

L'INCIDENCE DES NORMES INTERNATIONALES SUR LE DROIT NATIONAL EN MATIÈRE DE BIOÉTHIQUE: ENTRE INFLUENCE ET INCANTATION

Bertrand Mathieu*

I Une réalité: la place prépondérante de normes internationales dans le droit de la bioéthique. 1 Le système normatif en matière de bioéthique: une construction originale. 2 Le droit international de la Bioéthique: des instruments juridiques diversifiés. 2.1 La Déclaration de l'Unesco sur le génome humain. 2.2 La Convention bioéthique du Conseil de l'Europe. 2.3 La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. II Un constat: le caractère peu contraignant du droit international de la bioéthique. 1 Des principes dérogeables. 2 Des règles rendues inopérantes. 3 Des règles non appliquées. 4 Des règles dont l'application est subordonnée aux développements des droits nationaux. III Un élément d'explication: le caractère incantatoire de l'invocation des droits fondamentaux en matière de bioéthique. 1 De quelques contradictions. 1.1 De la difficulté à concilier des références contradictoires s'agissant de la recherche sur l'embryon. 1.2 De la difficulté de fonder l'interdiction du clonage reproductif. 1.3 Les droits de l'homme, rempart incertain à l'instrumentalisation de l'humain.

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur l'influence des normes internationales sur le droit national en matière de bioéthique.

MOTS-CLÉS

Droit international. Droit national. Bioéthique.

L'internationalisation du droit est une réalité qui se traduit de multiples manières. Pour un constitutionnaliste, elle se retrouve, en particulier, dans la manière par laquelle le droit des droits fondamentaux tend à homogénéiser la rédaction des dispositions constitutionnelles relatives à ces questions.

Si les textes diffèrent dans leur rédaction, l'interprétation donnée par les juges, européens, nationaux, constitutionnels ou ordinaires, tendra le

* Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, Directeur du Centre de recherche en droit constitutionnel, Docteur en Droit, auteur des ouvrages dans les domaines du droit constitutionnel et du contentieux constitutionnel, ainsi que de nombreux articles publiés dans plusieurs Revues françaises et étrangères, bien aussi conférencier renommé en France et dans d'autres pays.

plus souvent au même résultat, marquée par l'interpénétration des ordres juridiques. Sans modification des textes de référence, se constitue ainsi une esquisse de droit commun. A l'universalisation des droits fondamentaux correspond la globalisation économique et la concurrence scientifique qui incitent également à l'internationalisation du droit et à l'élimination des contraintes que peuvent représenter les différences étatiques.

En matière de bioéthique, le caractère universel des enjeux, le poids des intérêts économiques, le caractère transnational de la recherche, la faiblesse relative des droits nationaux, autant de facteurs qui ont conduit à l'élaboration d'un droit qui d'abord été international. De cette réalité a souvent été retenue une apparence, celle selon laquelle ce droit international sert de cadre au développement des législations nationales.

Du fait de son faible normativité, mais aussi du fait de son ambiguïté substantielle, le droit international de la bioéthique est essentiellement constitué de principes directeurs qui traduisent plus une préoccupation commune que la recherche de règles communes. Cette situation spécifique peut s'expliquer par les conflits de valeurs qui sont à l'œuvre dans le droit de la bioéthique et la crise que traverse le droit des droits fondamentaux, malgré son apparente prospérité.

I UNE REALITÉ: LA PLACE PREPONDERANTE DES NORMES INTERNATIONALES DANS LE DROIT DE LA BIOETHIQUE

Le système normatif de la bioéthique est le témoin avancé de l'évolution du droit. En effet, confronté aux progrès de la science et de la technique, à l'éclatement du système de valeurs, au gonflement des désirs individuels transmutés en droits fondamentaux, à la contestation de la norme juridique impérative, l'encadrement social tend à se transformer tant en ce qui concerne la forme de la règle que sa substance. Sur le plan formel, le système normatif n'est plus exclusivement juridique. En témoignent sur le plan international le développement de normes dégagées par des organisations non gouvernementales ou gouvernementales dépourvues de force juridique, et le rôle joué, au plan national et international, par les comités d'éthique. Cependant aujourd'hui ce droit s'est cristallisé dans un certain nombre de textes relevant du droit international stricto sensu.

