

DÉBUT ET FIN DE VIE

**Le droit
et la bioéthique en question**

Colloque international de Beyrouth
Mercredi 16 et jeudi 17 mai 2018

L'EFFECTIVITÉ DU DROIT INTERNATIONAL DES SCIENCES DE LA VIE : UNE AMBIGUÏTÉ CONSTRUCTIVE ?

Christian BYK¹

INTRODUCTION

Censé organiser la société, en prévenir et résoudre les conflits, le droit s'inscrit dans une dialectique entre la norme et le fait. S'il souhaite être plus qu'une théorie des rapports sociaux - et même être déjà celle-ci² - il doit se nourrir de la réalité, voire l'intégrer dans le processus de fabrication de la norme. Cette réalité devient ainsi un élément tangible et incontestable de la norme car elle participe à son élaboration.

Alors, qu'advient-il de la norme juridique quand les faits sur lesquels le droit s'est construit se transforment d'une façon telle qu'une autre réalité apparaît et que le cocon du droit semble avoir perdu ses facultés de véhicule des transformations sociales ?³.

C'est ainsi que les recherches en embryogenèse, qui insistent sur la continuité du développement de l'embryon depuis la conception, nous interrogent sur la pertinence de la *summa divisio* du droit entre personnes et choses ou que les nouvelles techniques de la reproduction ouvrent la voie à une reconfiguration des liens de filiation et de parenté⁴.

Maintenir le droit en l'état ne reviendrait-il pas à méconnaître ces transformations au risque d'un raidissement du droit sur des principes considérés comme intangibles ou de créer, comme avec le modèle législatif

1. Juge à la Cour d'appel de Paris, Secrétaire général, Association internationale droit, éthique et science, Président du Comité intergouvernemental de bioéthique de l'UNESCO.

2. J. Commaille, « Droit et sociologie des rapports au risque de l'histoire », *Académie des sciences morales et politiques*, séance du lundi 9 juin 2008.

<https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2008/06/09/sociologie-et-droit>.

3. On se souviendra à ce propos de la querelle, par ouvrages interposés, sur la place sociale du droit entre R. Savatier, « Le droit et l'accélération de l'histoire », *Recueil Dalloz*, 1951, Chron., p. 29 et s. Ce texte figure également en préliminaire de l'ouvrage de R. Savatier, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui : approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959 et G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955.

4. J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique*, PUF et Le Monde, 2002.

français en matière de procréation médicalement assistée, l'illusion que la réalité nouvelle est conforme aux anciens modèles qui ont jusqu'alors servi de référence au législateur ?⁵.

Mais, faire céder la norme juridique sous la pression des faits dès lors que leur poids (supposé, notamment par l'expression de l'opinion publique ou de divers groupes d'intérêts) laisse redouter que le droit n'y résisterait pas, n'est-ce pas vaincre, sous la pression de la force, le conservatisme du droit sans se préoccuper de la question de la sécurité juridique ?⁶.

Ce dilemme est au cœur de la dialectique sur l'effectivité du droit, c'est-à-dire la capacité de la règle de droit à rester en interactivité avec une réalité qui n'est plus exactement celle qui était lorsque la norme a été créée. A défaut du maintien de cette capacité, le droit perd sa crédibilité, sa légitimité à garantir une organisation sociale ramenant les conflits à un certain état de stabilité, certes en équilibre mais prenant en compte un ensemble d'intérêts tant individuels que collectifs⁷.

Or, la mondialisation, qui affecte les applications à l'homme de la biomédecine comme bien d'autres domaines de l'activité humaine, accentue la perception d'un droit dans l'incapacité d'en maîtriser les conséquences sociales dès lors que la diversité substantielle des législations nationales, combinée avec l'autonomie et la libre circulation des personnes, peut permettre d'obtenir légalement à l'étranger ce qui est interdit chez soi⁸. Le droit international (essentiellement le droit matériel ?) deviendrait alors un recours - le seul recours ? - pour remettre le fait sur le droit chemin.

5. C. Byk, « L'Europe et la « libre famille ». L'apport du droit des procréations assistées », *P@ges Europe*, 12 juillet 2017, La Documentation française.

6. Telle est l'ambiguïté de la production normative en matière de bioéthique à laquelle la subtilité du caractère révisable de la législation bioéthique française entend répondre. C'est pourquoi le processus français de révision n'est pas sans susciter certaines critiques quant à la volonté des pouvoirs publics de s'assurer son contrôle : voir D. Borrillo, « La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique », *Histoire@Politique*, 2011/2, n° 14, <https://www.cairn.info/revue-histoire-politique-2011-2-page-55.htm>.

7. F. Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1989, p. 130, <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/23/rangeon.pdf>.

8. H. Bosse-Platière, « Le tourisme procréatif, l'enfant hors la loi française », *Informations sociales*, 2006/3, n° 131, p. 156.

Force est de constater que depuis les années 1990, le droit international des sciences de la vie a donné lieu à des développements importants⁹. Ceux-ci répondent-ils cependant au souci d'une recherche de meilleure effectivité ?

Mais de quelle effectivité s'agit-il ? Celle du sens commun, qui questionne l'efficacité d'une loi au regard des effets tangibles qu'elle produit (ou non) sur les faits qu'elle est censée mettre au diapason des normes sociales ?¹⁰ Ou, s'agit-il du principe d'effectivité tel qu'il est connu en droit international et suivant lequel une situation n'est opposable aux tiers que si elle présente un degré suffisant de réalité ?¹¹ **(I).**

En outre, la manière dont le droit international procède pour mettre en œuvre cette effectivité est aussi essentielle pour comprendre les intérêts en jeu et les rapports de force qui les guident. La fragmentation du droit international et la concurrence des systèmes juridiques¹², d'une part, la montée en puissance du droit des droits de l'homme face à l'éthique professionnelle et au droit des techniques¹³, d'autre part, sont des éléments importants de cette analyse car ils sont susceptibles de nous donner quelques indications sur les contradictions et les convergences du droit international des sciences de la vie au regard de l'effectivité des normes qui en relèvent **(II).**

9. C. Byk, « Le droit international de la bioéthique constitue-t-il un système normatif global ? », in C. Gauthier et al. (dir.), *Bioéthique et droit international et européen des droits de l'homme*, Institut International des Droits de l'Homme, Institut René Cassin de Strasbourg, vol. 39, éd. Pedone, 2018, p. 57 et s.

10. P. Lascoume, « Effectivité », in Arnauda-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 130. Voir également, J. Commaille, « Effectivité », in Allianda et Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 583 et J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, vol. 9, 1957-58, p. 3 et s.

11. F. Couveinhes Matsumoto, *L'effectivité en droit international*, Bruylant, 2014.

12. E.-L. Comtois-Dinel, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *Lex Electronica*, vol. 11, n° 2 (Automne/Fall 2006), https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/11-2_comtois-dinel.pdf.

13. C. Byk, « Le droit international de la bioéthique constitue-t-il un système normatif global ? », art. préc.

I- L'EFFECTIVITÉ APPLIQUÉE AU DROIT INTERNATIONAL DES SCIENCES DE LA VIE EST UNE NOTION AMBIGUË

Pour l'illustrer, nous pouvons reprendre le dialogue entre Humpty Dumpty et Alice sur le sens des mots:

« *Quand j'utilise un mot, dit Humpty Dumpty, il veut dire exactement ce que j'ai choisi qu'il dise - ni plus, ni moins.*

- *La question est de savoir, dit Alice, si vous pouvez faire que les mêmes mots veuillent dire tant de choses différentes.*

- *La question est de savoir, dit Humpty Dumpty, qui est le maître - c'est tout »¹⁴.*

L'effectivité en droit international est ainsi liée au pouvoir qu'un acteur du droit (public en général) a sur une situation de fait et sur les conséquences que le droit tire de cette réalité (par exemple, l'occupation d'un territoire). Elle pose la question de la force comme source créatrice du droit¹⁵. Mais, comme dans le dialogue écrit par le mathématicien Lewis Carroll, tout mot veut aussi dire ce qu'il veut dire, comme l'usage de la langue l'a imposé. Et, c'est de cette divergence d'approche du sens des mots que naît une incompréhension partielle, source d'ambiguïté, autour de la notion d'effectivité, dont il conviendra de voir, par ailleurs, comment elle s'intègre au droit international des sciences de la vie.

A- UNE NOTION AMBIGUË CONSUBSTANTIELLE AU DROIT INTERNATIONAL

Au regard du droit, la notion d'effectivité est d'abord une notion ambiguë, paradoxale, avant même d'être consubstantielle à la théorie du droit international.

14. L. Carroll, *De l'autre côté du miroir*, œuvres complètes, R. Laffont, collection Bouquins, t. 1, 2003, p. 180-181.

15. S. Tortorella, « Le rapport entre la norme et la violence : un conflit irrésolu ou une association indépassable ? », in J.-F. Kervegan et al. (dir.), *Norme et violence. Enquête franco-italienne*, Hildesheim, Olms, 2015 ; voir aussi *Droit et philosophie*, vol. 8, 2016, <http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/le-rapport-entre-la-norme-et-la-violence-un-conflit-irresolu-ou-une-association-indepassable-193>.

1- L'ambiguïté intrinsèque de la notion d'effectivité en droit international

a- Une double ambiguïté

- Le premier élément d'ambiguïté de **la notion d'effectivité en droit international** tient à ce qu'elle **se distingue de la notion d'effectivité en droit**. En effet, cette dernière s'interroge sur la manière dont la règle de droit est reçue et sur l'écart qui existe entre ce que le droit proclame et ce que les faits permettent de constater alors qu'en droit international la notion d'effectivité s'entend de l'opposabilité d'une situation au regard des conséquences juridiques qui en sont tirées.

