UCLouvain

Faculté de droit et de criminologie

fnrs

LA LIBERTÉ DE CHERCHER

La bioéthique comme intrusion de l'éthique en droit. Analyse et perspectives juridiques

Pierre Walckiers, aspirant F.R.S.-FNRS au centre de philosophie du droit (CPDR) de l'UCLouvain

Contact : pierre.walckiers@uclouvain.be

LFILO2202 : Éthique biomédicale

2 novembre 2023 – UCLouvain

Objectif du cours

- **Objet du cours:** Quels sont les rôles, les fonctions, et les risques liés à l'utilisation d'un argument éthique ou scientifique en tant qu'argument politico-juridique ?

1. Cadre théorique et introduction critique à la philosophie du droit :
   - L'éthique dans le **droit naturel.**
   - Le **positivisme juridique**, et une éthique hors du droit?
   - Dualisme dans les approches juridiques contemporaines: de l'épistocratie, du soft law au droit global.
2. Introduction aux cas pratiques :
   - Exemples d'intrusions éthiques : Marie Popelin, des embryons et des OGM.
   - Analyse de cette intrusion dans les passages du droit : régimes de vérités et conditions de félicités.
   - Principales lois bioéthiques en Belgique.
3. Analyse des législations en groupe :

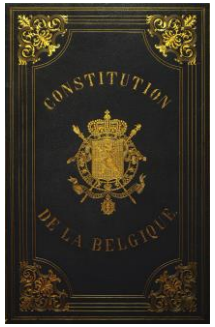
   Identifier ces intrusions éthiques dans les sources du droit.

Introduction : liens entre la bioéthique et le droit

La bioéthique

Liens entre sciences, l'éthique et droit: la bioéthique, comme rencontre hybride qui mêle improprement des notions éthiques, politiques et juridiques pour répondre à des questions posées par les scientifiques (Altan, Botbol-Baum, 2007, 21).

- Lien avec la religion, présence des règles et coutumes religieuse dans le droit positif (Feuillet-Le Mintier, Portier 2012)
- Approche sous l'angle des droits humains, de la discrimination, ou de la moralité?
- Les domaines : bioéthique humaine, animale, végétale?



Le droit

Le droit est l'ensemble des règles* déterminant les conduites à suivre dans une société humaine:

- Les sources du droit et leurs interprétations.
- Production de représentation, transforme la société.
- Différence entre le *hard law* et le *soft law*.
- Différence entre le droit médical et le droit disciplinaire.

Le droit (bio)médical

- Normes juridiques (législations, jurisprudences, etc.).
- Normes déontologiques.
- Normes éthiques.

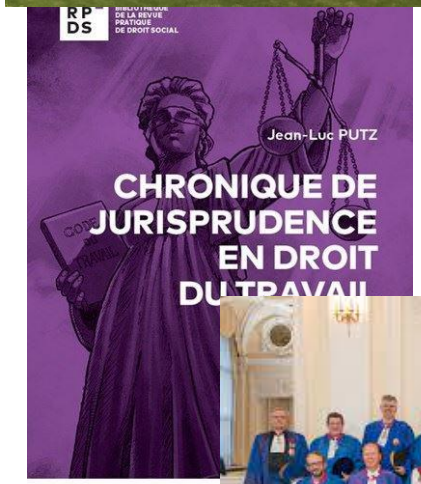
Partie 1. Cadre théorique

Cadre théorique

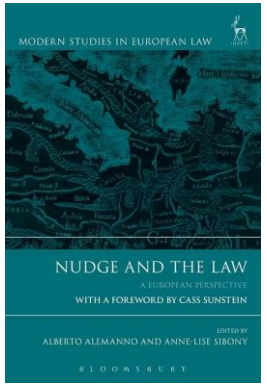
1. Découvrir les grands courants

- Approches « classiques » du droit:
  - **Positivisme juridique:**
    - Théorie (analytique) du droit.
    - La légalité.
  - **Jusnaturalisme:**
    - Philosophie du droit.
    - La légitimité.
- Approches alternatives:
  - Approche réaliste du droit.
  - Sociologie du droit.
  - Analyse féministe, marxiste ou décoloniale du droit.
  - Analyse économique du droit.
  - …

