

LES “CLAUSES FINALES”
DE LA CONVENTION D’OVIEDO (4 AVRIL 1997)
À PROPOS DES LIENS ENTRE DROIT FORMEL ET BIOÉTHIQUE

Gérard TEBOUL*

SOMMAIRE: I. *Les «clauses finales», vecteur de normes aux effets bénéfiques.* II. *Les « clauses finales », vecteur de normes aux effets nuisibles.*

De prime abord, l’expression «clauses finales» évoque une notion qui présente, dans l’esprit des juristes, un caractère familier: il s’agit de la notion de «droit formel», laquelle renvoie aux mécanismes juridiques qui, obéissant à des règles logiques, régissent des questions étrangères au «fond» du droit.¹ Au nombre des règles du «droit formel» figurent,

*Agrégé de droit public; professeur des universités (Paris XII); directeur du Centre d’observation et de recherche pour la responsabilité et l’autorité (CORRA).

¹ (1) Sur la notion de «droit formel» distinguée de la notion de «droit matériel», voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962 (trad. Charles Eisenmann), pp.309-313. Si Kelsen considérait que l’on «appelle droit formel les normes générales qui règlent l’organisation et la procédure des tribunaux et des autorités administratives —le droit de la procédure civile, de la procédure pénale, et le droit de la procédure administrative» (*id.*, p. 310), il estimait aussi, de façon implicite, que les règles régissant «la procédure de la législation» (p. 312)—règles qui, concernant l’élaboration des lois, figurent dans la Constitution de l’Etat—font partie du «droit de caractère formel» (p. 313). Ainsi, en transposant, dans l’ordre juridique international, la terminologie kelsénienne, on peut considérer, de même façon, que les règles procédurales relatives à l’élaboration des conventions internationales [règles énoncées dans les conventions de Vienne sur le droit des traités (1969 et 1986)] font partie du «droit international formel». Précisons que la pensée kelsénienne, en dépit de son autorité, n’est pourvue, sur le plan juridique, daucune valeur contraignante. Aussi, dans le cadre de cette contribution, sont également considérées comme faisant partie du «droit formel» les règles qui —sans concerter la procédure d’élaboration (stricto sensu)

s'agissant du droit international conventionnel, des normes dont l'objet est particulièrement varié: modalités de la signature et de l'expression du consentement à être lié, technique d'adhésion, formulation des réserves, procédure d'amendement, champ d'application territorial, etc.

Ainsi envisagée, la notion de «droit formel» invite, dès l'abord, à formuler trois remarques.

a/ En premier lieu, l'importance du «droit formel», au regard de la bioéthique, ne doit pas être négligée. Certes, la place tenue par les règles de «droit matériel» est, en ce domaine, déterminante : consentement, génome humain, recherches biomédicales, etc... mobilisent, avant toute chose, l'attention des spécialistes du droit international de la bioéthique. Cependant, les normes de «droit formel» entretiennent, en dépit des apparences, des liens étroits avec la notion de bioéthique. Significatives sont, à cet égard, les règles gouvernant les amendements pouvant affecter la convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine: lorsque la science évolue, une adaptation des règles matérielles du droit de la bioéthique peut se révéler nécessaire ; aussi, des normes procédurales —permettant cette adaptation— sont-elles indispensables.

b/ En deuxième lieu, toutes les règles énoncées dans le cadre des «clauses finales» (Chapitre XIV) de la convention d'Oviedo sont des normes de droit formel. Elles concernent, dans le cadre de six articles (les articles 33 à 38), plusieurs questions importantes: l'engagement des sujets de droit international (expression du consentement et entrée en vigueur de la convention, réserves, application territoriale,² retrait du consentement) et

des normes de droit international— ne sont pas relatives au «fond» du droit de la bioéthique (par exemple, règle portant sur le champ d'application territoriale de la convention d'Oviedo). Observons que le traité des Asturies contient, dans ses «clauses finales», des normes de droit formel qui sont en harmonie avec les règles figurant dans les conventions de Vienne sur le droit des traités. Rappr. concernant le mot «formel», *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, Paris, PUF, 1987, 1 p. 362 (col. gauche - et, plus particulièrement, le sens n°1).

² Nous rangeons ici, dans le cadre de «l'engagement des sujets de droit international», les règles relatives à l'«application territoriale» de la convention d'Oviedo : en effet, c'est au moment de la signature ou au moment du dépôt de l'instrument exprimant le consentement à être lié par la convention, que les Etats peuvent préciser l'assiette territoriale au sein de laquelle s'appliquera la convention (art. 35 §1 du traité des Asturies). D'autre part, s'agissant de l'extension de l'application de la convention «à tout autre territoire désigné dans la déclaration» (art. 35 §2), il s'agit, là encore, de préciser le champ d'application territoriale (de la convention) à l'égard duquel l'Etat, par sa volonté, s'engage. Enfin, le droit de retrait d'une déclaration d'application territoriale (art. 35 §3) correspond également à l'expression d'une volonté, témoignant d'un engagement.

le problème traditionnel des «notifications» (existence d'obligations incombant, en l'espèce, au secrétaire général du Conseil de l'Europe.³

c/ En troisième lieu, la convention du 4 avril 1997 contient des règles de droit formel qui ne figurent pas au sein de son «Chapitre XIV». A ce sujet, l'article 30 du traité des Asturies – article relatif aux rapports, établis par les Parties, au sujet de l'application de la convention – constitue un exemple particulièrement éloquent.⁴

Sous le bénéfice des observations qui précèdent – et en nous cantonnant à l'étude des seules «clauses finales» contenues dans la convention d'Oviedo – nous nous attacherons à montrer que le «Chapitre XIV» est placé sous le signe d'une ambivalence : vecteur de normes aux effets bénéfiques (I), il contient aussi des règles susceptibles d'emporter des conséquences nuisibles (II). Précisons que notre propos —présenté dans la perspective d'élaboration d'un instrument international pour l'Amérique Latine— ne s'arrêtera pas sur le détail des considérations de technique juridique, appelées par l'analyse des «clauses finales»⁵ il mettra plutôt l'accent sur la fonction des règles de droit formel véhiculées par le «Chapitre XIV» de la convention d'Oviedo.

I. LES «CLAUSES FINALES», VECTEUR DE NORMES AUX EFFETS BÉNÉFIQUES

Au sein des six articles composant le «Chapitre XIV» de la convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, se trouvent des règles qui produisent, au regard du droit international de la bioéthique, des conséquences particulièrement louables: certaines favorisent l'universalité de la participation à la convention (A); d'autres permettent —au profit des Etats— réflexion et transparence (B).

³ Précisons que chaque article, figurant au sein des clauses finales, est accompagné d'un intitulé précisant son objet: art. 33 («Signature, ratification et entrée en vigueur»), art. 34 («Etats non membres»), art. 35 («Application territoriale»), art. 36 («Réserves»), art. 37 («Dénonciation»), art. 38 («Notifications»).

