

## Quelques réflexions en vue du renouvellement de la relation entre le droit et la bioéthique

Jean-Frédéric Ménard

Volume 7, Number 1, 2024

Dialogue with Future Bioethicists  
Dialogue avec la prochaine génération en bioéthique

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110320ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1110320ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Programmes de bioéthique, École de santé publique de l'Université de Montréal

ISSN

2561-4665 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Ménard, J.-F. (2024). Quelques réflexions en vue du renouvellement de la relation entre le droit et la bioéthique. *Canadian Journal of Bioethics / Revue canadienne de bioéthique*, 7(1), 8–11. <https://doi.org/10.7202/1110320ar>

Article abstract

It has often been said that bioethics emerged at the confluence of the health sciences, theology, philosophy and law. However, if it is to continue evolving, bioethics must adopt a critical stance with regard to this heritage, particularly where law is concerned.

© Jean-Frédéric Ménard, 2024



This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

**érudit**

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

TÉMOIGNAGE / PERSPECTIVE

## Quelques réflexions en vue du renouvellement de la relation entre le droit et la bioéthique

Jean-Frédéric Ménard<sup>a</sup>

### Résumé

On a souvent dit que la bioéthique émergea au confluent des sciences de la santé, de la théologie, de la philosophie et du droit. Or, pour poursuivre son évolution, la bioéthique se doit d'adopter une position critique vis-à-vis de cet héritage, notamment en ce qui concerne le droit.

### Mots-clés

droit, bioéthique, interdisciplinaire, évolution, position critique

### Abstract

It has often been said that bioethics emerged at the confluence of the health sciences, theology, philosophy and law. However, if it is to continue evolving, bioethics must adopt a critical stance with regard to this heritage, particularly where law is concerned.

### Keywords

law, bioethics, interdisciplinary, evolution, critical stance

### Affiliations

<sup>a</sup> Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Montréal, Canada

**Correspondance / Correspondence:** Jean-Frédéric Ménard, [jean-frederic.menard@usherbrooke.ca](mailto:jean-frederic.menard@usherbrooke.ca)

## INTRODUCTION

On a souvent dit que la bioéthique émergea au confluent des sciences de la santé, de la théologie, de la philosophie et du droit. Or, pour poursuivre son évolution, la bioéthique se doit d'adopter une position critique vis-à-vis de cet héritage, notamment en ce qui concerne le droit. Cet impératif se fait d'autant plus pressant que la bioéthique a réussi, au moins partiellement, à prendre pied au sein de plusieurs institutions (1). Au Québec, on peut penser notamment à la Commission de l'éthique en science et technologie (CEST), au Comité d'éthique de santé publique (CESP) au sein de l'Institut national de santé publique du Québec (INSPQ), au Bureau – Méthodologies et Éthique au sein de l'Institut national d'excellence en santé et services sociaux (INESSS) en plus de la multiplication des postes et comités en lien avec l'éthique dans le réseau de la santé et des services sociaux.

La bioéthique est donc de plus en plus appelée à jouer un rôle normatif en proposant des orientations, des lignes directrices, des cadres d'analyse et ainsi de suite. Ce faisant, elle se rapproche d'autres formes de normativité, notamment le droit, et contribue au brouillage des formes de gouvernance qui s'opère depuis plusieurs années déjà.

C'est pourquoi je souhaite profiter de la tribune qui m'est ici offerte pour réfléchir à la relation entre bioéthique et droit, à la fois comme phénomène social et comme discipline universitaire. J'esquisserai d'abord les grandes lignes du parcours qui font de moi un juriste universitaire participant à la fois aux volets théoriques et pratiques du développement de la bioéthique. Je présenterai ensuite un constat que je tire de mon parcours sur la relation entre le droit et la bioéthique. Je conclurai enfin avec quelques observations sur l'évolution du droit susceptibles d'intéresser les bioéthiciens désireux de se pencher sur cette relation et de contribuer à son renouvellement.

## UN PARCOURS INTERDISCIPLINAIRE

Comme la bioéthique, j'ai une formation et des intérêts de recherche que l'on peut qualifier d'interdisciplinaires. J'ai fait des études de premier cycle en philosophie avant de bifurquer vers des études en droit. Après quelques expériences professionnelles plus strictement juridiques, j'ai découvert la bioéthique et je me suis intéressé à l'éthique biomédicale, à l'éthique clinique et à l'éthique de la recherche. Dans cette optique, j'ai entamé des études supérieures, toujours dans des facultés de droit, mais sans perdre de vue les enjeux théoriques, pratiques et méthodologiques de la bioéthique.