Les sources formelles du droit



Doctrine et science du droit



Cadre théorique

1. Découvrir les grands courants

- Approches « classiques » du droit:
  - **Positivisme juridique:**
    - Théorie (analytique) du droit.
    - La légalité.
  - **Jusnaturalisme:**
    - Philosophie du droit.
    - La légitimité.
- Approches alternatives:
  - Approche réaliste du droit.
  - Sociologie du droit.
  - Analyse féministe, marxiste ou décoloniale du droit.
  - Analyse économique du droit.
  - …

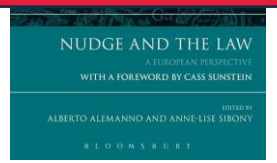
Les sources formelles d

- Les approches **positivistes** et **jusnaturalistes** sont les approches dominantes dans les pratiques juridiques contemporaines.

- **Bioéthique** : argument de droit naturel + retranscrit dans le droit positif.

- Hybridation: le droit « pur » est abordé à l'aide des outils et de l'approche positiviste, avec des arguments du droit naturel.

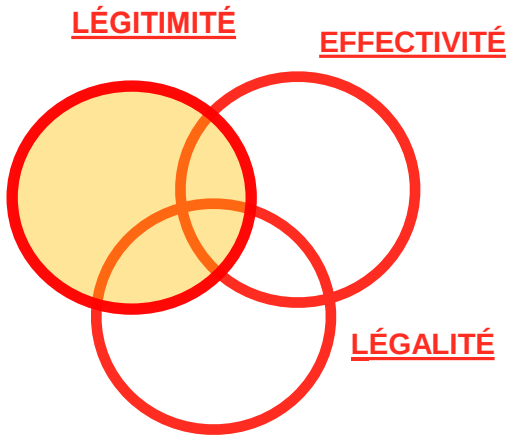
- Les approches alternatives sont intégrées dans la dichotomie.



Cadre théorique

2. Le droit naturel

Le droit naturel désigne **un ensemble de droits inhérent à la nature humaine**. Ce droit naturel ne doit pas être formellement énoncé, et ce droit s'impose face aux lois positives créées par la société. (Wacks 2012, 16; Troper, 2011, 31).



- Le droit naturel permet de justifier (ou critiquer) la validité de certaines règles de droit, selon leur cohérence avec la « nature » des choses.
- La validité du droit 'positif' dépend de la légitimité et la justice:

« dans sa version extrême, [la théorie jusnaturaliste] soutient que la légitimité d'une règle, ou l'autorité d'un pouvoir est une condition nécessaire et suffisante de leur validité » (Ost, van de Kerchove 2019).

- Il existe des normes naturelles, supérieures au droit positif, auxquelles ce dernier doit correspondre.

« Certains auteurs admettent cependant qu'il existe, au-dessus des lois, un droit naturel, dont la connaissance est accessible à la raison humaine et qui contient des principes de justice gouvernant ces questions [immanent]. Cette philosophie du droit aura d'ailleurs une dimension normative et recommandera au législateur d'adopter les règles conformes aux principes de justice qu'elle estimera avoir dégagés [normatif] » (Troper 2006, 6).

Cadre théorique
2. Le droit naturel

Posture dualiste du droit naturel :

- La nature (ou la science) comme un arrière-monde immanent et normatif.
- Lien originel du droit naturel dans des perspectives théologiques ou métaphysiques.

Critiques et risques

- La nature hors humanité, d'une « commode plasticité » pour défendre des positions éthico-morales (Viala 2010, 2022).
- Retours d'arguments externes (science, bioéthique, dignité humaine) comme argument interne du droit.

