

**LE COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE
POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ
EST-IL UNE AUTORITÉ DE DOCTRINE ?**

PAR

Jean-Christophe GALLOUX

*Professeur à l'Université de Reims
Avocat à la Cour*

Une telle interrogation, pour surprenante qu'elle soit, n'en paraît pas moins justifiée par la place qu'occupe désormais le CCNE dans les débats publics en matière médicale et biotechnologique, reléguant en arrière-plan la doctrine juridique traditionnelle en général, la doctrine universitaire en particulier. Alors que la doctrine classique pouvait paraître, en effet, la mieux placée pour produire et occuper une place dominante en ce domaine puisqu'elle se prévalait de sa science, de son expérience et de son prestige en droit de la santé, c'est un organe totalement nouveau, sans expérience, dont la composition relève d'un savant et sage dosage entre les représentants des sciences exactes et des sciences de l'homme (minoritaires)¹ qui accapare désormais la légitimité doctrinale. Cette situation exemplaire, quoique marginale au regard de l'ensemble du champ juridique, est cependant de nature à éclairer un aspect méconnu de l'évolution de la doctrine en droit privé, en cette fin du XX^e siècle. De la même façon que le champ juridique se structure dans une certaine confusion sur le modèle nord-américain, les "marchands de droit" joutant avec les "juristes purs" pour leur ravir une part de leur "domination symbolique"², le champ doctrinal est agité de luttes d'influence, de pouvoir.

1. Sur les 36 personnalités (autres que son président) composant le CCNE, 20 au moins viennent du monde des sciences dites "exactes" contre 3 juristes... Voir l'article 4 du décret n° 83-132 du 23 février 1983. Voir également la note 73.

2. Sur l'ensemble de cette question, voir Dezalay (Y.), "Juristes et marchands de droit. Division du travail de domination symbolique et aggiornamento dans le champ du droit".

L'extrême nouveauté sociale des problèmes liés au développement des biotechnologies³ et des sciences du vivant explique la création de forums appropriés, décanation où s'élabore une réflexion, selon des méthodes spécifiques, différentes des méthodes savantes de la doctrine classique. Ce furent le ou les Comités d'éthique ; ce fut la bioéthique. Ainsi, et de façon accessoire, pouvaient être tournés les pouvoirs traditionnels en matière de morale et de droit, - encore qu'ils aient pour beaucoup déserté l'arène - sans pour autant que l'empreinte de l'Etat apparaisse trop nettement⁴. Ce processus a été désormais décrit au regard des autorités morales⁵ ; ses effets demeurent néanmoins peu étudiés dans le domaine juridique. L'entreprise reste celée derrière des expressions énigmatiques telles que "de l'éthique au droit"⁶. La lutte des pouvoirs doctrinaux ou pour le pouvoir doctrinal à propos des questions relatives au développement des sciences du vivant est restée occultée. La marginalisation de la doctrine juridique traditionnelle en apparaît comme le seul signe tangible.

Les travaux de la doctrine classique ne sont - à de rares exceptions près - jamais cités dans les rapports établis sur le sujet par les parlementaires⁷ ou par l'administration⁸. Plus exactement, les seuls travaux de la doctrine classique référés émanent de la sphère administrative, du Conseil d'Etat ou de ses membres, dont la position dans le champ de la doctrine traditionnelle de même singulière, au carrefour des mondes universitaires, administratif et pratique. La présentation par les ministres concernés des projets de loi relatifs aux sciences de la vie est à cet égard révélatrice : elle ne vise que les rapports Braibant et Lenoir, ainsi que "l'ensemble des travaux et avis (émanant) du CCNE" élevés, pour l'occasion, au rang de "doctrine"⁹.

Si, dans un premier temps, la rédaction des rapports destinés au Gouvernement avait été confiée à des représentants de la doctrine juridique traditionnelle, encore que leur choix n'ait pas été exclusivement guidé par des

3. Les biotechnologies désignent les applications des principes scientifiques de la biotechnologie et de l'ingénierie au traitement des matières par des agents biologiques dans la production des biens et des services (NF X 42000).

4. La compétition, voire l'antagonisme latent entre le CCNE et une institution comme le Conseil National de l'Ordre des Médecins, s'exprime de façon parfois navrante : voir les propos tenus par M. Caillavet, nouveau membre du CCNE à l'encontre du Conseil National de l'Ordre, "*institution de mandarins*", sur TF1 le 7 juin 1992.

5. Décret n° 83-132 du 23 février 1983, art. 1 al. 2.

6. Cf. sous la direction de M. Guy Braibant, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Paris, La Documentation française, 1988.

7. Rapport Serusclat, *Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme*, Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, Paris, 1992.

8. Rapport Braibant (1988 précité) et Lenoir, *Aux frontières de la vie : pour une démarche française en matière d'éthique biomédicale*, La Documentation Française, Paris 1991.

9. Sur l'ensemble de cette question, voir Memeteau (G.), *La jurisprudence des Comités d'éthique*, Montpellier 1990.

considérations d'ordre professionnel¹⁰, les autorités de l'Etat sont ensuite revenues à leur pratique courante : la désignation d'experts appartenant par préférence aux grands corps de l'Etat¹¹. La doctrine juridique s'est donc effacée pour ne réapparaître qu'à l'occasion de forums "pluridisciplinaires" de bioéthique. Encore qu'elle n'agisse plus alors comme une autorité de doctrine à proprement parler. Les universitaires qui participent à ces réunions ne se posent plus comme les représentants de la doctrine juridique mais comme de simples techniciens d'une science sociale concourant à une réflexion globale, le forum conférant seul à leurs propos l'autorité nécessaire¹². L'examen des publications dans ce domaine montre un développement similaire¹³.

Au demeurant, il est permis de s'interroger sur cette marginalisation : ne participe-t-elle pas de la volonté de refondre certains pans du droit civil en s'affranchissant du système de droit préexistant dont la doctrine juridique classique est censée préserver l'intégrité sinon la cohérence ?

Ce constat ne doit cependant en rien incliner à la mélancolie : il rejoint les "remarques sur la doctrine" qu'exposait M. Bredin et qu'il nous permettra de plagier ainsi : le législateur et le gouvernement pour se décider, et décider, ne se soucient guère de la doctrine et, dans le chaos des connaissances, des informations, des préjugés qui s'allient ou s'affrontent pour former son jugement, l'opinion des juristes ne joue à peu près aucun rôle¹⁴.

En dépit du sacerdoce d'humilité qui est devenu le lot de la doctrine traditionnelle, le CCNE a accaparé cette fonction doctrinale dans le domaine biomédical. Un certain nombre d'éléments militant en faveur de cette assertion : le CCNE manifeste son autorité et assume ainsi sa quête de légitimité en adoptant un comportement doctrinal à l'occasion des avis et des recommandations qu'il émet ; les pouvoirs publics et les institutions traditionnellement sensibles - ou censées l'être - à la doctrine juridique, tendent à le percevoir parallèlement comme une réelle autorité doctrinale dans le domaine biomédical.

