

# Droit, éthique et soins de santé: la décennie 1980-1990 — un bilan des succès et des échecs

---

L'honorable Jean-Louis BAUDOUIN\*

La décennie 1980-1990 restera probablement très significative dans le développement des relations entre le Droit d'un côté et les sciences médicale et biologique de l'autre. La réflexion sociale, philosophique, éthique et juridique durant ces dix années a été importante, fructueuse même si souvent fort controversée; elle aura pourtant permis d'amorcer certains changements fondamentaux d'attitudes et de rôles. Ce phénomène n'est cependant pas particulier au Canada. On en constate l'existence dans tous les pays développés du monde occidental. On ne saurait s'en étonner d'ailleurs puisque si le Droit reste très largement national et donc local, la Science, elle, demeure universelle. Elle oblige donc à une réflexion collective et universelle face aux nouveaux problèmes qu'elle pose. La façon dont réagit le droit reste, elle, différente selon la culture et la société dans lesquelles il s'insère.

Au Canada, on notera, durant cette période, une relative apathie des législateurs fédéral et provinciaux. Il est, en effet, frappant de constater combien le bilan législatif de ces dix dernières années dans les domaines touchant la médecine et la science est mince. Il ne faut pas cependant, comme nous le verrons par la suite, y voir nécessairement une indication soit du peu de préoccupation du législateur pour ce type de problème, soit d'une absence de demande d'intervention sociale. Le phénomène est beaucoup plus nuancé et beaucoup plus complexe.

Par contre, la relative expansion du contentieux et donc du droit jurisprudentiel est notable. Au plus haut niveau, on se rappellera, en effet, que la Cour suprême pendant les dix dernières années a eu à se prononcer sur le contenu du consentement libre et éclairé au traitement médical,<sup>1</sup> sur la légalité de la stérilisation non volontaire des personnes atteintes d'un handicap mental,<sup>2</sup> sur l'avortement et le droit de la femme sur son propre corps.<sup>3</sup> Plus

---

\* Juge à la Cour d'appel du Québec.

1. *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; commentaires J. Irvine (1980) 13 C.C.L.T. 69; D. Ferguson, (1980) 1 Health Law in Canada 56; M. Gochnaver et D. Fleming, (1981) 15 U.B.C.L. Rev. 475; S. Rodgers-Magnet, (1980) 14 C.C.L.T. 61; E. Picard, "Consent to Medical Treatment in Canada", (1981) 19 D.H.L.J. 140.
2. *Re Eve*, (1986) 31 D.L.R. (4th) 1; commentaires M. Shone, (1987) 66 R. du B. can. 635; G. Sharpe, (1987) 7 Health Law in Canada 60.
3. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Borowski c. Procureur général du Canada*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

récemment, elle a également tracé certaines lignes directrices en matière de causalité dans les actions en responsabilité civile médicale.<sup>4</sup> De leur côté, les tribunaux de première instance et les cours d'appel ont été saisis à plusieurs reprises de questions touchant entre autres la cessation de traitement<sup>5</sup> et les conséquences de grossesses non désirées au sens large du terme.<sup>6</sup>

C'est surtout aux auteurs (à la doctrine, dirait-on à l'Université) et aux organismes chargés de réfléchir sur la réforme du droit que l'on doit la progression la plus sensible des idées et de la diffusion d'une réflexion collective sur l'ensemble de ces nouveaux problèmes. On citera à cet égard les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada<sup>7</sup> et de certaines commissions provinciales<sup>8</sup> qui, s'ils n'ont pas dans la majorité des cas débouché sur une concrétisation législative, ont néanmoins eu, à mon avis, un impact déterminant sur la progression des idées.

La décennie 1980-1990 a vu apparaître trois réalités très différentes l'une de l'autre, mais fort importantes, et qui ont toutes eu un impact déterminant sur le développement des rapports entre la science et le droit.

