

Réflexions sur le clonage humain dans une perspective éthico-juridique et de droit comparé

Roberto ANDORNO*

La perspective du clonage humain soulève des questions importantes qui ne peuvent pas être ignorées par le droit. D'une part, le «clonage reproductif» met en cause l'intérêt des individus à venir à recevoir un patrimoine génétique non manipulé. Ce procédé pose aussi un problème en ce qui concerne notre vision de l'humain, du moment qu'il cherche à produire des personnes d'une manière asexuée, c'est-à-dire en évitant la complémentarité d'un père et d'une mère. D'autre part, le «clonage thérapeutique» renouvelle le débat sur l'utilisation d'embryons humains pour la recherche. La considération des normes juridiques existantes, sur le plan tant national qu'international, montre que le droit a essayé, pour la première fois, de donner une réponse rapide aux nouveaux défis posés aux droits de la personne par les avancées biomédicales.

The prospect of human cloning raises serious concerns that cannot be ignored by the law. On the one hand, «reproductive cloning» infringes on the interest of future individuals in receiving non-predetermined genetic information. The purpose of producing people in an asexual way from a unique individual, and avoiding the complementarity of a father and a mother is also problematic for our conception of the human being. On the other hand, «therapeutic cloning» renews the debate concerning the use of human embryos for research purposes. An overview of the existing legal responses to human cloning in different countries and at the international level shows that law has for the first time tried to give a rapid answer to the new challenges to human rights derived from biomedical advances.

* Docteur en droit; membre du Comité international de bioéthique de l'UNESCO; chercheur, Département Ethik und Geschichte der Medizin, Universität de Göttingen, Allemagne; courriel: random@gwdg.de.

Sommaire

1	Qu'est-ce que le clonage?.....	131
2	Le clonage reproductif et la liberté de toute prédétermination génétique.....	132
3	Le clonage thérapeutique et la protection de l'embryon humain.....	137
4	Un aperçu de droit comparé.....	139
	Conclusion.....	145

Quatre ans après le clonage d'une brebis adulte par une équipe de chercheurs du Roslin Institute d'Écosse¹, le débat éthique autour de la possibilité d'appliquer cette technique à l'être humain se poursuit. Cette perspective, qui semble de plus en plus proche de devenir une réalité, soulève des questions inouïes que les systèmes juridiques ne peuvent pas éluder : Avons-nous un droit à l'unicité de notre information génétique? Quelle valeur accordons-nous à la biparentalité, c'est-à-dire au fait de compter avec un père et une mère? A-t-on le droit de prédéterminer la constitution génétique d'autrui? Peut-on cloner des embryons humains afin de les

¹ I. WILMUT et autres, «Viable Offspring Derived from Fetal and Adult Mammalian Cells», *Nature*, vol. 385, 27 février 1997, p. 810.

utiliser comme source de cellules qui pourraient avoir des applications thérapeutiques?

Il semble bien que le droit ne peut pas échapper à ces questions difficiles, ainsi que le montrent les normes interdisant la pratique du clonage qui ont été déjà adoptées dans un certain nombre de pays et par des organismes internationaux, notamment l'UNESCO et le Conseil de l'Europe. Cependant, force est de constater que la plupart des analyses et des normes juridiques relatives au clonage se centrent sur son utilisation à des fins reproductives. Cette attitude est compréhensible, car seul l'objectif de donner naissance à des individus identiques réveille les craintes collectives. Toutefois, il ne faut pas oublier que le clonage thérapeutique soulève aussi des enjeux éthiques sur lesquels il convient de s'interroger. Nous allons considérer ci-dessous les dilemmes éthico-juridiques posés par ces deux procédés et les réponses légales adoptées non seulement au niveau national mais aussi sur le plan international.

1. — Qu'est-ce que le clonage ?

Tout d'abord, qu'est-ce que le clonage? Employé dans un sens large, le mot «clonage» renvoie à une technique de routine dans les laboratoires. Ce terme sert à désigner tout procédé orienté en vue d'obtenir des répliques d'un matériel biologique déterminé, que ce soit des séquences d'ADN, des cellules ou des tissus. Une partie importante des nouveautés dans le domaine pharmaceutique est liée à ce type de clonage, qui ne soulève pas de problèmes éthiques spécifiques.

Cependant, le clonage peut aussi signifier l'engendrement d'un *individu complet*, par exemple dans le cas de Dolly et des autres mammifères qui ont été produits depuis 1997 par la même technique. Il s'agit de la forme la plus sophistiquée de clonage, qui consiste dans le transfert du noyau d'une cellule somatique à un ovule, préalablement privé de son noyau. Le clonage par «transfert nucléaire» (*nuclear transfer*) doit être distingué du clonage par «scission d'embryon» (*embryo splitting*). Ce dernier procédé produit aussi un individu complet, mais il prend comme point de départ, non pas la cellule somatique d'un individu adulte, mais un embryon. Celui-ci est divisé artificiellement, en donnant lieu à d'autres embryons identiques. Le clonage par scission d'embryon profite du fait que les cellules embryonnaires sont encore totipotentes, c'est-à-dire qu'elles sont encore indifférenciées et, par conséquent, capables de produire un individu complet, identique à l'embryon dont elles proviennent. Le phénomène naturel des jumeaux se produit aussi en vertu de la totipotentialité des cellules embryonnaires. Cette forme de clonage, qui pose également des problèmes éthiques, a déjà été mise en pratique dans l'espèce humaine. Il semble y avoir moins d'applications éventuelles,

en raison du fait que le nombre d'embryons qu'il est possible d'obtenir est plus réduit que dans les cas de transfert nucléaire. En outre, les caractéristiques de l'individu qui se développera à partir de l'embryon sont absolument imprévisibles, ce qui rend le procédé moins intéressant que le clonage par transfert nucléaire.

