'on s'interroge véritablement ni sur sa valeur, ni sur son contenu, ni sur l'éventuel danger de sa satisfaction pour l'avenir de la société et de l'humanité. La prise en compte du futur et du global est délaissée au profit de la jouissance individuelle et immédiate.

Dans le domaine de la biologie, tout désir, tout fantasme, toute pulsion semble désormais ouvrir un droit à sa satisfaction, et peu importe ce que ces exigences révèlent de désordres psychologiques puisqu'on a aussi le *droit à* la déviance et à son apologie. Certains membres du corps médical, oublieux des préceptes d'Hippocrate, acceptent ainsi, par mercantilisme, perversion, inconscience, ou recherche du *scoop*, de se transformer en pères Noël en blouse blanche pour tout admettre, tout accorder, tout procurer, secouant alors les médias et l'intelligentsia de débats éthiques interminables que le simple bon sens devrait souvent suffire à évacuer d'un revers de manche.

Le désir d'enfant est évidemment compréhensible et respectable chez l'être humain, mais il reste à savoir s'il ne trouve pas face à lui des intérêts supérieurs, individuels ou collectifs, immédiats ou futurs.

Les militants des *droit à*, prompts à s'appuyer sur la psychanalyse pour satisfaire leurs titulaires sont généralement plus silencieux quand il s'agit d'évaluer les conséquences de certaines pratiques sur la psychologie des intéressés. Pourtant, si le respect des familles et de leurs enfants fragilisés ne permet pas de procéder à des études pointues et quantifiées, il n'est guère besoin d'être un éminent spécialiste pour imaginer l'ampleur des dégâts.

Les actions en désaveu de paternité auxquelles donnent lieu la pratique « au point » des inséminations artificielles avec donneur (IAD) ne constituent sans doute que la partie immergée d'un iceberg de désastres intérieurs faciles à deviner. Lorsqu'un homme humilié et dévirilisé par sa stérilité consent, pour satisfaire le désir d'enfant, à recourir à un généreux et fécond étalon, il ne mesure sans doute pas immédiatement, sous la pression diffuse d'une présentation banalisante, ce que cet adultère biologique et psychologique va lui apporter de supplément de souffrance. C'est lorsque l'enfant paraît que, placé dans la situation peu glorieuse d'un saint Joseph débonnaire, il manifeste un rejet aussi dramatique pour lui que pour l'enfant. Double victime, et double responsabilité. Responsabilité d'un couple aveuglé, mais aussi responsabilité d'une société qui, consternée par l'échec de sa prestation, voudrait maintenant interdire à un homme de refuser d'être ce qu'il constate qu'il n'est pas. Au nom de l'intérêt de l'enfant dont il eut été préférable de se soucier plus tôt, l'avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme propose en effet d'interdire l'action en désaveu de paternité aux « pères » qui ont consenti à l'IAD. En somme, on n'ose pas mettre de barrières à la liberté dans un premier temps, mais on finit, dans un second temps, par imposer autoritairement une adoption forcée qui, en tout état de cause, ne résoudra médiocrement que les aspects matériels du drame.

Le procédé des mères porteuses, que l'on tente vainement d'anoblir sous le vocable de « maternité de substitution » est indubitablement le plus attentatoire que l'on puisse imaginer à la dignité humaine. On comprend mal le silence des associations féministes sur une technique qui, réduisant de pauvres créatures en vulgaires machines à reproduire, constitue un sommet inégalé de prostitution et d'esclavage. Les effets de l'exécution du « contrat » sur la psychologie de tous les intervenants ont été maintes fois recensés par les psychiatres et dénoncés par les comités de réflexion[1]. Ledit contrat ne porte pas seulement sur la location d'un utérus, il porte sur la fabrication et la vente d'un être humain qu'on n'associe pas (et pour cause !) à la négociation. Au fond, c'est de la dictature conventionnelle, un chef-d'œuvre d'aliénation de l'homme par l'homme. On continue pourtant de se boucher les yeux et les oreilles, et la cour d'appel de Paris, contrairement à la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, a considéré que le « droit naturel » (en l'occurrence contrarié par la nature elle-même) de fonder une famille permet, sans porter atteinte à l'ordre public ni créer un danger moral pour la femme et pour l'enfant, d'apporter des dérogations au principe selon lequel les conventions ne peuvent porter que sur les choses qui sont dans le commerce ! Il eut été aussi simple, au point où en est la Cour, d'affirmer que l'être humain se trouve depuis longtemps dans le commerce, en s'appuyant, entre autres, sur la pratique antique du contrat verbal qui unit les prostituées à leurs souteneurs et clients, ou, tout simplement, sur le « Code noir » ! De deux choses l'une : ou il s'agit d'une provocation de la part de magistrats agacés par la carence du législateur et las de devoir se substituer aux responsables politiques, ou alors les juges sont tombés sur la tête.