⁴ Au nombre des règles pouvant être classées dans la catégorie des règles de droit formel et ne figurant pas dans les clauses finales de la convention d'Oviedo, on trouve aussi, par exemple, son article 31 (intitulé «Protocoles»).

⁵ Pour une analyse technique de chaque disposition faisant partie des «clauses finales» de la convention d'Oviedo, voir *La convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine* —commentaire article par article (dir. H. Gros Espiell, J. Michaud, G. Teboul) (à paraître).

1. Des normes favorisant l'universalité de la participation a la Convention

L'idée est trop connue pour que l'on s'y arrête longuement: dans le domaine de la bioéthique, des normes nationales disparates, variant d'un Etat à l'autre, peuvent conduire les individus à franchir les frontières d'un Etat pour se placer, dans le cadre d'une autre assiette territoriale, sous l'empire de règles plus avantageuses.⁶ Aussi, en énonçant des règles favorisant l'universalité de la participation à la convention, le traité des Asturias contribue-t-il —ce n'est qu'une *contribution*⁷— à effacer les différences de législation existant entre les Etats.

Dans le cadre des «clauses finales», certaines règles sauvegardent la liberté des Etats (1o.)⁸ tandis que d'autres permettent à des Etats extérieurs au Conseil de l'Europe de devenir partie au traité des Asturias (2o.): se dessinent ainsi deux catégories de règles qui, les unes et les autres, favorisent l'universalité de la participation étatique à la convention d'Oviedo.

⁶ Concernant cette idée, voir, s'agissant des utilisations du génie génétique, R.-J. Dupuy, «A la recherche de l'homme: le Conseil de l'Europe et la bioéthique», *Recueil d'études à la mémoire de Gilbert Apollis*, Paris, Pedone, 1992, pp. 103-112 (not. p. 105). Rappr. G. Teboul, A propos du «droit international de la bioéthique», Mél. Dupichot, Paris, Bruylant, 2004, p. 481-500 (not. pp. 495 et 496).

⁷ car les règles qui favorisent l'universalité de la participation à la convention peuvent conduire les Etats à ne pas accepter la convention dans sa totalité. Ainsi en est-il des règles relatives à l'émission des réserves. Précisons, au surplus, qu'il conviendrait, en l'espèce, d'être nuancé en s'interrogeant, s'agissant de chaque Etat, sur le point suivant: quelle est l'autorité de la convention d'Oviedo au sein de l'ordre juridique des Etats parties? Plus précisément, au sein des Etats parties, le traité des Asturias prévaut-il en cas de conflit avec le droit national en l'absence de réserve émise par un Etat (rappr. art. 36 de la convention d'Oviedo)? A ce sujet, une étude précise —que nous n'entendons pas effectuer dans le cadre de cette contribution— devrait être entreprise afin de déterminer si la convention d'Oviedo s'applique, au sein de l'ordre juridique interne des Etats parties, de façon uniforme, c'est-à-dire sans qu'existe de différence (relativement au droit applicable) d'un Etat à l'autre.

⁸ Nous n'envisageons pas, au sein de cet article, le problème soulevé par l'acquisition de la qualité de partie (à la convention d'Oviedo) de la Communauté européenne (voir art. 33 §1 et §2 de la convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine): en effet, dans la perspective d'élaboration d'un instrument régional sur la bioéthique pour l'Amérique latine (au sein d'une conférence *ad hoc*), ce problème est, tout au plus, d'intérêt secondaire.

1°/ Les articles 35 («Application territoriale»), 36 («Réserves») et 37 («Dénonciation») de la convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine conduisent les Etats —car ces articles contiennent des normes assurant la sauvegarde de leur liberté— à envisager, sous un jour favorable, leur participation au traité du 4 avril 1997.

a/ En vertu des articles 35 et 36, les Etats —qui ont exprimé leur consentement (en faisant, par la signature, un «premier pas» vers le traité ou en se liant définitivement, sur le plan conventionnel, par la ratification, l'approbation, l'acceptation ou l'adhésion)— ne sont pas tenus de se lier pleinement par les dispositions de la convention.

Selon la clause d'application territoriale (article 35), les Etats sont en droit de «désigner le territoire ou les territoires auxquels s'appliquera la ... Convention». Par ailleurs, selon la clause de réserves (article 36), ils sont habilités à «formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur [leur] territoire n'est pas conforme à cette disposition».

Nul doute que ces deux dispositions sont susceptibles – on y reviendra⁹ – de porter atteinte à l'uniformité des règles du droit de la bioéthique applicables au sein des Etats: en ne se liant pas pleinement (mise en œuvre de la clause territoriale ou émission d'une réserve) par la convention, certains Etats peuvent rejeter des règles que d'autres Etats acceptent. Cependant, les articles 35 et 36 favorisent, de façon tout aussi certaine, la participation des Etats à la convention d'Oviedo: si ces articles procédaient par voie d'interdiction (*i. e.* s'ils interdisaient ce qu'ils autorisent), certains Etats – enfermés dans une logique du «tout ou rien» préservatrice de la stricte intégrité du texte conventionnel – pourraient renoncer à exprimer leur consentement à être lié par le texte de la convention. Or, plus le nombre d'Etats participant à la convention est élevé, plus le droit applicable au sein de chaque Etat est *globalement* semblable. Ainsi, en concourant, par ses articles 35 et 36, à l'importance quantitative de la participation étatique, la convention contribue à éviter la fragmentation du droit applicable.

Observons, sur le plan pratique, que l'article 35, au 31 août 2007, avait été utilisé, depuis le 4 avril 1997 —date d'ouverture officielle de la convention à la signature— par deux Etats : le Danemark et la République de

⁹ Voir *infra* IIème Partie B/ 1o./ b/ et 2o./ a/.

Moldava.¹⁰ D'autre part, toujours à la même date, il apparaissait que quatre Etats avaient usé du droit qu'ils tiennent de l'article 36.¹¹

b/ L'article 37 de la convention d'Oviedo mérite, lui aussi, d'être envisagé au regard de la participation des Etats à la convention d'Oviedo. Aux termes de cette disposition: «Toute Partie peut, à tout moment, dénoncer la ... Convention ...». Ainsi, les Parties sont titulaires d'un droit assurant pleinement le respect de leur liberté souveraine: elles peuvent légalement, agissant seules, dénoncer la convention, lorsqu'elles le souhaitent («à tout moment»), sans que les autres parties puissent y faire objection.¹²

On le voit, la convention d'Oviedo confère, ici encore, aux États une prérogative les incitant à acquérir, sans réticence, la qualité de partie: les entités étatiques savent qu'elles pourront, en cas de difficulté, renoncer discrétionnairement aux obligations conventionnelles qu'elles ont acceptées; leur liberté souveraine sera, à tout moment, sauvegardée.

2o./ La règle énoncée à l'article 34 («Etats non membres») de la convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine est également révélatrice.

