

La subsidiarité en bioéthique : analyse et prospective

par Marc VAN OVERSTRAETEN

Aspirant du F.N.R.S. à la Faculté de droit de l'U.C.L.

INTRODUCTION

1. La subsidiarité est un concept familier au philosophe. À l'origine, elle apparaît même comme un principe de philosophie sociale ¹. Fondée sur le postulat que l'homme se définit davantage par ce qu'il fait que par ce qu'il reçoit, elle inspire la vision de la société promue par des penseurs comme Aristote ou Thomas d'Aquin, pour qui les groupements auxquels appartient l'individu doivent accomplir uniquement les tâches que ce dernier ne peut remplir lui-même ².

La subsidiarité n'en est pas pour autant ignorée du juriste. De façon explicite ou implicite, elle a pénétré la sphère juridique dans des contextes tels que le fédéralisme, la décentralisation, l'intervention des pouvoirs publics en matière économique ou la protection des droits de l'homme. Ceci explique qu'aujourd'hui, la subsidiarité est au cœur d'un débat sur l'intérêt et les modalités de son application plus systématique en droit.

2. Un autre courant de réflexion, distinct du premier, mérite d'être mis en lumière. Il concerne les avancées de la médecine et de la biologie. Procréation, greffes et transplantations d'organes, génétique humaine : on ne compte plus les secteurs révolutionnés par les développements de l'une et de l'autre. Nul doute que ces progrès peuvent contribuer au mieux-être de l'humanité. On ne peut toutefois ignorer la menace que leur usage inadéquat représente pour l'individu, pour la société, voire pour l'espèce humaine. Ils sont ambivalents. Ils requièrent donc une vigilance accrue.

¹ F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité? », *Le principe de subsidiarité. Actes des XVIIes Journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant (à paraître).

² C. MILLON-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, pp. 6 et 9-13.

Mais quels critères prendre en compte pour guider la mise en œuvre des connaissances nouvelles? Les systèmes d'explication du monde qui, hier encore, servaient de références communes perdent aujourd'hui de leur influence. Les valeurs ne font plus l'objet d'un consensus unanime. Les points de repère traditionnels sont fragilisés. Dans ce contexte, l'élaboration de règles de conduite en matière biomédicale présente une réelle difficulté. Une démarche interdisciplinaire et pluraliste, vieille d'à peine quelques décennies, s'y attelle néanmoins. Qualifiée de « bioéthique », elle interpelle notamment le droit, qui y découvre de toutes nouvelles perspectives ³.

3. Quoi qu'on puisse penser, la subsidiarité et la bioéthique ne sont pas dépourvues de points communs. Le plus évident tient au processus dynamique qui caractérise l'une et l'autre. La subsidiarité n'a pas encore révélé toutes ses potentialités au regard du droit. La bioéthique, quant à elle, est en perpétuelle évolution. Elle fait appel à l'imagination pour appréhender au mieux les difficultés induites par un contexte scientifique et idéologique en pleine mutation. Elle n'exclut *a priori* aucune solution, pas même la plus originale.

Pourquoi dès lors ne pas s'interroger sur l'application de la subsidiarité en bioéthique? La première ne pourrait-elle contribuer à la réalisation des tâches que s'assigne la seconde? Pour répondre à cette question inédite, il faut cerner avec un minimum de précision les contours de la logique propre à la subsidiarité (Section I^{re}). Il faut ensuite vérifier si celle-ci n'a pas déjà trouvé à s'exprimer — fût-ce de façon implicite — en bioéthique (Section II). Enfin, délaissant l'analyse au profit d'une réflexion prospective, il faut se demander quelle place elle est susceptible d'occuper à terme en ce domaine (Section III).

SECTION I^{re}. — LA SUBSIDIARITÉ : UNE LOGIQUE AUX VISAGES MULTIPLES

4. L'idée de subsidiarité repose sur une préoccupation fondamentale de toute société : *ordonner* l'intervention des acteurs pressentis pour atteindre un objectif déterminé. La subsidiarité conduit en effet l'un de ces acteurs à n'intervenir qu'en second lieu, une fois qu'il a été constaté que l'acteur appelé à agir dans un premier temps n'était pas en mesure d'intervenir de façon adéquate ⁴. Elle met en œuvre un ordre de priorité, qui l'amène à

³ La nature de la bioéthique, son champ de réflexion et ses rapports avec les disciplines traditionnelles font l'objet de conceptions divergentes. Pour un essai de définition, voir notamment G. HOTTOIS et M.-H. PARIZEAU, *Les mots de la bioéthique. Un vocabulaire encyclopédique*, Bruxelles, De Boeck Université, 1993, v^o *Bioéthique* et L. AZOUX BACRIE, *Vocabulaire de bioéthique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, v^o *Bioéthique*.

⁴ F. DELPÉRÉE, « La subsidiarité », *Horizons*, mars 2000, p. 19.

imposer au second intervenant d'abord un devoir d'abstention, ensuite — le cas échéant — un devoir d'intervention ⁵.

Pour concrétiser cette ligne de conduite, la subsidiarité se donne des points de repère. Elle prend en compte des impératifs parfois contradictoires, qu'elle s'efforce de concilier de façon équilibrée. Si, de prime abord, elle impose l'abstention à l'un des intervenants en présence, c'est pour privilégier l'action de *proximité* conduite par l'autre. Mais elle ne néglige en rien les exigences d'*efficacité* et de *respect de l'intérêt général*. C'est pourquoi elle amène l'abstentionniste à entrer en scène lorsque l'intervenant le plus proche révèle son impuissance à agir de façon efficace ou conformément à l'intérêt général. Cette carence de l'acteur prioritaire se présente comme le pivot de la subsidiarité. Une fois avérée, elle conduit l'acteur de second ordre à intervenir en usant de la plénitude des moyens dont il dispose.

5. Sur le plan juridique — auquel on se limite ici —, la logique subsidiaire peut revêtir différentes formes. On retient les plus pertinentes dans la perspective d'une confrontation avec la bioéthique.

Une première distinction s'impose. La subsidiarité est susceptible de guider l'action de l'autorité publique de deux façons. Elle peut gouverner ses rapports avec les personnes privées. Elle l'invite dans ce cas à n'agir que lorsque l'initiative de ces dernières ne permet pas d'atteindre l'objectif poursuivi ou méconnaît l'intérêt général. La subsidiarité peut également régir les relations qu'entretiennent les autorités publiques elles-mêmes. Elle suggère alors que l'autorité dotée d'un champ de compétences large n'intervienne qu'en cas de carence de l'autorité aux compétences spatiales plus restreintes ⁶.

Lorsqu'elle s'applique aux rapports entre autorités publiques, la subsidiarité peut être « envisagée par rapport au contenu normatif d'ordres juridiques » ⁷ ou porter sur les garanties juridictionnelles qu'offrent ces derniers. Dans le premier cas, elle est dite *substantielle*, dans la mesure où le critère retenu pour apprécier l'existence d'une carence est le contenu de la règle. Dans le second cas, elle est qualifiée de *juridictionnelle* : elle prend pour référence la qualité des garanties juridictionnelles en présence ⁸. Les relations

⁵ F. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*

⁶ H. BRIBOSIA, « De la subsidiarité à la coopération renforcée », *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 24; CONSEIL DE L'EUROPE, *Définition et limites du principe de subsidiarité*, coll. Communes et Régions d'Europe, n° 55, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1994, p. 9.