La revendication de certaines femmes homosexuelles, ou résolues à la virginité, en faveur d'un *droit à* l'insémination artificielle est également particulièrement révélatrice du luxe de droits engendré par la société moderne et d'une curieuse tendance à vouloir faire descendre les droits de l'homme au-dessous de la ceinture. Ces femmes rejettent les hommes mais en exigent la semence, réclament le droit à la différence mais veulent l'égalité de traitement et, pour parler vulgairement, demandent le beurre et l'argent du beurre. Il se trouve pourtant des praticiens pour satisfaire ces capricieuses et, au nom de la liberté sexuelle et de la libre disposition de son corps, pour consacrer sans scrupules ni remords, la libre disposition d'autrui. Un autrui dont on ne se demande pas ce qu'il en pensera ni ce qu'il souffrira, bien qu'on vienne de ratifier une convention sur ses droits.

Quant au *droit à* la procréation des détenus, il ne soulève pas seulement la question de la sexualité en prison, mais, avant tout, la question

1. Voir notamment : R. Soubeyrol, Mères porteuses, l'espoir abusé, *Le Monde*, 13 février 1991 ; Avis du Comité consultatif national d'éthique du 23 octobre 1984 ; Rapport du Conseil d'Etat : de l'éthique au droit, *NED*, n° 4855, 1988, p. 60.

de la peine de prison elle-même, de sa finalité et de sa nature. La perte d'affection, de sexualité et de capacité procréative peut être considérée comme faisant partie de la « pénitence » dont le détenu connaissait à l'avance le contenu. On pourrait faire valoir qu'on témoignerait mieux son amour pour une femme en s'abstenant de commettre une infraction. La construction de « parloirs sexuels » est sans doute concevable mais quelle misère que cette sexualité-là, et *quid*, encore, de l'enfant conçu derrière les barreaux et des effets sur son psychisme de l'absence et de la destruction de l'image du père ? Faut-il, là encore, fabriquer délibérément et sciemment de la pathologie psychiatrique infantile[1] ? Avant de trouver de la place pour ces parloirs, ne vaudrait-il pas mieux trouver de la place pour les détenus eux-mêmes et leur permettre cette intimité solitaire indispensable à l'être humain ? Tant qu'il restera, en France, deux détenus dans une même cellule, condamnés à supporter vingt-quatre heures sur vingt-quatre le regard d'un tiers, tous les discours officiels sur les droits de l'homme ne seront qu'hypocrisie.

Mais l'intérêt de l'enfant n'est pas le seul à mettre en avant face à ces prétendus droits. Si l'on parle à ce sujet de « problèmes de société » c'est qu'on a bien compris qu'au-delà des cas individuels, c'est la conception même de la société et l'avenir de l'humanité qui sont en cause. Il ne s'agit pas seulement d'un face-à-face entre des intérêts particuliers contradictoires, il s'agit aussi d'une confrontation entre des intérêts catégoriels et l'intérêt général. Quel peut-être le devenir d'une société déresponsabilisée et déresponsabilisante, dans laquelle telle aspiration, tel désir, telle souffrance sont pris comme des faits premiers dont il faut à tout prix tirer les conséquences en aval sans qu'on s'interroge sur la prévention et les responsabilités en amont ?

Ainsi, la détresse d'une femme enceinte qui ne souhaite pas sa maternité est constatée en tant que telle pour justifier un *droit à* l'avortement, sans que soit posée la question de son éventuelle responsabilité dans sa grossesse et donc dans sa détresse. La prise d'une pilule quotidienne serait, paraît-il, jugée par certaines « trop contraignante » et aurait l'inconvénient (certainement majeur au regard de la vie humaine) de « faire grossir » ! Est-ce véritablement là la bonne hiérarchie et de quel côté se trouvent ici l'obscurantisme et la stupidité ?

La stérilité d'un couple est une blessure qui mérite incontestablement la considération. Quand le remède consiste en un traitement hormonal ou en une fécondation *in vitro* à partir des gamètes du couple, simples coups de pouce destinés à aider la nature sans l'altérer, non seulement il n'y a aucun obstacle individuel ou social à lui opposer, mais la médecine mérite un immense applaudissement. Les problèmes éthiques résident ici dans les questions annexes (congélation d'embryons humains, utilisation ultérieure, eugénisme en puissance...), non dans l'acte lui-même. Quand il

1. J. Lansac, Procréer, une liberté à encadrer, *Le Monde*, 27 mars 1991.

s'agit, en revanche, de ravaler l'homme au rang d'animal de laboratoire et de fabriquer délibérément des enfants de personne, des enfants rejetés par leur faux père, d'autres abandonnés par leur vraie mère, d'autres encore condamnés à l'absence de père parce que leur maman éprouvait un dégoût insurmontable pour les messieurs, c'est, à partir de ces victimes innocentes de la dictature du *droit à*, une société névrosée et décadente, faible et molle, qu'on est en train d'engendrer.