Dans le premier cas, l'effectivité s'inquiète de ce que le fait atténue la portée du droit quand, dans la seconde situation, elle montre comment le droit se nourrit des faits pour acquérir une certaine reconnaissance.

- Toutefois, cette relation entre fait et droit y est complexe et source d'une autre ambiguïté, celle de savoir, dans cette interpénétration, s'il existe **primauté du droit ou du fait**. C'est ce que souligne la doctrine :

« Terme appliqué à une situation dont on évoque qu'elle existe en fait »¹⁶, la notion d'effectivité, parce qu'elle « suggère une forme de primauté du fait sur le droit (et qu'elle) est paradoxalement présente au sein même du droit international positif [...] fait l'objet de nombreuses controverses qui ont pour racine la dichotomie existant entre ce qu'elle évoque sur un plan général, et ce qui est fait en son nom ».

« En pratique, l'effectivité est [en effet] à la fois opposée et intégrée au droit international. De nombreuses règles internationales limitent la reconnaissance de situations ou de pratiques au nom de différentes valeurs. Mais dans certains cas, la prise en compte de ces « effectivités » paraît indispensable à l'effectivité du droit »¹⁷.

16. J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Union académique internationale, 1960.

17. F. Couveinhes Matsumoto, *L'effectivité en droit international public*, thèse, Paris 2, 2011.

b- Un peu d'histoire est alors nécessaire pour clarifier la définition du concept d'effectivité

- Dans une période de l'histoire redevenue moraliste avec le XXI^{ème} siècle¹⁸, il paraît difficile à certains juristes impliqués dans « le droit de la bioéthique » d'admettre que le droit puisse trouver sa source et son sens dans un simple état de fait. Pourtant, l'histoire du droit international nous montre que celui-ci n'aurait pu exister sans se construire autour de la notion d'effectivité.

Comment, en effet, admettre qu'en droit international, on ait pris l'habitude de trouver parfaitement acceptable cette prétention à justifier des normes et des jugements juridiques sur la base de la réalité en général (quand « le principe de l'effectivité » est invoqué) ou de la survenance d'événements ou de situations particulières (des « effectivités ») ?¹⁹.

- La réponse se trouve sans doute dans la volonté que le droit international, longtemps dépourvu de sanctions et d'institutions propres, ne soit pas qu'une pure théorie. Dès lors, d'apparente négation du droit, la notion d'effectivité a été intégrée, « récupérée », par les juristes au point de devenir une notion fondamentale du droit²⁰. Le sens de cet effort de « juridicisation », notamment dans sa phase contemporaine, serait précisément de faire pleinement remplir à la norme juridique sa finalité « de dicter leurs règles de conduite aux sujets de droit » et « donc de servir [au] bien commun utilitaire, en réalisant *la nécessaire adéquation du droit au fait* »²¹.

Progressivement, d'élément de résistance conceptuelle à la négation de l'existence du droit international, l'effectivité est devenue critère d'affirmation de celui-ci, critère aujourd'hui renforcé par l'institutionnalisation d'acteurs internationaux et de modes de création du droit spécifiques ainsi que par l'émergence de juridictions internationales et de systèmes de sanctions. L'effectivité n'en reste pas moins une notion complexe qui implique de distinguer plusieurs situations.

18. L. Jaffro et S. Laugier (dir.), « Retour du moralisme ? Les intellectuels et le conformisme », *Cités*, 2001/1, n° 5, PUF.

19. Interview de F. Couveinhes Matsumoto à propos de son ouvrage *L'effectivité en droit international*, *op. cit.*

20. M. Chemillier-Gendreau, « A propos de l'effectivité en droit international », *RBDI*, 1975/1, p. 38.

21. *Ibid.*

2- Les distinctions applicables à la notion d'effectivité

Elles concernent tant l'effectivité comme processus d'élaboration du droit que la portée de la notion d'effectivité.

a- L'effectivité et le processus d'élaboration des normes juridiques

De façon schématique, la doctrine s'accorde²² pour distinguer deux situations :

- **Les effectivités fondatrices** (créatrices pour Touscoz et structurelles pour De Visscher) :

Pour de Visscher, elles forment le cadre du droit international sans que la question de la légitimité se pose. C'est pourquoi, Monique Chemillier-Gendreau estime « qu'elles concernent le *moment premier du droit*, [...] *le passage de l'être au devoir-être* » car « devant la *vacance juridique*, la *règle de droit créée pour combler cette vacance émerge directement des faits et sera le « reflet » aussi fidèle que possible des situations concrètes ; le droit sanctionnera ainsi le rapport de forces et l'institutionnalisera au nom de la stabilité des situations juridiques* »²³. Cette effectivité première est celle qui a vu se former, sur les débris de la féodalité, les États souverains, mais elle est aussi celle de l'appropriation des terres estimées sans maître par ceux qui les ont « découvertes ». Elle se nourrit donc de la dissymétrie des rapports de force qu'elle reconnaît et institue, même si elle résulte de la violence ou de la ruse. La sécurité juridique, notamment des frontières, est à ce prix en droit international. Toutefois, on doit aussi à cette fonction de l'effectivité la création des institutions internationales dans la mesure où celles-ci ont émergé à la suite de conflits mondiaux, les vainqueurs souhaitant garantir la stabilité de la paix.

- **Les effectivités en mouvement** (révisionnistes pour Touscoz et en action pour De Visscher) sont plus problématiques pour le droit car leur objet est de réviser, sinon nier, le droit existant pour passer à un droit nouveau. Si elles restent fidèles à une logique dans laquelle le droit est perçu comme un rapport de forces, elles postulent aussi une évolution constante de ce rapport conduisant à des changements nombreux et

22. J. Touscoz, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, LGDJ, 1964 ; Ch. De Visscher, *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967 ; M. Chemillier-Gendreau, art. préc.

23. M. Chemillier-Gendreau, art. préc.

fréquents de la règle de droit pour en tenir compte. Elles sont ainsi destructrices de toute stabilité juridique. Il s'agira de montrer que la réalité nouvelle des faits sociaux constitue une effectivité émergente justifiant de réviser la norme juridique qui, n'étant plus en contact avec cette réalité, a perdu son effectivité. C'est de cette approche de l'effectivité qu'est né, par exemple, le mouvement d'émancipation des colonies.

Comment alors assurer cette contradiction, cette opposition, entre ces deux moments, ces deux fonctions de l'effectivité ?

N'est-ce pas au regard de la portée de la notion d'effectivité qu'une certaine cohérence peut être retrouvée ?

b- La portée de la notion d'effectivité

Une manière de donner une cohérence au principe d'effectivité pourrait bien se trouver dans sa portée, c'est-à-dire dans les limites que le système du droit international lui reconnaît.

Il y aurait, pour ainsi dire, **une règle de principe posée**, à savoir que les faits sont susceptibles, conformément aux règles du droit international, d'avoir des conséquences juridiques. L'idée de conformité aux règles du droit international constitue déjà une première réponse à la contradiction que nous avons relevée. Elle affirme, en effet, clairement que « *si le droit n'est à tout moment que l'habillage sous une forme juridique des situations concrètes, il n'est plus que l'expression du phénomène de domination à un moment historique donné* »²⁴.

La doctrine et la jurisprudence, pour dépasser cette contradiction, n'ont en effet reconnu que « *la finalité avouée de la norme est la réalisation du juste contre l'injuste, ou au moins du bien commun social utilitaire. La fonction apparente du concept d'effectivité en droit international est donc de servir à ce bien commun utilitaire, en réalisant la nécessaire adéquation du droit au fait* »²⁵.

C'est la « fonction idéologique » du droit international. Cette interprétation de la notion d'effectivité, qui la détache d'une présentation quasi mécaniste tendant à dire que l'application du principe général

24. *Ibid.*, p. 41.

25. *Ibid.*

d'effectivité consisterait à constater que la règle de droit est la conséquence objective de certaines situations de fait, est également reprise par M. Couveinhes Matsumoto. Pour cet auteur, « *la source politique de ces règles et le caractère idéologique de leur formulation sont évidentes dès que l'on se penche sur leur origine historique* » car « *appliquer de telles règles consiste en effet toujours à évaluer certains faits au regard de certaines valeurs pour en tirer certaines conséquences juridiques. Les faits pertinents, les valeurs à la lueur desquelles ils doivent être jugés, et les conséquences juridiques devant en être tirées ne s'imposent pas scientifiquement, mais sont choisis en fonction de ce que requiert la réalisation effective d'objectifs politiques et d'impératifs éthiques* »²⁶.

Si dans une première période, celle de l'émergence de la théorie du droit international et de la toute-puissance des États comme acteurs de ce droit, la « rhétorique » du principe d'effectivité a pu ainsi faire croire que de faits (comme l'occupation territoriale, par exemple) surgissaient des règles historiquement ou logiquement inévitables, dans une seconde période, celle de l'affirmation du droit international sur des valeurs et des principes - le droit international des droits de l'homme, par exemple - concrètement mis en œuvre par le juge international, elle ne peut plus cacher **les limites** que ces valeurs imposent aujourd'hui **au principe d'effectivité**.

En raison de cette reconstruction tant théorique que pratique du principe d'effectivité, on peut affirmer que l'importance des valeurs universelles que la communauté internationale a fait siennes empêche désormais de faire produire des effets juridiques aux situations de fait contraires à ces principes.

S'il ne fait donc pas de doute que depuis la fin du XX^{ème} siècle, le droit international des sciences de la vie s'inscrit dans le cadre du droit international des droits de l'homme, quelles conséquences peut-on tirer de cette inclusion au regard des rapports entre principe d'effectivité et droit international des sciences de la vie ?

26. F. Couveinhes Matsumoto, *op. cit.*

B- COMMENT LA NOTION D'EFFECTIVITÉ S'INTÈGRE-T-ELLE AU DROIT INTERNATIONAL DES SCIENCES DE LA VIE ?