En plus de me consacrer à la recherche et à l'enseignement universitaire, j'ai aussi eu plusieurs occasions de pratiquer la bioéthique, en tant que consultant en éthique clinique, comme membre de comités d'éthique clinique, ainsi qu'en qualité de membre de plusieurs comités d'éthique de la recherche, siégeant autant comme « membre versé en droit » que comme « membre versé en éthique ».

Tant dans mes projets de recherche qu'en tant que praticien de la bioéthique, j'ai eu la chance de côtoyer plusieurs personnes inspirantes, issues d'une multitude de disciplines et de professions, qu'il s'agisse d'infirmiers et d'infirmières, d'inhalothérapeutes, de médecins, de juristes, de philosophes et j'en passe, tous animés par le désir de promouvoir les intérêts des personnes – patients, participants et citoyens – et de réfléchir aux façons d'insuffler un souci éthique à la pratique.

## MON CONSTAT

À la lumière de ces stimulantes interactions, j'ai eu l'occasion de constater que, pour une frange importante des acteurs de la bioéthique (pas tous, pas tout le temps) le droit apparaît comme un discours réservé à un petit groupe d'experts, un horizon infranchissable susceptible de mettre un terme à la discussion et à la réflexion. En raison de sa légitimité démocratique, mais aussi parce qu'il est étroitement associé à l'état et à son pouvoir de contrainte, le droit intimide. Il apparaît comme disposant d'une force normative qualitativement différente de toutes les autres.

Il ne faut toutefois pas se méprendre sur les raisons expliquant cette situation. Depuis fort longtemps, le droit revêt les atours du pouvoir et entretient une aura de mystère et de complexité. Le prestige associé à leur savoir est un sésame pour les juristes et le domaine de la bioéthique ne fait pas exception. Or, comme je l'expliquerai plus en détail dans ce texte, cette perception repose selon moi sur une vision assez réductrice du droit qui, paradoxalement, lui confère un ascendant susceptible d'être paralysant pour la bioéthique. Ainsi, dans sa relation avec le droit, la bioéthique a parfois tendance à être perçue comme un partenaire minoritaire dans l'entreprise de régulation des conduites (1).

Pourtant, le droit et la bioéthique sont en relations constantes et peuvent même être vus comme s'interpénétrant. Pour preuve, certains auteur(e)s avancent que le droit s'éthicise (3), tandis que d'autres décrivent un phénomène de juridification de la bioéthique (4). La juxtaposition de ses deux analyses – qui chacune semble dépendre du point de vue adopté – suggère que l'influence n'est pas unidirectionnelle.

## POUR UNE VISION RENOUVELÉE DE LA RELATION ENTRE DROIT ET BIOÉTHIQUE

C'est pourquoi j'aimerais partager quelques observations issues de la réflexion critique sur le droit qui me paraissent susceptibles de révéler des aspects du droit qui sont peut-être moins familiers pour les bioéthiciens. J'ai ainsi espoir de contribuer au renouvellement des relations entre ces deux perspectives complémentaires.

### Le droit n'est pas que la loi

Tout d'abord, il faut retenir que le droit ne se réduit pas à la loi. Dans les mots du regretté Roderick A. Macdonald, « on pense au droit à chaque fois que l'on dirige son attention vers l'effort de symboliser les conduites et les interactions humaines en tant qu'elles sont gouvernées par des règles » (5; ma traduction). Ainsi, outre les règles formelles et explicites édictées par une assemblée législative, il faut aussi se montrer attentif aux règles implicites qui gouvernent les interactions sociales ainsi qu'à leur constante transformation. Non seulement les sources de droit sont plurielles, mais elles sont aussi enchevêtrées et toute action humaine appelle leur mise en relation. De même, il ne faut pas non plus oublier que sans un substrat social et interactionnel, la loi n'est que verbiage. Il ne suffit pas d'édicter une loi pour transformer la société. Il faut que cette dernière la reçoive et l'accepte et la norme prendra alors la forme que la société et les individus qui la composent lui donneront, ce qui fait d'eux des acteurs à part entière de son élaboration (2).

Face à un dilemme éthique, les exigences du Code civil sont pertinentes à mon action ou à celle d'une équipe soignante, mais elles n'épuisent pas la question, bien au contraire. Pour ne nommer que les sources les plus évidentes, les normes et principes issus de différents courants éthiques, de la religion des soignants comme celle des patients de même que tout un réseau d'attentes sociales devront aussi être soupesées et conciliées pour justifier l'action qui sera prise.

