

Biotechnologies, éthique et droit international Sur le cadre juridique d'une redéfinition de la morale scientifique à l'échelle universelle

Pierre-Marie DUPUY

*Professeur à l'Institut de Hautes Études Internationales et du Développement de
Genève et à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)*

RESUME. — Au cours des douze dernières années, l'Unesco a construit un ensemble de règles à l'aide de déclarations visant à constituer un corps universel de principes bioéthiques. Elles ont pour but de réguler la pratique des biotechnologies sur la base d'une combinaison de règles juridiques et morales. Ceci permet de repenser les relations entre éthique et droit dans un contexte où la définition scientifique du génome humain interroge, dans une perspective nouvelle, la définition même de la « nature humaine ». Dans un dernier temps, on étudiera, à la lumière de l'héritage kantien, les conditions dans lesquelles ces règles éthico-juridiques auront une chance d'être réellement respectées au niveau universel.

Mots-clés : bioéthique, UNESCO, génome

« Le Prométhée définitivement déchaîné auquel la science confère des forces jamais encore connues [...] réclame une éthique qui, par des entraves librement consenties, empêche le pouvoir de l'homme d'être une malédiction pour lui »¹. Les progrès de la science et l'expansion constante des champs couverts par le droit international portent ainsi à s'interroger sur la façon dont procède la coopération internationale, depuis plus de dix ans, pour proposer à la communauté internationale des normes fondamentales destinées à encadrer l'usage des biotechnologies. L'objet des lignes qui vont suivre n'est pas de faire une recension systématique des principes de bioéthique posés internationalement² ; il est plutôt de s'interroger sur les rapports du droit et de la morale à

1 Hans Jonas, *Le Principe responsabilité*, trad. française 1990, Champs Flammarion, p. 15.

2 Voir not. N. Lenoir et B. Mathieu, *Les Normes internationales de la bioéthique*, Paris, PUF (Que sais-je ?), 2^e éd. 2004 ; B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 2000 ; du même auteur, « Bioéthique » in *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 103-107 ; S. Maljean-Dubois, « Bioéthique et droit international », *AFDI*, 2000, p. 84 et s. et, du même, « Biodiversité, biotechnologies, biosécurité. Le droit international désarticulé », *JDI*, 2000, p. 249 et s. ; L. Duprat, « Le biodroit : un phénomène global sans principes unificateurs », *Journal international de bioéthique*, 2004, p. 37 et s. ; Ch. Byk, « Progrès scientifique et droit de l'homme : une rupture ? », *RTDH*, 2003, p. 364 et s. ; R. Pavoni, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale*, Milan, 2004, 345 p. ; N. Boschiero, *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario* (a cura di), Giappichelli Ed., Turin, 2006, 344 p. Voir en particulier, dans cet ouvrage, la contribution de N. Boschiero elle-même, « Le biotecnologie tra etica e principi generali del diritto internazionale », p. 3-126 ; F. Francioni & T. Scovazzi (eds), *Biotecnology and International Law*, Hart, Londres, 2006, 325 p.

l'échelle universelle tels que la montée des sciences et des biotechnologies ont permis de les renouveler³.

C'est le 11 novembre 1997, en effet, à l'issue d'une assez longue phase de gestation, que la Conférence générale de l'UNESCO adopta à l'unanimité la *déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*⁴. Ce texte fut lui-même à l'origine de plusieurs déclarations ultérieures, destinées à préciser et compléter son contenu. Comme leur nom l'indique, ces documents ne sont que déclaratoires. Ils énoncent des principes, fixent des règles, suggèrent des comportements, définissent des objectifs ; en tant qu'*instrumentum*, cependant, chacun d'entre eux reste sans force obligatoire. Ceci ne veut pas dire pour autant que le domaine de la bioéthique, à l'échelle régionale en particulier, soit insusceptible de régulation conventionnelle⁵ ni que le droit international doive se réduire aux normes établies par traité⁶. Le titre de la déclaration de l'UNESCO précitée situe d'emblée les propositions normatives relatives aux biotechnologies dans le contexte des droits de l'homme⁷.

Deux malédictions au moins semblent avoir plané sur les esprits au sein des comités d'éthique ayant préparé les déclarations ultérieurement adoptées. Ces deux repoussoirs, en partie irrationnels de l'avis des scientifiques, alimentent néanmoins cette « heuristique de la peur » dans laquelle Hans Jonas voyait le ressort paradoxal d'une nouvelle « éthique de la responsabilité »⁸. La première de ces malédictions est portée par l'ombre abjecte du docteur Mengele ; c'est celle des expériences soit disant scientifiques menées par les nazis sur l'être

3 Voir *Droit et technique, Études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris, Litec, 2007. Le texte du présent article est issu d'une étude antérieure du présent auteur parue dans le livre précité sous le titre « Bioéthique et droit international », p. 161-181.

4 Texte in P.-M. Dupuy, *Grands textes de droit international public*, Dalloz, Paris, 6^e éd., 2008, texte n° 13 bis, p. 164 et s.

5 La Convention européenne du 4 avril 1997, dite convention d'Oviedo adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine est là pour le prouver. Elle fut ultérieurement complétée par plusieurs protocoles additionnels. Voir Ch. Byk, « La convention européenne sur la biomédecine et les droits de l'homme et l'ordre juridique international », *JDI*, 2001, p. 47 et s.