Comment est-il possible de créer un individu à partir d'une simple cellule somatique? Cela s'explique par le fait que les cellules somatiques, qui sont toutes celles qui composent notre corps (*soma*), à l'exception des gamètes, contiennent la totalité de l'information génétique de chaque individu. Certes, seule une petite partie de l'information contenue dans la cellule s'exprime: celle qui sert au fonctionnement du tissu ou de l'organe en question. Par exemple, une cellule de la peau, même si elle contient toute l'information génétique qui caractérise l'individu, ne permettra d'exprimer que les renseignements relatifs à la peau (et non ceux qui concernent le foie, les muscles, par exemple). Ces autres données, qui ne sont pas pertinentes, demeurent à l'état latent. Chaque cellule somatique est donc *spécialisée* en vue de jouer un rôle précis. Or le clonage consiste précisément à ramener les cellules à leur stade d'indifférenciation initiale. Ainsi, elles peuvent redevenir capables d'engendrer un embryon, c'est-à-dire un individu complet, qui sera foncièrement identique à celui dont la cellule provient. Jusqu'à l'apparition de Dolly, les scientifiques croyaient que la spécialisation des cellules somatiques était irréversible chez les mammifères. Aujourd'hui nous savons qu'il ne semble pas y avoir d'obstacles techniques à ce que ce procédé fonctionne aussi chez l'être humain.

La distinction entre «clonage reproductif» et «clonage thérapeutique» provient du fait que l'embryon obtenu par ce procédé pourrait être soumis à deux destins différents :

- 1) il pourrait être transféré dans l'utérus d'une femme, en suivant le cheminement habituel de la fécondation *in vitro*, en donnant lieu, plus tard, à la naissance d'un enfant qui serait un «jumeau» du donneur de la cellule;
- 2) l'embryon cloné pourrait aussi être utilisé comme matériau de recherche ou comme source des cellules souches (*stem cells*) qu'il contient, qui pourraient être utilisées dans le traitement de certaines maladies.

2. — Le clonage reproductif et la liberté de toute prédétermination génétique

Est-il permis de produire des clones d'un même individu? En faveur de cette possibilité, plusieurs arguments ont été avancés. Le principal consiste à assimiler le

clonage reproductif aux techniques de procréation médicalement assistée: si celles-ci ont été déjà acceptées par la loi, pourquoi pas le clonage? Celui-ci n'est-il pas, après tout, une variante de la fécondation *in vitro*? Ne s'agit-il pas, tout simplement, de faire un pas de plus dans la même direction²?

Certains affirment aussi que le fait que le clone est identique à une personne connue (par exemple, un frère décédé, le père, la mère, un grand-père, un ami de la famille, une vedette du cinéma, etc.), ne pose aucun problème, car, après tout, il sera réellement une personne distincte. Le plus important sera qu'il soit traité avec affection. Le procédé technique par lequel il est venu à l'existence est alors secondaire. Un enfant-clone pourrait être aimé autant qu'un enfant conçu par des moyens naturels³. Et même s'il y avait quelque dommage pour lui, il faut penser que, après tout, sans la technique il n'existerait pas. De son point de vue, son existence serait toujours préférable à la non-existence, et cela suffirait à justifier le clonage⁴.

Un autre argument consiste à dire que la nature elle-même engendre des clones – les jumeaux monozygotes – et que personne ne prétend que c'est un attentat contre le droit à l'identité de chacun des jumeaux. Le clonage ne ferait donc que reproduire artificiellement un phénomène naturel.

La critique du clonage reproductif s'appuie sur des arguments plus profonds, qui touchent aux assises mêmes des droits de la personne. Ainsi, pour Habermas, aucune personne n'a le droit de prédéterminer la constitution génétique d'une autre, car cela donnerait lieu à une nouvelle forme de relation maître-esclave, qui serait contraire à l'essence même des droits de la personne⁵. Selon le philosophe allemand, nous sommes libres et donc responsables de nos actes dans la mesure où nos caractères physiques et intellectuels reposent sur la contingence. Au contraire, si nos caractéristiques étaient prédéterminées par un tiers, notre liberté et notre responsabilité se trouveraient radicalement blessées⁶.

Hans Jonas soutient un argument analogue: le hasard de la combinaison toujours inédite des données génétiques d'un père et d'une mère est une condition nécessaire pour assurer la liberté de l'individu. C'est le hasard de la procréation

² J. ROBERTSON, «Human Cloning and the Challenge of Regulation», *New England Journal of Medicine*, 9 juillet 1998, p. 119-122.

³ R. MACKLIN, «Possible Benefits of Cloning Humans», (1997) 2 *Biolaw* 131.

⁴ J. ROBERTSON, *loc. cit.*, note 2. Dans la perspective du système juridique nord-américain, la possibilité d'avoir accès au clonage serait protégée, selon certains auteurs, par un prétendu «droit à procréer par n'importe quel moyen», qui aurait un rang constitutionnel: L. WU, «Family Planning Through Human Cloning: Is there a Fundamental Right?», (1998) *Columbia Law Review* 1461.

