

Article

« Sciences et droit : relation et rapports de force »

Mireille D. Castelli

Les Cahiers de droit, vol. 37, n° 1, 1996, p. 93-119.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043380ar>

DOI: 10.7202/043380ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Sciences et droit : relation et rapports de force*

Mireille D. CASTELLI**

Les nouvelles techniques de reproduction posent avec acuité de nombreux et tout nouveaux problèmes éthiques, et un large questionnement s'est engagé aussi bien au Canada que dans plusieurs autres pays relativement au caractère acceptable ou non des possibilités ouvertes par les sciences.

Toutefois, ces débats eux-mêmes soulèvent une question fondamentale : celle des rapports entre les sciences et le droit. S'agit-il de domaines complètement distincts, sans relation aucune l'un avec l'autre ? La science se trouve-t-elle, en raison de son objet, en dehors du domaine du droit, ce qui rendrait impossible pour celui-ci de légiférer relativement à la science ? Le droit est-il à l'abri de l'influence des sciences ?

C'est à ces questions essentielles que l'auteure tente de répondre ici. La détermination du domaine du droit, et la confrontation de ce domaine avec les divers aspects des sciences, permet de déterminer relativement à l'égard desquels le droit peut légiférer.

Les faits révèlent toutefois que les sciences tendent à influencer le droit, généralement à son insu, en manipulant des concepts relatifs aux valeurs fondamentales du droit contemporain. La modification de la place respective de la philosophie et des sciences dans le monde des valeurs explique la forte influence acquise par les sciences et la difficulté qu'éprouve le droit à résister à l'influence occulte de celles-ci.

* La réflexion abordée dans le présent article est située dans le cadre d'une recherche subventionnée par le Conseil de recherches en sciences humaines et portant sur la place de la volonté dans le domaine de la génétique humaine et des nouvelles techniques de reproduction.

** Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

New reproduction techniques have acutely underscored many unprecedented ethical problems and numerous questions have been raised both in Canada and abroad relating to the acceptable or non-acceptable nature of new possibilities offered by science.

Yet, these debates raise another even more fundamental issue, that of the balance of power between science and systems of law. Are these totally distinct domains without any relationship between them? Owing to its object of study, is science outside the purview of systems of law and if so, would it be impossible for the latter to pass legislation pertaining to science? Are legal systems sheltered from the influence of science?

This article attempts to address these essential questions. The demarcation of the field of law and the confronting of this demarcation with various aspects of science make it possible to determine in which areas laws may be applied.

Evidence demonstrates, nonetheless, that sciences tend to influence legal systems by manipulating concepts relating to the fundamental values of our legal system, without this process being noticed. The alteration of the respective place of philosophy and sciences in the universe of values explains the strong influence acquired by sciences and the difficulty that legal systems have in resisting its silent influence.

	<i>Pages</i>
I L'emprise du droit sur la science	97
A. Science et droit. L'apparence de deux mondes distincts.....	97
B. La réalité des interrelations	98
1- Le domaine du droit.....	98
a) Le droit est anthropocentrique.....	98
b) Le droit est universel	99
c) Le droit est classificatoire.....	100
2- Détermination de la compétence du droit à régir la science.....	104
a) La science hors de la sphère du droit	104
b) La science dans la sphère du droit : la science, objet de droit	104
II L'emprise de la science sur le droit	107
A. L'envahissement par les sciences du monde des valeurs et l'affaiblissement des sciences humaines et de la philosophie	108
B. L'affaiblissement et la distorsion du respect de l'être humain	112
Conclusion	118

Les nouvelles techniques de reproduction et le développement de la génétique appliqués à l'être humain posent de nombreux problèmes philosophiques et moraux en ce qu'ils peuvent porter atteinte à la nature même de celui-ci.

Certains scientifiques, tel Testart, effrayés de leurs pouvoirs et de l'incidence possible de leurs recherches sur l'être humain aussi bien en tant qu'espèce qu'en tant que valeur, réclament des limites et des directives qu'ils ne peuvent — ou ne veulent — eux-mêmes dégager. Ils se tournent alors vers les domaines chargés de définir les valeurs et les interdits : l'éthique et le droit.

Ce questionnement suppose nécessairement la possibilité d'édicter des interdits relatifs à des recherches ou à certaines de leurs applications scientifiquement possibles, mais considérées comme non souhaitables ou dangereuses. Si les interdits qui risquent de se dégager des diverses réflexions engendrées par les demandes des scientifiques eux-mêmes portent sur des questions essentielles, pour que l'ensemble des réflexions et des conclusions qui en résulteront ne restent pas sans véritable portée pratique, il est nécessaire que le législateur puisse intervenir pour interdire ou réglementer certaines recherches ou l'utilisation de certaines techniques. Il ne saurait suffire, dans ces domaines, de simples interdits moraux : la surenchère du marché de la découverte aussi bien que la curiosité intellectuelle poussent les scientifiques — même ceux qui se questionnent — à faire même ce qu'ils considèrent, ou savent être considéré, comme peu acceptable ou peu souhaitable sur le plan moral ou humain¹, et les plus amoraux seraient même alors nettement favorisés dans la course à la science.

Pour que le débat ait un sens, on doit donc admettre que le respect des interdits dégagés ne devrait pas être laissé à la discrétion de la bonne conscience des acteurs de la recherche, mais s'imposer à eux. Ce qui suppose la possibilité d'édicter une législation prohibitive ou fortement restrictive relativement à la science.

Droit et science semblent cependant faire partie de domaines séparés, distincts l'un de l'autre et totalement indépendants, de sorte que le droit serait sans pouvoir pour énoncer ce qui, parmi les diverses possibilités scientifiques, serait acceptable. Cette conception laisserait ainsi le dernier mot à l'entière autonomie de la personne : celle du savant, celle de la personne qui est objet de l'expérimentation ou celle de l'utilisateur des techniques mises au point par la science, que ce soit pour décider des recherches (c'est celle du savant au nom de la liberté de penser), pour consentir aux expérimentations sur sa personne ou pour décider de l'utilisation

1. J. TESTART, *L'œuf transparent*, Paris, Flammarion, 1986.

sur sa personne des diverses techniques mises au point sans aucune référence à l'intérêt général. Cela entraînerait la réalisation de la crainte de Testart :

Je suis convaincu que les autres hypothèses évoquées ici, même les plus folles, trouveront un jour ou l'autre raison d'être démontrées. Pour que s'opère le passage à l'acte, il suffit que puisse se conjuguer la compétence technique avec deux volontés, celle de l'expérimentateur et celle du sujet².

Or toute tentative de limitation ou d'aiguillage de l'activité scientifique est généralement présentée comme une atteinte injustifiable à la liberté³, le droit « ne [devant] surtout pas réglementer le contenu de la recherche⁴ ».

Cette conception est-elle fondée ? Si elle s'avère exacte, l'intérêt de tout le vaste mouvement de réflexion amorcé relativement au caractère acceptable ou non de certains aspects entièrement nouveaux de la science (génétique et utilisation des nouvelles techniques de reproduction notamment) serait alors assez limité à cause de l'absence de portée réelle qu'auraient dans les faits les conclusions dégagées.

Aussi, avant même d'aborder la détermination des paramètres qui serviraient à juger du caractère acceptable ou non de ces diverses questions, est-il capital de déterminer les relations existant entre science et droit et l'aptitude du droit à régir les sciences.

Mais quand bien même le droit serait compétent pour intervenir dans le domaine des sciences, il n'est pas certain qu'il soit en mesure, actuellement, de pouvoir imposer les limites qui se dégageraient des diverses réflexions en raison de l'affaiblissement des fondements mêmes sur lesquels il repose.

En effet, un examen plus attentif révèle l'interrelation de la science et du droit : si la recherche peut en fait, comme toute autre activité humaine, être objet de droit, le droit subit l'influence de la science au point d'être dépossédé actuellement d'une part de son aptitude à définir ses propres paramètres et à les appliquer à celle-ci. Ainsi, devant l'emprise décriée mais légitime du droit sur la science, se révèle comme un miroir l'emprise occulte mais réelle que la science a réussi à capter sur le droit. Toutefois, avant d'étudier l'emprise de la science sur le droit, nous allons aborder la question de l'emprise du droit sur la science.

2. *Id.*, pp. 111-112.

3. *Cf.* la presque totalité des interventions ayant eu lieu dans le cadre du Colloque international sur les atteintes à la liberté scientifique et les sciences organisé par le Comité sur la liberté scientifique de la Société royale du Canada, à Ottawa, les 4 et 5 novembre 1991.

4. R. FRYDMAN, « La procréatique », *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 71.

I L'emprise du droit sur la science

Science et droit : bien que les sciences semblent faire partie d'un monde totalement distinct de celui du droit et sans relation avec lui, elles entrent en fait dans la mouvance du droit.

A. Science⁵ et droit. L'apparence : deux mondes distincts

Droit et sciences font partie, à première vue, de deux domaines distincts l'un de l'autre et totalement indépendants.