  - Droits humains, colonisation, IVG, euthanasie, etc.

- Critique démocratique
- Critique de l'absolutisme moral arbitraire.

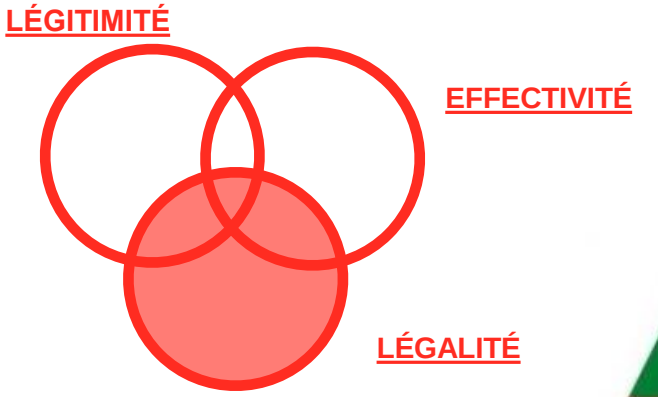
Cadre théorique
3. Le positivisme juridique

Le positivisme juridique évalue la validité du droit formellement, indépendamment de son contenu moral.

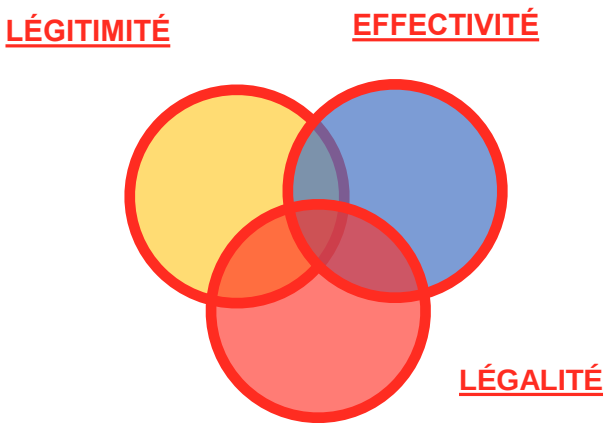
- Validité d'une norme selon sa conformité à la norme supérieure (contexte fermé, vs droit naturel) (Kelsen, 1934).
  - Séparation (stricte) entre droit et non droit, loi et morale.
  - Une **science du droit**: description objective du droit pur.
  - Contexte : positivisme philosophique et sociologique.
- Critiques du positivisme :
  - Positivisme juridique et droit injuste.
  - Confusion entre décrire et justifier la norme.
  - Risque de formalismes juridiques.
- Solution envisages:
  - ➢ Différence entre hard et soft positivisme.
  - ➢ Emergences de théories hybrides, entre positivisme et jusnaturalisme.

➢ **Absence de la bioéthique? Ou autre domaine?**

Hans Kelsen et le cercle de Vienne

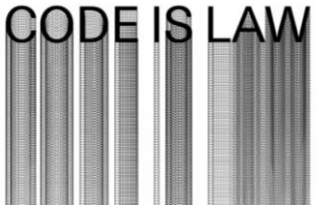


Cadre théorique
4. Les approches alternatives et critiques



Approches alternatives au positivisme/droit naturel:

- **Approche réaliste du droit:** se donne pour mission de saisir et de décrire le réel, anticipe les règles sociologiques pour anticiper les solutions données par les décisions de justices.
- **Approche du droit global :** Le droit ignore/est dépassé par plusieurs éléments de contraintes qui ne sont pas identifiés comme du droit. Ex. indicateurs, codes de conduites, etc.
  - Bioéthique et soft law!
- ***Law and Ecnomics*** : analyse économique de l'efficacité et l'efficience des règles de droit.