⁵ J. HABERMAS, «Genetische Sklavenherrschaft? Moralische Grenzen reproduktionsmedizinischer Fortschritte», dans *Die postnationale Konstellation, Politische Essays*, Francfort, Suhrkamp, 1998, p. 243 et suiv.

⁶ *Ibid.* Voir aussi une lucide critique de la «tyrannie intergénérationnelle» par B. EDELMAN, «Génétique et liberté», (1991) 13 *Droits – Rev. fr. de théorie juridique* 31.

sexuée qui permet à la personne d'être toujours une surprise pour elle-même, d'avoir devant soi la perspective d'une autodécouverte progressive de sa personnalité, sans se voir imposer un modèle à l'avance. C'est pourquoi Jonas propose un nouvel impératif catégorique: «Respecte le droit de chaque vie humaine de trouver son propre chemin et d'être une surprise pour elle-même⁷.»

Il faut bien préciser que l'idée d'un droit à la propre identité génétique, qui est implicite dans les arguments de Habermas et de Jonas, sort du cadre habituel de la notion de droit subjectif, car il ne s'agit plus dans ce cas du *droit d'une personne actuellement existante*, mais de *l'intérêt que peut raisonnablement avoir une personne future*. En effet, celui qui n'existe pas ne possède pas encore de droits; or une fois le clone produit, il a été déjà privé de manière irréversible d'une identité génétique exclusive. Voilà pourquoi les deux auteurs cités adoptent une perspective plus large, qui est tout à fait légitime. Nous pouvons raisonnablement estimer que les personnes à venir préféreront être *elles-mêmes* et non pas les simples *copies* – bonnes ou mauvaises, peu importe – des êtres humains du passé. Toutefois, il n'y a pas que l'intérêt présumé des personnes futures; c'est la *société actuelle* qui a un intérêt légitime à éviter un processus croissant de déshumanisation de la procréation. À cela s'ajoute le fait que la privation délibérée et irréversible d'un père et d'une mère est en soi un dommage suffisamment grave pour que la société essaye de l'éviter. C'est donc en prévision de ces *dommages futurs* que la société actuelle peut parfaitement interdire *aujourd'hui* le recours au clonage.

Par ailleurs, soulignons que le caractère *unique* de chaque individu est intrinsèquement lié à l'idée même de personnalité. En effet, depuis toujours la notion de «personne» apparaît associée à l'idée de «ce qui ne peut pas être répété», de ce qui ne peut pas être réduit à un simple numéro, de ce qui est le plus contraire à la chose⁸. Certes, le clone est une personne réellement distincte de son modèle et des autres copies. Cependant, l'identité physique crée une situation périlleuse pour son identité psychologique et pour l'intérêt des autres individus et de la société à distinguer clairement *qui est qui*. Les différences dans l'aspect physique ne sont pas un élément secondaire de notre personnalité. Bien au contraire, elles renforcent en nous notre conscience de nous-mêmes. Notre corps est le *signe* et l'*expression de notre individualité*. Le Comité consultatif national d'éthique français a souligné la même idée : «Le caractère unique de chaque être humain, dans quoi l'autonomie et la dignité de la personne trouvent support, est exprimé de façon immédiate par l'unicité d'apparence d'un corps et d'un visage, laquelle résulte de l'unicité du génome de chacun⁹.»

⁷ H. JONAS, *Technik, Medizin und Ethik*, Francfort, Suhrkamp, 1987, p. 182 et suiv.

⁸ E. MOUNIER, *Le personnalisme*, Paris, PUF, 1950, p. 47.

⁹ COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE (CCNE), Avis n° 054 : Réponse au président de la République au sujet du clonage reproductif, Paris, 22 avril 1997.

Même si les clones étaient réellement des personnes à part entière, individualisées formellement comme telles, ils seraient *vus* comme des répliques à l'identique les uns des autres et de l'ancêtre qui aurait été cloné¹⁰. Ainsi, il ne semble pas exagéré de soutenir qu'une personne qui serait la copie n° 598 d'un certain modèle trouverait sérieusement affectée sa conscience d'elle-même. Son *sense of self* serait gravement blessé, du moment qu'elle ne trouverait pas en elle-même de différences externes avec les autres clones du même modèle. Est-il possible d'imaginer son angoisse existentielle chaque fois qu'elle rencontrerait dans la rue d'autres «elle-même», plus jeunes ou plus vieilles, sans parvenir jamais à savoir qui est la «vraie personne», s'il y en a une?

Toutefois, comme Habermas l'a bien vu, le problème du clonage ne réside pas seulement dans le fait que le clone est physiquement identique à quelqu'un d'autre, mais aussi dans la circonstance que cela a été *décidé* par un tiers. C'est l'existence de cette volonté quasi divine derrière le processus qui dérange le plus, notamment à partir du principe que tous les êtres humains sont égaux et que personne n'a pas le droit de décider les caractères physiques d'un autre¹¹. Nous touchons ici directement au principe de la non-instrumentalisation de la personne, élaboré notamment par Kant: l'être humain doit toujours être traité comme une «fin en soi» et jamais seulement comme un «moyen», car il est une «personne», douée d'une dignité, et non pas une «chose»¹².

