

UNIVERSITE NANCY II
Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion

LE CLONAGE ET LE DROIT PENAL

Mémoire présenté par :

Jean-Baptiste THIERRY

Sous la direction de :

Monsieur Bruno PY, Maître de Conférences

Pour l'obtention du DEA de Sciences criminelles

Année 2000-2001

« La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur. »

PRINCIPALES ABREVIATIONS :

- ALD : Actualité législative Dalloz
- art. : article
- Ass. plén. : Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
- Bull. : Bulletin
- Bull. Acad. Natle Méd. : Bulletin de l'Académie nationale de médecine
- Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
- Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
- Bull. inf. C. cass. : Bulletin d'information de la Cour de cassation
- C. : Code
- c/ : contre
- C. civ. : Code civil
- C.C.N.E : Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé
- CEDH : Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
- C. fam. : Code de la famille et de l'aide sociale
- chron. : chronique
- Cons. const. : Décision du Conseil constitutionnel
- Conv. EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
- Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme
- C. pén. : Code pénal
- C. propr. intell. : Code de la propriété intellectuelle
- Crim. : Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
- C. santé publ. : Code de la santé publique
- D. : Recueil Dalloz
- Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
- Dict. perm. B&B : Dictionnaire permanent Biotechnologies et Bioéthique
- Dr. pénal : Droit pénal
- éd. : éditions
- *infra* : ci-dessous
- IR : Informations rapides du Recueil Dalloz
- J.-Cl Pénal : Juris-Classeur de droit pénal
- JCP : Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
- JDI : Journal de droit international (Clunet)
- JO : Journal officiel
- Méd&Droit : Médecine et Droit
- n° : numéro
- obs. : observations
- OEB : Office européen des brevets

- *op. cit.* : *opere citato*
- p. : page
- préc. : précité
- rapp. : rapport
- RD publ. : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
- Rev. gén. droit méd. : Revue générale de droit médical
- Rev. sc. crim. : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
- RID comp. : Revue internationale de droit comparé
- RID pén. : Revue internationale de droit pénal
- RIEJ : Revue interdisciplinaire d'études juridiques
- RRJ : Revue de recherche juridique – Droit prospectif
- RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
- spéc. : spécialement
- *supra* : ci-dessus
- t. : tome

SOMMAIRE

Titre premier : CLONAGE ET PROTECTION DE L'ÊTRE HUMAIN EN DROIT POSITIF	16
Chapitre 1 : Les acquis du droit positif	16
Section I : La protection de la vie et de l'intégrité physique.....	16
Section II : La permanence des notions classiques.....	28
Chapitre 2 : Les interrogations nouvelles	37
Section I : Une applicabilité relative des qualifications symboliques.....	37
Section II : Une remise en cause de définitions usuelles.....	45
Titre second : CLONAGE ET PROTECTION DE L'ÊTRE HUMAIN EN DROIT PROSPECTIF	54
Chapitre 1 : Le clonage reproductif	54
Section I : Le droit français ou l'horreur du clone.....	54
Section II : Le droit international ou la crainte du clone.....	62
Chapitre 2 : Le clonage thérapeutique	71
Section I : L'actuelle prohibition.....	71
Section II : Vers une prochaine autorisation ?.....	78

Le 23 février 1997, la terre apprend l'existence de Dolly, brebis née le 5 juillet 1996. Cette innocente agnelle de sept mois accède à la célébrité et secoue le monde entier, bien involontairement sans doute. Quelle était la raison de toute cette agitation, quelque peu retombée depuis mais toujours alerte ? On peut raisonnablement exclure l'hypothèse d'une prise de position contre le vedettariat des animaux, d'autres animaux célèbres ayant précédé celle-là. Est-ce alors parce que Dolly est une brebis clonée ? Il y a là une part de vérité, mais le clonage existe depuis les années 1950 et personne, si ce n'est le petit monde de la littérature, n'en faisait grand cas. L'explication réside dans le fait que Dolly est le premier mammifère obtenu à l'aide d'une cellule adulte différenciée et qu'elle est la copie génétique d'une autre brebis bien anonyme. Dolly est la preuve vivante qu'une cellule différenciée, adulte, peut se comporter comme une cellule embryonnaire lorsque son noyau est placé dans un ovocyte préalablement énucléé. Elle est la confirmation d'une hypothèse émise dès 1938 par Hans Spemann¹. Jusqu'à Dolly, on pensait qu'un noyau de cellule adulte ne pouvait être remis dans un état embryonnaire pour s'engager dans un cycle de division aboutissant à la création d'un embryon puis d'un animal viable. L'agitation suscitée est due au fait que sitôt la naissance annoncée, la transposition de la technique à l'homme a été immédiatement envisagée et les pires craintes sont apparues, si ce n'est la pire crainte : la fin de la reproduction sexuée traditionnelle.

Qu'est-ce alors que le clonage ? Le terme unique regroupe différentes techniques et il convient de les différencier. Ces techniques consistent toutes à produire un ou plusieurs individus possédant des gènes identiques à l'organisme à partir duquel le clonage a été réalisé. Au niveau végétal, les clones sont souvent utilisés et n'ont rien d'extraordinaire. Le bouturage consiste à planter la pousse d'une plante qui formera un végétal entier, identique à celui sur lequel la pousse a été prélevée. Ainsi les arbres fruitiers, les arbustes décoratifs sont toujours des copies conformes de la meilleure plante trouvée. La technique est la suivante : on prélève une cellule sur le végétal, cellule que l'on cultive *in vitro* et qui engendre un nouveau végétal identique à celui sur lequel la cellule a été prélevée. Au niveau animal, et donc humain, il existe trois techniques permettant d'aboutir à ce résultat. La première, la « gémellité monozygote », consiste en la séparation d'un embryon de quelques cellules en plusieurs parties, chaque partie ayant le potentiel d'engendrer un organisme distinct, tous les organismes obtenus étant génétiquement identiques : il s'agit de l'imitation artificielle du phénomène naturel des jumeaux monozygotes. La deuxième

¹ Prix Nobel de médecine en 1935. L'ironie du sort veut que ce savant allemand adhère aux thèses d'Adolf Hitler.

méthode est appelée « clonage par transfert de noyau embryonnaire » et consiste à transférer dans un ovocyte énucléé le noyau d'une cellule provenant d'un embryon. La troisième méthode, la plus originale, est le « clonage embryonnaire par transfert de noyau provenant d'un organisme adulte ». C'est la méthode utilisée pour obtenir Dolly : nul besoin d'acte de procréation, l'embryon est obtenu par la fusion du noyau de la cellule (ou de la cellule elle-même) avec un ovocyte énucléé. Le cadre technique et théorique étant posé, quel est l'état de la science ?

Dans le domaine végétal, les techniques de clonage ne posent pas de problème et le but est en fait de pouvoir obtenir des plantes modifiées, génétiquement identiques. Il faut pouvoir disposer de différentes techniques pour pouvoir multiplier les meilleures obtentions végétales. Le problème est que ces manipulations sont onéreuses. L'heure est donc au clonage par voie de graines : l'apomixie². Cette méthode consiste à ce que le gamète femelle se développe en un embryon inclus dans la graine sans avoir été fécondé par le gamète mâle. L'intérêt de cette méthode est qu'il s'agit d'un mode de reproduction naturel pour de nombreuses espèces. Ces végétaux font à l'état naturel ce que les horticulteurs font en laboratoire : le coût est moindre.

Dans le domaine animal, la situation est plus complexe³. En ce qui concerne la méthode dite de la gémellité monozygote, la création artificielle de jumeaux est maîtrisée. Ainsi, chez les ovins et les bovins, la scission de l'embryon est réalisée sur un embryon âgé de cinq à six jours. Les embryons réimplantés dans une femelle porteuse se révèlent viables et se développent en animaux normaux. Pour la méthode de clonage par transfert de noyau embryonnaire, plusieurs expériences ont été menées avec succès, mais pas systématiquement. Ainsi chez la souris, des noyaux prélevés sur des embryons au stade de huit cellules puis implantés dans des œufs énucléés n'ont pas permis le développement de ces œufs. En revanche, les chercheurs de l'Institut National de Recherche Agronomique ont obtenu en 1989 la naissance d'agneaux qui étaient issus de cette méthode ; en 1990, ils ont obtenu six lapins identiques obtenus à partir d'un seul embryon. Cette technique n'est pas parfaite et n'est que peu utilisée ; ainsi une estimation évalue le nombre total de veaux obtenus de 2 500 environ dans le monde entier. Enfin, la technique du clonage par transfert de noyau provenant d'une cellule adulte est celle que l'on tente aujourd'hui de développer et que l'on craint de voir appliquée à l'homme. Dolly est issue de la fusion entre une

² Y. Savidan, *L'apomixie, ou le clonage par les graines*, Biofutur n°198 mars 2000 p. 38.

³ Les descriptions faites sont tirées de l'avis n°54 du C.C.N.E, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, Les Cahiers du CCNE n°12, 1997 p.17, également disponible sur le site Internet du C.C.N.E : www.ccne-ethique.org ; J-P Renard et X. Vignon, *Le clonage : état de l'art*, Pour la Science n°279 janv. 2001, p. 40 ; S. Chastant-Maillard, *Le clonage animal*, La revue du praticien 1999.49 p. 2188.

cellule prélevée sur une glande mammaire⁴ et un ovocyte énucléé, mais elle est la seule rescapée sur 277 essais. Depuis cette expérience, le clonage a été réussi à partir de cellules différenciées sur la souris, la chèvre, la vache et le porc. Mais l'efficacité du clonage est faible : peu d'embryons reconstitués se développent normalement à terme⁵. Ainsi chez la souris, moins de 2% des embryons reconstitués se développent en jeunes viables. L'efficacité oscille entre 0,2 et 1,6 % selon l'espèce concernée. Il existe également une différence selon les cellules utilisées. La mortalité est précoce ou intervient parfois après la naissance. Les animaux peuvent avoir une taille excessive des organes, sont sujets à des détresses respiratoires, des troubles du rythme cardiaque, ou des déficits immunitaires. Le problème est que l'on ignore en grande partie la cause de ce faible taux de réussite et de l'inefficacité globale du clonage. L'intérêt du clonage reproductif est de lier cette technique à la transgénèse. Ainsi l'insertion d'un gène dans le noyau d'une cellule avant d'utiliser celui-ci pour le clonage permet d'obtenir des animaux génétiquement modifiés présentant un grand intérêt pour la recherche puisque les scientifiques ont ainsi la possibilité d'avoir à leur disposition des populations d'animaux témoins tous génétiquement identiques. De même peut-on envisager l'obtention d'une population d'animaux produisant des protéines à usage thérapeutique. Dolly est ainsi à l'origine de Polly et Molly, deux brebis transgéniques qui produisent une protéine d'intérêt thérapeutique dans leur lait. La maîtrise de cette technique est l'un des grands enjeux scientifiques et commerciaux des prochaines années. Elle comporte également des promesses moins mercantiles⁶ : ainsi en novembre 2000, une vache a donné naissance à un clone d'une espèce en voie de disparition, un gaur. Le but est de cloner des espèces menacées pour éviter qu'elles ne disparaissent. L'intérêt est écologiquement non négligeable car des espèces peu fécondes dans les zoos pourraient ainsi être préservées et réintroduites dans leur habitat naturel.

Qu'en est-il du clonage humain ? Il convient de distinguer le clonage reproductif du clonage thérapeutique. Le clonage humain peut en théorie être effectué selon les trois méthodes énoncées précédemment. Toutes trois nécessitent la manipulation d'un embryon et entreront donc ensemble dans l'analyse juridique qui sera faite dans les développements suivants. Le clonage reproductif a pour finalité d'aboutir à la naissance d'un individu. Le clonage dit thérapeutique n'a pas pour but d'obtenir la naissance d'un tel individu. La notion de clonage thérapeutique recouvre elle-même deux techniques. La première consiste

⁴ Là est l'origine du nom de la célèbre brebis, les scientifiques ne manquant pas d'humour puisqu'ils se sont ainsi référés à la chanteuse de *country-music* Dolly Parton et ses atouts féminins proéminents.

⁵ J-P Renard, *Transfert de noyaux et différenciation cellulaire : l'apport du clonage à l'étude des cellules souches embryonnaires*, Bull. Acad. Natle Méd. 2000, 184, n°6, p. 1155.

⁶ R. Lanza, B. Dresser, P. Damiani, *Le clonage de l'arche de Noé*, Pour la Science n°279 janv. 2001, p. 46.

en la production et la culture de cellules d'origine embryonnaire ou adulte qui ne peuvent donner lieu par elles-mêmes à la constitution d'un embryon. La seconde consiste en la production d'embryons dont le développement serait arrêté à un stade plus ou moins précoce pour obtenir des cellules immuno-compatibles à des fins de thérapie cellulaire. Les cellules d'origine embryonnaire ou adulte sont appelées des cellules souches et ont un grand potentiel thérapeutique et donc commercial. Des lignées de cellules souches adultes ou embryonnaires existent déjà. La recherche sur les cellules souches adultes a connu des développements intéressants, développements qui permettraient d'éviter le recours éthiquement discuté à l'embryon.

Peu après la naissance de Dolly, une équipe sud-coréenne avait annoncé avoir obtenu, pour la première fois au monde, un embryon humain à partir de la technique utilisée pour Dolly. Ainsi l'embryon humain aurait été obtenu par le transfert du noyau d'une cellule prélevée sur une femme adulte au sein du cytoplasme d'un ovocyte préalablement énucléé. Les chercheurs ont annoncé avoir laissé se développer cet embryon jusqu'au stade de quatre cellules avant de le détruire. Toutefois cette expérience n'a donné lieu à aucune publication scientifique⁷. Une expérience très proche du clonage a été rendue publique le 8 octobre 1998⁸, même si une fois encore il n'y a pas eu de publication scientifique à l'appui. L'expérience est la suivante : le noyau d'un ovocyte d'une femme stérile a été transféré dans l'ovocyte préalablement énucléé d'une femme fertile ; ce nouvel ovocyte a ensuite été fécondé de façon « traditionnelle », l'embryon obtenu ayant été implanté dans l'utérus de la femme stérile. En novembre 1998⁹, une équipe américaine a affirmé avoir implanté le noyau d'une cellule humaine adulte dans un ovule de vache [*sic*] préalablement énucléé. Ils ont ainsi obtenu des cellules hybrides indifférenciées dont ils souhaitaient faire un usage thérapeutique. En juin 1999¹⁰, ces mêmes scientifiques ont obtenu un embryon humain qu'ils ont laissé se développer jusqu'au stade de 400 cellules avant de le détruire. Cet embryon était encore une fois obtenu par l'introduction du noyau d'une cellule prélevée chez un homme adulte dans un ovule de vache préalablement énucléé. Enfin, la récente annonce faite le 7 août à Washington du professeur Severino Antinori¹¹, le biologiste Panayiotos Michael Zavos et madame Brigitte Boisselier, « évêque Raëlien », annonce largement relayée par les médias¹², a relancé le débat sur le clonage qui

⁷ J-Y Nau, *Le Monde* 1^{er} janv. 1999, p. 12.

⁸ J-Y Nau, *Un nouveau pas dans l'instrumentalisation du génome humain*, *Le Monde* 13 oct. 1998, p. 26.

⁹ J-Y Nau, *Le Minotaure en gestation dans un laboratoire du Massachusetts*, *Le monde* 14 nov. 1998, p. 1.

¹⁰ J-Y Nau, *Des scientifiques américains ont cloné un embryon humain*, *Le Monde* 19 juin 1999, p. 40.

¹¹ Le professeur Antinori s'est déjà fait connaître il y a quelques années en aidant une femme de 62 ans à avoir un enfant.

¹² Voir not. *Le Monde* 8 août 2001 ; P. Riché, *Le grand cirque des apprentis cloneurs*, *Libération* 30 mars 2001.

s'était un peu apaisé. Ces trois personnes ont annoncé leur intention de cloner des êtres humains. Ils l'avaient déjà fait lors de leur audition au Congrès américain en mars 2001¹³. A l'heure actuelle, aucune publication scientifique sérieuse n'a annoncé la réussite d'une expérience de clonage reproductif humain.

Les problèmes éthiques soulevés sont d'une grande disparité selon que l'on envisage le clonage appliqué à l'homme, à l'animal ou au végétal. Les aspects éthiques du clonage humain diffèrent selon que l'on envisage le clonage reproductif ou non reproductif. En ce qui concerne le clonage non reproductif, l'éternel débat du statut de l'embryon gouverne les discussions éthiques¹⁴. L'utilisation des cellules souches embryonnaires n'entre pas dans l'analyse éthique qui doit être menée autour du clonage thérapeutique. Il en va autrement du clonage thérapeutique *stricto sensu*, c'est à dire la production d'embryons afin d'obtenir des cellules immuno-compatibles. Le débat relatif au clonage thérapeutique porte sur l'intérêt qui doit prévaloir : l'intérêt des malades ou l'intérêt de l'embryon ? Autrement dit, pour aboutir à la fin envisagée, doit-on recourir à tous les moyens possibles ? Il serait illusoire de prétendre apporter ici une réponse à un débat qui ne sera certainement jamais clos. Sans doute est-il préférable d'éviter un recours abusif à l'embryon et de ne pas négliger la recherche sur les cellules souches adultes. Toute démarche adoptée doit évidemment concilier la protection de l'embryon et l'intérêt du malade. En ce qui concerne le clonage reproductif, c'est à dire la technique ayant suscité le plus de débats et d'indignations, l'importance et la complexité des questions soulevées font que celles-ci ne sont pas réductibles en une seule expression. Le premier problème considéré comme inacceptable, c'est l'identité génétique entre le clone et le donneur de la cellule ; les clones seraient des sortes de photocopies, même si l'identité génétique n'implique nullement une identité personnelle. Ainsi des jumeaux monozygotes ont des identités personnelles très différentes malgré leur identité génétique. Le clonage reproductif est de plus souvent analysé comme une pratique attentatoire à la dignité de l'être humain, comme une dangereuse instrumentalisation de l'homme, en ce sens qu'il ne serait plus considéré comme une fin en soi mais comme un moyen. Le clonage est également condamné éthiquement pour des raisons psychologiques : les problèmes d'identité génétique entre le clone et le donneur de la cellule risqueraient d'être la source de problèmes psychologiques pour le clone. On a également dit que le fait de se reproduire

¹³ P. Riché, *Les apprentis cloneurs invités au Congrès américain*, Libération 30 mars 2001.

¹⁴ Voir not. A. Kahn, *Aspects éthiques du clonage humain à finalité thérapeutique et de l'utilisation des cellules souches embryonnaires*, Bull. Acad. Natle Méd. 2000, 184, n°6, p. 1221 ; CCNE avis n°67, *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, 18 janv. 2001, www.ccne-ethique.org.

de façon asexuée introduirait un bouleversement total de la sexualité et donc l'inutilité du recours à l'autre sexe, ce qui entraînerait une perte du lien social, caractérisé notamment par la rencontre sexuelle entre l'homme et la femme. Le clonage peut même être vu comme le risque de l'avènement d'une ère féminine sans aucun précédent : l'homme ne serait plus utile et les femmes pourraient se reproduire indéfiniment. Tous ces arguments invoqués se justifient, mais le problème est qu'ils sont essentiellement fondés sur des suppositions faciles à contredire. Il ne s'agit pas de se livrer à un débat éthique et de dégager une quelconque vérité. Le clonage reproductif est une technique qui inspire peur ou attirance, mais il s'agit plus de sentiments, d'instincts plutôt que d'arguments irréfutables. Chaque argument employé étant réfutable et interchangeable, peut-être faut-il admettre que « le clonage n'est pas un problème moral »¹⁵. Ainsi les raisons morales invoquées, si l'on en admet la caractère réfutable par un argument de même valeur, conduisent à un doute et si l'on aboutit à la conclusion qu'il n'existe aucune raison morale d'interdire le clonage reproductif, cela ne signifie nullement qu'il existe une quelconque raison morale de le promouvoir. La non-condamnation n'implique pas la promotion. Cette position permet d'aborder le clonage reproductif de façon objective, l'objectivité étant nécessaire dans l'appréhension de toute nouvelle question par le juriste, surtout quand la question étudiée suscite des réactions très vives.

En ce qui concerne l'animal les questions éthiques sont quasiment absentes des débats. L'animal est en effet utilisé quotidiennement comme un moyen et n'est que très rarement considéré comme une fin en soi. L'expérimentation animale ne donne lieu qu'à de petites indignations, mais la nécessité de cette expérimentation en tant que préalable nécessaire à l'application du clonage à l'homme et les espoirs thérapeutiques de la transgénèse animale laissent peu de place aux arguments tendant à éviter l'expérimentation du clonage sur l'animal. Le problème déjà évoqué est que de nombreux animaux meurent suite à ces expérimentations, avant ou près leur naissance, et que ces expérimentations ne doivent pas confiner à la barbarie. Les animaux de laboratoire ne sont pas exposés sur la place publique et leurs souffrances restent cantonnées dans les laboratoires, ce qui explique pourquoi l'interrogation éthique autour du clonage animal est peu féconde. Les arguments invoqués ont trait à l'inutilité d'infliger des souffrances inutiles aux animaux. Le clonage animal présente un intérêt pour l'heure potentiel au vu des faibles taux de réussite de la technique : il permet d'obtenir un nombre d'animaux génétiquement identiques, éliminant ainsi toute source de variation. Dix clones de trois animaux permettent ainsi d'atteindre la

¹⁵R. Ogien, *Le clonage n'est pas un problème moral*, Le Monde des débats, octobre 2000, p. 20.

même puissance que cinquante trois animaux génétiquement indépendants¹⁶ ; les clones permettent de voir les influences des facteurs génétiques et épigénétiques. La possibilité de préserver via cette technique des espèces en voie de disparition élimine les critiques. Certes on peut alors avancer l'argument de la diminution de la biodiversité, les animaux obtenus étant génétiquement identiques ; mais si le clonage n'est pas une panacée, il permet la sauvegarde d'espèces qui participent à la biodiversité¹⁷.

Le clonage végétal quant à lui soulève encore moins de problèmes éthiques puisqu'il n'est que l'imitation artificielle d'un mode de reproduction naturel. Ce n'est pas alors le mode de reproduction des végétaux en lui-même qui alimente les débats, mais la légitimité de les modifier génétiquement : les fameux organismes génétiquement modifiés (O.G.M). Un O.G.M est défini comme un organisme dont le matériel génétique a été modifié d'une manière qui ne s'effectue pas naturellement par multiplication et/ou recombinaison naturelle. Il est ainsi possible d'apporter à une plante des gènes isolés afin de conférer à celle-ci une tolérance à un herbicide, un insecte. Est-il moralement acceptable d'introduire des modifications génétiques dans un organisme végétal afin de le rendre plus productif, plus résistant ? Quelles peuvent être les retombées de cette technique en cas de dissémination des plantes ? Il existe de nombreuses incertitudes sur le fait de savoir si les O.G.M sont dangereux pour la santé, la biodiversité.