Originellement, le principe général d'effectivité a deux grandes fonctions : il est un critère d'identification des sujets du droit international et il est utilisé comme une condition d'opposabilité internationale. Ces fonctions peuvent-elles trouver à s'exercer dans le domaine qui nous concerne ?

Existe-t-il des sujets du droit international dans le domaine du droit des sciences de la vie que la notion d'effectivité peut contribuer à identifier ? Par ailleurs, l'effectivité invoquée des normes nées des pratiques médicales et scientifiques permet-elle de dire que ces normes seraient, sinon directement opposables, du moins à l'origine de l'effectivité du droit international des sciences de la vie ?

1- L'effectivité comme critère d'identification des sujets du droit international des sciences de la vie

Il s'agit de savoir, au regard de l'élaboration et de l'application du droit international, qui détient effectivement le pouvoir. Nous en revenons à la question de Humpty Dumpty : qui est le maître ?

La réponse qu'on peut y apporter est plus délicate qu'en droit international public classique car les sujets principaux du droit international ne sont pas uniquement ici les États et les institutions internationales. Ce sont aussi des organisations non gouvernementales, professionnelles ou académiques. En outre, au sein même des acteurs traditionnels du droit international, le droit international des sciences de la vie fait émerger, de la même manière qu'en droit interne, des instances qui jouissent d'un certain « pouvoir » dans le domaine de la production des normes éthiques ou juridiques.

a- L'identification de nouvelles « instances » de droit public

Tant que les notions de territoire, de peuple et de gouvernement sont les éléments matériels indispensables pour caractériser l'existence d'un État, l'identification des organisations internationales de droit public est sans doute plus facile dans la mesure où leur existence suppose un acte constitutif de nature conventionnelle qui engage des États²⁷. A cet égard, on peut dire qu'exception faite du domaine des biotechnologies (avec l'International Center of Genetic Engineering and Biotechnology (ICGEB) créé en 1983)²⁸, il n'existe pas d'organisation internationale de droit public

27. G. Abi-Saab (dir.), *Le concept d'organisation internationale*, Paris, éd. Unesco, 1980.

28. Voir www.icgeb.org.

uniquement spécialisée dans le domaine des nouvelles technologies des sciences de la vie. Parmi les organisations existantes (nous ne traiterons ici que de la dimension proprement internationale, renvoyant pour la sphère régionale à notre étude « le droit international de la bioéthique constitue-t-il un système normatif global ? »²⁹), il existe, en revanche, une diversité d'organisations internationales ainsi que des ONG qui traitent de ces questions³⁰.

a.1. Les organisations internationales

Nombre d'organisations internationales mènent désormais une activité dans le domaine de la bioéthique, même si l'UNESCO s'est vu accorder le rôle de « premier de cordée ».

1° L'implication des grandes organisations internationales se fait selon leur type d'activités :

• Le premier rang

• L'UNESCO

Dès le début de la décennie 1970, une réflexion générale a été mise en place pour évaluer les transformations sociales et culturelles résultant du développement scientifique et technique³¹. Toutefois, ce n'est qu'avec le lancement du programme international de décryptage du génome humain

29. C. Byk, « Le droit international de la bioéthique constitue-t-il un système normatif global ? », art. préc.

30. C. Byk, *Le droit international des sciences de la vie*, Les Études Hospitalières, Bordeaux, 2003.

31. En 1984, l'UNESCO a entrepris une activité portant sur « Les droits de l'homme face aux récents progrès scientifiques et techniques ». Des « Conclusions et recommandations » ont été adoptées (Barcelone I, 1985) et insistent sur la nécessité de :

- Promouvoir les droits de l'homme en s'efforçant d'assurer les applications les plus vastes possible aux progrès scientifiques ;
 - Promouvoir la contribution de toutes les disciplines représentées au renforcement des droits de l'homme ;
 - Encourager la prise en considération des droits fondamentaux des patients.
- Examinant les études remises par le CISS (l'impact sur les droits de l'homme des sciences biomédicales) et la Fédération mondiale de la santé mentale (l'impact des nouvelles technologies de reproduction sur les droits des femmes), les experts ont mis en avant quatre domaines de recherches (Barcelone II, 1987) :
- L'impact du dépistage obligatoire ou facultatif sur les droits de l'homme ;
 - Les implications pour les droits de l'homme de transactions concernant des parties du corps et des fœtus humains ;
 - L'impact sur les droits des femmes et sur les droits des enfants de la pratique des « mères porteuses » ;
 - L'impact potentiel sur les droits de l'homme de la croissance de l'industrie biotechnologique.

que l'Organisation a « pris à bras le corps » les questions de bioéthique³². Elle s'est depuis dotée d'instances dans le domaine de la bioéthique et de l'éthique des sciences : le Comité international de bioéthique (CIB), composé de 36 experts indépendants, est chargé d'élaborer des Déclarations et rapports, en dialogue avec le Comité intergouvernemental de bioéthique (CIGB, 36 Etats), tandis que la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies (COMEST) a notamment pour rôle d'énoncer des principes éthiques dans les domaines relatifs à l'environnement, aux nanotechnologies et aux technologies convergentes ainsi qu'aux questions éthiques liées aux technologies de la société de l'information.

Au titre de son activité normative, l'UNESCO a adopté les textes suivants : la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme (11 novembre 1997), la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines (16 octobre 2003) et la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme (19 octobre 2005) ainsi qu'une Déclaration sur des principes éthiques relatifs aux changements climatiques (14 novembre 2017)³³.

Par ailleurs, l'UNESCO mène des activités destinées à développer les comités d'éthique ainsi qu'à promouvoir l'éducation à l'éthique.

• L'OMS

Depuis le milieu des années 1990, l'OMS s'est attachée à prendre en compte une réflexion sur les aspects éthiques de ses objectifs et programmes. Dès lors, cette approche est plutôt orientée vers l'éthique de la santé publique que vers la bioéthique. Elle s'intéresse à la conception et à la mise en œuvre de mesures pour contrôler et améliorer la santé des populations, notamment au regard des questions suivantes : les inégalités dans l'accès aux soins de santé et aux bénéfices de la recherche médicale, la coopération internationale pour le contrôle et la surveillance de la santé, l'exploitation des individus dans les pays à faible revenu, la promotion de la santé et

32. À la suite de la réunion internationale sur la bioéthique et les conséquences sociales de la recherche biomédicale, la « Déclaration de Moscou (mai 1991) » recommande de promouvoir les activités dans le domaine de la bioéthique.

33. Disponible sur le lien <http://www.unesco.org/new/fr/social-and-human-sciences/themes/comest/ethical-principles/>.

la participation, transparence et responsabilisation³⁴. L'activité de l'OMS en matière d'adoption de principes d'éthique est ainsi particulièrement ciblée³⁵.

L'OMS participe également au renforcement des capacités dans le domaine de l'éthique, en étroite collaboration avec les États. Le projet NEBRA (*Networking for Ethics on Biomedical Research in Africa*), par exemple, a ainsi cherché à développer la capacité des pays africains à s'engager dans des procédures efficaces d'examen éthique³⁶.

• **Les autres organisations** (Banque Mondiale, FAO, OMC - organisation apparentée au système des Nations-Unies -, OMPI, ONUSIDA, OCDE...) interviennent dans leur domaine de spécialité, ce qui n'exclut pas certains chevauchements.

Ainsi, l'organisation pour l'alimentation (FAO), qui a créé en 2 000 un Groupe d'experts en matière d'éthique alimentaire et agricole³⁷, se soucie-t-elle de l'accès à l'alimentation du plus grand nombre quand l'OMC fixe les règles des échanges internationaux³⁸, dont l'impact tant sur la question de l'alimentation que sur celle de l'accès aux soins et aux médicaments n'est pas négligeable³⁹. Quant à l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle), son champ d'intérêt la désigne, comme l'OCDE⁴⁰

34. C. H. Coleman *et al.*, « Contribution de l'éthique à la santé publique », *Bulletin de l'OMS*, vol. 86, août 2008, p. 577 et s.

35. Par exemple : Principes d'éthique et de sécurité recommandés par l'OMS pour la recherche, la documentation et le suivi de la violence sexuelle dans les situations d'urgence, disponible sur le lien http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44132/1/9789242595680_fre.pdf ; Lignes directrices sur l'éthique concernant la tuberculose, mars 2017, disponible sur le lien <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/254820/1/9789241512114-eng.pdf?ua=1>.

36. *Networking for ethics on biomedical research in Africa (NEBRA): final report*, 2006 ; projet qui s'inscrivait dans le Programme *Science and society: specific programme for research, technological development and demonstration: "Structuring the European Research Area" under the Sixth Framework Programme 2002-2006* mené sous l'égide de la Commission européenne, disponible sur le lien <https://cordis.europa.eu/programme/id/FP6-SOCIETY/fr>.

37. FAO, *Rapport du Groupe d'experts éminents en matière d'éthique alimentaire et agricole*, Troisième session (2005), Rome, 2007.

38. P. Lamy, « La place du droit de l'OMC dans le droit international », *Archicube*, n° 8, mai 2010, p. 115.

39. I. Hannequart, *Droit d'accès des pays en développement aux médicaments, commerce mondial et biodiversité*, <https://eurosul.msh-vd.fr/droit-dacces-des-pays-en-developpement-aux-medicaments-commerce-mondial-et-biodiversite/>.

40. OCDE, *Inventions génétiques, droits de propriété intellectuelle et pratiques d'octroi de licences*, 2002.

et l'Union européenne⁴¹, pour adopter des normes dans le domaine de la brevetabilité des biotechnologies ayant des implications sur le vivant humain et la protection de la biodiversité⁴².