L'argument, souvent invoqué, de l'évolution des mœurs et des mentalités, participe de la même prise en compte du fait, sans que celui-ci soit jugé ni sa valeur estimée au regard des intérêts en présence[1]. Puisque divorces, séparations, célibat, ménages monoparentaux (?), et homosexualité familiale (?) recomposent, dit-on, le paysage social, il faudrait en tirer les conséquences en fabriquant, pour chaque cas, des enfants sur mesure, priés de bien vouloir accepter ces situations, de ne pas en souffrir, de ne pas s'en plaindre, et surtout de ne pas demander des comptes à des adultes qui ont tout de même bien le *droit au* bonheur, fût-ce au prix du leur ! On ne s'interroge pas sur le point de savoir si cette évolution des mœurs rend heureux, si elle n'est pas elle-même le symptôme de souffrances qu'il vaudrait mieux prévenir, ni si la permissivité est un bienfait social. Peu importe, les faits sont là, dont aete, point final. La mode, disait Stendhal, tient lieu de vérité. L'augmentation des suicides chez les jeunes est également un fait, faut-il, là aussi, se borner à constater ? La solitude et la névrose se taillent effectivement une place de choix dans nos sociétés : faut-il les prévenir en traitant les problèmes en amont, ou se contenter d'en tirer les conséquences en aval pour engendrer toujours plus de solitude et toujours plus de névrose ?

Après s'être doté, par l'atome, du pouvoir de détruire physiquement l'humanité, l'homme se dote, par le génome, du ponvoir de l'anéantir moralement en altérant sa définition même. Du droit à l'enfant on passe très vite au droit à l'enfant normal (c'est fait) puis à l'enfant parfait (c'est en cours), blond aux yeux bleus de préférence (c'est pour demain). Les apprentis sorciers des Temps modernes n'ont pas seulement la vue mais la mémoire courtes.

Il y a done bien à accepter tant la négation de certains droits que la stricte hiérarchisation de ceux qui peuvent être reconnus. On a bien compris, au siècle dernier, les effets désastreux du laisser-faire économique et ce qu'il pouvait entraîner d'aliénation de l'homme par l'homme. Il est temps de prendre en compte les mêmes effets pervers du laisser-faire social et médical et d'cnrayer la dictature rampante qui est en train de naître au mépris de la valeur suprême que eonstitue la dignité humaine.

1. Voir *notamment* M. Flis-Trèves, D. Mehl, E. Pisier, Contre l'*acharnement* législatif, *Pouvoirs*, n° 56, « Bioéthique », 1991, p. 124.

Une juridictionnalisation excessive

La hiérarchie des valeurs, noyée dans une conception délétère des droits de l'homme, est également menaeée d'absorption par le culte de l'Etat de droit et de la hiérarchie des normes. L'Etat de droit est devenu depuis quelques années la « tarte à la crème » des sociétés démoeratiques ou qui aspirent à l'être. Il signifie, grossièrement, non seulement la soumission au droit de tous les échelons normatifs, mais la possibilité de sanctionner cette soumission par le recours à un juge, toujours apte à faire prévaloir la norme supérieure sur la norme inférieure. Bien. Mais encore faut-il se mettre d'accord sur ce que recouvre cette hiérarchie et sur l'auteur réel de ces normes. On ne se demande plus aujourd'hui si une loi est intrinsèquement bonne ou mauvaise, on se demande ce qu'en dira le juge constitutionnel : s'il la valide, elle est bonne, s'il l'invalide, elle était mauvaise. Le juge devient Dieu, sans que l'opinion publique connaisse exactement la nature et les limites de son rôle qui doit évidemment être précisé et relativisé en ce qui concerne les jugements de valeur.

Sous prétexte, par exemple, que deux droits ou deux libertés sont mentionnés dans un même texte (conventionnel, constitutionnel, ou « simplement » législatif), on en déduit curieusement qu'ils ont la même valeur et, rigueur et logique juridiques obligent, qu'ils doivent être « conciliés ». On ne se demande pas si, éventuellement, l'un de ces droits n'aurait pas une valeur morale et sociale éminemment supérieure à l'autre méritant que ce dernier lui soit sacrifié. Ainsi, si la liberté d'entreprendre est consacrée par la jurisprudence constitutionnelle, elle a forcément la « même valeur » que la protection de la santé, elle-même inscrite dans le préambule de la Constitution. On arguera donc devant le Conseil constitutionnel que l'interdiction de propagande et de publicité en faveur de l'alcool et du tabac porte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre une atteinte qui en « dénature la portée ». Et comme à des questions idiotes on est souvent contraint de répondre aussi sottement, le Conseil constitutionnel explique en retour que le principe constitutionnel de protection de la santé est en l'occurrence correctement concilié avec le non moins constitutionnel droit de propriété, car le législateur « s'est borné » à limiter la publicité sans la prohiber totalement par des dispositions qui « de surcroît » ne prendront effet qu'au 1er janvier 1993 ! Voilà qui réjouira le complexe militaro-industriel : à quand la « conciliation » jurisprudentielle entre le droit à la paix et la liberté d'entreprendre des marchands de canon ? La libre entreprise et le droit d'embaucher avaient également été invoqués de la sorte lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi interdisant le travail des enfants. Ne serait-il pas plus franc d'admettre une fois pour toutes qu'à l'intérieur d'un même texte ou d'un même corpus de normes, il peut y avoir des dispositions d'inégale valeur, et qu'il n'y a pas de « droits de » ni de « droits à » qui tiennent face à la protection de la santé, de la vie et de la dignité