Il est vrai que le clonage suppose un pas de plus dans la brèche ouverte par la fécondation *in vitro*, car dans les deux cas il y a dissociation entre procréation et sexualité; dans les deux cas, l'acte d'amour des parents est remplacé par l'acte technique d'un tiers. Cependant, la fécondation *in vitro* préserve encore une certaine référence à une biparentalité, du moment qu'elle opère par la fusion d'un gamète masculin et d'un gamète féminin. Le clonage supprime encore ce minimum de référence biologique à un «père» et à une «mère», pour se placer totalement dans le domaine de la *reproduction asexuée*. La bisexualité, qui est propre aux animaux plus évolués, est radicalement abandonnée. En ce sens, même d'un point de vue purement biologique et en dehors de toute considération morale, le clonage, loin de constituer un progrès, constitue le recul le plus formidable de l'espèce humaine, qui est rabaissée au système reproductif des bactéries. Pour cette raison, il paraît

¹⁰ H. ATLAN et autres, *Le clonage humain*, Paris, Seuil, 1999, p. 29.

¹¹ C'est sur le double fondement des droits de la personne et de la notion de crimes contre l'humanité que, selon Mireille Delmas-Marty, le clonage reproductif devrait être interdit comme traitement inhumain au même titre que la torture, l'esclavage ou le génocide. *Id.*, p. 94.

¹² La *summa divisio* du droit entre les personnes et les choses est d'une aide inestimable lorsqu'il s'agit d'expliquer la difficile notion de dignité humaine. Voir R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses : à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ, 1996.

difficile de considérer le clonage comme une simple variante des techniques de procréation assistée¹³.

Certes, l'existence d'une personne, même d'un clone, est toujours positive en elle-même. Cependant, cela ne constitue pas un argument en faveur du clonage. Le dommage souffert par le clone ne dérive pas tout simplement du *fait d'exister*, mais du *procédé* par lequel il a été conçu, qui est à la racine d'une dévalorisation radicale de sa personne. Le fait que l'existence d'un individu est toujours positive ne suffit pas à justifier le clonage, de même que la possibilité qu'un enfant puisse être conçu à la suite du viol d'une femme ne constitue pas un argument en faveur du viol. Au moment de juger de la valeur éthique d'une action, il ne suffit pas de considérer le *résultat* obtenu: il faut aussi, et avant tout, juger du *moyen* par lequel une personne y parvient. N'est-il pas courant d'affirmer, suivant en cela un axiome déjà classique, que la fin ne justifie pas les moyens?

En ce qui concerne l'analogie du clonage avec le phénomène naturel des jumeaux, elle est certainement fallacieuse. Non seulement parce qu'il y a une différence essentielle entre un *fait de la nature*, dont personne n'est responsable s'il produit un dommage quelconque, et un *fait de l'être humain*, qui engendre toujours une responsabilité, mais aussi parce que le fait qu'il existe un certain phénomène dans la nature ne nous autorise pas forcément à le reproduire artificiellement. Un tremblement de terre qui provoque des milliers de morts est un phénomène parfaitement naturel, et personne n'oserait déduire de là que nous avons le droit de causer les mêmes conséquences par des moyens techniques. Par ailleurs, le phénomène naturel des jumeaux monozygotes est rarissime et ne donne lieu qu'à deux ou trois frères. En revanche, dans le clonage, il n'y aurait en principe aucune limite au nombre de copies possibles d'un même individu, qui pourraient être des dizaines, des centaines ou des milliers. À cela ajoutons le fait que les jumeaux naissent *en même temps* et se développent de manière parallèle. Il n'y a donc pas de risque de prétendre imposer à l'un la conduite de l'autre comme «modèle». En revanche, dans le clonage il y a un *décalage temporel* entre le modèle et la copie, et c'est précisément ce décalage qui se trouve à la racine des principaux problèmes éthiques soulevés par la technique¹⁴. Le clone est en effet le double d'une personne qui a déjà existé, qui a développé ses possibilités intellectuelles, sportives, artistiques ou autres. Et la finalité – explicite ou non – du clonage consiste précisément à ce que le clone reproduise les qualités exceptionnelles du modèle, car autrement y aurait-il jamais eu recours à un procédé aussi complexe et coûteux?

¹³ A. ROSE, «Reproductive Misconception: Why Cloning is not just Another Assisted Reproductive Technology», (1999) 48 *Duke Law Journal* 1133, arrive à la même conclusion.

¹⁴ H. JONAS, *loc. cit.*, note 7, 189.

Il est vrai que l'élément génétique –le «génotype»– n'est pas *tout* dans la constitution de la personnalité et que l'influence du milieu socioculturel et familial – le «phénotype» – est autant ou même plus important que le premier. C'est pourquoi l'idée de reproduire une certaine personnalité relève en bonne partie du domaine de l'utopie, car il ne sera jamais possible de reproduire à la perfection les conditions historiques dans lesquelles un certain génie a vécu. Qui nous assure qu'un clone de Mozart s'intéressera vraiment à la musique? Qui pourrait nous garantir que, en se voyant poussé à un certain type de conduite, il ne réagira pas plutôt par le refus de suivre le chemin tracé à l'avance? Cependant, il est raisonnable de s'attendre que, partant du génotype d'un individu doué de conditions extraordinaires, surtout lorsqu'il s'agit de conditions physiques, il y ait plus de chances de parvenir au résultat escompté. Cette expectative sera peut-être le moteur le plus fort du recours au clonage, car la fécondation artificielle utilisée dans l'élevage bovin, avec de bons résultats, afin de reproduire les meilleurs animaux ne fait-elle pas partie de notre réalité aujourd'hui? Il ne faut donc pas trop sous-estimer l'expectative implicite dans le recours au clonage, qui consiste à dupliquer les «meilleurs» exemplaires humains.