Envisager de faire intervenir le droit en ces domaines serait vouloir revenir à l'époque archaïque des superstitions non scientifiques où l'Église prétendait imposer sa vision du monde au nom de la foi et du respect du dogme. Ce serait vouloir remettre les scientifiques dans la triste situation de Galilée écartelé entre le respect des directives humaines et l'évidence des constatations scientifiques. Le droit interviendrait maintenant dans la science, au nom d'autres critères certes, mais de façon tout aussi injustifiable. Or, quoi que décident les édicateurs de normes, la constatation du scientifique ne pourra jamais être que celle de Galilée : « Et pourtant elle tourne. »

Le droit serait donc sans pouvoir pour énoncer ce qui, parmi les hypothèses scientifiques, est acceptable, ou pour interdire l'acquisition de certaines connaissances⁶, et il ne saurait donc intervenir dans le domaine des sciences et de la recherche. Son intervention ne pourrait provenir que d'un obscurantisme propre à freiner le rythme des découvertes et le développement humain—l'entravant sans d'ailleurs pouvoir l'empêcher⁷ : « Mais l'on n'obtiendra ainsi que des délais, car c'est toujours la science qui a le dernier mot en ces sortes d'affaires⁸. » Telles sont la conception et la certitude de certains scientifiques.

5. Dans le présent article, le mot « science » employé seul est pris dans son sens courant de science pure et sciences expérimentales, et il exclut donc les sciences humaines.

6. J. MALHERBE, *Médecine et droit moderne*, Paris, Masson & Cie, 1969, p. 16 : « Ce problème des limites aux droits de l'expérimentation relève de la morale professionnelle [...] ».

7. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les procréations médicalement assistées : état des questions », (1987) 3 *Rev. trim. dr. civ.* 457 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Congélation d'embryons, fécondation *in vitro*, mère de substitution. Point de vue d'un juriste », dans *Actes du colloque Génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, 1985, p. 326.

8. J. ROSTAND, *Uchronie scientifique, La biologie et l'avenir humain*, Paris, Éditions Albin Michel, 1950, pp. 8-9.

B. La réalité des interrelations

La conception voyant dans la science et le droit deux mondes séparés, clos, sans relation l'un avec l'autre, et qui semble à première vue exacte, est en fait fautive. Les deux sont susceptibles d'effets l'un sur l'autre. Il est maintenant admis que la science influence le droit, et ce, même par les juristes⁹, et les scientifiques usent même, et volontairement, de cette influence sur le droit pour élargir leur marge de manœuvre, ainsi que nous le verrons plus loin.

L'inverse, quoiqu'il soit moins bien accepté, est pourtant vrai aussi.

Il est donc indispensable d'analyser certaines caractéristiques essentielles du droit pour délimiter son domaine et pouvoir déterminer en quoi et dans quelle mesure il peut intervenir relativement aux sciences, s'il le peut.

1- Le domaine du droit

L'analyse des caractéristiques essentielles du droit révèle qu'il est anthropocentrique par nature, universel dans ce qui entre dans sa mouvance, enfin classificatoire.

a) Le droit est anthropocentrique¹⁰

Toute chose ou activité est considérée par le droit, non pour elle-même et en elle-même, mais en ce qu'elle est envisagée par rapport à l'être humain. Ainsi, peu importe au droit qu'un renard tue un lapin sauvage ; mais le droit pourra intervenir si le renard tue les poules d'une personne ; il interviendra encore, et plus facilement, si le chien de quelqu'un tue les poules d'un autre ; il essaiera même d'intervenir s'il considère que le renard tue trop de lapins sauvages... parce qu'alors ce dernier diminue les ressources pour l'être humain ou il crée un déséquilibre écologique perçu par celui-ci comme néfaste pour lui¹¹. Pour être plus précis encore, faits et choses sont considé-

9. Voir, par exemple, C. LABRUSSE-RIOU, «La vérité dans le droit des personnes», dans B. EDELMAN et M.A. HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Ch. Bourgeois éd., 1988.

10. «Il est illusoire de vouloir échapper à l'anthropocentrisme dans la définition des règles morales» : F. MAGNARD et N. TENZER, *Le spermatozoïde hors la loi*, Paris, Calmann-Lévy, 1991, p. 92.

11. Cela reste vrai malgré la conception de l'écologie radicale (*deep ecology*) qui entendrait faire édicter des normes axées sur une nature-sujet de droit. Voir sur ces tendances diverses des relations «homme-nature», F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, Éditions La Découverte, 1995. En effet, ainsi que cet auteur l'a souligné lors d'une conférence donnée à la Faculté de droit de l'Université Laval le 24 avril 1995, les catégories éthique et droit ne font sens que pour ceux qui les comprennent, et c'est pourquoi elles sont axées sur l'être humain donc anthropocentriques.

rés non en eux-mêmes ou dans leur relation avec *un* être, mais dans leur relation avec un être humain *par rapport aux autres* êtres humains : ainsi, le droit de propriété n'a aucun sens pour un être humain vivant seul sur une île, ignoré de tous ; il n'en a que pour établir ses droits par rapport à d'autres êtres humains.

Comme l'a si bien noté J. Lenoble : « Le droit individuel ne s'établit jamais que dans un rapport à autrui¹². » Cette caractéristique n'est pas vraie que pour le droit individuel mais pour tous les types de droit. L'interdépendance peut être directe ou indirecte, soit que l'action de l'un mette l'autre en cause, directement ou non (par exemple : contrat, dommages), soit que l'action entièrement personnelle d'une personne puisse avoir des conséquences indirectes sur les autres (gaspillage des ressources, destruction du sens civique, etc.). C'est ainsi au regard des droits ou des conséquences par rapport aux autres, donc au regard des relations entre êtres humains, que le droit considérera choses, faits et actes, et qu'il interviendra pour organiser, réglementer, permettre ou interdire.

Le reste relève du domaine de la morale personnelle ou du simple fait. Cependant, tout ce qui sort de la stricte intériorité pourra relever du droit, en ce que son extériorisation (même sur soi-même) peut avoir des conséquences sur les autres ou par rapport aux autres, ou sur les rapports entre êtres humains. C'est pourquoi rien de ce qui a trait aux actions ou aux relations humaines n'échappe en absolu au droit ; dès qu'apparaît un élément d'interdépendance, d'interrelation entre êtres humains, cet élément est susceptible d'entrer dans le domaine du droit. Cela nous amène à la deuxième caractéristique du droit : il est universel.

b) Le droit est universel

Dès qu'apparaît l'élément d'interrelation ou d'interdépendance entre êtres humains, on entre dans le domaine du droit, et tout est alors objet de droit ; dans cette sphère, le droit a vocation à tout régenter, même ce qui, à première vue, en est considéré comme exclu. C'est ainsi que :

la règle collective peut pénétrer le champ privé [...] [et], si la présentation de l'intégrité d'un espace privé apparaît en principe fondateur des libertés publiques et de toute démocratie, c'est à la règle collective qu'il convient de déterminer la frontière entre les deux espaces¹³.

Car si le domaine du droit est spécifique et limité à ce qui met en jeu les relations entre humains ou entraîne des conséquences sur les autres êtres

12. J. LENOBLE, *Droit et communication : la transformation du droit contemporain*, Paris, Éditions du Cerf, 1994, p. 40.

13. F. MAGNARD et N. TENZER, *op. cit.*, note 10, p. 34.

humains — ce qui constitue son paramètre —, il est par contre, dans la sphère délimitée par ce paramètre, universel relativement aux activités humaines ou aux choses envisagées au regard de l'être humain, et il embrasse non seulement ce qui existe mais même ce qui n'est que potentiel. Nous y reviendrons plus loin.

N'ayant toutefois pour objet que ce qui influe sur les rapports entre êtres humains, le droit ne concerne que ce qui s'extériorise et prend place dans le concret (ou est susceptible d'y prendre place) : ainsi, il ne peut prescrire les pensées.

Le droit ne peut davantage réglementer ce qui échappe à l'être humain : il ne peut interdire à un volcan de faire éruption, à un raz de marée de se produire, à une rivière de déborder. Mais il peut édicter des dispositions imposant des actions aux êtres humains, dispositions destinées à prévenir, enrayer, limiter ou même utiliser le phénomène naturel ; tout comme il peut prévoir l'intégration dans le monde juridique des conséquences de ces phénomènes.

Mais, dans ce qui constitue son objet, le droit est universel en ce que, même ce qui, *en apparence*, n'est pas envisagé par le droit est *en fait* objet de droit dans la mesure où, par son silence même, ce que le droit ignore, il le tolère : « ne pas légiférer, c'est légiférer quand même ; ne pas interdire, c'est autoriser¹⁴ ».

Enfin, le droit présente une autre caractéristique : il est classificatoire.

c) Le droit est classificatoire

Le droit est classificatoire, sa classification est universelle et la « taxinomie juridique porte elle-même un sens [...] [car] on ne classe pas les choses au hasard » ; la classification étant effectuée en fonction « du sens que le droit entend conférer à [une pratique] »¹⁵.

Pour le sujet qui nous intéresse, deux classifications essentielles peuvent être dégagées. La première relève du fait, bien qu'elle ait une influence en droit : c'est celle de l'existant et de l'inexistant ; l'autre relève directement du droit, et c'est celle du permis et de l'interdit.