10. C'est ainsi que la participation des rédacteurs aux réunions du Conseil Supérieur de l'Information Sexuelle (CSIS) pouvait avoir été un élément déterminant : cf. Memmi (D.), "Savants et maîtres à penser : la fabrication d'une morale de la procréation artificielle", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n° 76-77, mars 1989, p. 82, note 2.

11. Sur l'ensemble de cette pratique, cf. Restier-Melleray (Ch.), "Experts et expertise scientifique. Le cas de la France", *Revue Française de science politique*, 1990, pp. 547-585.

12. Voir en ce sens Byk (C.), "Depuis 1985, une réflexion importante et reconnue pour sa qualité s'est développée. Elle a conduit à rechercher dans notre droit les concepts qui permettraient de définir un statut du corps humain", in "La bioéthique en Europe : un paysage éclaté", *J.C.P.*, 1991, 3526 n° 25. La réflexion dont il est question résulte des Actes du Colloque pluridisciplinaire, "Procréation génétique et droit", organisé en janvier 1985 et du rapport au Premier ministre sur les procréations artificielles (1986).

13. Par exemple, les études rassemblées par I. Testart sous le titre *Le magasin des enfants*, F.B., Paris, 1990.

14. Bredin (J.D.), "Remarques sur la doctrine", *Mélanges Hebraud*, Paris, 1981, p. 111.

I. - LE COMPORTEMENT DOCTRINAL DU CCNE

Le CCNE adopte un comportement doctrinal dans un champ qui devrait, selon ses statuts, échapper à sa compétence : le champ juridique. En effet, aux termes du décret du 23 février 1983 qui l'a institué : "le Comité a pour mission de donner son avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'homme, des groupes sociaux ou la société toute entière"¹⁵. En réalité, le caractère pluridisciplinaire de la bioéthique, l'orientation des débats et la tentation de donner des réponses globales ont conduit le CCNE à se livrer à de véritables analyses juridiques et à en proclamer les résultats de manière doctrinale voire doctrinaire.

A) De la bioéthique au droit

La distinction de la morale, de l'éthique et de la bioéthique divise les auteurs. Pour certains, ces termes sont synonymes, sous réserve de la spécificité matérielle de la bioéthique. Pour d'autres, l'éthique et sa spécialité la bioéthique, sont érigées en une discipline à part entière¹⁶. Quoiqu'il en soit, morale, éthique ou bioéthique se distinguent du droit, selon les définitions couramment données à ce concept¹⁷.

Ces affirmations méritent cependant d'être nuancées. La création du CCNE a institutionnalisé la bioéthique et la pratique développée par cet organe, comme sa composition, ont rendu les frontières entre ces disciplines plus floues. Le CCNE, par delà ses fonctions de réflexion, édicte des normes qui ne sont pas toutes de nature morale et ses avis débordent souvent le champ éthique. Ce glissement vers le droit a même été avalisé par les pouvoirs publics. Le décret du 5 avril 1988 créant la Commission nationale de médecine et de sociologie de la reproduction, prescrit, en son article 12, l'établissement d'un rapport annuel "sur l'application des avis et recommandations formulées par le CCNE..." conférant ainsi aux normes édictées un caractère juridique. *Mutatis mutandi*, un même glissement s'est produit à l'égard des ex-Comités d'éthique locaux, dépossédés d'une partie de leurs anciennes prérogatives au profit de Comités consultatifs de la protection des personnes dans la recherche biomédicale auxquels la loi du 20 décembre 1988 a dévolu l'examen préalable et obligatoire des projets de recherche sur l'être humain¹⁸. Ces débordements en direction de la normativité juridique directe demeurent toutefois exception-

15. Décret n° 83-132 du 23 février 1983, art. 1 al. 2.

16. Sur l'ensemble de cette question, Galloux (J.C.), *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Thèse d'habilitation en droit, Bordeaux, I, 1988.

17. Voir par exemple Villey (M.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1984, vol. 2 ; voir également, Jestaz (Ph.), "Les frontières du droit et de la morale", *R.R.J.*, 1983, p. 334 ; D'onorio (J.B.), "Biologie, morale et droit", *J.C.P.*, 1986, 3261.

18. Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 (50 du 22 décembre 1988) modifié par la loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 (J.O. du 25 janvier 1990).

nels. Persiste néanmoins la tentation à laquelle succombe plus souvent le CCNE d'intervenir de façon indirecte dans le champ juridique : en d'autres termes, sans que son activité ne soit considérée comme une source immédiate de droit. Le CCNE agit alors comme une autorité de proposition et de critique, se livrant à ce qui nous paraît être un véritable travail doctrinal. C'est ce dernier aspect qui retiendra notre attention sans perdre de vue qu'il ne fait pas disparaître les aspects parfois normatifs, voire même juridictionnels¹⁹ de son fonctionnement. En réalité, le CCNE, dans sa quête de légitimité sociale, fait appel successivement, et parfois même concurremment, à toutes les ressources juridiques légitimantes²⁰. Mais la forme doctrinale apparaît comme la mieux adaptée à la fonction qu'il s'est donnée de réguler les comportements en ce domaine délaissé par la morale et la réglementation étatique.

L'activité juridique doctrinale du CCNE se déploie spatialement selon les questions dont il est saisi, et techniquement par le recours à des analyses et à des concepts juridiques.

1) *Les questions examinées par le CCNE*

Le CCNE a pour mission de donner des avis sur les problèmes moraux soulevés par la recherche dans le domaine des sciences de la vie en général. 24 avis ont été rendus depuis 1984. Si certains d'entre eux demeurent assurément dans le champ des analyses morales, tels l'avis du 13 mai 1985 relatif aux problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal ou l'avis du 16 octobre 1989 sur les greffes de cellules nerveuses dans le traitement de la maladie de Parkinson, d'autres en revanche s'inscrivent sans aucun doute dans une problématique juridique. Ce débordement sur le champ juridique se vérifie d'ailleurs à la lecture des études juridiques préalables qui précèdent l'avis publié²¹.

Davantage certains avis interférant avec des litiges en cours, empruntent les analyses du droit positif. Ainsi, l'avis du 18 juillet 1990 sur l'organisation actuelle du don de gamètes et ses conséquences conduit le CCNE à se prononcer sur l'application des décrets du 8 avril 1988 précités, alors que ceux-ci faisaient l'objet d'un recours devant le juge administratif. Dans l'avis du 16 octobre 1989 relatif au dépistage des toxicomanies dans l'entreprise, le CCNE s'appuie expressément sur une analyse de la jurisprudence sociale et critique, l'insuffisance des règlements intérieurs des entreprises se coulant ainsi dans le moule du droit du travail. Une démarche identique s'observe dans l'avis du 16 décembre 1987 sur l'utilisation de la pilule RU 86 qui se place sous l'égide de la loi du 31 décembre 1979 réglementant l'interruption volontaire de

19. Sur l'ensemble de cette question, voir Memeteau (G.), *La jurisprudence des Comités d'éthique, op.cit.*

20. Sur l'ensemble de cette question, Bourdieu (P.), "La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1986, pp. 3-19.