1 LE SYSTÈME NORMATIF EN MATIÈRE DE BIOÉTHIQUE: UNE CONSTRUCTION ORIGINALE

Historiquement, les principes applicables en matière de bioéthique ont été posés d'abord au niveau international, à Nuremberg, en 1947. Le Code de Nuremberg a en effet été établi, dans le cadre du jugement des médecins nazis par un tribunal militaire américain, habilité par 23 États, et qui fonctionnait par délégation du Tribunal international de Nuremberg, selon les règles en vigueur pour cette juridiction.

Même s'il repose sur des fondements juridiques incertains, car ce tribunal n'était pas précisément mandaté pour établir des règles de portée générale, on peut considérer cependant que ce Code est aujourd'hui intégré dans le droit international coutumier. Ainsi, les principes qu'il énonce à propos des expérimentations cliniques sur l'Homme se retrouvent-ils dans tous les textes de bioéthique.

Il s'agit pour l'essentiel de subordonner ces expériences au consentement de la personne, sujet de la recherche. Par son jugement, le Tribunal de Nuremberg soulignait la nécessité d'affirmer la dignité de la personne humaine, dans son essence même, ainsi que d'interdire qu'elle soit traitée comme un objet, quels que soient les circonstances et les buts poursuivis.

Il a fallu attendre les années soixante et la prise de conscience du fait que certaines expérimentations, menées dans des états démocratiques, en particulier les Etats-Unis, pouvaient être gravement attentatoires aux droits de l'homme, pour qu'une nouvelle phase de réglementation des pratiques biomédicales intervienne. Dans un premier temps s'est alors constitué un « droit mou » issu, pour l'essentiel, de résolutions d'organisations internationales qui ont servi à la fois de caisse de résonance aux inquiétudes de l'opinion publique et de préparation à l'élaboration de véritables normes juridiques.

A partir de textes fondamentaux, comme la Déclaration d'Helsinki de l'Association médicale mondiale de 1964 et de la Déclaration de Manille du CIOMS de 1981, se développent une grande quantité de textes publiés par des ONG¹ et dont la portée est extrêmement variable. Si certains de ces textes jouent un rôle déterminant, ils visent, parfois, à encadrer, dans un souci corporatiste, des pratiques qui font l'objet d'interdictions nationales ou internationales.² Ce n'est que dans un deuxième temps, et alors que le droit en la matière était encore très peu explicite (en France, la première législation d'ensemble date de 1994), qu'ont été adoptés des instruments internationaux comme la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco (1997)³ et la Convention sur les droits de l'homme et la bio médecine du Conseil de l'Europe (1996).⁴

Enfin, sur le plan international, une nouvelle étape est franchie, lorsqu'un texte relatif aux droits de l'homme et à vocation générale, intègre des dispositions spécifiques à la bioéthique. Il en est ainsi de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dans son premier chapitre consacré au principe de dignité contient des dispositions spécifiques aux pratiques biomédicales.

2 LE DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE: DES INSTRUMENTS JURIDIQUES DIVERSIFIÉS

Alors que le système normatif relatif à la bioéthique est particulièrement étoffé, mais formé de textes d'inégale valeur et d'inégale

portée, je ne traiterai ici que des principaux textes de nature juridique qui sont relatifs à la bioéthique ou contiennent des dispositions spécifiques à la bioéthique.

2.1 La Déclaration de l'Unesco sur le génome humain

Ce texte consacre, en premier lieu, la primauté de la dignité de l'individu. Il rappelle, en second lieu, le caractère fondamental de la liberté de la recherche, même si sont par ailleurs légitimées les restrictions dont celle-ci peut faire l'objet afin de préserver les droits et la dignité des personnes. Enfin, et en troisième lieu, la Déclaration tend à réactualiser les droits de "solidarité" dans le contexte de la bioéthique.

Parmi les droits spécifiquement reconnus: le droit à la sécurité qui impose aux praticiens et aux chercheurs de n'intervenir sur le génome d'un individu "qu'après une évaluation rigoureuse... des risques et avantages potentiels" de leur intervention; le droit de l'individu de consentir, de manière informée et préalable, à une telle intervention; le "droit de ne pas savoir", c'est-à-dire de refuser éventuellement de connaître les résultats d'un examen génétique (art. 5); le droit de ne pas faire l'objet de discriminations injustifiées fondées sur des caractéristiques génétiques individuelles (art. 6); le droit à la confidentialité des données génétiques individuelles (art. 7); le droit à réparation des dommages «ayant pour cause directe et déterminante une intervention sur son génome» (art. 8).