6 De longues dates, le recours au « droit vert » ou « *soft law* », constitué de normes indicatives énonçant des lignes directrices et des programmes d'action est l'une des modalités privilégiées dont use ce droit, particulièrement dans le cadre des organisations internationales intergouvernementales, au premier rang desquelles celles de la famille des Nations Unies (ONU et institutions spécialisées) ; l'accumulation de ces normes jointe à l'assentiment pratique que peuvent leur donner les États produit en certains cas du droit international coutumier, tout aussi obligatoire que le droit conventionnel. Or, le droit international général est du droit coutumier et la coutume en tant que source du droit occupe dans cet ordre juridique, contrairement à ce qui se produit dans les ordres internes, une place déterminante. Sur l'ensemble de la question, consulter notre *Droit international public*, Dalloz, Paris, 9^e éd. 2008, 855 p., § 387 et s.

7 Comme il est désormais su de tous, à l'échelle universelle, un « *corpus juris* » s'est en effet progressivement constitué à cet égard autour de la déclaration universelle de 1948 et des deux Pactes des Nations Unies, l'un sur les droits civils et politiques, l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels. Les deux, entrés en vigueur en 1977, sont aujourd'hui ratifiés par plus de 150 États sur près de 200 existants.

8 H. Jonas, *Le Principe responsabilité*, Champs Flammarion, Paris, 1990, p. 65 et s.

humain dans le mépris délibéré de son identité et de sa dignité intrinsèque. La seconde trouve également ses racines dans certaines tentations et tentatives portées aussi (mais pas exclusivement) par le nazisme. C'est celle de l'eugénisme, lui-même lié au clonage, du moins celui destiné à la reproduction d'être humains⁹.

Pour conjurer ces deux pôles du mal absolu, tout le monde est, en principe, d'accord. La structure même de la déclaration de 1997 est là pour le prouver. Elle énonce d'abord des principes fondamentaux relatifs à la dignité humaine et au génome humain. On reviendra plus loin sur son article premier. Notons pour l'instant que l'article 2 introduit le droit de chacun au respect de sa dignité et de ses droits, « quelles que soient ses caractéristiques génétiques » ; thème développé dans la seconde partie de la déclaration, précisément relative aux droits des personnes concernées. Le consentement préalable de chaque individu et l'évaluation préalable des risques engendrés par la biotechnologie dont il peut faire l'objet sont affirmés au présent de l'indicatif dont on sait, selon la formule célèbre, qu'il « a valeur d'impératif »¹⁰ alors que d'autres dispositions, plus avant dans le texte, sont seulement rédigées au conditionnel. La troisième partie se rapporte aux recherches sur le génome humain, dont aucune « ne devrait prévaloir sur le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la dignité humaine des individus, ou, le cas échéant de groupes d'individus » (art. 10).

C'est dans ce cadre que la disposition suivante (art. 11), revenant au présent de l'indicatif, pose que « des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains, ne doivent pas être permises ».

Le reste de la déclaration ne pose plus d'interdiction ; il suggère des pratiques, en commençant par l'énonciation d'une sorte de code de déontologie de la recherche. L'article 13, en particulier, énonce « la rigueur, la prudence, l'honnêteté intellectuelle et l'intégrité » comme des valeurs déterminantes dans la conduite de la recherche génétique. Il est à mettre en relation avec la disposition posée dès l'article 4, selon laquelle « le génome humain en son état naturel ne peut donner lieu à des gains pécuniaires. »

Le cadre normatif général ainsi posé dans la déclaration de 1997 sera repris et détaillé dans les déclarations ultérieures adoptées sous les auspices de l'UNESCO, assurément l'organisation principale en matière de bioéthique au plan universel : on citera en particulier la déclaration de 2003 sur les données génétiques ; on notera aussi que, la même année, l'initiative était prise de négocier un nouveau texte programmatique, relatif aux « normes universelles en matière de bioéthique »¹¹. La nouvelle déclaration fut adoptée par

9 Par opposition au clonage thérapeutique. Aux États-Unis, le Sénat a autorisé en juillet 2006 le financement fédéral des recherches sur les cellules souches issues d'embryons humains.

10 La formule est attribuée au général de Gaulle pendant les débats du comité constitutionnel qui prépara le texte de la V^e République.

11 Texte sur le site <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001402/140299f.pdf>. Voir A. Yusuf, « The Unesco Declarations on Bioethics: Emerging Principles and Standards of an

acclamation à la Conférence générale de l'UNESCO, le 19 octobre 2005. L'objet de ce texte, plus large que celui de 1997, se rapproche davantage de celui de la convention d'Oviedo sur la biomédecine conclue à l'échelle régionale et conclue, dès avril 1997, dans le cadre du Conseil de l'Europe¹². La déclaration adoptée à l'UNESCO en novembre 2005 vise à aider les États en leur proposant un ensemble de principes à reprendre dans le cadre de leurs législations nationales respectives (art. 2). Il veut aussi guider l'action des individus et des groupes humains impliqués dans la recherche et l'usage des biotechnologies toujours dans le respect de la dignité humaine. L'inspiration essentielle de ces principes demeure la même que celle déjà énoncée en 1997. Les règles posées sont désignées comme devant inspirer (et donc conditionner) la liberté de la recherche médicale. Synthétisant les apports de la bioéthique universelle, la doctrine dégage alors en particulier les principes de tolérance, d'interdiction de toute discrimination, d'autonomie et de responsabilité comme constituant les principaux apports de la bioéthique promus par les textes internationaux¹³.