L'article 34 permet aux Etats —qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe— de devenir partie au traité des Asturies par voie d'adhésion, c'est-à-dire à l'aide d'un acte unilatéral.¹³

Certes, des conditions —sur lesquelles nous reviendrons—¹⁴ doivent être réunies. Cependant, le principe est clairement affirmé: la convention du 4 avril 1997 n'est pas, à l'inverse de la convention européenne des droits de l'Homme, une convention de caractère strictement régional; elle se présente sous le jour d'un instrument normatif à vocation universelle. Ainsi, par-delà l'unification du droit applicable au sein des États membres du Conseil de l'Europe, la convention d'Oviedo poursuit un objectif plus

¹⁰ Site internet du Conseil de l'Europe: www.coe.int.

¹¹ Il s'agit de la Croatie, du Danemark, de la Norvège et de la Turquie (site internet Conseil de l'Europe: www.coe.int, *id*).

¹² Sur ce point, voir Xavier Pacreau, commentaire de l'article 37 («Dénonciation») de la convention d'Oviedo (*supra* n. 5), à paraître.

¹³ Précisons que les Etats non membres du Conseil de l'Europe ayant participé à l'élaboration de la convention d'Oviedo sont autorisés à devenir partie au traité des Asturies selon la procédure traditionnelle en deux phases: signature, puis ratification. Il s'agit des Etats suivants: Australie, Canada, Etats-Unis d'Amérique, Japon et Saint-Siège (Rapport explicatif de la convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, p. 28, §171 – Site internet du Conseil de l'Europe: www.coe.int).

¹⁴ Voir *infra* I- B/ 1o./ b/ et II- A/ 2o./.

ambitieux: unifier, sur plan planétaire, les règles juridiques régissant les activités se déployant dans le secteur de la biomédecine.

On le comprend aisément, l'article 34 permet d'écartier un grief qui peut être formulé à l'égard du droit continental: celui d'être un droit applicable à une seule région du monde, les individus pouvant chercher refuge dans un autre continent afin d'y trouver des règles qui leur sont plus favorables. C'est la faiblesse du droit continental de n'être que continental.¹⁵

En pratique, au 31 août 2007, on peut observer que— depuis l'ouverture de la convention d'Oviedo à la signature (4 avril 1997)— le but poursuivi par l'article 34 est resté lettre morte : cet article n'a jamais été pleinement mis en œuvre. Seul le Mexique a spontanément demandé à rejoindre le cercle des Etats parties à la convention.¹⁶ Cependant, alors que sa demande fut accueillie favorablement, cet Etat n'a pas donné suite à l'invitation du Comité des Ministres.¹⁷

¹⁵ S'exprimant au sujet de la convention d'Oviedo et de sa nécessité, M. Jean Michaud, ancien Président du Comité directeur de bioéthique du Conseil de l'Europe, a écrit : «C'est la faiblesse du droit national que de n'être que national» (*La convention d'Oviedo, Droit et Economie*, 2000, no. 87, pp. 46-56, not. p. 47). Nous transposons ici, sur le plan du droit continental, le propos du Président Michaud.

¹⁶ Par lettre, en date du 14 août 2002, le Mexique a fait connaître, auprès du Secrétariat général du Conseil de l'Europe, son intérêt pour la convention d'Oviedo et son protocole no.1: Dans cette lettre, on peut lire ce qui suit: «...la Oficina de México ante el Consejo de Europa, por instrucciones precisas de su Gobierno, se permite solicitar el inicio de las respectivas consultas y procedimientos de invitación para que México pueda adherirse a los siguientes instrumentos: ... Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de la Persona Humana con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina : Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (ETS No. 164); Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los derechos Humanos y la Dignidad de la Persona Humana con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, por el que se prohíbe la Clonación de Seres Humanos (ETS No. 168).» (Délégués des Ministres, Notes sur l'ordre du jour, CM/Notes/811/10.2, 23 septembre 2002 – 811 Réunion, 10 octobre 2002, 10.2: “Demande des Etats-Unis du Mexique à être invités à adhérer à plusieurs Conventions du Conseil de l'Europe” —Texte obtenu sur le site internet du Conseil de l'Europe: www.coe.int).

¹⁷ Le 10 octobre 2002, dans le cadre du Comité des Ministres, les délégués des Ministres ont invité les Etats-Unis du Mexique à adhérer à la convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine (Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, 811ème réunion, 10 octobre 2002, Point 10.2). Observons que cette invitation ne concerne que la convention d'Oviedo : elle ne concerne pas son protocole no. 1 relatif au clonage. Par la suite, au sein de l'Assemblée générale des Nations-Unies, M. Gómez Robledo, délégué des Etats-Unis du Mexique, a affirmé: «... ma délégation espère que le pouvoir législatif mexicain adoptera les mesures nécessaires pour achever les procédures constitutionnelles nécessaires afin que mon

2. Des normes propices à la réflexion et génératrices de transparence

«Réflexion» et «transparence» présentent, en matière de bioéthique, une importance cardinale. Or, les «clauses finales» de la convention d’Oviedo contiennent – ce n’est pas la moindre de leur vertu – des règles propices à l’une (1o.) et génératrices de l’autre (2o.).

1o./ Qu’il s’agisse de l’acquisition de la qualité d’Etat partie par les Etats membres du Conseil de l’Europe ou par les Etats extérieurs à l’organisation de Strasbourg, des normes – permettant une prise de décision pleinement réfléchie – sont consacrées par les «clauses finales» du traité des Asturies.

a/S’agissant des Etats membres du Conseil de l’Europe, la règle applicable —qui présente un caractère traditionnel dans le cadre de cette organisation internationale— revêt une originalité certaine au regard du droit international des traités: elle permet aux Etats de s’engager après avoir pleinement mesuré (*en prenant tout le temps nécessaire* au stade de la signature comme au stade de l’expression du consentement définitif) les conséquences emportées par la manifestation de leur volonté.

Pour être liés par la convention du 4 avril 1997, les Etats doivent accomplir deux actes: authentification (par la signature)¹⁸ et expression du consentement (par la ratification, l’approbation ou l’acceptation).¹⁹ Requis dans le cadre de très nombreuses conventions internationales, l’accomplissement du premier acte (authentification ne valant pas engagement définitif de l’Etat) est caractérisé, concernant les conventions dites «du Conseil de l’Europe» (et tout particulièrement la convention d’Oviedo), par une spécificité: *les Etats disposent de l’entièr maîtrise de la date à laquelle ils sont habilités à signer la convention*. Ainsi, relativement au traité des Asturies, la technique retenue, pour la signature, est celle de la «signature différée»,

pays puisse enfin adhérer à la Convention d’Oviedo... et au Protocole de Paris y afférent» (Nations Unies, Assemblée générale, 59ème session, 82ème séance plénière, 8 mars 2005, A/59/PV.82, p. 4 [col. gauche]). Précisons que, le 5 septembre 2007 (date à laquelle nous avons présenté ce rapport oralement), les Etats-Unis du Mexique n’avaient toujours pas effectué toutes les formalités constitutionnelles nécessaires ; en conséquence, les Etats-Unis du Mexique n’étaient toujours pas liés par la convention d’Oviedo et son protocole no. 1.