humaines ? Mais il reste à savoir s'il appartient précisément au juge de porter de tels jugements de valeur.

Dans la « juridictiomania » ambiante, face à des textes vagues et fourre-tout, face également à des recours qui revendiquent n'importe quoi et n'honorent pas leurs auteurs, face encore à ses propres montages jurisprudentiels dont il se trouve ensuite prisonnier, le juge se trouve appelé à porter des jugements de valeur qui devraient rester le monopole du souverain. Empêtré dans ce rôle qui n'est évidemment pas le sien, on le voit alors se contorsionner pour donner l'apparence de contrôler ce que, ne pouvant censurer, il est dès lors inutile qu'il examine. Le juge peut censurer une disposition privant la détention des étrangers de contrôle judiciaire, il ne peut évidemment pas invalider un programme de nationalisations. Il peut annuler un arrêté d'expulsion, il ne peut évidemment pas récuser un programme nucléaire, ni priver d'application la loi sur l'interruption volontaire de grossesse. Dans ces conditions, pourquoi ne pas le dire elairement au lieu de « faire semblant » ? Le juge français a cette particularité de ne pas savoir parler en équité et d'être tellement convaincu qu'il doit dire le droit, qu'il ne sait plus dire les choses. Il y a pourtant des domaines où l'aspect philosophique et politique est tel qu'il devrait argumenter et « bavarder » ne serait-ce que pour expliquer que la démocratie et le respect du souverain lui interdisent d'interdire. Laurent Cohen-Tanugi a bien montré cette tendance contestable du Conseil constitutionnel à donner dans le raisonnement syllogistique et l'affirmation péremptoire en occultant les débats de fond, les considérations de politique juridique et les opinions dissidentes[1]. Les juristes français se félicitent généralement de voir le Conseil constitutionnel emprunter les méthodes du Conseil d'Etat alors que le « style empire » est certainement le plus mauvais emprunt qu'on puisse faire quand on doit confronter l'expression de la souveraineté nationale à des déclarations de droits. La décision de 1982 sur les nationalisations constitue, à cet égard, un modèle du genre. Après sept considérants « maoussekostos » d'un credo libéral plaçant le droit de propriété parmi les valeurs fondamentales et semblant effectivement vouloir établir une hiérarchie entre les droits, on s'attend, le cœur battant, à voir invalider les nationalisations, quand un dernier considérant « toutirikiki » nous informe qu'en l'absence d'erreur manifeste le Conseil n'est pas en mesure de récuser l'appréciation du législateur ! Il n'était évidemment pas possible au Conseil constitutionnel de censurer la partie essentielle d'un programme politique sur lequel une majorité de français venait d'élire le Président de la République et les députés. Pourquoi prétendre vouloir imposer le libéralisme quand on n'a pas la légitimité suffisante pour arrêter le socialisme ? Il était inutile, dans ces conditions, de simuler un

1. L. Cohen-Tanugi, Qui a peur du Conseil constitutionnel ?, *Le Débat*, n° 43, 1987.

contrôle et de rédiger une décision en forme de montagne accouchant d'une souris. Il n'appartient pas davantage au Conseil d'Etat de décider ou non du tout nucléaire, pourquoi, dès lors, se fatiguer à énumérer ses avantages (énormes) et ses inconvénients (limités, comme chacun sait) ? Une majorité de parlementaires français se sont décidés, après de difficiles débats, à dépénaliser l'avortement. Imagine-t-on le juge de l'administration française fêter son entrée tant attendue dans l'internationale juridique en décidant d'écarter l'application de cette loi ? C'est au constituant et au législateur et non au juge qu'il appartient d'effectuer clairement la hiérarchisation des valeurs et les choix de société. Il n'y a pas de honte à respecter la souveraineté, il faut seulement savoir le dire comme il faut et quand il faut, et ne pas laisser croire au citoyen que la hiérarchie des normes garantira son bonheur dans un monde « juridicisé et aseptisé »[1]. Le juge peut consentir sans remords à laisser à César ce qui est à César, mais précisément, en matière d'éthique, où est donc passé César ?