Nerina Boschiero observe en particulier que les défis posés par la biologie et les biotechniques apportent une nouvelle dimension aux droits de l'homme. Des notions comme celle d'« individu » ou d'« être humain » sont remises en cause dans leur acception même et soulèvent certaines des questions les plus délicates de la bioéthique et du droit¹⁴. Les droits de l'homme traditionnels percevaient l'« homme », c'est-à-dire la personne titulaire de droits comme un individu né et vivant. Les biotechnologies remontent cependant en amont et en aval de l'existence humaine. Elles posent notamment la question de savoir *à partir de quand* apparaît l'être humain après la conception. Beaucoup de législations nationales (mais pas toutes) n'autorisent ainsi les recherches sur l'embryon que dans les quatorze premiers jours suivant la fécondation de l'ovule, c'est-à-dire avant la disparition de la « strie primitive ». La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a cependant considéré en 2004, dans l'affaire *Vo contre France*, que la définition d'une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme était laissée à la « marge d'appréciation » de chacun des États membres lorsqu'il s'agit de savoir si on peut l'appliquer à l'embryon conçu *in vitro*¹⁵. D'autres types de manipulations permises par les biotechnologies posent la question de l'utilisation du capital génétique de la personne après sa mort.

Cette extension transversale de la notion de personne humaine soulève des problèmes de nature proprement ontologique ; elles renvoient à la question de savoir ce qu'est l'« être ». On comprend dès lors à la fois la prudence et les avancées apportées par ces déclarations adoptées à l'échelle universelle. La

«International Biolaw» ? » in N. Boschiero, *Bioetica e biotecnologie...*, *op.cit. supra*, note 2, p. 129 et s.

¹² Voir *supra*, note 3.

¹³ Voir N. Boschiero in N. Boschiero, *op.cit. supra* note 2, p. 41-58.

¹⁴ *Ibid.* p. 55 et s.

¹⁵ Arrêt du 8 juillet 2004 consultable sur le site www.coe.int.

tension entre la diversité des cultures et l'universalité des valeurs, partout présente en matière de bioéthique, est particulièrement forte au plan mondial. Pour rendre compte de la façon dont l'Organisation des Nations Unies pour la Science et la Culture tente de maîtriser dans l'ordre international les difficultés inhérentes à la gestion scientifique du vivant, on examinera successivement à travers les déclarations déjà adoptées, *l'ambiguïté de la place réservée au droit* dans la Déclaration de 1997 (I), *la bivalence de l'homme* que ce texte entend protéger (II), enfin, la tentative des déclarations concernées de contribuer à l'édification d'une sorte de *morale universelle* (III).

I. — AMBIGUÏTÉ DE LA PLACE RESERVEE AU DROIT

Les textes adoptés par l'UNESCO en matière de bioéthique semblent accorder au droit proprement dit, en tant qu'il serait ici désigné – *lato sensu* – comme un ensemble formalisé de normes à vocation non seulement prescriptive mais obligatoire, une place à la fois modeste et fondamentale mais parfois aussi équivoque.

Au plan formel tout d'abord, ces textes, on l'a dit, sont des « déclarations ». Ceci peut s'entendre au moins de deux façons opposées ; soit qu'on se contente, comme le font généralement les internationalistes, de relever que la nature de ces instruments interdit qu'on y voie l'expression de normes obligatoires pour les États ; soit, tout au contraire, que ces instruments non contraignants soient utilisés parce qu'ils se contentent de « déclarer » un droit positif déjà consolidé dont ils constituent alors une manière d'authentification solennelle. Dans un tel cas, la substance de la norme primerait sa forme tout en l'autorisant. Cette deuxième acception se rencontre parfois, y compris dans le cadre conventionnel, précisément à propos de certains des droits de l'homme, dont l'autorité est supposée antérieure à leur énonciation. C'est ce qu'atteste en particulier la jurisprudence de la Cour internationale de justice¹⁶.

Or, le contenu de la déclaration universelle de 1997 sur le génome humain et les droits de l'homme peut alimenter l'une et l'autre acception selon qu'on considère telle ou telle de ses dispositions. On y trouve côte à côte des prescriptions immédiates, comme celles interdisant le clonage humain, la production de gains pécuniaires à partir de l'exploitation du génome, la discrimination fondée sur des caractéristiques génétiques ou la confidentialité des données génétiques. On y rencontre aussi de simples invitations, comme celle appelant les États à constituer en leur sein des comités d'éthique ou à promouvoir « une solidarité active vis-à-vis des individus, des familles ou des populations particulièrement vulnérables [...] aux maladies de nature génétique ». La déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 se voulait énonciatrice, fut-ce dans un instrument de « *soft law* », de véritables droits attachés à la personne humaine. La déclaration de l'UNESCO de 1997 et

16 Avis consultatif du 28 mai 1951 sur les réserves à la Convention sur la prévention et l'interdiction du crime de génocide, à consulter sur le site de la Cour internationale de justice, <http://www.icj-cij.org>.

celles qui l'ont suivie font, en revanche, coexister des énoncés posant des règles et d'autres suggérant des conduites. Elles laissent ainsi aux premières la possibilité d'être interprétées comme constituant du droit proprement dit, alors que les secondes resteraient de simples règles éthiques.

Cette dualité des normes, morales et/ou juridiques, se retrouve du reste dans les expériences nationales de bioéthique. Les règles émises sont souvent recommandées par des comités d'éthique avant d'être reprises, en tout ou partie, dans le texte des lois. Sans pouvoir s'arrêter ici sur ces retrouvailles explicites du droit et de la morale, déjà latentes par ailleurs dans l'affirmation progressive d'un « droit impératif » de la communauté internationale dans son ensemble ou « *jus cogens* »¹⁷, la bioéthique offre une nouvelle occasion de conjonction de ces deux registres normatifs¹⁸ se référant l'un et l'autre aux « droits de l'Homme ».

