

Recueil Dalloz 2003 p.2517

Faut-il interdire le clonage humain? (1)

Mireille Delmas-Marty, Professeur au Collège de France

L'essentiel

La question du clonage humain offre une occasion pour réfléchir à l'élaboration d'une éthique commune qui préparerait, à l'échelle mondiale, le passage de l'éthique au droit. Il est sans doute vrai que c'est le poids d'une interdépendance économique et scientifique croissante, plus que le souci éthique, qui pourra conduire les Etats à abandonner progressivement une parcelle de leur souveraineté. Mais il n'en reste pas moins que, par sa complexité même, le débat sur le clonage humain (reproductif ou non reproductif) peut nourrir la réflexion sur les voies et moyens d'une mondialisation non seulement économique mais aussi, au confluent de l'hominisation et de l'humanisation, d'une mondialisation résolument « humaniste ».

En termes juridiques, la question se dédouble : pourquoi interdire, au nom de quelles valeurs ? (c'est la question de la légitimité) ; comment interdire, par quel type de sanctions ? (c'est la question de l'efficacité).

Légitimité : pourquoi interdire ?

Si l'on en croit le débat qui eut lieu en 1947 à l'UNESCO entre des penseurs du monde entier (dont Pierre Theilhard de Chardin, Aldous Huxley, Mahatma Ghandhi, ou le Chinois Lo Chung Sho), en marge de l'élaboration de la DUDH  (2), la question du fondement éthique des droits de l'homme devrait être soigneusement évitée car elle est sans réponse. Jacques Maritain, dans son introduction, résumait le débat en disant, malicieusement, qu'un accord sur les droits de l'homme semble possible, mais à la condition que personne ne demande pourquoi.

La question de l'interdiction du clonage humain est encore plus incertaine car elle renvoie à des interventions que l'on croit possibles, mais sans les avoir encore pleinement réalisées, et le risque de « sous-détermination de la théorie par les faits », pour reprendre l'expression d'Henri Atlan, n'en est que plus fort. Il est donc prudent de distinguer dans la réponse deux techniques très différentes : le clonage reproductif et le clonage non reproductif, dit thérapeutique.

Dans le premier cas, en favorisant une reproduction asexuée, on finirait par modifier, si la pratique se généralisait, les caractéristiques biologiques de l'humanité, donc le processus d'*hominisation* de l'espèce humaine. Dans le second, on utiliserait le matériel biologique existant, de façon à reproduire par culture des cellules génétiquement identiques à la cellule initiale, pour des applications en recherche et en médecine. La question éthique se réfère alors au processus d'*humanisation*, c'est-à-dire à la construction symbolique qui sépare l'homme des autres espèces vivantes et place le refus de l'instrumentalisation de l'homme au-dessus des autres valeurs, y compris la vie. Je rappelle que juridiquement la protection de la vie n'a pas un caractère absolu : la peine de mort n'est que partiellement abolie, en outre les exceptions de la guerre et de la légitime défense sont admises par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme ; en revanche sont interdits sans exception ni dérogation, quelles que soient les circonstances, la torture, l'esclavage, ou

encore les crimes « contre l'humanité » (qui n'impliquent pas nécessairement le meurtre, l'assassinat ou l'extermination). Mais l'utilisation de cellules du corps humain, qui est la base même de toute la recherche biomédicale, ne saurait être d'emblée assimilée à la torture, à l'esclavage ou au génocide, qu'il s'agisse de cellules adultes ou même, le cas échéant, de cellules dites « embryonnaires » (bien que non fécondées).

Il faut aussi tenir compte des enjeux scientifiques et économiques, donc à la fois de la dynamique créée par l'esprit de compétition et des risques liés aux inégalités sociales. Ayant entrepris une recherche comparative sur le clonage humain (3), nous fûmes étonnés de constater qu'un pays déjà surpeuplé comme la Chine s'intéressait au clonage humain, y compris le clonage reproductif. Nous avons vite compris qu'il s'agissait d'affirmer la qualité de la recherche scientifique et de conquérir un marché potentiel considérable (4). D'ailleurs, la séparation entre un secteur public réglementé et un secteur privé libre relève sans doute aux Etats-Unis de considérations analogues.