3. — Le clonage thérapeutique et la protection de l'embryon humain

En ce qui concerne le clonage thérapeutique, les arguments pour et contre nous renvoient à une discussion vieille d'une vingtaine d'années, soit celle qui est relative à la légitimité des recherches sur l'embryon. La question se pose de nos jours avec toute son acuité parce que l'intérêt pour les applications thérapeutiques des cellules souches embryonnaires (*embryonic stem cells*) a énormément grandi au cours des dernières années. Au mois de novembre 1998, deux équipes de chercheurs américains ont annoncé simultanément qu'ils avaient réussi, par des procédés différents, à isoler et à mettre en culture des cellules souches embryonnaires. Ces cellules possèdent l'extraordinaire capacité d'être *pluripotentes*, c'est-à-dire qu'elles peuvent devenir n'importe quel type de tissu ; en même temps, elles sont «immortelles», au sens qu'elles peuvent se reproduire de manière indéfinie et servir ainsi à renouveler les tissus d'un individu tout au long de sa vie. En particulier, elles pourraient être utilisées dans le traitement de diverses maladies dues à des lésions cellulaires (Parkinson, Alzheimer, diabète, dystrophie musculaire, etc.) ou encore apporter une solution décisive au problème du manque d'organes pour transplantation.

L'utilisation des cellules souches embryonnaires soulève cependant des problèmes éthiques et juridiques importants, du moment que les embryons doivent

être détruits pour en prélever les cellules qu'ils contiennent. Dès lors, la réponse à ce débat dépend entièrement de la valeur que nous reconnaissons à l'embryon humain. Si l'on part de l'idée qu'un embryon ne mérite aucun respect spécial et qu'il «n'a pas plus de valeur que les cellules de la peau d'un adulte¹⁵», son utilisation comme simple matériau biologique ne pose pas alors de problèmes éthiques. Si, au contraire, l'idée de base est que l'embryon, en tant que vie humaine en formation, doit être respecté, une telle instrumentalisation de sa vie est difficilement acceptable. N'oublions pas qu'il s'agit de vies humaines qui sont produites *en vue* d'être détruites. Dès lors, ainsi que le souligne le généticien français Axel Kahn, il semble clair que «la fabrication de clones d'embryons humains en tant que source de greffes cellulaires revient sans conteste à réifier l'embryon¹⁶». Bien que le problème de la chosification de l'embryon humain ne soit pas nouveau, car il se pose déjà à propos des embryons surnuméraires des fécondations *in vitro*, il sera certainement aggravé par la pratique du clonage¹⁷.

Force est de constater que les normes juridiques existantes, sur le plan tant national qu'international, tendent à accorder une certaine protection de l'embryon humain, au moins en interdisant la production délibérée d'embryons pour la recherche. C'est notamment le cas de la *Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine* (art. 18). Par ailleurs, soulignons aussi, comme le rappelle le *Rapport sur le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires*, élaboré au sein du Parlement français, que «la séparation entre clonage reproductif condamné et clonage thérapeutique autorisé mérite d'être nuancée puisque ce dernier met en cause les finalités qui peuvent être assignées à l'utilisation des embryons¹⁸». Il convient de se souvenir du fait que la première étape de la technique est *exactement la même* dans les deux cas. Voilà pourquoi il ne faut pas sous-estimer le risque de dérapage du clonage thérapeutique vers le clonage reproductif : «lorsque des milliers de tels embryons seront obtenus pour préparer des populations cellulaires, il ne suffira plus que d'en transplanter certains dans des utérus pour, peut-être, conduire à la naissance de bébés clonés¹⁹».

La solution à ce dilemme serait sans aucun doute de parvenir à reprogrammer des cellules adultes sans avoir à passer par la création d'un embryon. Des recherches sérieuses vont déjà dans ce sens. Le but est de faire perdre la

¹⁵ J. SAVULESCU, «Should we Clone Human Beings? Cloning as Source of Tissue for Transplantation», *Journal of Medical Ethics*, vol. 25, 1999, p. 93.

¹⁶ A. KAHN, «Le clonage thérapeutique est-il légitime?», *Libération*, 5 décembre 2000.

¹⁷ Voir S. LE BRIS et M. HIRTLE, «Ethical and Legal Aspects of Human Cloning: Comparative Approaches», dans B.M. KNOPPERS (dir.), *Socio-Ethical Issues in Human Genetics*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 308.

¹⁸ A. CLAEYS et C. HURIET, *Rapport sur le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires*, Paris, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 24 février 2000.

¹⁹ A. KAHN, *loc. cit.*, note 16.

différenciation à des cellules souches d'individus adultes pour qu'elles deviennent non pas totipotentes, mais pluripotentes. Cela signifie qu'elles n'auront pas la potentialité de devenir un individu complet, c'est-à-dire un embryon, mais seulement le type de tissu nécessaire à une intervention²⁰.