2.2 La Convention bioéthique du Conseil de l'Europe

Le «droit» européen de la bioéthique est en l'état essentiellement incarné dans la Convention sur les droits de l'homme et la bio médecine du Conseil de l'Europe de 1996 ou Convention d'Oviedo. C'est un texte assez représentatif d'une construction ordonnée à partir du principe de dignité.

L'article 1 de cette Convention stipule que «les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentaux, à l'égard des applications de la biologie et de la médecine». L'article 2 ajoute que «l'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société et de la science».

Parmi les principes inscrits dans la Convention figurent le principe du consentement, l'exigence du respect de la vie privée qui induit notamment le droit des patients à l'information ou à la non-information et à la protection des informations relatives à leur santé (art. 10). La liberté de la recherche est affirmée mais son exercice est conditionné par le respect des dispositions qui assurent la protection de l'être humain. L'intégrité du corps humain est protégée par les principes de non-commercialité du corps humain (art. 21).

S'agissant du génome humain, la Convention prescrit qu'une intervention sur le génome d'une personne ne puisse avoir qu'une finalité préventive, diagnostique ou thérapeutique. La garantie de ces droits est assurée par l'affirmation d'un droit à réparation (art. 24).

2.3 La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

En ce qu'elle traite de questions relevant de la bioéthique, la Charte européenne présente une double originalité. D'une part, c'est le premier grand texte généraliste et international relatif aux droits fondamentaux à traiter de cette question. Ainsi la bioéthique n'est plus seulement l'objet de déclarations ou de conventions spécialisées, elle occupe au sein des droits fondamentaux une place qui tend à se banaliser. D'autre part ces dispositions de la Charte européenne témoignent de la place croissante qu'occupent les questions biomédicales dans le droit de l'Union européenne comme le montrent, déjà et par exemple, la directive sur la brevetabilité de l'humain ainsi que les nombreux et riches avis du Groupe européen d'éthique.⁵

La structure même de la Charte place ces questions au premier plan, dans un chapitre consacré à la dignité, qui précède un second chapitre intitulé « libertés » au sein duquel l'on retrouve pour l'essentiel les droits libéraux classiques, un troisième chapitre « égalité » et un quatrième consacré à la solidarité. Certains de ces droits ou de ces libertés ne sont pas étrangers à la bioéthique, il en est ainsi, par exemple de la protection des données à caractère personnel (art. 8), de liberté de la recherche (art. 13), du principe de non-discrimination, dont il est spécifié qu'il vise les caractéristiques génétiques, (art. 21), du droit à la santé (art. 35).

Le chapitre consacré au principe de dignité ne vise pas exclusivement les questions relatives à la bioéthique. Il pose en son article 1 le principe et s'attache dans ses articles suivants à en développer les conséquences en ce qui concerne, le droit à la vie, le droit à l'intégrité, l'interdiction de la torture et des peines ou des traitements inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé.

II UN CONSTAT: LE CARACTÈRE PEU CONTRAIGNANT DU DROIT INTERNATIONAL DE LA BIOÉTHIQUE

La force juridique des textes du droit international de la bioéthique est assez faible. La Déclaration de l'Unesco, bien que reprise à son compte par l'Assemblée générale des Nations-unies, n'a pas la force juridique d'un traité. La Convention bioéthique du Conseil de l'Europe est un traité, mais il n'a pas été ratifié par la France. Quant à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, bien que dotée d'une réelle influence, elle est, pour l'instant, dépourvue de force juridique. Ce n'est que sur le terrain de l'Union européenne que les normes juridiques, notamment les directives, relatives à

la bioéthique, sont dotées d'une réelle force de contrainte juridique. On relèvera qu'il ne s'agit pas de textes concernant les droits fondamentaux, mais d'une harmonisation des pratiques.

Indépendamment de la question relative à leur portée juridique, les textes ici pris en compte sont, le plus souvent, rédigés ou interprétés de telle manière qu'ils soient plus proclamatoires qu'impératifs. On illustrera cette affirmation en prenant un certain nombre d'exemples, sans prétention à l'exhaustivité.