En outre, les arguments éthiques eux-mêmes s'enchevêtrent. Quand il porte sur des cellules embryonnaires, le clonage non reproductif peut faciliter des pratiques clandestines de clonage reproductif : c'est la théorie dite de la pente glissante, dont on se demande parfois si elle n'est pas érigée en méthode législative, comme une façon d'acclimater l'opinion à des pratiques que l'on légalise ensuite dans un deuxième temps (5). A l'inverse, le clonage reproductif n'est pas seulement une forme de dénaturation. En dépit du code pénal français qui distingue le crime « contre l'espèce humaine », du crime « contre l'humanité », on peut considérer que le clonage reproductif, comme l'eugénisme, est une forme d'instrumentalisation (6) car il implique la volonté d'une personne de prédéterminer le patrimoine génétique d'une autre, donc de réduire l'espace dans lequel s'exercera la liberté de ses choix. Façon d'affaiblir la part d'indétermination qui se nomme liberté et fut considérée, de la Renaissance à nos jours, comme fondement de la dignité humaine (7). Qu'elle soit réelle ou apparente, cette indétermination paraît indispensable à l'humanisation car elle nourrit le sentiment de liberté qui fonde la responsabilité morale. Même Henri Atlan, qui postule un déterminisme absolu et identifie l'invocation du hasard au désespoir de cause, considère l'arbitraire du hasard « préférable à l'arbitraire d'un choix » (8).

Il reste que les représentations qui conditionnent et encadrent les processus d'humanisation varient selon les cultures et les croyances. Nos collègues chinois nous ont ainsi expliqué qu'ils n'éprouvaient pas les mêmes difficultés qu'en Occident à admettre le clonage humain, n'adhérant pas à la croyance de la création de l'homme par intervention divine : « pourquoi ne lancerait-on pas bravement des défis à Dieu ? ». Ils ne sont pas dupes pour autant de leur propre culture et reconnaissent que la tradition chinoise, en particulier le confucianisme, peut conduire à démontrer des thèses contraires : soit que le clonage reproductif doit être interdit, parce qu'il brise les rapports conjugaux et les rapports de filiation ; soit, à l'inverse, qu'il doit être encouragé, parce qu'il permet de s'assurer une descendance (9).

Faisant observer que le clonage humain est en réalité un défi, non pas à l'autorité de Dieu mais à la nature et à la dignité de l'humanité, et qu'il y va de l'intérêt de tous, y compris des générations futures, de l'interdire, nos collègues chinois concluent que l'utilisation des ressources culturelles est nécessaire mais pas suffisante : « le contexte de formation et de développement de chaque culture est très éloigné de la vie contemporaine et on ne peut le transposer à l'époque actuelle ».

En pratique, malgré l'objectif d'intérêt commun, les Etats restent divisés à propos du clonage non reproductif, domaine où la compétition scientifique et les pressions économiques sont les plus fortes. Certes le Groupe européen d'éthique des sciences de la vie et des nouvelles technologies propose de limiter la brevetabilité des cellules souches aux véritables inventions comportant modification par rapport à l'état naturel (10) ; il prévoit également l'obligation pour le titulaire du brevet d'accorder une licence d'exploitation lorsque certains intérêts publics, parmi lesquels la santé, sont en jeu ; enfin il recommande, si le clonage dit thérapeutique devait se développer, un examen éthique spécifique de la question de l'accès

à de justes soins (11). Mais, s'agissant des cellules souches embryonnaires, les Etats sont divisés sur l'interprétation à donner à la directive européenne du 6 juillet 1998 sur la protection juridique des inventions biotechnologies qui exclut les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public, et notamment « des procédés de clonage des êtres humains ». *A fortiori* les Etats sont-ils divisés en dehors de l'Europe. L'Accord sur les droits de la propriété intellectuelle relatifs au commerce international (ADPIC, 1994) prévoit l'exclusion des inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs mais la définition de cette clause est laissée aux Etats qui en font un usage modéré. Ainsi la loi chinoise sur les brevets (1984) comporte une clause préservant l'ordre public et le « Guide d'examen » (2001) s'inspire de la directive européenne pour exclure expressément le clonage reproductif humain, mais sans préciser si les inventions sur le clonage thérapeutique sont brevetables.