La première, et probablement la plus significative pour l'avenir, a été l'apparition et la remarquable croissance de la bioéthique comme science du savoir en matière de santé. Durant cette période, en effet, les milieux scientifiques et médicaux ont pris conscience du fait qu'ils ne pouvaient attendre ni du législateur, ni du juge, une réponse à toutes les nouvelles interrogations de la science, non plus qu'un schéma de réflexion propre à la résolution des conflits. Il leur est apparu en effet, après une courte période d'attente déçue, que ni le Parlement ou l'Assemblée nationale, ni les tribunaux ne pouvaient leur fournir des réponses globales, précises et circonstanciées à des problèmes aussi complexes que la détermination du moment de l'apparition de la vie humaine, les limites possibles au contrôle absolu de la personne humaine sur son propre corps et la légitimité de certaines conséquences de l'utilisation des nouvelles techniques de reproduction humaine, pour n'en prendre que quelques exemples bien connus.

Médecins, biologistes et scientifiques ont constaté, au cours de cette décennie, que la science soulevait de plus en plus d'interrogations de morale sociale et individuelle et que le droit ne pouvait, la plupart du temps, que tracer de grands paramètres et largement

---

4. *Farrell c. Snell*, Cour suprême du Canada, 16 août 1990.

5. Par exemple, au Québec seulement: *Goyette c. Centre des services sociaux de Montréal Métropolitain*, (1983) C.S. 429; *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, (1986) R.J.Q. 1221 (C.A.); *Weiss c. Solomon*, (1989) R.J.Q. 731 (C.S.); *Commission de protection des droits de la jeunesse du Québec c. T.*, J.E. 90-1044 (C.S.).

6. Par exemple, au Québec seulement: *Cataford c. Moreau*, (1978) C.S. 933; *Engstrom c. Courteau*, (1986) R.J.Q. 3048 (C.S.); *Faucher, Grenier c. Laurence*, (1987) R.J.Q. 1109 (C.S.).

7. Ces travaux publiés depuis 1978 portent sur toute une série de thèmes médico-légaux: stérilisation des handicapés mentaux, définition de la mort, euthanasie et suicide, techniques de modification du comportement, expérimentation sur la personne humaine, etc.

8. Par exemple: celle du Manitoba (1974) et de la Saskatchewan (sur la définition de la mort); de la Saskatchewan (1987) et de l'Ontario (1985) (sur la reproduction humaine).

circonscrire les zones du permissible et de l'interdit. Ils ont compris qu'ils ne pouvaient espérer du droit une indication claire et précise de la conduite à tenir dans tel ou tel cas particulier. Ils ont dû chercher ailleurs à la fois des éléments de réponse à ces interrogations et le processus même d'élaboration de ces éléments. Cela explique le succès de la bioéthique qui comble un vide important du champ de la normativité et suggère, du moins en milieu clinique, un nouveau modèle de prise de décisions.

Les scientifiques et surtout les médecins ont été confrontés à un phénomène relativement nouveau, à savoir la plus grande inquisition du public dans la prise des décisions médicales. Avant les années 60 et même les années 70, rares étaient ceux qui osaient judiciairement contester la légitimité et la légalité des décisions médicales. Une première brèche est apparue avec l'augmentation des instances en responsabilité civile contre les médecins et les hôpitaux; cet accroissement a permis d'évaluer la pertinence et le bien-fondé des décisions médicales individuelles.<sup>9</sup> Le défaut d'obtenir du patient un consentement libre et éclairé à l'intervention médicale s'est ajouté, au cours de cette décennie, à la simple faute de diagnostic ou de traitement, et constitue maintenant une proportion importante des causes de responsabilité civile.<sup>10</sup>

Durant la décennie 1970-1980, ce ne sont pas seulement les décisions individuelles qui ont été soumises à l'oeil critique du public, mais aussi les décisions d'ordre collectif. Ces dernières ont commencé à faire l'objet de certaines contestations. Que l'on songe, par exemple, au problème de la distribution équitable et non discriminatoire à l'intérieur d'un hôpital des ressources rares;<sup>11</sup> que l'on songe aux critères généraux et non médicaux qui doivent présider à la sélection des receveurs de greffes, etc.