Face à cette nébuleuse d'acteurs, il n'est cependant pas sûr que la transversalité des questions de bioéthique soit suffisante pour résoudre les différentes approches d'un droit international devenu fragmenté et opposant parfois des logiques difficilement conciliables comme celle du libre commerce et du respect des droits de propriété industrielle⁴³, d'une part, et celle de la sauvegarde de la biodiversité et de l'accès de tous à des besoins essentiels (le médicament, par exemple). On peut, du moins, espérer que la dimension bioéthique favorise la prise de conscience des acteurs du droit international de l'intérêt à rechercher des passerelles entre les différents sous-systèmes qui font aujourd'hui vivre cette discipline⁴⁴.

En tout état de cause, il revient à la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, dont le Préambule fait directement référence à l'activité des autres organisations internationales⁴⁵, de créer une synergie entre ces différents textes. Telle est notamment la raison pour laquelle l'UNESCO s'est vu confier un rôle de « coordination » à cet égard.

2° Le rôle de coordinateur de l'UNESCO

L'UNESCO s'est, en effet, vu reconnaître un rôle de « coordination », notamment à travers le rôle du Comité inter-institutions des Nations Unies sur la bioéthique.

A, cet égard, ainsi qu'il a été souligné⁴⁶, la formule de la coordination, si elle permet de recenser l'activité de toutes les organisations concernées,

41. C. Byk, « Le génie génétique : une ingénierie diabolique ou les méprises de la politique européenne », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, p. 339.

42. M.-A. Hermitte, *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, éd. Quae, 2016.

43. C. Byk, « Le droit international des biotechnologies en quête de transversalité », *Les cahiers de droit de la santé du Sud-est*, mars 2012, n° 14, p. 11.

44. OMC, OMPI, OMS, Promouvoir l'accès aux technologies et l'innovation dans le domaine médical : convergences entre santé publique, propriété intellectuelle et commerce ; voir également, I. Hannequart, art. préc.

45. Alinéas 6 et 7.

46. H. Boussard, « La coordination des organisations internationales : l'exemple du comité inter-institutions des Nations Unies sur la bioéthique », *Revue française d'administration publique*, 2008/2, n° 126, 2008, p. 373 et s., <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-2-page-373.htm>.

reste néanmoins un exercice difficile qui admet mal l'existence d'une organisation dotée d'un véritable « leadership ». C'est en fait plus un processus d'information réciproque, laissant leur liberté à chacune des organisations, même si des champs d'intérêt commun ont pu conduire à des travaux conjoints⁴⁷.

a.2. L'identification des organisations professionnelles et académiques internationales

La biomédecine relève d'un secteur d'activités professionnelles, à l'origine essentiellement celui de la médecine et de la biologie mais depuis étendu à d'autres disciplines, et la bioéthique interroge, au premier chef, ces professionnels sur l'évolution de leurs pratiques tant dans leur relation avec les patients qu'au regard de leur responsabilité sociale⁴⁸.

La dimension globale des pratiques concernées justifie ainsi non seulement une continuité du rôle des acteurs internationaux de ces professions mais aussi leur multiplication⁴⁹. Nous limiterons ici nos remarques aux **organisations généralistes**.

1° L'Association médicale mondiale a été créée à Genève le 18 septembre 1947 et succède à l'Association professionnelle internationale des médecins, fondée en 1926. Elle « *a pour but de servir l'humanité en s'efforçant d'atteindre les normes internationales les plus élevées en matière d'enseignement médical, de science médicale, d'art médical, de déontologie médicale et de soins médicaux pour tous les peuples du monde* »⁵⁰. L'AMM se veut ainsi dépositaire de l'esprit du serment d'Hippocrate. Bien que la voix de l'Association médicale mondiale fasse autorité, cette organisation n'a pas de pouvoir contraignant. Toutefois, les déclarations et avis émis depuis de nombreuses années ont toujours eu un poids considérable dans

47. Council of Europe/United Nations, *Study on trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings*, 2009, https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/council-un_study_on_trafficking_in_organ_2009_en_1.pdf.

48. J. Saint-Arnaud, *Enjeux éthiques et technologies biomédicales : contributions à la recherche en bioéthique*, Presses de l'Université de Montréal, 1999.

49. E. Verges, « Le rôle joué par la communauté scientifique dans la construction d'une éthique de la recherche biomédicale », in E. Brosset (dir.), *Le droit international et européen du vivant, quel rôle pour les acteurs privés*, La documentation française, 2009, p. 59 ; R. Encinas De Munagorri, « La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ? », *RTD civ.*, 1998, p. 247.

50. A propos de l'AMM, voir le lien <https://www.wma.net/fr/qui-nous-sommes/a-propos-de-lamm/>.

les débats nationaux ou internationaux ainsi que des effets sur la pratique médicale.

Depuis 1947, les textes adoptés par l'AMM ont été extrêmement nombreux. Nous ne retiendrons, ici, dans une brève présentation, que ceux qui revêtent une importance majeure pour l'éthique biomédicale et la bioéthique tant par leur portée générale que par la réponse qu'ils apportent à certaines questions particulièrement sensibles.

Empruntant au mode déclaratoire des grands textes internationaux, ces textes énoncent les principes fondamentaux de l'éthique médicale.

- **La Déclaration de Genève.** Adoptée en 1947 et plusieurs fois amendée, elle constitue la version contemporaine et universelle du serment d'Hippocrate. Ce texte rappelle les devoirs généraux du médecin, notamment à l'égard des malades⁵¹.
- **Le Code international d'éthique médicale.** Adopté à Londres en 1949 et amendé à différentes reprises, il précise les devoirs généraux des médecins (indépendance technique, morale et à l'égard du profit ; interdiction de la publicité, du compérage ; respect des droits et de l'intérêt du patient), les devoirs des médecins envers les malades (souci de conserver la vie humaine, loyauté et compétence, respect du secret, compassion) et les devoirs des médecins envers leurs collègues (interdiction du détournement de clientèle)⁵².
- **La Déclaration sur les droits du patient**⁵³. Adoptée en 1981 à Lisbonne, elle affirme « quelques-uns des principaux droits dont la profession médicale cherche à faire bénéficier les malades ». Ces droits sont : la liberté du choix du médecin (lui-même libre de toute intervention extérieure), le droit à une information adaptée (et de refuser l'information), la liberté d'accepter le traitement, le respect de la confidentialité des données médicales et personnelles, le droit de mourir dans la dignité, le droit de recevoir ou de refuser une aide spirituelle et morale et le droit à une éducation sanitaire. Le texte souligne également

51. AMM, Déclaration de Genève, www.wma.net/fr/ce-que-nous-faisons/ethique/declaration-de-geneve/.

52. AMM, Code international d'éthique médicale, www.wma.net/wp-content/uploads/2017/02/17a_fr.pdf.

53. AMM, Déclaration sur les droits du patient, www.wma.net/fr/policies-post/declaration-de-lisbonne-de-lamm-sur-les-droits-du-patient/.

que « *lorsque la législation ou une action de la part du gouvernement nie ces droits du malade, les médecins se doivent de rechercher les moyens appropriés de les assurer ou de les rétablir* ».

- **La Déclaration d'Helsinki relative à la recherche biomédicale sur la personne humaine.** Elle est la déclaration « phare » de l'AMM. Elle donne, en effet, des directives pour la recherche médicale sur les êtres humains en visant à promouvoir, notamment par le respect du principe du consentement éclairé, une conduite éthique de la recherche et à protéger les sujets humains des risques associés. Sa première version fut adoptée en 1964 et a été révisée sept fois depuis lors, la dernière révision datant de 2013⁵⁴.

- **La Déclaration de Taipei sur les considérations éthiques concernant les bases de données de santé et les bio-banques.** Adoptée en 2016, elle a pour but de trouver un équilibre entre les droits des donneurs de tissus ou de données pour la recherche et à d'autres fins, sur une base confidentielle et selon les règles de la vie privée et le fait que les données de santé sont aujourd'hui un outil très efficace pour améliorer les connaissances⁵⁵.

2° Le Conseil international des organisations des sciences médicales

Constitué en 1949 à l'initiative de l'OMS et de l'UNESCO, le CIOMS avait à l'origine pour objectif de coordonner les activités des organisations médicales mais depuis les années 1970 ses activités se tournèrent principalement vers l'organisation de la réflexion internationale et pluridisciplinaire dans les domaines de politiques de santé, de l'éducation médicale, du médicament et de la bioéthique.

La contribution particulière du CIOMS dans ce dernier domaine a consisté en la publication de lignes directrices internationales pour l'application de principes éthiques dans différents domaines clés.

54. AMM, Déclaration d'Helsinki, www.wma.net/fr/policies-post/declaration-dhelsinki-de-lamm-principes-ethiques-applicables-a-la-recherche-medicale-impliquant-des-etres-humains/.

55. AMM, Déclaration de Taipei, www.wma.net/fr/ce-que-nous-faisons/ethique/declaration-de-taipei/.

- Ainsi en est-il des **Principes d'éthique médicale dans le domaine de la protection des détenus contre la torture**⁵⁶, préparés par le CIOMS à l'invitation de l'OMS et adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1982.
- Un autre jalon très important de cette activité est constitué par **Les lignes directrices éthiques internationales pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains** publiées en 1993 et dont la dernière version date de 2016⁵⁷.
- En 1991, CIOMS a publié **les Lignes directrices internationales pour l'examen éthique des études épidémiologiques, texte mis à jour en 2009**⁵⁸.

La cohabitation des organisations académiques et professionnelles à côté des organisations internationales de droit public montre la double origine des normes qui constituent aujourd'hui le droit international des sciences de la vie même si une certaine évolution apparaît dans le poids réciproque de ces différentes sources.