4. — Un aperçu de droit comparé

Au cours des dernières années, un certain nombre de normes juridiques nationales et internationales ont été adoptées en vue de prévenir le clonage humain. Remarquons que c'est la première fois que le droit, souvent accusé de lenteur par rapport à la vitesse des progrès scientifiques, est parvenu à donner une réponse avant qu'une certaine technique soit mise au point.

Sur le plan international, retenons ceci:

- 1) la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, de l'UNESCO, du 11 novembre 1997, est le premier instrument universel dans le domaine de la bioéthique²¹. Selon son article 11, «des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains, ne doivent pas être permises». Cet article pose un problème interprétatif qui n'est pas encore résolu: interdit-il seulement le «clonage reproductif», au sens de «technique de procréation», en autorisant *a contrario sensu* le clonage d'embryons humains pour la recherche ou comme source des cellules souches? Il nous semble que la réponse négative s'impose non seulement parce qu'une telle instrumentalisation des embryons peut être jugée comme plus dénigrante pour la dignité humaine que le recours au clonage comme technique de procréation, mais aussi parce que, s'il est un point sur lequel il paraît y avoir une claire majorité de positions en droit international, du moins en Europe, c'est dans la condamnation de la production délibérée d'embryons humains pour être destinés à la recherche. En témoigne la *Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine*, dont la seule norme relative aux embryons dispose précisément que «la constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite» (art. 18 (2)). C'est pourquoi nous croyons que, lorsque l'article 11 de la Déclaration de l'UNESCO fait référence au «clonage à des fins de reproduction d'êtres humains», il doit être interprété dans le sens qu'il interdit toute obtention par clonage d'un *individu complet*, c'est-à-dire d'un embryon, indépendamment de

²⁰ C. BJORNSEN et autres, «Turning Brain into Blood: a Hematopoietic Fate Adopted by Adult Neural Stem Cells in Vivo», *Science*, vol. 283, 1999, p. 534; D. CLARKE et autres, «Generalized Potential of Adult Neural Stem Cells», *Science*, vol. 288, 2000, p. 1660.

²¹ Certes, ce document est une «déclaration» et non une «convention». C'est pourquoi il n'a pas de force contraignante et sa valeur est plus morale que juridique. Cependant, il ne faut pas sous-estimer son importance. Il existe bien d'autres déclarations, telle la *Déclaration universelle des droits de l'homme* adoptée par les Nations unies en 1948, qui, avec le temps, sont parvenues à exercer une influence décisive comme source de droit.

la *finalité ultime* pour laquelle il serait produit (réalisation d'un projet parental, utilisation dans la recherche ou comme source de tissus, etc.). En revanche, l'article 11 autorise *a contrario sensu* le clonage au sens large, c'est-à-dire le procédé orienté en vue d'obtenir des répliques de séquences d'ADN, de cellules ou de tissus, qui ne soulève pas de problèmes éthiques;

- 2) la *Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine*, du Conseil de l'Europe, signée à Oviedo, en Espagne, le 4 avril 1997, est le premier instrument juridique international en matière de bioéthique qui est doté de force contraignante²². Ce document a été complété à Paris le 12 janvier 1998 par un protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains. Après avoir considéré que «l'instrumentalisation de l'être humain par la création délibérée d'êtres humains génétiquement identiques est contraire à la dignité de l'homme et constitue un usage impropre de la biologie et de la médecine», ce protocole interdit «toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort» (art. 1). Il précise que l'expression «être humain génétiquement identique à un autre être humain» signifie un être humain «ayant en commun avec un autre l'ensemble des gènes nucléaires» (art. 2). L'avant-projet du protocole en question interdisait l'intervention ayant pour objet de créer «une *personne*» génétiquement identique à une autre. Toutefois, le texte définitif a préféré l'expression «être humain», qui permet plus facilement d'y inclure l'embryon. En effet, indépendamment des débats sans fin sur son statut de «personne», il est clair que l'embryon humain est, par définition, un individu biologiquement humain. Certes, le document laisse à chaque État le soin de décider ce qu'il entend par la notion d'«être humain»²³. Cependant, comme nous l'avons déjà souligné, l'article 18 de la Convention interdit *toute* création d'embryons pour la recherche, sans spécifier le procédé par lequel les embryons sont produits (fécondation *in vitro*, clonage, etc.). Cela semble exclure la licéité du clonage thérapeutique, car il implique forcément la création d'embryons pour être destinés à la recherche;

²² Il ne faut pas confondre le Conseil de l'Europe avec l'Union européenne. Le premier est une organisation intergouvernementale qui compte aujourd'hui 41 États membres et dont l'objectif principal est de promouvoir la coopération européenne dans la défense des droits de la personne, de la démocratie pluraliste et du principe de la prééminence du droit. Ses organes principaux sont le Comité des ministres, l'Assemblée parlementaire et le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe. Le Conseil de l'Europe a son siège à Strasbourg. En revanche, l'Union européenne est le résultat d'un véritable processus d'intégration qui a donné lieu à une structure supranationale. En effet, les États membres consentent des délégations de souveraineté au profit des institutions communautaires. L'Union européenne compte aujourd'hui 15 États membres. Ses organes les plus importants sont le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne. Ces divers organes ont plusieurs sièges: à Luxembourg, à Bruxelles et à Strasbourg.