Tout d'abord, l'ensemble du monde réel et potentiel peut être classifié d'un point de vue juridique : le monde peut être divisé entre ce qui existe et ce qui n'existe pas encore mais qui pourra éventuellement exister. La classification du droit intervient pour positionner l'être humain non seulement

14. *Id.*, p. 120.

15. B. EDELMAN, « Critique de l'humanisme juridique », dans B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 302.

en ce qui concerne le préexistant (par exemple : arbre, nature), action ou chose qui existe déjà et que nous appellerons le réel, mais en ce qui a trait aux potentialités (ce qui n'existe pas encore mais qui est potentiel, actes ou choses qu'il appartient à l'être humain de réaliser ou non).

Bien que le domaine du réel soit le plus facile à cerner, il convient de commencer par déterminer ce qui, dans le domaine des potentialités, entre dans la sphère du droit pour pouvoir, par la suite, avoir une vision complète de la classification opérée par le droit relativement au réel.

En ce qui concerne les « potentialités » (donc ce qui n'est pas encore mais qui pourrait exister dans l'avenir), on peut distinguer deux catégories fondamentales. La première catégorie comprend tout ce qui dépend de l'être humain : y entrera tout ce qui découle des actions de ce dernier (création ou destruction d'objets, contrats, etc.). Le droit classifera ces potentialités dépendant de l'activité humaine en permises (ou tolérées), interdites, imposées (ou obligatoires). Dans la deuxième catégorie entre tout ce qui échappe au contrôle ou à la volonté de l'être humain et qui dépend principalement des forces de la nature non contrôlées par lui (par exemple : éruption volcanique, dépôt d'alluvions).

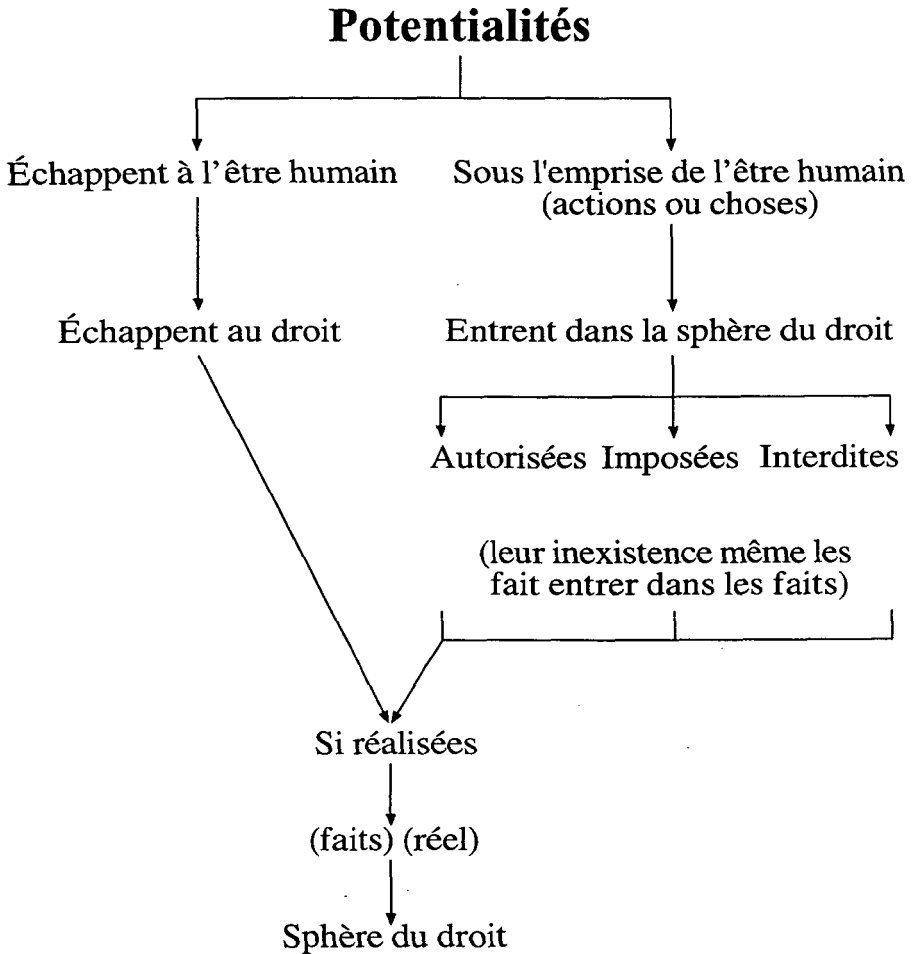
Seule cette catégorie échappera — pour ce qui est tout au moins de son émergence — au droit puisque ce dernier ne pourra pas plus l'interdire que la permettre ou l'ordonner. Mais dès que ces potentialités échappant au contrôle humain seront devenues réalité, elles deviendront objet de droit.

En effet, toutes les potentialités, qu'elles dépendent ou non de l'intervention humaine (et dans le premier cas, qu'elles soient permises ou interdites), une fois réalisées, vont faire partie, comme ce qui préexistait, du réel (voir la figure 1), et elles entreront donc dans la classification qui positionne l'être humain par rapport au réel.

Outre l'aménagement de la société et des relations entre les personnes, relativement au réel, le droit distingue ce qui est toléré (c'est la quasi-totalité des choses) et — à titre exceptionnel — ce qui ne l'est pas et dont il va alors ordonner la destruction ; il distingue aussi ce qui est appropriable de ce qui est inappropriable (ainsi les alluvions, potentialité une fois devenue réalité, entreront dans la classe des choses appropriables). On doit noter que l'inappropriable n'est toutefois exclu ni du champ du droit ni de celui de l'action humaine. Ce sont l'appropriation et l'usage exclusif qui sont alors interdits. L'analyse de la situation juridique relative à ce qui est inappropriable révèle qu'en fait l'inappropriable relève de l'accès à l'usage, lequel sera soit illimité pour chacun (par exemple, l'air), soit limité (généralement parce qu'un objet est rare ou son utilisation dangereuse pour la personne qui en fait usage ou pour l'humanité) ; l'inappropriable sera alors objet de gestion. On doit

Figure 1

Droit : Potentialités et réalité



remarquer que tout bien ou élément inappropriable dont l'usage est illimité et non contrôlé est susceptible d'entrer dans la deuxième catégorie et peut devenir objet de gestion s'il y a raréfaction ou si une utilisation abusive ou excessive en entraîne la détérioration ou la disparition (pêche excessive, pollution, etc.)¹⁶.

Les conséquences de l'action humaine, autorisée ou interdite, parfois (mais plus rarement) imposée, peuvent créer des « réalités matérielles » (par exemple : objet, matière inanimée, ou même maintenant nouvel être humain), lesquelles entreront dans la classification précédente comme appropriables ou inappropriables (à moins que le droit n'ordonne de les faire disparaître si elles sont interdites ou résultent d'actions interdites : par exemple, les maisons construites sans autorisation hors zonage). Ces actions peuvent entraîner des dommages (aux choses ou aux autres êtres) ou des relations juridiques (superstructure) ; les actions interdites donneront éventuellement lieu à des sanctions (et ce sera l'objet du droit pénal), à des dommages-intérêts pour les victimes, si elles causent des dommages, et les engagements pris à l'égard d'autrui seront considérés par le droit comme ayant ou non une existence selon qu'ils étaient permis ou interdits.

On voit donc qu'il appartient au droit de dire, parmi les possibles dont il dépend de l'être humain qu'ils se réalisent ou non, lesquels sont autorisés ou non. C'est à ce titre que le droit peut, et même doit, se prononcer sur certains actes lourds de conséquence pour l'être humain. Dès lors que l'attitude dépasse l'intériorité et met en jeu d'une manière assez importante la sécurité des autres, de la société elle-même ou des valeurs fondamentales de la société, on sort du domaine de la morale personnelle pour entrer dans celui du droit puisque, pour le droit, toute chose ou tout acte ne sont pas, en fait, considérés en eux-mêmes mais uniquement par rapport à l'être humain.

Cette délimitation du domaine du droit permet de déterminer l'aptitude du droit à régir la science et l'étendue possible de son intervention, et donc d'établir si la science entre dans la sphère du droit.

16. B. EDELMAN, « Nature et sujet de droit », (1985) 1 *Droits* 125 ; il semble difficile de soutenir que la nature serait un « sujet de droit », et nous partageons ici le point de vue soutenu par L. BÉGIN, « La revendication écocentriste d'un droit de la nature », *Laval théologique et philosophique*, vol. 48, n° 3, 1992 p. 397 ; F. MAGNARD et N. TENZER, *op. cit.*, note 10, p. 92, ont fort justement noté que la protection de la nature n'est pas faite dans l'intérêt final de celle-ci, mais qu'elle a pour origine « l'intérêt bien compris de l'homme, qui dépasse la perception immédiate qu'il s'en fait ».

2- Détermination de la compétence du droit à régir la science

L'analyse des divers aspects de la science permet d'établir que, si tout un aspect de la science échappe à la sphère du droit, tout un autre y entre.

a) La science hors de la sphère du droit

La comparaison entre les domaines de la science et du droit permet d'établir que tout un aspect au moins de la science échappe au droit : c'est celui qui a trait aux phénomènes sur lesquels l'action humaine est sans emprise et que l'être humain ne peut que constater et essayer d'expliquer ; le droit est donc sans emprise sur les « lois » scientifiques.