En revanche un consensus de la communauté internationale semble se dessiner en faveur de l'interdiction du clonage reproductif humain. Dès 1997, la Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme, malgré la rédaction prudente de l'article 11, témoignait d'une réprobation à l'échelle mondiale. Peu après (en 1998), le protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe sur *Les droits de l'homme et la biomédecine* posait explicitement le principe de l'interdiction de ce type de pratiques. A l'échelle de l'Union européenne, l'interdiction est reprise à l'article 3-2 de la Charte des droits fondamentaux et réaffirmée, dans le prolongement de la directive, par l'avis du Groupe européen d'éthique sur la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines (point 2.5, La question du clonage). Enfin une proposition franco-allemande d'interdiction mondiale, déposée à l'ONU, est à l'étude.

Même limité au clonage reproductif, ce consensus est pourtant plus apparent que réel car les textes internationaux se contentent de poser l'interdiction sans en punir la transgression et les rares projets nationaux (comme le projet français) qui prévoient de punir le clonage humain ne peuvent à eux seuls régler un tel problème, à l'heure de la globalisation scientifique et économique. D'où la seconde question, incontournable, celle de l'efficacité.

Efficacité : comment interdire ?

A la différence de l'interdit moral, l'interdiction juridique n'a de sens que si les transgressions sont sanctionnées. Que l'on soit conduit à réglementer le clonage non reproductif pour éviter les risques de dérives, ou à interdire le clonage reproductif au nom de l'humanité, la difficulté est que les recherches sont largement mondialisées alors que les systèmes de droit restent inscrits pour l'essentiel dans une stricte identité du droit à l'Etat (12). Mais la réponse n'est sans doute pas identique dans les deux cas.

Quant au clonage non reproductif, la division est telle que l'unification juridique semble exclue. En revanche on pourrait tenter d'harmoniser les droits nationaux autour de valeurs communes (vie privée, égalité, non-discrimination, droit à la santé). Pour protéger ces valeurs, un dispositif international spécifique interdirait, par exemple, l'implantation *in vivo* des cellules clonées, afin d'éviter la fameuse pente glissante, du clonage dit thérapeutique au clonage reproductif. Et le droit des brevets, même s'il ne constitue qu'un garde-fou très imparfait car il obéit à sa logique propre (13), pourrait aussi être amélioré, au moins pour réduire le risque d'inégalités sociales en limitant les prérogatives du titulaire de brevets des principes communs. Sans imposer une législation uniforme, de tels principes pourraient, par exemple, exclure un monopole trop large englobant inventions futures et hypothétiques, qui risque d'engendrer à terme un blocage de la recherche ; ou encadrer les prix, pour ne pas réservier les techniques de soins ou les produits brevetés à une partie seulement de la population. Moins ambitieuse que l'unification, l'harmonisation reconnaît une sorte de droit à la différence sous la forme d'une « marge nationale d'appréciation ». Pour éviter l'arbitraire, l'ampleur de cette marge doit cependant être déterminée en fonction d'un certain nombre de critères, éthiques, sanitaires et économiques, et contrôlée par une instance internationale.

Quant au clonage reproductif, s'il y a consensus pour l'interdire, il ne suffira pas d'exclure la brevetabilité pour assurer l'efficacité de l'interdiction. D'où la nécessité de sanctions pénales au cas de transgression de l'interdiction du clonage reproductif. La création de tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (1993 pour l'ex-Yougoslavie et 1994 pour le Rwanda), puis d'une Cour pénale internationale (convention de Rome, 1998, entrée en vigueur en 2002), entrouvre une voie pour les crimes internationaux définis comme crimes contre l'humanité. Il serait concevable d'étendre la définition du crime contre l'humanité aux pratiques de clonage reproductif : soit en reprenant les conditions inscrites dans la convention de Rome (pratique « généralisée ou systématique » menée « en connaissance de cause » à l'échelle d'une « population civile ») ; soit de façon autonome, en considérant que même des faits isolés de clonage doivent être poursuivis. La future convention interdisant le clonage reproductif pourrait poser un principe de subsidiarité, donnant compétence à la Cour pénale internationale (ou à un tribunal *ad hoc*) lorsque les juridictions nationales n'ont pas les moyens ou la volonté d'agir. Le souci d'efficacité devrait sans doute inciter (comme dans le projet français) à admettre l'extra-territorialité (sans référence à la réciprocité) et à étendre la responsabilité pénale aux personnes morales. Et la mise en cause des Etats qui organisent ou tolèrent de telles pratiques devrait être rendue possible en application d'un protocole additionnel aux pactes de l'ONU sur les droits de l'homme.