La nature juridique formelle de l'instrument « déclaration » jointe au mélange intime des dispositions à vocation normative et des exhortations permettent aux déclarations de l'UNESCO de définir des « standards »¹⁹, c'est-à-dire des comportements moyens admissibles par tous. Ces instruments entretiennent ainsi presque à dessein le flou sur ce qui, en leur sein, est du droit et ce qui ne l'est pas. Rien n'en est vraiment, diront les juristes formalistes ; beaucoup, diront en revanche bien d'autres, s'ils s'attachent à la dynamique normative que ces déclarations sont susceptibles de créer. Dans la mesure où peut s'admettre comme inhérente à la norme juridique la potentialité de ses développements y compris au sein d'autres ordres juridiques que celui au sein duquel elle est affirmée, on fera alors remarquer que le contenu de ces déclarations universelles est d'ores et déjà repris dans nombre de législations nationales, voire se grève, d'ores et déjà ou à terme, au sein même de l'ordre juridique international d'un contenu obligatoire sinon même impératif, s'agissant tout au moins des interdits les plus manifestes tel celui bannissant le clonage humain.

L'ambiguïté est entretenue ; on peut cependant avancer que, loin d'être une faiblesse technique, elle s'avère comme une stratégie délibérée. Il faut alors, pour tenter d'aller un peu plus loin, s'intéresser à la façon dont ces textes

17 Voir P.-M. Dupuy, *Droit international public, op.cit supra*, note 4, § 271 et s.

18 Comme on l'analyse par ailleurs avec quelque soin, déjà dans la Charte des Nations Unies, il fallait constater non la juxtaposition mais l'intégration des valeurs éthiques dans la norme juridique. C'est l'article premier de la Charte qui situe « l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix... » par rapport à ce qu'il appelle sans autre précision « les principes de la justice et du droit international ». C'est lui aussi qui énonce le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, mais aussi « le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». Voir P.-M. Dupuy, *L'Unité de l'ordre juridique international*, Cours général de droit international public, Académie de droit international de La Haye, *RCADI*, 2002, t. 297, p. 269-307.

19 Voir A. Yusuf précité, *op.cit. supra*, note 11. Les déclarations de l'UNESCO sont dites, dans le jargon de l'Organisation « *standards setting* » ; c'est-à-dire qu'elles posent des standards proposés aux États pour qu'ils les reprennent dans leurs législations nationales relatives au même domaine.

conjuguent les droits de l'homme. Par excellence, ces derniers sont à la fois appuyés sur le droit et générateurs d'une éthique. L'homme, certes, mais lequel ?

II. — BIVALENCE DE L'HOMME

L'UNESCO est, au sein de la famille des institutions des Nations Unies, celle consacrée à la promotion comme à la sauvegarde de la diversité des cultures. Son abord des droits de l'homme se trouve ainsi, peut-être plus encore que dans le cas de l'ONU elle-même, pris au sein d'une tension sinon d'une contradiction, au demeurant fructueuse. L'ONU comme l'UNESCO renouent avec la conception de l'homme héritée des Lumières ou de l'*Aufklärung*²⁰. La Charte prend soin de n'écrire « Homme » qu'avec une majuscule. Elle part de son essence et de son identité universelle ; l'Homme de la déclaration universelle de 1948 est à cet égard le même que celui de 1789 ou même avant lui celui de la déclaration américaine de 1776. C'est l'homme en général. Celui-là même, précisément, que Joseph de Maistre (ou Edmund Burke) s'insurgeant contre la Révolution française, disaient n'avoir jamais rencontré²¹. Celui, aussi, que les grandes philosophies de l'histoire nées au XIX^e, siècle du romantisme, de la révolution industrielle et du positivisme n'ont pas davantage voulu reconnaître. Marx, à la suite d'Hegel, ne veut voir que des « hommes situés », comme le dira plus tard Georges Burdeau, appréhendés sur fond de rapports de production, dans leur appartenance de classe et leur contexte économique et social. On pourrait d'ailleurs dire que le marxisme ne croit au fond ni au droit en soi ni à l'Homme en général. Le premier n'est pour lui qu'une superstructure au service de la classe dominante ; le second, un masque dissimulant la réalité de l'exploitation des prolétaires par les capitalistes. Tout à l'opposé, et malgré la caution formelle apportée à l'origine par l'Union soviétique, la Charte des Nations Unies comme la Constitution de l'UNESCO rétablissent l'Homme dans toute sa majestueuse généralité. Ces textes fondateurs renouent ainsi avec une tradition philosophique quasiment mise sous le boisseau pendant près de deux siècles. Pour reprendre une formule qu'utilisait Christian Wolf dans la seconde partie du XVIII^e siècle, ces chartes constitutives déclarent « les droits naturels de l'homme en tant qu'homme »²².

Ni l'une ni l'autre, cependant, ces « constitutions » ne se contentent d'une évocation abstraite de l'homme. L'UNESCO, en particulier, a encore récemment adopté une convention sur le respect de la diversité culturelle qui entre

20 Voir M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, folio essais, 1989.

21 Voir A. Compagnon, *Les Antimodernes, de Joseph de Maistre à Roland Barthes*, NRF, Gallimard, Paris, 2005, notamment p. 21 et s. et 155 et s.

22 Cité par L. Ferry et A. Renaut, « Penser les droits de l'homme », in *Système et critique, Essais sur la critique de la raison dans la philosophie contemporaine*, Ousia, Bruxelles, 2^e éd. 1992, p. 206.

dans la poursuite de sa vocation statutaire²³. Le paradoxe des Nations Unies à travers leurs diverses institutions est ainsi de prétendre réconcilier Jean-Jacques Rousseau avec Joseph de Maïstre, Condorcet avec Auguste Conte ou les Lumières intemporelles avec l'Histoire. C'est dans ce contexte qu'il faut alors resituer la tentative de l'UNESCO pour proposer des principes universels de bioéthique.