²³ Voir *Rapport explicatif du Protocole additionnel relatif à l'interdiction du clonage d'êtres humains*, Paris, Conseil de l'Europe, 12 janvier 1998, point 6.

- 3) le Parlement européen, organe de l'Union européenne, s'est manifesté à plusieurs reprises contre le clonage humain²⁴. Vu la proposition du gouvernement britannique d'autoriser le clonage dit «thérapeutique», il a voté le 7 septembre 2000 une résolution considérant une telle pratique contraire au respect de la dignité humaine : «le clonage thérapeutique, qui implique la création d'embryons humains aux seules fins de recherche, pose un dilemme profond et franchit sans retour une frontière dans le domaine des normes de la recherche». Le Parlement européen considère «qu'il existe d'autres moyens pour guérir les maladies graves» et «invite le gouvernement britannique à revoir sa position». Le Parlement demande en outre à la Commission européenne «qu'aucun institut de recherche impliqué dans le clonage d'embryons humains ne bénéficie d'un financement sur le budget communautaire». Il souhaite également que soit proclamée «à l'échelon des Nations unies une interdiction universelle et spécifique du clonage d'êtres humains à tous les stades de la formation et du développement».

Les principales normes juridiques nationales sont les suivantes:

- 1) la loi allemande concernant la protection des embryons, de 1990, sanctionne pénalement la pratique consistant à «provoquer artificiellement la création d'un embryon humain possédant la même information génétique qu'un autre embryon, un fœtus, ou une personne vivante ou décédée» (art. 6). Signalons que les recherches sur l'embryon sont aussi interdites (art. 2);
- 2) la nouvelle Constitution suisse du 18 avril 1999 contient un article particulier à propos des techniques de procréation médicalement assistée et de génie génétique (art. 119). Dans son alinéa 2 a, il dispose que «toute forme de clonage et toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes et embryons humains sont interdites»;
- 3) la loi britannique portant sur la fertilisation humaine et l'embryologie (*Human Fertilisation and Embryology Act*), de 1990, interdit le remplacement du noyau d'une cellule embryonnaire par le noyau d'une cellule d'un autre individu (art. 3 (3)). La loi ne prévoit donc pas le clonage effectué par transfert du noyau de la cellule somatique d'un individu adulte à un ovule, qui a été précisément la technique employée pour l'obtention de la brebis Dolly. Cependant, l'organe d'application de cette loi, la Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA) avait exprimé sa volonté de ne pas accorder de licences pour la pratique du clonage reproductif. En revanche, en décembre 1998, la HFEA et la

²⁴ PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution sur le clonage*, 12 mars 1997, *Journal officiel* C 115 du 14 avril 1997, p. 92; PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution sur le clonage humain*, 15 janvier 1998, *Journal officiel* C 34 du 2 janvier 1998, p. 164; PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution sur la décision de l'Office européen des brevets relative au clonage des êtres humains*, 30 mars 2000, *Journal officiel* C 378 du 29 décembre 2000, p. 95.

Human Genetic Advisory Commission ont demandé conjointement au gouvernement britannique d'autoriser le clonage d'embryons humains en vue de la recherche ou pour leur emploi à des fins thérapeutiques. Dans sa réponse, en juin 1999, le gouvernement avait ratifié sa position contraire au clonage reproductif, en ajoutant que la possibilité d'autoriser le clonage pour la recherche ou à des fins thérapeutiques devrait être étudiée plus soigneusement. Le 16 août 2000, le ministère de la Santé a annoncé qu'il acceptait les conclusions du rapport du comité *ad hoc* chargé d'étudier la question, qui approuve le clonage d'embryons à des fins thérapeutiques. Le 22 janvier 2001, le Parlement britannique s'est exprimé en faveur de cette technique et en vue de cela, a modifié la loi de 1990. Le Royaume-Uni est ainsi devenu le seul pays qui autorise explicitement le clonage thérapeutique²⁵;

- 4) en Espagne, l'article 161, al. 2, du *Code pénal* de 1995 sanctionne «la création d'êtres humains identiques par clonage ou autres procédés orientés vers la sélection de la race». Cette norme reprend à la lettre l'alinéa k de l'article 20 de la loi sur les techniques de procréation assistée de 1988, qui est ainsi modifiée. L'article 161 pose cependant des problèmes d'interprétation, car il serait possible de soutenir qu'il n'interdit que le clonage effectué avec une visée eugénique²⁶;
- 5) aux Etats-Unis, aucune loi fédérale n'a été encore adoptée à propos du clonage. La Californie est le seul État qui a approuvé une loi interdisant le clonage humain. Cependant, en 1997, le président Clinton a décidé d'interdire l'emploi de fonds publics fédéraux pour le clonage humain. En même temps, il a demandé à la Commission consultative nationale de bioéthique (National Bioethics Advisory Commission, NBAC), de préparer un rapport sur le sujet. La Commission, dans son rapport de juin 1997, affirme qu'«à l'heure actuelle, toute tentative de produire un enfant par transfert de noyau d'une cellule somatique, que ce soit effectué dans le secteur public ou dans le secteur privé, dans des activités de recherche ou d'activités cliniques, est moralement inacceptable». En même temps, elle recommande que le clonage soit interdit par loi pendant une période initiale de cinq ans. Dans son rapport sur les cellules souches embryonnaires, de septembre 2000, la Commission n'approuve pas le clonage d'embryons à des fins thérapeutiques;
- 6) au Canada, il n'existe pour l'instant aucune loi relative aux techniques de procréation assistée qui puisse prévoir une norme relative au clonage humain.