1 DES PRINCIPES DÉROGEABLES

S'agissant du principe du consentement, la Déclaration universelle de l'Unesco sur le génome humain montre comment l'affirmation solennelle d'un principe, peut cacher, en fait, une assez large faculté de dérogation. Ce texte étend le champ de l'exigence du consentement à toutes les formes d'intervention à des fins médicales ou scientifiques sur le génome d'un individu. Il prévoit la possibilité de dérogation en matière d'actions en recherche de paternité ou d'auteurs d'infractions.⁶ Mais si l'intéressé n'est pas en mesure d'exprimer son consentement, ce consentement peut être donné par un tiers. Le texte (art.9) est sur ce point ambigu, le renvoi à l'hypothèse où l'intéressé n'est pas en mesure d'exprimer son consentement pourrait renvoyer à des hypothèses où l'obstacle tient à la législation nationale. L'article 5 de la Déclaration renvoie en effet, dans cette hypothèse, aux dispositions des lois nationales, en ne posant comme limite que la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'intéressé. Cette question de la représentation du consentement est d'ailleurs une des questions fondamentales en matière de bioéthique. Une conception extensive de la notion de consentement représenté est en effet susceptible de vider de son sens le principe lui-même. L'article 9 prévoit également, de manière générale, des dérogations au principe du consentement.

On retrouve les mêmes limites apportées au principe affirmé s'agissant de l'utilisation des tests génétiques prédictifs réalisés sur une personne.

Au niveau mondial, la Déclaration sur le génome humain de l'Unesco, précise que «Nul ne doit faire l'objet de discriminations fondées sur ses caractéristiques génétiques, qui auraient pour objet ou pour effet de porter atteinte à ses droits et à ses libertés fondamentales et à la reconnaissance de sa dignité» (art.6). La Convention bioéthique adoptée par les Etats du Conseil de l'Europe, en novembre 1996 prohibe «toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique» (art. 11).

Cependant, alors que les principes posés semblent relativement clairs, la logique du droit applicable à l'utilisation des tests génétiques est plus floue. S'agissant de l'utilisation des tests génétiques dans certains actes de la vie sociale, la discussion reste largement ouverte à partir d'un refus de principe. Ce refus ne vaut probablement que tant que les résultats des tests

génétiques s'avèrent dans l'ensemble assez peu utilisables. La question concerne essentiellement les discriminations génétiques qui pourraient être opérées en matière d'accès à l'emploi et à l'assurance. Or, au-delà des condamnations de principe, certains textes sont plus ambigus. Ainsi, la Convention bioéthique du Conseil de l'Europe ne s'oppose pas à ce qu'un candidat à l'assurance fasse spontanément état de tests génétiques favorables. De même, l'esquisse de la déclaration internationale sur les données génétiques humaines du Comité international de l'Unesco (version du 28 octobre 2002) prévoit que « Les données génétiques associées à une personne identifiable, à une famille ou à un groupe ne seront pas accessibles à des tiers, notamment aux employeurs, aux compagnies d'assurance ou aux institutions éducatives, sauf dans les cas prévus par la législation ou la réglementation nationales... ».

2 DES RÈGLES RENDUES INOPÉRANTES

Les contradictions liées à la reconnaissance de la protection de l'embryon humain au nom du principe de dignité et aux impératifs scientifiques et économiques invoqués à l'appui de son utilisation comme matériau de recherche conduit à vider de leur contenu certaines dispositions normatives.

Ainsi, l'article 1 de la Convention « bioéthique » du Conseil de l'Europe établit une intéressante distinction entre être humain et personne, qui ne peut être fortuite eu égard au contexte et à la date de son élaboration. Ainsi l'être humain est protégé dans sa dignité et son identité, alors que la personne voit le respect de son intégrité et de ses droits et libertés fondamentaux garantis sans discrimination. Le principe de dignité protège donc l'être humain et donc, pourrait-on penser, l'embryon. En effet si l'embryon n'est pas juridiquement appréhendé comme une personne, c'est au sens littéral des termes un être humain. Par ailleurs, l'article 18 du même texte admet que certaines législations nationales permettent des recherches sur l'embryon *in vitro*, à condition que celles-ci assurent une protection adéquate de l'embryon. Une interprétation littérale de ce texte devrait conduire à considérer que toute recherche conduisant à la destruction d'un embryon ne peut être considérée comme assurant une protection adéquate de ce dernier.