¹⁸ Art. 33 §1 de la convention d’Oviedo : «La présente Convention est ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l’Europe ...». Sur la signature, comme mode d’authentification du texte des traités, voir art. 10 §1 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 21 mars 1986.

¹⁹ Art. 33 § 2 de la convention d’Oviedo : «La présente Convention sera soumise à ratification, acceptation ou approbation.».

étant entendu que cette technique n'impose, à la charge des Etats, aucun délai: ces derniers peuvent signer la convention lorsqu'ils le souhaitent. En d'autres termes, s'ils entendent signer, ils ne sont pas tenus d'accomplir cette formalité dans un laps de temps limité, postérieur à l'ouverture officielle de la convention à la signature (4 avril 1997).²⁰

Dans ces conditions, il est clair que les Etats peuvent longuement réfléchir avant de faire, à l'aide de la signature, un «premier pas» vers le traité. Cependant, la possibilité – offerte aux Etats – de ménager le temps de la réflexion, ne s'arrête pas là : après avoir authentifié la convention (signature), les Etats sont libres d'exprimer, à tout moment, leur consentement définitif (ratification, acceptation ou approbation).²¹ A cet égard, il est vrai, la convention d'Oviedo ne se distingue pas particulièrement des autres traités : de façon générale, les accords internationaux n'imposent aucun délai spécifique au sujet de l'engagement définitif des sujets de droit international. Il reste que le traité des Asturies permet aux Etats —qui ont déjà disposé d'un temps illimité de réflexion avant de signer la convention

²⁰ Le 4 avril 1997, 21 Etats, membres du Conseil de l'Europe, ont signé la convention d'Oviedo. Ultérieurement, jusqu'au 31 août 2007, 13 Etats, également membres du Conseil de l'Europe, ont rejoint le cercle des Etats signataires. Parmi ces 13 Etats, figurent, par exemple, l'Ukraine (membre du Conseil de l'Europe, depuis le 9 novembre 1995, qui a signé la Convention le 22 mars 2002) et la Suisse (entrée au Conseil de l'Europe le 6 mai 1963 et signataire de la Convention le 7 mai 1999). Ainsi, s'agissant de la convention d'Oviedo, la technique de la «signature différée» a été beaucoup utilisée (voir liste des Etats signataires sur le site internet du Conseil de l'Europe: www.coe.int). Mais —il faut y insister— cette technique est différente de celle valant dans le cadre de nombreuses conventions internationales: s'agissant de ces conventions, les Etats doivent faire utilisation de la technique de la «signature différée» (lorsqu'ils sont habilités à y recourir —ce qui n'est pas très fréquent) *pendant une période de temps limitée* [voir, par exemple, la convention sur le droit de la mer qui— à la suite de la cérémonie de signature, à Montego Bay, au mois de décembre 1982 — fut ouverte à la signature, au Ministère des Affaires étrangères de la Jamaïque, jusqu'au 9 décembre 1984 (art. 305 §2); voir également le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires qui fut ouvert à la signature des Etats jusqu'à son entrée en vigueur (art. 9 §1)].

²¹ C'est ainsi que la Hongrie — membre du Conseil de l'Europe depuis le 6 novembre 1990 et signataire de la convention d'Oviedo, le 7 mai 1999 (c'est-à-dire postérieurement à la date d'ouverture officielle à la signature) — a consenti à être liée par la Convention, le 9 janvier 2002. On peut mentionner aussi le cas de l'Islande qui, entrée au Conseil de l'Europe, le 7 mars 1950, a signé la Convention le 4 avril 1997 (cérémonie officielle d'ouverture à la signature) et a exprimé son consentement définitif (à cette convention) le 12 octobre 2004, c'est-à-dire plus de sept ans après avoir signé le texte de la Convention (voir état des signatures et des ratifications sur le site du Conseil de l'Europe: www.coe.int).

— de réfléchir, à nouveau, aussi longtemps qu'ils le souhaitent, aux conséquences qu'emporterait leur acceptation définitive des termes du traité. Ainsi, les Etats ont la possibilité— telle est l'originalité de la convention du 4 avril 1997 par rapport à de nombreux traités —de réfléchir, à deux reprises, sans jamais être tenus par un délai, aux conséquences de leur engagement: on perçoit, sans effort, l'intérêt que présente, en matière de bioéthique, ce mécanisme procédural.

b/ Concernant les Etats non membres du Conseil de l'Europe, les règles de procédure applicables sont également propices à la réflexion: il ne s'agit pas de permettre à l'Etat non membre —qui souhaite adhérer— de mesurer pleinement les effets emportés par son engagement en lui offrant toute latitude temporelle; il s'agit de fournir (au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe) des renseignements lui permettant de réfléchir à l'intérêt que revêt une candidature à l'adhésion émanant d'un Etat non membre du Conseil de l'Europe.

Selon l'article 34 de la convention du 4 avril 1997, c'est «après consultation des Parties» que le Comité des Ministres peut inviter un Etat non membre du Conseil de l'Europe à adhérer. Il n'est pas douteux qu'une telle consultation favorise la réflexion: consulter les parties permet d'obtenir de nombreux renseignements sur l'Etat se portant candidat à l'adhésion. Plus précisément, tous les Etats parties —entretenant des relations avec l'Etat candidat— sont susceptibles de donner, à son sujet, des informations permettant de mieux cerner son «profil». Précisons, au surplus, que, dans la pratique, le Comité des Ministres peut demander, avant d'inviter un Etat à adhérer, qu'une expertise soit entreprise au sujet de la compatibilité de son droit national avec la convention à laquelle il entend se lier.²² Cette procédure —qui, il est vrai, n'est nullement imposée par l'article 34— est, elle aussi, de nature à enrichir la connaissance du profil de l'Etat-candidat. Aussi permet-elle de nourrir la réflexion du Comité des Ministres, compétent pour inviter un Etat-tiers à adhérer.

Il faut ajouter que la mise en œuvre de ces règles procédurales («consultation des Parties» et demande d'expertise) ne porte pas nécessairement atteinte à la participation des Etats «non membres» à la convention : elle ne conduit pas, comme par conséquence obligée, au rejet de leur candidature à l'adhésion. En d'autres termes, elle ne nuit pas, de façon inéluc-

²² Polakiewicz Jörg, *Treaty-Making in the Council of Europe*, éd. du Conseil de l'Europe, August, 1999, p. 35.

table, à l'universalité de la participation conventionnelle: même en cas d'informations conduisant à penser que le profil du candidat ne répond pas aux exigences requises, le Comité des Ministres peut alerter l'Etat-candidat en l'invitant à réviser son attitude ou à adapter sa législation.