Le milieu médical et scientifique a, d'une part, pris conscience que le droit ne pouvait répondre à toutes ces interrogations; d'autre part, le pouvoir médical dont l'exercice était jusqu'ici peu contesté, était de plus en plus soumis à une évaluation publique critique. La nécessité de trouver certaines règles permettant de mieux répondre à ce double phénomène devenait de plus en plus évidente. C'est alors, de façon plus ou moins poussée, structurée et rapide, que sont apparus d'un côté le recours à des règles de bioéthique, générées dans le milieu et porteuses de normativité et, d'un autre côté, la formation de comités d'éthique à la fois source de rationalisation de ces normes et garantie de leur légitimité. Ces comités, dont la forme, la structure administrative et les pouvoirs varient considérablement, ont pris beaucoup d'importance. Ils ont servi de relais entre l'empirisme scientifique et le rationalisme juridique, entre l'individualité du processus décisionnel médico-hospitalier et l'universalisme des normes. L'apparition et le développement de la bioéthique est, à mon avis, la première réalité marquante de cette décennie.

---

9. Voir Institut canadien d'administration de la justice, *La responsabilité civile des professionnels du Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988.

10. *Supra* note 1. Voir aussi: M. Sommerville, "Structuring the Issues in Informed Consent", (1981) 26 McGill L.J. 740; E. Picard, "Informed Consent Takes Shape", (1983) 24 C.C.L.T. 1250; L. Potvin, *L'obligation de renseignement du médecin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1984.

11. Voir "Actes du Colloque sur l'allocation des ressources en milieu hospitalier", (1990) 20 R.D.U.S. 219 et suivant.

Il sera sûrement intéressant, lors de la prochaine décennie, de voir comment les tribunaux se serviront des règles de bioéthique. Est-ce que, par exemple, elles seront utilisées dans les actions en responsabilité civile comme point de référence lorsqu'il s'agira de déterminer si un professionnel de la santé s'est comporté en personne prudente et diligente? Verra-t-on certains avocats demander de prendre connaissance des délibérations confidentielles des comités de bioéthique hospitaliers? Les tribunaux iront-ils jusqu'à tenir personnellement responsables les membres de ces comités lorsqu'ils auront conseillé une conduite jugée fautive?

La seconde grande réalité de la décennie 1980-1990 est fortuite et conjoncturelle, mais combien préoccupante. C'est l'apparition du SIDA et les conséquences que la propagation de l'épidémie ont eu sur certains problèmes éthiques et juridiques. Le SIDA a, au fond, posé peu de problèmes véritablement nouveaux. Il a cependant exacerbé certains problèmes sociaux latents, sur lesquels notre société évitait parfois de prendre position; il a servi de catalyseur à l'analyse de certaines réalités contemporaines en y ajoutant un caractère d'urgence.

Le SIDA est une maladie contagieuse et une maladie (pour l'instant encore du moins) dont l'issue est fatale. Son aspect contagieux a fait resurgir des controverses que le droit et l'éthique avaient déjà connues à propos d'autres épidémies avant la découverte des antibiotiques. Dans le contexte d'alors, il s'agissait de la lutte contre la syphilis. La lecture des documents de l'époque montre que plusieurs problèmes posés par le SIDA étaient alors discutés. Citons par exemple ceux touchant à l'identification et à la dénonciation des porteurs de la maladie, à la confidentialité du diagnostic, à l'exclusion ou la discrimination des personnes atteintes. Ces problèmes ont refait surface, mais dans un contexte nouveau et dans une société qui n'a plus le fatalisme d'alors et a beaucoup de mal à admettre son impuissance à trouver rapidement un remède.

Étant aussi une maladie incurable et fatale, le SIDA a relancé sur la place publique la discussion des problèmes de la cessation de traitement, de l'aide au suicide, de l'euthanasie active médicalisée et des ressources en matière de soins palliatifs. Nul doute que dans la prochaine décennie l'épidémie mondiale de SIDA aura un impact déterminant sur ces questions qui, certes, se posaient auparavant, mais sans avoir toutefois la visibilité et l'ampleur que cette nouvelle crise leur a conférées.