***Critical Legal Studies* et ses branches contemporaines:**

- **Critique marxiste du droit** : critique du droit comme outil bourgeois de domination de classe, cachant ses postures idéologies.
- **Critique féministe du droit** : droit imprégné d'éléments issus d'une société patriarchales, et représente les intérêts des homes.
- ***Critical Race Theory***: le droit se fonde sur une vision raciale de la société, représente les intérêts d'une catégorie de personnes.

Voir également : approche ontologique du droit, relationnelle, écologique, etc.

Partie 2. Introduction aux cas pratiques

Intrusion d'arguments bioéthique en droit, quelques exemples :

- Comment distinguer le droit, la morale, etc.?
- Les sujets « hybrides » de la bioéthique.

Cons. const. (France), 27 juill. 1994, n° 343-344 DC.

- La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 rendue sur la première loi bioéthique.
- Une disposition sur la destruction d'embryon *in vitro* non demandé pour un projet parental, après 5 ans de conservation.
- Contestation, sur base de la dignité humaine : un embryon doit-il être considéré comme une personne humaine?
- Le Conseil Constitutionnel : rappelle le principe de dignité humaine, laisse le législateur définir son champ d'application sur ce cas, tenant compte des connaissances scientifiques actuelles.

« Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard des connaissances et des techniques, les dispositions prises par le législateur ».

Lien plus récent avec les législations Covid-19, où selon le Conseil Constitutionnel (Fr) : le législateur « a estimé que, en l'état des connaissances scientifiques dont il disposait, les risques de circulation du virus de la Covid-19 sont fortement réduits entre les personnes vaccinées, rétablies ou venant de réaliser un test de dépistage dont le résultat est négatif » (Viala 2023).

Introduction aux cas pratiques

1. Intrusion d'arguments bioéthique en droit, quelques analyses :

Affaire Popelin : Bruxelles, 12 décembre 1888:

- Première femme docteure en droit.
- Demande pour prêter le serment d'avocat refusée, alors qu'il n'y avait pas d'éléments en droit positif qui explicitement l'accès des femmes aux professions juridiques.
- La Cour rappelle les exigences « assignée par nature » au sexe féminin: les exigences et sujétions de la maternité, l'éducation que la femme doit à ses enfants, la direction de son ménage et du foyer confiés à ses soins, la placent dans des conditions peu conciliables avec les devoirs de la profession d'avocat et ne lui donnent ni les loisirs, ni la force, ni les aptitudes nécessaires aux luttes et aux fatigues du barreau.

C.J.U.E., 25 juillet 2018, *Confédération paysanne et autre,* C-528/16, ECLI:EU:C:2018:583.

- La Cour de Justice a considéré que « les organismes obtenus au moyen de techniques/méthodes de mutagenèse <u>constituent des organismes génétiquement modifiés</u> », étant donné que la directive doit inclure les organismes issus des différentes techniques datant de son adoption.
- Critiques de la part des acteurs scientifiques et de l'industrie (Gutwirth & van Dijk 2021)
  - L'association française des Biotechnologies attesta que « *ce n'est pas à la justice de faire la science, mais aux instances scientifiques de se prononcer sur les faits scientifiques* ».
  - Le *Vlaams Instituut voor Biotechnology* rétorquait que cet arrêt était scientifiquement infondé, car les *« cultures contenant de petites modifications du génome sont au moins aussi sûres que les cultures obtenues par mutagenèse classique ou élevage conventionnel* ».
  - Nouvelle proposition de Reglement sur les NGT.

Intrusion d’arguments bioéthique en droit et erreur de catégorie

- Le risque d’un sophisme épistocratique (science) ou bioéthique en droit.
- Le dualisme du droit naturel et le positivisme juridique.
- Le droit formel, la nature et la bioéthique pour cacher des choix politiques.
- L’éthique à la place du droit ?

- Approche sous l’angle des **régimes de vérité** :
  - Corpus de règles et d'obligations qui déterminent les individus quant aux procédures qu'ils doivent suivre pour accéder à une vérité (Foucault 1980).
  - Articulations des régimes de vérité : les hybrides entre deux régimes de vérités, entre deux modes d’existence.