⁷ M. VERDUSSEN et E. WILLEMART, « La subsidiarité européenne, instrument d'articulation d'ordres juridiques », *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 254.

⁸ *Ibid.*, p. 259.

entre autorités publiques et personnes privées, quant à elles, ne réservent pas de place à cette seconde forme de subsidiarité.

Sur le plan substantiel, la subsidiarité peut servir de guide à la *confection* des normes. Elle suppose alors que l'élaboration de la règle ne soit déclenchée au niveau du second intervenant qu'au cas où la norme adoptée par le premier s'avère ou s'avérerait insuffisante. La subsidiarité substantielle peut également inspirer la seule *application* des normes, en désignant, parmi des règles concourant au même but mais élaborées — sans considération de priorité — par différents acteurs, celle qu'il convient de mettre en œuvre.

6. Protéiforme, la subsidiarité peut s'incarner dans de nombreux contextes. Dès lors qu'on aborde la matière bioéthique, l'un d'eux retient l'attention : celui de la protection des droits de l'homme. En ce domaine, la subsidiarité inspire la Convention européenne des droits de l'homme, dans le système de laquelle elle présente une double facette.

La Convention fait place tout d'abord à une subsidiarité *substantielle*, relative au contenu des droits qu'elle énonce⁹. En effet, comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰, c'est en premier lieu à chaque État contractant qu'il incombe d'assurer aux individus la jouissance de ces droits¹¹. La Convention elle-même vient en second ordre, non pas pour supplanter le droit national mais pour le compléter ou remédier à ses défaillances¹². En d'autres termes, elle établit un niveau de protection jugé minimal qu'il revient aux États de garantir¹³, à défaut de quoi ses dispositions se substitueront à celles du droit interne. Un tel système permet aux Parties à la Convention d'enrichir les droits consacrés au niveau international en fonction des particularités de leur culture et de leur tissu social, ce qui contribue à en assurer un respect plus grand¹⁴.

Cette subsidiarité substantielle — qui concerne l'*application* des normes nationales et internationales — se manifeste en particulier dans les arti-

⁹ E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 21.

¹⁰ Voir notamment Cour eur. D.H., arrêt HANDYSIDE du 7 déc. 1976, *Public. Cour eur. D.H.*, série A n° 24, p. 22, § 48.

¹¹ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 38.

¹² M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 99; M.-A. EISSEN, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme devant les juridictions françaises », *L'avocat et l'Europe des 12 et des 21*, Centre de formation des avocats d'Alsace, 1988, p. 95; E. LAMBERT, *op. cit.*, p. 21 et F. SUDRE, *op. cit.*, p. 38.

¹³ E. LAMBERT, *op. cit.*, p. 21; J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 17-18.

¹⁴ M. VERDUSSEN et E. WILLEMART, *op. cit.*, p. 255.

cles 1^{er} et 53 de la Convention. D'après le premier, les droits et libertés conventionnels doivent être reconnus par les Parties contractantes à toute personne relevant de leur juridiction. Quant au second, il stipule qu'aucune des dispositions de la Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme reconnus par les lois des Parties contractantes. Les normes internationales s'effacent donc devant le droit national lorsqu'en donnant effet aux premières, celui-ci assure une protection égale ou plus étendue des droits de l'homme ¹⁵. On peut en déduire *a contrario* que les règles de la Convention s'imposent dans les cas où la protection étatique s'avère moins étendue, donc, lorsque les États révèlent une carence sur le plan de la sauvegarde des droits fondamentaux. Cette ligne de conduite est bien celle suggérée par la subsidiarité substantielle.

Le système mis sur pied par la Convention européenne des droits de l'homme fait place également à une subsidiarité de nature *juridictionnelle*, propre à la garantie des droits qui y sont inscrits ¹⁶. La Cour européenne des droits de l'homme, chargée de veiller au respect par les États contractants des engagements qu'ils ont pris en ratifiant la Convention (art. 19), ne peut intervenir que dans un second temps, lorsqu'il s'avère que l'atteinte portée à l'un de ces droits n'a pas été réparée ou ne peut l'être dans l'ordre juridique national ¹⁷. C'est la raison pour laquelle l'article 35, § 1^{er} prévoit que la Cour ne sera valablement saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes. Vu qu'un tel principe serait dépourvu de sens si l'individu ne disposait d'aucun recours effectif devant une instance nationale, le droit à un tel recours est inscrit à l'article 13 de la Convention ^{18 19}.

SECTION II. — LA PLACE ACTUELLE DE LA SUBSIDIARITÉ EN BIOÉTHIQUE

7. Tout en restant fidèle à la logique qui lui est inhérente, la subsidiarité offre une multitude de visages. Cette faculté l'a-t-elle conduite à s'exprimer dans le domaine de la bioéthique? *A priori*, une réponse négative s'impose. Jusqu'ici, l'idée de subsidiarité n'a guère été invoquée en cette matière.

¹⁵ E. LAMBERT, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶ *Ibid.*, p. 21.

¹⁷ E. PICARD, « Article 26 », *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, pp. 592-593.

¹⁸ D. DE BRUYN *et alii*, *Les exceptions préliminaires dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 1997, pp. 56-57.

¹⁹ La subsidiarité procédurale ne se manifeste pas qu'en amont du procès devant la Cour européenne. Elle concerne également les suites à donner aux arrêts de celle-ci. Sur ce point, O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 100-128.

L'analyse ne peut toutefois s'arrêter à ce constat. Le fait que le concept n'apparaisse pas dans les débats liés aux avancées des sciences de la vie ne signifie pas que la ligne de conduite suggérée par la subsidiarité n'a pas, dans une mesure plus ou moins large, imprégné la matière. C'est ce que l'on se propose de vérifier ici.

De nombreux acteurs se sont succédé pour appréhender les questions bioéthiques. Les chercheurs et les médecins, les premiers, ont édicté des lignes de conduite destinées à guider leur pratique, notamment dans le cadre d'organisations non gouvernementales de dimension internationale. L'intervention du juge — en particulier dans les pays de tradition anglo-saxonne — a également été maintes fois sollicitée. Vu l'insuffisance de ces actions, plusieurs législateurs nationaux, de même que des organisations internationales telles que l'ONU, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, ont élaboré des règles, contraignantes ou non, propres à divers aspects de la matière. Pour épauler cette action normative, des commissions d'experts et des comités d'éthique ont été mis sur pied à divers niveaux ²⁰.