À ce stade, cependant, on rencontre une nouvelle tension, en corrélation directe avec les deux dimensions de l'homme que l'on vient d'évoquer. Elle oppose l'introduction d'une définition *objective* du génome avec le maintien d'un subjectivisme relatif dans sa perception.

Objectivité, tout d'abord. L'article premier de la déclaration de 1997 se lit comme suit :

« Le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité. »

Cette disposition affirme l'unité du genre humain par le seul fait que chacun de ses membres, qu'il soit blanc, jaune ou noir de peau, *possède un génome du même type*. Celui-ci le différencie (même de peu, si on le compare à celui du chimpanzé) de l'animal. On avait longtemps affirmé, notamment dans la tradition des trois religions monothéistes, que les hommes trouvent leur unité dans le fait que tous sont les créatures de Dieu. Ceci ne demeure pourtant vrai que pour ceux qui ont la foi. Or, à l'échelle universelle, notamment lorsque la globalisation génère en réaction certains retours intransigeants du religieux, un phénomène demeure déterminant. C'est celui que Max Weber avant Heidegger appelait le « désenchantement du monde », ou renonciation au recours à une interprétation « magique » de l'existence²⁴. Il interdit en tout cas à tout texte négocié par les représentants des « peuples des Nations Unies », eux-mêmes si bigarrés, de se référer à un principe d'unité trouvé dans la référence à Dieu. Ceci fut, du reste, avéré dès 1948, lorsque, sur initiative de la délégation américaine, Dieu fut mis aux voies, pour savoir si son nom serait mentionné en tête de la déclaration universelle des droits de l'homme. Il y fut pourtant mis en minorité au sein de l'Assemblée générale de l'ONU²⁵ ; on chercherait en vain sa mention dans la déclaration universelle des droits de l'homme, ainsi apparemment dépourvue de toute transcendance. Dès l'aube des droits de l'homme déclarés par les Nations Unies, l'humanité était, certes, implicitement déclarée une et universelle ; pourtant, sans référence idéologiquement autorisée à la « nature humaine », elle ne l'était que par la seule référence aux attributs de chacun de ses membres, composés

23 Convention sur la protection de la diversité des expressions culturelles, adoptées par la Conférence générale le 20 octobre 2005. Texte sur le site <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919f.pdf>.

24 Voir M. Gauchet, *Le Désenchantement du monde*, Gallimard, folio essais, 1985, 435 p.

25 Voir M. Virally, *L'Organisation mondiale*, Armand Colin, Paris, 1972.

du couple liberté/égalité. L'« Homme » voyait ainsi ses droits affirmés mais son essence dérobée, pour reprendre l'heureuse expression de Claude Lefort²⁶.

Par comparaison, on constate l'originalité du premier article de la déclaration de 1997. Il procède d'un étrange paradoxe. C'est, en effet, le progrès des sciences et des techniques qui avait « désenchanté » le monde. C'est pourtant la science, et, plus particulièrement, les avancées de la biologie qui fournissent, à l'âge moderne, un nouveau fondement à l'identité de la nature humaine : désormais, tous sont égaux au moins parce qu'ils ont le même génome²⁷. Ainsi, par une sorte d'ironie de l'histoire sinon de ruse de la raison, la science viendrait aujourd'hui combler le vide que, jadis, elle avait elle-même créé en interdisant que l'on cherchât dans une quelconque transcendance un fondement indiscutable à l'unicité du genre humain. Après avoir interdit qu'on lève les yeux vers le ciel, elle enjoint désormais à chacun de constater que l'élément de base de l'être humain est à trouver dans son propre corps et son organisation biologique. La science et les techniques viendraient ainsi au service des droits de l'homme.

Autre surprise, alors que la référence à la Nature autorisait depuis l'Antiquité, Aristote compris, une conception à la fois hiérarchique et inégalitaire de la société puisque tous les êtres humains ne naissent pas également doués, assisterait-on aujourd'hui, tout à l'opposé, à la naissance d'une sorte d'« égalitarisme naturel » fondé sur le constat biologique de la réduction de chacun des membres de l'humanité à un seul dénominateur commun, désormais garant de l'unité et de l'égalité de tous dans la commune possession du même génome humain ?

La Nature désormais refondée scientifiquement offrirait-elle enfin un concours paradoxal à la refondation des valeurs dont la philosophie déboussolée s'avère incapable autrement que dans une référence globale et sans doute ambiguë aux droits de l'homme ?²⁸ Serait-on, en d'autres termes, en passe de refonder, désormais légitime parce que réduite au biologique, la « nature humaine » ? Cette notion, critiquée de longue date pour son caractère aléatoire si on la fonde sur les cultures, redeviendrait ainsi crédible si on l'adosse à la science. Parodiant une formule bien connue, on serait alors presque tenté de dire que, dans l'acception objective retenue par la déclaration de 1997, « le biologisme est un humanisme », ou, tout au moins, qu'il pourrait y donner naissance²⁹.

Ce serait là, pourtant, sans doute risquer de tomber dans une nouvelle mouture du scientisme. Les délégations réunies Place Fontenoy semblent avoir

26 Voir C. Lefort, *Sur une colonne absente*, Gallimard, Paris, p. XXII.

27 Chacun sent bien qu'on pourrait sans aucun doute trouver bien d'autres bases à cette unité de principe. Pourtant, toutes resteraient contestables à raison de la diversité des traditions qui se partagent l'humanité. En revanche, personne ne peut, sous peine de ridicule, nier qu'il possède un génome humain !