- Étude des **modes d’existence** et des **contraintes** des disciplines :
  - Pour le droit : quels sont les codes de conduites et les règles pour qu’un raisonnement soit juridiquement correct ? (Latour 2004, Stengers 2022).
  - Il y a des « erreurs de catégories » lorsqu’on confond les rôles et fonctions des disciplines distinctes (exemple : utiliser la science pour faire du droit) (Gutwirth & Van Dijk 2021).

Introduction aux cas pratiques
2. Analyse du cadre législatif belge sur la bioéthique

Normes juridiques:

- **Instruments internationaux:** DDHC, Conv. EDH, Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (CDFUE), Convention relative aux droits des personnes handicapées, etc.
  - Details CDFUE : Dignité humaine (art. 1), droit à la vie (art. 2), droit à l'intégrité de la personne (art. 3), respect de la vie privée (art. 7), liberté de religion (art. 10), Droits des personnes âgées (art. 25), intégration des personnes handicapées (art. 26), protection de la santé (art. 35), etc.
- **Constitution belge** : Liberté individuelle (art. 12), Dignité humaine (art. 23), droit de l'enfant (art. 22*bis*), droit à la sécurité sociale et à la protection de la santé (art. 23).
- **Code pénal** : faux en écriture (certificat de complaisance), interdiction de l'IVG (avant 2018).
- **Code civil** : acquisition de la personnalité juridique, mesure de protection judiciaire pour les personnes incapables.
- **Lois particulières** (*infra*)
- **Décrets et ordonnances**…

Jurisprudence:

- CEDH, CJUE, Cour Constitutionnelle, Conseil d'Etat.

Normes déontologiques et éthiques:

- Code de déontologie médicale, Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins, Comités d'éthique locaux, Comité consultatif de Bioéthique de Belgique → soft law (juge >< Conseil de l'Ordre).

Introduction aux cas pratiques
2. Analyse du cadre législatif belge sur la bioéthique

Loi belge du 22 aout 2002 relative aux droits du patient (Schamps 2022):

- Le droit à des prestations de qualité, dans le respect de la dignité (art. 5).
- Le droit au libre choix du praticien professionnel sauf limites imposées en vertu de la loi (art. 6).
- Le droit à l'information sur son état de santé et l'évolution probable et d'être assisté d'une personne de confiance (art. 7).
  - Art. 19 du Code de déontologie médicale : communication correcte, compréhensible, évaluer la capacité du patient à recevoir une information.
  - Le droit de ne pas savoir et exemptions où l'on peut à titre exceptionnel ne pas communiquer les informations.
- Le droit à l'accès direct au dossier et à une copie de celui-ci (art. 9).
- Le droit à l'intimité et à la protection de la vie privée (art.10).
- Le droit à la prévention, l'évaluation, au traitement, au soulagement de la douleur (art. 11bis) (2005).
- Le droit à la médiation (art. 11).
- Le droit à la représentation (art. 12-15).

Cour de cassation 26 juin 2009 : la circonstance qu'un risque important et connu par un médecin normalement prudent et diligent lié à l'intervention ne se réalise que dans des cas exceptionnels, ne dispense pas le médecin diligent du devoir de porter ce risque à la connaissance du patient.

Voir aussi:

- Loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé, art. 3§1 : Arrêté royal (gouvernement) sur les modalités précise d'une protection spécifique du patient.
- Art. 30 Loi coordonnée sur 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins : les hôpitaux respectent les droits du patient..
- Code de déontologie médicale, art. 9.

Partie 3. Analyse des législations en groupe

Analyse de legislations et jurisprudences en groupe

Parmi les sources présentées, par petits groupes, essayer de répondre aux questions suivantes:

1. Analyse la législation ou jurisprudence, quels sont les droits consacrés?

2. Dans la législation ou jurisprudence analysée, quels concepts de bioéthiques pouvez-vous retrouver ?

3. Dans les justifications de la lois, arguments des parties (jurisprudences), commentaires (doctrines), comment les concepts de bioéthiques sont utilisés pour faire un argument en droit ?