Un tel développement ne laisse-t-il pas entrevoir les traces d'une application, à tout le moins partielle, de la subsidiarité? Il semble en effet qu'en bioéthique, l'intervention de chaque acteur se soit imposée en raison des carences affectant l'action du précédent ²¹. Toutefois, la subsidiarité ne s'identifie pas à un scénario de ce type. Comme on l'a vu, elle suppose que l'action du premier intervenant aille de pair avec une abstention *consciente et voulue* de l'acteur de second ordre, décrétée pour favoriser l'action de proximité. Dès le moment où la retenue du deuxième intervenant s'explique par le fait qu'il n'aperçoit pas les problèmes à régler, la logique sous-jacente à la subsidiarité est méconnue. Or, jusqu'ici, tel paraît avoir été le cas en bioéthique. Cette dernière ne s'est pas construite suivant un plan réfléchi, garant d'ordre et d'harmonie, mais par une succession improvisée d'actions de natures diverses cherchant à parer aux défaillances des interventions précédentes. L'ordre inhérent à la subsidiarité n'a donc pas trouvé dans le domaine de la bioéthique un terrain d'expression privilégié.

8. Le raisonnement ne permet pas d'exclure des applications ponctuelles de la subsidiarité en bioéthique. On en tient pour preuve la « 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 — Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine » (ici abrégée en « Convention sur

²⁰ L'aperçu est schématique à l'extrême. Pour davantage de précisions : N. LENOIR et B. MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 19-29; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « La production des normes en matière de bioéthique », in C. NEIRINCK, *De la bioéthique au biodroit*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 43-71.

²¹ Sur ce point, voir notamment N. LENOIR et B. MATHIEU, *op. cit.*, en particulier p. 20.

la biomédecine »), élaborée au sein du Conseil de l'Europe et récemment entrée en vigueur ²². L'importance de cette Convention ne saurait être sous-estimée : il s'agit, sur le plan universel, du premier *traité* relatif à la bioéthique. On s'y attarde dans la mesure où cet instrument novateur met implicitement en œuvre une logique de type subsidiaire.

Pour déterminer la place qu'y occupe la subsidiarité, on procède en deux temps. On se pose d'abord la question de savoir jusqu'où celle-ci a imprégné le processus d'*élaboration* de la Convention (§ 1^{er}). On se demande ensuite de quelle façon elle s'exprime dans ses *dispositions* (§ 2).

§ 1^{er}. — L'élaboration de la Convention sur la biomédecine : une démarche subsidiaire?

9. La question a le mérite de l'originalité. À l'évidence, elle suppose que la Convention sur la biomédecine soit replacée dans le contexte plus large de l'action menée par les États et par le Conseil de l'Europe en bioéthique. Les documents préparatoires de la Convention, de même que son rapport explicatif, fournissent à cet égard de précieuses indications.

10. On l'a relevé : le droit n'investit pas le champ de la bioéthique dès l'émergence de celle-ci. C'est de façon progressive qu'un mouvement se dessine en faveur de solutions juridiques adaptées. Il débouche sur l'adoption de plusieurs législations nationales spécifiques aux questions bioéthiques. Il se manifeste également à travers une importante réflexion conduite sur le plan international ²³.

À ce niveau, le Conseil de l'Europe joue un rôle moteur ²⁴. Son action emprunte dans un premier temps deux voies distinctes. D'une part, ses organes — l'Assemblée parlementaire et le Comité des ministres — cherchent à encadrer certaines pratiques liées aux sciences de la vie en adoptant des recommandations qui invitent les États membres à harmoniser leurs législations ²⁵. D'autre part, des préoccupations de type bioéthique affleurent dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des

²² Voir note 39 et texte.

²³ Rapport explicatif de la Convention sur la biomédecine [ci-après *RE*], §§ 1^{er} et 3; Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 1160 du 28 juin 1991 relative à l'élaboration d'une convention de bioéthique [ci-après *Recommandation APCE n° 1160*], § 3.

²⁴ Tel était le souhait des États membres, comme l'atteste la Résolution n° 3 de la Conférence ministérielle sur les droits de l'homme (Vienne, mars 1985) relative aux droits de l'homme et au progrès scientifique dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la biochimie [ci-après *Résolution n° 3 (Vienne)*].

²⁵ C. BYK, « La Convention européenne de bioéthique », *Rev. int. dr. comp.*, janv.-mars 1993, pp. 158-159; N. LENOIR et B. MATHIEU, *op. cit.*, pp. 69-74; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 69.

droits de l'homme. Celles-ci sont saisies d'affaires touchant de près ou de loin au domaine biomédical. Elles reconnaissent que la Convention européenne des droits de l'homme comporte des dispositions pertinentes au regard des questions bioéthiques, même si son élaboration remonte à une époque antérieure à l'apparition de ces dernières ²⁶.

Ces premières interventions ne donnent cependant pas entière satisfaction.

Les législations nationales, tout d'abord, présentent plusieurs lacunes. Leur application est limitée à un territoire restreint. Elles adoptent des solutions divergentes et fragmentaires ²⁷. Elles passent sous silence certains problèmes fondamentaux ²⁸. Lorsqu'elles ne font pas l'impasse sur les questions bioéthiques, elles risquent donc d'être en décalage avec les sciences de la vie. Sur le plan des principes, parce que le sujet à protéger dans ce contexte — l'être humain — transcende les frontières étatiques. Les législations nationales introduisent la diversité dans des cas où l'universalisme inhérent à l'homme devrait s'imposer ²⁹. Sur le plan de l'efficacité, parce que les recherches et pratiques biomédicales connaissent à l'heure actuelle une internationalisation croissante ³⁰. Toute interdiction ou restriction énoncée par la législation protectrice d'un État peut ainsi être contournée par le déplacement de l'activité en cause dans un État plus libéral ³¹. Pour ces raisons, une harmonisation internationale semble inévitable sur certains points ³².

²⁶ C. BYK, « Bioéthique et Convention européenne des droits de l'homme », *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, pp. 101-121 ; N. LENOIR et B. MATHIEU, *op. cit.*, pp. 65-68. Voir également les références citées dans ces deux contributions.

²⁷ Recommandation APCE n° 1160, §§ 4 et 6 ; Avis de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 184 du 2 févr. 1995 sur le projet de convention de bioéthique [ci-après *Avis APCE n° 184*], § 4 ; RE, § 3. Voir aussi M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 68.

²⁸ C'est tout le problème du « vide juridique » souvent dénoncé en bioéthique. Voir Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 1046 du 24 sept. 1986 relative à l'utilisation d'embryons et fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales [ci-après *Recommandation APCE n° 1046*], §§ 6 et 7 ; Avis APCE n° 184, § 4 ; Rapport de la Commission de la science et de la technologie de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe portant avis sur le projet de Convention de bioéthique, 12 janv. 1995, *Doc.* n° 7210, Introduction de l'Exposé des motifs, point 2.

²⁹ Résolution n° 3 de la 17^e Conférence des Ministres européens de la Justice (Istanbul, juin 1990) relative à la bioéthique [ci-après *Résolution n° 3 (Istanbul)*], considérant 5.

³⁰ À l'heure actuelle, les programmes de recherche se construisent fréquemment sur base d'une coopération internationale (C. BYK, « La Convention européenne de bioéthique », *op. cit.*, p. 159).

³¹ Recommandation APCE n° 1046, § 12.