Les débats éthiques dirigent les prises de position juridiques adoptées. En ce qui concerne les végétaux, outre la réglementation relative à la dissémination volontaire des O.G.M, la question essentielle est celle de la brevetabilité¹⁸. Une récente directive communautaire n°98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques prévoit en son article 4 que les variétés végétales ne sont pas brevetables ; de même ne sont pas brevetables les procédés essentiellement biologiques pour l'obtention de végétaux, c'est à dire des procédés qui consistent intégralement en des phénomènes naturels tels que le croisement ou la sélection. La plante sera brevetable en tant que produit d'un procédé brevetable. Pénalement, le brevet est protégé par l'incrimination de contrefaçon figurant à l'article L 615-4 du Code de la propriété intellectuelle ; sont ainsi puni de deux ans d'emprisonnement et de 1 000 000 francs d'amende ceux qui auront porté sciemment atteinte aux droits du propriétaire d'un brevet.

¹⁶ S. Chastant-Maillard, *art. préc.*

¹⁷ R. Lanza, B. Dresser, P. Damiani, *art. préc.*

¹⁸ Voir not. *Brevetabilité du vivant*, Dict. perm. B&B, éd. Législatives ; M-C Chemtob, A. Gallochat, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme*, éd. Technique & Documentation, 2000, Paris.

De nombreux brevets existent pour des plantes issues du génie génétique et la seule question est de savoir si l'invention est brevetable, c'est à dire si elle est nouvelle, si elle résulte d'une activité inventive, et si elle est susceptible de faire l'objet d'une application industrielle. Les questions relatives au clonage végétal entrent donc dans la question plus large de la brevetabilité, les problèmes de qualifications pénales qui peuvent se poser étant peu nombreux, sauf bien évidemment le vol des plantes, leur destruction qui entrent dans les qualifications classiques d'atteintes aux biens. Le clonage végétal n'entend pas bouleverser notre droit pénal ; qu'en est-il du clonage animal ?

Le clonage animal soulève des questions un peu plus complexes et nombreuses qu'il est possible de regrouper sous deux catégories : la propriété et la souffrance. L'animal est considéré comme une chose dans la distinction civiliste entre les choses et les personnes. Il est susceptible d'appropriation et est à ce titre protégé par les infractions classiques d'atteintes à la propriété. Les rapports entre l'animal et la propriété se complexifient lorsque l'on aborde la question de la brevetabilité. Dès lors que les conditions de la brevetabilité sont réunies¹⁹, un animal peut être breveté. Ainsi l'Institut National de la Propriété Industrielle (I.N.P.I) a délivré en 1991 un brevet relatif à un animal transgénique qui portait sur un procédé de préparation de cultures cellulaires animales capables de produire une protéine d'intérêt thérapeutique ; l'animal était revendiqué en tant que produit résultant d'une étape intermédiaire de l'invention qui visait l'obtention des lignées cellulaires²⁰. Un animal transgénique peut être breveté. Certes, la directive n°98/44/CE exclut en son article 4 la brevetabilité des races animales et les procédés essentiellement biologiques pour l'obtention d'animaux, mais l'interprétation est très restrictive²¹ : il n'est pas question d'exclure tous les animaux de la brevetabilité. De même l'article 6 §2 *in fine* de la directive prévoit que les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés sont exclus de la brevetabilité en raison de leur contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Mais les animaux clonés transgéniques présentent une utilité médicale pour l'homme : la balance penche en faveur de l'intérêt médical au détriment de la souffrance des animaux. Il s'agit donc d'un critère de proportionnalité qui doit être examiné par les offices des brevets. L'Office britannique des brevets a ainsi délivré au Roslin Institute, le laboratoire à l'origine de la naissance de Dolly, deux brevets couvrant notamment la

¹⁹ Nouveauté de l'invention, activité inventive, application industrielle.

²⁰ M-C Chemtob, A. Gallochat, *op. cit.*, p. 28.

²¹ Décision T. 19/90 3 oct. 1990, JO OEB, 1990, p. 476.

technique du clonage par transfert de noyau de cellules quiescentes, ce qui inclut les animaux produits selon cette méthode²².

L'animal n'est pas uniquement objet de propriété, il est également objet de souffrance. Force est en effet de reconnaître « l'équivocité des bêtes qui ne sont pas des hommes mais qui ne sont pas non plus des pierres ou des automates parce qu'elles souffrent »²³. Ainsi l'article 521-1 du Code pénal punit de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 francs d'amende le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité. De même l'article 521-2 punit des mêmes peines le fait de pratiquer des expériences ou recherches scientifiques ou expérimentales sur les animaux sans se conformer aux prescriptions fixées par décret en Conseil d'Etat. Si l'on se réfère à ces prescriptions établies par le décret n°87-848 du 19 octobre 1987, on tombe sur une foule de conditions. Le principe est la licéité des expériences sur les animaux vivants à la double condition qu'elles soient nécessaires, c'est à dire qu'elles ne puissent pas être effectuées selon d'autres méthodes expérimentales, et qu'elles soient poursuivies à des fins limitativement prévues. Parmi les finalités de l'expérimentation animale, relativement globales, on trouve : le diagnostic, la prévention et le traitement des maladies ou d'autres anomalies de l'homme, la recherche fondamentale et la recherche appliquée. Il est prévu à l'article 4 de ce décret qu'un animal ne doit pas être gardé en vie après une expérience s'il risque de souffrir de façon prolongée ou permanente, ou s'il doit subir l'effet de dommages irréversibles ou durables. Est également instauré dans ce décret un régime d'autorisation d'expérimenter, d'agrément des établissements d'expérimentation. L'animal de laboratoire, et donc l'animal cloné, est protégé pénalement. De plus un corps de vétérinaires-inspecteurs est prévu afin de constater les éventuelles infractions, ce qui assure une réelle effectivité de l'incrimination de l'article 521-2 du Code pénal. Ces agents de contrôle bénéficient de certaines prérogatives énoncées dans le Code rural, prérogatives qu'il est inutile d'énoncer dans le détail²⁴. L'utilisation de plus en plus fréquente des animaux transgéniques en vue d'obtenir des protéines humaines d'intérêt thérapeutique, de produire des organes de rechange pour pratiquer une xénogreffe conduit à la nécessité de voir affirmer un véritable droit pénal de l'animal²⁵.

²² A. Clayes, C. Huriot, *Rapport sur le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires*, www.assemblee-nat.fr/2/ocgst/clonage/r2198-1.htm .

²³ J-P Marguénaud, *La personnalité juridique des animaux*, D. 1998, chron. p. 205.

²⁴ Voir *Expérimentation animale*, Dict. perm. B&B, éd. Législatives.

²⁵ S. Antoine, *Le droit de l'animal : évolutions et perspectives*, D. 1996, chron. p. 126.

La protection pénale conférée aux animaux et aux végétaux est fonction de l'importance du débat éthique que suscite leur utilisation à des fins expérimentales. Le débat éthique suscité par l'éventualité de l'application du clonage à l'homme laisse augurer ce qu'il sera d'une législation spécifique. Le clonage humain, reproductif ou thérapeutique, n'est pas encore appliqué à l'homme avec une pleine efficacité. Les développements envisagés de cette pratique relèvent encore de suppositions. Le clonage humain suscite de nombreuses interrogations et c'est pourquoi il fera seul l'objet des développements qui suivront. L'appréhension du clonage par le droit pénal est actuellement typique de la réaction commune adoptée dorénavant face à nombre d'évènements : « nous sommes tellement accoutumés à l'accélération des évènements que nous anticipons désormais, de manière immédiate, des changements radicaux susceptibles d'intervenir seulement sur le long terme »²⁶. Les craintes exprimées sont confuses et afin de livrer une analyse objective, il convient de s'écarter des éventualités pour considérer d'ors et déjà que les clones sont parmi nous, que la technique a été transposée à l'homme. Ainsi, en imaginant cette hypothèse arrive-t-on à une démarche plus rationnelle qui permettra de voir quelles sont les dispositions déjà existantes qui permettent d'appréhender pénalement le clonage, puis d'envisager les évolutions susceptibles de se produire. Par conséquent il conviendra d'étudier dans un premier temps le clonage et la protection de l'être humain en droit positif (Titre premier), puis d'analyser les évolutions envisageables, c'est à dire d'étudier le clonage et la protection de l'être humain en droit prospectif (Titre second).

²⁶ R. Pol-Droit, *L'identité perturbée*, in H. Atlan, M. Delmas-Marty, N. Fresco, R. Pol-Droit, M. Augé, « *le clonage humain* », éd. du Seuil, 1999.

Titre premier : CLONAGE ET PROTECTION DE L'ÊTRE HUMAIN EN DROIT POSITIF

Le droit positif possède des armes efficaces pour appréhender le clonage tant thérapeutique que reproductif. Parmi ces armes, certaines sont bien affûtées, tant et si bien que l'on peut parler à leur sujet de véritables acquis du droit positif (Chapitre 1) ; d'autres en revanche sont d'une application peut-être plus hypothétique en ce qu'elles sont envisagées depuis peu en raison du délicat exercice d'appréhension du clonage par le droit pénal : le clonage suscite des interrogations nouvelles (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES ACQUIS DU DROIT POSITIF

Ces acquis sont ceux que le droit pénal dégage depuis les origines. Il s'agit dans un premier temps de la classique protection de la vie et de l'intégrité physique (Section I) et des notions classiques dégagées par le droit qui existent encore (Section II).

Section I : La protection de la vie et de l'intégrité physique

Le corps humain est protégé de plusieurs manières. Cette protection se situe à différents stades de la vie. La protection traditionnelle concerne la protection de l'intégrité du corps comme attribut de la personne humaine (§1), tandis qu'une protection plus récente concerne s'applique à la frontière de la vie puisqu'il s'agit d'une protection anténatale et périnatale (§2).

§1 : La protection de l'intégrité du corps

Un certain flou règne car s'il existe une protection du corps comme émanation de la personne, celle-ci n'est pas unique. Le législateur a institué de nombreuses

infractions, juxtaposant de nombreuses dispositions plus ou moins spécifiques, à un point tel que l'on a pu parler de « désagrégation du droit pénal de la vie »¹. La protection est double puisque coexistent la protection classique de l'intégrité physique de la personne (A) et la protection plus récente du seul corps humain instituée dans un chapitre spécifique aux infractions en matière d'éthique biomédicale (B).

A : La protection classique de l'intégrité physique de la personne

La protection accordée à l'intégrité physique de toute personne varie selon l'ampleur de l'atteinte et selon l'intention animant l'auteur de l'acte. On écartera de la présente étude les atteintes volontaires à la vie, c'est à dire les articles 221-1 à 221-5 du Code pénal, celles-ci cadrant mal avec la réalité : il est en effet difficile d'imaginer des scientifiques éliminant derrière eux les individus ayant participé à leurs expériences. L'application du droit commun peut en revanche se révéler plus délicate en ce qui concerne les atteintes volontaires à l'intégrité physique de la personne, c'est à dire essentiellement les violences, et les atteintes involontaires.

En ce qui concerne les atteintes volontaires à l'intégrité physique de la personne, le code pénal les réprime en faisant l'étalage d'un éventail de sanctions impressionnant pour un même acte. Les violences volontaires sont incriminées aux articles 222-7 à 222-14, ainsi qu'à l'article R 625-1. Les sanctions vont donc de la peine prévue pour une contravention de cinquième classe dans le cas de l'article R 625-1, c'est à dire pour les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours, à une peine de quinze ans de réclusion criminelle dans le cas de l'article 222-7, c'est à dire pour les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Le clonage nécessite le prélèvement d'une cellule et d'un ovocyte. En ce qui concerne le prélèvement de la cellule, si infime soit elle, il s'agit incontestablement d'une atteinte à l'intégrité physique du donneur. Il convient de noter que le consentement de celui-ci n'a aucune influence sur la qualification des faits. L'atteinte est faible et n'entraîne sans doute aucune incapacité de travail. La violence exercée est donc punissable en vertu de l'article R 625-1 du Code pénal d'une amende de 10 000 francs. Il est néanmoins possible que plusieurs circonstances aggravantes soient réunies. L'article 222-13 prévoit ainsi que les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné

¹ A. Prothais, *Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique*, Rev. sc. crim. janv-mars 2000, p39.

aucune incapacité de travail sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende lorsqu'elles sont commises selon l'une des circonstances prévues au même article ; il est précisé que si l'infraction est commise dans deux de ces circonstances, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 francs d'amende ; enfin dans l'hypothèse où l'infraction est commise dans trois de ces circonstances, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 700 000 francs d'amende. La préméditation, c'est à dire le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé (art. 132-72 C.pén.), et la participation de plusieurs personnes en qualité d'auteurs ou de complices constituent deux circonstances qui devraient pouvoir être retenues systématiquement. On peut même envisager que la victime ait moins de quinze ans, ce qui constituerait une troisième circonstance aggravante. Le prélèvement de l'ovocyte quant à lui participe de la même logique en cas de consentement de la femme sur laquelle il est prélevé². Il convient enfin de relever que les personnes morales ne peuvent pas être déclarées responsables pénalement de ces infractions.

En ce qui concerne les atteintes involontaires à la personne, il convient de distinguer entre les atteintes involontaires à la vie et les atteintes involontaires à l'intégrité physique. L'article 221-6 du Code pénal prévoit ainsi que le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende. Le second alinéa dispose qu'en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 francs d'amende. Les articles 222-19 et 222-20 prévoient quant à eux que le fait de causer à autrui, dans les conditions de l'article 121-3, par maladresse, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 francs d'amende ; en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines sont de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende, et de un an d'emprisonnement et 100 000 francs d'amende si l'incapacité de travail est inférieure ou égale à trois mois. L'homicide et les blessures

² En l'absence de consentement, cf. infra.

involontaires sont les infractions qui sont le plus souvent retenues en matière médicale³. Elles nécessitent la réunion de trois éléments, à savoir la faute, le décès ou les blessures du patient, et une relation causale entre la faute et le dommage. L'imprudence semble ici être la faute qui puisse être le plus facilement retenue. En effet à l'heure actuelle, le clonage est loin d'être une technique maîtrisée dans la pratique⁴. Ian Wilmut, à propos des auditions faites au Congrès américain relatives au clonage humain, a ainsi exposé les nombreuses malformations décelées chez les clones animaux afin de faire valoir les dangers de l'application d'une telle pratique à l'homme⁵. Le fait qu'un scientifique français de livre à de telles expériences en France pourrait être considéré comme une imprudence fautive. Ainsi s'il résultait de cette expérience une quelconque incapacité de travail pour la mère porteuse⁶, les personnes ayant participé directement ou indirectement à l'expérience seraient punissables. L'article 121-3 alinéa 4 issu de la loi du 10 juillet 2000 prévoit que les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. Il faudra donc établir l'existence d'une faute qualifiée commise par l'auteur indirect du dommage. Cette faute pourrait consister par exemple en l'autorisation donnée par le directeur d'un laboratoire de pratiquer une telle expérience.

La problématique est-elle la même en ce qui concerne le clonage thérapeutique ? Cette pratique n'implique pas d'implantation de l'embryon dans l'utérus de la femme, celle-ci ne peut donc subir aucune incapacité de travail. Il en est de même pour le donneur. Le clonage thérapeutique relèvera donc uniquement des atteintes volontaires à l'intégrité physique pour la mère porteuse, le donneur de la cellule et la donneuse de l'ovocyte.

La protection de l'intégrité physique se révèle donc suffisante pour appréhender le clonage reproductif ou thérapeutique. Toutefois le législateur, par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994, a institué dans le livre cinquième du Code pénal un chapitre intitulé « Des infractions en matière d'éthique biomédicale » qui contient une section intitulée « De la protection du corps humain ». Le livre deuxième du Code pénal protège donc l'intégrité

³ I. Ferrari, *Le médecin devant le juge pénal*, in Rapport annuel de la Cour de cassation 1999.

⁴ cf. supra.

⁵ Libération 29 mars 2001 p22.

⁶ Pour le cas particulier de l'embryon, du fœtus et du nouveau-né, cf. infra.

physique de la personne, le livre cinquième protège le corps humain. Cette protection supplémentaire à la limite du superfétatoire est source de nombreuses difficultés.

B : La protection contemporaine du corps humain

Les articles 511-2 à 511-14 du Code pénal sont relatifs à la protection du corps humain. Ce n'est pas le corps en entier qui est protégé, contrairement à ce que l'intitulé de la section regroupant ces infractions pourrait laisser croire, mais les éléments du corps, c'est à dire les organes, les tissus, cellules et produits du corps, et les gamètes. Il convient d'étudier dans un premier temps la protection instituée en 1994 puis d'analyser les relations qui existent entre cette protection contemporaine du corps et la protection classique de la personne.

Les articles 511-2, 511-4 et 511-9 du Code pénal interdisent le commerce des organes, des tissus, cellules et produits, ainsi que des gamètes humains. On peut relever à cet égard que ce n'est pas la vente qui est prohibée, mais l'achat ou le fait d'apporter son entremise : « la prohibition ne frappe pas la misère mais ceux qui l'exploitent »⁷. Ainsi le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 francs d'amende ; est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui (art. 511-2). Les mêmes actes sont punissables de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende lorsque ce sont les tissus, cellules ou produits du corps qui sont en cause. Le prélèvement en lui-même est également punissable. L'article 511-3 alinéa 1 prévoit que le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que son consentement ait été recueilli dans les conditions prévues par l'article L 1231-1 du Code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700000 francs d'amende ; les conditions fixées à l'article L 1231-1 C. santé publ sont très strictes : le consentement doit être exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou un magistrat désigné par lui. L'article 511-3 al 2 du Code pénal punit des mêmes peines le prélèvement d'un organe sur un donneur vivant mineur ou majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale, sauf l'hypothèse particulière du prélèvement de moelle osseuse au bénéfice d'un frère ou d'une sœur. Le prélèvement de cellules, tissus ou produits du corps sur une personne majeure est quant à lui puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500000

⁷ J.-Cl. Pénal art. 511-14 à 511-28 n°17.

francs d'amende lorsque le consentement de cette personne n'a pas été recueilli ; l'article 511-5 al.1 ne prévoit cependant aucune modalité particulière pour recueillir le consentement de la personne. Les personnes vivantes mineures ou les personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection légale ne peuvent faire l'objet d'aucun prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de leur corps : le second alinéa de l'article 511-5 prévoit en effet que tout prélèvement sur de telles personnes doit respecter les conditions de l'article L 1241-2 du Code de la santé publique, cet article ne posant aucune condition car il interdit purement et simplement une telle opération. Bel exemple d'incrimination par renvoi inutile. Enfin, le prélèvement de gamètes sans le consentement de la personne, qu'elle soit majeure protégée ou non, ou mineure, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500000 francs d'amende.

Les prélèvements de la cellule et de l'ovocyte, nécessaires au clonage sont donc strictement encadrés. La protection diffère selon que la cellule est prélevée directement ou sur un organe déjà prélevé. Le prélèvement de l'ovocyte relève de la protection des gamètes. La question de l'articulation entre ces infractions et celles prévues au livre deuxième du Code pénal se pose inévitablement puisque l'intégrité physique se révèle doublement protégée.

« [Le contenu du livre cinquième] se révèle déceptif, car la vraie protection du corps humain se situe, comme indiqué, au sein des infractions d'atteinte à l'intégrité physique »⁸. Dans l'hypothèse d'un prélèvement d'organe, de cellule, tissus ou produits du corps humain, ou de gamètes, il existe un conflit de qualification difficile à résoudre : quelle qualification doit prévaloir ? Le choix se révèle délicat. Trois hypothèses sont envisageables : soit les qualifications en cause sont des qualifications redondantes et, plus précisément, l'une générale et l'autre spéciale⁹, soit il s'agit d'un concours idéal de qualifications, soit d'un concours réel d'infractions.

Si l'on considère que les infractions du livre deuxième sont des qualifications générales et que celles du livre cinquième sont des qualifications spéciales, on fera prévaloir ces dernières en application de l'adage *specialia generalibus derogant*. Si en revanche on estime être en présence d'un concours idéal de qualifications, c'est à dire si l'on estime que les infractions du livre deuxième et celles du livre cinquième sont applicables, il convient de faire application de la jurisprudence qui décide de réprimer l'action délictueuse sous sa plus haute expression pénale ; par conséquent ne sera retenue

⁸ J-F Seuvic, *Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées*, in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze » sous la direction de Ph. Pedrot, Economica, 1999, p. 379.

⁹ F. Desportes et F. LeGunehec *Le nouveau droit pénal t.1*, éd. Economica, Paris, 6^e éd. n°292s.

que la qualification prévoyant la peine la plus élevée¹⁰. Dans l'hypothèse d'un prélèvement forcé de cellule ne donnant lieu à aucune incapacité de travail, il faudra donc retenir l'article 511-5 alinéa 1 qui punit un tel prélèvement forcé de cinq ans d'emprisonnement et de 500000 francs d'amende, au lieu de trois ans d'emprisonnement et 300000 francs d'amende pour l'article 222-13 concernant les violences entraînant une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours commises avec préméditation. Si trois circonstances aggravantes peuvent être retenues¹¹, on retiendra alors la qualification de l'article 222-13. Il ne s'agit pas ici d'envisager toutes les hypothèses. On relèvera néanmoins que si la personne sur laquelle la cellule a été prélevée a consenti à ce prélèvement, seules les qualifications du livre deuxième peuvent être retenues puisqu'elles ne tiennent aucun compte du consentement de la victime, ce qui n'est pas le cas des infractions du livre cinquième. Enfin, si l'on estime être en présence d'un concours réel d'infractions, c'est à dire si l'on estime qu'il y a plusieurs agissements délictueux distincts les uns des autres, l'article 132-3 C. pén. s'appliquera. Il prévoit que lorsque, à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée ; toutefois lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé. Comme le soulignent messieurs Desportes et LeGunehec, la distinction entre le concours idéal de qualifications et le concours réel d'infractions présente un intérêt essentiellement théorique¹². En effet la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 27 octobre 1997¹³ que lorsqu'une juridiction saisie de délits faisant l'objet d'une poursuite unique applique à tort le régime du concours réel au lieu de celui du concours idéal, cette erreur ne peut constituer un motif de censure puisque dans les deux cas une seule peine est prononcée. On peut considérer être en situation de concours réel d'infractions dans l'hypothèse d'un prélèvement forcé de cellules car il semble y avoir plusieurs valeurs protégées. L'existence d'une action unique et indivisible n'exclut pas l'hypothèse d'un concours réel¹⁴. Le législateur lui-même a semblé vouloir instituer un concours réel d'infractions ; en effet les infractions du livre deuxième protègent l'intégrité physique de la personne, celles du livre cinquième protègent le corps humain. La distinction est subtile, sans doute trop subtile et

¹⁰ Voir notamment Crim. 26 juin 1930 Bull n°190.