4. Pouvez-vous analyser une source à la lumière des approches juridiques vu au cours (droit naturel, etc.)? Est-ce que vous pouvez y voir un courant dominant?

Bonus :

Si vous avez identifiés des concepts de bioéthique mal retranscrit en droit positif, quelles seraient vos suggestions pour réécrire les sources du droit ? Ou en inventer? C’est subjectif.

Analyse de legislations et jurisprudences en groupe

- **Loi belge du 22 aout 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, articles 5-11*bis.*** Loi en vigueur : FR/NL. Proposition de loi relative aux droit des patients, *Doc. Parl.*, Chambre, 2002, n° 1642/001 : FR/NL.

- **Loi belge du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, art. 3.** Loi en vigueur : Lien FR/NL. Proposition de loi relative à l'euthanasie, *Doc. Parl.*, Chambre, 2002, n° 0196/001: Lien FR/NL.

- **Loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, *M.B.*, 25 mai 2003** Loi en vigueur : FR/NL. Proposition de loi relative à la recherche sur les embryons, *Doc. Parl.*, Chambre, 2003, n° 2567/001 :Lien FR/NL.

- **Loi belge du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007**. Loi en vigueur FR/NL. Proposition de loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *Doc. Parl.*, Chambre, 2002, n° 2182/001 : Lien FR/NL

- **Loi belge du 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse […], *M.B.*, 29 octobre 2018.** Loi en vigueur: Lien FR/NL. Proposition de loi relative à l'interruption volontaire de grossesse […], *Doc. Parl.*, Chambre, 2018, n° 3216/001 : Lien FR/NL.

Bonus : Cass. (France), 17 novembre 2000, n° XXX (extrait) et Cass. (France), 29 juin 2001. 99-85973.

..

Bibliographie

- Atlan H, Botbol-Baum M. Des embryons et des hommes, PUF. Paris, 2007.
- Foucault M. Du Gouvernement des vivants. Cours au Collège de France. Paris: SEUIL, 2012.
- Gutwirth, S., « 3. Troisième Cours : L'éthique, Une Fin Du Droit ? », 2020.
- Guwirth, S. et Van Dijk, N., « Judging New Plant Modification Techniques: Law, Science, Innovation and Cosmopolitics », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 45, n° 1, 2020, pp. 123-145.
- Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law. Oxford: Oxford University Press, 1997
- Latour B. La fabrique du droit. Paris: La Découverte, 2004.
- Latour B. Politiques de la nature. Paris: La Découverte, 2004.
- Mintier BF-L, Portier P. Droit, Ethique et Religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique. Bruylant, 2012.
- Ost F, Kerchove M van de. De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit. Publications Fac St Louis, 2002.
- Stengers I. Cosmopolitiques. Paris: Empêcheurs de penser rond, 2022.
- Schamps, Geneviève, Droit médical et biomédical - Medisch en biomedisch recht LDROP2131, UCLouvain, 2022.
- Tallacchini, M., « Governing by Values. EU Ethics: Soft Tool, Hard Effects », *Minerva*, vol. 47, n° 3, 2009, pp. 281-306.
- Troper M. Le droit et la nécessité. Paris: PUF, 2011
- Viala A. Demain, l'épistocratie ? Le Kremlin-Bicêtre: Mare Martin, 2022.
- Viala A. Philosophie du droit. Paris: Ellipses, 2010.
- Viala, A., « Propos introductif : pour un usage raisonnable de l'argument scientifique », *Revue du droit public*, vol. 2, 2023.
- Wacks R. Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory, 3rd edn. Oxford New York: Oxford University Press, 2012.

UCLouvain