La troisième réalité importante de la décennie aura été le développement spectaculaire des nouvelles techniques de reproduction humaine et de la génétique. Avant 1980, on connaissait certes l'insémination artificielle hétérologue et homologue. Elle avait d'ailleurs, depuis plusieurs années, posé aux juristes des difficultés qui, de nos jours apparaissent quelque peu dépassées. C'est ainsi, par exemple, qu'on se demandait si l'insémination hétérologue de la femme mariée constituait ou non un adultère au sens de la loi.<sup>12</sup> Avec la naissance de Louise Brown, le premier enfant qui a mérité ce titre horrible de "bébé éprouvette", la fertilisation in vitro, puis la transplantation d'embryon obligèrent

---

12. *Orford c. Orford*, (1921) 58 D.L.R. 251; *Doornbos c. Doornbos*, (1954) N.E. 139(2) 32; *Russell c. Russell*, (1924) A.C. 687; *Strnad c. Strnad*, (1958) N.Y.S. 78 (2d) 390; *People c. Sorensen*, (1968) 68 Cal. (2d) 280.

éthiciens, juristes et philosophes à s'interroger sur la légitimité et la légalité de ces techniques, sur leurs effets sur la filiation, sur le contrôle des gamètes, etc. Les retombées de ces techniques, notamment le nécessaire recours aux embryons surnuméraires, ont forcé davantage la réflexion sur l'apparition de la vie humaine, sur la possibilité juridique de son appropriation et sur la légalité de l'expérimentation embryonnaire. Avec les progrès de la génétique, c'est l'avenir même de l'humanité qui sera remis en question. Si l'on parvient, en effet, à fabriquer désormais l'être humain en manipulant son hérédité, il est certain que l'éthique et le droit seront appelés à tracer certaines limites à l'omnipotence de la science. Là encore on constate, au Canada du moins, que malgré les nombreuses recommandations et pressions de divers groupes, malgré plusieurs rapports demandant une intervention législative, celle-ci jusqu'ici est pratiquement inexistante.<sup>13</sup>

On pourrait, sans doute, allonger considérablement cette liste et mentionner aussi, parmi d'autres, les interrogations soulevées par le développement des méthodes de diagnostic prénatal, par l'extension du domaine de l'expérimentation biomédicale sur les volontaires sains, par certaines difficultés auxquelles fait face, à l'heure actuelle, la psychiatrie moderne dans le contrôle des comportements humains, etc. Il ne me paraît cependant pas nécessaire de le faire pour constater deux choses.

La première est que, durant la décennie 1980-1990, les relations entre le droit (en tant que technique de régulation de certains comportements sociaux) et la science médicale et biologique ont profondément changé et se sont développées à une vitesse exponentielle. Le droit s'intéresse de plus en plus aux conséquences sociales de certaines découvertes scientifiques et est donc de plus en plus attentif à la réalité de la science. Il s'agit là, sans aucun doute à mon avis, d'un progrès.

La science est devenue beaucoup plus exigeante à l'égard du droit et des juristes. Pendant longtemps, en effet, savants, médecins et biologistes ne considéraient les juristes que comme des empêcheurs de tourner en rond. Pour eux, une autodiscipline suffisait et le droit ne devait pas intervenir ou, en tout cas, intervenir le moins possible. Cette attitude, durant la décennie 1980-1990 a changé et c'est là, sans aucun doute, un autre progrès. La science demande maintenant et parfois même exige du droit, soit qu'il donne sa bénédiction ou sa caution aux initiatives médicales ou biologiques, soit au moins qu'il lui trace, de façon claire et nette, les frontières de ce qui est licite et de ce qui ne l'est pas. Les deux disciplines, chacune à sa manière, selon ses propres impératifs et ses propres exigences, sont d'accord pour définir des relations qui assurent la paix et l'ordre social, tout en respectant la diversité éthique de notre société. Elles sont d'accord aussi pour ne pas stériliser le progrès scientifique dans lequel beaucoup, à tort ou à raison, voient l'une des clefs du bonheur futur de l'humanité. Il m'apparaît évident que dans la prochaine décennie le droit, et plus spécifiquement le législateur, devra être plus attentif à ces réclamations et définir pour lui-même un plan d'intervention rationnel dans certains domaines scientifiques.