¹¹ La préméditation, la participation de plusieurs auteurs ou complices et la victime de moins de quinze ans ; cf. supra.

¹² F. Desportes et F. LeGunehec Le nouveau droit pénal t.1, éd. Economica, Paris, 6^e éd. n°297s.

¹³ Crim. 27 octobre 1997 Bull. crim. n°352.

¹⁴ L'arrêt le plus célèbre illustrant cette solution est l'arrêt Ben Haddadi (Crim. 3 mars 1960 Bull. crim. n°138, Rev. sc. crim. 1961.105 obs. Légal) où la chambre criminelle a retenu pour une seule action, un lancer de grenade, deux atteintes à deux valeurs différentes ; les juges ont donc estimé qu'il y avait deux crimes distincts : destruction par explosif et assassinat

même inutile, mais elle existe, preuve que ce sont deux types de valeurs différentes qui sont protégées, la personne et le corps. Un seul agissement peut donc porter atteinte à la personne et au corps humain. Enfin, dernier indice amenant à opter pour le concours réel d'infractions, la circulaire du 19 janvier 1995 commentant les lois du 29 juillet 1994 relatives à la bioéthique prévoit que les infractions exigeant le consentement de la personne pour toute atteinte à son intégrité physique instituées par ces lois « ne font évidemment pas obstacle à la mise en œuvre de poursuites pénales sur le fondement des dispositions générales du code pénal ». Elle prévoit même une illustration : « Ainsi, un chirurgien qui prélèverait un organe sans avoir recueilli le consentement du donneur s'exposerait à des poursuites pénales pour coups et blessures volontaires, concurremment avec les nouvelles dispositions légales ». Rappelons que même si la personne sur laquelle le prélèvement a lieu consent à celui-ci, cela n'aurait aucune influence sur d'éventuelles poursuites sur le fondement des atteintes volontaires à l'intégrité physique.

Le corps humain est donc protégé de multiples manières avant même le prélèvement des cellules ou de l'ovocyte. Il existe ainsi un véritable dispositif répressif permettant d'appréhender une pratique comme le clonage : le vide juridique tant décrié n'existe pas. Cette protection de l'être humain, personne juridique oblige à s'interroger sur la protection pénale anténatale et périnatale.

§2 : La protection anténatale et périnatale

Le droit pénal n'accorde pas sa protection à la seule personne née vivante et viable. Les biotechnologies mettent à mal les frontières de la vie, tant et si bien que le juriste se voit confronté à la délicate question de l'être en devenir. Le clonage reproductif ou thérapeutique nécessite le recours à un embryon créé par la fusion entre l'ovocyte et la cellule, ou recueilli de façon traditionnelle. La protection instaurée doit être différenciée selon qu'elle concerne l'embryon *in vitro* (A) ou l'être en gestation (B).

L'embryon *in vitro* bénéficie d'une protection spécifique instituée au livre cinquième dont la troisième section est intitulée « De la protection de l'embryon humain ». Il convient de noter qu'il n'existe aucune définition légale de l'embryon dans les textes qui, pourtant, le protègent. Le droit accorde donc sa protection à une valeur qu'il nomme mais qu'il ne définit pas, ce qui se révèle problématique car l'embryon ne cesse pas d'être un embryon pour se métamorphoser en fœtus puis en enfant. La circulaire du 19 janvier 1995 apporte une précision qui n'a qu'une valeur indicative, le juge n'étant pas lié par elle, mais néanmoins utile : « il est généralement admis que la période embryonnaire concerne les huit premières semaines à compter de l'implantation de l'œuf fécondé ». La durée retenue est celle qui est la plus couramment admise dans les milieux scientifiques, mais pas unanimement¹⁵. Toutefois ces différents délais sont variables : l'homme est une continuité, de sa conception à sa mort, et il n'est pas possible de déterminer avec précision les instants exacts de son évolution. De plus, il y a une très grande variabilité d'évolution selon les facteurs physiologiques des grossesses. Le législateur a donc prévu une protection d'une valeur qu'il nomme mais qu'il s'est bien gardé de définir. Il ne s'agit pourtant pas d'un oubli involontaire : l'omission est consciente. Le rapport Mattéi, qui a grandement inspiré le législateur, avait effectivement estimé qu'il était préférable « de s'en tenir à la réaffirmation du respect de la vie dès son commencement et de ne pas aborder l'impossible statut de l'embryon »¹⁶. Le C.C.N.E applaudit même le législateur pour cette absence de définition¹⁷. Certes il est difficile de se satisfaire de ce flou, mais peut-être faut-il en apprécier les valeurs. Le principe de légalité criminelle exigerait sans doute une définition plus précise, mais le risque serait alors d'enserrer l'embryon humain dans des limites trop étroites. Ainsi, on pourrait craindre une déformation des termes en utilisant par exemple la notion, utilisée Outre-Manche, de pré-embryon qui ne correspond à aucune réalité mais qui s'applique durant les 14 premiers jours après la fécondation, ce qui équivaut à la durée moyenne durant laquelle les cellules sont totipotentes. De même peut-on craindre que l'embryon issu de la fusion entre l'ovocyte énucléé et le noyau de la cellule ne soit pas considéré comme un embryon car non issu d'une fusion de gamètes mâle et femelle.

¹⁵ R. Frydman, *Le statut de l'embryon*, in « Génétique et droits de l'homme [actes du colloque, 20-21 mars 1998, Sceaux] », sous la direction de A. Heymann-Doat, éd. L'Harmattan, 1999 : « On parle d'embryon jusqu'à douze semaines, c'est à dire le stade de formation des organes, après quoi on parle de fœtus, jusqu'à 22 semaines qui est le terme de la viabilité. »

¹⁶ J-F Mattéi, *Rapport à Monsieur le Premier ministre sur l'éthique biomédicale*, Paris, 15 nov. 1993, p. 96.

¹⁷ Avis n°54, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, Les Cahiers du CCNE n°12, 1997, p. 17, www.ccne-ethique.org

L'imprécision, dont on ne peut certes se satisfaire, vaut peut-être mieux qu'une mauvaise définition. L'embryon correspond à une réalité différente du fœtus, et comme le législateur n'évoque pas le fœtus, il faut en déduire que les articles 511-15 et suivants du Code pénal ne le concernent pas.

L'article 511-15 punit de peines de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 francs d'amende le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains, ou de remettre à titre onéreux des embryons humains à des tiers. L'article 511-17 punit des mêmes peines la conception *in vitro* ou l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ; l'article 511-18 quant à lui punit également des mêmes peines le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation. Enfin, l'article 511-19, qui prévoit également des peines de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 francs d'amende, interdit de procéder à une étude ou une expérimentation sur l'embryon sans le consentement exprimé par écrit du couple ou si cette expérimentation risque de porter atteinte à l'embryon. On ne peut qu'être impressionné par cet arsenal, mais l'admiration est bien vite atténuée.

En effet le don d'embryon n'est pas visé et n'est donc pas réprimé. Les termes utilisés ne sont pas définis : qu'est-ce qu'un embryon, qu'est-ce qu'une expérimentation ? Le clonage, encore mal maîtrisé, semble pouvoir être qualifié d'expérimental mais le sera-t-il encore longtemps ? Le législateur a-t-il réellement voulu protéger l'embryon ou « préciser les conditions de licéité du don d'embryon ou de l'expérimentation sur embryon »¹⁸ ? Une grande partie de la doctrine s'accorde à ne voir dans ces dispositions qu'un artifice trompeur aux finalités bien éloignées des intentions affichées¹⁹. L'absence de moyen de détection de ces infractions rend difficile l'exercice de l'action publique.

Le clonage, qu'il soit reproductif ou thérapeutique, nécessite la création artificielle d'un embryon soit en vue de l'implanter dans l'utérus d'une mère porteuse, soit en vue de cultiver des cellules embryonnaires en vue de leur différenciation. Les dispositions encadrant la conception et l'utilisation de l'embryon humain *in vitro* se révèlent dissuasives au vu de l'importance des peines prévues. L'inefficacité des infractions due aux imprécisions des termes utilisés n'est pas irréversible. Le simple fait qu'elles existent

¹⁸ A. Prothais, *Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale*, JCP 1999. I. 129.

¹⁹ Voir not. A. Prothais, *Les paradoxes de la pénalisation, enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption*, JCP 1997. I. 4055 ; J-F Seuvic, *art. préc.* ; D. Thouvenin, *Les lois n°94-548 du 1er juillet 1994, n°94-653 et n°94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique*, ALD 1995 p. 212 ; A. Sériaux, *Un pas de plus vers l'absurde, le nouveau dispositif légal en matière d'assistance médicale à la procréation*, RRJ 1996, p. 12.

oblige le pénaliste à les prendre en considération et à tenter de leur donner une réelle effectivité. Leur application ne dépend que de la bonne volonté des juges à qui il revient de les interpréter pour assurer un encadrement efficace de nouvelles pratiques comme le clonage.

B : L'être en gestation

L'embryon *in vitro* est spécifiquement protégé, mais les dispositions étudiées précédemment ne s'appliquent pas à l'être en gestation. Cette différence de traitement ne se justifie pas par une différence de nature car la potentialité de devenir une personne humaine est la même. En gestation, au regard du droit civil, l'embryon ou le fœtus, selon le stade d'évolution, ne sont pas considérés comme des personnes, la personnalité juridique ne s'acquérant qu'à la naissance. Dès lors, comment réprimer les atteintes portées à un être en gestation ?

Le premier cas à envisager est celui d'une atteinte à l'intégrité de l'être en gestation qui ne se révélerait qu'à sa naissance. Les blessures infligées à un enfant à naître sont susceptibles d'entraîner des poursuites soit pour violences volontaires soit pour violences involontaires, selon l'intention de l'auteur, car « dès lors que l'enfant est né viable, sa qualité de personne remonte à sa conception, de sorte qu'il bénéficie de plein droit de la protection pénale de droit commun dont bénéficie toute personne contre les blessures qui lui sont portées »²⁰. Ainsi que le révèlent les études faites sur les animaux, les rares animaux arrivant à terme souffrent pour la plupart de malformations²¹. Les atteintes causées à l'embryon exposent donc leur auteur à des poursuites pénales dont la qualification dépendra de l'ampleur de l'atteinte à l'intégrité.

Le second cas, plus délicat, est celui où l'atteinte portée à l'embryon ou au fœtus conduirait à sa destruction. La jurisprudence de la Cour de cassation a eu récemment l'occasion de se prononcer au sujet de la qualification d'homicide involontaire lorsque la victime est un enfant à naître. Un arrêt de la Chambre criminelle en date du 30 juin 1999²²

²⁰ Rapp. Sargos, n°41 sous Ass. plén. 29 juin 2001, Bull. inf. C. cass. n°540.

²¹ J-P Renard et X. Vignon, *Le clonage : état de l'art*, Pour la Science n°279 janv. 2001, p. 40

²² Crim. 30 juin 1999, Bull. crim. n°162, Rapport annuel de la cour de cassation p. 442 ; Y. Mayaud, *Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus*, Rev. sc. crim. 1999, p. 814 ; Dr. pén. 2000 chron. n°12.

avait cassé l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997²³ qui avait retenu la prévention d'homicide involontaire contre un médecin qui avait procédé sur une femme enceinte à une intervention malheureuse qui avait conduit à l'expulsion du fœtus. La Cour de cassation avait estimé, en se fondant sur l'article 111-4 du Code pénal²⁴, « que les fautes reprochés au prévenu [n'entraient] pas dans les prévisions de l'article 221-6 du Code pénal ». Une décision de l'Assemblée plénière en date du 21 juin 2001²⁵ a éclairé la lanterne du pénaliste. Les faits étaient simples : un automobiliste avait heurté une voiture dans laquelle se trouvait une femme enceinte de six mois qui a perdu, consécutivement au choc, le fœtus qu'elle portait. La cour d'appel de Metz a relaxé le conducteur imprudent du chef d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître. La mère a formé un pourvoi en cassation en prétendant que le fait de provoquer involontairement la mort d'un enfant à naître constitue le délit d'homicide involontaire dès lors que celui-ci était viable au moment des faits. L'Assemblée plénière a rejeté le pourvoi au motif que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus ». Le débat n'est pas clos pour les auteurs mais la réponse qui a été apportée par l'Assemblée plénière semble ferme. Pour autant la solution adoptée, à savoir l'inapplicabilité de la qualification d'homicide involontaire au fœtus ne signifie pas que l'atteinte faite à l'enfant en gestation soit impunie. Ainsi que le soulignait monsieur le conseiller rapporteur Sargos, « l'atteinte volontaire à la vie de l'embryon et du fœtus ne peut être qualifiée d'homicide volontaire mais reçoit la qualification spécifique d'interruption volontaire de grossesse » ; quant aux atteintes involontaires, « il n'existe aucune incrimination en matière d'interruption involontaire de grossesse »²⁶.

Dans l'hypothèse du clonage reproductif, le but des scientifiques n'est pas de porter une atteinte volontaire à la vie du fœtus puisque la finalité est d'arriver à une naissance. Dès lors comment qualifier l'atteinte involontaire à la vie du fœtus ? L'homicide involontaire n'est pas envisageable. L'enfant étant *in utero matris*, toute atteinte qui lui est causée passe inévitablement par une atteinte à l'intégrité corporelle de la mère. Cette atteinte est pénalement sanctionnable et la qualification encourue dépendra de l'ampleur de

²³ JCP 1997. II. 22955 note Fauré ; Defrénois 1997, p. 640, note Malaurie.

²⁴ « La loi pénale est d'interprétation stricte. »

²⁵ Ass. plén. 29 juin 2001, Bull. inf. C. cass. n°540.

²⁶ Sargos, *rapp. préc.*, n°24.

l'incapacité totale de travail subie par la mère. L'article R. 622-1 du Code pénal prévoit que le fait, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements [*sic*], de porter atteinte à l'intégrité d'autrui sans qu'il en résulte d'incapacité de travail est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe, soit une amende de 1 000 francs. Si l'atteinte à l'intégrité entraîne une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois, la peine applicable sera celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe, soit 10 000 francs. Enfin, l'article 222-20 du Code pénal prévoit que le fait de causer à autrui, par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail d'une durée inférieure à trois mois est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende.

Si l'atteinte est volontaire, la qualification sera celle d'interruption volontaire de grossesse. L'article 223-10 punit l'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressé de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende. L'article 223-11 punit l'interruption de la grossesse d'autrui de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 francs d'amende lorsqu'elle est pratiquée, en connaissance de cause, après l'expiration du délai dans lequel elle est autorisée, par une personne n'ayant pas la qualité de médecin, ou dans un lieu autre qu'un établissement d'hospitalisation public ou qu'un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux conditions prévues par la loi.

Le clonage est donc appréhendé de façon efficace par le droit pénal. Ce sont la personne née et la personne à naître qui sont protégées. En plus de cette protection classique de l'intégrité, le droit dispose de notions classiques qu'il faut maintenant analyser dans leurs rapports avec le clonage.

Section II : La permanence des notions classiques

Ces notions relèvent de deux catégories distinctes. Leur classicisme conduit souvent à les oublier alors qu'elles sont omniprésentes dans notre ordre juridique. La première catégorie est celle d'infractions annexes (§1) qui ont un caractère marginal et qui sont rarement invoquées. La seconde catégorie est relative au concept d'ordre public et les

relations entretenues entre cette notion et le juge (§2), qui est le premier à manipuler cette notion.

§1 : L'existence d'infractions annexes

Ces infractions sont en réalité des sortes de bouées de secours ; elles illustrent l'absence de dénuement du pénaliste face au clonage. Parmi ces infractions, certaines sont spécifiques au clonage (A), d'autres peuvent être envisageables mais leur application est plus indirecte (B).

A : Les infractions spécifiques

L'article L. 1211-3 du Code de la santé publique interdit la publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne ou d'un établissement ou organisme déterminés, l'information étant placée sous la responsabilité du ministre de la Santé. Ce texte ne comporte pas de sanction pénale, ce qui relativise l'effectivité de l'interdiction qu'il édicte. L'interdiction existe pourtant et est respectée. Néanmoins une certaine publicité pour des dons existe de la part de certaines organisations. Le mouvement Raëlien a ainsi créé une société au nom évocateur : Clonaid²⁷. Le but de cette société est de cloner des êtres humains et propose aux femmes de vendre leurs ovules pour 5 000 dollars. La publicité est faite sur l'Internet, la société est domiciliée aux Etats-Unis, il est alors difficile de rendre effective cette interdiction de publicité.

Le clonage thérapeutique ou reproductif nécessite comme on l'a vu le prélèvement d'un ovocyte. Ce prélèvement peut être effectué de deux manières différentes. La première façon de procéder est d'opérer ce prélèvement à l'aide d'une aiguille au niveau du bas-ventre. La seconde façon de procéder consiste à prélever l'ovocyte en passant par le vagin ; il s'agit d'un acte de pénétration sexuelle qui serait susceptible d'être qualifié de viol en l'absence de consentement de la femme sur laquelle le prélèvement est effectué. L'article 222-23 du Code pénal qualifie de viol tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature

²⁷ www.clonaid.com

qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise. Il faut néanmoins reconnaître que le prélèvement ne s'effectue guère selon la deuxième méthode et que la qualification ne pourrait donc être retenue facilement.

Le dernier obstacle et le plus important est l'article 223-8 du Code pénal qui punit de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé dans les cas prévus par les dispositions du Code de la santé publique. Il est par ailleurs précisé que les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche biomédicale est pratiquée alors que le consentement a été retiré. La recherche biomédicale n'est pas définie, il n'est donc pas facile de savoir ce que ce terme recouvre. On peut néanmoins penser que le clonage est une recherche biomédicale, même si la technique ne sera pas toujours balbutiante et qu'elle perdra un jour son caractère expérimental. Le problème reste encore une fois celui du consentement car s'il est donné, l'infraction n'est pas constituée. Toutefois, l'article L. 1121-4 du Code de la santé publique prévoit que les recherches sans bénéfice individuel direct sur les femmes enceintes ne sont admises qu'à trois conditions. Il faut que ces recherches soient utiles pour la connaissance des grossesses, accouchements et allaitements, qu'il soit impossible de réaliser ces recherches autrement et qu'il n'y ait aucun risque sérieux prévisible pour leur santé ou celle de leur enfant. Si les deux premières conditions semblent aisément remplies, la troisième, celle qui a trait à la santé de l'enfant, est loin d'être remplie. Le clonage est loin d'être une technique maîtrisée, et les risques encourus par le fœtus sont importants. Chez les animaux est loin d'être parfaite, l'efficacité est très faible : de un à quatre pour cent seulement des embryons reconstitués avec des noyaux de cellules se développent à terme. Si l'on ajoute à cela qu'existent de nombreuses anomalies comme une taille excessive de certains organes, des détresses respiratoires ou des déficits immunitaires²⁸, l'on voit que la santé de l'enfant est gravement en danger. Le risque est à la fois prévisible et sérieux. L'article L. 1221-4 du Code de la santé publique ne fait aucunement référence au consentement de la personne sur laquelle les recherches ont lieu, ce qui signifie que même si la femme donne son consentement à l'expérience, l'infraction sera constituée. La sanction du non-respect des conditions posées à l'article L. 1121-4 figure à l'article L. 1126-3 ; les peines sont de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende.

²⁸ J-P Renard et X. Vignon, *Le clonage : état de l'art*, Pour la Science n°279 janv. 2001 p. 40.

Ces infractions sont spécifiques au clonage. Il en est d'autres qui peuvent être envisagées.

B : Les infractions envisageables

Les premières infractions envisageables figurent dans le Code de la famille et de l'aide sociale. Il s'agit des infractions relatives au placement et à l'adoption de mineurs. Diverses règles qu'il ne convient pas de recenser de manière exhaustive sont prévues pour réglementer le placement des mineurs, l'article 99 C. fam. sanctionnant le manquement à ces règles d'un emprisonnement de trois mois et d'une amende de 25 000 francs. Les articles 100-1 et 100-2 prévoient quant à eux des peines d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende pour les personnes physiques ou morales qui servent d'intermédiaire pour l'adoption ou le placement de mineurs sans avoir reçu l'autorisation préalable d'exercer cette activité auprès du président du conseil général.

D'autres infractions concernant la filiation peuvent également être envisagées. Outre l'article 227-12 évoqué précédemment, il convient de noter que l'article 227-13 du Code pénal prévoit que la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 francs d'amende ; la tentative étant également réprimée. Il s'agit de la reprise de l'infraction de supposition d'enfant de l'ancien article 345 du Code pénal qui était définie comme l'attribution de la maternité d'un enfant à une femme qui n'a pas accouché. Il s'agit là d'une simulation de la naissance par la mère fictive et d'une dissimulation de la maternité de la mère réelle²⁹. Il s'agit d'une infraction contre l'état civil de l'enfant. En revanche il convient de relever que cette infraction n'est commise que si l'enfant est dit né de la mère fictive sans passer par le détour d'une adoption ou d'une reconnaissance mensongère³⁰. La simulation et la dissimulation supposent en outre un faux en écritures publiques puisque une fausse déclaration a été faite à l'officier d'état civil. Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende. Quelle est alors l'articulation qui existe entre le faux en écritures publiques et la supposition d'enfant ?

²⁹ Crim. 12 janv. 2000, Bull. crim. n°21; D. 2000. IR. 75.

³⁰ G. Mémeteau, RID pén. 1988 vol. 59 p 916.

Monsieur Gérard Mémeteau voyait là « une double violation de la loi pénale, concours idéal d'infractions sanctionné à la fois par l'invocation de deux textes applicables (art. 345 §1 et art. 145 [de l'ancien] Code pénal) et l'infliction d'une peine unique »³¹. Il semble qu'il s'agisse d'un concours réel d'infractions, deux valeurs différentes étant protégées³². Les peines encourues étant de même nature, une seule peine sera prononcée dans la limite du maximum légal le plus élevé.

Enfin, dans un autre ordre d'idée, il est possible d'envisager l'escroquerie. Cette qualification sera envisagée à propos des choses humaines, mais elle est ici différente car c'est alors la remise de fonds qui est envisagée. Il s'agit d'envisager des comportements dont l'illustration nous est donnée, une fois de plus, par les Raëliens qui facturent le clonage pour la somme de 200 000 dollars. Néanmoins « la compagnie [Clonaid] n'accepte aucune commande ou paiement aussi longtemps que le clonage de ce premier bébé sera un succès »³³. Promettre la vie éternelle, ne serait-ce pas ce que l'on pourrait qualifier de manœuvre frauduleuse ?

Ces infraction annexes coexistent avec un concept juridique fondamental : l'ordre public.

