



HAL
open science

Les lois de bioéthique, un modèle pour écrire la loi au XXI^e siècle ?

Clément Cousin

► **To cite this version:**

Clément Cousin. Les lois de bioéthique, un modèle pour écrire la loi au XXI^e siècle ?. Revue de droit d'Assas, 2019. halshs-02125230

HAL Id: halshs-02125230

<https://shs.hal.science/halshs-02125230>

Submitted on 10 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les lois de bioéthique,

Un modèle pour écrire la loi au XXI^e siècle ?

*Dr. Clément Cousin
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
Université catholique de l'ouest, Nantes
Chercheur associé à l'IODE, UMR CNRS/Rennes 1 n°6262*

L'actuelle crise causée par le mouvement des « gilets jaunes » fait ressentir au spécialiste de bioéthique un air de déjà-vu très prononcé. Le « grand débat national » ? Une copie des états généraux de la bioéthique. La commission du débat national ? Un cousin du comité consultatif national d'éthique. En un mot, l'actuel débat visant à introduire de la démocratie semi-directe dans la démocratie représentative n'est pas nouveau. En bioéthique, c'est déjà le présent.

Si le parallèle n'a pas été formellement fait, c'est peut-être à cause des objectifs antagonistes poursuivis dans ces deux domaines. Là où l'actuelle crise est une crise essentiellement politique trouvant sa racine dans une trop grande distance du pouvoir vis-à-vis de ses administrés, l'introduction de mécanismes de démocratie directe en matière de bioéthique trouve ses racines ailleurs.

On a déjà défini la bioéthique dans cette revue (lire la contribution du Pr. Jean-René Binet INSERER REFERENCE). Il ne s'agira pas ici de s'attacher au contenu des lois de bioéthique, mais à la façon dont elles sont faites. Deux spécificités majeures sont ainsi à noter. D'une part, ces lois sont précédées d'un processus spécifique de démocratie presque semi-directe que sont les états généraux de la bioéthique. D'autre part, ces lois ont la caractéristique d'être affectées d'une date limite de validité. Il faut donc en tirer deux enseignements : le premier, que l'on peut inclure dans la confection des lois des avis éclairés de citoyens, le second, que l'on peut concevoir des lois périssables.

Premier enseignement : Multiplier les avis éclairés des citoyens

La bioéthique est un champ considéré comme sensible et engageant l'humanité dans ce qu'elle a de plus essentiel : l'Homme. Dès lors, il a été important de décroiser le débat et de ne pas le cantonner aux chambres parlementaires.

Sont d'abord consultés les spécialistes intéressés. Ceux-ci sont présent au CCNE¹ mais ils peuvent aussi déposer des contributions aux états généraux. Ces spécialistes sont ici entendus au sens large, il s'agit des organisations professionnelles, des associations et des lobbies.

Sont aussi consultés les non spécialistes, des citoyens « lambda », et ce à deux stades.

D'une part au stade de la consultation. Plusieurs modalités sont possibles. La contribution peut consister dans la participation à un débat, le site proposant quelques conseils pour son organisation et

¹ Créé par le Décret n°83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé URL :

www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=LEX_SIMPLE_AV90&nod=1DX983132 repris l'article 23 de la LOI no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549618&categorieLien=id>

certaines débats étant organisés « en région »². La contribution peut aussi être numérique et se faire directement sur le site internet des états généraux de la bioéthique. On s'approche ainsi des cahiers de doléance, si ce n'est que les contributions sont modérées et peuvent faire l'objet de commentaires et de votes. La voix des citoyens « lambda » peut donc être amplifiée par les votes et faire l'objet de critiques. L'idée qui semble au fondement de cette structuration du débat est qu'il faut l'organiser, le canaliser. La parole des citoyens « lambda » ne peut être spontanée ou, si tel est le cas, elle doit être tempérée, modérée. Le site internet des états généraux est donc très optimiste quand il annonce que cette consultation se place dans une optique de démocratie ouverte puisque ce concept suppose, en plus d'une participation citoyenne une collaboration des citoyens à la gouvernance et surtout la possibilité pour les citoyens de superviser le travail gouvernemental.