21. Il en est ainsi des études préalables aux avis du 23 octobre 1984 relatif aux problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle et du 2 décembre 1991 relatif aux conséquences éthiques du programme du génome humain.

grossesse. Mais l'utilisation du droit positif peut aussi bien conduire à sa remise en cause.

L'avis du 2 décembre 1991 relatif aux problèmes éthiques posés par les recherches sur le génome humain en est un bon exemple. Le CCNE s'y livre à une analyse - assez approximative d'ailleurs²² - du droit des brevets pour conclure que les brevets demandés pour des inventions ayant pour objet des séquences génétiques humaines constituent des "menaces éthiques", car l'information génétique humaine serait, pour diverses raisons "inappropriables". On remarquera que cette analyse se garde bien de prendre en compte la pratique, déjà ancienne maintenant, des offices de brevets d'Europe, d'Amérique du Nord et du Japon qui délivrent des brevets pour ce type d'inventions²³. Les molécules d'origine humaine n'étant pas exclues de la brevetabilité²⁴, les titres ainsi délivrés sont valables pour autant que les conditions générales de la brevetabilité sont remplies. Il s'agit donc ici d'un avis *contra legem*.

On le constate, le champ juridique et le champ éthique se compénétrant intimement autorisant le CCNE à passer habilement et sans doute inconsciemment, de l'un à l'autre. L'utilisation de concepts juridiques, de procédés du raisonnement juridique, voire d'un discours essentiellement juridique accentuent encore ce débordement sur le champ du droit.

2) Les outils du discours du CCNE

La bioéthique se veut une "discipline interdisciplinaire"²⁵. Cette interdisciplinarité à dominante éthique ou morale, laisse subsister une grande ambiguïté quant aux outils que cette discipline emploie²⁶, même si certains efforts de formalisation ont pu être fournis récemment. Normative comme le droit, la morale biomédicale ne dépend non plus que ce dernier d'un savoir, mais tous deux sont susceptibles de s'énoncer comme un savoir. Tous deux sont également placés sous le signe d'une certaine universalité qui soumet les exigences qu'ils enseignent à la raison. Cette convergence s'exprime singulièrement dans une démarche qui fait une large part aux techniques discursives de

22. On y relève par exemple que "la nouveauté, l'inventivité et l'application concrète représentent donc les critères de la distinction entre la découverte et l'invention", que "l'originalité est un des critères de la brevetabilité ou que l'article 52-a de la Convention sur le Brevet européen définit la notion de découverte", etc...

23. V. Galloux (J.C.), "La brevetabilité des innovations génétiques sous la Convention sur le brevet européen : réalités et perspectives", *Les Cahiers de Propriété intellectuelle*, octobre 1990, vol. 3 n° 1, pp. 7-51.

24. V. Galloux (J.C.), "Éthique et brevet ou le syndrome bioéthique", à paraître.

25. Wachter (M. de), "Le point de départ de la bioéthique interdisciplinaire", in *La bioéthique, Cahiers de bioéthique* n° 1, 1979, pp. 103-116.

26. Sur les problèmes généraux de l'interdisciplinarité, voir Callahan (D.) "Bioethics as a disciplin" in Humber (J.M.) et Almeder (R.F.), *Biomedical Ethics and the law*, New York, 1976, 1-11 ; Jantsch, *Vers l'interdisciplinarité et la transdisciplinarité. Problèmes d'enseignement et de recherche dans les universités*, O.C.D.E., Paris, 1972.

la rhétorique²⁷. En revanche, l'autonomie même relative de la moral biomédicale devrait conduire à l'élaboration d'un langage spécifique²⁸. Or, on observe dans la littérature émanant du CCNE, l'utilisation d'un important vocabulaire juridique, l'emprunt à de nombreux concepts juridiques, dans le sens technique que leur ont conféré les textes, la jurisprudence et la doctrine juridique, non sans parfois leur faire subir quelques avatars.

Le terme et la notion d'extracommercialité (ou de "non commercialisation") recueillent incontestablement la faveur du CCNE. Le Comité a posé, dès son avis du 23 février 1987 sur les problèmes relatifs au développement des méthodes d'utilisation de cellules humaines et de leurs dérivés, le principe de la "non commercialisation du corps humain", principe bientôt repris dans les avis des 2 et 13 décembre 1991 relatifs à la transfusion sanguine et aux problèmes éthiques posés par les recherches sur le génome humain. Le concept d'extracommercialité comme celui, très proche, d'indisponibilité, est un concept juridique, avant tout²⁹. Le CCNE l'a utilisé très tôt comme moyen de signifier la dignité de la personne et de soustraire les donneurs de produits et d'éléments provenant de leur corps à toute tentation d'en tirer profit. Ces valeurs ont largement inspiré la législation française en matière de transfusion sanguine et de don d'organes. Toutefois la compréhension que le CCNE donne du concept d'extracommercialité, sans être propre à l'éthique, s'éloigne de la définition juridique. Le commerce, au sens juridique, ne désigne pas la contrepartie onéreuse comme le prétend le CCNE, soutenant ainsi le sens vulgaire, mais "tout acte juridique ayant pour but de créer, modifier ou éteindre des droits"³⁰. Dans cette acception, le don est précisément le signe d'un commerce juridique. Aussi, le CCNE était contraint de se borner au sens vulgaire afin de dénoncer comme contraire à l'éthique - et au droit - le circuit "commercial" dans lequel tombent ces produits et ces éléments après leur recueil. A l'aide de cette définition pour le moins hâtarde du concept, il vient, sans quitter le domaine juridique donner de la loi du 21 juillet 1952 - relative à la transfusion sanguine - une interprétation contestable³¹. Certains auteurs pourraient avoir

27. Cf. Perelman (Ch.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, p. 105 ; Serres (M.), "Le philosophe et l'éthique", *Le Concours Médical* n° 107/44, 1985, p. 4196.

28. En ce sens, Funck-Brentano (J.L.), "La bioéthique : science de la morale médicale", *Débat* n° 25, 1983, p. 75 et s. ; Isambert (F.A.), "Deux sources de la bioéthique", *ibid.*, p. 94.

29. Cf. Jossierand (L.), "La personne humaine dans le commerce juridique", *D.H.* 1932 chr. p. 2 ; Jack (A.), "Les conventions relatives à la personne physique", *Rev. Critique de Leg. et de Juris.*, 1933, vol. 53, p. 362 ; Hermitte (M.A.), "Le corps hors du commerce, hors du marché", *A.P.D.*, vol. 33, 1988, p. 323 ; Galloux (J.C.), "Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français", *Les Cahiers de Droit*, vol. 30, n° 4, déc. 1989, p. 1011.

30. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, p. 94, note 11 ; dans le même sens, Carbonnier (J.), *Droit civil*, tome 4, Paris, PUF, 1979, n° 25, p. 104.

31. Voir notamment p. 15 du rapport préalable à l'avis du 2 décembre 1991 relatif à la transfusion sanguine et à la non commercialisation du corps humain. La loi du 21 juillet 1952 ne pose pas le principe de la non commercialité du sang, mais simplement ceux de la gratuité du don et du caractère non profitable de l'activité des Centres de Transfusion Sanguine pour les activités qui sont réglementées par la loi. Demeurent en particulier hors de son application, l'importation et l'exportation de produits sanguins.

avalisé cette définition de l'extracommercialité³², jusqu'au gouvernement dans la rédaction de son projet de mars 1992 "relatif au corps humain et modifiant le Code civil"³³. Cette étonnante doctrine nous replace plus d'un demi siècle en arrière³⁴, sans, à notre sens, apporter quoi que ce soit de nouveau à l'analyse morale³⁵.

De semblables réflexions peuvent être faites au regard d'autres concepts juridiques utilisés dans le discours du CCNE : le consentement libre et éclairé, la personne humaine, le secret ou la confidentialité des données personnelles³⁶. Ces concepts s'intègrent au discours et viennent en soutenir les motifs. L'analyse juridique apparaît ainsi asservie à des buts moraux comme, dans le même temps, prolongée par ces derniers. Utilisées par le CCNE à des fins largement étrangères à leur nature même, les approches juridiques accèdent, grâce à la coloration morale qu'elles se voient conférer, à la sphère des valeurs. Ces approches acquièrent dès lors, vis-à-vis des analyses menées par la doctrine juridique traditionnelle, un ascendant certain, une autorité doctrinale aussi forte que l'adhésion à la morale officielle dont le CCNE se veut le creuset nouveau. Si les analyses menées par le CCNE débordent souvent sur le champ juridique, son comportement s'affiche incontestablement comme un comportement doctrinal.

B) Le CCNE comme autorité de doctrine

Le CCNE et les avis qu'il rend, fixent et constituent la doctrine éthique en matière biomédicale³⁷. Ceci ne préjuge pas de l'autorité juridique ou doctrinale des analyses du CCNE³⁸ plus exactement de l'autorité qu'il cherche à donner à ses analyses. L'autorité juridique est recherchée dans un effort vers la juridicisation de l'institution ; le contenu doctrinal est conféré par un ensemble de signes traditionnels aux travers desquels les auteurs reconnaissent habituellement l'habitus doctrinal.

32. Hermitte (M.A.), *art. préc.*

33. Art 21 : "Le corps et ses éléments ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. Les conventions à titre onéreux portant sur le corps ou ses éléments sont nulles". Le texte est redondant à moins que l'on ne reprenne la définition "vulgaire" de l'extracommercialité.

34. A. Jack (*art. préc.*, p. 365) signalait en 1933 déjà que le principe de l'extracommercialité du corps humain "apparaissait à la réflexion comme frappé d'un vice radical : il se révèle contraire aux faits".

35. "Le don ouvre notre âme à la grâce et à l'amour de Dieu" écrivait Diadoque de Photice (vers 485 de notre ère) in *Cent chapitres sur la perfection spirituelle*, Le Cerf, Paris, 1943, p. 53.

36. Rapport du 16 décembre 1987, rapport du 16 octobre 1989, avis du 15 décembre 1989, avis du 24 juin 1991, etc...

37. En ce sens, Memeteau (G.), "La jurisprudence des Comités d'éthique", *art. citée.*, p. 13.

38. Voir sur cette question, Memeteau (G.), "Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis des Comités d'éthique, ou l'iroquois sur le sentier des Comités d'éthique", *R.R.J.*, 1989, 1 p. 590.

1) Le comportement d'autorité : la juridictionnalisation

Le CCNE ne se compte pas au nombre des autorités administratives indépendantes. Hors les exceptions signalées précédemment, le CCNE ne possède pas en principe de pouvoir normatif : "*l'éthique des comités n'est pas normative ; elle n'a qu'une puissance de suggestion*"³⁹. En matière juridique comme en matière strictement bioéthique, le CCNE compense ce déficit en renforçant précisément son pouvoir de suggestion, soit en habillant son discours d'une forme juridictionnelle, soit en échappant à son rôle simplement consultatif, soit encore en opérant une montée en généralité vis-à-vis des autres institutions éthiques.

La forme de l'avis rendu est essentielle. Tant sa logique rédactionnelle que sa présentation tendent à la rapprocher d'une consultation juridique ou d'une décision rendue par une autorité administrative indépendante voire une assemblée délibérante⁴⁰. On retrouve aisément les différents éléments du style judiciaire : la concision, l'emploi du mode indicatif, prescriptif, le visa des précédents avis⁴¹, l'énoncé du principe (*ratio decidendi*), une série de motifs (*stare decisis*) et le dispositif en forme de recommandation ou de condamnation, selon les cas. Les documents émis par le CCNE produisent les effets majeurs recherchés par les textes juridiques : l'effet de neutralisation et l'effet d'universalisation, destinés à "*constituer l'énonciateur en sujet universel à la fois impartial et objectif*"⁴². L'avis, constitué en corps de la décision apparaît généralement précédé d'un rapport, à l'imitation des conclusions qu'un commissaire de gouvernement ou qu'un avocat général soumettrait à sa juridiction pour l'inviter à statuer dans tel ou tel sens. Ici cependant, le rapport joue un rôle essentiellement didactique, préparatoire. C'est la raison pour laquelle il est joint à l'avis. L'avis est enfin rendu : s'il n'est pas livré sous la forme d'une lecture solennelle, il est publié par écrit et largement diffusé. Il y a là un parallèle révélateur avec la *juris dictio*⁴³.

Manquent à l'évidence le costume, la solennité d'un lieu de réunion et une procédure véritable. Cette dernière n'existe en effet qu'à l'état d'embryon par les modalités de saisine du Comité, d'instruction des dossiers et de délibérations⁴⁴. A l'instar des juridictions, le CCNE remet au ministre chargé de la Recherche et au ministre chargé de la Santé, un rapport annuel d'activité⁴⁵. Serait-ce enfin tirer trop loin les parallèles, de comparer la conférence annuelle sur les problèmes éthiques dans le domaine des Sciences, de la vie et de la

39. Memeteau (G.), "La jurisprudence...", *art. préc.*, p. 18.

40. En ce sens, Byk (C.), *art. cit.* n° 8.

41. Ceci est très net dans l'avis du 2 décembre 1991 sur la non commercialisation du corps humain.

42. Bourdieu (P.), *art. cité*, p. 5.

43. Benveniste (V.E.), *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, Ed. de Minuit, 1969, tome 2, pp. 114 et 143 notamment.