§2 : Le juge et l'ordre public

A côté du droit pénal de la vie existent des notions plus générales et moins tangibles pour le criminaliste qui ne doit pourtant pas en faire abstraction : ainsi l'ordre public (A) constitue une notion qui a déjà fait ses preuves et pose au juriste une question dont l'acuité transparaît dans les controverses qu'elle suscite : faut-il légiférer ? (B)

³¹ G. Mémeteau, *art. préc.* p 917.

³² Cf. *supra*.

³³ www.clonaid.com.

Il s'agit là d'une notion qui n'intéresse pas directement le pénaliste qui semble même la rejeter au vu de sa discordance avec le principe de légalité criminelle. Le droit pénal ne saurait s'embarrasser d'une notion si floue et évolutive. On peut en effet définir l'ordre public comme le caractère de certaines règles juridiques auxquelles il est impossible de déroger, règles qui s'imposent pour des raisons d'intérêt supérieur. Des parties ne peuvent pas conclure un contrat contenant une clause contraire à l'ordre public ; l'article 6 du Code civil prévoit ainsi que l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Le droit pénal doit-il faire abstraction des autres branches du droit en raison de son autonomie ou doit-il au contraire être à l'écoute des évolutions extérieures à sa sphère ? La réponse est claire et évidente : l'autonomie du droit pénal ne signifie pas extranéité, et le pénaliste reste et doit rester à l'écoute de ses confrères civilistes notamment. Il est certain que malgré l'attention que le juge pénal doit porter aux autres branches du droit, il ne saurait prononcer une condamnation sur le seul fondement de la contrariété d'un acte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs : *nullum crimen, nulla poena sine lege*. En revanche il est tout aussi certain que l'évolution du droit pénal peut se faire grâce, ou à cause des décisions civilistes notamment. Ainsi en a-t-il été du principe d'indisponibilité du corps humain et du célèbre arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 31 mai 1991³⁴. Une femme avait conclu un contrat par lequel elle s'était engagée à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance. Cet arrêt intéresse directement le clonage reproductif dans l'hypothèse où une mère porteuse interviendrait. L'Assemblée plénière avait décidé qu'une telle convention contrevenait notamment au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain. La décision concernait le droit civil et a eu des conséquences pénales. Il existait déjà l'article 353-1 de l'ancien code pénal qui réprimait trois types de comportement :

- le fait de provoquer dans un esprit de lucre les parents ou l'un d'eux à abandonner leur enfant né ou à naître,
- le fait de faire souscrire par les futurs parents, ou l'un d'eux, un acte aux termes duquel ils s'engagent à abandonner leur enfant à naître,
- le fait, dans un esprit de lucre, d'apporter son entremise pour faire recueillir ou adopter un enfant.

³⁴ Ass. plén. 31 mai 1991 Bull. civ. n°4 ; voir not. D. 1991. 417, note Thouvenin ; JCP 1991.II.21752, note Terré.

Le nouveau Code pénal a repris cette incrimination à l'article 227-12 et la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 a ajouté un troisième alinéa à ce texte qui punit d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Cette nouvelle disposition a sans aucun doute été grandement influencée par la décision de l'Assemblée plénière. En conséquence, l'on voit bien que dans le cas d'un comportement non prévu par le droit pénal la réponse peut être civile dans un premier temps, le législateur tirant ensuite les conséquences d'une telle décision. Et quand bien même le législateur ne tirerait pas les conséquences d'une telle décision, le Droit s'en trouverait-il ébranlé ?

L'ordre public permet d'appréhender de nouveaux comportements en droit civil, comme le clonage qu'il soit thérapeutique ou reproductif. En l'état actuel des réflexions menées autour du clonage reproductif, il est certain qu'une telle pratique est contraire à l'ordre public. En effet il suffit pour cela de recenser les prises de positions contre le clonage pour s'apercevoir qu'à l'heure actuelle la contrariété du clonage reproductif à l'ensemble des règles que l'on peut estimer d'intérêt supérieur. En ce qui concerne le clonage thérapeutique, la situation est moins claire puisque cette technique renferme d'importants espoirs thérapeutiques. Ferait-on prévaloir alors l'intérêt thérapeutique sur l'intégrité de l'embryon ? Il n'est pas aisé de se prononcer sur la valeur qui prévaudrait alors. Tout au plus peut-on penser que la question serait résolue facilement en invoquant les règles protectrices de l'embryon. Le clonage thérapeutique n'est pas cette grande inconnue qu'est le clonage reproductif.

Monsieur François Terré relevait d'ailleurs à propos des lois sur la bioéthique que « à supposer ces restrictions [imposées par le législateur] justifiées, les tribunaux trouveraient aujourd'hui dans la loi le moyen de les fonder par référence aux exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs (art. 6 du code civil) »³⁵. La possibilité d'encadrer le clonage autrement que par des lois prohibitives soulève en réalité la question de la nécessité de légiférer.

³⁵ F.Terré, *Les lois sur la bioéthique sont inutiles et dangereuses*, Libération 18 janv. 1994.

B : Un encadrement législatif nécessaire ?

Nécessité, opportunité, besoin ou au contraire inutilité, inadéquation, la question de la bonne politique à adopter soulève de nombreux problèmes qui dépassent le cadre limité mais néanmoins complexe du droit pénal. Les convictions religieuses, éthiques, philosophiques entrent en ligne de compte pour déterminer la conduite à adopter. Pourtant, l'analyse doit rester objective pour savoir si oui ou non le législateur doit intervenir et c'est pourquoi il conviendra de rester sagement cantonné dans les sphères pénalistes en faisant abstraction de toute considération non juridique. Légiférer ou ne pas légiférer, il convient de garder en mémoire le précepte du Doyen Carbonnier pour qui le législateur n'est pas moins législateur quand il s'abstient de légiférer. Il ne s'agit pas ici de dresser une liste exhaustive des partisans de l'une ou l'autre position, mais de donner l'illustration des grandes positions adoptées.

Un des plus fervents partisans d'une prise de position législative est le professeur Jean-François Mattéi qui dans un rapport remis au premier ministre en 1993 au sujet des lois sur la bioéthique estimait qu'il était alors nécessaire de légiférer³⁶. Plutôt que de nécessité, monsieur Mattéi parle d'opportunité, reconnaissant qu'on « ne peut, certes, parler de « vide juridique », puisque la jurisprudence vient dégager des solutions aux problèmes portés devant les tribunaux, mais il faut admettre que, là encore, la science avance plus vite que le droit et lui soumet de plus en plus souvent des situations inédites et embarrassantes ». Le Conseil d'Etat lui-même estime que la question de la nécessité de légiférer « n'est plus réellement un sujet de débat, à quelques exceptions près »³⁷. Les positions adoptées reprennent les mêmes arguments que lors de l'adoption des lois sur la bioéthique en 1994, et le clonage suscite les mêmes interrogations, les mêmes peurs, les mêmes espoirs. Jean-Pierre Baud estimait quant à lui que « les découvertes médicales et le progrès des biotechnologies, loin de remettre en cause les systèmes juridiques issus du droit romain, offrent au contraire l'occasion de réfléchir sur des élaborations doctrinales fondamentales »³⁸. Il faut reconnaître que le droit positif actuel offre une protection suffisante qui, si elle n'est pas explicite, est néanmoins efficace, et d'autant plus efficace qu'elle va dans le sens de l'interdiction souhaitée. Il faut en outre se révéler méfiant vis à

³⁶ J-F Mattéi, *Il est opportun de légiférer*, in Rapport au Premier Ministre sur l'éthique biomédicale, nov. 1993.

³⁷ *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Conseil d'Etat, La Documentation française, nov. 1999, 62 p. ; <http://www.ladocfrancaise.gouv.fr>.

³⁸ J-P Baud, *L'Affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, éd. Seuil coll. Des travaux, Paris 1993, p229.

vis de l'adoption de nouveaux textes. Monsieur Alain Prothais a ainsi démontré à plusieurs reprises que « les défauts dans la technique légale d'incrimination se révèlent si nombreux et si importants qu'ils semblent de nature à paralyser la répression », ces défauts permettant même « de douter d'une véritable volonté répressive de la part du législateur contrairement à ses propres affirmations »³⁹. Si l'on ajoute à cette contrariété au principe de légalité criminelle le fait qu'encadrer législativement des pratiques comme le clonage revient « à fixer dans la loi des modèles de comportement qui, présentement, n'y ont pas leur place. Lorsque le législateur, souvent maladroit, condamne ceci –telle pratique- , *a contrario*, il admet cela »⁴⁰.

Pour conclure, il convient de remarquer que le droit n'est pas soumis aux évolutions des sciences de la vie ; légiférer revient même à se plier aux exigences des scientifiques, leur dressant un droit sur mesure et confortant ainsi l'idée fréquemment répandue que les sciences de la vie dictent le droit. Comme l'étude de la protection de l'être en droit prospectif le démontrera, la position qui sera adoptée ne fait pas grand doute et le raisonnement ne doit plus se faire selon la nécessité de légiférer, mais bel et bien *de lege ferenda*. Le fait que le droit pénal actuel possède des réponses adaptées pour appréhender le clonage, reproductif comme thérapeutique, ne signifie pas que ces techniques ne suscitent pas des interrogations nouvelles.

³⁹ A.Prothais, *Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale*, JCP 1999.I.129 n°10.

⁴⁰ F.Terré, *art. préc.*

CHAPITRE 2 : LES INTERROGATIONS NOUVELLES

La nouvelle technique que représente le clonage suscite de nouvelles questions au juriste, l'obligeant ainsi à se prononcer sur des qualifications qu'il semble naturel d'invoquer et qui sont pourtant d'une applicabilité limitée (Section I). De même le clonage entraîne également une remise en cause de quelques définitions usuelles (Section II).

Section I : Une applicabilité relative des qualifications symboliques

Le clonage, essentiellement reproductif, soulève de nombreuses peurs qui sont l'occasion de manier des qualifications d'application peu répandue. Le principe de dignité appliqué à la fois à la personne humaine et à l'espèce humaine dans son ensemble (§1) est invoqué couramment dès que l'on évoque le clonage ; il en est de même des crimes contre l'humanité et de l'eugénisme qui révèlent leur faible champ d'application (§2).

§1 : La dignité de la personne et de l'espèce humaine

Concept relativement nouveau mais néanmoins affirmé avec force, le principe de dignité constitue un obstacle théorique au clonage reproductif (A), obstacle pourtant peu important eu égard à l'incertitude de ce concept (B).

A : Un obstacle théorique au clonage reproductif

Si l'émergence de la bioéthique a eu un mérite, c'est bien d'avoir fondé les règles de protection instaurées sur le principe de dignité. L'article 16 du Code civil issu de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 prévoit ainsi que la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la *dignité* de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le

commencement de sa vie. L'affirmation du principe de dignité au sein du Code civil ne permettrait que de fonder une action en nullité d'un contrat ou en responsabilité civile contre le particulier qui transgresserait l'interdit. L'affirmation du principe de dignité n'est pas uniquement civiliste. Le Code pénal contient un chapitre cinq intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne » qui ne réprime que les discriminations, le proxénétisme et les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne. Il est étonnant de ne trouver dans ce chapitre que ces infractions. Est-ce à dire que les tortures, les violences et toutes les autres infractions contre la personne ne sont pas des atteintes à sa dignité ? Il semble que cet obscurantisme législatif n'ampute pas le principe de dignité de sa valeur fondamentale. Il n'est pas reconnu explicitement en droit pénal, mais il n'est pas non plus ignoré et l'on peut voir dans la référence à ce principe « un moyen d'accroître le pouvoir d'interprétation des principes généraux du droit par le juge »¹. Le juge pénal peut ainsi être amené à analyser un comportement à la lumière du principe de dignité. Le principe de dignité n'est pas reconnu aux seuls niveaux législatif et jurisprudentiel, ce qui ne lui conférerait qu'une valeur relative.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne le reconnaît pas expressément. Néanmoins deux de ses dispositions sont rattachables au concept de dignité : l'article 3 relatif à l'interdiction de la torture, des peines ou traitements inhumains ou dégradants, et l'article 4 relatif à l'interdiction de l'esclavage. Le principe de dignité connaît en outre une reconnaissance constitutionnelle. En effet, dans sa décision relative aux lois de 1994², le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence d'un « principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » dont découlent d'autres principes tels que la primauté de la personne humaine, l'inviolabilité, l'intégrité du corps humain et de l'espèce humaine. La dignité de la personne humaine, en tant que fondement d'autres principes, est alors analysée comme un « principe matriciel »³, c'est à dire un principe qui engendre d'autres droits : « ainsi, le droit à la dignité est la matrice d'un certain nombre de garanties qui en dérivent naturellement »⁴. Le principe ne semble pouvoir souffrir aucune dérogation. L'intégrité du corps humain et de l'espèce humaine, qui découle du principe de dignité de la personne humaine, est protégée au plan pénal et il ne semble pas faire de doute pour nombre

¹ B. Jackson, *La dignité de la personne humaine*, Rev. gén. droit méd. n°4 p.67.

² Cons. const. 94-343/344 DC du 27 juill. 1994 JO du 29 juill. 1994 p. 11024.

³ B. Mathieu, *Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme*, D. 1995, chron. p 211.

⁴ B. Mathieu, *Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain*, RD pub n°1-1999.

d'auteurs ou d'instances plus ou moins autorisées que le clonage reproductif est une atteinte à la dignité de la personne humaine, une atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Ainsi le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé estime-t-il que le clonage est « une modification du caractère génétique d'un être vivant, s'il lui devient possible de se reproduire sans le concours d'une fusion de gamètes. Et comme l'espèce humaine s'est constituée par la reproduction sexuée, il serait porté atteinte à son intégrité en transformant aussi fondamentalement le mode de transmission du génome »⁵. Les conventions internationales qui posent expressément l'interdiction du clonage reproductif humain fondent l'interdiction sur la dignité humaine. Ainsi l'article 11 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997 interdit le clonage et le classifie parmi les « pratiques qui sont contraires à la dignité humaine ». Il en est de même de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe, adoptée à Oviedo le 4 avril 1997 et complétée à Paris le 12 janvier 1998 par le protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains qui considère que « l'instrumentalisation de l'être humain par la création délibérée d'êtres humains génétiquement identiques est contraire à la dignité de l'homme ».

Récemment découvert par le Conseil constitutionnel, le principe de la dignité est double : il est « objet de protection, un « bien juridique » protégé comme tel par divers textes qui la visent expressément ou implicitement comme valeur atteinte, mais il est aussi « cause », *ratio legis* d'intervention pénales protectrices d'autres biens juridiques »⁶. Mais malgré l'affirmation solennelle du principe de dignité, il n'est pas certain que l'invoquer comme fondement de la prohibition du clonage reproductif soit vraiment convaincant : ce principe est-il le fondement idéal pour prohiber le clonage reproductif ?

B : Un concept incertain

Incertain, le concept l'est parce qu'il n'est pas défini. Le Conseil constitutionnel s'est en effet bien gardé de définir la dignité humaine, certain qu'il était de l'avoir

⁵ Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif, Les Cahiers du CCNE n°12, 1997 ; www.ccne-ethique.org.

⁶ J-F Seuvic, *Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées*, in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze » sous la direction de Ph. Pedrot, Economica, 1999, p. 339 et s.

suffisamment cerné en énumérant les principes qui permettent d'assurer le respect du principe constitutionnel. « La dignité de la personne humaine est un principe dont chacun ressent intuitivement la réalité et la force, même si les appréciations relatives à sa consistance peuvent varier »⁷ : le pénaliste guidé qu'il est par le principe d'interprétation stricte ne saurait cependant se contenter d'intuitions. Il est certes difficile de s'opposer à ce qu'un principe comme celui-là soit constitutionnellement reconnu, mais il est en revanche plus aisé de souhaiter qu'il le fut plus clairement. Le principe fait appel à des notions extra juridiques qui ne font que refléter sa complexité. L'affaire Moore⁸ constitue une illustration de la malléabilité du concept : était-il plus conforme au principe de dignité de la personne humaine de conférer à John Moore un droit de propriété sur ses cellules ou au contraire de lui refuser la qualité de propriétaire de son corps ? De même, est-il réellement opportun de parler à la fois de dignité de la personne humaine et de dignité de l'espèce humaine ? Les conceptions individualiste et spécifique de la dignité semblent peu compatibles entre elles : « en se préoccupant davantage de l'humanité que de l'individu, la conception « spécifique » rompt en effet le lien établi par la conception « individualiste » entre la dignité et la liberté »⁹. Le problème est qu'il existe une grande différence entre la solennité, la valeur du principe et sa mise en œuvre qui s'avère beaucoup plus délicate.

Ainsi le clonage reproductif, selon certains, « serait la fin de l'être humain en tant qu'être unique »¹⁰. Le C.C.N.E estime quant à lui que « respecter l'autonomie de la personne, sa liberté et par là sa dignité commande entre autres d'accepter ce trait primordial de la condition humaine : ce que sera dans son idiosyncrasie génétique un individu est et doit rester pour l'essentiel indécidable par quiconque »¹¹. Dans un sens opposé, certains se révèlent surpris que l'indéterminabilité génétique soit la condition *sine qua non* de la liberté de l'être humain et par là de sa dignité : « n'est-ce pas faire de l'indéterminabilité génétique un élément de la définition de l'homme ? L'homme ne serait plus alors seulement un être raisonnable, il serait un être raisonnable et indéterminé génétiquement »¹². L'homme n'est pas la somme de ses gènes. En ce qui concerne le clonage thérapeutique, c'est alors le principe de dignité qui doit exister dès le

⁷ B. Mathieu, *Force et faiblesse... art. préc.*

⁸ B. Edelman, *L'homme aux cellules d'or*, D. 1983, chron. p. 225. cf. *infra* pour une description de l'affaire.

⁹ G. Lebreton, *Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine*, in *Droit français et dignité de la personne humaine*.

¹⁰ B. Jackson, *art. préc.* p 78.

¹¹ C.C.N.E Avis n°54 du C.C.N.E, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, Les Cahiers du CCNE n°12, 1997 p.17, également disponible sur le site Internet du C.C.N.E : www.ccne-ethique.org

¹² B. Liaudet, *Commentaires sur la « Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif »*, Les Cahiers du CCNE n°13, 1997, p 4.

commencement de la vie qui est invoqué ; mais qu'est-ce qui est conforme à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine : réifier l'embryon ou disposer de nouveaux moyens thérapeutiques ?

La dignité n'est pas un obstacle juridique à l'interdiction pénale du clonage reproductif ou thérapeutique. Elle est un obstacle moral, mais c'est une certaine conception de la dignité qui condamne le clonage quand une autre conception le légitime. Nous avons vu que le clonage reproductif était analysé comme une atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine, dont la protection est instaurée à l'article 16-4 du Code civil. Or, non seulement la protection instaurée à cet article n'est pas très dissuasive puisque limitée aux contrats et à la responsabilité civile, mais en plus il est loin d'être certain que l'intégrité de l'espèce humaine soit mise en cause par l'utilisation d'un mode de reproduction asexué. En effet, en l'absence d'une pratique institutionnalisée, l'intégrité de l'espèce humaine n'est pas atteinte.

La dignité n'est pas la seule qualification dont l'affirmation est solennelle mais dont la mise en œuvre révèle beaucoup plus délicate.

§2 : La protection de l'espèce humaine et de l'humanité

La seule éventualité du clonage reproductif suffit à réveiller les vieilles peurs et fait craindre un renouvellement des atrocités du passé. Le droit pénal répond maladroitement à ce risque en protégeant d'une part l'espèce humaine (A) et l'humanité (B).

A : La protection de l'espèce humaine

La loi n°94-653 du 29 juillet 1994 a créé un article 511-1 dans le Code pénal, article inséré dans une division dont le but est ni plus ni moins que la protection de l'espèce humaine. Cet article dispose que le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de vingt ans de réclusion criminelle. La sanction est sévère, mais l'on peut s'étonner qu'elle ne soit pas plus importante eu égard à la valeur protégée. Cette incrimination répond à l'interdiction

de l'article 16-4 du Code civil énoncée précédemment. C'est l'eugénisme qui est ainsi pénalement condamné, mais le terme n'est pas employé : ce sont les « pratiques eugéniques » qui sont incriminées. Pour être constituée, l'infraction suppose non seulement l'existence d'une pratique eugénique, mais cette pratique n'est pas suffisante puisque il faut en outre qu'elle tende à l'organisation de la sélection des personnes. La pratique eugénique n'est pas définie dans l'article 511-1. Si l'on se réfère à la circulaire du 19 janvier 1995, on apprend qu'une pratique eugénique est « une pratique qui tend à l'amélioration des caractéristiques génétiques de l'espèce humaine ».

L'incrimination est préventive car c'est la mise en œuvre de la pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes qui est réprimée. « Il s'agit donc ni plus ni moins d'un *attentat*, à savoir une tentative érigée en consommation, elle-même susceptible de tentative punissable : d'un attentat à l'intégrité de l'espèce humaine par pratique eugénique que l'on pourrait qualifier concisément d' « attentat eugénique » »¹³.

Le C.C.N.E estime que « comme on veut obtenir un nouvel être identique, soit à l'embryon, soit à l'adulte donneur de noyau, il s'agit d'une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes et elle est donc interdite. Elle est de plus pénalement réprimée, article 511-1 du Code pénal »¹⁴. On sait que l'eugénisme peut être soit positif soit négatif. L'eugénisme positif consiste à favoriser la reproduction de personnes jugées génétiquement supérieures. L'eugénisme négatif consiste à empêcher la reproduction des personnes jugées génétiquement inférieures. Le clonage reproductif s'inscrit dans la lignée de l'eugénisme positif. Le clonage reproductif semble pouvoir être qualifié de pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes. Néanmoins il faudrait que le clonage soit alors une pratique, c'est à dire qu'il s'agisse d'une habitude¹⁵, et qu'il revête également une dimension collective. Il faudra en outre que la pratique soit réellement eugénique, c'est à dire que le mobile soit de reproduire à l'identique une personne estimée génétiquement supérieure.

Mais quelle est l'étendue du caractère collectif que doit revêtir le clonage ? L'article 511-1 est analysé comme une disposition symbolique¹⁶ et il convient de relativiser grandement les peurs exprimées, notamment par le C.C.N.E, face au clonage

¹³ A. Prothais, *Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale*, JCP 1999. I.129 n°8.

¹⁴ CCNE, *avis préc.*

¹⁵ Ce point est controversé : Cf. A Prothais, *art. préc.* n°11.