Cependant l'interprétation de ce texte n'est pas si claire qu'il n'y paraît. En effet, le rapport explicatif à cette convention, qui se définit lui-même comme n'étant pas un instrument d'interprétation authentique, mais qui apporte un éclairage précieux sur les intentions des parties, renvoie au droit interne des États le soin de préciser la signification des termes être humain et personne, ce qui affaiblit de manière très sensible la portée de ce texte. En effet, une norme dont les destinataires peuvent apprécier librement la portée en définissant discrétionnairement les concepts auxquels elle se rapporte est dénuée de toute effectivité.

On retrouve une logique similaire s'agissant de l'interprétation de l'exigence conventionnelle de la protection de la vie. L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme précise que « la mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement » et aucune des dérogations prévues ne concerne les circonstances propres à l'euthanasie ou au suicide médicalement assisté. Ce texte prévaut sur les législations nationales des Etats qui ont adhéré à cette Convention. Cependant, dans l'affaire *Pretty c. Royaume Uni*, du 29 avril 2002, si la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'on ne pouvait interpréter l'article 2 comme conférant un droit à la mort. Elle n'a pas retenu de cet article l'interprétation selon laquelle il interdirait que soit reconnue une faculté de se faire donner la mort. Ainsi, alors que cet article 2 proclame un droit objectif à la vie, la Cour l'interprète comme reconnaissant un droit subjectif à la protection de sa vie. La Cour rejoint le sens donné à ce droit par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne faisant abstraction de la différence de formulation entre les deux textes. On relèvera à cette occasion le rôle essentiel joué par le juge, notamment européen, dans l'interprétation des textes qu'ils adaptent à l'idée qu'ils se font de l'état de la société.

3 DES RÈGLES NON APPLIQUÉES

A contrario, face à des règles juridiques européennes rigides et impératives, le droit national se montre parfois réticent à les mettre en œuvre.

Il en est ainsi en matière de brevetabilité des inventions biotechnologiques relatives à la vie humaine. Cette question a pris une ampleur considérable sous la pression des enjeux économiques et scientifiques induits du décryptage du génome humain. En 1998, une directive européenne a fixé les règles applicables en la matière. Alors que cette directive devait être transposée en droit français en juillet 2000, le législateur français s'interroge encore sur la question de sa transposition en droit national.

En l'état, cette directive n'a été transposée que par six pays et elle a fait l'objet d'un recours devant la Cour de justice des Communautés européennes. A l'occasion du débat sur la modification des lois dites bioéthique, le législateur national envisage une transposition partielle de cette directive.⁷ La première rédaction votée par l'Assemblée nationale entraînait directement en conflit avec l'article 5 de la directive qui précise qu'un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel ». A la suite des débats au Sénat, une tentative de compromis a été élaborée. Le texte a été ainsi rédigé : « Ne peuvent constituer des inventions brevetables le corps humain aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence

partielle d'un gène (*cette partie du texte est une reprise pure et simple de l'alinéa 1 de l'article 5 de la directive*) La protection par un brevet d'une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain ne couvre cet élément qu'en tant qu'il permet cette application particulière, qui doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet ».

L'enjeu de cette rédaction est de permettre que l'existence d'un brevet sur des applications spécifiques d'une fonction d'un gène ne limite pas la liberté de la recherche sur d'autres applications tirées de ce gène. Il s'agit cependant d'une interprétation très restrictive de la directive.⁸

4 DES RÈGLES DONT L'APPLICATION EST SUBORDONNÉE AUX DÉVELOPPEMENTS DES DROITS NATIONAUX

Il est également des hypothèses où l'élaboration, ou l'application, du droit international est subordonnée aux évolutions du droit national.

Ainsi, la création d'embryons humains par voie de clonage afin d'obtenir des cellules ES (cellules souches) est expressément condamné par la Convention bioéthique du Conseil de l'Europe qui précise, sans ambiguïtés, que la constitution d'embryons humains à des fins de recherche est interdite.