2- L'effectivité comme reconnaissance de l'opposabilité de la norme en droit international

Si, dans une première étape, cette reconnaissance a pu essentiellement reposer sur l'effectivité de normes professionnelles, elle répond aujourd'hui à une exigence accrue de sécurité juridique et à la revendication de droits, qui justifie le rôle éminent pris par les États et les organisations internationales.

56. ONU, Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/MedicalEthics.aspx>.

57. CIOMS, *International ethical guidelines for health-related research involving humans*, Geneva, 2016.

58. CIOMS, *International Guidelines for Ethical Review of Epidemiological Studies*, Geneva, 1991, http://www.cioms.ch/publications/guidelines/1991_texts_of_guidelines.htm.

a- De la reconnaissance par l'effectivité des normes professionnelles...

N'y a-t-il pas meilleure manière de revendiquer l'effectivité d'une norme dans le domaine des sciences de la vie que de montrer que la pratique a consacré la norme et que cette dernière est, pour ainsi dire, le fruit de l'expérience ?

L'autonomie longtemps reconnue dans sa plénitude à la profession médicale pour définir son éthique et sa déontologie pourrait ainsi servir d'exemple si ce n'est que cette autonomie a souvent été fluctuante, subissant les contraintes d'autres pouvoirs, comme le pouvoir religieux ou l'ingérence de l'Etat, et aujourd'hui de la Sécurité Sociale.

Toutefois, s'agissant de l'élaboration des normes internationales, on doit reconnaître que, dans la période contemporaine, ce sont des initiatives non étatiques qui ont été à l'origine du développement des normes : en droit humanitaire (de la création des sociétés de Croix-Rouge après la guerre de Crimée à celle des ONG humanitaires avec la guerre du Biafra)⁵⁹, mais aussi dans le domaine des bonnes pratiques (médicales, pharmaceutiques...) et de l'affirmation et de la déclinaison des principes d'éthique⁶⁰.

Dans un domaine où les Etats et les organisations internationales de droit public ne se sont guère préoccupés des questions normatives touchant à la biomédecine et aux biotechnologies dans leur dimension internationale avant la décennie 1970, l'existence de normes issues de la communauté médicale et scientifique a longtemps été le seul facteur d'effectivité, voire d'existence, du droit international des sciences de la vie. Mais, il s'agissait alors d'une effectivité à portée réduite puisqu'elle n'était opposable que parce que les professionnels concernés adhéraient à des organisations faisant de ces normes une des conditions de leur finalité. A tous les autres : Etats, organisations internationales de droit public, personnes morales de droit privé et personnes physiques n'appartenant pas à une communauté médicale ou scientifique organisée, elles ne les engageaient pas. Mais, elles pouvaient néanmoins leur bénéficier dans la mesure où elles devaient s'intégrer dans l'exercice des relations entre médecins et

59. V. Harouel-Bureloup, « Le droit humanitaire au contact des ONG », *Revue humanitaire*, n° 23, décembre 2009, <https://journals.openedition.org/humanitaire/593>.

60. C. Byk, « De l'éthique biomédicale à la bioéthique le rôle des ONG », *Les Petites Affiches*, n° 61, 21 mai 1997, p. 33 ; voir *supra* pour le rôle des organisations internationales.

patients ou dans les bonnes pratiques de sécurité et de qualité s'agissant d'élaborer des produits de santé.

Au cours de cette première étape, pour acquérir une dimension internationale, le droit des sciences de la vie a dû se développer en dehors de l'État, sous l'égide d'organisations professionnelles dont la force des pratiques a été la meilleure assurance de l'effectivité des principes qui en étaient eux-mêmes issus.

Construite, à l'instar de la *lex mercatoria* du monde du commerce international, la *lex technica* des scientifiques⁶¹ a conservé toute sa force tant qu'elle a reflété l'existence d'une double symbiose : celle existante avec le savoir technique et celle que l'aura de la science et des savants leur donnait sur des sujets touchant à la morale sociale. Mais, elle a perdu une partie de sa crédibilité sociale en faisant montre d'une attitude paternaliste ou en s'inscrivant dans une logique de marchandisation de la société. C'est pourquoi, depuis la fin du XX^{ème} siècle, nos sociétés recherchent dans l'action des organisations internationales la mise en place d'une effectivité capable de concilier la réalité nouvelle du développement scientifique avec ce qui apparaît juste ou socialement acceptable. L'approche du droit des droits de l'homme apparaît, à cet égard, comme un commun dénominateur pouvant conduire à faire cohabiter les applications de la science avec les valeurs de la société et le bien commun.

b-... à la reconnaissance par la validation et l'interprétation des normes élaborées par les organisations internationales de droit public

1° Si peu de textes internationaux existent en matière de bioéthique, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme de l'UNESCO et la Convention européenne sur la biomédecine et les droits de l'Homme, au niveau régional, illustrent bien la visibilité universelle donnée aux principes de la bioéthique. Ces textes expriment, en effet, une forte volonté de proclamer ces principes à la face du monde et de les fonder sur une approche de sauvegarde et de promotion des droits de l'Homme.

Schématiquement, les droits universels en matière de bioéthique peuvent être regroupés de la manière suivante :

61. C. Byk, « Le droit international de la bioéthique : *jus gentium* ou *lex mercatoria* », *Journal du droit international*, n° 4, octobre-décembre 1997, p. 913 et s.

- Les principes et droits individuels :

- Les principes et droits (quasi) absolus. Rentrent dans cette catégorie la dignité humaine et l'égalité de la personne, le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage, la non-discrimination et la non-stigmatisation,
- La protection de l'intégrité de la personne. Relèvent de cette catégorie le respect de l'intégrité physique, mentale et génétique, la protection des personnes vulnérables, l'accès aux soins de santé, le droit à réparation des dommages injustifiés,
- Le respect de l'autonomie et ses corollaires (consentement informé, droit de savoir et de ne pas savoir),
- Le respect de la vie privée et familiale et ses corollaires (droits reproductifs, droit de connaître ses origines, droit de se marier, confidentialité et secret médical, protection des données y inclus les données génétiques, l'intérêt supérieur de l'enfant),
- L'interdiction de faire du profit sur le corps et les produits d'origine humaine ;

- Les droits collectifs :

- La protection de l'espèce humaine et ses corollaires : prohibition du génocide et interdiction du clonage reproductif et de l'eugénisme,
- Le respect de la diversité culturelle et du pluralisme,
- La responsabilité sociale et ses corollaires : la solidarité et la coopération, la justice et le partage des bienfaits,
- Le principe de précaution,
- Le développement durable et ses corollaires : la préservation des droits des générations futures, la protection de l'environnement, de la biodiversité et de la biosphère.

On voit déjà à travers cette recension que les principes universels de la bioéthique ne se limitent plus au seul domaine de la biomédecine mais ont été étendus, par une dynamique géopolitique, à d'autres domaines touchant l'ensemble du vivant.

2° La portée dynamique du droit international de la bioéthique

Initialement, le droit international de la bioéthique concernait les questions éthiques, juridiques et sociales soulevées par l'essor de la biomédecine : transplantations d'organes, recherche biomédicale sur

l'Homme et l'embryon, procréation médicalement assistée y compris la gestation pour autrui, génétique humaine... Ses principes visaient à reconnaître et réglementer ces nouvelles pratiques en raison de leurs finalités médicales et scientifiques mais aussi, dans un souci de rééquilibrer les rapports entre soignants et soignés, de garantir les droits du patient, voire les étendre par une approche fondée sur les droits de l'Homme. Mais, avec les crises sanitaires apparues au milieu des années 1980 (émergence de nouveaux virus et épidémies, crises alimentaires comme celle de « la vache folle »)⁶², la dimension de santé publique a pleinement intégré le domaine de la bioéthique. Enfin, les droits humains ont aussi été perçus de manière collective avec la question des possibles « manipulations génétiques » qui nous interroge sur le respect de l'espèce humaine et le droit des générations futures⁶³.

À partir des années 1990, les utilisations industrielles des techniques de génie génétique mais aussi une prise de conscience plus grande des effets de certains modes de vie, axés principalement sur la consommation des matières premières et du vivant, ont intégré les biotechnologies⁶⁴ puis l'environnement dans le domaine du droit international de la bioéthique⁶⁵. Cette deuxième extension répondait aussi à un changement d'orientation politique qui prend désormais en compte l'exigence du développement durable et les préoccupations propres aux pays en développement⁶⁶. Enfin, la convergence des technologies, terme qui désigne la rencontre de la bio-informatique, des nanotechnologies, des technologies de l'information et des sciences cognitives, a fait entrer le XXI^{ème} siècle dans une dimension globale de la bioéthique qui pose notamment avec acuité la

62. I. Poirot-Mazieres *et al.*, « La crise sanitaire, curiosité ou paradigme ? », in J. Larrieu (dir.), *Crise(s) et droit*, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, LGDJ, 2012, p. 161 et s.

63. P. Fraisseix, « La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaines dans le domaine de la biomédecine : l'exemple de la convention d'Oviedo », *RIDC*, 2000, p. 371 et s., https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2000_num_52_2_18100.

64. P.-M. Dupuy, « Biotechnologies, nature humaine éthique et droit international. Sur le cadre juridique d'une redéfinition de la morale scientifique à l'échelle universelle », *Archives de philosophie du droit*, 2009, n° 52, p. 367 et s.

65. N. Ranc, *Principe de précaution, bioéthique environnementale et responsabilité sociale*, Les Études Hospitalières, coll. mémoires numériques de la BNDS, Bordeaux, avril 2013.

66. M.-H. Parizeau et S. Kash (dir.), *A chacun son développement durable ? De la diversité culturelle aux nanotechnologies*, coll. bioéthique critique, PUL, Québec, 2017.

question du « *big brother* » et celle de « la réalité augmentée », du « post-humanisme »⁶⁷.