28 Voir A. Finkielkraut, *Nous autres, modernes*, Ellipses, Paris, 2005, not. p. 89 et s.

29 Au sens où Heidegger définit l'humanisme, c'est-à-dire la conception du réel pour laquelle c'est « l'homme pris uniquement comme tel qui importe ». Voir *Lettres sur l'humanisme* Paris, Aubier, p. 119.

eu conscience de ce danger. Le texte de l'UNESCO adopté en 1997, en effet, ne s'en tient pas seulement à une dimension réductrice et seulement organique de l'Homme, fut-elle « objective » parce que scientifique. Il entend s'appuyer également sur la référence subjective au droit de *chaque individu* à sa dignité. L'UNESCO ne se préoccupe pas seulement de l'Homme, elle se soucie aussi *des hommes*. À cette fin, la déclaration de 1997 désigne la prise en considération des spécificités culturelles et sociales propres à chacun comme un impératif. Après avoir posé « l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine » (article premier), l'article deux précise :

« a) Chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques.

b) Cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et leur diversité ».

Cette réintroduction du respect de la diversité des individus est amplifiée dans l'article 3. On aurait pu penser que le génome, découverte scientifique et donnée objective, est lui-même extérieur et comme inaccessible à la subjectivité des cultures. Or, cette disposition affirme le contraire :

« Le génome humain, par nature évolutif, est sujet à des mutations. Il renferme des potentialités qui s'expriment différemment selon l'environnement naturel et social de chaque individu, en ce qui concerne notamment l'état de santé, les conditions de vie, la nutrition et l'éducation. »

Ainsi, le génome n'est-il pas seulement un fait biologique. Il est aussi une promesse, ouverte, dans la sphère du politique, à l'arbitraire des choix individuels et collectifs. Il risque alors, par l'usage irrationnel que l'on serait tenté d'en faire, de devenir une menace. Bref, l'approche biologique de l'Homme à travers la science et les techniques reste exposée aux aléas de l'Histoire. Le génome est une donnée objective mais il n'est pas intemporel. Il est commun à tous mais aussi façonné par la culture de chacun. Tel est du moins le pari engagé par l'Organisation de la culture mondiale qu'est l'UNESCO.

On voit de la sorte le dénominateur génétique commun pris au cœur d'une tension à la fois perpétuelle et constamment renouvelée. L'« homme comme tel » s'affirmerait au gré d'une éthique universelle elle-même confortée par un donné biologique transculturel ; mais, en même temps, aucun n'étant ramené à l'unité génomique, l'identité de chacun passe par la réaffirmation de son droit à sa propre culture, elle-même informatrice de son programme biologique.

On voit alors se redessiner une fonction du droit au demeurant sans doute inhérente : offrant la protection sinon la garantie de ses structures formelles à la flexibilité de cet équilibre précaire entre nature et culture il pourrait ainsi trouver une nouvelle combinaison, fut-ce de façon ambiguë, avec l'éthique. Il maintiendrait alors à la fois le respect du pluralisme culturel et celui de l'identité fondamentale d'une réalité biologique dont l'article premier nous

disait qu'elle redonne à la personne humaine une unité de principe. Dialectique subtile entre l'objectivité héritée de la science et la subjectivité procédant des cultures. Ce projet, philosophique et juridique, honore l'UNESCO. Il rend pourtant son entreprise normative à la fois exaltante et précaire. Comment, en effet, parvenir à faire triompher, à l'abri des guerres de religions, une paix des armes idéologiques, sorte de laïcité des citoyens du monde à l'échelle universelle ?

III. — MORALE UNIVERSELLE

L'UNESCO doit avoir, par principe, un discours universel et universaliste. Comme l'ONU elle-même, elle est ainsi obligée de partir de la présomption, difficilement démontrable, qu'il existerait certains principes de morale universelle admissibles par tous parce que non réductibles à l'héritage d'une seule culture, fut-elle celle de la puissance dominante du moment plus ou moins diluée dans le bain de la modernité globalisée.

L'éthique affirmée dans ces déclarations ne peut s'appuyer sur aucune transcendance sauf, peut-être, celle, délibérément proche de l'oxymore, qu'Albert Camus appelait dans *l'Homme révolté* la « transcendance horizontale ». Affirmant a priori une essence universelle de l'Homme en soi, elle doit chercher une sorte de *dénominateur* non pas seulement biologique mais *culturel commun* pour énoncer des principes supposés, fut-ce au prix d'une fiction politique ou juridique, être partagés par tous peuples et toutes nations.

Dans le domaine de la bioéthique, l'UNESCO est alors en quête d'une sorte de syncrétisme transculturel non sans rapport avec l'affirmation d'une morale laïque du citoyen à l'échelle de l'État national. Certes, le terme de « *laïcité* », trop étroitement connoté, surtout en France, par le contexte historique et culturel dans lequel il fut affirmé dans la loi de 1905 sur la séparation de l'Église et de l'État, ne paraît pas pleinement opportun à l'échelle universelle. Il faut ici le prendre, de façon presque métaphorique, comme désignant la volonté de définir une sorte de « *sens commun* » qui soit à la fois doté de substance et reconnaissable par tous avec les yeux de chacun. L'enjeu, important, n'est plus purement interétatique. Pour avoir quelque chance d'être effectivement respectée jusqu'au sein des laboratoires, l'éthique universelle des droits de l'homme, concrètement appliquée aux techniques de la biologie doit pouvoir parler non seulement aux États mais aussi aux agents individualisés de la recherche génétique et des biotechnologies de telle façon que chacun la trouve « naturelle », parce que frappée autant au coin du bon sens qu'appuyée sur des valeurs universelles. Les « Déclarations » successives de l'UNESCO en matière de conciliation des biotechnologies avec les droits de l'homme réalisent alors une sorte de *Vereinbarung* trans-étatique bien qu'adoptées par des délégations nationales. Elles dessinent un projet dont la part évidente d'utopie n'altère pourtant pas le caractère indispensable.