Mais les sciences sont à la frontière de deux mondes : celui des phénomènes naturels qu'elles étudient, dont elles s'efforcent de décrypter les lois et les mécanismes (ce qui est l'objet des sciences fondamentales) et celui des actions humaines, nécessaires à l'existence même de la science.

L'action humaine peut être purement spéculative et intellectuelle ; c'est elle qui s'exerce lors de la réflexion scientifique ; mais elle se concrétise généralement en une action extérieure nécessaire soit pour le rassemblement même des données indispensables à l'élaboration des théories, soit dans l'expérimentation destinée à vérifier l'exactitude de l'explication envisagée ou à permettre une utilisation des découvertes, ou encore dans l'énonciation extérieure de la pensée dans un but de communication et d'échange, ou, enfin, dans les applications qu'elle élabore à partir de ces phénomènes naturels. C'est sur cette *activité humaine extériorisée* que la science donne prise au droit.

b) La science dans la sphère du droit : la science, objet de droit

Ainsi, il est certain que le droit ne peut changer les « lois » scientifiques, modifier les mécanismes de causalité et interdire que la Terre tourne autour du Soleil ; il est certain aussi qu'il ne peut intervenir sur ce qui relève de la pure intériorité : il ne peut empêcher les vivants de penser. C'est relativement aux actions humaines ou aux potentialités dont il dépend de l'être humain qu'elles se réalisent—l'utilisation concrète des lois scientifiques par exemple—qu'il peut intervenir.

Aussi, dès que la pensée se manifeste dans une action concrète, extérieure (expérimentation ou application), le droit pourra intervenir en fonction de ses paramètres, dont celui, central, de respect de l'être humain. Le critère de la liberté scientifique n'est donc pas, ainsi qu'on l'a dit, le respect de « ses propres limites constitutives » (c'est-à-dire des abstractions au sens strict) à l'intérieur desquelles « [la science] n'[aurait] de compte à rendre

qu'à elle-même¹⁷», limites intrinsèques à la notion de science, à moins de voir là la simple énonciation de lois ou d'hypothèses scientifiques.

Le critère de la liberté scientifique ne se trouve donc pas dans la distinction entre science « pure » et technologie ou technique¹⁸, mais, à condition qu'il s'agisse d'éléments entrant dans la sphère du droit, donc dès lors qu'il y a action humaine, dans celui qui justifie l'intervention du droit : et dans notre société, ce critère est le respect de l'être humain.

-
17. D. FOLSCHIED, « La science et la loi », *Éthique*, n° 1, été 1991, p. 60 : ses limites sont le fait que « la science n'est science qu'en traversant la réalité complète pour accéder aux « idéautés » qui lui sont propres ». C'est omettre que pour y accéder, outre le travail intellectuel d'analyse, il y a nécessairement un aspect d'extériorisation pour l'expérimentation nécessitée par la vérification de la théorie élaborée, ou pour sa diffusion. Ce sont ces aspects qui doivent respecter les limites du droit.
18. On tend à distinguer dans cette optique « deux champs de l'activité humaine, la science pure et la technique » (D. RONDEAU, « Le principe responsabilité de Hans Jonas. Analyse d'un essai de renouvellement de l'éthique à l'ère techno-scientifique », mémoire de maîtrise, Sainte-Foy, École des gradués, Université Laval, 1992, p. 14), ou science et technologie (D. MALÉZA, « Les implications juridiques de l'expérimentation scientifique en matière de reproduction humaine : un exemple, le clonage », mémoire de maîtrise, Sherbrooke, Faculté des études supérieures, Université de Sherbrooke, 1988, pp. 70 et 166). La première « dénuée de toute utilité immédiate [...] [constituant] une fin en soi », la seconde apparaissant « lorsque la pensée devient action » (D. MALÉZA) la technique constituant « un domaine de l'activité humaine développé à partir des découvertes de la science [...] [et qui dévoile] une utilité immédiate » (D. RONDEAU, pp. 13-14), seule la technique relevant du droit ou de l'éthique [...] pour la raison que la science ne constituerait « pas à proprement parler un agir, pas plus qu'elle ne [ferait] appel à des valeurs » (D. RONDEAU, p. 14). L'emploi des termes « technique » ou « technologie », nous semble introduire une ambiguïté fort dangereuse quant au critère énoncé et fort néfaste : une lecture très attentive révèle que ces termes sont en fait employés sensiblement dans le sens d'« activité humaine », même si l'on recourt peu ou pas à ce que le langage courant appelle « technique » ou « technologie » (on parle d'« expérimentation » pour l'inclure dans la technique). Mais même alors une certaine incertitude demeure quant à la part d'artefact qui devrait être utilisée pour qu'il y ait technique ou technologie : ces auteurs vont-ils jusqu'à inclure dans ces termes par exemple la simple notion de méthode ? Il semble difficile de le déterminer.

Nous écartons donc volontairement cette terminologie qui véhicule une notion trop trompeuse à l'égard du sujet envisagé. Car elle semble lier le critère au but, à la finalité poursuivie et non aux moyens utilisés. Or la sphère d'intervention du droit n'est pas liée à la finalité poursuivie par l'activité (fin en soi ou recherche d'une utilité immédiate dans le cas de la science), pas plus dans le domaine scientifique que dans tout autre domaine, mais à l'existence même de toute activité humaine, et il interviendra alors en fonction de ses propres critères. Or si l'énonciation de la loi scientifique elle-même échappe au droit, elle nécessite presque toujours auparavant le rassemblement de données pour son élaboration, ou des expérimentations aux fins de vérification de la théorie, et donc presque toujours une activité humaine qui n'est pas forcément un recours à la « technique » ou à la « technologie », à moins de voir dans ces termes de simples synonymes de l'expression « activité humaine ».

Le droit interviendra donc si les concrétisations de la pensée scientifique entraînent des conséquences directes ou indirectes pour les autres humains, que ce soit sur leur personne ou dans leurs rapports mutuels. Car « le chercheur est un citoyen comme un autre ; ses activités doivent respecter l'ordre légal, les règles juridiques formulées par la société¹⁹. »

Certes, dans nos sociétés, le principe est la liberté, toutes limitations à celle-ci n'étant que des exceptions. Toutefois, on ne saurait invoquer les libertés garanties par les chartes pour plaider l'absolue liberté des chercheurs : tous les droits et libertés qu'elles garantissent sont susceptibles de limitations en fonction d'un intérêt estimé supérieur : ainsi en va-t-il, par exemple, pour l'interdiction des publications haineuses (atteintes à la liberté d'opinion), du libelle diffamatoire (atteinte à la liberté d'expression). Il doit donc en aller de même relativement à l'activité scientifique.

Dès lors que l'activité scientifique entraîne un danger ou met en jeu un principe fondamental du droit, elle pourra être contrôlée, réglementée ou même interdite. L'intervention légale pourra donc avoir lieu relativement à l'aspect « activité humaine » de la science : ce pourra être à propos de la vérification expérimentale de la théorie, des diverses activités nécessaires à son élaboration, de l'utilisation projetée de la découverte²⁰.

Et, dans nos sociétés actuelles, le critère central de délimitation de l'interdit et du permis, peut-être mis en jeu par les recherches sur la génétique et les nouvelles techniques de reproduction (NTR), est celui du respect de l'être humain. Cependant, malgré la compétence du droit à intervenir pour limiter ou réglementer l'activité des scientifiques, les réticences sont nombreuses.

Pourtant, les aspects des recherches sur la génétique et les NTR pouvant justifier l'intervention du législateur et l'imposition d'une interdiction, d'une limitation ou d'une réglementation paraissent relativement nombreux, car nombreux semblent les risques courus par l'être humain. L'un des plus importants se situe au niveau de la déformation du concept d'être

19. D. MALÉZA, *loc. cit.*, note 18, 70.

20. Il semble plus difficile d'envisager l'interdiction de la publication des résultats ou la publicisation sous quelque forme que ce soit de faits ou d'une théorie scientifique même si son impact pouvait être considéré comme nocif ou dangereux (telle la publication des résultats de recherches portant sur les différences de quotient intellectuel selon la race) car le risque d'arbitraire et d'atteinte à la circulation des idées et à la liberté de pensée devient alors très important. Un fait reste un fait, et le risque de verser dans l'obscurantisme scientifique par refus d'accepter la réalité est alors trop grand. Ce ne sera pas le fait révélé lui-même qui sera dangereux mais l'interprétation, les déductions qui pourraient en être tirées ou l'usage qui en serait fait, telle l'incitation à la discrimination raciale, et c'est à ce stade que pourra intervenir la limitation à la liberté d'expression.

humain par la modification de la représentation que nous nous en faisons²¹, et du respect de sa nature : ravalement de l'être au rang d'objet manipulable, commercialisation de son corps ou de certaines de ses parties, eugénisme, etc.