Ainsi la question « faut-il interdire le clonage humain ? » offre-t-elle une excellente occasion pour réfléchir à l'élaboration d'une éthique commune qui prépareraient, à l'échelle mondiale, le passage de l'éthique au droit.

En incitant à se garder de deux illusions - l'illusion souverainiste face à la mondialisation des pratiques et l'illusion d'une autonomie éthique face aux enjeux économiques -, l'exemple du clonage humain démontre la nécessité d'un dispositif juridique mondial, mais à géométrie variable : uniifié pour interdire le clonage reproductif et harmonisé pour réglementer le clonage non reproductif. L'objectif devrait être de le rendre opposable aux forces politiques et économiques, c'est-à-dire aux Etats et aux entreprises transnationales. Un tel objectif supposerait une coordination entre les droits fondamentaux (ONU), y compris en matière de santé (OMS), et les règles applicables au commerce (OMC) et à la propriété intellectuelle (OMPI). Le débat qui a eu lieu lors de la Conférence de l'OMC à Cancun montre l'ampleur de la difficulté. C'est néanmoins la condition pour passer de l'éthique au droit.

En conclusion, il est sans doute vrai que c'est le poids d'une interdépendance économique et scientifique croissante, plus que le souci éthique, qui pourra conduire les Etats à abandonner progressivement une parcelle de leur souveraineté. Mais il n'en reste pas moins que, par sa complexité même, le débat sur le clonage peut nourrir la réflexion sur les voies et moyens d'une mondialisation non seulement économique mais aussi, au confluent de l'hominisation et de l'humanisation, d'une mondialisation résolument « humaniste ».

Mots clés :

PERSONNE HUMAINE * Corps humain * Clonage * Clonage reproductif * Clonage thérapeutique * Interdiction

(1) « Faut-il interdire le clonage humain ? », Les Entretiens du XXIe siècle, UNESCO, 10 septembre 2003.

(2) Rapport terminé en juillet 1947 et publié à Londres en 1949 : *Human rights, comments and interpretations*, Wingate.

(3) Clonage humain, droits et sociétés, étude franco-chinoise, dir. M. Delmas-Marty et Zhang Naigen, vol. I - Introduction, SLC 2002, p. 46 s. ; vol. II - Comparaison, à paraître 2004.

(4) Xie Jianping et autres, Biotechnologies liées aux cellules souches et protection de la propriété intellectuelle en Chine, *in* Clonage humain..., préc., vol. I, p. 164 s.

(5) N. Fresco, Protestation, acclimatation, *in* H. Atlan, M. Augé, M. Delmas-Marty, N. Fresco et R.-P. Droit, Le clonage humain, Seuil, 1999, p. 173 s.

(6) Conseil d'Etat, Réflexions sur le droit de la santé, Rapport 1998, p. 282 s.

(7) Pic de la Mirandole, Discours sur la dignité de l'homme, Oeuvres philosophiques, PUF, 1993, p. 3 s.

(8) H. Atlan, Les étincelles du hasard, Seuil, 2000, p. 365 ; La science est-elle inhumaine ? Essai sur la libre nécessité, Bayard, 2002.

(9) Shen Mingxian, La culture traditionnelle chinoise et le clonage humain, *in* Clonage humain, droits et sociétés, préc., vol. II, à paraître.

(10) Avis 25 septembre 1996, « Aspects éthiques de la brevetabilité des inventions portant sur des éléments d'origine humaine » ; 7 mai 2002, « Aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines ».

(11) *Ibid.*, point 2.9.

(12) M. Delmas-Marty, Le relatif et l'universel, I, Annuaire du Collège de France, 2002-03, à paraître.

(13) C. Noiville, Clonage reproductif et droit des brevets, *in* Clonage humain..., vol. II, préc., à paraître.