### Le droit n'est pas statique

C'est aussi pourquoi, contrairement à une certaine croyance populaire, le droit apporte au moins autant de questions que de réponses dans l'étude de questions complexes. Même les décisions des tribunaux, bien que les réponses qu'elles expriment puissent paraître définitives, sont susceptibles d'être renversées, réinterprétées ou marginalisées, autant par une instance supérieure, par le législateur que par l'évolution des mœurs sociales ou de la pensée juridique. À cet égard, l'évolution de la réflexion et de l'encadrement de l'aide médicale à mourir au Québec et au Canada dans les trente dernières années offre un exemple patent de la force de l'alliance entre le droit et la bioéthique.

Le droit – à qui l'on reconnaissait le monopole de la contrainte et de la sanction notamment en raison de son étroite association avec l'État – se transforme et aspire à guider les conduites à l'aide d'instruments jusqu'alors considérés comme mineurs : des avis, des déclarations, des lignes directrices, et ainsi de suite. À l'image classique d'un droit « dur », ferme et intransigeant (*Dura lex, sed lex*, disait-on) succède un droit aux formes changeantes et à l'autorité diffuse et capillarisée. Le droit se voit affublé d'adjectifs qui longtemps auraient passé pour antithétiques à l'idée même de droit. Ainsi, on parle dorénavant d'un droit informel, interactif, flou, mou, voire fluide.

### Le droit, comme la bioéthique, participe de la gouvernance

Ce droit de l'argumentation et de la persuasion rappelle bien entendu les manières de faire empreintes de réflexivité et de représentativité de la bioéthique. En fait, il est de plus en plus courant de concevoir la relation entre droit et bioéthique comme s'inscrivant dans un cadre plus large, soit celui de la gouvernance. Nombreux sont les théoriciens qui perçoivent et documentent l'émergence de nouveaux modes pour orienter, guider et coordonner l'action sociale. La verticalité du pouvoir

étatique de gouvernement cède le pas à des processus plus ou moins horizontaux embrassant une gamme plus large de rationalités, d'acteurs et de finalités, ce qui rend incontournables les efforts de dialogue entre tous ceux-ci (6).

Ainsi, le droit est de plus en plus surdéterminé par des processus qui le dépassent et ses sources traditionnelles s'élargissent pour inclure, notamment, l'information, l'expertise, la normalisation et les recommandations (7). On observe aussi un phénomène de densification normative, par lesquelles ces normes de sources diverses et « extra-juridiques » circulent de manière dynamique et peuvent progressivement gagner en force normative (8). De cette façon, l'avis consultatif d'aujourd'hui peut nourrir le principe ou la jurisprudence de demain.

C'est pourquoi que l'on voie dans l'émergence de la gouvernance un progrès ou un danger – les avis sont partagés – il n'en demeure pas moins que la bioéthique est dorénavant appelée à jouer un rôle important dans l'élaboration des normes de conduite. La bioéthique est à même de participer autant à l'élaboration et à la négociation qu'à la mise en œuvre de la norme. Non seulement la bioéthique peut inspirer, orienter, mais elle se voit aussi confier la responsabilité d'encadrer directement certaines activités, comme c'est le cas des comités d'éthique de la recherche (9).

### La bioéthique doit faire valoir ses thèmes et imposer son rythme par rapport à ceux du droit

En raison de son caractère interdisciplinaire, la bioéthique dispose des moyens théoriques pour élaborer et défendre des visions et des valeurs qui ne se réduisent pas à celles qui s'incarnent dans le droit à un moment précis dans l'histoire. Pour ne pas être confinée dans un rôle de soutien, elle doit mettre en lumière les angles morts et les contradictions des propositions normatives sur lesquelles elle se penche. Plus encore, elle se doit de faire preuve d'audace et de créativité, de montrer les voies alternatives susceptibles de s'ouvrir dans la résolution des enjeux qu'elle aborde. Ainsi elle se doit notamment d'aller au-delà de la seule spécification éthique des valeurs incarnées dans les chartes des droits et libertés (1)

La bioéthique doit aussi imposer son rythme, soit celui de la participation citoyenne et de la réflexion, aux impératifs sans cesse plus exigeants de l'accélération du monde pour suivre le rythme effréné de l'information en continu et des médias sociaux, à laquelle le droit et la gouvernance n'échappent pas. La bioéthique doit être soucieuse de ne pas simplement ajouter au « flux normatif » tel que le théorise Émeric Nicolas. Elle doit inventer les moyens de bloquer ou de détourner le déversement si elle ne veut pas se laisser entraîner. Sinon, si elle se laisse prendre à l'urgence, si elle suit le courant, elle risque de simplement s'ajouter au mouvement, sans infléchir la direction du flux (10).

## CONCLUSION

Tant le droit que la bioéthique continuent d'évoluer, ce qui continuera à transformer leur relation. Il n'en tient alors qu'aux acteurs de part et d'autre, ainsi qu'à ceux qui, comme moi, se positionnent à l'interface, de rester à l'affût de nouvelles formes de collaboration possibles et d'en définir les contours. J'espère que les quelques pistes mentionnées ici contribueront à en maximiser les bénéfices.