²⁵ Il convient de rappeler que le Royaume-Uni n'a pas signé la *Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine*. Voir en ligne la liste des pays qui ont signé la Convention: <http://conventions.coe.int/treaty/FR/cadreprincipal.htm>.

²⁶ Voir V. BELLVER CAPELLA, ¿ *Clonar ? Ética y derecho ante la clonación humana*, Grenade, Comares, 2000, p. 41 et suiv.

Le gouvernement fédéral avait créé en 1989 la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, dont le rapport final, rendu public en novembre 1993, renfermait un certain nombre de recommandations. En juillet 1995, le gouvernement fédéral a annoncé un moratoire provisoire concernant certaines applications des techniques de reproduction et de génétique. Ce moratoire était la première étape de l'élaboration d'un cadre global de réglementation des techniques. Le projet de loi C-47, *Loi sur les techniques de reproduction humaine et de manipulation génétique*, texte rédigé à la lumière du moratoire, a été déposé devant le Parlement en juin 1996. Cependant, la lecture finale n'a pu se faire avant la dissolution du Parlement, entraînée par le déclenchement des élections fédérales de 1997. Et le projet de loi n'a jamais été adopté. En 1999, le ministère de la Santé annonçait qu'un nouveau projet de loi était en préparation. Il prévoit, entre autres éléments, le principe de l'interdiction du clonage humain²⁷.

- 7) en France, les lois de bioéthique de 1994 n'ont pas prévu de manière explicite l'interdiction du clonage humain. Cependant, elles interdisent la création d'embryons humains *in vitro* pour des finalités autres que celles d'une assistance médicale à la procréation (art. 152-3 du *Code de la santé publique*) et, plus précisément, leur création aux fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation (art. L. 152-8 du *Code de la santé publique*). Ces normes font obstacle au clonage dit «thérapeutique». En revanche, elles semblent laisser ouverte la possibilité du clonage reproductif. Par voie interprétative, il serait néanmoins possible de soutenir que ce dernier est aussi illicite, car : a) il est contraire au principe du respect de la dignité de la personne (art. 16 du *Code civil*); b) le législateur français n'a entendu autoriser que les seules formes d'assistance à la reproduction humaine qui reposent sur la fusion assistée des gamètes dans le cadre d'un projet parental, car elles sont les seules mentionnées dans les normes réglementaires du *Code de la santé publique*. Le caractère limitatif des techniques de procréation rendues licites par la loi est renforcé dans la pratique compte tenu du système, pénalement sanctionné, d'autorisations par le ministre chargé de la santé, après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction, des centres pratiquant de telles activités²⁸. Il n'en reste pas moins que l'adoption d'une norme explicite serait souhaitable, pour clarifier le débat. Ajoutons à cela que le Comité consultatif national d'éthique s'est manifesté contre toute forme de clonage dans son avis du 22 avril 1997.

²⁷ Il n'est cependant pas clair si l'interdiction envisagée porte seulement sur le clonage reproductif ou si elle inclut aussi le clonage thérapeutique. Voir MINISTERE DE LA SANTE CANADA, *Aperçu des techniques de reproduction et de génétique*, [En ligne], 1999, [<http://www.hc-sc.gc.ca/francais/trg/rapport.html>].

²⁸ Voir CDBI, *Rapport informatif: Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain. Étude comparative sur la situation dans 39 pays. Clonage. Étude comparative sur la situation dans 44 pays*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2 juin 1998, p. 375.

Conclusion

La perspective du clonage humain reproductif soulève des questions éthiques et juridiques inédites, notamment celle de l'unicité de la personne et celle de la valeur que nous accordons à la biparentalité. En effet, l'éventualité de la duplication humaine nous oblige à réfléchir sur ce que nous sommes en tant que personnes, c'est-à-dire en tant qu'êtres uniques, qui ne peuvent pas être répétés. Cette réflexion nous permet d'apercevoir que nos descendants auront intérêt à ne pas voir leur constitution génétique prédéterminée par leurs prédécesseurs. Le hasard d'une combinaison génétique unique d'un homme et d'une femme, d'un père et d'une mère, tout en étant un fait contingent, n'est pas un phénomène neutre. Loin de là, la liberté des individus qui nous suivront repose précisément sur cette contingence. De ce fait, la biparentalité possède une valeur en soi et mérite de bénéficier de la protection du droit.

En même temps, il faut bien reconnaître, à l'encontre de ce qui est souvent soutenu, que le clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques soulève aussi des questions éthiques importantes. Si l'on part du principe que l'embryon, en tant que vie humaine en formation, ne mérite pas être d'être traité comme une simple «chose», il serait même possible d'estimer que ce procédé est encore plus grave que le clonage reproductif, car il implique une instrumentalisation totale des vies embryonnaires, qui sont produites pour ensuite être détruites en vue d'en extraire les cellules qu'elles contiennent. Ainsi, la recherche de techniques de rechange pour l'obtention des cellules souches semble s'imposer du point de vue de l'éthique. Enfin, dans ce nouvel effort en faveur de la justice intergénérationnelle et du respect de la vie humaine embryonnaire, le droit a certainement un rôle historique à jouer. Les années à venir nous diront s'il a réussi dans cette difficile entreprise.