³² Résolution n° 3 (Vienne), considérant 6 ; Résolution n° 3 (Istanbul), considérant 3 ; Recommandation APCE n° 1046, § 13 ; Recommandation de l'Assemblée parlementaire du

Les efforts du Conseil de l'Europe visent à réaliser une telle harmonisation mais les instruments auxquels il recourt se révèlent pour une part inappropriés. Les recommandations de l'Assemblée parlementaire et du Comité des ministres sont fragmentaires³³ et non contraignantes³⁴. Quant aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, bien que revêtues de la force contraignante propre aux traités internationaux, elles ne peuvent offrir que des lignes directrices incomplètes dans le domaine biomédical³⁵. En outre, elles sont inadéquates dans des secteurs comme la génétique, qui mettent en cause l'espèce humaine tout entière³⁶, dans la mesure où leur protection s'attache aux seuls droits subjectifs de la personne³⁷.

Le Conseil de l'Europe est conscient des carences qui affectent tant son action propre que celle des États membres. Le Comité des ministres décide d'y remédier par l'élaboration d'une « Convention-cadre (...) établissant des normes générales communes pour la protection de la personne humaine dans le contexte des sciences biomédicales » et de protocoles relatifs à des questions bioéthiques spécifiques³⁸. C'est ainsi qu'au terme d'un long processus de négociation, la Convention sur la biomédecine voit le jour, rapide-

Conseil de l'Europe n° 1100 du 2 févr. 1989 sur l'utilisation des embryons et fœtus humains dans la recherche scientifique, § 8; Préambule de la Convention sur la biomédecine, considérant 12.

³³ Recommandation APCE n° 1160, § 4; Avis APCE n° 184, § 4.

³⁴ Les recommandations du Comité des ministres se contentent d'inviter les États membres à réglementer les questions qu'elles abordent en tenant compte des lignes directrices qu'elles énoncent; les recommandations de l'Assemblée s'adressent au Comité des ministres et non directement aux États (S. OSCHINSKY et Y. OSCHINSKY, « La 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 : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Conseil de l'Europe) », *J.T.*, 1997, p. 466).

³⁵ N. LENOIR et B. MATHIEU, *op. cit.*, pp. 66 et 68.

³⁶ On songe en particulier à la thérapie génique germinale, qui vise à modifier, par une intervention pratiquée sur les cellules reproductrices de l'individu, les caractéristiques génétiques de sa descendance (L. AZOUX-BACRIE, *op. cit.*, v° *Thérapie génique*).

³⁷ C. BYK, « Bioéthique et Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 112.

³⁸ C'est en ces termes (cités par le RE, § 4) qu'en septembre 1991, le Comité des ministres charge le Comité *ad hoc* d'experts sur la bioéthique (CAHBI) de donner une nouvelle dimension à l'action du Conseil de l'Europe dans le domaine biomédical, après y avoir été expressément invité par la Conférence des Ministres européens de la Justice et par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 984 du 26 janv. 1982 relative à l'ingénierie génétique [ci après *Recommandation APCE n° 934*]; Recommandation APCE, n° 1046, § 14.B.; Recommandation APCE n° 1100, § 9.C.; Recommandation APCE n° 1160, § 7.i.).

ment suivie d'un premier protocole additionnel ³⁹. Elle se présente comme un instrument juridique contraignant et global ⁴⁰, qui s'inscrit dans la lignée des grands textes internationaux de protection des droits de l'homme tout en adaptant leur contenu aux spécificités de la bioéthique ⁴¹.

11. Le Conseil de l'Europe ne reste pas indifférent aux questions bioéthiques. Mais l'articulation de son action avec celle des États membres s'inspire-t-elle de la logique subsidiaire?

Une réponse négative s'impose à première vue. L'ordre de priorité suggéré par la subsidiarité ne paraît pas respecté : le Conseil de l'Europe aborde la problématique bioéthique au même moment que les États.

En affinant l'analyse, on constate toutefois que leurs interventions ne se situent pas dans le même registre. Les États appréhendent les questions bioéthiques au moyen de normes spécifiques et contraignantes. Le Conseil de l'Europe n'a pas — au départ — une telle prétention. Il se contente d'*inviter* les États à harmoniser leurs législations conformément aux recommandations qu'il adopte et de tirer parti des dispositions *générales* de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette action simultanée mais plus discrète du Conseil de l'Europe est doublement révélatrice. Elle témoigne du fait que l'Organisation est consciente des questions nouvelles liées aux progrès de la médecine et de la biologie. En même temps, elle manifeste son intention de laisser les États régler l'essentiel de ces questions.

L'acteur aux compétences spatiales étendues s'impose un devoir de non-ingérence, lié à la priorité qu'il reconnaît aux intervenants dont le champ de compétences est plus restreint. Cette non-intervention ne se justifie pas seulement par le souci de préserver la souveraineté des États dans une matière sensible. Elle s'explique aussi par la volonté d'assurer une action de proximité, bienvenue dès lors qu'en bioéthique, plus le cadre du débat est large, plus les conceptions à prendre en compte sont nombreuses et divergentes, donc difficiles à concilier ⁴².

³⁹ La Convention a été adoptée par le Comité des ministres le 19 novembre 1996. Ouverte à la signature des États depuis le 4 avril 1997, elle est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999, c'est-à-dire près de dix-huit ans après que l'idée en a été évoquée pour la première fois par l'Assemblée parlementaire (Recommandation APCE n° 934). Elle n'a pas (encore?) été signée par la Belgique, qui s'est d'ailleurs abstenue lors du vote du Comité des ministres sur l'adoption du texte. Le Protocole additionnel évoqué, portant interdiction du clonage d'êtres humains, a quant à lui été signé à Paris le 12 janvier 1998. Il est entré en vigueur le 1^{er} mars 2001.

⁴⁰ Recommandation APCE n° 1160, § 4; Avis APCE n° 184, § 4.

⁴¹ Préambule, considérant 1-6 et 16; RE, §§ 9 et 11-14.

⁴² Doit-on souligner combien il est difficile pour une organisation internationale regroupant aujourd'hui 43 États membres de trouver en son sein un consensus sur des questions aussi sensibles que celles qui découlent des progrès de la biomédecine (A.-M. BAEKE, F. DEMEYER et V. DE SAEDELEER, « Het verdrag mensenrechten en biogeneeskunde van de Raad van Europa : enkele krachtlijnen », *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 248)?

À plusieurs égards, l'action des États s'avère toutefois inefficace — quand elle n'est pas inexistante. Cette carence des premiers intervenants déclenche une action nouvelle du Conseil de l'Europe, qui adopte le premier traité international relatif à la bioéthique. De cette façon, l'abstention relative qu'il observait dans un premier temps fait place à une ingérence justifiée par la recherche d'une protection efficace de l'être humain, en d'autres termes par la sauvegarde de l'intérêt général.

Cette logique est celle de la subsidiarité. À travers l'élaboration de la Convention sur la biomédecine, celle-ci se manifeste sur le plan *substantiel*, en termes de *confection* des normes — de façon nuancée, dans la mesure où le devoir premier de non-ingérence est en partie méconnu.

§ 2. — Les dispositions de la Convention sur la biomédecine : des normes subsidiaires?

12. On se demande à présent si la Convention sur la biomédecine fait appel à la subsidiarité pour régler son articulation avec les ordres juridiques internes. À cet effet, on rapproche ses dispositions de celles de la Convention européenne des droits de l'homme, dont on a vu qu'elles recourent à la subsidiarité tant sur le plan substantiel que sur le plan juridictionnel.