44. Articles 9, 11, 12 et 13 du décret du 23 février 1983. Un règlement intérieur définit les modalités de fonctionnement du Comité et de sa section technique.

45. Article 13 du décret du 23 février 1983.

santé qu'organise le CCNE en application de l'article 7 de son décret constitutif, avec une audience solennelle de rentrée, à l'occasion de laquelle l'activité de l'année écoulée est rappelée, les grands thèmes futurs sont annoncés et la doctrine du CCNE réaffirmée sur certains problèmes essentiels ?⁴⁶. Comme toute autorité de doctrine, le texte de la CCNE se pare de l'éclat judiciaire pour asseoir son autorité et acquérir une part de légitimité.

Cette autorité est encore renforcée par la montée en généralité du CCNE vis-à-vis des autres instances éthiques, les comités locaux dont la création et le fonctionnement ne sont régis par aucun texte particulier. La loi du 20 décembre 1988 les a laissé subsister mais en investissant les Comités consultatifs de Protection des Personnes d'une large part de leurs anciennes attributions. Dès son avis du 9 octobre 1984, le CCNE suggère d'inféoder les comités à son autorité. Afin d'éviter d'éventuelles incohérences entre les avis rendus par les comités locaux, le CCNE pourrait assurer une certaine coordination : *"Il est absolument nécessaire qu'une coordination entre les comités soit instituée à tous les niveaux. Elle pourrait être assurée par le Comité National. La composition et la constitution des Comités devraient être définies par un texte officiel fixant certaines règles mais laissant place à une souplesse dans l'application. Le Comité national est en mesure de faire des propositions à cet égard"...* Les avis des comités pourront faire l'objet d'un recours au Comité National".

La montée en généralité est clairement revendiquée dans le rapport du 7 novembre 1988 portant "Recommandation" sur les comités d'éthique locaux : *"C'est au Comité national qu'il revient de formuler avis et recommandations concernant les questions morales suscitées par le développement de la recherche pur et de la recherche clinique. Confrontés à ce genre de questions, les Comités d'éthique locaux devraient saisir le Comité National"*.

Etrange conception de la morale, qui a besoin d'être centralisée, homogénéisée, mise en conformité et proclamée par un organe *ad hoc*⁴⁷ alors qu'elle doit être l'expression d'une démarche libre et indépendante. Pourrait-on faire appel d'un jugement moral de la même manière que d'une décision de justice ? Cette solution qui avait la faveur de certains parlementaires⁴⁸, fut retenue dans l'avant-projet de loi Braibant⁴⁹ et reprise dans le rapport

46. Le programme des journées annuelles d'éthique 1991 comportait quatre tables rondes respectivement consacrées à : "L'évolution des procréations médicalement assistées", à "L'éthique et l'argent", "L'eugénique aujourd'hui" et enfin aux "neurosciences".

47. Voir sur l'ensemble de cette question, Memmi (D.), "La compétence morale", *Politix*, n° 17, 1992.

48. *"Il était important d'opérer une distinction entre, d'une part, le Comité National d'Ethique qui a une mission générale portant sur l'éthique et, d'autre part, ces comités consultatifs, qui eux, ont une mission bien spécifique et plus particulièrement consacrée à l'expérimentation"*, Serusclat, J.O., Sénat du 14 décembre 1988, 2688.

49. Art. 209-27 al. 2 du Code de la Santé Publique (projet d'article) ; sur les commentaires de ces dispositions, Memeteau (G.), "La jurisprudence"..., *art.cité*, pp. 21-22.

Lenoir⁵⁰. Elle ne paraît plus être envisagée aujourd'hui⁵¹.

Il reste que le comportement doctrinal vient pallier l'absence d'une consécration réglementaire de la prééminence doctrinale du CCNE dans le champ des sciences de la vie et de la santé.

2) *L'habitus doctrinal du CCNE*

La première tâche de la doctrine consiste à conceptualiser, à généraliser et à formaliser l'ensemble des arguments développés à l'occasion des débats intéressant son champ⁵². Le CCNE joue incontestablement ce rôle en fixant les principes généraux devant guider la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé en les fondant sur des rapports argumentés et pluridisciplinaires. Ce rôle est très largement reconnu tant dans les cercles scientifiques que dans les cercles politiques, comme le résume M. Isambert : *"le rôle en France... du CCNE, se présente plus comme celui de clarificateur de normes que comme celui d'une instance de jugement, au sens fort du terme"*. Le CCNE agit ici consciemment : *"(les avis du CCNE) ne sont ni le reflet, ni le guide de l'opinion mais l'expression d'une réflexion approfondie qui veut dégager les grands enjeux éthiques : ... valeurs à défendre ou à promouvoir dans le domaine des sciences de la vie et de la santé"*⁵³.

Davantage, le CCNE se livre à une structuration de son champ, voire à une systématisation de celui-ci. Nous partageons à cet égard le sentiment de M. Memeteau : *"La contemplation de l'ensemble des avis émis par le CCNE depuis sa création en février 1983 laisse deviner, ou simplement supposer qu'une codification de ses avis ne serait pas à écarter in futurum"*⁵⁴. Au fil de ses avis, et malgré le renouvellement de ses membres, le CCNE construit un système doctrinal cohérent : *"l'ampleur des problèmes auxquels s'affronte l'éthique biomédicale entraîne un labeur au long cours..."* admet l'un de ses membres⁵⁵. Les 24 avis rendus ne sont pas une juxtaposition de réponses à des questions ponctuelles. Ils se répondent, se complètent, étendent et organisent le champ des analyses. Afin de poursuivre sa construction doctrinale, le CCNE ne se laisse pas enfermer par l'alinéa 2 de l'article premier de son décret constitutif : s'il a *"pour mission de donner des avis"*, il ne s'y borne pas. Il commande des rapports et livre des recommandations, des études et des

50. Mme Lenoir préconisait que le Comité National devrait pouvoir être saisi d'un protocole de recherche posant des questions d'éthique particulièrement délicates, son avis étant ensuite transmis au Comité local chargé de se prononcer définitivement.

51. Aucun des trois projets de loi présentés en mars 1992 n'aborde ces questions.

52. Voir par ex. Atias (Ch.), *Epistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, n° 8-9, du même auteur, "La mission de la doctrine universitaire en droit privé, *J.C.P.*, 1980, I, 2999.

53. Présentation des journées annuelles d'éthique 1991, p. 12.

54. Memeteau (G.), "La jurisprudence...", *art. cité*, p. 5.

55. Dufourt (R.), in Note de présentation des journées d'éthique 1991" *précitée* p. 13.

réflexions⁵⁶. Par ce biais, le CCNE peut développer une réflexion doctrinale parfois trop limitée par l'espèce qui lui est soumise officiellement. Le CCNE apparaît ainsi et dans une certaine mesure comme "un faiseur de système" par quoi l'on stigmatise parfois l'activité doctrinale.