En permettant à ces principes de se fondre dans une diversité culturelle autant que dans la pratique des nouvelles techniques, leur transposition semble en faciliter l'appropriation progressive et inexorable à l'échelle du monde.

II- LES FACTEURS QUI CONCOURENT A LA MISE EN ŒUVRE DE L'EFFECTIVITÉ DU DROIT INTERNATIONAL DES SCIENCES DE LA VIE

Revenons un instant au paradoxe de la notion d'effectivité. Comme le souligne Monique Chemillier-Gendreau, « *en pratique, l'effectivité est à la fois opposée et intégrée au droit international. De nombreuses règles internationales limitent la reconnaissance de situations ou de pratiques au nom de différentes valeurs. Mais dans certains cas, la prise en compte de ces « effectivités » paraît indispensable à l'effectivité du droit [...]. Le recours à la notion d'effectivité en droit international ne peut donc être compris comme le simple « enregistrement » du fait en droit [...].*

*C'est là que réside la fonction idéologique du droit international. La finalité avouée de la norme est la réalisation du juste contre l'injuste, ou au moins du bien commun social utilitaire. La fonction apparente du concept d'effectivité en droit international est donc de servir à ce bien commun utilitaire, en réalisant la nécessaire adéquation du droit au fait »*⁶⁸. Et, dès lors que seule cette finalité doit prévaloir, le chemin à parcourir se satisfait de toutes les démarches empiristes, celle de la convergence comme celle de la divergence.

A- L'EFFECTIVITÉ PAR CONVERGENCE

Il y a effectivité par convergence lorsque la réalité en cause peut être analysée dans le cadre d'un système juridique existant et transformée par celui-ci en une effectivité conforme à la finalité de ce système. Ainsi, le droit des droits de l'homme peut-il être considéré comme facteur d'effectivité en droit international des sciences de la vie.

On pourrait toutefois se demander s'il n'y a pas un paradoxe à croire que

67. J.-Y. Le Deaut, *La convergence des technologies, l'intelligence artificielle et les droits de l'homme*, Rapport, commission de la culture, de la science, de l'éducation et des médias, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2017.

68. M. Chemillier-Gendreau, art. préc., p. 2-3.

les droits de l'homme font avancer le droit sur la voie de l'effectivité car « *le champ des droits de l'homme [...] est certainement celui où l'écart entre l'existence de la norme et l'effectivité de son application est le plus grand* » ?⁶⁹

On peut cependant répondre que la force acquise par le mécanisme juridique de protection des droits de l'homme donne aujourd'hui au système des droits de l'homme une certaine capacité pour concrétiser des droits qui, sans ce mécanisme, reposait essentiellement sur une force théorique et morale⁷⁰. Cela justifie un rapprochement entre bioéthique et droit de l'homme.

1- Le rapprochement entre bioéthique et droits de l'homme

Qu'il soit vu comme convergence ou concurrence⁷¹, ce rapprochement n'en est pas moins une réalité et ce pour plusieurs raisons.

- La première est constituée par **un double souci de légitimation**. En effet, il s'agit, d'une part, pour rendre socialement acceptables les nouvelles « avancées médicales », de les inscrire dans une relation entre professionnels et usagers de la santé dans laquelle les seconds retrouvent la maîtrise de leur corps⁷². Mais cette quête de re-légitimation vise aussi les structures étatiques qui, au cours du XX^{ème} siècle, ont utilisé la science et la médecine à des fins de domination, voire d'élimination de certains individus ou groupes sociaux⁷³.

69. V. Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. Champeil-Desplats et D. Lochak, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, p. 11 et s.

70. K. D. Kamwanga, *Les mécanismes internationaux de protection et l'effectivité des droits de l'homme*, mémoire de DEA, Université d'Abomey-Calavi (Bénin), 2005, https://www.memoireonline.com/12/05/29/m_memoire-mecanismes-internationaux-protection-effective-droits-de-l-homme1.html ; P. Oumba, *Les mécanismes de contrôle et de garantie des droits de l'homme*, Master Droit international des droits de l'homme, Cameroun, 2016, <https://hal.archives-ouvertes.fr/cel-01319645/document>.

71. R. E. Ashcroft, « Could Human Rights Supersede Bioethics? », *Human Rights Law Review*, vol. 10, n° 4, 2010, p. 639 et s.

72. Commission nationale consultative des droits de l'homme, contribution au débat « Droits de l'homme, bioéthique et rapport au corps », 7 juin 2014 ; l'avis adopté par la Commission est disponible sur le lien <https://www.cncdh.fr/publications/avis-droits-de-lhomme-bioethique-et-rapport-au-corps>.

73. A. Guezengar, « Biopouvoir et violence de masse », *Études arendtiennes*, 5 novembre 2016, <https://ea.hypotheses.org/232>.

- Une deuxième raison, particulièrement présente dans le développement du droit international des sciences de la vie, tient à ce que **le discours des droits de l'homme, même superficiel, reste « mobilisateur »** et ce d'autant que les États ne sont pas en première ligne des atteintes que les nouvelles technologies biomédicales peuvent porter aux droits de l'homme. Ils sont, en outre, poussés à agir par une mobilisation accrue de citoyens-consommateurs, notamment à travers le rôle des ONG.
- Un autre « avantage » de la proximité de la bioéthique avec les droits de l'homme est qu'elle inscrit les sciences de la vie dans **une politique normative d'ordre juridique** qui éloigne la bioéthique des débats philosophiques et théoriques et laisse penser aux États qu'ils sont à même de mettre en place des politiques publiques en ce domaine.
- Enfin, inscrite dans **une dimension sociétale organisée autour des droits de l'homme**, la bioéthique nous interroge tant sur la dimension humaniste que nous voulons continuer à donner à nos sociétés que sur les institutions nécessaires à démocratiser le débat social née des questions posées par la bioéthique.

L'acquis du mécanisme de protection des droits de l'homme est, sur ces différents points, d'une utilité certaine

2- Le mécanisme de protection des droits de l'homme et la concrétisation du droit des sciences de la vie

C'est parce que les droits de l'homme apporteraient à la bioéthique un fondement théorique acceptable dans un monde pluraliste que leur mécanisme de protection se révélerait pertinent pour rendre effectif le nouveau droit international des sciences de la vie.

Prenons l'exemple du droit européen des droits de l'homme.

- Les années 1970-1980 ont vu l'émergence en Europe de nouvelles techniques biomédicales (transplantation d'organes, procréation médicalement assistée, génie génétique) en même temps que de profonds changements dans la relation médecin-patient (reconnaissance des droits des patients, renforcement du rôle des essais humains) et dans la sociologie de la famille, ce qui a conduit à des approches politiques différentes dans les pays européens⁷⁴.

74. C. Byk, « La bioéthique en Europe : un paysage éclaté ? », *JCP* 1991, chronique 3526.

- Le souhait de donner à l'Europe une dimension prenant en compte ce qui touche les citoyens et le souci d'éviter que, comme pour l'avortement, les pays libéraux ne deviennent un lieu d'attractivité pour les populations des pays les plus conservateurs ont été à l'origine d'**une dynamique des convergences** comme le montrent les travaux menés depuis les années 1970 par le Conseil de l'Europe dans le domaine de la biomédecine⁷⁵.

Cette dynamique se caractérise par une double influence : elle a créé une pédagogie normative et a apporté son soutien à l'extension de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

a- La pédagogie normative

En tant que premier instrument entièrement consacré à la bioéthique et aux droits de l'homme, la Convention européenne sur la biomédecine et les droits de l'homme (CEBDH) a eu des effets significatifs sur le développement de cette législation tant au niveau national qu'au niveau international, sur lequel nous concentrerons notre analyse.

1° L'influence de la CEBDH sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne

La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, adoptée le 7 décembre 2000⁷⁶, est devenue, avec le traité de Lisbonne du 17 décembre 2007 entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, un texte contraignant qui a la même valeur juridique que les traités de l'Union Européenne⁷⁷. Bien que son champ d'application soit plus large que celles de la CEBDH, les dispositions relatives à la bioéthique de la Charte trouvent leur fondement dans la CEBDH.

75 .C. Byk, *The European convention on biomedicine and human rights: a pragmatic ambition, présentation*, Bioethics conference, Thessalonique, December 2017.

76. Disponible sur le lien http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf.

77. D. Glasmacher, « La force obligatoire de la Charte européenne des droits fondamentaux avant et après le traité de Lisbonne », in J. Rossetto *et al.* (dir.), *Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Presses universitaires François-Rabelais, Tours, 2010, p. 275 et s.

- En particulier, **l'article 3.2** (droit à l'intégrité de la personne)⁷⁸ est clairement dérivé de la CEBDH lorsqu'elle stipule que :

« Dans les domaines de la médecine et de la biologie, il faut notamment respecter : le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les procédures prévues par la loi, l'interdiction des pratiques eugéniques, en particulier celles visant à la sélection des personnes, l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties une source de gain financier, l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains ».

- En outre, reconnaissant ce lien avec le système de protection des droits de l'homme issu de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), **l'article 5.2** (3) a été rédigé comme suit :

« Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, le sens et la portée de ces droits sont les mêmes que ceux prévus par ladite Convention ».

Cela signifie que lorsqu'elles sont utilisées au soutien de l'interprétation de la CEDH, les dispositions de la CEBDH ont une influence sur les droits promus par la Charte.

En outre, le plan d'action 2012 de l'Union sur les droits de l'homme et la démocratie confirme que celle-ci poursuivra son engagement dans « *le travail inestimable des droits de l'homme du Conseil de l'Europe* »⁷⁹.