Or, en France, l'avant projet de loi de révision des lois « bioéthique » de 2001 prévoyait que des embryons puissent être créés par clonage à des fins de recherche. Cette disposition a été retirée à la suite, notamment, de l'opposition du Président de la République. Réintégrée par les députés lors du débat à l'Assemblée nationale, elle n'a pas été reprise à son compte par le Sénat, malgré un avis favorable du Comité consultatif national d'éthique. C'est probablement l'existence de telles incertitudes qui a conduit le législateur français à attendre l'adoption de la loi nouvelle pour débattre de la ratification de la Convention d'Oviedo. En l'espèce, ce n'est pas la règle internationale qui conditionne la règle nationale, mais l'inverse.

III UN ÉLÉMENT D'EXPLICATION: LE CARACTÈRE INCANTATOIRE DE L'INVOCATION DES DROITS FONDAMENTAUX EN MATIÈRE DE BIOÉTHIQUE

La difficulté de traduire dans les droits nationaux certains des principes affirmés par les textes internationaux et le caractère peu opératoire de ces textes trouvent probablement une explication dans les conflits de valeurs qui traversent le droit de la bioéthique, conflits plus masqués que résolus par le recours à l'éthique des comités du même nom. Plus concrètement, il faudrait peut être prendre en considération le fait que les droits de l'homme ne représentent pas, malgré les apparences, le seul fondement du droit de la bioéthique.

1 DE QUELQUES CONTRADICTIONS

Ces contradictions sont manifestes tant en ce qui concerne la réglementation de la recherche sur l'embryon que l'interdiction du clonage reproductif.

1.1 De la difficulté à concilier des références contradictoires s'agissant de la recherche sur l'embryon

Le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne a rendu en novembre 1998 un avis concernant la question de la recherche sur les embryons humains.⁹ Prenant acte du caractère contrasté du paysage législatif européen, le Comité manifeste dans son avis à la fois une conscience des problèmes moraux et éthiques posés par une telle recherche et un souci de réalisme qui conduit, en fait, à accepter que soit mise en oeuvre une conception utilitariste de l'embryon humain. Cependant, le Groupe préconise le financement des recherches sur l'embryon en se fondant sur un certain nombre de considérations. D'abord le Comité relève, au regard des différentes législations nationales et des différentes conceptions morales, le pluralisme qui règne en Europe sur cette question. Après avoir manifesté un égal respect pour les « conceptions déontologiques », qui protègent l'embryon, au nom de son humaine condition, et les « conceptions téléologiques », ou utilitaristes, et qui mettent en avant les bénéfices que la collectivité peut tirer de la recherche sur l'embryon le Groupe en déduit que cette recherche ne pouvant être interdite au regard du « pluralisme culturel » et des bénéfices attendus, elle doit être autorisée. Si elle est autorisée, elle doit pouvoir être financée par des fonds publics européens.

Ce raisonnement démontre la difficulté d'élaborer une synthèse consensuelle à partir de droits positifs nationaux contradictoires. L'affirmation selon laquelle le Comité ne tranche pas entre les différents systèmes de valeur en cause n'est pas exacte. En effet admettre, au nom du pluralisme que des recherches sur l'embryon soient financées par l'Union, c'est de fait, prendre partie en faveur de la thèse « utilitariste ».

1.2 De la difficulté de fonder l'interdiction du clonage reproductif

Les tentatives menées afin d'établir au niveau universel un texte condamnant le clonage reproductif et d'insérer cette condamnation dans la loi française traduisent, au-delà des apparences, une réelle incertitude sur ce qui doit fonder une telle condamnation.

Le texte de loi relatif à la bioéthique, tel qu'adopté par le Sénat français fait du clonage reproductif un crime appartenant à une catégorie nouvelle, celui contre l'espèce humaine. Il est nécessaire de s'interroger sur les raisons

pour lesquelles cette technique représente un interdit majeur : dangerosité, inutilité scientifique et médicale, menaces sur l'espèce ? Si l'on protège l'individu, s'agit-il de protéger son identité génétique ou son mode de fabrication (reproduction ou procréation) ? Les textes qui condamnent cette technique sont, de ce point de vue, divergents. La Déclaration de l'Unesco sur le génome humain considère que le clonage reproductif est contraire à la dignité humaine. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne le juge contraire à l'intégrité de la personne. En France, dans son rapport préalable à la révision des lois bioéthique, le Conseil d'Etat s'est fondé sur la protection de l'intégrité de l'être humain. En 1994, le Conseil constitutionnel a fait de la protection de l'intégrité de l'espèce humaine un principe législatif garant du principe constitutionnel de dignité.