13. Un constat s'impose d'emblée. La Convention sur la biomédecine ne pratique pas la subsidiarité *juridictionnelle*. Il est vrai qu'elle contraint les Parties contractantes à assurer « une protection juridictionnelle appropriée afin d'empêcher ou de faire cesser à bref délai une atteinte illicite aux droits et principes » qu'elle énonce, dans une disposition (art. 23) qui rappelle l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, dans le système qu'elle met en place, aucune juridiction internationale n'est appelée à intervenir en second ordre, après épuisement des voies de recours internes, pour sanctionner les États dont l'ordre juridique n'aurait pas réparé une atteinte aux droits qu'elle énonce. La Convention sur la biomédecine se contente en effet d'habiliter la Cour européenne des droits de l'homme à donner, en dehors de tout litige concret, des avis consultatifs concernant l'interprétation de ses dispositions (art. 29).

14. Si la subsidiarité juridictionnelle fait défaut, qu'en est-il de la subsidiarité *substantielle*? Peut-on considérer que c'est d'abord aux États qu'il revient d'assurer la jouissance des droits et principes inscrits dans la Convention sur la biomédecine, dont la seule vocation serait de remédier aux lacunes du droit national? Deux indices incitent à répondre par l'affirmative.

Le premier est lié à la nature même de la Convention. Celle-ci se présente comme une « Convention-cadre »⁴³. En d'autres termes, l'indispensable harmonisation à laquelle elle procède laisse « un certain rôle aux autorités nationales »⁴⁴. Propre à une matière où les opinions se concilient avec difficulté, la Convention sur la biomédecine s'exposerait en effet au risque d'un rejet massif⁴⁵ si elle négligeait les « données propres à chaque pays »⁴⁶. Comment assurer la marge de manœuvre requise, si ce n'est par la voie de la subsidiarité substantielle? Appelés à assurer en première ligne la jouissance des droits et principes inscrits dans la Convention, les États auraient le loisir de les enrichir de leurs particularités, suivant un schéma qui a fait ses preuves dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ce premier indice se complète d'un second, que l'on puise dans le texte même de la Convention sur la biomédecine. Cette dernière comporte des règles analogues aux articles 1^{er} et 53 de la Convention européenne des droits de l'homme. Son article 1^{er}, al. 2 impose aux Parties contractantes de prendre les mesures de droit interne qui s'imposent pour lui donner effet. Quant à son article 27, il prévoit qu'aucune de ses dispositions ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte à la faculté pour chaque Partie d'accorder une protection plus étendue à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. À l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention sur la biomédecine s'efface donc devant des règles nationales plus protectrices. Elle a pour seul objectif d'établir un niveau de protection minimal⁴⁷. Suivant un raisonnement *a contrario* semblable à celui proposé pour la Convention européenne des droits de l'homme, on en déduit qu'elle s'applique lorsque les normes de droit interne assurent une protection moins étendue. Cette articulation répond à une logique subsidiaire.

15. La nature et le texte de la Convention sur la biomédecine révèlent l'existence, dans le système qu'elle met en place, d'une subsidiarité de type substantiel, qui gouverne l'*application* des normes en présence. Mais des considérations pratiques invitent à relativiser cette conclusion. Elles tiennent aux moyens dont se dote la Convention pour faire prévaloir ses dispositions lorsque les normes nationales offrent une protection moindre.

⁴³ RE, § 7.

⁴⁴ C. BYK, « La Convention européenne de bioéthique », *op. cit.*, p. 162.

⁴⁵ C. HENNAU-HUBLET, « Le projet de Convention de Bioéthique du Conseil de l'Europe : l'espoir d'une protection élevée des droits de l'homme », *Rev. dr. santé*, 1995-1996, p. 34.

⁴⁶ Résolution n° 3 (Vienne), considérant 6.

⁴⁷ RE, § 161. Voir H. NYS, « Het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa », *R. W.*, 1997-1998, p. 667.

Au premier rang de ces moyens figure l'application directe des règles conventionnelles en droit interne. Si l'on en croit son rapport explicatif, la Convention sur la biomédecine « contient nombre de dispositions qui (...) remplissent les conditions pour être directement appliquées » par les juges nationaux ⁴⁸. Les auteurs de la Convention entendent donc décerner le label « self-executing » à un maximum de ses dispositions ⁴⁹.

Il convient toutefois que cette intention se traduise dans le texte même de la Convention : une norme internationale ne peut être appliquée par le juge national que si elle présente un caractère suffisamment clair et précis ⁵⁰. Or, si certaines dispositions de la Convention répondent à ces critères ⁵¹, plusieurs d'entre elles se contentent d'énoncer des principes généraux dont l'application suppose l'adoption de normes nationales destinées à concrétiser leur contenu ⁵². Tel est le cas de l'article 3 de la Convention, qui consacre le principe de l'accès équitable aux soins de santé : sa mise en œuvre requiert que les États adoptent des mesures appropriées tenant compte des besoins de santé et des ressources disponibles ⁵³. En outre, la Convention comporte des dispositions dépourvues d'un véritable contenu normatif. On songe à son article 2, qui proclame la primauté de l'être humain sur le seul intérêt de la société ou de la science, dans la mesure où les auteurs de la Convention n'ont pu se mettre d'accord sur le sens à donner à la notion d'« être humain » ⁵⁴. On songe également au très controversé § 1^{er} de l'article 18, qui se contente de laisser à la loi nationale le soin de déterminer si la recherche sur les embryons *in vitro* peut ou non être admise ⁵⁵.

La Convention sur la biomédecine ne s'est pas armée pour pallier toute carence du droit interne en termes de protection de l'être humain. La subsidiarité inspire donc ses dispositions, mais pour partie seulement.

⁴⁸ RE, § 20.

⁴⁹ Cette intention des auteurs de la norme internationale est, d'après J. VERHOEVEN, la première condition à remplir pour qu'une norme puisse se voir reconnaître un caractère directement applicable (« La notion d'applicabilité directe en droit international », *Rev. b. dr. int.*, 1980, pp. 253-263 ; *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 412-415).

⁵⁰ Voir références citées à la note précédente.

⁵¹ S. OSCHINSKY et Y. OSCHINSKY, *op. cit.*, p. 466. On peut citer, à titre d'exemple, l'article 5 de la Convention : « Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et à ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement. »

⁵² RE, § 20.

⁵³ Cette obligation des États est inscrite dans le texte même de l'article. Voir aussi RE, § 26.

⁵⁴ Ce désaccord est explicitement reconnu par le rapport explicatif de la Convention (RE, § 18).

⁵⁵ « Lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon ».

SECTION III. — LA PLACE POTENTIELLE
DE LA SUBSIDIARITÉ EN BIOÉTHIQUE

16. De nombreux acteurs ont contribué au développement de la bioéthique. En schématisant beaucoup, on peut les regrouper en trois catégories distinctes : les professionnels de la santé ⁵⁶, les organes chargés d'élaborer la loi dans les ordres juridiques internes et les organisations internationales compétentes pour appréhender certaines facettes des questions bioéthiques. Jusqu'ici — on l'a relevé —, l'action des uns et des autres s'est caractérisée davantage par l'improvisation que par le souci de respecter un ordre d'intervention précis.