¹⁶ Voir not. J-F Seuvic, *art. préc.*; A. Prothais, *art. préc.*

reproductif. La technique à peine balbutiante au plan animal est déjà pressentie comme annonciatrice d'une ère des clones. « L'industrialisation de la reproduction humaine ne sera possible que quand la gestation sera artificielle. C'est d'ailleurs la clé de la possibilité de la fiction décrite par [Aldous] Huxley dans « Le meilleur des mondes ». Celle-ci me semble, aujourd'hui et pour longtemps encore, n'être qu'une chimère »¹⁷. L'eugénisme collectif est à coup sûr convenablement encadré, même si subsistent des imprécisions, mais il ne faut pas voir dans le clonage reproductif l'incarnation de tous nos fantasmes ou plutôt de nos cauchemars. Il faut en outre souligner qu'il est illusoire de croire la prohibition du clonage suffisamment effective avec la seule incrimination de l'article 511-1 du Code pénal. La pratique du clonage ne diffère pas fondamentalement, dans sa finalité des techniques classiques d'assistance médicale à la procréation : il s'agit avant tout de remédier à des cas d'infertilité. En l'absence d'une réelle institutionnalisation du clonage, celui-ci reste une pratique purement individuelle. Rien n'est moins sûr que les juges voient dans le clonage reproductif une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes.

B : La protection de l'humanité

L'article 211-1 du Code pénal protège l'humanité selon l'intitulé même du chapitre où il est inséré : « Des autres crimes contre l'humanité ». Sont ainsi punies de la réclusion criminelle à perpétuité notamment la réduction en esclavage et la pratique massive et systématique d'actes inhumains inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile. C'est encore une fois le clonage reproductif qui est susceptible d'être réprimé. A grande échelle, il nécessiterait de constituer des régiments de mères porteuses, ce que l'on pourrait alors qualifier de réduction en esclavage. Le clonage reproductif étant considéré comme contraire à la dignité de la personne humaine, peut-être serait-il envisageable de le qualifier d'acte inhumain. Quant à l'élément intentionnel, à savoir les motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux inspirant le ou les auteurs, il pourrait être aisément retenu ; en effet, ces motifs sont définis en des termes très génériques et il est permis de penser que l'acceptation des termes « motifs philosophiques » ou « motifs raciaux », notamment, est relativement large.

¹⁷ B. Liaudet, *art. préc.*

La Conv. EDH contient en ses articles 3 et 4 semblables interdictions : l'article 3 prévoit ainsi que nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. La jurisprudence de la Cour EDH révèle qu'un traitement inhumain est celui qui engendre de vives souffrances physiques ou morales, susceptibles d'entraîner des troubles psychiques aigus¹⁸. Quant aux traitements dégradant, c'est celui qui provoque un abaissement du rang, de la situation ou de la réputation de celui qui en est l'objet aux yeux d'autrui ou à ses propres yeux. Au vu des appréciations faites autour du clonage reproductif, il est possible de considérer que cette technique constitue un traitement inhumain ou dégradant, non pas pour le donneur de la cellule, mais pour le clone. Le C.C.N.E dans ses considérations éthiques estime en effet que le clonage reproductif constituerait « un bouleversement fondamental de la relation entre identité génétique et identité personnelle » ; le traitement dégradant ou inhumain résiderait dans le fait que « des clones sauraient qu'ils sont des clones ; ils se sauraient aussi reconnus comme tels par autrui »¹⁹. Le clonage reproductif se voit ainsi susceptible d'entrer dans la prohibition instaurée à l'article 3 de la Conv. EDH.

Quant à l'article 4 de la Conv. EDH, il prévoit que nul ne peut être tenu en esclavage ou en servitude. Il s'agit de la même interdiction que celle qui figure à l'article 211-1 du Code pénal, à cette différence près que la prohibition de l'article 4 ne nécessite pas, pour être effective, de dimension collective. Les interdictions ainsi énumérées et protégeant l'humanité sont donc en théorie applicables au clonage reproductif tel qu'il est actuellement considéré. Toutefois force est de constater que l'appréciation portée sur cette pratique n'est pas véridique et qu'elle repose pour de grandes parties sur des suppositions qui peuvent être aisément renversées. De par cette incertitude qui règne autour des conséquences psychologiques que pourraient subir les personnes nées d'une telle technique, rien ne prouve que l'appréciation n'évoluera pas et que les craintes aujourd'hui exprimées disparaissent. Dès lors il est hasardeux d'invoquer de grandes infractions, de grands interdits, ceux-ci étant certes dissuasifs, mais tributaires d'appréciations scientifiques, philosophiques, éthiques... En outre, la dimension collective requise par l'article 211-1 du Code pénal soulève les mêmes interrogations que celles relevées précédemment au sujet de l'article 511-1. Le clonage reproductif est loin d'atteindre un caractère industriel.

¹⁸ C.E.D.H Irlande c/ Royaume-Uni 18 janv. 1978.

¹⁹ C.C.N.E, *avis préc.*

Ces qualifications symboliques que sont l'eugénisme, les crimes contre l'humanité et l'invocation du concept de dignité révèlent la peur ressentie par nombre de personnes, mais cette peur n'est qu'intuitive et il n'est pas nécessaire d'invoquer ces qualifications quand les infractions courantes et classiques suffisent à assurer l'efficacité de la répression. L'interrogation que suscite le clonage au sujet des qualifications symboliques se retrouve lorsque l'on aborde des définitions usuelles qui sont secouées par cette nouvelle technique.

Section II : Une remise en cause de définitions usuelles

Le clonage invite le juriste à s'interroger sur des définitions délicates à aborder car de la réponse apportée dépendent les qualifications pénales applicables. Le corps humain se voit confronter à sa réalité et se pose alors la question de la réification de ce corps (§1). L'autre problème de définition concerne le clonage reproductif : est-ce un mode de procréation (§2) ?

§1 : La réification du corps humain ou la protection pénale des atteintes aux biens

L'appréhension du corps par le droit est difficile et pleine de non-dits²⁰. Le corps n'appartient pas explicitement à l'une des catégories civilistes ; dès lors, les auteurs se partagent sur la question de savoir si le corps est une chose ou la personne elle-même. La question est délicate car elle soulève des problématiques délicates aux multiples consonances, qu'elles soient religieuses, philosophiques, éthiques, juridiques. Il est nécessaire d'exposer dans un premier temps les termes du débat (A) puis d'envisager la protection dont peuvent bénéficier les éléments détachés du corps (B).

²⁰ Sur cette question, voir J-P Baud, *L'Affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, éd. du Seuil Paris 1993.

A : Le corps : chose ou personne ?

Plusieurs positions sont défendues, même si les auteurs s'accordent à reconnaître l'inviolabilité du corps humain. Il ne s'agit pas ici de relater l'histoire du corps humain dans le droit²¹, mais d'exposer les deux grandes positions adoptées. La première, celle qui semble la plus conforme au caractère sacré, reconnue par tous, du corps humain est celle défendue notamment par Monsieur Jacques Fierens²². Selon lui, le corps ne peut être une chose et en conséquence « l'analyse du rapport juridique au corps humain en terme de droit de propriété doit être rejetée ». Pour l'auteur, « La propriété suppose une différence, une dichotomie entre le propriétaire et l'objet approprié. Or, mon corps, c'est moi, et il n'y a pas de distance entre lui et moi. Le corps *est* le sujet de droit ». Le corps en son entier ne serait donc pas la propriété de la personne en raison de la « distance impossible entre mon corps et moi-même ». En revanche, Monsieur Fierens admet que lorsqu'une distance s'instaure entre le sujet de droit et un élément de son corps, c'est à dire lorsqu'un élément du corps est détaché, il est alors possible d'envisager l'hypothèse d'un droit de propriété parce que « ce n'est plus le corps dont il s'agit, mais une partie qui ne s'y identifie plus, que je n'appelle d'ailleurs plus un corps, mais des cheveux, un cœur, une main ». La propriété d'un élément détaché se révèle possible, mais elle n'est pas souhaitable pour Monsieur Fierens, même si l'on estime que ces éléments sont des choses hors commerce. L'analyse se poursuit et débouche sur la notion de dignité qui fonde le respect du corps humain²³. Le Doyen Carbonnier souligne quant à lui que « parce qu'il est la personne elle-même, le corps échappe au monde des objets, au droit des choses même vivantes. Il a, en quelque manière, un caractère sacré »²⁴.

La seconde position, souvent controversée, est défendue par monsieur Jean-Pierre Baud dans son ouvrage intitulé « L'Affaire de la main volée, une histoire juridique du corps »²⁵. Il envisage l'hypothèse d'un homme dont la main est coupée accidentellement ; un ennemi malveillant s'en empare alors et la détruit. Dès lors, l'auteur s'emploie à démontrer que seule une condamnation pour vol serait à même de protéger correctement l'atteinte faite au corps de la personne. Il semble en effet normal de considérer un élément

²¹ Pour un exposé remarquable de l'évolution de la place du corps dans le droit, voir J-P Baud, *op. cit.*

²² J.Fierens, Critique de l'idée de propriété du corps humain ou le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche neige, RIEJ 2000.44 p. 157.

²³ Pour une étude du principe de dignité, cf. *supra*.

²⁴ J.Carbonnier, Droit civil, 1/ Les personnes, janvier 2000 p20.

²⁵ J-P Baud, *op. cit.*

détaché du corps comme une chose lorsque tout milite pour la réification. « Dire que le corps est une chose et que l'on a sur celui-ci un droit de propriété présente l'énorme avantage pratique de la stabilité juridique du corps vivant ou mort et de ce qui le compose ». Ainsi la cour d'appel de Californie dans une décision rendue en 1988 concernant la célèbre affaire Moore, l'homme aux cellules d'or, avait opté pour la reconnaissance d'un droit de propriété de la personne sur son corps²⁶. Monsieur Moore suivait un traitement médical ; ses médecins s'aperçurent que les cellules de leur patient étaient exceptionnelles car elles recelaient de nombreux espoirs thérapeutiques et pécuniaires. Ils prélevèrent alors ces fameuses cellules, établirent une lignée cellulaire qui fut brevetée pour pas moins de trois milliards de dollars. Monsieur Moore fut reconnu propriétaire de ses cellules et indemnisé en conséquence. La Cour suprême des Etats-Unis lui a en revanche dénié sa qualité de propriétaire au nom de la dignité humaine. Jean-Pierre Baud souligne l'ironie de la chose puisqu'au nom de la dignité humaine, les juges ont permis à d'autres que Moore de bénéficier des profits générés par ses propres cellules... La reconnaissance du statut de meuble aux éléments détachés du corps humain n'est pas chose aisée, et pourtant il est difficile de nier l'évidence au nom d'une abstraction qui ne conduit qu'à l'absence de protection des éléments détachés du corps. « Hors du cadre de réglementation des opérations de prélèvement, il apparaît pour le reste que les éléments détachés du corps humain relèvent pénalement du régime ordinaire de protection des biens, comme toute autre chose meuble »²⁷.

Les controverses sont nombreuses, il ne s'agit là que de l'illustration d'une impossible unanimité sur le statut du corps humain. Néanmoins, les éléments détachés du corps semblent beaucoup plus facilement reconnus comme des choses meubles, même si cela choque certains auteurs. Protégé en amont du prélèvement, le corps, ou plus précisément ses éléments sont encore protégés en aval de ce prélèvement. Quelles infractions sont envisageables ?

B : La protection des choses humaines

La quasi-totalité des infractions prévues au livre troisième du code pénal peuvent être envisagées. Certaines sont plus susceptibles que d'autres d'assurer une

²⁶ B. Edelman, L'homme aux cellules d'or, D.1983 chron. p. 225.

²⁷ J-F Seuvic, *Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées*, in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze » sous la direction de Ph. Pedrot, Economica, 1999, p. 379.

protection pénale efficace des éléments du corps. L'abus de confiance défini à l'article 314-1 comme le détournement par une personne, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs, ou *un bien quelconque* qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. Ainsi une cellule ou un ovocyte prélevés pour une certaine finalité et utilisés pour une expérience de clonage pourraient être considérés comme détournés. La personne ayant effectué ce détournement encourrait donc une peine de trois ans d'emprisonnement et de 2 500 000 francs d'amende. On pourrait envisager, plus spécifiquement, les qualifications de destruction, dégradation et détérioration présentant ou non un danger pour la personne. Ainsi l'article 322-1 du code pénal punit de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 francs d'amende la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui. L'article 322-3 porte cette peine à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 francs d'amende lorsque l'infraction est commise, notamment, par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteurs ou de complices, facilitée par l'état d'une personne dont la particulière vulnérabilité est apparente ou connue de son auteur. Les peines sont dissuasives et les qualifications de dégradation, destruction et détérioration pourraient être aisément retenues, une fois les cellules ou gamètes utilisés et irrémédiablement perdus. En cas de dommage léger, ce qui est assurément le cas de la destruction d'une cellule ou d'un ovocyte, c'est l'article R 635-1 C.pén. qui s'applique, celui-ci punissant la destruction, dégradation ou détérioration d'une amende de 10000 francs.

Seules les qualifications classiques sont encore une fois les plus à même d'assurer une protection efficace du corps humain et de ses éléments. Il faut reconnaître que l'utilisation des infractions d'atteintes aux biens perdent toute leur efficacité lorsque le propriétaire de la cellule ou de l'ovocyte donne son consentement à leur destruction. Dès lors que ce n'est plus l'intégrité physique de la personne ou l'inviolabilité du corps qui sont en jeu, il faut tirer les conséquences du consentement de la victime. Si la victime d'un vol a en fait donné son consentement, il n'y a alors évidemment plus de soustraction frauduleuse. De même si une personne consent à ce qu'un de ses biens soit détruit, il ne faut voir là que l'utilisation de l'une des prérogatives du droit de propriété, à savoir l'*abusus*. Tout individu peut détruire ses biens ou demander à une autre personne de le faire.

Le vol, le recel, l'escroquerie sont également envisageables. L'article 313-1 C. pén. définit l'escroquerie comme le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité,

soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, notamment à remettre *un bien quelconque* ; les peines prévues sont de cinq ans d'emprisonnement et de 2 500 000 francs d'amende. Le bien quelconque pourrait être un élément du corps ; l'on voit ainsi la possibilité de réprimer les agissements de groupuscules tristement célèbres qui promettent, comme les fameux Raéliens, ni plus ni moins que la vie éternelle aux personnes désireuses de se faire cloner.

§2 : Le clonage : mode de procréation ?

Le clonage en tant que nouveau mode de reproduction est-il susceptible d'entrer dans l'encadrement juridique prévu pour l'assistance médicale à la procréation (A.M.P) ? Autrement dit, le clonage peut-il être qualifié de technique d'A.M.P (A) ? De la réponse apportée à cette question dépendra son régime juridique (B).

A : Le clonage reproductif et l'A.M.P

Seul le clonage reproductif sera envisagé ici, le clonage thérapeutique n'ayant pas pour finalité d'engendrer la naissance d'un nouvel individu. L'A.M.P est définie à l'article L. 152-1 C. santé publ. comme l'ensemble des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryon et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel. Le clonage reproductif fait bien parti *a priori* de ces techniques d'effet équivalent qui permettent la procréation en dehors du processus naturel. Au sens littéral, la procréation s'entend de l'engendrement d'un être humain, mais au sens classique, la procréation supposait la fusion de gamètes sexuellement différenciés. Le clonage, mode asexué de reproduction, introduit donc un doute. Ainsi le C.C.N.E estime que le clonage « passe par une opération « médicalement assistée » »²⁸. Les finalités du clonage reproductif correspondent à celles d'une technique classique d'A.M.P, à savoir donner naissance à un individu, remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a

²⁸ CCNE, *avis préc.*

été médicalement constaté, éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité, finalités édictées à l'article L. 152-2 alinéa 2 C. santé publ. . Le problème du clonage est que « génétique et reproduction ne se retrouvent plus dans le domaine de la reproduction sexuée, mais dans le bouturage d'une reproduction asexuée basée sur une assimilation sans fondement scientifique du génétique et de l'épigénétique »²⁹.

Le professeur Jacques Testart, « père » du premier « bébé-éprouvette », estime quant à lui que l'espèce humaine procrée et ne se reproduit pas³⁰. La reproduction ne serait pas une procréation car elle consiste à dupliquer un individu pour en créer de nouveaux génétiquement identiques. On peut d'ailleurs relever que les dispositions du Code de la santé publique relatives à l'A.M.P exigent la nécessité d'un couple formé d'un homme et d'une femme (article L 152-2 *in fine*). Il est constamment fait référence à ce couple. « La volonté de ne pas brider la recherche a déjà été exprimée pour définir l'assistance médicale à la procréation en lui imposant un contenu variable comprenant toute technique d'effet équivalent, mais le clonage reproductif renvoie à autre chose. Tout d'abord lorsque nous parlons de reproduction, quand même serait-elle artificielle, il s'agit de reproduction de l'espèce c'est-à-dire de production d'un être dissemblable quoique du même genre. Le clonage a pour effet la reproduction d'un être génétiquement identique sans pour autant produire une réplique : l'effet n'est donc pas équivalent. Cette lecture *a contrario* de l'article L. 152-1 du Code de la santé publique ne prohibe pas elle-même le clonage, elle ne fait au mieux que l'exclure de la définition des AMP. »³¹

Il se trouve donc des personnes pour discuter de la qualification ou non du clonage reproductif en tant que technique d'A.M.P. Mais le clonage peut parfaitement avoir pour finalité de remédier à l'infertilité ou d'éviter la transmission d'une maladie à l'enfant. Ce sont les finalités légales des techniques d'A.M.P. De même le législateur parle de « toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel » ; si l'on écarte la controverse qui existe sur la définition du terme « procréation », l'effet du clonage reproductif est bien équivalent à celui d'une technique d'A.M.P classique. La conception très étroite de la définition d'une procréation est-elle fondée ? Le législateur avait-il réellement conscience de l'importance du terme employé quand il n'envisageait

²⁹ J. Montagut, *L'assistance médicale à la procréation à l'heure de son réexamen*, Méd&Droit 1994, 34, p. 1.

³⁰ J. Testart, *Procrée ou reproduire ?*, Le Monde 18 mars 1997, p. 16.

³¹ A. Teissier, *Procréation médicalement assistée et assistance médicale à la procréation*, spéc. p. 58-59 in « Le droit de la biologie humaine, vieux débats nouveaux enjeux » sous la direction d'A. Sotiaux, éd. Ellipses, 2000.

pas le clonage comme possible ? La technique était alors inconnue du grand public, pourtant elle était connue, et ce dès 1988. Monsieur Gérard Mémeteau évoquait ainsi le clonage, « multiplication d'un être vivant après transfert du noyau de ses cellules dans un œuf fécondé et énucléé »³². Dès 1986, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommandait d'interdire la création d'êtres humains identiques par clonage. Le rapport Lenoir ayant précédé les lois sur la bioéthique de 1994 affirmait ainsi que « certaines pratiques médicales et certaines recherches sont ou seront susceptibles de porter atteinte à la continuité de l'espèce humaine et à l'identité de l'homme. *Il en serait ainsi de la création de clones humains* »³³. Le rapport du Conseil d'Etat estimait quant à lui que le clonage devait être classé dans les recherches à interdire³⁴. Qu'en déduire alors : l'omission du législateur était-elle consciente ou inconsciente ? Les techniques d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel englobent-elles le clonage reproductif ? Il est difficile de tirer une quelconque analyse de ce silence législatif. Il semble que le clonage reproductif doive être considéré, malgré son originalité, comme une technique d'A.M.P, non au vu des indices peu concluants, mais tout simplement parce que l'exclure du cadre des A.M.P revient à une controverse plus linguistique que juridique. Monsieur Michel Revel envisage ainsi les « utilisations du clonage dans la reproduction assistée thérapeutique », allant jusqu'à estimer que « le clonage pourrait être ici licite et même moralement préférable »³⁵. Le raisonnement tenu, quel qu'il soit, repose sur des bases fragiles, des raisonnements *a contrario* et *a priori* loin d'apporter une quelconque certitude.

Quelles sont les conséquences selon que l'on considère que le clonage reproductif est ou n'est pas une technique d'A.M.P ?

B : Le clonage reproductif et la réglementation de l'A.M.P

Il conviendra d'envisager dans un premier temps l'hypothèse où le clonage serait considéré comme une technique d'A.M.P. Dans ce cas le législateur a institué une

³² G. Mémeteau, RID pén. 1988, vol. 59, p. 909. Désormais le recours à un ovocyte suffit, il n'est plus nécessaire d'avoir recours à un œuf fécondé.

³³ C'est nous qui soulignons.

³⁴ CE, *De l'éthique au droit*, La Documentation française.

³⁵ M. Revel, *La reproduction par clonage : un nouveau défi pour l'éthique génétique*, Les Cahiers du CCNE, n°13 1997, p. 10.

protection pénale. L'article 511-16 C. pén. punit de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 francs d'amende le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 2141-4 et L. 2141-5 C. santé pub. Ces dispositions sont relatives à l'accueil de l'embryon par un autre couple que celui qui est à l'origine de sa conception ; elles exigent notamment l'accord du couple originaire, une décision de l'autorité judiciaire. L'article 511-22 C. pén. punit de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 francs d'amende le fait de procéder à des activités d'A.M.P sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 C. santé publ. Il est inutile d'entrer dans le détail de cette disposition, le législateur y ayant fait preuve de ses talents pour créer de multiples renvois ; il suffira de relever qu'il est pour l'heure peu probable qu'une quelconque autorisation soit donnée pour que le clonage reproductif soit effectué. L'article 511-24 C. pén. punit de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende le fait de procéder à des activités d'A.M.P à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 C. santé publ. Les fins définies sont celles qui ont été précédemment énoncées, à savoir : remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté, éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.

Définir le clonage reproductif comme une technique d'A.M.P permettrait de l'encadrer efficacement et de disposer d'un arsenal répressif dissuasif. D'un autre côté, considérer le clonage reproductif comme une technique d'A.M.P revient à lui conférer une légitimité qui est pour l'heure loin d'être acquise. Qu'en est-il alors si l'on adopte une conception étroite de la procréation et que l'on exclut donc le clonage reproductif des techniques d'A.M.P ?

Les dispositions protégeant l'embryon humain étudiées précédemment ne sanctionnent la conception d'embryon *in vitro* que si celle-ci a un but industriel ou commercial ou si elle a un objet expérimental. Pour l'heure la technique est encore expérimentale, mais les balbutiements seront un jour terminés. Il ne restera alors que le but commercial du clonage, celui-ci étant pour l'heure loin d'être bénéfique³⁶. Le clonage sera alors « une technique qui sans être une technique d'assistance médicale à la procréation, ne sera pas, pour autant, contraire aux finalités des AMP et ne sera plus expérimentale. Elle sera prohibée au sens des articles L. 2141-1, L. 2141-2 et L. 2141-3 du Code de la santé publique parce qu'elle ne constituera pas une technique de procréation, mais sa réalisation

³⁶ Pour une excellente étude marketing de l'économie du clonage, voir M. Hutchinson, *Le boom de la génétique*, Futuribles n°264, mai 2001, p. 27. Voir également les tarifs de la société raélienne Clonaid sur son site Internet : www.clonaid.com

échappera à toute sanction pénale »³⁷. Il est sans doute excessif de dire qu'il n'y aura aucune sanction pénale, le droit dispose d'un arsenal à cet égard tout à fait impressionnant. Exclure le clonage reproductif de la définition des techniques d'A.M.P éviterait une reconnaissance officielle d'une technique encore mal maîtrisée et envers laquelle le législateur est peu enclin à être clément. Cela serait sans doute une sorte d'exercice acrobatique mais correspondrait à la volonté d'une grande majorité.