On peut toutefois observer dès le départ que les risques peuvent intervenir à deux niveaux : celui — direct — des activités de recherche elles-mêmes qui traiteraient l'être humain d'une manière inacceptable (ce qui devrait donc entraîner une intervention législative) et celui — indirect — des applications engendrées par des découvertes. Ce dernier cas ne devrait normalement pas entraîner l'interdiction des recherches²² dont seule la dérive des applications est redoutée, si les moyens utilisés par la recherche elle-même sont compatibles avec le respect des fondements du droit. Le législateur ne devrait qu'encadrer les recherches ou intervenir relativement aux applications. Comme toutes les conséquences possibles ne sont pas forcément envisageables, il faut donc qu'un cadre de principes généraux soit élaboré à partir duquel serait opéré le tri.

Cependant, alors que les sciences progressent à un rythme sans cesse croissant, le droit traverse une crise qui rend encore plus aléatoire qu'auparavant son intervention sur des problèmes, dans l'absolu difficiles, et pour lesquels on ne peut puiser dans un fond de réflexions approfondies depuis des générations pour les résoudre, par opposition à ce qui se passe pour la plupart des autres problèmes humains, puisqu'il s'agit de problèmes entièrement nouveaux.

Et, placé devant ces problèmes sans précédent qui supposent un effort de réflexion difficile à mener à bien, le droit se trouve bridé dans ses possibilités de dégager les bases nécessaires à ses prises de décision en raison de l'emprise que la science tend à s'assurer sur lui.

II L'emprise de la science sur le droit

Les scientifiques tendent à influencer ceux qui sont chargés de dire le droit, « craignant » qu'on n'en vienne à limiter l'exercice expérimental de leur imagination et donc la liberté de leur production scientifique²³.

21. D. LECOURT, *À quoi sert donc la philosophie ? Des sciences de la nature aux sciences politiques*, Paris, PUF, 1993, p. 165.

22. Voir dans ce sens : F. MAGNARD et N. TENZER, *op. cit.*, note 10, p. 82.

23. J. TESTART, « Premier bilan d'une rupture annoncée », dans *Sortir la maternité du laboratoire, Actes du forum international sur les nouvelles technologies de la reproduction organisé par le Conseil du statut de la femme*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1987, p. 49.

Cette attitude est naturelle et existe spontanément, car, comme l'a si bien noté J. Freund, « [il] y a une griserie de l'action, c'est-à-dire qu'après avoir accompli ce qui est nécessaire, utile, l'homme est porté à faire également ce qui est nuisible, dangereux et inutile²⁴. »

Les scientifiques sont d'autant plus motivés à refuser toute limite que la logique financière²⁵ de la recherche par l'entremise des subventions ou des commandites et l'attrait de la gloire les confortent dans leur volonté d'effectuer des recherches situées à l'extrême pointe du jamais fait, alors que leur curiosité intellectuelle les y pousse.

Sciences et droit opèrent donc plus ou moins consciemment une lutte de pouvoir dont il n'est pas certain que le droit sorte vainqueur.

La science possède en effet une emprise sur le droit : ayant par son développement amené l'affaiblissement du prestige — et donc de l'influence — de la philosophie, soutien nécessaire des fondements du droit, et privant ainsi celui-ci d'un instrument de réflexion indispensable, elle tend maintenant, pour élargir sa marge de manœuvre, à déformer la limite imposée par le respect de l'être humain, fondement de notre droit, en manipulant la notion d'être humain pour en réduire l'incidence.

Car science et philosophie font toutes deux partie du monde des valeurs, valeurs qui conditionnent et influencent le droit. Et on a sans doute moins à craindre « la science au pouvoir, que l'emprise idéologique de la science sur le pouvoir²⁶ ».

A. L'envahissement par les sciences du monde des valeurs et l'affaiblissement des sciences humaines et de la philosophie

L'atteinte des instruments nécessaires au droit pour remplir sa mission est le résultat d'une évolution lente et involontaire. Pour la percevoir, il faut resituer les sciences dans le champ de l'ensemble de la connaissance humaine (au sens large) et, notamment, voir la proportion de ce champ accordée au cours de l'histoire à la philosophie, d'une part, et à la science au sens moderne du mot, d'autre part.

On constate alors que les sciences ont porté atteinte à la philosophie sur deux plans distincts : 1) par la proportion de la place respective de l'une et

24. J. FREUND, *Qu'est-ce que la politique ?*, Paris, Éditions du Seuil, 1965, p. 24.

25. J. TESTART, *loc. cit.*, note 23, p. 49, à sa note 26 : « Mon expérience m'a appris qu'il y a toujours un épicier à l'affût dans le dos du chercheur quand la recherche est susceptible d'application immédiate. »

26. D. FOLSCHIED, *loc. cit.*, note 17, 71.

de l'autre dans le champ des connaissances humaines ; 2) par la valorisation accordée à l'une et à l'autre.

La vision historique globale du champ de la connaissance intellectuelle humaine révèle un envahissement de ce champ par les sciences, et un rétrécissement plus que proportionnel de la philosophie.

À l'origine (chez les Grecs et jusqu'au XVII^e siècle), toute connaissance avait pour but de situer l'être humain dans l'univers et était considérée comme acquise dans le but de servir la philosophie... Aussi, celle-ci englobait la totalité de l'activité intellectuelle ayant pour but la connaissance. Toutes les disciplines qui, de nos jours, nous apparaissent comme autonomes (histoire, géographie, science politique, mathématiques, physique, chimie) n'existaient pas en elles-mêmes mais comme partie intégrante de la philosophie. Elles n'étaient d'ailleurs conçues que comme destinées à fournir des matériaux de réflexion philosophique. Elles sont apparues, animées par la même pensée et par les mêmes mobiles que la philosophie : entre ce qu'elles étaient alors et ce qu'elles sont maintenant, c'est le même espace que celui qui sépare l'alchimie du Moyen-Âge de la chimie moderne. Le tableau dressé par Hobbes et reproduit ici (voir la figure 2) est révélateur : à son époque, tout — ou presque — est encore philosophie. C'est donc du sein même de celle-ci qu'ont peu à peu émergé les diverses branches de la connaissance, qu'il s'agisse des sciences humaines ou encore des sciences exactes ou expérimentales.

Les diverses sciences vont peu à peu se dégager, s'émanciper par rapport à la philosophie, se constituer en disciplines autonomes par un processus de spécialisation semblable à celui qui opère encore et par lequel certains champs des sciences humaines sont apparus et se sont différenciés d'un domaine autrefois commun : un exemple typique récent est celui de l'apparition de la sociologie qui s'est lentement démarquée des autres sciences sociales. Ainsi, se sont constituées comme sciences indépendantes de la philosophie toutes les sciences humaines et toutes les autres sciences²⁷.

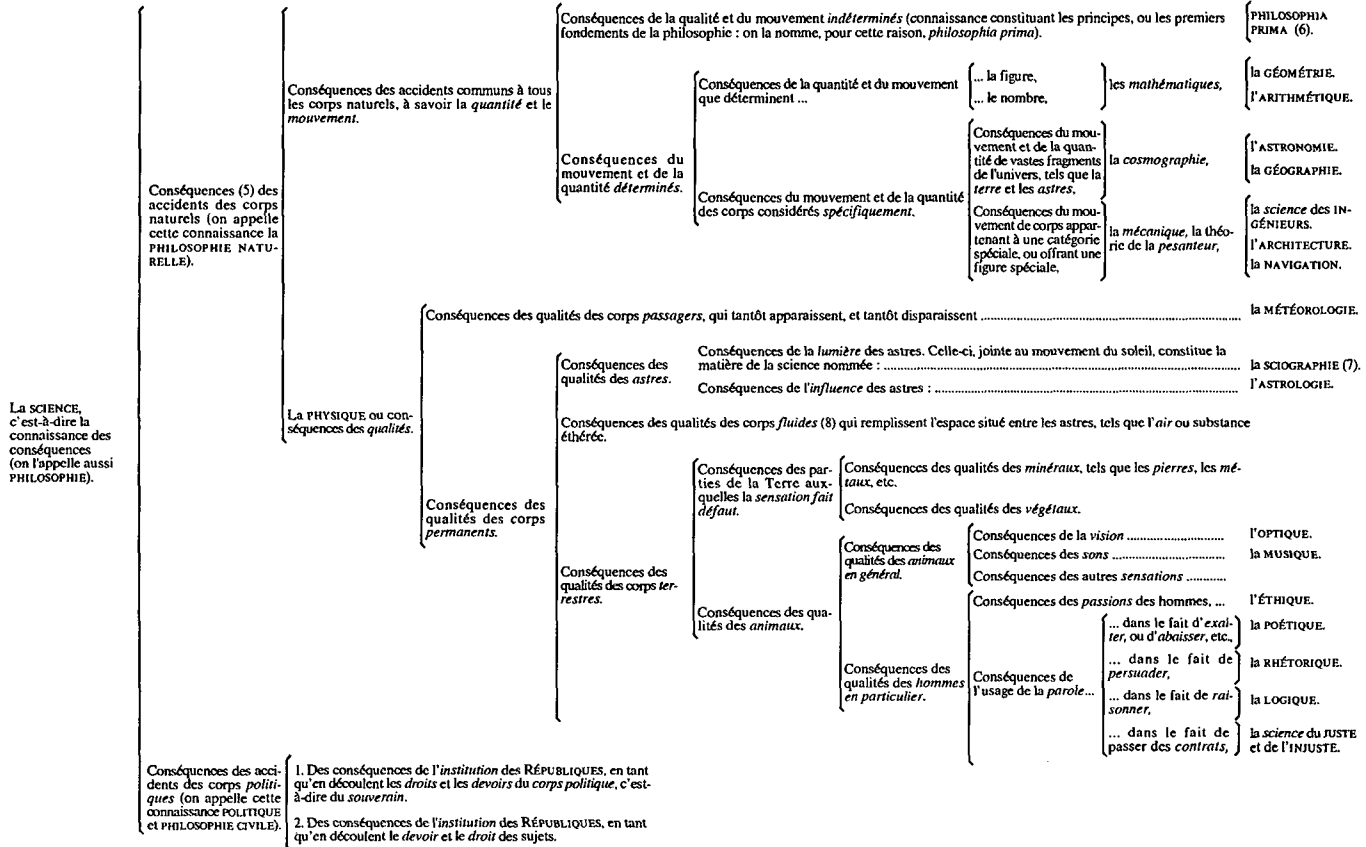
Les sciences humaines, dont le domaine était *a priori* plus proche de l'objet de la philosophie et dont elles ne constituaient alors qu'un aspect, ont dans un premier temps (notamment au XVII^e siècle et au XVIII^e siècle) été plus développées que les autres sciences.