2° L'influence de la CEBDH sur la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la bioéthique et les droits de l'homme (DUBDH)⁸⁰

Cette déclaration de 2005 a également bénéficié des travaux du Conseil de l'Europe. De fait, c'est en décembre 1992, lors d'une réunion conjointe

78. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 3.2 :

« 2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés :

a) le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi ;

b) l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes ;

c) l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains ».

Disponible sur le lien <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

79. Conseil de l'Union européenne, Cadre stratégique de l'Union européenne en matière de Droits de l'homme et de démocratie, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11855-2012-INIT/fr/pdf>.

80. UNESCO, Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, 2005, <https://www.unesco.org/fr/ethics-science-technology/bioethics-and-human-rights>.

avec le Conseil de l'Europe, que Federico Mayor, Directeur général de l'UNESCO, a annoncé la création du Comité international de bioéthique qui a élaboré la Déclaration⁸¹.

Bien qu'ayant une portée plus large et une force contraignante, la DUBDH est aussi, et même plus que la CEBDH, un instrument pédagogique car elle sert de modèle à de nombreux pays pour les guider dans la rédaction de leur législation dans le domaine de la biomédecine et elle encourage, pour promouvoir un débat public, la création des comités nationaux de bioéthique⁸².

La CEBDH, parmi les textes du Conseil de l'Europe relatifs aux droits de l'homme, joue ainsi un rôle moteur pour l'élaboration d'un corpus de textes internationaux. Elle constitue une invitation dynamique pour les organisations internationales à aborder les questions de bioéthique, certes dans le respect des contextes géoculturels, mais en leur indiquant les voies possibles et nécessaires de l'harmonisation juridique. A cet égard, on doit souligner son rôle dans l'extension de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aux questions de bioéthique.

b- Un tremplin pour étendre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aux questions de bioéthique

Le développement de la jurisprudence de la Cour⁸³ a été rendu possible par une rédaction de la CEBDH largement inspirée du libellé de la CEDH.

Vouloir affirmer le lien entre le bio-droit naissant et le droit des droits de l'homme, c'est, en effet, s'inscrire dans une continuité historique, politique et juridique et proclamer que ce qui concerne l'intégrité du corps et le respect de la personne relève d'une question de droits fondamentaux. C'est aussi vouloir impliquer d'autres personnes - et au premier chef les patients et les citoyens - dans un débat bioéthique que les médecins comme les chercheurs ne pouvaient et ne souhaitaient pas assumer seuls.

81. Il s'agit du colloque « Bioéthique et culture », organisé les 11 et 12 décembre 1992 par l'Association internationale droit, éthique et science sous le patronage du Conseil de l'Europe et de l'UNESCO.

82. R. Andorno, « Global bioethics at UNESCO: in defence of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights », *Journal of Medical Ethics*, vol. 33, n° 3, mars 2007, p. 150 et s.

83. Comité de Bioéthique, Développements dans le domaine de la bioéthique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 22 novembre 2016, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806bfb9c>.

Mais cette tâche n'est pas aisée car les États ont peu d'enthousiasme à légiférer sur des sujets dont les principaux acteurs sont des médecins et des institutions scientifiques et qui ont déjà développé, à partir de leurs pratiques professionnelles, des standards qui ont fait leurs preuves. Et, lorsque la santé publique (greffes d'organes), la loi (parenté d'enfants nés de techniques de procréation médicalement assistée) ou la moralité (gestation pour autrui) les placent devant leurs responsabilités, ils préfèrent souvent traiter uniquement la question en jeu. Pour surmonter cette réticence, justifiée par la crainte des conséquences d'un débat public, certains juristes⁸⁴ ont proposé de lier le droit des sciences de la vie au droit des droits de l'homme, dont la reconnaissance et la pratique offraient déjà aux États une certaine expérience tant sur le plan national qu'international. Il s'agissait de l'inclure dans un système de normes plus large, constitué comme une théorie générale avec ses principes, son langage et ses mécanismes et capable de créer une dynamique d'interprétation en faveur de l'extension du régime des droits subjectifs aux questions de bioéthique.

C'est pourquoi la filiation avec les droits de l'Homme est évidente pour quiconque lit la Convention d'Oviedo car il y voit un mimétisme de la pensée et d'écriture.

1° Mimétisme de pensée

L'évidence ressort de la lecture du titre (« Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ») et du Préambule de la Convention d'Oviedo qui se réfère aux textes internationaux relatifs aux droits de l'homme et exprime la résolution des signataires « *à prendre, dans le domaine des applications de la biologie et de la médecine, les mesures propres à garantir la dignité de l'être humain et les droits et libertés fondamentaux de la personne* »⁸⁵.

84. M. Safjan, « Bioethics: what is the law we need? », *Society*, 7 Octobre 2009 ; voir également C. Piciocchi, « Bioethics and Law: Between Values and Rules », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 12, n° 2, 2005, <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.fr/&httpsredir=1&article=1306&context=ijgl>.

85. Convention européenne sur la biomédecine et les droits de l'homme, Rapport explicatif, § 11-15.

Le contenu de la Convention est très clair quant à sa finalité : « *protéger l'être humain dans sa dignité et son identité et garantir à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* » (art. 1) et consacrer la primauté de l'être humain (art. 2).

Ce choix est un choix politique décidé par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sous l'impulsion de son Assemblée parlementaire⁸⁶. Mais ce choix n'était pas dicté par l'idéologie mais par le pragmatisme puisqu'il permet de s'en tenir à des principes généraux et de laisser du temps pour la formation d'un consensus sur les questions plus sensibles. C'est le sens de la notion de « convention-cadre ».

2° Mimétisme d'écriture

Comme l'indique le rapport explicatif, « *l'expression « droits de l'homme » renvoie aux principes consacrés dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, qui garantissent leur protection.*

Non seulement la philosophie des deux textes, mais aussi de nombreux principes éthiques et concepts juridiques sont communs. Ainsi, la CEBDH développe certains des principes contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme. Par exemple, la notion d'être humain a été utilisée en raison de son caractère général. Le concept de dignité de l'être humain, également souligné, désigne la valeur essentielle à maintenir. Il constitue le fondement de la plupart des valeurs défendues par cette Convention »⁸⁷.

Les principales dispositions illustrent également cette orientation fondée sur la mise en œuvre des principes des droits de l'homme.

Un exemple de convergence dans la rédaction des deux textes se trouve dans la reconnaissance du droit à l'information en matière médicale prévu à l'article 10 de la Convention d'Oviedo. Il en va de même pour l'interdiction de la discrimination fondée sur le patrimoine génétique⁸⁸.

Cette filiation n'aurait toutefois eu que des effets superficiels sans le rôle et le soutien de la Cour européenne des droits de l'homme qui a développé sa jurisprudence en vue de donner une certaine effectivité

86. *Ibid.*, § 4-6.

87. *Ibid.*, § 9.

88. *Ibid.*, § 7.

à la CEBDH. Si l'effectivité par convergence repose sur un système d'inspiration commune, l'effectivité par divergences vise, au contraire, à prendre en compte la réalité contemporaine du droit international qui a évolué d'un universalisme quelque peu abstrait au XIX^{ème} siècle vers une effectivité multiple faisant du droit international contemporain une réalité fragmentée.

2- L'effectivité par divergences : la dynamique des contradictions

La confrontation peut être vue comme une dynamique des contradictions⁸⁹ susceptible d'aboutir dans les faits à une influence réciproque mais pas forcément équilibrée. Elle peut aussi être théorisée comme un principe de complémentarité active, de soutien mutuel, résultant de la nécessité même de conserver à l'ordre juridique international son unicité d'objectif. Nous nous inspirerons pour notre démonstration des développements du droit international des biotechnologies.

La question de l'existence de facteurs de transversalité en droit international des biotechnologies découle, en premier lieu, de la confrontation existante entre les logiques et les règles de certains sous-systèmes, des « passerelles » se créant entre eux et permettant confrontation fructueuse et dialogue. Mais, il convient aussi, en second lieu, d'analyser la relation entre droits de l'homme et biotechnologies pour sa capacité à mobiliser un corpus de règles de référence autour des notions de droits de l'homme et des principes de protection de l'environnement.

89. C. Byk, « Bioéthique, universalisme et mondialisation », in C. Byk, *Traité de bioéthique*, LEH, Bordeaux, 2011, chap. 28.

a- Confrontation de logiques et mécanismes de dialogue

Bien qu'inscrits dans « une communauté de destin », les Etats n'ont jamais été aussi divisés sur la « gouvernance du risque ». A ce titre, Christine Noiville soulignait avec justesse l'affrontement qui existe entre « deux philosophies du risque »⁹⁰. La première, celle consacrée par le droit français, le droit communautaire et le protocole de Carthagène sur la biodiversité, postule que le principe de précaution conduit à agir sans attendre que la certitude d'un risque soit scientifiquement confirmée. La seconde, qui est celle du commerce international, ne permet de restreindre la libre circulation des biens que s'il peut être rapporté qu'il existe un risque scientifiquement avéré pour la santé ou l'environnement. D'un côté, l'incertitude ne doit pas empêcher la mise en œuvre du principe de précaution quand, de l'autre, seule la certitude du risque justifie des mesures de précaution.

Pourtant, Christine Noiville suggérait de ne pas en rester à ce constat apparent d'oppositions idéologiques qui ferait croire que l'OMC, qui a jugé illégales toutes les mesures de précaution qui lui ont été déférées, considéreraient celles-ci comme « une nouvelle forme déguisée de protectionnisme ». Elle nous invitait, au contraire, à faire preuve de subtilité en acceptant, à travers une analyse fouillée du droit et de la jurisprudence, l'idée d'une influence réciproque entre la logique du système de gestion du risque de l'Union européenne et celui de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Pour elle, l'absence d'opposition philosophique entre les deux systèmes serait « le fruit d'un double cheminement » : d'un côté, les institutions européennes ont accepté de soumettre la mise en œuvre du principe de précaution à une série de critères directement inspirés de l'accord SPS de l'OMC tandis que, d'un autre côté, les décisions rendues par les organes de règlements des différends de l'OMC montrent une tentative de conciliation entre principes de précaution et de libre-échange.