Dans ce contexte, la référence à un corps de principes affirmé comme universel non parce qu'il se réclamerait d'un Dieu mais parce qu'il serait en lui-

même inhérent à tous suppose ainsi paradoxalement une condition première, posée en principe implicite par l'Organisation universelle de la culture mondiale : sinon la fin du religieux du moins la renonciation à son utilisation intransigeante dans la recherche d'une morale globale stabilisée dans les formes du droit. Toute prétention unilatérale d'une idéologie politique, d'une doctrine philosophique ou d'une foi particulière à détenir plus qu'une autre les clefs de l'éthique applicable à la protection de l'homme face à la montée des biotechnologies serait irrémédiablement vouée à la contestation par les autres. Risqueraient alors d'être ranimées sinon toujours les guerres de religions du moins le respect réciproque et la reconnaissance mutuelle des valeurs reconnues par tous.

Comment, dès lors, trouver ou retrouver une sorte de « *droit naturel laïc* » même s'il reste pratiquement difficile de l'appeler ainsi ? Ce type de problématique n'est, en fait, pas nouveau. Si l'on peut ici s'autoriser de l'expérience occidentale tout en sachant les dangers d'ethnocentrisme qui s'attachent inévitablement à un tel renvoi, la question posée fait d'assez près penser à celle que la philosophie criticiste eut le temps d'aborder, à l'extrême fin du XVIII^e, immédiatement à la suite d'Emmanuel Kant ; soit, *après* que ce dernier eut écarté la métaphysique comme fondement de la morale, mais *avant* que l'héritage kantien ne soit récupéré puis radicalement transformé par l'idéalisme allemand et l'historicisme relativisant initiés par Hegel³⁰.

En France, tout un courant de pensée, emmené par Alain Renaut et Luc Ferry, en particulier, a, semble-t-il, très intelligemment contribué à montrer combien le « *retour du droit* » commencé dans les années quatre-vingt du XX^e siècle (mais inspirant déjà les constitutions respectives des grandes organisations intergouvernementales de l'après-guerre) s'inspire de cette très pérenne tradition criticiste³¹. Elle avait en effet pour exigence de conserver un sens à la notion de valeur (donc, à l'éthique) après la mort de la métaphysique sans pour autant rester dans une pensée *a priori* de la « nature humaine ».

Ainsi, dans une perspective annonçant l'une des vocations principales de l'UNESCO, Kant, dans ses *Réflexions sur l'éducation*³² et Fichte, dans son *Fondement du droit naturel*³³ affirmaient-ils que l'homme en soi n'est rien sans

30 Dont on sait qu'il fusionne le réel et le rationnel tout en subordonnant étroitement le droit à l'État, démarche au demeurant fort appréciée par les internationalistes positivistes et volontaristes classiques. Sur les rapports, controversés, entre la philosophie de Kant et celle de Hegel, voir notamment les explications éclairantes d'A. Renaut *in Kant aujourd'hui*, Champs Flammarion, Paris, 1997, p. 21 et s.

31 Voir notamment leurs articles dans la revue *Esprit* dans les années 1980 et, not., « Penser les droits de l'homme », mars 1983, repris dans *Système et critique*, *op.cit. supra* note 19, p. 201 et s. Voir aussi, de L. Ferry, « De la critique de l'historicisme à la question du droit », *in Rejouer le politique*, Paris, Galilée, 1981, repris dans *Système et critique*, p. 178 et s. De même, « D'un retour à Kant », L. Ferry et A. Renaut, *Ornicar*, été 1980, repris dans *Système et critique*, p. 156 et s. Voir aussi L. Ferry, *Kant, une lecture des trois « critiques »*, Paris, Grasset, 2006, not. p. 143 et s. et 183 et s.

32 Kant, *Réflexions sur l'éducation*, trad. et introduction A. Philonenko, Vrin, Paris, 1966, p. 73.

33 Fichte, *Doctrine du droit naturel*, trad. A. Renaut, PUF, Paris, p. 95.

l'éducation et que ce que nous appelons sa « nature » est tout au plus sa « destination »³⁴. Ce qu'il doit être, il lui faut le devenir. Fichte affirmait que « le seul caractère propre de l'humanité » qui puisse être considéré comme « donné » résidait dans sa capacité d' « être formé »³⁵. Or, les Nations Unies nous invitent, en droit et en fait, depuis soixante ans, à refonder une philosophie des droits de l'homme à vocation universelle et rien n'interdit de penser que le criticisme mérite pour ce faire d'être revisité. Il ne paraît ainsi pas forcément naïf de reprendre la fameuse invite formulée par Eduard Zeller inaugurant en 1862 son cours de philosophie à l'université de Heidelberg : « *Zurück zu Kant !* »³⁶.