II – UNE RESPONSABILITÉ POLITIQUE

Les commissions de sages, le Conseil d'Etat et le corps médical réclament tous désormais l'intervention du législateur sur certains aspects de la bioéthique. Une proposition de loi et un avant-projet ont été rédigés qui ne sont pas encore forcément parfaits mais qui ont au moins le mérite d'exister et de permettre, l'un ou l'autre, au débat parlementaire de s'ouvrir. Il va de soi que sur une telle question, la plus grande liberté d'initiative et de réflexion doit être laissée aux élus, et les techniques de rationalisation parlementaire seraient ici particulièrement mal venues. Mais comme si cette rationalisation allait jusqu'à mettre en doute la raison des parlementaires, l'exécutif ne semble pas encore décidé à inscrire le sujet à l'ordre du jour, hésitant toujours sur la nécessité d'une intervention législative. C'est qu'en effet cette intervention a des adversaires, dont l'hostilité semble en réalité correspondre à deux attitudes différentes. Pour les uns, il s'agit d'un refus de réglementation et donc d'un engagement sur le fond en faveur des *droit à* et du *laisser-faire*. Pour les autres, il s'agit davantage d'un doute sur la compétence du politique, et d'une invitation à *faire faire* par d'autres ce qu'il n'a pas le courage de décider lui-même.

Laisser-faire

Les adversaires de l' « acharnement législatif » invoquent la nécessité de laisser le débat public se mener avant toute réglementation, car l'évolution des mœurs rendrait incertaine l'opinion générale en la matière et les intéressés comme les praticiens feraient de toute façon

1. Y. Mény, *Politique comparée*, Montchrestien, 1987, p. 427.

preuve d'une grande sagesse[1]. Ces partisans de la « non-loi » affirment également défendre une éthique de la responsabilité plutôt qu'une éthique de la conviction, ce qui signifierait, si l'on comprend bien, que contrairement aux « légiféreurs » qui feraient le choix d'interdire, ils proposent seulement d'attendre parce qu'ils n'ont pas encore fait leur choix. En résumé, alors que légiférer dès aujourd'hui serait choisir sur le fond, ne pas légiférer serait simplement se donner un délai de réflexion supplémentaire ne préjugeant pas du fond. Il n'est pas certain, cependant que ces arguments soient tout à fait honnêtes.

D'une part, il va de soi que, sur certaines des questions posées, tout report législatif revient à accepter le développement de pratiques qu'il deviendra ensuite plus difficile d'interdire. En ce qui concerne par exemple, les mères porteuses, il est clair que faute de sanctions civiles et pénales expresses, les juges se trouvent dès aujourd'hui placés devant des faits accomplis contre lesquels ils sont démunis. On risque, à terme, de se trouver dans la même situation que pour l'IAD, c'est-à-dire qu'en l'absence de choix législatif rapide, les pratiques se multiplieront et, devant la banalisation, on n'ose plus revenir en arrière. C'est certainement ce qu'espèrent les adversaires de la loi : gagner du temps. La proposition de loi de Mme Boutin, tendant à interdire le don d'ovocyte mais non celui du sperme, ne révèle évidemment pas une attitude « sexiste », mais tout simplement la crainte d'interdire ce qui se pratique déjà. Il y a peut-être, aujourd'hui, un désir de sagesse chez certains protagonistes, il n'en demeure pas moins que l'on constate parallèlement une prolifération des dérives. Le code de déontologie des CECOS ne s'applique qu'à eux-mêmes et non à la médecine libérale, la sagesse actuelle ne préjuge pas de l'avenir, et le sentiment que l'autorité politique est elle-même hésitante et incapable de décider est évidemment de nature à encourager les écarts. La peur du gendarme n'a peut-être pas été le commencement de la sagesse mais elle est certainement la condition de son maintien. Il ne s'agit pas ici d'interdire des « recherches » ni d'empêcher la science de progresser, mais de mettre un terme à des applications délirantes de progrès médicaux déjà achevés. L'insémination de femmes vierges ou de mères porteuses n'a plus rien à voir avec le progrès médical, elle démontre seulement à quelles régressions peuvent conduire certaines applications du progrès.

D'autre part, certains arguments des adversaires du passage de l'éthique au droit sont très révélateurs du choix de fond qu'ils opèrent. Ils se félicitent ainsi des sondages indiquant une évolution de l'opinion publique vers une plus grande « permissivité », préfèrent encore l'avant-projet Braibant à la proposition Boutin parce que « plus permissif », approuvent les inséminations sans anonymat du donneur, et redoutent que le vote d'une loi ne vienne figer en son état actuel l'opinion majori-

1. M. Flis-Trèves, D. Mehl, E. Pisier, Contre l'acharnement législatif, *Pouvoirs*, n° 56, 1991, « Bioéthique », p. 121.

taire. Autant dire qu'on espère voir cette majorité s'inverser parce que l'on est favorable sur le *fond* au principe et au développement de ces pratiques. Il s'agit ici également de l'expression d'une conviction idéologique.