Si l'on se réfère à la protection de l'espèce humaine, c'est la sélection génétique de l'espèce humaine qui est ainsi condamnée, mais d'une part, de nombreuses pratiques eugéniques sont autorisées, notamment le dépistage prénatal ou préimplantatoire des anomalies génétiques ou la stérilisation des handicapés mentaux, d'autre part une pratique isolée ne relève pas de pratiques eugéniques organisées (seules condamnées par la loi française). La condamnation du clonage reproductif au nom de la dignité de la personne humaine est très ambiguë, car elle tendrait à nier la dignité de l'enfant qui pourrait un jour être produit par clonage, alors que l'on ne peut considérer que la dignité d'un être humain est liée à son mode de production. Enfin la création d'une nouvelle catégorie juridiquement protégée, l'espèce humaine pose plusieurs problèmes. Elle est conceptuellement mal définie et elle accentue le développement de droits collectifs au détriment des droits individuels.

Le développement d'une éthique nécessairement provisoire, casuelle et produit par le consensus comme substitut à un droit fondé sur un système de valeurs, celui des droits de l'homme, tend à brouiller les logiques auxquelles obéissent les règles posées et leur raison d'être. Elle développe un système normatif fondé sur l'émotion, fluctuant et qui de se fait s'avère fort peu protecteur des individus. Par ailleurs, l'acceptation, au nom de l'éradication de certaines maladies, de pratiques instrumentalisant la vie humaine a considérablement affaibli la force des arguments qui justifient une interdiction radicale du clonage reproductif.¹⁰

1.3 Les droits de l'homme, rempart incertain à l'instrumentalisation de l'humain

Le droit de la bioéthique, qu'il soit interne ou international, est inscrit, de manière très volontariste dans un rapport de filiation avec les droits de l'homme, essentiellement les principes de dignité et de liberté. Non seulement l'importance accordée à ces droits fondamentaux, mais aussi la multiplicité et l'interaction des normes juridiques ou a-juridiques utilisées en matière de

bioéthique témoignent de cette constitution d'un ordre où la source formelle de la norme compte en définitive moins que la substantialité du droit.

Cette évolution profonde du système juridique s'accompagne d'une crise des fondements sur lesquels il est construit. La force du mouvement et son caractère probablement inéluctable reposent sur une conjonction de facteurs. D'abord, le système des valeurs autour desquelles s'organise la société ne présente plus, tout du moins dans nos sociétés occidentales, de réelle cohérence ou, plus exactement, sa cohérence se construit autour de la diversité. Ainsi les différences sont-elles valorisées tant dans les croyances et les idéologies que dans les comportements. Il devient ainsi très difficile de trouver un accord sur des valeurs dont l'acceptation commune induit le respect des règles qui en découlent. Ainsi la reconnaissance de droits propres à des catégories particulières, constituées en fonction de leur sexe, de leur âge, de leur langue ou de leur comportement sexuel, par exemple, fait éclater l'unité reconnue au groupe social. A la décision par vote majoritaire se substitue la décision obtenue par consensus. A la démocratie représentative tend à se substituer un système oligarchique composé de sages et de savants dont le développement se nourrit de la complexité des questions à traiter. Enfin, sortant de sa vocation initiale qui est oeuvre de connaissance, la science s'impose comme un facteur d'organisation sociale autour de sa propre légitimité du fait des développements considérables qu'elle connaît et des promesses de soulagement de certaines souffrances humaines qu'elle engendre.

La mondialisation des forces économiques et des activités scientifiques exige pourtant la détermination d'un système de valeur minimum communément accepté sur le plan universel. Or, la portée des droits fondamentaux est affaiblie, notamment, par deux caractéristiques, les termes employés sont polysémiques et l'affirmation des principes, relativement immuable, est corrigée par le développement exponentiel des dérogations qui y sont apportées. En fait, la place occupée par les droits fondamentaux dans le système normatif de la bioéthique a donné l'apparence d'un ordonnancement du droit à partir d'un système de valeurs incarné dans des règles de droit substantielles (constitutionnelles ou internationales). Ce n'est probablement qu'une apparence. Les faiblesses qui affectent les droits fondamentaux, auxquelles nous venons de faire allusion, et la puissance des intérêts, notamment économiques, établissent un rapport de force que le droit masque formellement et traduit substantiellement.