À terme, cette inorganisation risque de desservir la cause bioéthique. Certaines questions inhérentes aux progrès de la biomédecine ne recevront aucune solution, faute d'acteurs contraints à les résoudre, tandis que d'autres feront l'objet d'interventions multiples, au risque qu'elles soient contradictoires. La mise en œuvre d'une ligne de conduite générale apte à organiser l'action normative de la bioéthique serait bienvenue. Dès lors, pourquoi la bioéthique ne pratiquerait-elle pas la subsidiarité *de façon intégrale et systématique*?

Afin de circonscrire l'analyse, on prend pour point de départ la subsidiarité telle qu'elle apparaît en filigrane de la Convention sur la biomédecine, pour s'interroger tant sur sa pertinence que sur son caractère praticable en bioéthique. Ce choix conduit à limiter la réflexion à la subsidiarité substantielle, seule pratiquée par la Convention. Il suggère aussi de distinguer selon que la subsidiarité porte sur la confection des normes (§ 1^{er}) ou sur leur application (§ 2). Ceci permettra de déterminer quelle place pourrait à l'avenir lui être reconnue en bioéthique (§ 3).

§ 1^{er}. — La subsidiarité comme guide de la confection des
normes bioéthiques

17. Cette première solution exigerait que les acteurs en présence — professionnels de la santé, législateurs nationaux et organisations internationales — disposent de compétences concurrentes, à exercer en respectant l'ordre de priorité inhérent à la subsidiarité. Elle conduirait les acteurs

⁵⁶ Sous ce vocable général, on englobe les groupements — dont la composition et les compétences sont formalisées dans une loi, un règlement, un statut, ... — aptes à énoncer des règles de conduite générales dans le domaine biomédical mais non à les imposer à l'ensemble de la société comme le font les autorités publiques. Il s'agit au premier chef des associations et des Ordres professionnels qui rassemblent les chercheurs, médecins, infirmières et autres professionnels impliqués dans le secteur biomédical. Certains types de comités d'éthique sont également visés, même lorsqu'ils comptent parmi leurs membres des philosophes, théologiens et juristes.

publics à n'adopter des règles de conduite qu'en second ordre, après qu'il a été constaté que les normes élaborées par les professionnels de la santé, acteurs de proximité, étaient inefficaces ou contraires à l'intérêt général. Parmi les autorités publiques, elle privilégierait dans un premier temps l'action normative des législateurs nationaux. Elle imposerait l'intervention de l'organisation internationale compétente en cas de carence de ceux-ci.

18. D'emblée, une question vient à l'esprit. Affectée de telles modalités, la ligne de conduite subsidiaire ne serait-elle pas dénuée de toute *pertinence* dans une matière comme la bioéthique? Trois principes promus par cette forme de subsidiarité conduisent à répondre par la négative.

Un. En inspirant la confection des normes, la subsidiarité veille au respect d'un principe de *responsabilité*. Elle requiert que les intervenants potentiels portent une attention permanente à l'objectif poursuivi, soit parce qu'il leur revient d'œuvrer à sa réalisation en première ligne, soit parce qu'ils doivent être en mesure d'intervenir lorsque l'action menée en première ligne s'avère insuffisante. Elle les conduit ainsi à prendre conscience des enjeux liés aux problèmes à résoudre. Pour cette raison, elle apporterait un soutien précieux à la démarche bioéthique, qui s'efforce de développer un sentiment de responsabilité individuelle et collective ⁵⁷ à l'égard des avancées biomédicales.

L'affirmation n'est pas théorique. En imposant aux professionnels de la santé d'élaborer des règles de conduite en première ligne, la subsidiarité les contraindrait à prendre distance par rapport à leurs travaux et leur rappellerait la responsabilité que leur confère la détention du savoir. De la même manière, en exigeant des autorités publiques qu'elles soient attentives à l'action des professionnels pour en prendre le relais si nécessaire, elle éveillerait la société tout entière à ses devoirs vis-à-vis de l'humanité présente et à venir, au plus grand bénéfice de celle-ci.

Deux. En inspirant la confection des normes, la subsidiarité veille au respect d'un principe d'*efficacité* : lorsque les règles adoptées par le premier intervenant se révèlent inefficaces, elle conduit l'acteur de second ordre à entrer en scène pour pallier cette carence. On voit là un second motif de reconnaître sa pertinence en bioéthique. Dans un contexte où la science s'avère ambivalente, celle-ci s'emploie précisément à assurer une protection efficace de l'être humain.

Le constat vaut pour les rapports entre professionnels de la santé et autorités publiques. La subsidiarité imposerait en priorité l'intervention des premiers, plus réceptifs aux subtilités de la science et plus aptes à suivre son évolution, mais recourrait aux seconds dans les cas où l'efficacité exige que

⁵⁷ B. MATHIEU et N. LENOIR, *op. cit.*, pp. 16-17.

la règle soit contraignante pour les non-professionnels. Le constat vaut également pour les relations entre autorités publiques : la subsidiarité donnerait la priorité aux législateurs nationaux — qui agissent dans un cadre restreint où les conceptions sont moins divergentes, donc, plus faciles à concilier —, mais imposerait le recours à l'acteur international lorsqu'une intervention de large dimension s'avère indispensable en raison de la mondialisation croissante des pratiques biomédicales. Des considérations de ce type — on l'a vu — ont conduit le Conseil de l'Europe à reconnaître dans un premier temps la prééminence des États en matière bioéthique, puis à élaborer une convention internationale apte à combler les lacunes de leurs actions.

Trois. En inspirant la confection des normes, la subsidiarité veille au respect d'un principe d'*équilibre*. Elle vise à promouvoir l'action de proximité sans perdre de vue les exigences de l'intérêt général qui, le cas échéant, l'amènent à privilégier l'intervention d'un acteur plus éloigné des situations à régler. Pour cette raison encore, la subsidiarité serait utile à la bioéthique, qui cherche à assurer l'équilibre entre les intérêts particuliers — de nature scientifique, économique ou philosophique — liés à la biomédecine et l'intérêt général inhérent à la protection de l'être humain.

Ainsi, en faisant des autorités publiques les intervenants de second ordre par rapport aux professionnels de la santé, la logique subsidiaire contribuerait à éviter que les impératifs de la connaissance ou du profit soient pris en compte au détriment de cette protection. Dans le même ordre d'idées, en confiant aux acteurs internationaux le soin de remédier aux carences des législateurs étatiques, elle permettrait d'imposer des règles et concepts communs là où l'inévitable diversité des normes de droit interne est inconciliable avec la protection recherchée.

Trois principes, trois raisons d'admettre la pertinence de la subsidiarité pour inspirer l'élaboration des normes bioéthiques. Pour autant que les acteurs impliqués jouent avec honnêteté le jeu de la subsidiarité. En d'autres termes, qu'ils n'agissent pas à contretemps. Une fois l'insuffisance de leur action avérée, les professionnels de la santé devraient accepter la tenue d'un véritable débat démocratique, ouvert aux préoccupations de l'ensemble de la société, et non chercher à faire pression sur le législateur pour qu'il édicte des normes favorables à leurs seuls intérêts. De la même façon, dès l'instant où une action internationale serait reconnue indispensable, les États devraient s'interdire toute intervention destinée à en atténuer la portée dans le but de préserver leur pouvoir du dernier mot en cette matière controversée.