D'autre part, l'intervention du citoyen « lambda » peut intervenir au cours d'un « comité citoyen ». Ce type de consultation a été introduit par la loi de bioéthique de 2011 sous le terme « conférence de citoyens ». Décalque des conférences de consensus³, ces conférences sont composées de citoyens représentatifs de la société française qui, formés préalablement par des experts triés sur le volet, émettent un avis public. Il est intéressant de remarquer que l'on analyse ici une réflexion menée par des « citoyens lambda » qui ne le sont plus vraiment. Ceux-ci sont au préalable formés et la méthode de travail suppose une modération. La bioéthique serait donc un sujet trop sérieux pour faire l'objet d'une discussion de comptoir et trop complexe pour n'être pas directement appréhendable. C'est peut-être cette dernière considération qui a poussé le Gouvernement à proposer aux parlementaires une formation sous forme de séminaires donnés par les administrations compétentes auxquels participent les ministres concernés par ces questions⁴. L'exercice est nouveau et s'apparente à une curieuse incartade de l'exécutif dans la compétence des commissions législatives. Ne sont-ce pas elles qui, en temps normaux, auditionnent des experts pouvant les éclairer sur certaines questions ? Sont-elles alors défailtantes en ne remplissant pas leur rôle d'information ? Le rapport⁵ déposé en janvier dernier tendrait à prouver le contraire par son ampleur et son sérieux, traditionnelle dans ce domaine. En définitive, cette innovation s'expliquerait plus par une volonté de court-circuiter le débat parlementaire en anticipant les points problématiques avant la discussion parlementaire

Mis à part ces questions de séparation des pouvoirs, ce qui semble aujourd'hui clair est qu'en matière de bioéthique, un débat doit être un débat éclairé et que le domaine ne souffre pas d'à peu près.

Deuxième enseignement : la loi est périssable

Au-delà du dialogue éclairé, la caractéristique des lois de bioéthique est d'être par essence périssable et ce, tous les cinq et, depuis 2011, tous les sept ans⁶. Sous cet angle, les lois de bioéthique se rapprochent des lois de financement, à ceci près que la contrainte ne vient pas d'une loi constitutionnelle⁷, mais de la loi elle-même. Les lois de bioéthique contiendraient donc une « date de péremption ». Cette caractéristique appelle deux remarques.

D'une part, concernant les causes de cette caractéristique. Elles peuvent se trouver à deux niveaux.

² Lire ainsi la page de l'espace de réflexion éthique de Bretagne consacrée aux états généraux :

<https://www.espace-ethique-bretagne.fr/etats-generaux-de-la-bioethique-2018/>

³ Lire à ce sujet la méthodologie diffusée par la haute autorité de santé : https://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_272505/fr/recommandations-par-consensus-formalise-rcf

⁴ A ce sujet, lire <https://www.publicsenat.fr/article/politique/loi-bioethique-des-seminaires-pour-les-parlementaires-en-amont-du-debat-136814> et <https://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/Bioethique-premier-seminaire-parlementaires-organise-lundi-4-fevrier-2019-01-30-1200999096>

⁵ Lire à cette adresse : www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rap-info/i1572.pdf

⁶ Instaurée par la loi de 2004, la durée a été rallongée par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

⁷ La nécessité de promulguer une loi de financement venant en effet de l'article 1 de la Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances qui dispose que « L'exercice [des lois de finance] s'étend sur une année civile ».

Il y aurait, d'abord, une cause liée au contenu des lois de bioéthique. Il est en effet loin le temps où l'on pouvait être convaincu que « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit [...] et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »⁸. La loi de bioéthique est, comme nombre d'autres lois⁹, d'une précision importante, sûrement parce que les sujets, graves, doivent être régis par le législateur et non le pouvoir réglementaire. Dès lors, en application du principe du parallélisme des formes, seule la loi peut venir faire évoluer la bioéthique.