Le droit positif est apte à encadrer pénalement le clonage, même si celui-ci suscite des interrogations nouvelles. Si notre droit positif interdit le clonage tant reproductif que thérapeutique, cet encadrement pénal n'est pas conforme aux souhaits du législateur et des différentes instances qui se sont prononcées sur le clonage. Il convient donc de se prononcer sur ce que sera le futur droit eu égard aux choix qui se dessinent à l'heure actuelle.

³⁷ A. Teissier, *art. préc.*

Titre second : CLONAGE ET PROTECTION DE L'ÊTRE HUMAIN EN DROIT PROSPECTIF

L'appréhension du droit futur conduit, non pas une analyse de juriste-medium, mais à l'observation des réactions actuelles, nationales et internationales, afin d'en déduire ce que pourrait être l'état du droit dans quelque temps. Il convient de distinguer entre le clonage reproductif (Chapitre 1) et le clonage thérapeutique (Chapitre 2), car si les deux techniques reçoivent une réponse similaire en droit positif, il n'en est rien en droit prospectif.

CHAPITRE 1 : LE CLONAGE REPRODUCTIF

L'approche du clonage reproductif en droit prospectif doit adopter une démarche double. En effet, il est nécessaire de différencier le droit français qui manifeste une réaction très hostile au clonage reproductif (Section I) , du droit international qui se veut un peu moins horrifié (Section II).

Section I : Le droit français ou l'horreur du clone

Cette peur manifestée en France se révèle pour l'heure au niveau consultatif (§1), préalable inévitable à l'expression officielle, législative de la prohibition du clonage reproductif (§2).

§1 : D'une unanimité consultative...

L'unanimité consultative autour d'une volonté d'interdiction expresse du clonage reproductif s'est manifestée originellement au sein de C.C.N.E (A) et se répercute consécutivement au sein des différentes instances appelées à intervenir (B).

A : La condamnation originelle du C.C.N.E

Le C.C.N.E a été créé par un décret du Président de la République le 23 février 1983 et figure désormais dans les lois du 29 juillet 1994. Il a pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé. La naissance de Dolly a suscité des remous, réveillant les peurs que l'on avait la naïveté de penser cantonnées à la littérature d'anticipation¹. Consécutivement à cet événement, le Président de la République a saisi le C.C.N.E afin de « procéder à une analyse complète de notre dispositif normatif et de proposer, le cas échéant les adaptations qui (...) apparaîtraient nécessaires pour éviter tout risque d'utilisation de ces techniques de clonage sur l'homme »². Cette saisine a donné lieu à un avis précédemment évoqué. Quelle est sa valeur juridique ? L'avis ne saurait avoir en principe une quelconque valeur puisqu'il n'a pour but que d'éclairer les instances qui l'ont demandé dans leur prise de décision. Toutefois force est de constater que le C.C.N.E a pris une ampleur non négligeable et qu'il mène un important travail de réflexion. Monsieur Gérard Mémeteau attribue aux avis du C.C.N.E la valeur juridique d'usage, valeur certes faible mais réelle³. Les avis du C.C.N.E ont un rôle important en ce qu'ils permettent l'appréhension d'une question donnée sous un angle scientifique, éthique et juridique.

C'est cette démarche qui a été adoptée par le C.C.N.E dans son avis du 22 avril 1997. La proposition qui en a résulté a été « de s'opposer formellement à ce que de tels procédés [permettant l'obtention de populations clonales] appliqués à l'homme permettent la production d'un embryon à partir d'une cellule somatique ou embryonnaire et le

¹ Voir not. A. Huxley, *Le meilleur des mondes*, éd. Pocket ; J-M Truong, *Reproduction interdite*, éd. Plon.

² Avis n°54, *Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif*, Les Cahiers du CCNE n°12, 1997, p. 17 et www.ccne-ethique.org.

³ G. Mémeteau, *Les lois de bioéthique : cinq ans près, première et rapide lecture du rapport du Conseil d'Etat*, *Méd&Droit* n°41, 2000, p. 1.

développement de cet embryon jusqu'à la naissance d'un enfant »⁴. Analysant le clonage reproductif comme une atteinte à la dignité de la personne humaine et à l'intégrité de l'espèce humaine, il en déduit que l'interdiction de cette technique est contenue implicitement dans les lois de 1994, mais ne fait aucune référence au droit classique. L'examen du dispositif juridique permettant l'interdiction du clonage reproductif est donc limité aux seules lois sur la bioéthique de 1994, lois qui sont loin de représenter la totalité des moyens offerts par le droit, pénal notamment. De plus les considérations éthiques sont affirmées avec force et l'on apprend que « [le clonage reproductif] ne peut susciter qu'une condamnation éthique véhémement, catégorique et définitive. Une telle pratique, mettant en cause de manière radicale l'autonomie et la dignité de la personne, constituerait une grave involution morale dans l'histoire de la civilisation. Aussi a-t-il lieu de se demander s'il ne conviendrait pas de qualifier juridiquement, en vue de son interdiction universelle, l'atteinte dégradante à la condition humaine, dont [il] constitue le net exemple »⁵. L'affirmation est faite à la manière d'une vérité absolue qui est loin d'être partagée comme on l'a vu. La délicate question posée est celle de l'officialisation de l'avis d'une instance qui ne laisse pas transparaitre les nombreuses divergences suscitées par le problème qui lui est posé. L'avis rendu par le C.C.N.E n'a aucune force obligatoire, il ne fait que renseigner de manière imparfaite sur les raisons de l'interdiction envisagée en faisant abstraction des arguments qui peuvent au contraire militer en faveur du clonage. Les considérations juridiques du C.C.N.E sont plutôt des considérations de politique criminelle. Ainsi la volonté exprimée d'incriminer « l'atteinte dégradante à la condition humaine » ne laisse pas de susciter l'interrogation de l'observateur : les infractions existantes avaient-elles une autre finalité ? La condition humaine ne serait-elle pas de ces notions symboliques qui supportent de nombreuses définitions et dont le pénaliste ne peut se satisfaire ?

La condamnation du clonage par le C.C.N.E est le reflet de la position majoritaire actuelle fondée sur des suppositions non vérifiables. Et n'y aurait-il pas contradiction à vouloir autoriser le clonage reproductif en légitimant le clonage thérapeutique ? La seule différence entre ces techniques est l'implantation de l'embryon obtenu dans l'utérus de la mère porteuse. Dès lors, quand le C.C.N.E « estime qu'il y a lieu de s'opposer de toutes les manières possibles au développement des pratiques tendant à la reproduction à l'identique d'un être humain ainsi qu'aux recherches pouvant mener à cette fin »⁶, est-ce à dire que le clonage thérapeutique doit également être interdit ? Il constitue en effet une recherche

⁴ CCNE, *avis préc.*

⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁶ *Ibidem*, p. 38.

pouvant mener à la reproduction à l'identique d'un être humain. Mais le C.C.N.E ne l'entend pas ainsi et dans son récent avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique⁷, il se prononce sur l'opportunité d'autoriser le clonage thérapeutique tout en approuvant le choix qui a été fait d'interdire explicitement le clonage reproductif, parlant même d'accord unanime en ce sens. « La prohibition ostensible du clonage reproductif a pour objet de légitimer le clonage thérapeutique, donc la recherche sur embryons « surnuméraires » présentée, elle-même, et désormais avec excès, comme le seul moyen d'obtenir des cellules compatibles »⁸.

La position adoptée par le C.C.N.E se reflète maintenant, à l'heure de la révision des lois sur la bioéthique, dans de récents rapports eux aussi prompts à condamner unanimement le clonage reproductif.

B : Les condamnations subséquentes

Seuls seront ici envisagés les rapports du Conseil d'Etat et l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (O.P.E.S.C.T), ainsi que l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (C.N.C.D.H). Le rapport du Conseil d'Etat remis au Premier ministre en novembre 1999⁹ prône également l'interdiction explicite du clonage humain. Visant l'avis du C.C.N.E, il reconnaît que le droit positif comporte implicitement l'interdiction d'une telle pratique mais estime qu'il serait « plus cohérent de prévoir l'introduction, par exemple, dans l'article 16-4 du Code civil, d'une interdiction de « *toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant ou de faire se développer un embryon humain dont le génome serait identique à celui d'un autre être humain vivant ou décédé* » ». Il recommande que cette interdiction soit assortie de sanctions pénales. Il est toutefois surprenant de voir le peu de place accordée à l'interrogation relative à l'interdiction implicite du clonage reproductif humain. Sans doute s'agit-il d'une marque de recul appréciable pour examiner une question qui suscite tant de passions, mais sans doute peut-on regretter qu'il n'y prête pas plus attention. L'interdiction suggérée suppose une identité de génome entre l'embryon humain et « le modèle original ». Or, l'identité génotypique ne suppose pas, loin de là, une identité phénotypique

⁷ CCNE avis n°67, *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, www.ccne-ethique.org

⁸ G. Mémeteau, *art. préc.*, p. 8.

⁹ *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, www.ladocfrancaise.gouv.fr

et de grandes variations existent¹⁰. De plus pourquoi ne pourrait-on pas envisager un clone dont quelques gènes seraient modifiés afin d'échapper à l'interdiction qui repose sur l'identité des génomes ? Tant qu'à vouloir interdire explicitement le clonage reproductif humain, ce qui est compréhensible, autant l'interdire réellement et efficacement plutôt que d'élaborer une proposition dépendante des progrès scientifiques qui encourt ainsi le risque d'une obsolescence à brève échéance.

Le rapport de l'O.P.E.C.S.T, préparé par monsieur le député Alain Claeys et monsieur le sénateur Claude Huriet, a été adopté à l'unanimité le 23 février 2000¹¹. L'analyse qui est dressée est intéressante puisque le but est non pas d'apporter des réponses éthiques à un débat maintes fois mené, mais d'apporter un constat sur l'état de la science, les perspectives qu'elle offre, les enjeux économiques... Le rapport reprend la distinction désormais classique entre clonage reproductif et clonage thérapeutique. Il conclut à la nécessité d'un assouplissement de l'encadrement juridique de la recherche sur l'embryon au vu des enjeux thérapeutiques et économiques. Le clonage reproductif est peu abordé car l'enjeu économique n'est pas aussi important que pour le clonage thérapeutique. L'attention est portée sur le fait que « la technique est bien la même dans les deux hypothèses : reproduction non sexuée d'entités génétiquement identiques » mais « la finalité diffère : création, dans le [clonage reproductif], d'un organisme complet, dans le [clonage thérapeutique], de lignées cellulaires, le passage obligé étant, en l'état actuel de la science, le développement préalable d'un embryon *in vitro* » .

L'avis de la C.N.C.D.H en date du 25 janvier 2001¹² s'inscrit dans la lignée de la volonté d'interdire le clonage reproductif. Elle estime ainsi que « serait contraire aux droits de l'homme une intervention ayant pour but de faire naître un enfant dont le génome serait identique à celui d'un autre être humain vivant ou décédé ». Elle précise qu'il « en va de même de l'acte qui consisterait à faire se développer un embryon humain pour constituer une réserve d'organes ». La justification de l'interdiction repose sur la contrariété aux droits de l'homme. Il s'agit là d'un fondement non sans valeur, mais beaucoup trop vaste : tous les droits de l'homme seraient-ils atteints par le clonage reproductif ? Et si oui, à quelle déclaration ou convention se réfère-t-on ? On l'aura compris, le but de la C.N.C.D.H

¹⁰ M. Revel, *La reproduction par clonage : un nouveau défi pour l'éthique génétique*, Les Cahiers du CCNE n°13, 1997, p. 10.

¹¹ Rapp. AN n°2198 et Sénat n°238, 1999-2000 ; www.assemblee-nat.fr/2/oecest/clonage/r2198-1.htm

¹² Avis adopté le 25 janv. 2001 portant sur l'avant-projet de loi tendant à la révision des lois relatives à l'éthique biomédicale, Dict. perm. B&B, Bull. n°98, 6 fév. 2001, p. 7635.

n'est pas de proposer une incrimination mais de donner son avis sur une orientation législative, ce qu'elle fait parfaitement.

L'unanimité des instances consultatives est acquise autour de l'interdiction explicite du clonage reproductif. Elle s'est faite grâce au C.C.N.E dont l'avis fondateur, discutable juridiquement et éthiquement, a posé les fondements de ce que sera bientôt notre droit de la bioéthique¹³. A une unanimité consultative va donc succéder une unanimité législative consacrant dans un futur proche l'interdiction du clonage reproductif.

§2 : ...à une unanimité législative

Il convient de s'interroger préalablement sur l'art et la manière dont le législateur va faire preuve lors de son intervention (A), puis d'analyser le contenu de son intervention sur le clonage reproductif (B).

A : La méthode utilisée

Il ne s'agit pas ici de s'interroger sur la nécessité ou l'inutilité d'une intervention législative, celle-ci apparaissant inéluctable¹⁴. Monsieur Gérard Mémeteau souligne ainsi « *l'inutilité juridique* de la bioéthique »¹⁵ ; la bioéthique n'est pas définie précisément mais le terme d'éthique semble mal s'accorder avec des lois. La problématique majeure posée par l'intervention du législateur en matière d'éthique biomédicale est celle de son inaptitude à se prononcer de manière ferme. Nous avons ainsi déjà eu l'occasion de relever les imprécisions inhérentes aux infractions créées par les lois de 1994, leurs imperfections. Ce qui est surprenant, c'est que l'on prétende que le clonage n'est pas envisagé dans ces lois parce que le législateur ignorait l'existence d'une telle pratique en 1994, la naissance de Dolly datant de 1997. Or dès 1986 l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommandait d'interdire la création d'êtres humains

¹³ Si toutefois le législateur ne prend pas plus de retard qu'il n'en a déjà : les lois de 1994 devaient être révisées en 1999.

¹⁴ Cf. *supra*.

¹⁵ G. Mémeteau, *Quelle bioéthique ?*, Méd&Droit 2001, 47, p. 15.

identiques par clonage ou par d'autres méthodes, à des fins de sélection de la race ou non. Monsieur Gérard Mémeteau évoquait dès 1988¹⁶ les problèmes soulevés par le clonage, « multiplication d'un être vivant après transfert du noyau de ses cellules dans un œuf fécondé et énucléé ». Il n'est plus besoin d'œuf fécondé aujourd'hui, l'ovocyte suffit en théorie, mais l'on admettra que l'argument de l'ignorance du législateur n'est pas admissible. Le clonage animal existait bien avant Dolly avec toutefois des cellules non différenciées. La question était déjà publiquement posée. Les lois sur la bioéthique semblant prédestinées à subir sans cesse modifications et révisions, le risque est de parvenir à l'avènement d'un droit mou qui évoluera au gré des découvertes scientifiques en vue de les légitimer ou au contraire de les condamner.

Mais le législateur va intervenir ; comment le fera-t-il alors ? Déjà en 1994 les commentateurs avaient dénoncés les imperfections techniques des textes : multiplication des renvois, imprécisions multiples... Le législateur va-t-il alors se corriger et revenir à une technique plus classique ? La lecture de projet de loi relatif à la bioéthique¹⁷ ne laisse rien augurer dans ce sens puisque les renvois subsistent, l'embryon humain n'est toujours pas défini, mais l'on a vu qu'il s'agissait d'un choix certes discutable mais délibéré. Les enseignements des lois de 1994 n'ont donc pas été tirés et il semble qu'ils ne le seront pas. On ne peut que le regretter ou au contraire s'en réjouir puisque les commentateurs n'ont pas fini de s'interroger.

L'intervention du législateur sera donc nécessairement imparfaite techniquement. Quel sera le contenu de cette intervention en ce qui concerne le clonage reproductif ?

B : Le contenu de l'intervention législative

Le lecteur ne sera pas surpris lorsqu'il apprendra que le projet de loi relatif à la bioéthique comporte l'interdiction explicite du clonage reproductif. L'article 15 du projet de loi prévoit ainsi l'adjonction d'un troisième alinéa à l'article 16-4 C. civ., alinéa ainsi rédigé : « Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant, ou se développer un embryon humain, qui ne seraient pas directement issus des gamètes d'un

¹⁶ G. Mémeteau, RID pén. 1988, vol. 59, p. 909.

¹⁷ Disponible notamment sur le site Internet www.legifrance.gouv.fr

homme et d'une femme ». On retrouve cette interdiction à l'article 511-1 C. pén. qui devrait donc prévoir, sauf événement imprévu, outre l'incrimination des pratiques eugéniques tendant à l'organisation de la sélection des personnes, une nouvelle incrimination. Sera ainsi puni de vingt ans de réclusion criminelle le fait de procéder à une intervention en vue de faire naître un enfant qui ne serait pas directement issu des gamètes d'un homme *et* d'une femme. L'avant-projet de loi mentionnait les gamètes d'un homme *ou* d'une femme, mais le C.C.N.E dans son avis du 18 janvier 2001 a tôt fait d'attirer l'attention sur cette « rédaction malencontreuse, probablement fruit d'une erreur de transcription, [qui] laisse en effet penser que le clonage dit reproductif n'est pas interdit »¹⁸. Le C.C.N.E avait souhaité que le terme de « clonage reproductif » figure explicitement dans le texte, mais il n'a pas été suivi en ce sens. Il ne semble pas qu'il y ait là quelque conséquence importante.

On relèvera que le clonage reproductif recevra donc une qualification criminelle. La mère porteuse et le donneur de la cellule pourront être considérés comme complices de cette infraction. En effet l'article 121-7 C. pén. définit comme complice d'un crime la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ; est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à l'infraction ou donné des instructions pour la commettre. La personne souhaitant être clonée et qui paiera pour l'intervention sera donc considérée comme complice. Ce n'est pas anodin : un Français désirant se faire cloner ou obtenir un enfant cloné à l'étranger pourra ainsi être poursuivi. L'article 113-6 C. pén. prévoit en effet que la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Aucune réciprocité d'incrimination n'est exigée pour les crimes commis par un Français. Qui sera la victime de cette infraction : la mère porteuse, la donneuse de l'ovocyte ou le donneur de la cellule, l'enfant issu de l'intervention ? L'article 511-1 C. pén. protège l'espèce humaine ; dans l'hypothèse d'une intervention, le législateur s'attribuerait-il une compétence universelle ? En effet si l'espèce humaine est la victime, des poursuites pourront-elles être exercées en France si tous les auteurs et complices sont étrangers ? L'espèce humaine ne connaît pas de frontières.

Le clonage reproductif suppose la commission d'autres infractions : pourrait-on alors envisager l'application du système de territorialité ? La jurisprudence estime en effet

¹⁸ C.C.N.E, *avis n°64 préc.*

que la juridiction française est compétente pour connaître des faits commis à l'étranger par un étranger dès lors que ces faits apparaissent comme formant un tout indivisible avec les infractions également imputées en France à cet étranger et dont elle est légalement saisie¹⁹. Dans l'hypothèse où une des infractions déjà envisagées était commise en France (le prélèvement de la cellule, de l'ovocyte, l'escroquerie...), des poursuites seraient donc envisageables en application du principe de territorialité. L'action civile pourrait être ouverte à l'enfant issu de cette intervention et qui souffrirait de se savoir clone ; l'article 2 C. pr. Pén. ouvre l'action civile à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage causé par l'infraction. Tout cela relève de suppositions, mais la qualification criminelle donnée au clonage reproductif offre des possibilités de répression tout à fait étonnantes.

Il ne s'agit pas d'envisager tous les cas de figure possibles car ils sont nombreux, mais lorsque ce texte sera adopté, les parquets français disposeront d'un arsenal impressionnant et dont on se prend à penser qu'il pourrait être quelque peu démesuré. A vouloir condamner fermement le clonage reproductif, le législateur va offrir des capacités de répression insoupçonnées qui, si elles sont alliées à une réelle volonté répressive, pourront se révéler redoutables. Le droit français adoptera donc une position très ferme vis à vis du clonage reproductif. Quelle est la situation du droit international ?

Section II : Le droit international ou la crainte du clone

Face à la future condamnation du clonage reproductif en droit français, le droit comparé offre des exemples de condamnation du clonage reproductif. Mais les prohibitions ne sont l'œuvre que d'une majorité, qui de ce fait même, se révèle chancelante (§1). Le droit international offre une unanimité, mais c'est alors la nature du droit internationale qui rend cette unanimité relative (§2).

¹⁹ Crim. 23 avril 1981 : Bull. crim. N°116; Rev. sc. crim. 1982.609, obs. Vitu.

§1 : La majorité chancelante en droit comparé

Le clonage reproductif n’effraie pas que notre hexagone et d’autres pays s’y sont d’ores et déjà opposés (A). Le problème est qu’en l’absence d’unanimité, la condamnation du clonage reproductif ne saurait être absolue (B).

A : Les condamnations expresses²⁰

La présente analyse n’a pas pour finalité de dresser un état exhaustif de tous les droits des autres pays mais de donner les exemples les plus topiques. Les Etats européens sont l’illustration que la réaction française face au clonage reproductif n’est pas une exception culturelle. Ainsi une loi danoise en date de 1992 interdit les recherches orientées vers la pratique du clonage humain. En Espagne une loi en date du 22 novembre 1988²¹ prévoit que « la création d’êtres humains identiques par clonage selon quelque méthode que ce soit ou par tout autre procédé visant l’amélioration de la race est une infraction très grave ». Le texte ne vise qu’un procédé visant l’amélioration de la race, ce qui se rapproche de l’actuel article 511-1 C. pén. qui réprime les pratiques eugéniques tendant à l’organisation de la sélection des personnes. L’incrimination espagnole en ce qu’elle vise uniquement l’amélioration de la race se révèle limitée, le clonage reproductif n’ayant pas forcément pour but une telle amélioration. La Suisse a procédé à l’insertion d’un article 119 dans sa nouvelle constitution du 18 avril 1999 ; cet article est relatif aux techniques de procréation médicalement assistée et prévoit que « toute forme de clonage et toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes et embryons humains sont interdites ». L’interdiction est relativement large puisque ce sont toutes les formes de clonage qui sont interdites. Le mérite suisse est d’avoir prévu une interdiction constitutionnelle du clonage, ce qui est une manière symbolique de le condamner.

Au sein des pays européens, le Royaume-Uni interdit également le clonage humain. Il s’agit plus que d’une simple anecdote car c’est le pays de naissance de Dolly qui prohibe les dérives craintes par beaucoup. Ainsi le *Human Fertilisation and Embryology Act* de

²⁰ Les exemples cités sont tirés de l’article de R. Andorno, *Le clonage humain face au droit*, Rev. gén. droit méd. n°4, p. 7 ; Les Cahiers du CCNE n°12 et n°13, 1997.