2°/ Les «clauses finales» de la convention d'Oviedo véhiculent aussi des règles qui —relativement à la vie de la convention— assurent une transparence particulièrement louable dans le domaine de la bioéthique.

a/ Actes d'engagement émanant des Etats (ratification, acceptation, approbation et adhésion),²³ déclarations concernant l'application territoriale de la convention,²⁴ réserves formulées au sujet d'une disposition particulière de la convention,²⁵ actes relatifs au retrait des déclarations d'application territoriale et des réserves²⁶ ainsi qu'à la dénonciation de la

²³ Pour ce qui est de l'obligation de dépôt, près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, des instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation, voir art. 33 §2 (2ème phrase) de la convention d'Oviedo; s'agissant de l'adhésion, voir art. 34 §2 du traité des Asturias (obligation implicite de dépôt). Par ailleurs, s'agissant de la signature du traité, on relèvera l'absence d'obligation explicite ou implicite de transmission des signatures au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe; cependant, en tant que dépositaire du traité, le Secrétaire Général en a connaissance (art. 78 §1 c/ de la convention de Vienne sur le droit des traités du 21 mars 1986); d'ailleurs, s'il n'en allait pas ainsi, comment le Secrétaire général pourrait-il être tenu de notifier «toute signature» (art.38 a/ de la convention d'Oviedo) ?

²⁴ Art. 35 §1 conv. Oviedo: absence d'obligation explicite ou implicite de dépôt de la déclaration d'application territoriale auprès du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ; mais, en vertu du droit international des traités (art. 78 §1 c/ de la convention de Vienne sur le droit des traités du 21 mars 1986), il appartient au Secrétaire Général, en tant que dépositaire de la convention d'Oviedo, de «recevoir... tous instruments, notifications et communications relatifs au traité». Il est logique qu'il en aille ainsi : tenu de notifier «toute déclaration formulée en vertu des dispositions de l'article 35» (art. 38 e/ conv. Oviedo), le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en a nécessairement connaissance. En revanche, obligation explicite de transmission (au Secrétaire général du Conseil de l'Europe) des déclarations d'extension d'application territoriale (art. 35 §2 conv. Oviedo).

²⁵ Absence d'obligation explicite ou implicite de transmission des réserves au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe; cependant, ce dernier, en tant que dépositaire de la convention d'Oviedo, reçoit «tous instruments, notifications et communications relatifs au traité» (art. 78 §1 c/ de la convention de Vienne sur le droit des traités du 21 mars 1986). Observons que le Secrétaire Général est tenu de notifier «toute réserve... formulé[e] conformément aux dispositions de l'article 36» (art. 38 f/ conv. Oviedo); en conséquence, il a nécessairement connaissance des réserves formulées par les Etats.

²⁶ Art. 35 §3 (retrait de la déclaration d'application territoriale «par notification adressée au Secrétaire Général») et art. 36 §4 (retrait d'une réserve «au moyen d'une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe»).

convention:²⁷ autant de manifestations de volonté qui doivent être portées à la connaissance du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

Ainsi informé, en vertu du droit international applicable, le Secrétaire Général est lui-même tenu par une obligation: il lui incombe de notifier les actes ayant trait à la convention.²⁸ Observons que, par-delà les signataires [de] et les Parties [à] la convention, ces actes sont notifiés – ici s'affirme pleinement la notion de transparence – aux Etats membres du Conseil de l'Europe et aux Etats ayant été invités à adhérer au traité des Asturies.²⁹ On le voit, même les Etats n'ayant pas signé la convention d'Oviedo sont, notamment en tant que membres du Conseil de l'Europe, avertis de l'existence des actes affectant la vie de la convention.

b/ De cet état du droit, résulte une conséquence qui n'est pas négligeable: tout Etat avisé des actes émis au sujet de la convention peut réagir. Plus particulièrement, il peut faire connaître sa position devant l'attitude d'un autre Etat qui viendrait à émettre un acte (par exemple, une réserve) en vertu duquel il entendrait s'émanciper de certaines normes (règles de droit matériel) contenues dans la convention. Un débat pourrait naître de cette réaction —débat qui serait de nature à faire progresser la réflexion relativement aux considérations éthiques qui en constituent la trame. Observons que, dans ce contexte, la réaction d'un Etat pourrait conduire, dans le respect des règles procédurales applicables, à l'adoption d'une recommandation— par l'Assemblée du Conseil de l'Europe —rappelant le caractère cardinal d'une règle qu'un Etat entendrait délaisser.³⁰ Ainsi, la transparence peut être au service de la relance d'une éthique généralement partagée.

²⁷ Art. 37 §1: dénonciation de la convention réalisée «en adressant une notification au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe».

²⁸ Art. 38 conv. Oviedo.

²⁹ (29) La Communauté européenne – mise à l'écart des analyses figurant dans ce rapport (supra n. 8) – est également destinataire des notifications effectuées par le Secrétaire Général (art. 38).

³⁰ (30) Rappelons que le Statut du Conseil de l'Europe, en son article 29, précise que, sous réserve de cas particuliers (non pertinents en l'espèce), «toutes les résolutions de l'assemblée... sont prises à la majorité des deux tiers des voix exprimées».

II. LES «CLAUSES FINALES», VECTEUR DE NORMES AUX EFFETS NUISIBLES

Les «clauses finales» de la convention d'Oviedo ne sont pas constitutives d'un simple complexe de normes aux effets bénéfiques: elles sont également porteuses de règles pouvant constituer un frein à l'affirmation du droit international de la bioéthique: susceptibles de porter atteinte à l'universalité de la participation à la convention (1), elles sont à même de nuire, au surplus, à l'uniformité du droit international conventionnel applicable (2).

1 Normes pouvant porter atteinte à l'universalité de la participation à la Convention

Relativement à l'universalité de la participation à la convention, deux types de normes – pouvant emporter des effets regrettables – doivent être distinguées: certaines règles sont de nature à dissuader tout Etat de devenir partie à la convention (1o.); une autre règle peut conduire au rejet de la candidature à l'adhésion d'un Etat non membre du Conseil de l'Europe (2o.).

1o./ Si l'article 36 de la convention d'Oviedo offre explicitement aux Etats le droit de «formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la convention», il subordonne l'exercice de ce droit à une double condition: tout d'abord, *formellement*, il est nécessaire qu'une «loi» —non conforme à la disposition faisant l'objet de la réserve—³¹ soit en vigueur sur le territoire de l'Etat réservataire; ensuite, *matériellement*, la réserve formulée ne doit pas présenter un caractère général.³² Nul doute que ces

³¹ (31) Art. 36 §1 (1ère phrase) de la convention d'Oviedo. Rappelons, s'il en est besoin, que la convention européenne des droits de l'Homme contient, en matière de réserve, une condition semblable (art. 57 §1).