Enfin l'argument selon lequel, parmi les partisans de l'interdit législatif, seuls les croyants seraient logiques parce que également hostiles à l'avortement est franchement provocant[1]. Réduire (implicitement mais sûrement) les sceptiques de l'avortement aux traditionnalistes, intégristes, et autres grenouilles de bénitier n'est guère très objectif. La loi de 1975 est apparue à beaucoup (croyants et non croyants) comme un texte de nécessité mettant provisoirement en parenthèses un principe éthique, en attendant que les femmes françaises se décident à prendre leurs responsabilités en exerçant leur libre choix avant de concevoir un enfant plutôt qu'après. Nombreux sont également ceux qui ont eu la naïveté de croire que les dispositions de cette loi seraient effectivement appliquées c'est-à-dire que médecins, parquet et tribunaux contrôleraient l'existence des conditions légales. Il suffit également de constater les contradictions de la loi de 1975 et les quelques décisions juridictionnelles françaises et étrangères pour comprendre que l'existence d'un *droit à* l'avortement est loin d'être évidente pour tous ceux qui ont à prendre une position officielle et juridique sur la question. Dès lors, l'application en la matière de l'adage « qui ne dit mot consent » est parfaitement abusive. Il n'est nullement incohérent de s'abstenir de manifester dans les rues contre l'avortement tout en appelant l'intervention du législateur pour interdire la maternité de substitution, l'insémination artificielle des femmes célibataires ou les manipulations d'embryons. Ce n'est sans doute pas le moindre génie du christianisme que d'avoir érigé la dignité humaine en valeur fondamentale, mais on peut encore, et c'est heureux, défendre ces valeurs dans la laïcité. On pourrait d'ailleurs relever également quelque incohérence chez ceux qui dénoncent, à raison, l'ignominie de la peine de mort tout en prônant le droit à l'avortement au nom de la liberté sexuelle.

Faire faire

Aux partisans du laisser-faire s'ajoutent ceux qui, tout en admettant qu'il faut fixer des bornes à la liberté, préféreraient voir le politique déléguer cette lourde responsabilité à des acteurs plus courageux et compétents que lui-même[2]. On propose alors de s'en remettre aux sages, aux juges, aux conventions internationales ou au référendum. En un mot, à tous plutôt qu'à l'autorité compétente... courage, fuyons !

1. M. Flis-Trèves, D. Mehl, E. Pisier, précité, p. 133 ; L. Ferry, Tradition ou argumentation ?, *Pouvoirs*, n° 56, « Bioéthique », p. 6.

2. Sondage Louis Harris, *L'Express*, 26 janvier 1990 ; M. Barzach, Les lacunes du droit et les faiblesses de la démocratie, *Pouvoirs*, n° 56, « Bioéthique », 1991, p. 135 ; L. Ferry, Tradition et argumentation, *id.*, p. 9.

— *Les sages* ne peuvent en tout état de cause qu'exercer un rôle consultatif ou de proposition, et le Comité d'éthique français l'a bien compris en refusant toute compétence normative. Les gouvernants ont actuellement tendance à s'en remettre un peu trop facilement à des instances de régulation indépendantes par une démarche dont on a déjà pu s'interroger sur ce qu'elle révèle de « ponce-pilaterie » politique[1]. En tout état de cause, un pouvoir de réglementation confié en la matière à une autorité indépendante serait inconstitutionnel. Le législateur peut confier à une telle instance le soin de veiller, aux côtés des juges, à l'application des dispositions qu'il édicte, il ne peut lui en déléguer l'adoption proprement dite qui relève du domaine exclusif de la loi[2]. De plus, sur bien des points examinés, les sages et les conseils se sont déjà prononcés. Le Comité national d'éthique comme le Conseil d'Etat ont précisément fait appel au législateur pour qu'il interdise certaines pratiques. Cela ne semble toujours pas suffire aux gouvernants qui font encore auditionner des sages par un membre du Conseil d'Etat ! Le politique aurait-il des doutes sur sa propre sagesse ?

— *Les juges* (faut-il le rappeler ?) ont également pour rôle d'appliquer la loi, non de la faire. Déjà, en 1950, au sujet de la réglementation du droit de grève dans les services publics, domaine où le législateur s'est également toujours montré peu téméraire, le commissaire du Gouvernement Gazier déclarait amèrement : « Lorsque, dans un Etat, l'autorité constituante est volontairement équivoque, l'autorité législative systématiquement défaillante, l'autorité gouvernementale perpétuellement hésitante, ce n'est pas le juge à lui seul qui peut redresser la situation. »[3] Effectivement ce n'est pas *au* juge de le faire et, en offrant aux responsables politiques de se substituer à eux, il ne les encourage pas à prendre leurs responsabilités. La jurisprudence Dehaene, loin d'avoir redressé la situation, a contribué à pérenniser des solutions contraires à la Constitution à tel point que quarante-cinq ans après le préambule de 1946, le droit de grève est encore, à quelques exceptions près, réglementé par des circulaires de chefs de service[4]. Il risque d'en aller de même pour les activités de procréation assistée si le législateur ne prend pas conscience de l'urgence de son intervention. Déjà, l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 juillet 1989 est un premier pas en ce sens[5]. En admettant que les activités de PMA, n'étant contraires à aucun texte législatif en vigueur, puissent être « techni-