La seconde constatation est que le droit, peu habitué aux réactions rapides, a, en effet, bien du mal à remplir de façon entièrement satisfaisante le rôle que la science entend

---

13. Il serait trop long d'énumérer tous les groupes qui ont réclamé l'intervention législative sur le sujet. Au Québec entre autres, on peut signaler le Conseil du statut de la femme (1989) et le Barreau du Québec (1988).

lui conférer. Parfois, on sent qu'il ne sait pas très bien comment réagir face à ces exigences et, surtout, selon quel rythme et quelles modalités assumer le rôle de contrôle sociologique qu'on exige de lui.

J'aimerais, très brièvement, exprimer quelques réflexions à cet égard.

Dans un pays démocratique comme le nôtre, le rôle et la fonction du droit sont singulièrement complexes. En premier lieu, tout interdit est perçu, en principe, comme une forme de tyrannie. Avant de prohiber, le droit doit réfléchir et composer.

En second lieu, toute réglementation juridique doit se faire dans le respect des droits individuels de la personne humaine. Il ne faut pas s'étonner de voir le droit, à l'heure actuelle, renforcer de plus en plus le principe de l'autonomie de la personne et son corollaire qu'est le droit à l'autodétermination. Ainsi, le droit pour une personne capable de refuser un traitement médical, même si ce refus risque de provoquer sa mort, est maintenant, semble-t-il, bien admis au Canada. Le refus du témoin de Jéhovah de se soumettre à une transfusion sanguine,<sup>14</sup> ou le refus du patient en phase terminale de prendre les antibiotiques qui pourraient soulager sa pneumonie mais non guérir son mal, sont désormais reconnus par les tribunaux. Ces refus influencent le comportement médical, même s'il reste encore parfois certaines tendances à l'acharnement thérapeutique ou au non-respect des volontés du patient. Le problème qui commence à se poser à l'heure actuelle et qui va se poser avec encore plus d'acuité dans l'avenir, est celui de savoir si le droit peut aller jusqu'à reconnaître un authentique droit subjectif à la mort, en décriminalisant l'aide ou l'assistance demandée au suicide dans un premier temps et, dans un deuxième temps, en admettant ou, au moins, en fermant les yeux sur des actes d'euthanasie active médicalisée.

Le problème n'est pas nouveau. Il n'en est pas moins extraordinairement complexe sur le plan éthique, social et juridique. Comment le droit doit-il réagir? Doit-il simplement prendre en compte l'opinion publique et adapter ses règles à ce que celle-ci lui dicte? D'après les sondages récents, l'opinion publique semble nettement en faveur de la décriminalisation de l'aide au suicide et même de certaines formes d'euthanasie volontaire du moment que l'acte est posé sous contrôle médical. Le respect de l'autonomie de la personne et de son droit à l'autodétermination exigent-ils la reconnaissance de la pratique de l'euthanasie? La Hollande, depuis quelques années, a adopté sur cette question une politique novatrice. Les autorités néerlandaises, en effet, au lieu d'introduire immédiatement un texte législatif légalisant la pratique de l'euthanasie active et volontaire médicalisée, ont annoncé que, pendant un certain temps, aucune poursuite pénale ne serait engagée contre les médecins qui, du consentement du patient ou de l'un de ses proches (en cas d'inconscience) mettent fin à la vie par l'administration de drogues. On se rappellera cependant de l'émotion qu'a créée dans ce pays l'euthanasie d'une jeune femme qui, à la suite d'un accident, vivait depuis de nombreuses années en état de coma dépassé. Que dire de ces patients en état de coma dépassé et qui sont dans l'impossibilité de prendre une décision de cessation de traitement ou de soins? Faut-il suivre les préceptes de la décision récente de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Cruzan?<sup>15</sup> Faut-il, au contraire, se montrer plus libéral? Le conflit évident entre

---

14. *Malette c. Shulman*, (1987) 47 D.L.R. (4th) 18; Court of Appeal of Ontario (1990) to be reported.

15. *Cruzan c. Director of the Missouri Department of Health*, Cour suprême des États-Unis, 25 juin 1990.

l'exigence du respect des droits individuels et les conséquences sociales que peut avoir la reconnaissance d'une nouvelle règle par le droit est ici très apparent.