²¹ L’Espagne prohibe le clonage depuis 1988 quand le législateur français prétend l’ignorer en 1994.

1990 interdit de remplacer le noyau d'une cellule d'un embryon par un noyau en provenance de la cellule de toute personne, de tout embryon ou de tout ensemble résultant de la division ultérieure d'un embryon. Cette loi ne prévoit pas le clonage par transfert du noyau d'une cellule somatique dans un ovocyte énucléé, c'est à dire la méthode Dolly. Mais récemment était affirmée une réelle volonté politique de voter un texte interdisant explicitement le clonage reproductif tel qu'on l'entend depuis la naissance de Dolly²². Enfin, en ce qui concerne les pays européens, il convient d'évoquer un peu plus largement la position de l'Allemagne qui adopte une position très protectrice de l'embryon humain. La loi allemande de protection des embryons du 13 décembre 1990 interdit toute pratique qui consiste 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 »²³. Cette incrimination prévoit une peine d'emprisonnement maximal de cinq ans ou une peine d'amende. Est passible des mêmes peines quiconque transfère chez une femme un embryon obtenu en violation de la précédente incrimination. « L'interdiction du clonage est basée sur la conviction que cette technique de procréation détruit la singularité de la personnalité humaine et compromet irrémédiablement la dignité de la personne ainsi conçue, étant donné que leurs caractéristiques génétiques ont été sélectionnées en fonction des préférences d'autrui ».²⁴

Les Etats européens n'ont pas le monopole de l'interdiction explicite du clonage reproductif. Ainsi l'Argentine par un décret n°200 du 7 mars 1997 a interdit de procéder à des expériences de clonage reproductif humain en estimant que « les progrès scientifiques rendent possible la réalisation d'expériences de clonage humain soulevant des problèmes éthiques et moraux en conflit avec les usages et valeurs culturelles propres [au peuple argentin] ». Aux Etats-Unis, la position a connu des évolutions. Ainsi en 1997, le président Clinton interdisait l'emploi de fonds publics fédéraux pour le clonage humain, laissant ainsi le champ libre aux initiatives privées. Seuls les Etats du Michigan, du Missouri, de Californie, et du Rhode Island avaient interdit expressément le clonage reproductif humain. Récemment, la Chambre des représentants a décidé d'interdire, à une large majorité, le clonage reproductif. L'interdiction n'est pas encore officialisée car le Sénat doit encore voter ce texte²⁵. Si ce texte devait être voté en l'état actuel par le Sénat, ce qui est très improbable, les peines prévues seraient de dix ans de prison et d'une amende de 1 000 000

²² *Londres va interdire le clonage humain*, Libération 20 avril 2001.

²³ R. Andorno, *art. préc.*

²⁴ R. Gröte, *Aspects juridiques de la bioéthique dans la législation allemande*, RID comp. 1-1999, p. 85.

²⁵ P. Jarreau, *Clonage : la tentation du pire*, Le Monde 8 août 2001 ; F. Rousselot, *Washington refuse le clonage humain*, Libération 2 août 2001.

dollars. La France fait figure de référence avec une peine de vingt ans de réclusion criminelle.

On le voit à travers ces exemples, le législateur français n'est pas le seul à avoir les clones en horreur. Toutefois si une majorité se dégage contre toute pratique permettant le clonage reproductif, l'unanimité n'est pas réunie.

B : La portée de l'absence d'unanimité des Etats

Pour l'heure les recherches autour du clonage reproductif humain ne sont pas interdites dans tous les pays. C'est pourquoi les récentes déclarations des personnes souhaitant expérimenter le clonage reproductif sur l'homme envisagent de pratiquer leurs interventions dans des pays aux législations non prohibitives. Il est intéressant de relever que les pays que l'on évoque lorsque l'on cherche à donner un état des lieux du droit comparé relatif au clonage sont les pays dits industrialisés, c'est à dire occidentaux, et que le reste du monde est quasiment absent du débat. La simple existence d'Etats qui ne prohibent pas, directement ou indirectement, le clonage reproductif ramène les condamnations occidentales officielles à leur réalité, réalité éloignée des déclarations accompagnant les prises de position adoptées. Si le clonage reproductif ne peut être tenté dans un pays, il le sera dans un autre, l'existence d'une législation uniforme dans tous les Etats relevant de l'utopie. Sans pour autant exiger que les éthiciens du monde entier se donnent la main pour condamner légalement le clonage reproductif, tout au plus pourrait on espérer que les textes existants soient cohérents entre eux. L'exemple du Royaume-Uni qui ne réprime pas encore le clonage par transfert du noyau d'une cellule somatique adulte est à cet égard intéressant. En effet, lorsque le texte criminalisant le clonage sera voté en France, il pourrait suffire de traverser la Manche pour trouver l'impunité²⁶. De même le vote de l'interdiction du clonage reproductif par la Chambre des représentants aux Etats-Unis restera une tentative avortée s'il n'est pas confirmé par le Sénat.

Pour se convaincre de l'impossible unanimité et de ses conséquences, il suffit de comparer deux rapports d'instances éthiques : celui du C.C.N.E et celui de la *National*

²⁶ Sous réserve de l'application de la loi pénale française dans l'espace, cf. *supra*.

Bioethics Advisory Commission (N.B.A.C), le comité d'éthique américain²⁷. Ce dernier, dans son rapport de 1997 ne concluait qu'à une interdiction temporaire du clonage reproductif. Le C.C.N.E s'était quant à lui prononcé d'une manière ferme et, semble-t-il, définitive. Cette différence dans la façon d'aborder éthiquement le clonage reproductif révèle une différence culturelle qui se manifestera sans doute au niveau législatif. Peut-être que cette différence entre la France qui va bientôt criminaliser le clonage reproductif, et les Etats-Unis qui risquent de l'autoriser constitue l'illustration de la dichotomie entre les conceptions latine et anglo-saxonne de l'éthique.

L'absence d'unanimité internationale au sein des différents ordres internes n'est pourtant pas reflétée par le droit international qui semble tout entier hostile au clonage reproductif.

§2 : L'unanimité relative des instances internationales

De nombreuses prises de position condamnant le clonage reproductif d'êtres humains ont été adoptées²⁸ mais ce sont deux instruments principaux qui retiendront notre attention : la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco (A), et le Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'homme et la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains (B).

A : La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme

Cette déclaration adoptée dans le cadre de l'Unesco date du 11 novembre 1997 et est le premier instrument juridique universel dans le domaine de la bioéthique. Cette déclaration s'assigne pour finalité d'établir la prééminence de l'homme, de sa dignité et de sa liberté, sur toute autre considération. La Conférence générale de l'Unesco a adopté cette déclaration à l'unanimité, soit une approbation de 187 Etats. L'article 11 de cette

²⁷ J-F Collange, *Clonage et éthique : étude critique de deux documents fondamentaux*, Les Cahiers du CCNE n°15, 1998, p. 17.

²⁸ L'Organisation Mondiale de la Santé, l'Union européenne avec la Charte des droits fondamentaux...

déclaration prévoit que « des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains, ne doivent pas être permises. Les Etats et les organisations internationales compétentes sont invités à coopérer afin d'identifier de telles pratiques et de prendre, au niveau national ou international, les mesures qui s'imposent, conformément aux principes énoncés dans la présente Déclaration ». C'est donc seulement le clonage reproductif qui ne doit pas être permis, il n'y a pas d'interdiction expresse d'une telle pratique. Là encore le clonage est considéré comme contraire à la dignité humaine, ce qui constitue un fondement potentiellement très symbolique mais qui à le désavantage d'être à contenu variable quand il est difficile de s'entendre sur ce que recouvre cette dignité. L'unanimité trouvée autour de la nécessité de ne pas permettre le clonage reproductif d'êtres humains est cependant bien vite atténuée par la valeur juridique de ce texte. En effet, il s'agit d'une déclaration, par nature peu contraignante. Ainsi l'article 23 dispose que « les Etats devraient prendre les mesures appropriées pour promouvoir, par l'éducation, la formation et la diffusion de l'information, le respect des principes ci-dessus énoncés et favoriser leur reconnaissance et leur application effective ». L'utilisation du conditionnel est frappante et reflète l'impuissance des principes énumérés, parmi lesquels figurent l'interdiction du clonage reproductif.

Que penser alors de cette déclaration ? certes le choix d'une déclaration, n'est pas anodin : « en faisant le choix d'une déclaration –à caractère non contraignant-, et non d'un traité –de valeur impérative-, l'UNESCO a voulu, tout en fixant un cadre commun, ouvrir le texte à toutes les cultures du monde »²⁹. De même, « dès lors qu'une déclaration est un document non contraignant, ce choix montre clairement que l'exigence de souplesse et de flexibilité a été considérée comme un élément essentiel pour faciliter la reconnaissance des principes énumérés dans la déclaration »³⁰. Les Etats signataires de la déclaration ne se sont aucunement engagés, si ce n'est moralement. Certes on peut trouver des mérites à cette absence de contrainte : « elle donne aux principes proclamés une aura morale plus forte, plus solennelle »³¹. Flexibilité du droit, dynamique peuvent en effet être perçues comme des avantages. Mais le juriste doit savoir être pragmatique et ce qui frappe avant tout dans cette déclaration, c'est sa totale inapplicabilité. Elle est invoquée mais ne peut être appliquée. Elle a le mérite d'avoir réuni un nombre important d'Etats, et il est certain qu'un traité contraignant n'aurait pas recueilli une telle unanimité. On peut

²⁹ N. Lenoir, *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, Les Cahiers du CCNE n°14, 1998, p. 19.

³⁰ C. Byk, *La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, JDI 3, 1998, p. 675.

³¹ *Ibidem*

également considérer que la valeur de la déclaration dépasse le juridique pour s'attacher essentiellement au politique. Dans un cadre international, une pratique étatique conduisant au clonage reproductif serait vue politiquement comme une violation d'un engagement international. Mais si l'on dresse un bilan de l'applicabilité de cette déclaration, c'est son inefficacité globale qui ressort. Fallait-il alors renoncer à obtenir cette unanimité non contraignante ? Non, car cette déclaration pourrait être le préalable d'une convention contraignante avec un système de contrôle effectif. Elle peut être analysée comme une invitation faite aux Etats d'aller plus loin qu'une déclaration symbolique et solennelle.

L'inefficacité de cet instrument juridique est due à son universalité. L'autre instrument juridique majeur et peut-être plus efficace en raison de sa moindre universalité est le Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains, dit Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo.

B : Le protocole additionnel à la Convention d'Oviedo

La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine fut adoptée à Oviedo le 4 avril 1994 et c'est le 12 janvier 1998 qu'elle fut complétée par un protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains. L'article premier de ce protocole prévoit qu'est interdite « toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort ». ce même article 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 ». On peut d'emblée relever que si l'identité génétique n'est pas absolue, alors l'interdiction édictée par le protocole ne s'applique pas. Encore une fois, seul le clonage reproductif « pur » sans modification de gène est interdit. De même cette interdiction est fondée sur le fait que « l'instrumentalisation de l'être humain par la création délibérée d'êtres humains génétiquement identiques est contraire à la dignité de l'homme ». Il est précisé qu'aucune dérogation à ce Protocole n'est admise. A l'heure actuelle, le protocole a été signé par 29 Etats membres du Conseil de l'Europe qui comporte 44 membres. Seuls sept Etats ont ratifié ce Protocole qui est donc entré en vigueur , le nombre minimal de ratifications

exigées étant de cinq. Parmi les pays non signataires, on retrouve l'Allemagne et l'Irlande qui ont des législations très protectrices de l'embryon ; pour ces pays, le Protocole était déjà largement respecté sans qu'il soit nécessaire d'y adhérer. Le Royaume-Uni n'a pas signé ce Protocole pour une raison inverse : il était en effet jugé trop restrictif pour la législation britannique. Les pays ayant ratifié ce Protocole sont : la République Tchèque, la Géorgie, la Grèce, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie, l'Espagne. La France attend vraisemblablement la révision des lois sur la bioéthique afin de ratifier ce Protocole. Les Pays-Bas ont fait une déclaration concernant ce Protocole, déclaration qui explique que le terme « être humain » de l'article premier est interprété « comme se référant exclusivement à un individu humain, c'est à dire un être qui est né ».

Le faible taux de ratification de ce Protocole lui confère pour l'heure une valeur très relative. De même l'encadrement procédural du Protocole, et de la Convention d'Oviedo dans son ensemble, conduit à diminuer l'importance de ce qui est pourtant un instrument juridique majeur dans la lutte contre le clonage reproductif que se sont assignés les Etats européens. En effet la Cour EDH, conformément à l'article 29 de la Convention d'Oviedo, ne pourra donner que des avis consultatifs sur des questions d'interprétation à la demande du gouvernement d'un Etat, après information des autres Etats ou du comité de suivi. La Cour assumera le rôle d'interprétation de la Convention d'Oviedo. Néanmoins, comme le souligne monsieur Patrick Fraisseix, « un recours individuel, comparable à celui prévu par la Convention européenne des droits de l'homme, n'est pas institué par la Convention en tant que tel, mais il semble raisonnable de l'envisager dans l'hypothèse où un acte porterait atteinte à l'un des droits contenus dans la Convention d'Oviedo et également reconnu dans le texte de 1950 »³². Une intervention tendant au clonage d'un individu pourrait peut-être être considérée comme un traitement inhumain ou dégradant ; l'article 3 Conv. EDH pourrait être invoqué devant la Cour, appuyé sur le Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo.

Les dispositions de la Convention sont pour certaines des dispositions d'applicabilité directe. Il en est certainement ainsi de l'article premier du Protocole qui interdit le clonage reproductif humain. Mais même si ce Protocole additionnel est d'application directe, il ne crée pas de sanction pénale et nécessite l'intervention du législateur national pour que l'interdiction qu'il pose soit effective. Le clonage reproductif

³² P. Fraisseix, *La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaines dans le domaine de la biomédecine : l'exemple de la Convention d'Oviedo*, RID comp. 2-2000, p. 371.

sera bientôt interdit en France, mais les réactions hexagonales ne sont que reflétées au niveau international. En l'absence d'unanimité de toutes les législations nationales ou de réelle effectivité des instruments internationaux, les condamnations resteront solennelles mais inutiles. Les vives réactions face au clonage reproductif humain sont beaucoup atténuées lorsque l'on évoque le clonage thérapeutique, beaucoup plus prometteur.

CHAPITRE 2 : LE CLONAGE THERAPEUTIQUE

Le clonage thérapeutique est très prometteur d'un point de vue médical puisqu'il permettrait de soigner de nombreuses maladies. Le problème qui se pose au législateur français est différent de celui concernant le clonage reproductif. Ce dernier est actuellement interdit par notre droit positif et les débats sur la question de savoir s'il l'est suffisamment. Le clonage thérapeutique est également prohibé (Section I), mais la question est de savoir s'il convient de l'autoriser (Section II).

Section I : L'actuelle prohibition

Nous ne reviendrons pas ici sur le droit français, mais nous aborderons la protection de l'embryon qui existe au niveau international et à l'étranger (§1) avant de voir comment cet embryon peut être utilisé (§2).

§1 : La protection de l'embryon

La protection de l'embryon n'est pas le seul fait de la France. De nombreux pays ont une législation qui constitue pour l'heure un obstacle au clonage thérapeutique (A). Cette protection est relayée au niveau européen (B).

A : La protection de l'embryon en droit comparé

La situation de l'embryon pose de délicats problèmes éthiques et le fait d'y avoir recours en vue de créer des lignées de cellules souches immuno-compatibles, avec les promesses thérapeutiques et commerciales qui en découlent, nécessite un choix difficile. L'Allemagne a à cet égard une législation très contraignante qui exclut le clonage thérapeutique. En effet la loi relative à la protection des embryons

(*Embryonenschutzgesetz*) du 13 décembre 1990, précédemment évoquée au sujet du clonage reproductif, interdit la création d'embryons à une fin autre que la procréation. Et les éventuels embryons surnuméraires, c'est à dire ceux qui ont été créés en vue d'une implantation, sont également protégés puisque l'utilisation d'un tel embryon à une fin autre que sa conservation est passible d'une peine d'emprisonnement maximal de trois ans ou d'une amende. L'interdiction, énoncée précédemment au sujet du clonage reproductif, de créer un embryon humain possédant le même génotype qu'un autre embryon, un fœtus ou une personne vivante ou décédée assure également la prohibition du clonage thérapeutique qui nécessite la création d'un tel embryon.

La situation suisse est identique puisque sa constitution du 18 avril 1999 prévoit que « toute forme de clonage et toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes et embryons humains sont interdites ». « Toute forme de clonage », est-ce le seul clonage reproductif qui est ici visé ou bien également le clonage thérapeutique ? Il semble que le clonage thérapeutique soit également interdit par cette disposition puisqu'il existe une disposition qui prévoit que « toute personne qui produit un embryon dans un autre but que celui d'induire une grossesse est punie d'emprisonnement ».

Le Danemark permet la recherche sur l'embryon pendant les quatorze premiers jours. Ces quatorze premiers jours sont une barrière au-delà de laquelle apparaît ensuite le système nerveux. Cette recherche ne peut cependant avoir pour but que l'amélioration des techniques de procréation médicalement assistée et de diagnostic pré-implantatoire. Le clonage thérapeutique est donc prohibé puisque sa finalité est autre que celles assignées par la loi danoise à la recherche sur l'embryon. Il convient de noter que la création d'embryons aux fins de recherche est désormais interdite au Danemark. En effet, si le Danemark n'a pas encore ratifié le Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo sur l'interdiction du clonage reproductif, il a d'ors et déjà ratifié la Convention d'Oviedo elle-même qui prévoit en son article 18 que la constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite¹.

En Espagne, une loi du 28 décembre 1988 autorise la donation et l'utilisation d'embryons et de fœtus humains ainsi que de cellules à des fins diagnostiques, thérapeutiques et d'expérimentation, à certaines conditions. De même elle doit être faite directement et uniquement par les géniteurs qui doivent être préalablement informés des

¹ Pour le détail des signatures et ratifications de la Convention, cf. <http://conventions.coe.int>

conséquences et fins pour lesquelles le don servira. Les embryons donnés ne doivent pas être viables. Enfin, les recherches ne pourront être utilisées qu'à des fins diagnostiques en médecine prénatale et prédictive, à des fins thérapeutiques ou à des fins d'études des séquences d'ADN du génome humain. L'Espagne a également ratifié la Convention d'Oviedo et la création d'embryons à des fins de recherche y est donc interdite. Le clonage thérapeutique est donc prohibé, mais la recherche sur les cellules souches est possible.

Aux Etats-Unis, la situation est plus complexe. La recherche sur l'embryon est essentiellement abordée en termes de financement public ou de financement privé. Ainsi, en dehors des récents débats évoqués au sujet du clonage reproductif, l'actuel *Omnibus Consolidated and Emergency Supplemental Appropriations Act* de 1994² interdit l'attribution de fonds fédéraux pour la création d'embryons humains. Au niveau fédéré, quelques Etats interdisent la recherche sur l'embryon *in vitro*. Seuls neuf Etats édictent une telle interdiction : la Floride, la Louisiane, le Maine, la Massachusetts, le Michigan, le Minnesota, le Nord-Dakota, la Pennsylvanie, le Rhode Island.

La protection ainsi édictée est relayée au niveau européen.

B : La protection européenne de l'embryon

L'embryon humain se voit accorder une protection au niveau européen. La Convention d'Oviedo prévoit en son article 18 que « lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection efficace de l'embryon ». Le second paragraphe de cet article prévoit quant à lui que la constitution d'embryons aux fins de recherche est interdite. Les Etats qui ont ratifié cette Convention se doivent de respecter cette interdiction de création d'embryons aux fins de recherche, cette norme ne nécessite aucune interprétation. Les Etats ayant signé et ratifié la Convention sont la République Tchèque, le Danemark, la Géorgie, la Grèce, le Portugal, la Roumanie, la République de Saint Marin, la Slovaquie, la Slovénie et l'Espagne. La protection de l'embryon instaurée à un niveau international est remarquable. Certes elle ne signifie pas l'adoption d'une position commune sur le statut de l'embryon, mais elle marque la reconnaissance par trente Etats de la nécessité de protéger l'embryon.

² A. Clayes et C. Huriet, Rapport sur le clonage, *préc.* ; www.assemblee-nat.fr/2/ocgst/clonage/r2198-1.htm

Le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies (G.E.E) dans un récent « avis sur les aspects éthiques de la recherche sur les cellules souches humaines et leur utilisation »³ a adopté une position très prudente au sujet du clonage thérapeutique. Si le G.E.E semble s'opposer à la création d'embryons aux fins de recherche en application d'un principe de proportionnalité entre les espoirs attendus et les moyens employés. Mais le G.E.E dans cet avis ne s'est pas pour autant opposé à la recherche sur les cellules souches, notamment au moyen d'embryons surnuméraires. Cette condamnation est très nuancée et n'ayant qu'une valeur d'avis n'entraîne pas de conséquences juridiques sur les Etats membres de l'Union européenne. Néanmoins elle marque l'adoption d'un point de vue éthique commun autour du clonage thérapeutique.

Enfin, le Parlement européen dans une résolution du 7 septembre 2000⁴ s'est prononcé contre le clonage thérapeutique ; il considère en effet « que le « clonage thérapeutique » qui implique la création d'embryons humains aux seules fins de recherche, pose un dilemme éthique profond, franchit sans retour une frontière dans le domaine des normes de la recherche et est contraire à la politique publique adoptée par l'Union européenne ». De même il « réitère son appel à chaque Etat membre pour qu'il mette en œuvre une législation contraignante proscrivant, sur son territoire, toute recherche sur le clonage humain, quel qu'il soit, et prévoit des sanctions pénales en cas d'infractions ». En effet, comme il est souligné, « il n'existe aucune différence entre le clonage à des fins thérapeutiques et celui ayant pour objet la reproduction » et « tout assouplissement de l'interdiction actuelle pousserait à de nouveaux développements dans la production et l'utilisation d'embryons ». Le problème soulevé n'est pas tant la création d'embryons à des fins de recherche que les dérives craintes puisqu'une fois un embryon créé, il n'y a qu'à l'implanter dans l'utérus d'une femme pour que la finalité soit reproductive et non plus thérapeutique. C'est encore une fois la création d'embryons aux fins de recherche qui est interdite. Cette résolution n'est qu'un appel à la prudence, appel avant tout politique. Elle a été adoptée suite aux propositions du gouvernement britannique d'autoriser l'utilisation aux fins de recherche d'embryons humains créés par transfert du noyau d'une cellule somatique.

Les prises de position européennes illustrent la difficile appréhension de l'embryon par le droit international et leur seule existence démontre la nécessité ressentie par ces

³ Dict. perm. B&B, Bull. 95 10 déc.2000, p. 7676.