1. G. Dupuis, in *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, « Les voies du droit », 1988, p. 17.

2. CE, 21 juillet 1989, Association des médecins pour le respect de la vie, *RDP*, 1990, p. 279, concl. Stirn.

3. Conclusions pour CE, Ass. 7 juillet 1950, Dehaene, *RDP*, 1950, p. 691.

4. J. Rivero, Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, *Droit social*, 1951, p. 592 ; A.-M. Le Bos-Le Pourhiet, *Les substitutions de compétence en droit public français*, thèse, Paris 1, 1985, p. 151 et s.

5. Précité, *RDP*, 1990, p. 279, concl. Stirn.

quement » réglementées par décret, sans que le législateur ait d'abord défini les conditions et limites de ces activités ni leurs conséquences sur le plan de la filiation et de la famille, le juge administratif n'a pas su mettre, une fois de plus, le législateur devant ses responsabilités. De surcroît, en matière de bioéthique, les jurisprudences judiciaire et administrative ont déjà montré leurs limites, leurs contradictions et leur inadaptation[1].

— *Les conventions internationales* peuvent éventuellement déterminer un minimum de principes à respecter par les législateurs nationaux mais ne peuvent non plus se substituer aux lois pénales des Etats auxquels elles laisseront toujours une marge d'appréciation. De plus, on sait qu'au niveau européen les différences de comportement politique sont déjà très importantes et, sauf à pratiquer l'alignement systématique sur les « sociétés libérales avancées » et à abdiquer sa souveraineté par un comportement mimétique et complexé, on voit mal comment on pourrait « négocier » des exigences éthiques avec des Etats qui n'en ont pas. Qu'on le veuille ou non, faire appel aux conventions internationales, c'est toujours, plus ou moins, s'en remettre à l'opinion des autres comme si l'on n'était plus capable de faire la loi chez soi. On rétorquera que l'ouverture des frontières « oblige » à harmoniser les législations, car les individus iront chercher chez le voisin ce qu'ils ne peuvent obtenir en France. On sait, en effet, qu'après le tourisme d'avortement se développe actuellement un tourisme d'insémination en direction des Pays-Bas. D'une part, cela prouve bien qu'une convention internationale ne réglerait rien pour les Etats qui souhaitent s'en tenir à des principes éthiques. D'autre part, admettre que pour des raisons d'ordre pratique, un Etat soit dans l'obligation systématique de suivre un modèle étranger, même s'il le conteste, est pour le moins effrayant. Peu importe que les rigueurs d'une loi française débouchent sur des tourismes en tous genres, on ne transige pas avec l'honneur et la déontologie d'une Nation. Il conviendrait plutôt d'espérer qu'en matière éthique la France constitue *le* modèle sur lequel finiront peut-être par s'aligner les Etats qui auront pris conscience des dangers de leur laxisme et de leur rôle peu glorieux de super-marchés de l'humain.

— *Le référendum*, enfin, serait selon certains, la panacée géniale[2]. Mme Barzach suggère à cet égard plusieurs solutions. La première consisterait en l'adoption d'une initiative populaire qui conduirait immédiatement à un débat législatif. Mais il existe déjà une initiative parlementaire et un avant-projet de loi, qu'est-ce qu'une initiative populaire apporterait de plus et qui téléguiderait cette initiative ? Il faut une certaine naïveté pour imaginer que, dans un pays comme le nôtre, l'initiative populaire serait un phénomène de bons citoyens actifs uniquement préoccupés par l'intérêt général. Elle serait évidemment la

1. G. Braibant, Pour une grande loi, *Pouvoirs*, n° 56, 1991, « Bioéthique ».
2. Sondage Louis Harris, *L'Express*, 26 janvier 1990 ; M. Barzach, Les lacunes du droit et les faiblesses de la démocratie, précité, p. 145 et s.