Il y a, ensuite, une cause plus fondamentale. La loi périssable existe pour les domaines dans lesquels le législateur doit « être à la page ». Pour une loi de bioéthique, « être à la page » revient à assurer un équilibre entre le possible et le légal. La loi, vu sous cet angle, est l'outil qui permet de déterminer quelles techniques peuvent être utilisées. Inversement, la loi permet de réprimer l'usage de techniques non souhaitable. Dès lors, légiférer revient à un exercice assez simple. Il faut lister les techniques possibles et déterminer ensuite l'état des attentes sociales (des mœurs, n'ayons pas peur des mots) pour trouver l'adéquation idéale entre les deux. Il y a néanmoins deux écueils. Le premier écueil est aujourd'hui parfaitement connu depuis les travaux de Jacques Ellul¹⁰: la technique a une tendance auto-accroissante, parce qu'elle est autonome. Dès lors, le législateur a pour impératif d'être « à la page » sous peine d'être dépassé et de voir le nombre des comportements illégaux exploser, ce qui lui ferait perdre toute crédibilité. Le deuxième écueil est celui des attentes sociales. Une loi en décalage trop important vis-à-vis des attentes des citoyens encourrait le même danger que la loi en décalage vis-à-vis de la technique. Il y a donc de sérieux impératifs à ce que la loi soit périssable, faute de quoi elle deviendrait désuète¹¹.

D'autre part, il faut analyser juridiquement ces mécanismes de péremption. Ceux-ci sont évoqués *in fine* de chaque loi.

Les formulations sont identiques et prévoient que « La présente loi fera l'objet d'un nouvel examen d'ensemble par le Parlement dans un délai maximum de cinq (sept depuis la loi de 2011) ans après son entrée en vigueur. »¹² Ce qui interroge le juriste est la sanction. Pour les lois « à l'essai » comme l'était la loi autorisant l'interruption volontaire de grossesse¹³, la sanction est simple et consiste dans la disparition de la norme à l'écoulement d'un délai. Au contraire, les lois à révision périodique ne présentent pas d'autres sanctions que la mauvaise conscience pour le législateur. Ainsi, il a parfaitement été possible de vivre sans loi de bioéthique entre 2008 et 2011 tout comme il n'est pas apparu urgent de légiférer depuis le premier janvier 2019, date d'expiration du délai de 7 ans que prévoyait la loi de 2011¹⁴.

⁸ Jean-Etienne-Marie PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de code civil, présenté le 1er pluviôse an IX.

⁹ En matière médicale, voir notre thèse, « vers une redéfinition de l'acte médical », Rennes 1, 2016, n°12, p. 18, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-01425982>

¹⁰ Lire spécifiquement Jacques Ellul, *La Technique : L'Enjeu du siècle* (réimpression de la 2e éd.), Economica, coll. « Classiques des sciences sociales », 2008. Sur l'œuvre de J. Ellul lire : J.-L. Porquet, « Jacques Ellul, l'homme qui avait (presque) tout prévu », coll. Documents, ed. Cherche midi, 2012.

¹¹ Il est notable que la désuétude de la loi est impossible en théorie juridique. L'analyse sociologique du droit pourrait mener à des conclusions diamétralement opposées.

¹² LOI n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, art. 40, LOI n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique Art. 47

¹³ Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse. Son article 2 dispose que « est suspendue pendant une période de 5 ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'application des dispositions des quatre premiers alinéas de l'article 317 du code pénal ». Suivent un rappel des conditions de légalité de l'IVG.

¹⁴ Il faut dans ce décompte négliger la LOI n° 2013-715 du 6 août 2013 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

Le deuxième enseignement légistique des lois de bioéthique est qu'elles admettent leur caractère temporaire. En somme, on ne légifère plus pour deux cents ans, mais pour une durée préfixe, transformant les fonctions de la loi. Celle-ci n'est plus, en bioéthique, un recueil des maximes générales du droit, mais le produit d'un consensus temporaire.

cellules souches embryonnaires. Celle-ci ne modifie la loi de bioéthique de 2011 que sur un point précis et n'a pas été accompagnée du formalisme habituel des lois de bioéthique.