Avec la décriminalisation du suicide<sup>16</sup> et le droit à l'autodétermination, le droit canadien n'a pas reconnu pour autant l'euthanasie. Il s'abstient de sanctionner la tentative de suicide ratée d'une part, et, d'autre part, admet que la personne capable (dans les limites générales de l'ordre public) peut seule prendre les décisions sur son corps. Le droit ainsi reconnu est, en fait, un droit à la non-interférence, un *noli me tangere* auraient dit les juristes latins. C'est un droit qui n'entraîne pas d'obligation spécifique sinon celle de ne pas intervenir. Si le droit reconnaît l'euthanasie volontaire active, il fera un grand pas puisqu'il se trouvera alors à reconnaître, du moins implicitement, un authentique droit de créance, un *droit à la mort*, dont le médecin deviendrait le débiteur. Sommes-nous prêts à aller jusque-là? La médecine est-elle disposée à accepter le double rôle de préserver la vie et la santé et de donner la mort? Je suis convaincu que la prochaine décennie verra une très large discussion de ce problème.

Un autre exemple de ce genre de conflit entre droits individuels et l'ordre collectif est celui des mères de substitution. Certains, au nom des libertés individuelles, et s'appuyant sur un "*droit à l'enfant*", militent en faveur de la reconnaissance par le droit de la maternité de substitution. Le contrat ou l'entente entre les futurs parents et la mère porteuse est un geste purement privé, disent-ils. Qu'il soit à titre onéreux ou à titre gratuit n'a pas d'importance et le droit doit donc, sinon l'approuver formellement, du moins ne pas le prohiber ou en rendre l'exécution plus difficile.

---

16. Celle-ci, rappelons-le, est survenue en 1973. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, Ottawa, 1982.

D'autres, au contraire, tels certains mouvements féministes, y voient une nouvelle forme tendancieuse d'exploitation du corps de la femme et de ses facultés de gestation. Certains éthiciens et juristes craignent une commercialisation indésirable de l'être humain qu'est l'enfant, devenu simple objet d'une vente ou d'une location. Là encore, libertés individuelles et droits ou contrôles collectifs s'affrontent dans la perspective de ce que le Canada veut être comme société de demain.

Si le droit doit respecter les droits individuels et atteindre un juste équilibre entre les désirs personnels et le bien-être collectif, il ne doit pas pour autant, en troisième lieu, stériliser la science et empêcher les progrès scientifiques par des interventions trop tatillonnes ou par une réglementation trop stricte. Ce discours est d'ailleurs celui que certains savants tiennent souvent et on peut les comprendre.

Il importe cependant, pour le juriste et l'éthicien, de replacer l'intervention du droit dans un contexte sociologique plus général. La non-intervention du droit pour beaucoup de scientifiques est basée avant tout sur un postulat: la science, mais principalement la découverte scientifique, est éthiquement *neutre*. Puisqu'il en est ainsi, elle ne peut pas et ne doit pas être l'objet de sollicitudes du droit. La neutralité éthique de la science et de la découverte scientifique est cependant un mythe. Toute découverte et tout nouveau progrès de la médecine et de la biologie posent des problèmes plus ou moins aigus, plus ou moins critiques à l'éthique et au droit. Ceux-ci ont non seulement la vocation, mais le devoir de s'interroger sur les conséquences pour la société tout entière de l'admission de ces découvertes, de leur généralisation ou de l'universalisation de leur accès au public. Un bref exemple suffira à illustrer cette situation. La science permet désormais de congeler l'embryon humain, créé *in vitro* ou *in utero*. Cet exploit, scientifiquement remarquable, n'est sûrement pas neutre. Il a pour l'éthique et le droit des conséquences importantes qui exigent une intervention pour avaliser ou, au contraire, pour prohiber certaines applications de la découverte. Doit-il, par exemple, être permis d'expérimenter sur les effets du processus de congélation et de décongélation lui-même? Peut-on autoriser la congélation indéfinie de l'embryon? Acceptera-t-on qu'il puisse être réimplanté dans une personne autre que celle qui a fourni l'ovocyte? Permettra-t-on de le léguer, de le confier à des savants pour expérimentation, d'en faire la culture systématique pour en tirer des substances pharmacologiques, etc.?