19. Sur le plan des principes, la subsidiarité se présenterait comme un guide adéquat de la confection des normes bioéthiques. Serait-elle pour

autant *praticable* sous cette forme? Des réserves s'imposent à cet égard. Elles tiennent au critère de la carence sur lequel repose la logique subsidiaire. En effet, dans le domaine de la bioéthique plus encore que dans d'autres, ce critère soulève deux difficultés.

La première est d'ordre *temporel*. Après quel laps de temps admettre l'existence de la carence? Sur ce point, des exigences contradictoires entrent en ligne de compte.

D'un côté, il serait souhaitable que la carence soit constatée rapidement. Dans le domaine de la bioéthique, le temps est compté. Les questions présentent bien souvent un caractère pressant : les connaissances et pratiques biomédicales se développent suivant un rythme rapide, que l'élaboration des normes doit épouser autant que possible; en outre, les abus ne se font guère attendre vu l'importance des intérêts — notamment économiques — en jeu.

D'un autre côté, la carence ne pourrait être décrétée prématurément. En bioéthique, le temps est aussi un allié. Il aide à saisir les tenants et aboutissants des problèmes complexes liés aux sciences de la vie. Il contribue également à faire évoluer les esprits, facilitant de cette façon le consensus — ce qu'atteste le lent processus d'élaboration de la Convention sur la biomédecine.

La seconde difficulté est d'ordre *matériel*. Quelles références prendre en compte pour affirmer l'existence d'une carence? Le domaine des valeurs partagées par l'ensemble de la société est plus restreint que jamais. Les progrès de la biomédecine ébranlent un peu plus encore les points de repère traditionnels, de sorte que les questions bioéthiques soulèvent de profondes divergences de vue. Même les concepts les plus élémentaires ne font plus l'unanimité. Doit-on rappeler que les auteurs de la Convention sur la biomédecine n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur la définition de l'être humain?

Pour que l'application de la subsidiarité en bioéthique soit possible, deux exigences devraient donc être rencontrées. Il faudrait éviter que le jugement relatif à l'existence d'une carence fasse intervenir le facteur temps, puisqu'en bioéthique, celui-ci fait l'objet d'appréciations contradictoires difficiles à départager. Il faudrait aussi créer les conditions d'un dialogue réel et constructif, propre à favoriser le consensus sur ce qui constitue une carence en termes de protection de l'être humain.

On voit mal comment un système usant de la subsidiarité pour guider la confection des normes pourrait remplir ces deux conditions. La référence à l'écoulement du temps y est indispensable pour apprécier l'adéquation ou l'inadéquation des normes élaborées en première ligne : le schéma ne se conçoit pas sans la fixation d'un intervalle de temps au terme duquel cette appréciation doit être portée. En outre, il ne laisse guère de place au dialo-

gue, dans la mesure où il repose sur des interventions successives, donc, relativement cloisonnées des divers acteurs.

§ 2. — La subsidiarité comme guide de l'application des normes bioéthiques

20. À l'instar de la première, cette seconde solution supposerait que les professionnels, législateurs nationaux et organisations internationales disposent de compétences concurrentes. Toutefois, la subsidiarité ne leur imposerait ici aucune contrainte quant à l'exercice de ces compétences. Elle se contenterait de régir la mise en œuvre des normes adoptées. Elle exigerait que les règles professionnelles — les plus proches des situations appréhendées — soient appliquées en priorité, à moins que cette solution ne conduise *de facto* à assurer une protection moindre à l'égard des applications de la biomédecine. C'est alors aux normes législatives de droit interne qu'il faudrait se référer. Au cas où la protection offerte par celles-ci s'avérerait insuffisante, les dispositions internationales seraient mises en œuvre.

Afin que le système n'engendre pas de dispositions incompatibles, les intervenants devraient se mettre d'accord, dans les grandes lignes, sur la solution à apporter au problème bioéthique appréhendé. La tâche des uns et des autres consisterait ensuite à concrétiser par des normes la direction choisie. Plus l'acteur est proche des situations à régler, plus ces normes devraient être précises. Les professionnels adopteraient ainsi des règles adaptées aux réalités changeantes du terrain. Au niveau des autorités elles-mêmes, les normes de droit interne consacrerait les principes retenus sur le plan international, mais en tenant compte des particularités nationales. Au cas où le souci de précision aurait conduit les professionnels ou les législateurs à dévier de la ligne de conduite choisie, la soupape de sécurité prévue par le système entrerait en action : c'est la norme inscrite en ordre immédiatement subsidiaire qui serait prise en compte.

21. Appliquée de cette manière, la ligne de conduite subsidiaire conserverait-elle la *pertinence* qui lui a été reconnue précédemment ? La question appelle une réponse positive.

Comme dans le premier cas, la subsidiarité assurerait le respect du principe de *responsabilité* : sa mise en œuvre exigerait ici que tous les acteurs interpellés s'attellent à la confection de normes destinées à appréhender les questions bioéthiques. Elle imposerait donc aux détenteurs du savoir comme à l'ensemble de la société de s'intéresser aux enjeux de ces dernières, répondant ainsi à l'un des soucis de la démarche bioéthique.

La subsidiarité assurerait aussi le respect du principe d'*efficacité* : au cas où les normes adoptées par les uns et les autres imposeraient un niveau de

protection différent, elle conduirait à appliquer les plus protectrices. En outre, elle veillerait à ce qu'un seuil de protection minimal — celui inscrit dans les dispositions internationales — ne puisse être franchi. Elle assurerait donc à l'être humain une garantie aussi effective que possible contre les abus de la biomédecine, conformément à l'objectif de la bioéthique.

La subsidiarité assurerait encore le respect du principe d'*équilibre*. En invitant chaque catégorie d'intervenants à élaborer des normes propres, elle autoriserait la manifestation des différents intérêts en présence. Toutefois, elle ne prendrait en compte les intérêts scientifiques et économiques qui imprègnent les règles professionnelles que dans la mesure où ils ne seraient pas incompatibles avec l'intérêt de la collectivité garanti par les autorités publiques. De la même façon, elle admettrait les particularismes nationaux qui caractérisent les normes de droit interne, mais uniquement dans la mesure où ils ne porteraient pas atteinte à l'intérêt universel de l'être humain promu par les normes internationales. En procédant de la sorte, la subsidiarité permettrait de concrétiser l'équilibre, recherché en bioéthique, entre intérêts particuliers et intérêt général.

La pertinence à laquelle on conclut ici est à nouveau subordonnée à une mise en œuvre loyale de la ligne de conduite subsidiaire. Il s'agirait notamment que l'autorité appelée à soupeser le caractère protecteur des différentes normes se refuse à privilégier de façon systématique l'un des intérêts en présence au détriment des autres.

22. Se pose encore la question de savoir si le schéma proposé serait *praticable*. A ce sujet, on peut considérer qu'il rencontre les deux exigences relatives au critère de la carence, identifiées plus haut comme les conditions d'une mise en œuvre de la subsidiarité en bioéthique.