³² (32) Art. 36 §1 (2ème phrase) conv. Oviedo. Relativement au contenu des réserves, il convient de rapprocher l'article 26 de la convention d'Oviedo de son article 36. En vertu de l'article 26 §1 du traité des Asturias, certaines «dispositions de protection» (consignées dans ce traité) peuvent faire l'objet, moyennant certaines conditions, de restrictions «prévues par la loi». Certes, ces restrictions, établies par un acte unilatéral *interne* (la «loi»), ne sauraient être considérées comme des réserves : ces dernières sont constitutives d'un acte unilatéral *international* (et non d'un acte unilatéral interne). Cependant, si une loi en vigueur— contenant une «restriction» répondant aux conditions posées par l'article 26 §1 (rappr. «Rapport explicatif» de la convention d'Oviedo, §159)

deux règles portent atteinte à la liberté des Etats: elles empêchent ces derniers d'émettre librement des réserves, c'est-à-dire de choisir —sans qu'aucune condition ne soit requise— les normes par lesquelles ils acceptent d'être liés. Par conséquent, un Etat peut être conduit (même s'il ne s'agit pas là d'une conséquence obligée) à renoncer, en raison de ces règles, à l'acquisition de la qualité de partie à la convention.

a/ La première condition, de caractère formel, n'appelle pas de longs commentaires: un Etat doit, dans un premier temps, élaborer (si elle n'existe déjà) une règle de droit national contraire à la disposition conventionnelle considérée; puis, dans un deuxième temps, il lui appartient de procéder à l'émission de la réserve à l'égard de cette disposition. Comme on le voit, les Etats ne sont pas en droit de faire une réserve «par anticipation»:³³ ils ne sont pas habilités à se ménager, en formulant une réserve, une marge de manœuvre leur permettant de légitérer, à l'avenir, en violation de la convention. Précisons que la contrainte pesant sur l'Etat réservataire est d'autant plus grande qu'il est tenu de procéder à «un bref exposé de la loi pertinente».³⁴

b/ La deuxième condition, de caractère matériel, mérite quelques précisions. La notion de réserve «de caractère général» a été explicitée par le rapport explicatif accompagnant la convention d'Oviedo: présente un «caractère général» une réserve «rédigée en des termes trop vagues ou trop amples pour que l'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application exacts».³⁵ Observons que cette façon de percevoir la «généralité» d'une

—apparaissait comme n'étant «pas conforme» (art. 36 conv. Oviedo) à la disposition conventionnelle de protection, l'Etat, auteur de cette loi, pourrait formuler une réserve au sujet de cette disposition.

³³ A ce sujet, voir William A. Schabas, «Commentaire de l'article 64 [ancienne numé-rotation] de la convention européenne des droits de l'Homme», *La convention européenne des droits de l'Homme – Commentaire article par article* (dir. L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert), Paris, Economica, 1999, p.935.

³⁴ Art. 36 §2 conv. Oviedo. Précisons que le mot «loi» ne doit pas être considéré au sens formel («acte voté par le Parlement»). Comme l'indique le rapport explicatif de la convention d'Oviedo: «Le terme "loi" ne suppose pas nécessairement l'existence d'un texte de loi formel (c'est ainsi que, dans certains pays, des organismes professionnels formulent leurs propres règles déontologiques, qui s'appliquent à leurs membres dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux normes de l'Etat).» (§174).

³⁵ *Ibid.* Il convient de préciser que la rédaction «en des termes trop vagues ou trop amples» peut conduire à un texte ne répondant pas à la définition de la notion de réserve. Aux termes de l'article 2 §1 d/ de la convention de Vienne sur le droit des traités du 21 mars 1986: «... l'expression «réserve» s'entend d'une déclaration unilatérale, ... faite

réserve apparaît dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la convention de Rome du 4 novembre 1950 imposant, en matière de réserve, une condition identique.³⁶

Sur le plan pratique, la «généralité» caractérisant une réserve peut se présenter, comme le donne à penser une étude relative aux réserves à la convention européenne des droits de l'Homme, sous un double jour: une réserve peut être générale en tant qu'elle ne porte pas spécifiquement sur une disposition de la convention – i.e. lorsqu'elle ne respecte pas la condition posée par l'article 36 §1 (1^{ère} phrase) du traité des Asturies; cependant, «une réserve peut être générale par rapport à la législation interne d'un pays».³⁷ Aussi convient-il de conclure que les Etats voient doublement restreint, au regard de la notion de réserve «de caractère général», leur pouvoir d'émettre des réserves.

2º/ L'article 34 de la convention du 4 avril 1997 —qui gouverne l'adhésion des Etats non membres du Conseil de l'Europe —contient, lui aussi, une règle susceptible de porter atteinte à l'universalité de la participation à la convention.

Pour inviter un Etat non membre du Conseil de l'Europe à adhérer à la convention d'Oviedo, le Comité des Ministres doit se prononcer en respectant plusieurs règles de vote cumulatives. En vertu de l'une de ces règles, «l'unanimité des voix des représentants des Etats contractants ayant le droit de siéger au Comité des Ministres»³⁸ doit être réunie.

par un Etat..., par laquelle cet Etat... vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat...». Or, pour «exclure» ou «modifier» l'effet juridique d'une disposition conventionnelle, une précision minimale est nécessaire.

³⁶ CEDH, arrêt du 29 avril 1988 (aff. Belilos c. Suisse), A no. 132, §55; CEDH, arrêt 25 août 1993 (aff. Chorherr c. Autriche), A n°266-B, §18. Rappr. art. 57 §1 de la convention européenne des droits de l'Homme.

³⁷ W. A. Schabas, *Commentaire ... (supra no. 33)*, p. 935: voir, à titre d'illustration, le cas relatif à l'Italie.

³⁸ Art. 34 §1 conv. Oviedo. Observons qu'une autre condition de majorité est requise par l'article 34 §1: la «décision» —tendant à inviter un Etat non membre du Conseil de l'Europe à adhérer à la convention— doit être prise «à la majorité prévue à l'article 20, alinéa d, du Statut du Conseil de l'Europe», c'est-à-dire «à la majorité des deux tiers des voix exprimées et à la majorité des représentants ayant le droit de siéger» au Comité des Ministres. Ainsi, au regard du nombre de «voix exprimées», une minorité (un tiers des voix plus une voix) peut, à elle seule, faire barrage à une candidature à l'adhésion.

De cette règle, résulte une conséquence regrettable: un Etat —ayant consenti à être lié par la convention d’Oviedo—³⁹ et ayant le droit de siéger au Comité des Ministres peut, par sa seule volonté (c'est-à-dire en dépit de la volonté contraire de tous les autres Etats participant, au sein du Comité des Ministres, à la prise de décision), empêcher un Etat non membre du Conseil de l’Europe d’adhérer à la convention d’Oviedo. Ainsi, un véritable droit de veto lui est conféré par l’article 34 de la convention d’Oviedo. Certes, on peut penser qu’un Etat contractant ayant le droit de siéger au Comité des Ministres ne fera pas obstacle, en principe, à la candidature d’un Etat qui, non membre du Conseil de l’Europe, souhaite se lier par une convention porteuse d’une éthique à laquelle lui, Etat contractant, a manifesté son attachement. Cependant, on ne saurait entièrement exclure l’hypothèse suivante: l’Etat contractant peut s’opposer, pour des raisons inavouées tenant à des considérations d’opportunité, à l’adhésion d’un Etat non membre du Conseil de l’Europe. A cet égard, la convention sur les droits de l’Homme et la biomédecine se révèle quelque peu insuffisante: en ne subordonnant à aucune condition de fond spécifique la manifestation de volonté de l’Etat contractant considéré, elle permet, à ce dernier, de se prononcer sur une candidature à l’adhésion, sans aucune contrainte, selon son bon vouloir.