Si le droit ne doit pas, en effet, empêcher le développement de la science, il ne saurait non plus être nécessairement complaisant à son endroit. Il n'appartient pas aux médecins et biologistes seuls de juger, à la lumière de l'intérêt scientifique, de la valeur éthique de leurs découvertes. C'est à la société tout entière et donc au droit, par l'intermédiaire de représentants démocratiquement élus, qu'il appartient de le faire. Le droit ne peut et ne doit pas servir de caution inconditionnelle à la science mais il doit toujours conserver une fonction critique. Ce qui est scientifique n'est pas nécessairement éthique et le droit ne saurait abdiquer sa mission sociale de dire ce qui lui paraît bon ou au moins acceptable pour l'ensemble de la communauté.

Comme on peut le constater à la lumière de ces quelques brèves remarques, le rôle et les rapports du droit dans la décennie 1980-1990 par rapport à la science sont devenus plus complexes. Je n'ai pris ici que trois attributs de ce rôle. Il y en aurait bien d'autres à

mentionner. Mais, d'une façon générale, je crois que l'on peut mettre ces développements au crédit de l'actif.

Si le droit doit intervenir, encore faut-il s'interroger sur l'opportunité et les modalités de cette intervention. Le sujet n'est pas nouveau et préoccupe les théoriciens et les praticiens du droit depuis fort longtemps. Je ne rappellerai ici, fort sommairement, que certaines idées fondamentales.

La science et la médecine ont probablement fait plus de progrès et généré plus de découvertes importantes dans les 25 dernières années que durant toute l'histoire de l'humanité. En conséquence, le droit est beaucoup plus sollicité qu'il ne l'était auparavant et, parfois, avec plus d'impatience de la part de ceux qui souhaitent son intervention. Toutefois, pour être efficace et utile, cette intervention ne saurait se faire n'importe comment.

Le droit doit, tout d'abord, réserver ses interventions aux problèmes majeurs. S'il ne le fait pas, il risque effectivement de paralyser la science ou de tellement banaliser son rôle qu'il perdra sa crédibilité. On conçoit mal qu'à propos de toutes et chacune des découvertes scientifiques le droit ait obligatoirement, et tout de suite, quelque chose à dire et à régler.

Ensuite, le droit doit, avant d'intervenir, prendre le pouls social. Ce processus implique nécessairement un certain attentisme et une inaction délibérée. Certains phénomènes sociaux, issus de la découverte scientifique, sont importants en raison de leur caractère de permanence; d'autres, au contraire, entraînent des modes qui, elles, passeront. Le droit doit donc faire la distinction entre ces deux niveaux d'analyse. Ainsi, le problème de savoir s'il est légal ou non d'interrompre l'hydratation et le gavage d'une personne en état de coma dépassé a un certain caractère de permanence qui obligera le droit à intervenir. Par contre, je ne suis pas personnellement convaincu qu'il en soit de même pour la maternité de substitution qui, avec les difficultés qu'elle a créées, passera peut-être, dans quelques années, comme ayant été une simple mode éphémère.

Le droit a enfin un rôle éducatif que beaucoup malheureusement oublient. Ce ne sont ni la législation, ni la jurisprudence en elles-mêmes qui jouent principalement ce rôle, si elles le remplissent en partie. C'est beaucoup plus tout le processus de discussion publique et démocratique qui entoure et précède normalement l'élaboration de la loi ou la délivrance du jugement. Ce processus, est-il nécessaire de le rappeler, est fort important. Il est même indispensable. Une loi dont le contenu n'a pas été publiquement ventilé risque de rester mal comprise et mal appliquée et, surtout, de ne pas être acceptée. Le citoyen pardonne au législateur d'avoir fait une loi qui contredit ses vues. Il ne lui pardonne pas de l'avoir privé de s'exprimer auparavant. Ainsi, que l'on soit d'accord ou non avec les décisions récentes des cours de justice canadiennes sur l'avortement, que l'on soit d'accord ou non avec le nouveau projet de loi, là n'est pas la question. L'essentiel, l'indispensable, est que tous les groupes ayant des opinions opposées et tous les individus, aient pu manifester démocratiquement leurs points de vue sur le problème et ainsi stimuler la réflexion générale et collective sur le débat.