La seconde tâche de la doctrine consiste à diffuser sa pensée. Un magistère ne peut exister qu'autant qu'il s'exerce sur une communauté. S'il est vrai qu'un recensement des moyens d'expression dont dispose la doctrine juridique paraît difficile sinon vain, car sa pensée chemine par des voies multiples⁵⁷, les canaux traditionnels sont aisément identifiables. Le CCNE en use de semblables.

Le Comité national dispose d'un centre de documentation et d'information, le CDIE (Centre de Documentation et d'Information Ethique). Le CDIE a pour vocation non seulement de répondre aux demandes d'information et de documentation mais aussi de "structurer des actions" de promotion et de recherche⁵⁸, singulièrement par l'organisation ou la participation à des colloques. Le CCNE possède sa propre revue, *La lettre d'information du CCNE* publiée sur une base mensuelle. Il manifeste par ailleurs un goût certain pour l'enseignement doctrinal de l'éthique auprès des élèves du secondaire et des étudiants⁵⁹. Mme Lenoir proposait de renforcer la diffusion de la réflexion bioéthique par la création au sein du CCNE d'une nouvelle section intitulée "pour la promotion de l'éthique biomédicale". Le CCNE utilise enfin les mass media, ce qui lui permet de répandre encore plus largement sa pensée, tant à l'occasion d'avis rendus sur des sujets d'actualité qu'à l'occasion de journées annuelles d'éthique.

La diffusion de la pensée doctrinale a pour fin essentielle d'influencer ceux auxquels elle s'adresse.

L'avis rendu est d'abord une prise de position : le moment auquel il est émis revêt donc une grande importance. L'avis du 2 décembre 1991 proclamant le caractère non éthique des demandes de brevet portant sur des séquences génétiques humaines intervient pendant l'instruction de cette demande aux Etats-Unis et au cours du délai pendant lequel une demande

56. Voir par exemple les "Réflexions et propositions relatives aux problèmes d'éthique posées par les essais de nouveaux traitements chez l'homme" du 9 octobre 1984 ; les "Recommandations sur les Comités d'éthique locaux" du 7 novembre 1988 ; "L'état des études conduites par le Comité concernant les dons de gamètes et d'embryons du 15 décembre 1989" *Recherche biomédicale et respect de la personne humaine*, La Documentation française, Paris, 1987.

57. Voir Bredin (J.D.), *art. cité*, p. 114 ; Bellet (P.), *Rapport de synthèse au Congrès de l'Association Capitant* (Florence, 1980), *Les réactions de la doctrine de la création du droit par le juge*, p. 6.

58. Pour l'année 1991, l'accent a été mis sur l'éthique et les droits de l'enfant par exemple.

59. Depuis sa création, le CCNE a présenté plusieurs rapports sur ce thème et a réalisé diverses enquêtes "sur la place des questions d'éthique biomédicale dans les formations supérieures" ; sur l'ensemble de cette question, cf. Memeteau (G.), "La jurisprudence...", *art. cité*, p. 19.

européenne revendiquant la priorité américaine pouvait être déposée. La recommandation du 7 novembre 1988 a été publiée pendant le débat au Parlement sur le projet de loi Huriet. Certains parlementaires ont eu le sentiment d'être par trop sollicités : "*Il ne faudrait pas, déclarait M. Serusclat, que l'initiative parlementaire glisse tout à coup vers des structures, si prestigieuses soient-elles*"... "ainsi, peu à peu, nous sommes limités dans nos réflexions, dans nos décisions, dans notre capacité d'imagination et donc dans notre initiative parlementaire"⁶⁰. Dès son premier avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de foetus humains morts à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques, le CCNE enjoignait au législateur et à l'exécutif de "*limiter l'utilisation thérapeutique ou scientifique des embryons de foetus humains*"⁶¹. Il semble que ces incitations directes aient disparu des récents avis. Est-ce le signe de la découverte par le CCNE d'autres canaux d'influence dont il se trouve plus assuré ? La tentation pour toute autorité de doctrine de participer à l'élaboration du droit est universellement partagée. Que le CCNE ait la tentation de voir ses avis suivis d'effet, "*transposés en tout ou partie sous la forme législative, c'est une évidence*", note M. Byk⁶². Là gît sans doute le trait le plus caractéristique de la qualité doctrinale du CCNE.

Mais le juge, le législateur ou l'administration, pour décider et se décider, se soucient-ils de cette doctrine ? La doctrine du CCNE influence-t-elle réellement ceux auxquels elle est destinée ? Pour le moins, le CCNE est-il perçu comme une autorité doctrinale ?

II. - LA PERCEPTION DOCTRINALE DU CCNE

La perception, sinon la reconnaissance d'une opinion comme une opinion doctrinale est essentielle pour l'organe ou le corps qui l'émet car elle confirme la légitimité qu'il recherche. Il est permis d'avancer encore que la perception confirme l'existence même du corps ou de l'organe émetteur puisque la légitimité est le ressort de son action dans le champ social considéré. Cette perception comporte plusieurs degrés d'intensité. A côté d'une perception en quelque sorte immédiate du CCNE comme autorité de doctrine, se caractérisant par l'octroi de cette qualification, on relève une perception médiate se caractérisant par l'influence doctrinale exercée par le CCNE sur les organes traditionnellement réceptifs à ce type de discours.

A) La perception immédiate du CCNE comme une autorité de doctrine

Le CCNE se trouve parfois reconnu comme une autorité de doctrine.

60. J.O. Sénat 13 octobre 1988, 543.

61. Rapport du 22 mai 1984, Paris, La Documentation française, 1985, p. 25.

62. Byk (C.), *art. cité*, n° 14.

Mais il est permis d'hésiter sur la portée réelle de cette reconnaissance expresse de la qualité du CCNE. S'agit-il de doctrine ou d'expertise dans l'esprit de ceux qui la citent, qui la louent ou qui la suivent ?

1) La reconnaissance expresse

Dans leur "Communication sur l'éthique biomédicale"⁶³, les Ministres des Affaires sociales et de l'intégration, de la Recherche et le Ministère délégué à la Justice, affirment que les avis du CCNE "ont contribué à forger la doctrine française". Doctrine juridique ou doctrine éthique ? L'une et l'autre puisque l'exemple choisi pour illustrer ce propos est précisément de nature juridique et morale : le "principe de non commercialisation du corps". La preuve en est administrée par les termes du projet de loi annoncé dans ce document : "le corps et ses éléments ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. Les conventions à titre onéreux portant sur le corps et ses éléments sont nulles"⁶⁴. Les plus hautes autorités de l'Etat se sont rangées à la doctrine proclamée par le CCNE.