Si l'appréhension de la notion de précaution, qui n'y est pas explicitée comme telle, fait l'objet d'une conception restreinte dans le cadre de l'accord SPS de l'OMC, il n'en demeure pas moins que « *les quelques interprétations déjà données de cet accord par l'organe de règlement des différends de l'OMC illustrent une influence réelle de la culture de précaution -*

90. C. Noiville, « Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce-le cas du commerce alimentaire », *Journal du droit international*, 2000/2, p. 263 et s.

pas d'exigence de preuve certaine du danger, importance accordée aux opinions minoritaires, jugement de valeur autre que scientifique - sur les règles du commerce mondial, même si cette forme de précaution diffère de la philosophie du principe de précaution »⁹¹.

Progressivement dégagée, la cohérence interne à un système pourrait ainsi se confronter, voire être harmonisée, à celle d'autres systèmes et ce d'autant que, dans son rapport, le Groupe spécial « mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques » estime, au regard de la méthode d'interprétation, qu'« *une interprétation correcte de l'équilibre des droits et des obligations figurant dans les Accords de l'OMC doit garantir une lecture attentive du texte de l'accord en question, et une lecture des dispositions pertinentes de l'OMC en conformité avec d'autres instruments du droit international et les constatations de l'Organe d'appel sur la nécessité de tenir compte des « préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement »* »⁹².

Une difficulté particulière, mais non négligeable, de cette affirmation tient à ce qu'elle fait de son auteur le seul juge de sa mise en œuvre et que la réalité de l'espèce (comme des précédentes) montre que, malgré la proclamation d'un principe méthodologique, le résultat du raisonnement - le Groupe spécial a constaté que les Communautés européennes avaient agi d'une manière incompatible avec leurs obligations - s'inscrit « en isolation clinique » par rapport au reste du droit international.

On doit alors se demander si, pour être pleinement convaincante, cette approche ne doit pas s'appuyer sur une logique plus systémique, celle du principe du soutien mutuel.

91. WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 septembre 2006, 06-4318. Et pour une analyse du rôle de la preuve dans le dialogue entre les systèmes, voir K. Allbeury et E. Truilhe, *La preuve dans le règlement des différends à l'OMC : Applications possibles dans le domaine des OGM ?*, la documentation française, 2002, disponible sur le lien http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/42/64/98/PDF/Preuve_OGM.pdf.

92. *Ibid.* Pour une synthèse du différend et de ses suites, voir le site de l'OMC, « Règlement des différends : affaire DS292, Communautés européennes, Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques », http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds292_f.htm.

b- Le principe du soutien mutuel, principe de coexistence et de cohérence

Soucieuse de permettre aux États liés par plusieurs engagements internationaux en apparence divergents de respecter leurs signatures en essayant de concilier l'un et l'autre de ces engagements, la théorie du droit international nous rappelle que les différents îlots du droit normatif restent en relation au moyen de principes et de règles relatifs à leur interprétation et à leur application. Tel est le sens du principe du soutien mutuel qui a émergé pour faciliter l'articulation entre les Accords Environnementaux Multilatéraux (AEM) et les accords régissant le commerce international.

Si la reconnaissance de ce principe n'est plus contestable, le sens qui lui est attribué reste tributaire du sous-système qui l'incorpore. Au regard du protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques, le principe du soutien mutuel aurait vocation à servir de principe interprétatif aux fins de cohérence et de coexistence entre le protocole et les accords de l'OMC⁹³. Conformément à la convention de Vienne sur le droit des traités⁹⁴, les méthodes d'interprétation reposent sur l'objet et le but du protocole, le sens ordinaire de ses termes et son contexte. Au regard de son but comme de son objet, le protocole de Carthagène, qui est présenté comme un accord « *intégrant tant des considérations environnementales que commerciales* »⁹⁵, ne serait pas contraire au droit de l'OMC car la protection de l'environnement et de la santé est un objectif légitime dans ce cadre. En outre, le droit d'accès au marché n'y est pas non plus absolu. Par ailleurs, le protocole de Carthagène fait dépendre les mesures de restriction au commerce international des organismes vivant modifiés d'une évaluation objective des risques tout comme le fait l'accord SPS au regard des mesures restrictives que les Etats sont autorisés à prendre. Et malgré des différences sur le rôle de la notion d'incertitude scientifique dans l'évaluation du risque (étape de l'évaluation dans le protocole et résultat de celle-ci dans l'accord SPS), il y a dans les deux

93. L. Boisson De Chazournes et M. Moïse Mbengue, « À propos du principe du soutien mutuel, les relations entre le protocole de Cartagena et les accords de l'OMC », *Revue générale de droit international public*, n° 4, 2007.

94. Disponible sur le lien https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf.

95. L. Boisson De Chazournes et M. Moïse Mbengue, art. préc.

instruments poursuite d'un même objectif : prévenir discriminations et restrictions déguisées ou abusives au commerce international.

En outre, les mêmes auteurs voient dans le sens ordinaire des termes du protocole, et notamment dans les concepts d'insuffisance de preuves scientifiques et de précaution, un sens favorable au soutien mutuel. Reprenant les arguments de C. Noiville, ces auteurs font remarquer que les organes de règlement des différends ont reconnu que le principe de précaution « *trouvait un reflet dans le corpus juris en vigueur de l'OMC* » et que « *la reconnaissance du critère de l'incertitude scientifique y demeurerait floue et relative* ».

Pour parfaire cette démonstration, ils soutiennent enfin que, se référant à des standards internationaux qui leur sont extérieurs en matière de mesures pouvant être prises par les Etats dans le domaine environnemental et sanitaire, les accords SPS et TBT pourraient implicitement faire du protocole de Carthagène un texte de référence dans le cadre de l'OMC. « *Cela impliquerait qu'un Etat, qui base ses mesures de restriction du commerce international sur le protocole de Carthagène, pourrait être présumé agir en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC* »⁹⁶.

Toutefois, cette démonstration séduisante ne vaut que parce que le protocole de Carthagène est qualifié de *sui generis* au regard des autres AEM. En outre, comme le reconnaissent ces auteurs, faire du protocole une simple norme internationale pertinente, c'est aussitôt reconnaître qu'il en existe beaucoup d'autres concurrentes et qu'il convient en conséquence de rechercher également pour celles-ci des principes de cohérence et de coexistence plus larges.

96. *Ibid.*

CONCLUSION : VERS L'EFFECTIVITÉ D'UN DROIT INTERNATIONAL DES SCIENCES DE LA VIE ?

L'ensemble des remarques et des développements qui constitue l'analyse que nous venons de faire ne conduit-il pas à conclure à l'inexistence d'un principe général d'effectivité ? Ne nous invite-t-il pas à juger inutile un principe général d'effectivité auquel pourrait se ramener, via un raisonnement inductif, les usages spéciaux de la notion d'effectivité en droit international ? Et ne nous incite-t-il pas à éviter de se référer de manière systématique à un principe général d'interprétation tenant à l'effectivité du droit ? Pour le moins, il amène à s'interroger sur la conception du rôle du juriste qui sous-tend les théories du droit faisant du principe de l'effectivité la norme fondamentale de tout ordre juridique.

Le face-à-face entre la règle de droit et le fait est, bien évidemment, à la source de toute réflexion sur l'effectivité du droit⁹⁷. Toutefois, ne convient-il pas de se demander si cette recherche supposée d'effectivité n'est pas plutôt le signe d'une volonté de répondre à l'« angoisse sociale » par une profusion de règles, même incohérentes⁹⁸ ?

Dans le domaine des sciences de la vie tout comme dans celui de la technoscience, cette confrontation apparaît d'autant plus forte que le fait est souvent présenté comme une réalité objective, une sorte de « loi naturelle », de laquelle dépendrait la validité de la norme juridique. En 1950, un célèbre juriste s'interrogeait déjà :

« *Qu'advient-il de notre droit de la filiation le jour où le recours aux analyses biologiques deviendra sûr ?* »⁹⁹.

Nous connaissons aujourd'hui la réponse : ce droit vacille dans ses fondements ou, plus exactement, il subit le contrecoup de la force que constitue la preuve biologique devenue la « reine des preuves »¹⁰⁰.

97. P. Lascoumes et E. Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 2, 1986. Voir aussi, bien entendu, les travaux du Doyen Carbonnier, qui rappelait avec humour qu'« il est de l'inflation juridique comme de la monnaie : elle fait perdre tout crédit aux valeurs », J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} république*, Flammarion, Paris, 1996.

98. *Ibid.*

99. R. Nerson, « Progrès scientifique et droit familial », in *Mélanges Ripert*, t. 1, 1950, p. 423 ; Voir également du même auteur, « Influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », *RTD Civ.*, 1970, p. 661 et s.

100. E. Cadou, « La « biologisation » du droit de la filiation », in C. Labrusse-Riou (dir.), *Le droit saisi par la biologie*, LGDJ, Paris, 1996, p. 15 et s.

Le droit international de la bioéthique est une réalité foisonnante en cours de structuration mais dont la « globalité » repose sur des sources multiples et fragmentées. D'une certaine manière, il est à l'image du droit international contemporain et la bioéthique et les principes qu'elle promeut pourraient ainsi être le moteur d'une nouvelle construction de l'ordre social et donc de l'ordre juridique. Serait-il alors audacieux, voire cynique, de conclure que la contradiction comme le dialogue - la guerre comme la diplomatie - sont deux chemins qui mènent au même résultat, celui de l'effectivité du droit international de la bioéthique ?

Mai 2019