La solution permettrait de contourner la difficulté propre au *temps*, en évitant toute référence à celui-ci lors du jugement relatif à la carence. La subsidiarité se contenterait d'indiquer, parmi les normes en présence, celle qu'il convient d'appliquer. Elle ne contraindrait donc plus les intervenants à mener des actions normatives successives. En conséquence, il ne serait pas nécessaire de déterminer le laps de temps au terme duquel la carence des dispositions adoptées en premier lieu pourrait être décrétée. La carence pourrait être constatée de façon instantanée, sur base d'une comparaison des normes existantes.

Sur le plan *matériel*, le système proposé assurerait le *dialogue* indispensable au consensus : loin de cloisonner les interventions des uns et des autres, il supposerait que les acteurs se concertent sur les lignes directrices à mettre en œuvre dans leurs actions respectives, de façon à éviter que celles-ci partent dans des directions opposées. Cette concertation fournirait

des points de repère dont pourrait se déduire l'existence ou l'inexistence de la carence.

§ 3. — Quelle place pour la subsidiarité en bioéthique?

23. La subsidiarité est vecteur de responsabilité, d'efficacité, d'équilibre. Pratiquée avec loyauté, elle contribuerait à la réalisation des objectifs de la bioéthique. Des précautions s'imposent néanmoins. Les particularités de la matière ne peuvent être ignorées. Il faut veiller à ce qu'elles ne rendent pas inapplicables les critères sur lesquels repose la logique subsidiaire — en particulier celui de la carence qui lui sert de pivot. Il s'agit donc de conférer à la subsidiarité une forme judicieuse. À cet égard, on a montré que c'est comme guide de l'application des normes qu'elle serait la plus adéquate en bioéthique.

24. Est-il permis d'en déduire que, sous cette forme, l'application de la subsidiarité pourrait être généralisée en ce domaine? On ne le pense pas. Les limites de la démarche prospective qui a été tentée ne peuvent être perdues de vue. Celle-ci n'a d'autre prétention que de proposer une réflexion *a priori* sur la pertinence et la praticabilité de la subsidiarité en bioéthique, compte tenu de la logique qui sous-tend la première et des caractéristiques qu'affiche la seconde. La réponse positive sur laquelle débouche cet examen théorique n'autorise pas à clôturer le débat. Elle impose au contraire de poursuivre la réflexion en lui donnant un caractère résolument pratique. En d'autres termes, elle conduit à confronter la ligne de conduite subsidiaire aux questions bioéthiques concrètes.

Un exercice de cette nature nécessiterait d'autres développements. C'est la raison pour laquelle on s'en tient à deux exemples révélateurs.

Le premier est puisé dans le domaine de la procréation. Il renvoie au délicat problème du clonage reproductif. Hyper-médiatisée depuis la naissance de la brebis Dolly en 1997, cette technique a donné lieu, dans le monde entier, à de vives réactions, certaines moins rationnelles que d'autres. Elle a d'ailleurs conduit à l'élaboration — rapide celle-là ⁵⁸ — du Premier protocole additionnel à la Convention sur la biomédecine, dont l'article 1^{er} interdit toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort. La problématique se caractérise donc par une grande méfiance à l'égard du monde scientifique. Dans un tel contexte, on conçoit aisément que la mise en œuvre d'une ligne de conduite comme la subsidiarité ne soit pas adéquate. L'imposition,

⁵⁸ Contrairement au processus d'élaboration de la Convention elle-même : voir note 39 et texte.

au niveau supranational, de principes d'ordre public fermes y semble préférable à une solution qui laisserait inévitablement une certaine latitude aux « professionnels de la santé » — pour reprendre le terme générique utilisé plus haut —, dont on estime qu'ils pourraient commettre des abus irréparables.

Le second exemple s'attache à l'autre extrémité de la vie. Il concerne l'approche des situations de fin de vie, en ce compris la question de l'euthanasie. On ne prétend pas prendre position sur le fond du problème. On se contente de relever que, dans le débat qui se développe à ce sujet en Belgique, certains proposent de laisser aux membres de l'équipe soignante et à l'entourage du patient une grande liberté de jugement. Ils estiment en effet que cette action de proximité, menée dans le respect de règles ou de principes communs, permet une meilleure appréciation de la situation dans laquelle se trouve le malade ⁵⁹ ou du contenu concret du principe de dignité, qui constitue l'un des nœuds de la matière ⁶⁰. On constate que, derrière une telle position, c'est la logique subsidiaire qui se profile.

Les deux exemples en témoignent : il est exclu d'élever la subsidiarité au rang de principe général de l'action bioéthique. C'est une place à géométrie variable qui lui revient en cette matière. Certains pans de la bioéthique s'y prêtent mieux que d'autres.

Comment faire la part des choses ? À cet égard aussi, les exemples choisis peuvent s'avérer éclairants. En rappelant que l'action normative de tout intéressé n'est pas bienvenue dans le domaine biomédical, ils suggèrent d'écarter la subsidiarité lorsqu'elle conduirait à y imposer des interventions jugées indues — comme celle des professionnels en matière de clonage reproductif. Tel est le constat sur lequel débouche la confrontation avec la réalité bioéthique : on ne peut faire de proposition concrète quant à la mise en œuvre de la subsidiarité en ce domaine sans apporter une réponse à la question plus générale de la *légitimité* des uns et des autres à y intervenir. Une question difficile, dans cette matière qui concerne à la fois chaque individu en particulier et l'être humain en général, mais aussi — et pour cette même raison — incontournable.

25. Quelle place la subsidiarité pourrait-elle occuper à l'avenir en bioéthique ? La question peut à présent recevoir un début de réponse. Cette place mériterait d'être moins confidentielle qu'elle ne l'est aujourd'hui. La bioéthique y gagnerait en ordre, en clarté ; à certains égards, elle pourrait atteindre

⁵⁹ J.-L. VINCENT, « Quelles décisions en fin de vie dans les services de soins intensifs ? Résultats d'une enquête en Europe occidentale », *La revue politique*, 1999, n° 6, pp. 7-17.

⁶⁰ L. CASSIERS, « Le vécu du malade en fin de vie. Le vécu de la dignité », *La revue politique*, 1999, n° 6, pp. 37-46, en particulier p. 45.

plus aisément ses objectifs. Il faut toutefois éviter la tentation d'admettre la subsidiarité à tort et à travers, pour la seule raison qu'elle est dans l'air du temps. La ligne de conduite subsidiaire ne saurait être mise en œuvre de façon irréfléchie. Une forme adéquate devrait lui être donnée, ce qui suppose qu'une réflexion de fond soit conduite sur l'organisation globale de la démarche bioéthique. En outre, il faudrait aborder de front le problème de la légitimité à afficher pour énoncer des règles de conduite en la matière.

On l'aura compris : l'application plus franche de la subsidiarité en bioéthique n'est pas pour demain. De grands chantiers de réflexion doivent être menés à bien. Le dialogue doit se structurer autour de problèmes qui, jusqu'à présent, sont bien souvent restés dans l'ombre. Mais comment l'ignorer? Rien qu'en stimulant un tel débat, la subsidiarité serait un ferment de progrès pour la bioéthique.