Pour d'autres, le CCNE se pose comme le "catalyseur du débat", l'organe doctrinal "qui permet à une société de prendre conscience de son évolution et de dégager les nouvelles règles que celle-ci nécessite"⁶⁵. Cette reconnaissance "urbi" de la qualité doctrinale du CCNE devait nécessairement se doubler d'une perception "orbi" de son rôle reconnu en France. Le modèle français s'est ainsi exporté au Danemark, au Luxembourg, à Malte, en Italie et au Portugal ; les pays de l'Est étudient aussi la possibilité d'établir un Comité National. La présence d'hôtes étrangers aux Journées Annuelles d'Éthique s'inscrit dans la même perspective⁶⁶. La France - et le CCNE lui-même - appuient le projet de création d'une institution similaire au sein du Conseil de l'Europe⁶⁷. De façon symptomatique, le pays le plus éloigné du dogmatisme et de la tradition doctrinale française a jugé l'idée d'un Comité National d'éthique "saugrenue"⁶⁸.

2) La reconnaissance doctrinale ou la reconnaissance expertale

A ce stade, il peut paraître cependant délicat de distinguer chez les tiers s'ils identifient dans le CCNE à autorité doctrinale ou à expert. Certains

63. *Op.cit.*, p. 8.

64. Projet de rédaction de l'article 20 alinéa 1 et 2 nouveau du Code Civil (projet de loi relatif au corps humain et modifiant le Code Civil, mars 1992).

65. Byk (C.), *art. cité*, n° 17.

66. Aux journées de décembre 1991, une attention particulière a été apportée aux hôtes venus des pays d'Europe de l'Est, pour les raisons précédemment exposées.

67. *L'Europe et la bioéthique*, Actes du 1er symposium du Conseil de l'Europe sur la bioéthique (5 et 6 décembre 1989), Strasbourg 1990.

68. Il s'agit du Royaume-Uni, Byk (C.), *art. cité*, n° 17.

69. En ce sens, Restier-Melleray (Ch.), *art. cité*, p. 574 et s. notamment.

auteurs semblent assigner au CCNE davantage un rôle d'expertise qu'un rôle doctrinal⁷⁰. La doctrine comme l'expert en effet, recherchent une légitimité sociale dont le rapport au politique peut se poser en des termes comparables⁷⁰. Il est vrai aussi que certains pays dotés d'un Comité National d'Ethique lui dévoluent un rôle d'expert du gouvernement dans le domaine considéré⁷¹. Le CCNE ne répond pas aux critères essentiels de l'expert. L'expert se présente d'abord comme un mandataire. Or, en l'espèce, le CCNE n'est pas mandaté par le Gouvernement afin d'expertiser des problèmes ponctuels : les conditions de sa saisine sont beaucoup plus larges et son autonomie de fonctionnement fait de lui un organe indépendant⁷². L'expert présente ensuite des compétences techniques reconnues d'un point de vue objectif : ce n'est pas le cas pour le CCNE ni à l'égard de la morale ni à l'égard du droit, même si on compte en son sein quelques professionnels de ces disciplines⁷³. Enfin, la permanence qui permet au CCNE d'élaborer son système doctrinal manque à l'expert consulté de manière unique, le plus souvent. Le CCNE apparaît réellement aux yeux de l'exécutif comme une autorité de doctrine puisque a contrario, c'est à ses propres spécialistes en droit, le Conseil d'Etat, qu'il a commandé en 1986 une véritable expertise juridique des problèmes suscités par le développement des Sciences de la vie.

B) La perception médiate du CCNE comme une autorité de doctrine

Reconnaître l'autorité doctrinale est une chose ; pouvoir en mesurer les effets, c'est-à-dire l'influence, en est une autre. Tout auteur de doctrine s'abandonne un jour à la vanité de croire que ses opinions seront reprises par le législateur ou appliquées par le juge. Le CCNE n'échappe pas à cette vanité non sans un certain réalisme.

1) L'influence sur le législateur

Le peu de place délaissée à l'initiative parlementaire dans l'élaboration des lois par la Constitution de la Vème République et le domaine important réservé au règlement font que l'influence du CCNE s'observe surtout au niveau gouvernemental. Réelle, cette influence demeure difficilement mesu-

70. Sur cette question, voir Chevallier (J.), "COB, CNLI, CNCL et Cie : la philosophie des autorités administratives indépendantes", *Regards sur l'actualité*, n° 146, décembre 1988, spécialement pp. 20 et 21.

71. Byk (C.), *art. cité*, n° 17, citant les cas du Luxembourg et de Malte.

72. "Le Comité peut être saisi par le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat, un membre du gouvernement, un établissement public ou une fondation reconnue d'utilité publique ayant pour activité principale la recherche ou le développement technologique, un établissement d'enseignement supérieur" (art. 2 du décret du 23 février 1983).

73. En 1991, sur 36 membres, on dénombrait deux professeurs en droit (dont un professeur en droit public), deux conseillers d'Etat et un conseiller à la Cour de Cassation, pour les juristes ; deux théologiens et deux professeurs de philosophie, pour la morale. Selon les termes de l'article 4 du décret du 23 février 1983, aucune des personnalités choisies ne l'est en raison de sa compétence juridique. Quant à la morale, les personnalités sont choisies "en raison de leur compétence et de leur intérêt pour les problèmes d'éthique".

nable. A plusieurs reprises, les ministres chargés de l'élaboration des projets de lois dans le domaine de la santé et des sciences de la vie ont expressément repris les propositions faites par le CCNE. Ainsi, "faisant siennes les prescriptions du CCNE (avis du 15 décembre 1989), le gouvernement (a proposé) de limiter le recours aux tests que dans le cadre de procédures judiciaires civiles ou pénales"⁷⁴ en introduisant un chapitre dans le titre Ier du livre Ier du Code Civil dans son projet de loi "relatif au corps humain et modifiant le Code Civil" de mars 1992.

D'une façon générale, les avis du CCNE sont suivis par les pouvoirs publics du moins ne sont-ils pas contestés, même si, dans la plupart des cas, une réglementation ne vient pas les concrétiser. Plus les principes énoncés sont généraux, meilleure est leur chance d'inspirer l'élaboration des réglementations nouvelles. Le principe de la "non commercialisation du corps humain" appartient à cette catégorie. Les implications techniques et les conséquences pratiques de la notion d'extracommercialité importent d'ailleurs beaucoup moins pour son succès que la conformité globale à l'idéologie dominante des droits de l'homme à laquelle le CCNE ne manque pas de se référer de façon expresse ou symbolique⁷⁵.