C'est Kant, en particulier, qui permettrait sans doute de comprendre toute l'importance de la dernière phrase de l'article premier de la déclaration de 1997, lorsqu'elle nous dit que le génome humain constitue « *dans un sens symbolique* » le patrimoine de l'humanité. Beaucoup de juristes, déconcertés par la rencontre avec la notion de symbole dans un texte à vocation juridique, se sont contentés d'y voir le résultat dévalué d'une concession faite par les souverainetés au droit international de « l'humanité »³⁷. Il faut pourtant trouver ici dans l'emploi de la notion de symbole le choix délibéré d'une échappée *hors* du discours métaphysique auquel la proclamation des « droits de l'Homme comme tel » risque toujours de reconduire,³⁸ fut-ce d'une façon quelque peu « baroque »³⁹. L'humanité symbolique tient ainsi non dans une essence immuable mais dans son devenir et sa perfectibilité ; non dans la rigidité d'un nouveau dogme mais dans le constant renouvellement d'une promesse. Parallèlement, la référence au droit « naturel » redevient possible mais resterait ici seulement autorisée dans la mesure de la refondation possible d'une « nature » dont on vient précisément de voir que la biologie génomique rencontre l'inspiration égalitariste des droits de l'homme.

La pensée de Fichte aide également à mieux comprendre les rapports du droit avec la morale. Contrairement à la tradition jus naturaliste individualiste classique, telle qu'illustrée notamment par Wolff plus que par Vattel⁴⁰, Fichte, du moins à partir de 1796, pense avec Kant dans son *Projet de paix perpétuelle* que l'homme ne peut se penser isolément. Il ne prend conscience de lui-même

34 Au sens allemand de « *Bestimmung* ». Voir A. Renault, « Le droit naturel dans les limites de la simple raison » in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1987, n° 11, repris dans *Système et critique*, *op.cit.* p. 282 et s.

35 Cité par A. Renault, in « Le droit naturel dans les limites de la simple raison », *op.cit.* note précédente, p. 295.

36 Cité par A. Renault, in *Kant aujourd'hui*, *op.cit. supra*, note 27, p. 15.

37 Dont l'un des plus beaux fleurons reste au demeurant la convention de l'UNESCO de 1972 sur le patrimoine culturel commun de l'humanité.

38 Voir L. Ferry, « De la critique de l'historicisme à la question du droit », *op.cit. supra* note 29, in *Système et critique*, *op.cit.* p. 199.

39 Selon l'expression de J. Derrida, cité par L. Ferry et A. Renault, in « Penser les droits de l'homme », repris dans *Système et critique*, *op.cit.* p. 221.

40 Voir P.-M. Dupuy, « Vattel et le droit des traités » in P. Haggemacher et V. Chetail (éd.), *Actualité de Vattel*, à paraître dans la collection des travaux de l'IHEID de Genève en 2009.

qu'au sein du groupe ou de la collectivité dont il fait partie⁴¹. Dans cette perspective, le droit, par essence d'abord *constitutionnel*, n'est pas dicté par la morale. Il ne la suit pas. Il la précède, au contraire, en permettant la structuration de la communauté politique à laquelle chaque individu appartient. Quoique les deux entretiennent des rapports, il y a dès lors autonomie du droit par rapport à la morale. Le premier dote la seconde de l'espace concret à l'intérieur duquel elle pourra se déployer, et non l'inverse. Comme on l'a développé par ailleurs⁴², Kant (comme son élève précité) maintient dans le *Projet de paix perpétuelle* à la communauté ainsi littéralement « constituée » par le droit sa dimension « *cosmopolite* »⁴³ ; cette notion paraît au demeurant recouvrir assez exactement la dimension de plus en plus *transnationale* des normes du droit international contemporain, dont les prescriptions sont aujourd'hui perçues non seulement par les États mais également par les associations privées, souvent remuantes, qui composent la « société civile internationale »⁴⁴.

Resituée dans un tel contexte apparaît mieux la finalité ultime de ces textes ambigus que sont les déclarations de l'UNESCO. En suspend, quelque part, entre le droit et la morale, l'individuel et le collectif, l'universalité abstraite et l'intersubjectivité concrète des cultures, leur objet n'est nullement aléatoire. Au-delà de l'authentification apportée à certains principes affirmés comme déjà existants, cet objet n'est pas d'abord de fonder immédiatement des normes obligatoires. Il est plutôt de contribuer au long façonnement des consciences pour respecter les droits de l'Homme et la dignité des hommes, tous confrontés à la montée aléatoire des techniques.

Du contenu de ces textes, on peut, certes, débattre. Mais n'est-ce pas précisément dans l'aptitude à la discussion et à la résolution argumentative des conflits que Jürgen Habermas voit le fondement du juridique ?⁴⁵

pierre-marie.dupuy@graduateinstitute.ch

41 Notion dont on trouverait aujourd'hui la correspondance dans la double acception des droits civils de l'homme balancés par ses droits politiques et sociaux.

42 P.-M. Dupuy, *L'Unité de l'ordre juridique international*, *op.cit. supra*, note 18, p. 218 et s. et p. 265 et s.

43 En annonçant de plus l'impératif catégorique posé par la Charte des Nations Unies selon lequel la guerre est désormais interdite ; cf. note précédente.

44 Voir les contributions du présent auteur dans V. H. Gherari et S. Szurek, *L'Émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?* Pedone, Cahiers du CEDIN Paris X, n° 18, 350 p. et dans P.-M. Dupuy and L. Vierucci, (eds.) *NGOs in International Law, Efficiency in Flexibility ?* Edward Elgar, 2008.

45 J. Habermas, *Éthique de la discussion*, Champs Flammarion, Paris. Voir not. M. Theunissen, *Théorie et critique de la source : Introduction à la pensée de Jürgen Habermas*, Bayard Centurion, Paris, 2005.