En définitive, le traité des Asturies —en dépit de la volonté d’extension universelle qui le caractérise— se présente sous le jour d’un «traité fermé», c'est-à-dire d'un traité subordonnant l'adhésion des Etats non membres du Conseil de l’Europe à une condition particulièrement restrictive.

2. Normes pouvant nuire à l'uniformité du droit conventionnel applicable

Au sein des «clauses finales» de la convention d’Oviedo, plusieurs normes engendrent (ou peuvent engendrer) —lorsqu’elles sont mises en œuvre— une fragmentation du droit conventionnel applicable. Pareille fragmentation nuit à l’objectif recherché par le droit international de la bioéthique : établir une norme commune applicable au sein de chaque Etat.

³⁹ Rappelons que «l’expression “Etat contractant”... s’enten[d] d’un Etat... ayant consenti à être lié par le traité, que le traité soit entré en vigueur ou non» (art. 2 §1 f/ de la convention de Vienne sur le droit des traités du 21 mars 1986).

De cette fragmentation effective (ou éventuelle), une double manifestation mérite d'être présentée: l'une apparaît dans l'ordre juridique international (1o.), l'autre se réalise dans l'ordre juridique interne (2o.).

1o./ La mise en œuvre de la disposition du traité des Asturies relative à la dénonciation (article 37) peut conduire à une fragmentation du droit valant en matière de bioéthique: d'un Etat à l'autre, la norme applicable peut être dissemblable. Par ailleurs, lorsqu'un Etat émet une réserve à la convention d'Oviedo (mise en œuvre de l'article 36), il est clair que l'intégrité du texte de la convention est mise à mal. En conséquence, le droit applicable varie selon les Etats.

a/ En dénonçant, sur le fondement de l'article 37, la convention d'Oviedo, un Etat s'émancipe de ses dispositions et se trouve, par là-même, habiliter à élaborer, par le truchement de son droit interne, des normes juridiques différentes de celles consacrées par le traité des Asturies.⁴⁰ Ainsi, en cas de dénonciation, le contenu de la règle de droit, applicable en matière de bioéthique, pourra varier selon les Etats. Observons que la dénonciation, en l'espèce, concerne la convention dans sa totalité.⁴¹ En conséquence, après dénonciation, un Etat pourra adopter, dans tous les domaines couverts par la convention, des règles de droit interne contraires à celles consignées dans la convention du 4 avril 1997.

Sur le plan pratique, on peut constater, au 31 août 2007, qu'aucun Etat n'a, pour l'instant, dénoncer la convention d'Oviedo.

b/ L'émission des réserves à l'égard des dispositions de la convention d'Oviedo peut donner naissance à des «paradis biomédicaux» : ces derniers permettent à des règles, énoncées dans la convention, d'être contournées.

⁴⁰ Il convient de préciser, tout de même, qu'un Etat ne saurait valablement adopter des règles de droit interne dérogeant aux règles de droit international non écrit qui seraient énoncées dans la convention d'Oviedo: ces règles lient tout Etat indépendamment de sa participation à cette convention. A ce sujet, on observera que, dans le cadre de l'élaboration d'un instrument universel sur la bioéthique, un rapport du Comité international de bioéthique a considéré que sont des «principes généraux universellement reconnus», intéressant la bioéthique, les principes «de dignité humaine, solidarité, liberté de la recherche, respect de la vie privée, confidentialité, non discrimination, consentement éclairé, intégrité des recherches et honnêteté intellectuelle», UNESCO, CIB, Dixième session, Actes, mai 2003, UNESCO, 2004, pp. 21-44 (not. p. 38, §45).

⁴¹ X. Pacreau (*supra* n. 12).

Il convient de préciser que les «paradis biomédicaux», au regard de l'éthique, peuvent faire l'objet d'une condamnation sans appel: certains estiment, parfois, qu'ils portent atteinte, sans conteste, aux considérations éthiques les plus élémentaires. Ainsi, une réserve d'exclusion émise à l'article 18 par. 2 de la convention d'Oviedo —article qui prohibe la constitution d'embryons aux fins de recherche— conduira des chercheurs de nationalités variées, spécialistes du domaine de l'embryologie, à se rendre sur le territoire de l'Etat réservataire pour y entreprendre des investigations les conduisant à créer des embryons à des fins de recherche,⁴² or, certains estimeront que les chercheurs —en se prêtant à la constitution d'embryons pour effectuer des recherches— procèdent à une réification de l'entité embryonnaire, c'est-à-dire à une activité éthiquement condamnable. Cependant, toujours au regard de l'éthique, il faut se garder de condamner, comme par automaticité, les «paradis biomédicaux»: un Etat peut modifier, par une réserve, une disposition de la convention d'Oviedo en lui donnant une extension qui n'est pas prévue par la convention. Dans cette hypothèse, l'éthique ne nous paraît pas bafouée; elle nous paraît renforcée.⁴³ Ici encore, un exemple, permettra de prendre la mesure de cette réalité. En vertu de l'article 20 par. 2 du traité des Asturies, le «prélèvement de tissus régénérables sur une personne qui n'a pas la capacité de consentir peut être autorisé» si plusieurs conditions sont réunies et, notamment, si «le receveur est un frère ou une sœur du donneur» (art. 20 par. 2 ii/). Or, la Norvège a formulé une réserve à l'article 20 par. 2 ii/ de la convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine en permettant, par-delà ce que prévoit cette disposition, le prélèvement de tissus régénérables (sur une personne qui n'a pas la capacité de consentir) lorsque le receveur est, notamment, un enfant ou un parent du donneur.⁴⁴ En pareil cas, l'Etat réservataire ne cherche pas à écarter l'application d'une disposition de la

⁴² Conformément à l'article 36 §1 de la convention d'Oviedo, une réserve à l'article 18 §2 de cette convention suppose l'existence préalable (à l'émission de la réserve) d'une loi qui n'est pas conforme à cet article.

⁴³ Certains pourraient, il est vrai, condamner, au regard de l'éthique, une telle réserve. Mais, comme le montre l'exemple ci-dessous (infra texte accompagnant notes 44 et 45), il nous semble difficile de considérer que pareille réserve conduit à une situation éthiquement inacceptable.

⁴⁴ Liste des déclarations et réserves formulées au titre de la convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine (situation au 31 août 2007 —Site internet du Conseil de l'Europe : www.coe.int).

convention: il en confirme les termes et, par sa réserve, en prolonge les effets à d'autres situations.⁴⁵

En somme, il apparaît que le caractère dissemblable des règles de droit applicables dans les ordres internes peut nuire (mais ne nuit pas nécessairement) à l'affirmation d'une éthique commune: les différences existant entre les législations nationales ne sont pas toujours regrettables.