Il ne s'agit là que de tendances. Le gouvernement demeure dans une prudente expectative vis-à-vis de la protection des premiers moments de la vie humaine, pour les questions d'expérimentation sur l'embryon et vis-à-vis des conflits qui peuvent s'élever entre la protection de la dignité humaine et la protection par brevet par exemple. Dans d'autres cas enfin, le gouvernement a choisi des options opposées à celles préconisées par le CCNE : quant à l'organisation nationale ou hiérarchisée des Comités d'éthique, singulièrement. L'indépendance du CCNE pâtirait peut-être d'une trop grande influence sur le gouvernement.

Son audience est plus difficile encore à mesurer sur le législateur faute d'une matière d'étude suffisante. Les parlementaires spécialisés dans les problèmes de santé publique restent assurément attentifs à la doctrine du CCNE⁷⁶.

2) L'influence sur le juge

Les opinions émises par le CCNE se fraieraient-elles un chemin jusque dans les prétoires ?

D'emblée nous écartérons l'hypothèse, certes marginale, de la prise en

74. "Communication sur l'éthique biomédicale", *op.cit.*, pp. 9 et 31.

75. L'association du CCNE et de la Fondation L'Arche de la fraternité, présidée par M. Claude Cheysson, pour l'exposition "La vie en kit : éthique et biologie" est à cet égard révélatrice.

76. Voir par exemple le nombre de références aux avis et aux travaux du CCNE dans le rapport établi par M. le Sénateur Seruscalt (*rapport précité*).

compte obligatoire des avis du CCNE résultant de l'article 12 du décret du 5 avril 1988 créant la Commission Nationale de Médecine et de Sociologie de la Reproduction, précédemment examinée. Il ne s'agit plus ici d'une influence sur le juge, mais de la création directe d'une norme juridique⁷⁷.

M. Serusclat rapporte le cas d'une décision judiciaire ayant statué sur l'utilisation de celles hépatiques foetales pour les nouveaux-nés, en référant aux avis du CCNE⁷⁸. Ce cas est, à notre connaissance, unique. Ceci ne signifie nullement que la doctrine diffusée par le CCNE soit méconnue des tribunaux ou ses opinions écartées. Les citations des auteurs de doctrine dans les jugements et les arrêts demeurent rares ; on ne saurait en inférer que les magistrats - dont certains collaborent aux publications doctrinales - ne sont jamais sensibles aux opinions émises.

L'attention prêtée au CCNE par les magistrats ne doit pas être sous-estimée. L'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation n'a-t-elle pas montré la voie dans l'affaire des mères porteuses jugée le 31 mai 1991 ?⁷⁹. La haute assemblée avait alors invité le Pr. Bernard, Président du CCNE, à donner son point de vue, et celui de l'institution qu'il représentait. Quel pouvait être le rôle de cet "*amicus curiae*" ? Expert en morale ? Expert en médecine ? Caution éthique ? Nous rejoignons M. Terre dans sa perplexité : "...on est quand même conduit à s'interroger sur la démarche consistant à faire de la morale de l'objet... d'une expertise confiée par une juridiction... à un homme de science"⁸⁰. S'agirait-il d'inspirer le juge ? Sans doute l'Avocat Général Dontenville saluait-il dans le Président Bernard "*une autorité éminente du monde médical qui va certainement enrichir de son expérience pénétrante notre discussion, lui donner une autre dimension*". L'audition du Président Bernard n'est-elle pas un hommage rendu par la plus haute juridiction à la doctrine développée depuis plusieurs années par le CCNE ? Elle a conféré au CCNE une autorité et une légitimité renouvelée. Celui-ci ne s'y est pas trompé : la brochure annonçant les Journées Annuelles d'Ethique 1991 reproduisait la décision de l'Assemblée plénière.

Il est plus surprenant, en revanche, que cette audition ait été considérée par les hauts magistrats comme un événement important, souligné par le Président Draï à l'occasion du discours de rentrée de la Cour de Cassation⁸¹. Une sympathie excessive vouée par la Cour au CCNE serait-elle compatible avec l'office du juge ? "... dans sa mission éminente" répond par avance M. Terre, "*il est à même de trouver ou de retrouver en lui-même la conscience de ces valeurs qui fondent le droit. Tel est le rôle de la règle morale dans les obli-*

77. Cf. *supra*.

78. *J.O.* 13 octobre 1988, 543.

79. Ass. plén.. 31 mai 1991, *D.* 1991 417 note D. Thouvenin ; *J.C.P.* 91 II 217 52 note F. Terre.

80. Terre (F.), *note précitée*, in fine.

81. Le 6 janvier 1992.

82. Terre (F.), *note précitée*.

*gations judiciaires*⁸².

A mi-chemin entre l'inspiration doctrinale et la règle de droit, l'influence du discours diffusé par le CCNE sur le juge peut se couler sous la forme de l'usage⁸³ ou du standard technique, dès lors que les opinions émises par le CCNE sont largement reçues par les praticiens. Sortes de guides de "bonne pratique éthique", les recommandations du CCNE pourraient accéder à la sphère juridique grâce au juge qui les prendrait en considération afin d'apprécier les pratiques biomédicales. Le phénomène est déjà perceptible en Amérique du Nord⁸⁴ et n'est pas méconnu en France dans d'autres champs techniques⁸⁵. Mais ce n'est déjà plus de la doctrine.

La doctrine du CCNE influence-t-elle enfin... la doctrine juridique ? L'attitude de la doctrine universitaire face au CCNE reste ambiguë. Certains auteurs soutiennent ou anticipent la doctrine du CCNE⁸⁶. D'autres, moins nombreux, apparaissent plus critiques⁸⁷, mais la grande majorité se désintéresse du travail du CCNE. Il n'appartient pas à la tradition doctrinale française. Son activité déclenchera des réactions seulement à l'occasion de ses empiétements les plus manifestes hors du champ purement éthique où on l'imagine confiné. Ignorance feinte ? Pourquoi la doctrine juridique écrit-elle si peu sur les sujets traités par le CCNE ? N'est-ce pas en raison de ce que sur de tels sujets, la légitimité de la doctrine traditionnelle et d'essence scientifique, craindrait de se heurter à une nouvelle légitimité d'essence morale et politique ? La doctrine juridique pour être reconnue devra-t-elle désormais recevoir un label de conformité éthique ?

83. En ce sens, Memeteau (G.), "La jurisprudence...", *art. cité*, p. 25.

84. Voir, Wolf (S.M.), "Ethics committees in the court", *Hastings Center Report*, juin 1986, 12.

85. Sur le phénomène des standards et leur rôle, voir Cousy (H.), "Le rôle des normes non juridiques dans le droit", *XIème Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé* (Caracas 1982), Kluwer-Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 130.

86. Mme Labrusse et Mme Hermitte par exemple. Il peut paraître cependant difficile de distinguer dans ces attitudes la conviction doctrinale de l'esprit de corps : Mme Labrusse a siégé au CCNE et d'autres universitaires, sans doute, espèrent un jour y siéger. La force d'attraction du prestige affecté au CCNE est de nature à brouiller les cartes.