À partir du XIX^e siècle, ce sont peu à peu les sciences (au sens moderne courant du mot qui désigne maintenant, employé seul, les sciences exactes et expérimentales) qui ont pris une expansion de plus en plus fulgurante et

27. Voir sur cette « émancipation » des autres sciences à partir de la philosophie, H. DUMÉRY, « Philosophie, philosophes et philosophies », dans *Encyclopedia universalis*, vol. 12, 1972, pp. 971-972.

Figure 2

Objets de connaissance (au XVII^e siècle)



Source : tableau de T. Hobbes, *Le Leviathan*, traduit par F. Tricaud, Paris, Éditions Sirey, 1971, p. 81.

ont, à leur tour, relégué au second plan les sciences humaines, si ce n'est par la somme des connaissances accumulées, tout au moins par la quantité d'efforts investis et la valorisation respective de chacun de ces champs.

Cette dernière évolution est étroitement liée à l'aspect matérialiste et strictement utilitariste de la civilisation occidentale contemporaine où tout est jugé sur le seul plan matériel et quantifiable et où la science elle-même tend à n'être plus qu'une technoscience²⁸, car tout ce qui n'entraîne pas la création de biens matériels ou de richesses économiques est considéré comme de peu d'intérêt, méprisé, marginalisé. D'où le peu d'estime dans lequel se trouvent les domaines ne constituant ni les sciences exactes, ni les sciences expérimentales. Certaines branches dans ces domaines ont cependant une place plus respectée mais en raison même du critère dominant de la société actuelle, car elles présentent un intérêt assez facilement perceptible, relativement immédiat quoique souvent — hélas pour elles et pour nous — non mesurable mathématiquement : ainsi en est-il de la psychologie (qui permet de rendre ou de garder les gens fonctionnels) ; commence à se profiler à nouveau une certaine valorisation de la maîtrise de la langue dans la mesure où l'expérience concrète a montré que l'absence de cette maîtrise rend aléatoire la communication en produisant un message peu clair soit à son origine (parce qu'il est trop mal exprimé), soit à sa réception : ce défaut de communication amène une incompréhension potentiellement dangereuse et entrave la marche normale des choses ou éventuellement l'avance des sciences.

D'où une tendance à vouloir orienter la philosophie vers une philosophie « pratique », utilisable de manière concrète à court terme et de manière visible et à accorder un soutien plus faible aux recherches fondamentales même dans le secteur des sciences (au sens étroit du terme), en raison de l'incertitude de leur rentabilité, laquelle est généralement à trop long terme pour les exigences économiques actuelles.

La dévalorisation profonde de ce qui n'a pas une conséquence exploitable à très court terme est renforcée par une dévalorisation de tout ce qui n'est pas aisément quantifiable, strictement mesurable en termes étroitement matériels. Cette dévalorisation provient elle-même de la survalorisation des sciences pour lesquelles la mesure objective de quantités matérielles mesurables est essentielle. Le prestige de ces sciences est tel que toutes les autres activités de connaissances voudraient se conformer à ce mode de

28. Cette expression est employée par A. RENAULT et L. SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 157, pour qualifier l'essence de la science moderne dégagée par M. HEIDEGGER, *Introduction à la métaphysique*, Paris, Gallimard, 1967, p. 49 et *Essais et Conférences*, Paris, Gallimard, 1958, et qui pour lui, tout comme l'avènement de l'État totalitaire, s'explique par le règne de la technique.

fonctionnement, considérant par une sorte d'acculturation discutable des méthodes des sciences expérimentales que ce qui n'est pas matériellement mesurable est subjectif, donc faux ou inexistant.

D'où la perte de prestige des philosophes et la faible place accordée à la philosophie, base pourtant nécessaire à l'établissement des fondements du droit. Ainsi a été dévalorisée et rejetée par Kelsen, et dans sa foulée par plusieurs générations, la philosophie du droit, qui fait appel aux concepts subjectifs du Juste, au profit de la « théorie pure du droit » basée sur les éléments strictement objectifs²⁹, malgré les limites pourtant évidentes et les conséquences inévitables de l'application des seuls critères « objectifs » de la compétence.

L'ensemble du droit, basé sur le respect de l'être humain, devient alors un géant aux pieds d'argile, puisqu'à la croissance exponentielle des conséquences tirées de la notion de respect de l'être humain (droits et libertés édictés dans les chartes notamment, mais aussi, portée des diverses règles, par l'intermédiaire de toute la littérature juridique la conditionnant) correspondent l'affaiblissement et la profonde dévalorisation³⁰ de la philosophie qui a pourtant été à l'origine de sa création et en constitue donc le fondement, et ce, à un moment où le respect de l'être humain dans ce qu'il a de plus intime — son être même — commence à être menacé (d'une façon aseptisée peut-être) par les sciences.

L'affaiblissement du prestige de la philosophie et de l'importance qui lui est accordée explique l'influence considérable de la science sur le droit et facilite les distorsions que celle-ci essaie de faire subir aux notions qui pourraient l'entraver. L'emprise de la science sur le droit se révèle en effet, et beaucoup plus directement, dans la manipulation qu'elle opère actuellement relativement au critère juridique qui risque d'opposer une frontière à son activisme : le respect de l'être humain. Et le prestige des sciences qui s'étend dans tous les horizons explique la facilité avec laquelle les sciences peuvent manipuler les concepts pour élargir leur marge de manœuvre.

B. L'affaiblissement et la distorsion du respect de l'être humain

Dès lors que la science entre dans le domaine de l'activité humaine volontaire, elle pénètre dans l'univers du droit, univers partagé d'une manière fondamentale entre ce qui est permis ou tolérable et ce qui est interdit ou intolérable en vertu de divers critères (morale, religion, etc.). Or le critère

29. H. KELSEN, *La théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962 ; voir notamment sur ce sujet : A. RENAUD et L. SOSOÉ, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, note 28, pp. 15-16 et 352-365.

30. D. FOLSCHIED, *loc. cit.*, note 17, 76 : « nous avons tout misé sur le socle [les droits de la personne] et négligé d'entretenir ses fondations ».

central retenu actuellement pour le droit est celui du respect de l'être humain, lequel découpe l'univers des possibles entre l'acceptable et l'inacceptable, entre le permis et l'interdit.

Toute science n'est donc tolérable que si elle est indifférente au respect et à la sécurité de l'être humain (c'est-à-dire si elle ne les met pas en cause). Par là, elle est inférieure à ce critère et conditionnée par lui dans ses possibilités de réalisation.

Or, actuellement le champ des possibles offerts par les sciences biologiques risque de déborder cette conformité en ce que les possibilités ouvertes peuvent porter atteinte à l'être humain. Plus que jamais, le droit aurait donc besoin d'un concept clair et ferme de la notion d'être humain pour imposer des limites à la science. Mais celle-ci remet en cause la notion même d'être humain, et des hésitations et des ambiguïtés qu'elle crée, elle tire une marge de manœuvre, une liberté d'action supplémentaire.

N'osant attaquer de front le principe du respect de l'être humain et pour respecter les apparences et la hiérarchie de valeurs actuellement reconnues et dont la mise en cause n'est pas acceptée, les sciences tendent — involontairement sans doute — à modifier, à déformer le contenu de la notion d'« être humain », à effriter son contenu pour élargir leur champ d'action en réduisant le champ de la protection accordée par le droit. Et par la mise en question de la notion d'être humain, la science opère une poussée sur la frontière posée entre l'acceptable et l'inacceptable (voir la figure 3).