En résumé, le droit doit choisir ses interventions, les préparer avec soin et donner le temps au milieu de s'exprimer sur la pertinence et le contenu de son intervention.

Mais le droit a plusieurs modes d'intervention. Il peut interdire, permettre, contrôler, diriger, réglementer. Lequel choisir? La tendance générale du public, et même parfois de certains juristes, est de croire qu'il suffit de légiférer pour résoudre le problème et donc d'attribuer à la loi une sorte de pouvoir magique de résolution des problèmes sociaux. Rien n'est plus inexact et la plupart des juristes le savent depuis longtemps. Ainsi, l'imposition de la peine de mort n'a jamais empêché le meurtre, l'interdiction et la sanction sévère du trafic des stupéfiants, le commerce illicite de ces produits. La même constatation s'impose en matières scientifiques: une réglementation aussi bien faite soit-elle, ne suffit pas à elle seule à régler le problème. Encore faut-il que celle-ci ait été désirée et voulue, qu'elle soit compatible avec un exercice raisonnable des libertés individuelles, qu'elle ait été précédée d'une éducation préalable du milieu. Il faut enfin qu'il y ait eu une évaluation serrée des effets à court, à moyen et à long termes qu'elle risque d'avoir sur le développement scientifique et sur le milieu social.

Dans la décennie 1980-1990, une constatation m'apparaît évidente. Je me garderais bien ici de poser un jugement de valeur sur le fond de la question. Je ne ferais que constater une réalité à savoir la grande timidité de l'intervention législative sur certains problèmes urgents. Pour s'en convaincre, il suffit de se livrer à l'exercice très simple qui consiste, tant au niveau fédéral que provincial, à reprendre de façon systématique la masse des rapports des commissions de réforme du droit ou des commissions spécialement créées pour orienter le législateur sur l'application potentielle ou actuelle de certaines découvertes scientifiques. On constatera alors aisément que ces innombrables suggestions et propositions de réforme ou d'intervention législatives sont, jusqu'ici, restées lettre morte. Dans certains cas, l'inaction est compréhensible ou s'explique par certaines contraintes conjecturales socio-politiques. Dans d'autres, elle est beaucoup plus difficile à justifier. C'est là probablement le plus grand échec de la décennie 1980-1990. On peut donc souhaiter, pour la prochaine décennie, que le législateur fasse preuve de moins de timidité et cueille certains fruits maintenant mûrs de la réflexion collective.

Ce phénomène est d'autant plus sérieux que (et là j'ai un peu l'impression de parler pour ma propre paroisse), je pense que l'on peut difficilement demander aux tribunaux, à notre époque, de trancher seuls les controverses éthiques résultant de l'application des découvertes scientifiques ou médicales, sans le soutien d'une législation adéquate qui trace au moins les grandes lignes de ce qui est acceptable. Il m'apparaît que c'est faire jouer au judiciaire un rôle ingrat et qui n'est pas le sien. En matière d'éthique des sciences, c'est au législateur de circonscrire nettement les limites du permis et du défendu, du licite et de l'illicite, du tolérable et de l'intolérable, et aux tribunaux, ensuite, de faire respecter ces voeux. Ainsi, pour en prendre un exemple, il me paraît difficile et surtout inopportun que ce soit un tribunal, aussi haut placé soit-il, qui doive décider si oui ou non le don d'embryon est légal.

Il y aurait encore beaucoup à dire sur les succès et les échecs de la décennie 1980-1990 en matière de droit de la santé, mais le temps et la patience dont vous avez fait preuve ici me permettent difficilement d'aller plus loin.

La lecture même du programme de ce congrès de l'Institut canadien d'administration de la justice laisse clairement voir vers quoi tendront désormais nos principales préoccupations pour la prochaine décennie: allocation des ressources médicales et hospitalières; égalité de l'accès aux soins; effets de développements scientifiques; impact du SIDA; influence des tribunaux sur la médecine et la science, etc.

Il reste à souhaiter que nous, les juristes, restions toujours à la hauteur des défis que nous lancent la médecine et la biologie et surtout que, devant ceux-ci, nous réagissions toujours avec calme, impartialité et sérénité.