porte ouverte à tous les lobbies sectaires, des plus écervelés aux plus réactionnaires, récupérés, pour la bonne cause, par les appareils partisans. La seconde solution consisterait en un référendum portant seulement sur l'opportunité de l'intervention du législateur. Mais il existe déjà des sondages indiquant une prétendue méfiance à l'égard de l'intervention du Parlement. Faut-il s'en contenter et se satisfaire de cet antiparlementarisme ou constater que la génération sondée n'a sûrement pas bénéficié de l'excellente réforme introduisant l'éducation civique à l'école ? La troisième solution consisterait en un référendum « sanctionnant et couronnant » *a posteriori* le processus législatif sur la base d'une initiative elle-même populaire après, évidemment, une révision de la Constitution ! Quelle galère ! Le temps d'y arriver les mères porteuses auront proliféré comme des lapines. S'il s'agit là de la « Nouvelle démocratie » avouons qu'elle ne se démarque guère, par son courage, de la précédente. Ce ne sont évidemment pas les dangers plébiscitaires du référendum existant qui sont en cause sur les questions de bioéthique, on se doute que sur un pareil sujet ces dangers seraient nuls. C'est le principe même d'un référendum en la matière qui est contestable. Croit-on vraiment que le peuple soit ici le plus apte à statuer ? Il y a bien souvent chez lui une tendance au voyeurisme à l'égard des sujets scabreux, et surtout une propension certaine à faire du misérabilisme sur les souffrances individuelles plutôt qu'à envisager de façon prospective l'intérêt social et général. Il est vrai que cette médiocrité est largement entretenue par des médias sous influence dont l'impartialité, la déontologie et l'éthique sont sujettes à caution, et dont le parti pris en faveur de certains lobbies est parfaitement visible par l'observateur averti. On objectera que ce manque de confiance dans la sagesse populaire n'est guère démocratique et qu'on ne peut refuser la parole au peuple souverain quelle que soit la qualité de son verdict. L'auteur du contrat social affirmait ainsi : « Un peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures ; car s'il lui plaît de se faire mal à lui-même, qui est-ce qui peut l'en empêcher ? » Ses représentants, sans nul doute ! Car la démocratie n'est pas seulement et bêtement le gouvernement par le peuple. C'est aussi le gouvernement pour le peuple auquel on ne saurait reconnaître le *droit à* l'autodestruction. Celui qui se contente de demander à la foule « Qui voulez-vous crucifier ? » ne sait pas gouverner. Gouverner c'est décider, et décider c'est souvent déplaire dans l'immédiat en ayant le courage de dire non. Les adversaires de l'interdit législatif s'appuyent sur des sondages indiquant une évolution de l'opinion publique vers une plus grande permissivité. Si l'on s'était inspiré des sondages on aurait très « démocratiquement » maintenu la peine de mort en France. Pourtant nos représentants ont eu, sur ce point, le courage d'imposer une éthique de la conviction plutôt qu'une éthique de la responsabilité reposant sur la confiance dans les cours d'assises et le Président de la République. C'est un noble précédent dont on ferait bien de s'inspirer. La loi ne doit pas seulement suivre une opinion en déroute

elle doit être capable de créer le consensus et d'éduquer le citoyen[1]. A trop vouloir plaire à ses électeurs le politique risque d'entraîner la société dans le caniveau... « le nez dans le ruisseau, c'est la faute à Rousseau ! ».

L'intervention nécessaire du législateur ne signifie d'ailleurs pas qu'il faille absolument une « grande loi » sur la bioéthique[2]. La politique-spectacle est certainement à éviter quand il s'agit de promouvoir la dignité humaine, et à vouloir mélanger dans un même texte des problèmes très éloignés les uns des autres et ne présentant pas le même degré de gravité, de complexité et d'urgence, on risque d'hésiter encore et de prendre du retard sur l'ensemble alors que certaines questions sont immédiatement traitables. On a déjà vu ce que l'exigence inutile d'une réglementation d'ensemble a entraîné en matière de droit de grève dans les services publics.

Mais encore faut-il que la loi soit appliquée. Nos gouvernants ont parfois une attitude hypocrite consistant à voter des lois dont ils savent à l'avance qu'ils ne feront rien pour les faire respecter. Dans les domaines de l'avortement, des mères porteuses ou de l'insémination artificielle, la principale victime ne peut malheureusement pas se constituer partie civile. Ouvrir ici l'action civile aux associations serait extrêmement dangereux. La répression repose donc essentiellement sur l'action publique et la détermination politique se jugera non seulement à la décision mais à son exécution.

Au politique, donc, de montrer qu'on ne saurait confondre liberté et licence, libéralisme et laxisme, démocratie et démagogie. Malraux prophétisait que le XXI[e] siècle serait spirituel ou ne serait pas : son existence est donc entre les mains de l'élite guidant le peuple. La montée des intégrismes, des sectarismes et la mise en cause de la civilisation occidentale ont des causes qu'il faut accepter de regarder en face. Les intellectuels européens, dit-on, ayant perdu leur idéologie, arrêteraient désormais leur pensée aux droits de l'homme[3]. C'est très bien, mais encore faut-il qu'ils y fassent également preuve de discernement. On ne leur reconnaîtra pas éternellement le *droit à* l'erreur.

1. C. Labrusse-Riou, La maîtrise du vivant : matière à procès, *Pouvoirs*, n° 56, 1991, « Bioéthique », p. 107.
2. G. Braibant, précité, p. 109 et s.
3. « Les aventures de la liberté », série documentaire, Antenne 2, par B.-H. Lévy.