Cette problématisation de la notion d'être humain est opérée par les sciences, par plusieurs méthodes. Grâce à l'absence de statut clair concernant le corps humain³¹, les sciences utilisent d'abord la fragmentation dans le temps de la notion d'être humain :

la temporalité juridique de la vie, qui se présentait dans une continuité sans faille à l'image de la généalogie humaine, se voit substituer une temporalité biologique qui décompose en étapes l'évolution de l'homme. En effet, alors que dans le droit antérieur, l'homme était humain de la conception à la mort, désormais, il devient progressivement un homme, et ce, au titre de paramètres scientifiques. Ainsi, du moins à ce stade, on assiste à une déshumanisation de l'homme³².

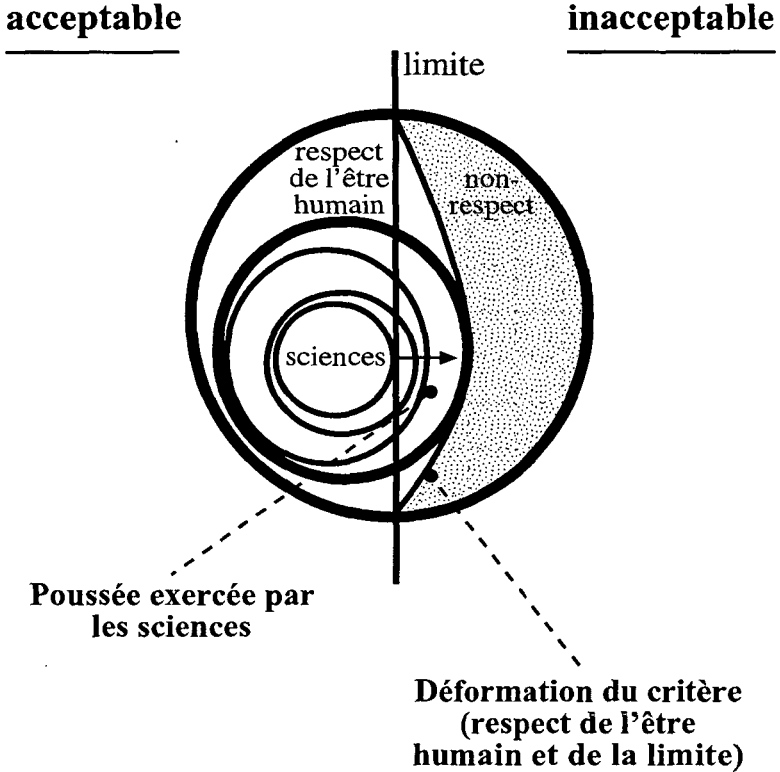
Après avoir modifié la définition de la mort, la science tend maintenant à modifier le point de départ de la vie considérée comme humaine. Ainsi a été créé, par exemple, le terme « préembryon » dans le but, considéré

31. C. LABRUSSE-RIOU, « Droit du corps, lois sur le corps », *Éthique*, n° 1, été 1991, p. 22.

32. B. EDELMAN, « Entre personne humaine et matériau humain : le sujet du droit », dans B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 107.

Figure 3

Élargissement par les sciences de leur champ d'action
par la modification de la notion d'être humain



comme purement politique par certains, d'obtenir la possibilité d'effectuer plus librement des expérimentations, à ce stade du développement³³.

33. J. TESTART, *op. cit.*, note 1, p. 123 : « Proposons de nommer « préembryon » cette alliance possible de deux gènes qu'est l'œuf aux deux noyaux » ; mais généralement le sens a été étendu sur une période beaucoup plus longue : c'est l'embryon de moins de 14 jours : T.C. SHEVORY, « Though a Glass Darkly : Law, Politics, and Frozen Human Embryos », dans H. BEQUAERT HOLMES (dir.), *Issues in Reproductive Technology, An Anthology 1*, New York, Galand publishing, 1992, p. 236. Voir aussi : H. BEQUAERT HOLMES, « To Freeze or not to Freeze : is That an Option », dans H. BEQUAERT HOLMES (dir.), *op. cit.*, p. 195, où elle résume les opinions émises concernant ce terme et l'historique de sa création ; sur des exemples d'emploi de ce terme pour élargir le champ d'expérimentation admis, voir aussi : D. MALÉZA, *loc. cit.*, note 18, 53.

L'autre atteinte consiste en un réductionnisme fort copié des sciences, et qui consiste, « à partir d'une vérité, à en induire la vérité [...] [et qui] repose toujours sur la formule cela est... cela n'est que...³⁴ », et qui opère par des glissements de sens « qui transforment les vérités scientifiques, partielles, limitées, locales, provisoires, et sans cesse remises en question [...], en un réductionnisme fort, idéologique, philosophique ou politique³⁵ ». C'est par lui que s'introduit peu à peu la commercialisation du corps humain : B. Edelman souligne ainsi la proximité actuelle de « l'adéquation économie-personne » par le jeu combiné du droit subjectif sur la personne et la mise en marché de substances provenant de soi-même³⁶. Aussi ne faut-il pas s'étonner si certains ont pu dire : « la vie c'est comme un matériau qu'il faut la considérer désormais... loin de l'idolâtrer, il faut la gérer³⁷ ». Ces propos traduisent largement la menace que font peser les nouvelles techniques médicales sur la représentation que nous nous faisons de l'espèce humaine³⁸, représentation qui conditionne l'existence même du principe du respect de l'être humain.

Le tout est basé sur une approche strictement biologique. Or, pour ce qui est des cellules, il n'y a pas de différence entre l'animal et l'être humain, ou si peu. Il se produit donc un glissement des techniques et des usages de l'animal à l'être humain. Mais « tout change [...] pour la société lorsque les représentations de la vie nécessairement réductionnistes, débordent le champ de la biologie et forgent des représentations globales faisant loi pour le corps social ou pour les individus enclins à confondre la vérité scientifique, la vérité humaine et la vérité juridique, le terme même de « vérité » étant plus que problématique pour la science, l'homme ou le droit³⁹. »

La position des sciences est d'autant plus forte, et le risque de déviation d'autant plus grand, que dans ce domaine le droit tend actuellement à vouloir se limiter à entériner les conceptions scientifiques, car il y a croyance dans la société contemporaine « qu'une vérité scientifique est capable à elle seule de fonder un seuil clair et décisif entre l'être et le non-être alors que les indicatifs de la biologie, nécessaires, mais flous et

34. C. LABRUSSE-RIOU, « La vérité dans le Droit des personnes », dans B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 162 ; voir aussi : D. FOLSCHIED, *loc. cit.*, note 17, 61.

35. C. LABRUSSE-RIOU, *loc. cit.*, note 34.

36. B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 32, 131.

37. D. SIMON, *De la vie avant toute chose*, cité par B. EDELMAN, *op. cit.*, note 32, p. 116.

38. D. LECOURT, *op. cit.*, note 21, p. 165.

39. C. LABRUSSE-RIOU, « La maîtrise du vivant : matière à procès », *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 88.

controversés, ne sont que des indicatifs⁴⁰ ». Pourtant, les scientifiques eux-mêmes ne sont pas unanimes sur le moment où apparaît un nouvel être humain : pour les biologistes, il y a un nouvel être humain dès que se trouvent combinés les chromosomes du spermatozoïde et de l'ovule, car la cellule a alors inscrit toutes les caractéristiques uniques⁴¹ ; Testart, par contre, mêlant aux strictes considérations biologiques des considérations sociologiques ou psychologiques — en un discours peu logique au demeurant, et qui semble orienté par des considérations irrationnelles — estime qu'il n'y aurait apparition d'un être humain que plus tard⁴².

On doit cependant remarquer que ces divergences ne constituent pas un obstacle à ce que le droit puisse décider, car, lorsque celui-ci classe, il « ne vise pas la vérité », « il n'a rien à voir avec le vrai ou le faux et ne prétend pas rendre compte d'une vérité objective. Il implique un jugement⁴³. » En effet, si le rôle du philosophe « n'est pas simplement de décrire et d'expliquer le réel [...] [mais de] prendre position à l'égard du réel [...] [son] ontologie n'[étant] pas simple description du réel, mais hiérarchisation des aspects⁴⁴ », il en est de même du législateur. Encore faut-il qu'il décide en fonction de paramètres qui lui soient propres et qui répondent à ses valeurs. Et il doit d'autant moins hésiter à trancher en fonction des critères qui lui sont propres que, comme le disait Bachelard, « [la] science n'est qu'une erreur perpétuellement corrigée ».

Le droit devrait donc intervenir en se défiant des pressions des scientifiques, gardant à l'esprit son but ultime, et, dans le doute, choisissant la solution la plus propre à assurer la protection maximale à l'être humain.