2o./ Au sein même d'un Etat, certaines dispositions de la convention d'Oviedo sont susceptibles d'engendrer, par leur mise en œuvre, une fragmentation du droit applicable.

a/ Comme on l'a déjà indiqué, la clause d'application territoriale (article 35) permet aux Etats de «désigner le territoire ou les territoires auxquels s'appliquera la... Convention».⁴⁶ Selon le rapport explicatif de la convention du 4 avril 1997, «il serait manifestement contraire à la philosophie de la Convention qu'une Partie exclue de l'application de cet instrument des parties de son territoire métropolitain».⁴⁷ Ainsi, l'article 35 n'a pas été conçu pour inviter les Etats à donner, s'ils le souhaitent, un caractère variable au contenu du droit conventionnel applicable dans le cadre du territoire métropolitain. Il reste que le même rapport explicatif précise: «Cette disposition [l'article 35] vis[e] essentiellement des territoires d'outre-mer».⁴⁸ On le voit, un Etat peut décider que les territoires d'outre-mer, relevant de son autorité, échapperont à l'applicabilité du texte conventionnel. En d'autres termes, le droit applicable sur le territoire métropolitain sera différent de celui valant sur les territoires d'outre-mer.

En pratique, on observera que le Danemark a formulé, lors du dépôt de son instrument de ratification, une déclaration précisant que la convention du 4 avril 1997 «ne sera pas appliquée aux Iles Féroé et au Groenland».⁴⁹

⁴⁵ La réserve formulée par la Norvège conduit également cet Etat à autoriser le prélèvement de tissus régénérables lorsque le receveur est «un parent proche du donneur» (*ibid.*).

⁴⁶ *Supra* I-A/ 1°/ a/.

⁴⁷ p. 28, §172.

⁴⁸ *Ibid.* Rappelons, s'il en est besoin, que le «rapport explicatif n'est pas un instrument d'interprétation authentique de la Convention. Il couvre cependant l'essentiel des travaux préparatoires, et fournit des éléments permettant d'éclairer l'objet et la finalité de la Convention et de mieux appréhender la portée de ses dispositions.» (Rapport explicatif, présentation liminaire, III).

⁴⁹ *Supra* n. 44. Observons que cette déclaration n'est pas pleinement conforme à l'article 35 §1 de la convention d'Oviedo: le Danemark n'y désigne pas les territoires auxquels s'applique la Convention. Il y mentionne les territoires auxquels la Convention *ne s'applique pas*.

Ainsi, dans ces territoires, des règles de droit interne —dont le contenu diffère de celui figurant dans le cadre de la Convention— sont susceptibles de s’appliquer. Autrement dit, les normes applicables, en matière de bioéthique, au sein de ces territoires, peuvent être différentes de celles faisant autorité au sein du territoire de la métropole danoise.⁵⁰

Mais, la fragmentation du droit applicable peut résulter d’un autre mécanisme: celui établi par la combinaison de l’article 35 par.2 et de l’article 36 par. 3 du traité des Asturies. Après avoir déposé une déclaration d’application territoriale, les Parties sont habilitées, «à tout moment par la suite, ...[à] étendre l’application de la... Convention à tout autre territoire désigné dans la déclaration».⁵¹ Or, en procédant à cette extension, une partie «peut, pour le territoire concerné, formuler une réserve».⁵² Ainsi, dans cette hypothèse, les dispositions de la convention faisant l’objet d’une réserve d’exclusion seront inapplicables sur le territoire considéré. On le comprend aisément, le droit applicable sur ce territoire pourra alors être différent de celui valant en métropole. Certes, le cas échéant, la fragmentation du droit applicable sera moindre que celle qui résulterait de l’inapplication de la convention tout entière au territoire en cause; cependant, cette fragmentation sera certaine.

b/ Le danger engendré par la naissance de «paradis biomédicaux» (contraires à l’éthique promue par la Convention) doit être appréhendé à l’aune d’une autre considération procédurale: les déclarations d’application territoriale peuvent être retirées.⁵³

A cet égard, une crainte mérite d’être soulignée: «on peut imaginer une sorte de valse hésitation perpétuelle, de va-et-vient d’un territoire entrant et sortant du champ de la convention d’Oviedo, avec des principes à

⁵⁰ Le cas de la République de Moldava est très spécifique : en proie à des difficultés territoriales, cette République a déclaré «qu’elle n’appliquera les dispositions de la Convention qu’au seul territoire contrôlé par le Gouvernement de la République de Moldava jusqu’au complet rétablissement de l’intégrité territoriale de la République de Moldava.» (déclaration consignée dans l’instrument de ratification déposé le 26 novembre 2002 – *supra* n. 44). Observons que le rapport explicatif de la convention d’Oviedo ne vise pas les situations particulières de ce type (voir *supra* texte accompagnant notes 47 et 48).

⁵¹ Art. 35 §2 conv. Oviedo. L’Etat partie, auteur de la déclaration, doit assurer les relations internationales du territoire considéré ou être habilité à stipuler pour ce territoire (même disposition de la convention d’Oviedo).

⁵² Art. 36 §3 conv. Oviedo.

⁵³ Art. 35 §3 conv. Oviedo.

éclipse».⁵⁴ On le voit, la question soulevée par la fragmentation du droit applicable ne doit pas être seulement envisagée de façon statique: elle peut être considérée dans une perspective temporelle.⁵⁵

S'agissant de l'Amérique Latine —et dans la perspective d'élaboration d'une convention régionale sur la bioéthique— on pourrait estimer, concernant les clauses finales, qu'il seraît souhaitable, en prenant pour référence la convention d'Oviedo, de conserver les normes emportant des effets bénéfiques et de délaisser les normes produisant des effets regrettables. Pareille conclusion —qui, *prima facie*, semble raisonnable — ne saurait, cependant, emporter la conviction. Certaines normes sont, par nature, ambivalentes: elles génèrent des effets à la fois bénéfiques et regrettables. C'est le cas des règles figurant dans les clauses de réserves: comme le savent les internationalistes, elles constituent un mal certain, mais un mal nécessaire.

Aussi, conviendrait-il —si, en matière de bioéthique, un instrument conventionnel propre à l'Amérique Latine devait être créé— de déterminer le contenu des clauses finales, non seulement en s'attachant aux effets bénéfiques qu'elles peuvent engendrer, mais encore en recherchant, de façon permanente, un point d'équilibre entre les tensions contradictoires qui, les caractérisant parfois, sont étroitement liées aux problématiques se situant au cœur du droit international de la bioéthique.

* Sous réserve de quelques modifications ultérieures (très mineures), le texte de cette contribution et les notes de bas de page étaient achevés à cette date.

⁵⁴ Emmanuel Decaux, commentaire de l'article 35 de la convention d'Oviedo, à paraître (*supra* n. 5).

⁵⁵ Observons que les réserves peuvent, elles aussi, être retirées (art. 36 §4 conv. Oviedo). A cet égard, elles sont susceptibles de générer des «paradis biomédicaux» pouvant disparaître.