Le système des droits de l'homme repose essentiellement sur une conception ontologique qui place l'homme au centre de la nature. Cette cohérence est menacée par certaines thèses qui font de l'homme une créature parmi les autres qu'il faut protéger au même titre que les espèces animales, l'air ou l'eau. Cette conception extrême de l'écologie vise, non pas à protéger l'environnement de l'homme, mais à reconnaître, non seulement aux animaux, mais aussi à l'ensemble du monde vivant, un droit à la protection.

Elle rencontre un certain écho dans des textes juridiques. Ainsi, l'article 24 nonies de la Constitution fédérale suisse reconnaît la dignité de la créature. Ainsi, la Constitution allemande a fait de l'animal un objet constitutionnellement protégé. Ainsi, la législation suisse a-t-elle distingué le statut juridique de l'animal de celui de la chose.¹¹ Dans le même temps, la vie humaine est réifiée, qu'il s'agisse de son utilisation à des fins scientifiques ou de sa soumission au droit des brevets. En matière génétique c'est alors non plus l'individu ou l'espèce humaine qui sont protégés, mais la biodiversité.¹² Le patrimoine génétique de l'humanité est protégé comme, par exemple, le patrimoine végétal, non plus au nom de la dignité humaine, mais seulement en vertu du principe de précaution. L'intervention sur le génome humain relève alors d'une problématique similaire à celle qui vise les organismes génétiquement modifiés (OGN). Le développement de la notion de droit du vivant qui englobe sous un même concept la bioéthique et les biotechnologies contribue à brouiller des différences pourtant fondamentales. La transformation de l'objet des droits fondamentaux, que marque symboliquement le substitution de cette terminologie à celle de droits de l'homme, facilite cette évolution dont elle témoigne également.

¹ Cf. La liste établie par l'OMS et publiée in: LENOIR, N. et MATHIEU, B. *Droit international de la bioéthique(textes)*. Collection « Que sais-je? », n. 3395. Paris : PUF, 1998.

² Pour des exemples en ce sens cf. *Ibidem*.

³ Préparée sur l'initiative de la France par le Comité international de bioéthique sous l'impulsion de son président, Madame Noëlle Lenoir.

⁴ Cf. LENOIR et MATHIEU, *op. cit.*

⁵ Cf. *Le rapport général des activités 1998-2000*, publié par cet organisme.

⁶ Cf. N. Lenoir, article précité, *Rapport public du Conseil d'Etat*, 1998.

⁷ Cf. *Rapport du Sénat*, Commission des affaires sociales 128, 2002-2003.

⁸ Elle pourrait cependant s'appuyer sur la décision CJCE du 9 octobre 2001 qui répondant à un argument selon lequel cette directive serait contraire au principe de dignité humaine répond que « la directive ne s'étend à des données biologiques existant à l'état naturel dans l'être humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation d'une application industrielle. Il n'est pas interdit de considérer que le brevet ne concerne que ces applications industrielles particulières.

⁹ Avis n. 12 du 23 novembre 1998.

¹⁰ Cf. l'avis du CCNE sur la pratique dites des « enfants médicaments » de 2002.

¹¹ Loi du 19 février 2003, *Dictionnaire permanent de bioéthique*. Ed. législatives, bull 123, p. 7119.

¹² La convention de l'O.N.U. de RIO sur la biodiversité porte sur l'ensemble du monde vivant. Il ne semble pas qu'elle s'applique à l'homme. Cependant la Déclaration de l'Unesco sur le génome humain, s'y réfère dans le cadre de l'éthique biomédicale.

THE INCIDENCE OF THE INTERNATIONAL
PRINCIPLES IN THE NATIONAL
REGULATION OF BIOETHICS: THE
INFLUENCE AND THE ENCHANTMENT

ABSTRACT

An article on the influence of the international principles focusing national regulation of bioethics.

KEYWORDS

International Law. Bioethics. National Rights.