Selon moi, le potentiel du dialogue entre droit et bioéthique pour une gouvernance juste et éthique demeure immense et sous-exploité. J'aimerais conclure en ajoutant un dernier exemple d'institutionnalisation de la bioéthique à ceux mentionnés en introduction et qui a tout particulièrement retenu mon attention dans le contexte de la pandémie de COVID-19. Il s'agit du comité d'éthique COVID-19 mis en place par le ministère québécois de la Santé et des Services sociaux pour élaborer des politiques et des protocoles en réponse aux défis de priorisation posés par la pandémie. Son rôle et son impact restent à être approfondis. Néanmoins, on peut penser qu'il s'agit d'un exemple inédit de proximité entre le pouvoir politique et une instance revendiquant une approche proprement éthique. Est-ce que ce modèle est appelé à s'implanter et à s'étendre ou restera-t-il associé à une situation d'exception? Après les « nudge units » au sein des gouvernements, verra-t-on poindre un modèle de gouvernance à partir de la « cellule éthique »?

**Reçu/Received:** 08/12/2023

#### Remerciements

En plus des initiateurs de ce numéro spécial et les éditeurs de la Revue canadienne de bioéthique, l'auteur tient à remercier ses collègues du Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG) de l'Université de Sherbrooke pour les éclairantes discussions qui lui ont permis de développer les idées présentées ici.

#### Conflits d'intérêts

Aucun à déclarer

**Publié/Published:** 18/03/2024

#### Acknowledgements

In addition to the initiators of this special issue and the editors of the Canadian Journal of Bioethics, the author would like to thank his colleagues at the Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG) at the Université de Sherbrooke for the enlightening discussions that enabled him to develop the ideas presented here.

#### Conflicts of Interest

None to declare

**Édition/Editors:** Caroline Favron-Godbout & Hazar Haidar

Les éditeurs suivent les recommandations et les procédures décrites dans le [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) de COPE. Plus précisément, ils travaillent pour s'assurer des plus hautes normes éthiques de la publication, y compris l'identification et la gestion des conflits d'intérêts (pour les éditeurs et pour les auteurs), la juste évaluation des manuscrits et la publication de manuscrits qui répondent aux normes d'excellence de la revue.

The editors follow the recommendations and procedures outlined in the COPE [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#). Specifically, the editors will work to ensure the highest ethical standards of publication, including: the identification and management of conflicts of interest (for editors and for authors), the fair evaluation of manuscripts, and the publication of manuscripts that meet the journal's standards of excellence.

**RÉFÉRENCES**

1. Massé R. [Quelques enjeux de l'institutionnalisation de l'éthique / l'exemple des politiques publiques de santé](#). Revue Française d'Éthique Appliquée. 2019;7(1):43-55.
2. Ménard JF. [Getting there with parents: interactional processes surrounding withdrawal of life-sustaining treatments in a London NICU](#). PhD thesis, University College London; 2021.
3. Lacroix A, Emmanuelle M. Éthique et droit: des rapports complexes et variable pour réguler l'espace public. Dans : Lalonde L, Bernatchez S, éditeurs. Approches et fondements du droit : Interdisciplinarité et théories critiques. Montréal (Québec) Canada: Éditions Yvon Blais; 2019. p. 187-216.
4. Ho WC. Juridification in Bioethics: Governance of Human Pluripotent Cell Research. London: Imperial College Press; 2016.
5. Macdonald RA. Here, there and everywhere... theorizing legal pluralism; theorizing Jacques Vanderlinde. Dans : Castonguay L, Kasirer N, éditeurs. Étudier et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain : études offertes à Jacques Vanderlinden. Cowansville, Québec : Yvon Blais; 2006. p. 381-412.
6. Ost F, van de Kerchove M. De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis; 2002.
7. Lasserre V. Le nouvel ordre juridique: le droit de la gouvernance. Paris, LexisNexis; 2015.
8. Thibierge C. Postface : puissances de la norme et densification normative. Dans : Le Goff J, Onnée S, éditeurs. Puissances de la norme. EMS Editions; 2017. p. 195-208.
9. Morin AL, Pirard V. Les voies de la bioéthique sont-elles « régulables » ? Enjeux et paradoxes de la régulation internationale et locale dans le champ bioéthique. Dans : Hirsch E, Hirsch F, éditeurs. Traité de bioéthique. Érès; 2018. p. 111-28.
10. Nicolas E. Penser les flux normatifs: essai sur le droit fluide. Paris: Mare & Martin; 2018.