Car, de par la logique intrinsèque du droit, dans le doute, si on « suspend son jugement » relativement à l'humanité de l'embryon par exemple (ce que l'on fait actuellement), « on aboutit à traiter l'être contesté comme un non-humain ». De ce fait, on « émet un jugement d'humanité dans sa pire forme : *un jugement d'exclusion de l'humanité* » ; en raison de la dangerosité d'une

40. C. LABRUSSE-RIOU, *loc. cit.*, note 34, 168, à sa note 37.

41. Voir J. TESTART, *op. cit.*, note 1, p. 122 : « L'opinion des biologistes est qu'un nouvel être n'est constitué qu'à l'occasion de cette dernière phase, quand le masculin s'enchevêtre intimement et de façon indissociable avec le féminin. »

42. *Id.*, p. 55 : « Qu'on ne se méprenne pas, je suis persuadé que l'humanité n'arrive à l'œuf que plus tard, après l'établissement de la grossesse, première relation avec l'espèce mère. L'œuf-éprouvette est moins, infiniment moins qu'un enfant sauvage ; il n'est respectable qu'au travers du projet extérieur à lui, d'en faire un enfant. Aussi l'œuf humain conçu « pour essayer », [...] celui-là, malgré l'assemblage unique de ses gènes, est hors l'humanité. »

43. B. EDELMAN, *op. cit.*, note 32, p. 303.

44. C. Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 45.

telle solution, « il faut donc passer à une reconnaissance [d'humanité] par défaut »⁴⁵. Car « le respect de l'homme en chaque homme est une obligation inconditionnelle qui doit être maintenue face aux périls du présent⁴⁶ ». Or, ceux-ci découlent principalement actuellement de la tentation de définir de trop près l'être humain, car « on aboutit toujours au résultat de le définir de façon simple et réductrice [manquant] donc justement ce qu'on cherchait, à savoir désigner la caractéristique spécifique qui donne à l'homme une valeur si grande qu'elle exige le respect et une protection quasi absolue de son existence⁴⁷ ». Or, s'il est difficile de déterminer les caractéristiques de la « personne » au sens philosophique avec précision, et d'une manière qui fasse l'unanimité⁴⁸, dès l'imbrication des gènes masculins et féminins dans l'œuf « apparaît un individu unique et imprévisible⁴⁹ », d'où naîtra éventuellement un enfant ; et « chaque enfant qui naît est un être nouveau dont il n'a jamais existé, dont il n'existe pas, dont il n'existera jamais d'autre exemplaire⁵⁰ ». Dès lors qu'une telle hypothèse peut être émise, le droit doit accorder la protection qu'il accorde à tout ce qui est humain, car, ainsi que le dit si bien Lucien Sève, « on va certes répétant cette thèse philosophique que du fait au droit, il ne saurait y avoir de passage. Mais si je me retourne vers le monde réel, j'y vois que ce passage y est lui-même un fait constant ». Et si « constater que le passage du fait au droit est un fait n'équivaut en rien à prétendre que ce fait lui-même vaille de soi un droit⁵¹ », dans le doute, cette protection doit être accordée, en vertu du principe du respect de l'être humain qui sous-tend tout notre droit. Car le seul fait que l'on puisse admettre qu'il y a potentialité de personne, « demande d'admettre à l'évidence d'un être humain en devenir, et de prendre conscience que notre façon de le traiter engage la moralité de notre rapport à la personne humaine toute entière, à la collectivité sociale en son ensemble et pour finir au genre humain lui-même⁵² ».

Le législateur devrait évaluer avec d'autant plus de prudence toutes les discussions scientifiques relatives à ce sujet que « la problématisation d'une question est considérée, en science, comme le signe d'une révolution

45. D. FOLSCHNEID, *loc. cit.*, note 17, 80.

46. J. BERNARD, *De la biologie à l'éthique*, Paris, Buchet/Chastel, 1990, p. 200.

47. J.-M. THEVOZ, *Entre nos mains, l'embryon*, Genève, Labor et Fides, 1990, p. 212.

48. Voir notamment sur la question : L. SÈVE, *Pour une critique de la raison bioéthique*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1994, pp. 64-104.

49. J. TESTART, *op. cit.*, note 1, p. 123.

50. J. TAVLITZKI, « Des pois de Mendel à la génétique moléculaire », dans J.-M. LÉVY-LEBLOND (dir.), *La recherche sur la génétique et l'hérédité*, coll. « Sciences », n° 545, Paris, Éditions du Seuil, 1985, p. 19.

51. L. SÈVE, *op. cit.*, note 48, p. 69.

52. *Id.*, p. 99.

scientifique prochaine⁵³ ». Comme il en va sans doute de même en droit, il serait bon dès lors que le bien-fondé des changements potentiels de même que leurs causes et leurs conséquences possibles soient évalués avant que la société ne se retrouve devant un état de fait imposé par la science et les mœurs⁵⁴ avant d'être pensé, et qu'elle ne pourrait que constater, même s'il est regrettable. Car il y a tout lieu de penser que la problématisation par les scientifiques de la notion d'être humain procède du désir, conscient ou non, de changer cette notion pour modifier les frontières qu'elle leur impose. Or, si le droit actuellement protège très largement la personne, il ne pose aucun critère précis quant à la notion d'être humain auquel est attribuée cette personnalité, d'où l'importance du débat et de la détermination légale de ces critères pour protéger l'embryon⁵⁵.

Conclusion

Science et droit font tous deux partie du monde des valeurs. Mais la valorisation actuelle de la science, supérieure à la philosophie, fondement des droits de la personne, et à celle des aspects moraux, permet à celle-ci de tendre à évacuer, à supplanter ou à diriger les autres valeurs.

Valeur parmi les valeurs, la science constitue dans nos sociétés une valeur en soi indépendante des autres et qui, alors qu'elle devrait être conforme au respect de l'être humain, tend à en devenir indépendante au lieu de lui être subordonnée et est en passe, par-delà le respect terminologique apparent, de modifier le contenu même du droit au gré de ses besoins.

53. T.S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

54. Pour un exemple de l'influence capitale des mœurs sur les décisions de politique législative, voir la conclusion du Comité consultatif national d'éthique de France relativement à l'insémination artificielle dans son rapport du 15 décembre 1989 : « de quelque façon qu'on apprécie éthiquement le don de sperme, l'insémination artificielle avec donneur est devenue un fait social. Son renvoi à la clandestinité aurait selon toute vraisemblance des conséquences plus négatives que son encadrement par une réglementation » ; cité par I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 215.

55. Voir par exemple sur l'incertitude de cette protection, l'intervention de M. BADINTER, à la Conférence ministérielle sur les droits de l'homme tenue les 19 et 20 mars 1985, dans *Lettre d'information* du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, n° 1, juillet 1985, p. 115 : « Faut-il et peut-on, au nom des droits de l'homme, trancher ce débat [l'utilisation de l'embryon pour la recherche] ? Observons d'abord que la Convention européenne énonce : « Le droit de toute personne à la vie est protégée par la loi ». À ceux qui soutiennent que l'embryon est protégé contre tout acte, au nom du droit à la vie, le texte ne paraît apporter aucun appui explicite : le concept de personne n'y est pas défini [...] ».

Entre science et droit, il s'agit donc fondamentalement d'un conflit de pouvoir, mettant notamment en jeu le critère, central pour le droit, de respect de la personne humaine par l'altération de la notion d'être humain.

Dans ce conflit, il est loin d'être sûr que le droit ait le dernier mot — quelles que puissent être les apparences —, car il est loin d'être sûr qu'il dispose, devant les pressions et le conditionnement exercés par les sciences, d'un véritable libre arbitre. Croyant décider, il risque fort de ne faire qu'entériner ce que les scientifiques lui auront indirectement dicté. Car entre les « certitudes » de ces derniers et les conceptions philosophiques qui sous-tendent le consensus nécessité par les lois, « c'est le choc du pot de fer contre le pot de terre⁵⁶ ».

L'influence insidieuse de la science sur la notion même d'être humain s'exerce d'autant plus facilement que le droit se contente de plus en plus de dire « le fait au lieu de dire le droit à partir d'un réel qu'il lui appartiendrait de reconstruire⁵⁷ », et qu'il tend à n'être plus « qu'un simple vecteur de l'ingénierie sociale ou économique⁵⁸ » par manque de recul à l'égard des problèmes auxquels il doit faire face : cette approche l'amène à envisager de résoudre les difficultés une à une, sans perspective globale, alors qu'il doit éviter les solutions parcellaires, à la pièce, d'où découle un dangereux manque de cohérence du droit⁵⁹ et qui empêchent, par le fait même, la prise de conscience, nécessaire au progrès juridique⁶⁰, de l'unité fondamentale de problèmes perçus (ou résolus) comme épars, et étudiés comme indépendants.

Et alors que le droit révèle un glissement vers la gestion du vivant qui s'étend de plus en plus⁶¹, la nécessité de fixer une barrière ferme devient évidente pour éviter que l'être humain lui-même ne devienne objet de gestion et simple matériau humain, alors que cette évolution semble déjà commencée⁶².

56. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme, de quel droit ?*, Paris, PUF, 1987, p. 278.

57. *Id.*, p. 279.

58. B. OPPETIT, « L'hypothèse du déclin du droit », (1985) 1 *Droits*, 9.

59. J.-L. BAUDOIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 56.

60. S. STROMHOLM, « Essai de morphologie juridique », dans *Mélanges de droit comparé en l'honneur du doyen Pik Malmstrem*, Stockholm, Forlag, 1972.

61. Voir : B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 32.

62. Voir : É. DELEURY, « La personne en son corps : l'éclatement du sujet », (1991) *R. du B. can.* 448.