⁴ Résolution du 7 sept. 2000 du Parlement européen sur le clonage des êtres humains, reproduite dans Dict. perm. B&B, Bull. 93, 6 oct. 2000, p. 7721.

instances de placer des garde-fous eu égard aux intentions de certains pays de légaliser le clonage thérapeutique.

§2 : L'utilisation de l'embryon

La volonté de protéger l'embryon contraste avec la volonté de l'utiliser pour mener le clonage thérapeutique à terme. Et c'est cette dernière volonté qui amenuise, à défaut de déjà l'annihiler, la protection instaurée. Cette volonté d'utiliser l'embryon se manifeste dans certains Etats (A) et par l'impuissance du droit international (B).

A : L'utilisation de l'embryon à l'étranger

La Grande Bretagne autorisait déjà la recherche sur les embryons de moins de quatorze jours, mais les conditions posées ne permettaient pas d'envisager la création d'embryons aux fins de recherche pour le clonage thérapeutique. En décembre 2000, malgré la résolution du Parlement européen qui demandait aux parlementaires britanniques de rejeter le clonage thérapeutique, une loi l'autorisant a été adoptée. Ainsi des embryons clonés pourront être créés mais ne devront ni être réimplantés dans un utérus ni quitter le laboratoire. De même ces embryons ne devront pas être utilisés au-delà de sept jours et leur utilisation doit se limiter à des fins thérapeutiques. La position britannique a secoué ses voisins européens car la Grande Bretagne risque ainsi de progresser énormément dans un domaine aux promesses financières importantes, tandis que les autres pays seront désavantagés par une législation protectrice de l'embryon.

La situation américaine est également intéressante. Si le *Omnibus Consolidated and Emergency Supplemental Appropriations Act* de 1994 interdit l'attribution de fonds fédéraux pour la création d'embryons humains à des fins de recherche, le financement privé reste libre et les recherches sont donc possibles. Peu d'Etats ont interdit expressément la recherche sur l'embryon *in vitro* et cette recherche reste possible dans une majorité écrasante d'Etats. Le récent vote de la Chambre des représentants des Etats-Unis interdisant toute forme de clonage a peu de chance d'être confirmée par le Sénat.

Récemment⁵ le président Bush a annoncé ce que devrait être la politique américaine en matière de recherche sur les cellules souches embryonnaires, mais la décision ne porte que sur l'attribution de fonds fédéraux aux projets de recherche, ce qui n'a qu'un intérêt limité. En effet la recherche privée américaine bénéficie d'ors et déjà du don d'embryons surnuméraires à partir desquels peuvent être menées des expériences sur les cellules souches. Les fonds fédéraux ne seront désormais attribués qu'à la recherche sur des lignées de cellules souches existantes. Les fonds fédéraux seront attribués limitativement, mais la recherche privée, qui ne manque pas de moyens, pourra continuer ses expériences.

Au niveau européen, la Belgique s'est également prononcée en faveur du clonage thérapeutique. D'autres pays, comme la Belgique ou le Royaume-Uni, n'ont pas signé la Convention d'Oviedo qui interdit la constitution d'embryons humains à des fins de recherche, quand bien même elles seraient thérapeutiques. L'Allemagne elle-même, que l'on aurait pu penser étrangère au débat sur le clonage thérapeutique au vu de sa législation très contraignante, voit se mettre à jour des failles dans son dispositif protecteur de l'embryon⁶. En effet, s'il est interdit d'extraire en Allemagne des cellules souches des embryons, il n'est pas interdit d'en importer à des fins de recherche. Deux neurologues allemands se sont ainsi procurés des cellules souches embryonnaires extraites dans un laboratoire israélien.

Le droit comparé offre l'illustration du dilemme qui se pose à tout législateur : faut-il protéger l'embryon humain ou permettre son utilisation à des fins de recherche ? Les réponses varient, mais les enjeux sont tels qu'une protection nationale ne suffirait à assurer que la tranquillité de conscience d'un pays donné. En l'absence d'une unanimité internationale sur la question, une volonté nationale isolée ne peut être à même d'assurer l'effectivité d'une législation protectrice de l'embryon. Quelle leçon tirer des exemples étrangers ? Y a-t-il un exemple plus qu'un autre à suivre ? La volonté marquée par certains Etats de recourir au clonage thérapeutique est soutenue, involontairement, par l'impuissance du droit international.

⁵ Le Monde 10 août 2001.

⁶ *Le débat sur la bioéthique mobilise les gouvernements européens*, Le Monde 20 juin 2001.

La prohibition édictée à l'article 11 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme ne concerne que le clonage reproductif. Les prises de position communautaires contre le clonage thérapeutique n'ont eu aucune influence sur la loi adoptée au Royaume-Uni. La Convention d'Oviedo qui interdit la constitution d'embryons humains à des fins de recherche est efficace mais seulement dans les dix Etats qui l'ont ratifiée. Et quand bien même cette Convention serait ratifiée, l'absence d'organisme juridictionnel de contrôle lui confère une portée toute relative. Certes, l'article 18 édictant l'interdiction est d'applicabilité directe, mais cette Convention ne saurait avoir le pouvoir de créer une infraction pénale. Cette tâche appartient aux législateurs nationaux. « Même quand [les engagements internationaux de la France] sont d'application directe, ils ne peuvent techniquement créer une sanction pénale sans l'intervention du législateur national »⁷. Là n'est pas le seul problème. L'article 18 interdit la constitution d'embryon. Mais qu'est-ce qu'un embryon ? Une loi, comme les lois britannique, espagnole, peut prévoir l'instauration d'un statut de pré-embryon et en autoriser la création sans que l'interdiction édictée ne trouve à s'appliquer. Les instances communautaires et européennes s'accordent officiellement à proscrire le clonage thérapeutique mais leurs décisions n'ont pour l'heure aucun caractère contraignant, ou, s'il existe, un caractère contraignant très faible soumis aux aléas des interprétations et des ratifications.

La prohibition de la Constitution d'embryons humains à des fins de recherche n'exclut pas l'importation de cellules souches embryonnaires obtenues dans un autre Etat. De même, le clonage thérapeutique est, pour l'heure, à un stade expérimental qui peut être qualifié de recherche. Mais lorsque cette technique aura perdu, à l'étranger, son caractère expérimental et que la création d'embryons ne sera plus abordée en terme de finalité expérimentale mais de finalité thérapeutique, l'actuelle prohibition ne s'appliquera plus. Enfin, l'interdiction édictée par la Convention d'Oviedo ne concerne que la *constitution* d'embryons aux fins de recherche. Or la recherche sur les cellules souches embryonnaires peut être menée à partir d'embryons surnuméraires qui n'entrent plus dans le cadre d'un projet parental. Ces embryons n'ont pas été créés à des fins de recherche, mais en vue de surmonter une infertilité. Dès lors, la recherche sur ces embryons semble possible puisque

⁷ J. Carbonnier cité dans Rapp. Sargos sous Ass. plén. 29 juin 2001, Bull. inf. Cour cass. n°540

la finalité de leur création était autre qu'expérimentale ; leur utilisation peut donc avoir des buts expérimentaux sans que l'interdiction édictée par la Convention ne soit applicable.

En l'absence d'un réel droit international pénal, toute prise de position internationale sera contrecarrée par des démarches nationales contraires. Est-ce à dire que ces prises de position sont inutiles ? Au contraire, elles marquent un accord, certes non contraignant, mais officiel qui peut constituer l'ébauche d'une réglementation internationale et un fil conducteur dans les débats en cours au sein des Etats membres. Mais il serait artificiel de se contenter de textes symboliques sans réelle portée normative. La prochaine révision des lois sur la bioéthique n'en finit pas de connaître des rebondissements. La position s'orientera-t-elle vers une autorisation du clonage thérapeutique ?

Section II : Vers une prochaine autorisation ?

L'analyse internationale des positions adoptées au niveau international a révélé des divergences d'appréciation fondées sur un choix difficile entre l'intérêt thérapeutique et la protection de l'embryon. Cette divergence d'opinion va entrer en jeu lors de la révision des lois de bioéthique. Il convient donc d'exposer l'enjeu sous-jacent, à savoir la brevetabilité (§1) puis d'analyser la révision de ces lois de bioéthique (§2).

§1 : L'enjeu de la brevetabilité

Les intérêts mercantiles sont bien présents. L'enjeu financier est réel et la question est de savoir si l'autorisation du clonage thérapeutique peut conduire à la brevetabilité des lignées de cellules souches issues de cette pratique. Il convient donc d'analyser dans un premier temps les enjeux commerciaux sous-tendus par la brevetabilité (A) avant de voir la solution qui sera adoptée en droit français (B).

A : Les enjeux commerciaux

Le rapport sur le clonage, la thérapie cellulaire et l'utilisation thérapeutique des cellules embryonnaires de l'O.P.E.C.S.T⁸ souligne que « la propriété intellectuelle des méthodes de clonage constitue à l'évidence un atout décisif dans la compétition commerciale qui oppose, des deux côtés de l'Atlantique, les grandes sociétés de biotechnologies ». Ce sont ainsi, selon les auteurs du rapport, 135 millions de personnes atteintes du diabète, 20 millions souffrant de la maladie d'Alzheimer qui sont susceptibles d'être concernées par le clonage thérapeutique et la recherche sur les cellules souches. Le directeur d'une importante société de biotechnologie, consulté dans le cadre de l'élaboration du rapport, estimait ainsi que « l'opportunité commerciale de la médecine régénératrice pourrait représenter quelque 60 milliards de dollars au cours de vingt prochaines années » ! L'Office britannique des brevets a ainsi délivré, le 19 janvier 2000, deux brevets au Roslin Institute, le laboratoire ayant créé Dolly. Ces brevets couvrent la technique de clonage par transfert de noyau de cellules quiescentes... à l'exclusion du clonage reproductif humain. L'observateur hostile au clonage reproductif sera soulagé mais sera plus surpris s'il est également opposé au clonage thérapeutique : les brevets dont bénéficie le Roslin Institute incluent la méthode de production de lignées de cellules souches embryonnaires et d'embryons humains au stade de blastocyste.

La problématique soulevée par la brevetabilité des lignées de cellules souches est différente de celle soulevée par la brevetabilité de séquences d'ADN. En effet, pour ces dernières ; c'est la question de la qualification de leur obtention : invention ou découverte ? En revanche pour les lignées de cellules souches, la question qui se pose est davantage éthique car leur obtention ne résulte pas d'une découverte. Il convient également de souligner la nature du droit conféré par un brevet. En effet, le droit de brevet n'est pas un droit de propriété⁹. Le brevet est un droit de propriété incorporel et confère à son titulaire un droit de jouissance, mais il ne porte pas sur l'objet : il porte sur l'invention « en tant que création technique et qui peut parfois prendre forme dans un objet matériel »¹⁰. Donc ce n'est pas la lignée cellulaire elle-même qui est brevetée, mais l'invention relative à cette

⁸ www.assemblee-nat.fr/2/oecest/clonage/r2198-1.htm

⁹ M-C Chemtob, A. Gallochat, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme*, éd. Technique & Documentation, 2000, Paris.

¹⁰ *Ibidem*.

lignée. Madame Noëlle Lenoir analyse le brevet « comme une forme de contrat social conclu entre la société et l'inventeur : celle-ci protège l'inventeur en lui garantissant une rétribution pour la publication de son invention et son acceptation d'en ménager le libre usage à des fins industrielles ou commerciales »¹¹.

Le brevetabilité, appliquée au clonage thérapeutique, est susceptible de concerner les inventions ayant pour objet un produit, un procédé ou une utilisation de produits. Une fraction d'entité vivante, telle qu'une lignée de cellules embryonnaires peut faire l'objet d'un brevet¹². Le procédé permettant d'obtenir l'embryon (micro-injection du noyau, fusion de la cellule et de l'ovocyte) peut également être breveté. Les découvertes, c'est à dire « la connaissance d'une propriété nouvelle d'une matière ou d'un objet connu, ou le fait de trouver une substance dans la nature »¹³ ne sont pas brevetables.

La grande complexité du droit des brevets réside dans la diversification de ses sources qu'il ne convient pas d'analyser en détail, et, une fois encore, dans la nécessité d'une internationalisation maximum de la protection fixée en vue de lui attribuer une réelle effectivité. La demande de brevet doit satisfaire à différentes exigences, dont seules les plus essentielles ont été évoquées ici, exigences qui sont d'ordre qualitatif (pour la description de l'invention), temporel (pour l'examen de la demande). Le droit conféré par le brevet est protégé civilement et pénalement pour la répression de la contrefaçon, définie à l'article L. 615-1 C. propr. intell. Comme toute atteinte portée aux droits du propriétaire d'un brevet. Les dispositions pénales sont inscrites aux articles L. 615-12 et suivants du C. propr. intell.. Ainsi, l'article L. 615-12 prévoit que quiconque se prévaut indûment de la qualité de propriétaire d'un brevet ou d'une demande de brevet est puni d'une amende de 50 000 francs. L'amende encourue est portée au double en cas de récidive. L'article L. 615-14 punit de deux ans d'emprisonnement et de 1 000 000 francs d'amende ceux qui auront porté sciemment atteinte aux droits du propriétaire d'un brevet, les peines encourues étant portées au double en cas de récidive. Les peines prévues ne sont pas des exemples de dissuasion, surtout en ce qui concerne les peines d'amende, lorsqu'on les compare aux bénéfices escomptés. Dans le droit des brevets, c'est assurément l'hypothèse d'une mise en cause de la responsabilité civile qui aura le plus de dissuasion.

¹¹ N. Lenoir, *La protection des données issues des recherches sur le vivant*, Bulletin du droit d'auteur, vol. XXVIII, n°3, juillet-sept. 1994, éd. Unesco.

¹² M-C Chemtob, A. Gallochat, *op. cit.*, p. 65.

¹³ *La brevetabilité du vivant*, Dict. perm. B&B, éd. Législatives.

Les enjeux sous-tendus par la question de la brevetabilité des lignées de cellules souches embryonnaires sont impressionnants et mal protégés pénalement. Une directive n°98/44/CE relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques devrait être transposée en droit français lors de la révision des lois sur la bioéthique. Il convient donc maintenant d'examiner la solution qui sera adoptée en droit français à l'occasion de la transposition de cette directive.

B : La réponse française à la question de la brevetabilité

La directive européenne n°98/44/CE¹⁴ adoptée le 6 juillet 1998 est le fruit de dix années de discussions entre les Etats membres de l'Union européenne. Elle entend apporter une adaptation des droits nationaux des brevets en vue d'une homogénéisation bienvenue. Il est exposé que « le droit des brevets n'est pas susceptible de remplacer ni de rendre superflues les législations nationales, européennes ou internationales, fixant d'éventuelles limitations ou interdictions ». Elle contient une liste d'inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs et qui, de ce fait, doivent être exclues de la brevetabilité. L'article 6 §1 de cette directive prévoit ainsi que « les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont exclues de la brevetabilité, l'exploitation ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou réglementaire ». Le second paragraphe fournit une liste indicative des inventions non brevetables. Ainsi, ne sont pas brevetables les procédés de clonage des êtres humains, et les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales. Il est précisé que l'exclusion de la brevetabilité ne concerne pas les inventions ayant un objectif thérapeutique ou de diagnostic qui s'appliquent à l'embryon humain et lui sont utiles.

Dès lors, s'il est certain qu'un procédé de clonage reproductif humain ne pourra pas être breveté, qu'en est-il d'un procédé de clonage thérapeutique ? Autrement dit, quelle interprétation doit être faite du terme « être humain » ? La création d'un embryon par transfert de noyau d'une cellule somatique adulte est-elle l'aboutissement d'un procédé de clonage des êtres humains ? A cet égard, le considérant n°41 définit les procédés de

¹⁴ Voir not. *La brevetabilité du vivant*, Dict. perm. B&B, éd. Législatives ; B. Mathieu, *La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales*, D. 2001 n°1, chron. p. 13.

clonage humain de la même manière que le Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo, à savoir la création d'un être humain qui aurait la même information génétique nucléaire qu'un autre être humain vivant ou décédé. On sait que le Royaume des Pays-Bas avait déclaré qu'il entendait l'expression « être humain » dans le sens d'un être humain né vivant et viable. L'embryon n'est donc pas considéré par tous les Etats comme un être humain. Le brevet déposé auprès de l'Office britannique des brevets par le Roslin Institute couvrant la méthode de production de lignées de cellules souches embryonnaires et d'embryons humains au stade de blastocyste est-il conforme à la directive ? Il semble que oui car l'interdiction de breveter une invention relative aux utilisations d'embryons humains ne vaut que si cette utilisation est envisagée à des fins industrielles ou commerciales. Or pour l'heure les procédés d'utilisation d'embryons humains pour obtenir des cellules souches ou les procédés de clonage thérapeutique n'ont pas de réelles finalités industrielles ou commerciales. Ces procédés n'en sont qu'à un stade expérimental et la finalité invoquée est avant tout thérapeutique, malgré les espoirs financiers placés en eux.

Le législateur français va donc devoir transposer cette directive¹⁵ et examiner sa compatibilité avec les normes nationales et internationales. Il semble pour l'heure que le clonage thérapeutique soit considéré comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Mais est-il possible d'envisager, en France, la brevetabilité d'une lignée de cellules souches embryonnaires ? Autrement dit, est-il possible de déposer un brevet en aval plutôt qu'en amont ? Ce serait là faire usage d'une parade bien mal dissimulée. La transposition de la directive telle qu'elle devrait être opérée en droit français devrait donc exclure la brevetabilité d'un procédé de clonage thérapeutique. En effet, l'expression « être humain » semble applicable à l'embryon, et en l'absence d'une autorisation expresse du clonage thérapeutique, c'est à dire de la création d'un embryon par transfert du noyau d'une cellule somatique, tout brevet relatif à un tel procédé serait actuellement analysé comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cette question de la brevetabilité n'est pas ou peu abordée par les différents auteurs ; il est en effet reconnu que « c'est dans les mêmes conditions que pour des produits d'origine animale que la brevetabilité de protéines , de séquences génétiques, ou encore de lignées cellulaires d'origine humaine a pu être acceptée par les Offices de brevets occidentaux »¹⁶. Mais en l'espèce il s'agit de lignées cellulaires, certes d'origine humaine, mais embryonnaires. A l'heure actuelle, la transposition de la directive en droit interne ne permettrait pas d'admettre la brevetabilité

¹⁵ Qui devait être transposée en juillet 2000.

¹⁶ M-C Chemtob, A. Gallochat, *op. cit.*, p. 29.

de lignées de cellules souches embryonnaires ; le clonage thérapeutique ne pourrait vraisemblablement pas faire l'objet d'un brevet en France.

L'enjeu de la brevetabilité est important et la question de l'autorisation du clonage se pose actuellement au législateur qui doit examiner la révision des lois de bioéthique.

§2 : La révision des lois de bioéthique

Cette révision est déjà en retard, les lois de 1994 prévoyaient en effet que leur réexamen devait intervenir en 1999 et celui-ci n'aura lieu qu'en 2002. Toutefois, le projet de révision est prêt. Il a donné lieu à de nombreuses discussions, divergences (A) pour finalement adopter une position qui semble ferme (B).

A : Une révision houleuse

Si l'interdiction du clonage reproductif ne fait pas de doute, il n'en va pas de même de la question du clonage thérapeutique. La France ayant signé la Convention d'Oviedo –mais ne l'a toujours pas ratifiée- il aurait été malvenu d'autoriser la création d'embryons à des fins de recherche. Pourtant l'avant-projet de loi prévoyait la possibilité d'obtenir des embryons par transfert de noyau de cellule somatique. Le C.C.N.E, dans son avis n° 67 du 18 janvier 2001 sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique¹⁷, adoptait une position très nuancée au sujet des embryons issus du transfert de noyau d'une cellule somatique (ITNS). L'accord des membres du C.C.N.E était réuni pour permettre l'utilisation d'embryons surnuméraires à des fins de recherche. En revanche, les membres du C.C.N.E se sont montrés très partagés sur l'opportunité d'autoriser le clonage thérapeutique, même si une majorité s'est dégagée en ce sens. La motivation de cette volonté d'autoriser le clonage thérapeutique est fondée sur les espoirs placés dans cette technique, la mondialisation de la recherche, la compétition scientifique et les intérêts économiques en jeu. La volonté est celle de ne pas placer les chercheurs dans une situation

¹⁷ C.C.N.E, avis n°67 sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique, www.ccne-ethique.org .

de dépendance par rapport aux recherches menées à l'étranger. En se prononçant en faveur de l'autorisation du clonage thérapeutique, le C.C.N.E souhaite voir « combler le vide juridique qui entoure la question des dons d'ovocytes ou de tissu ovarien, afin de protéger les femmes des risques que l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales ferait peser sur elles ». L'invocation du vide juridique est difficilement compréhensible : le don d'ovocyte est encadré par la protection de l'intégrité physique de la personne et la protection des gamètes.

Le Conseil d'Etat dans son rapport de 1999¹⁸ s'est prononcé contre le clonage thérapeutique, en ce qu'il implique la création d'embryons humains, mais pour la recherche sur les cellules souches embryonnaires. Après avoir énoncé les avis des différentes instances et avoir exposé les espoirs et les dangers de la recherche sur l'embryon, il opte pour une solution intermédiaire. Ainsi est-il proposé que les embryons faisant l'objet d'un projet parental ne sauraient être des sujets de recherche ou d'expérience. En revanche, il existe des embryons surnuméraires, c'est à dire des embryons non transférés dans un utérus et ne faisant plus l'objet d'un projet parental, et la question s'est posée de savoir s'il fallait les détruire sans en tirer bénéfice. Par conséquent, le Conseil d'Etat suggère que « seuls les embryons *in vitro* congelés qui ne font plus l'objet d'un projet parental et qui ne sont pas susceptibles d'être accueillis par un autre couple, et les embryons jugés d'emblée non viables, pourraient faire l'objet de ces recherches ». Le clonage thérapeutique n'était donc pas souhaitable selon le rapport du Conseil d'Etat ; en revanche, la recherche sur le clonage thérapeutique est estimée souhaitable sous la condition d'un strict encadrement. L'avant-projet de loi ne suivait pas cette solution et désirait autoriser le clonage thérapeutique.

Enfin, la C.N.C.D.H a émis un avis défavorable à l'autorisation du clonage thérapeutique préconisée par l'avant-projet de révision des lois de bioéthique¹⁹. La recherche sur les embryons surnuméraires est admise par la C.N.C.D.H. En revanche, elle estime qu'il est fondamental « que subsiste l'interdiction de constituer, par le biais de l'assistance médicale à la procréation et parce que les embryons surnuméraires se révéleraient insuffisants, des embryons destinés à alimenter les demandes des chercheurs ». L'approche adoptée est une approche de précaution. La démarche est beaucoup plus pragmatique et ne se veut pas constituer une interdiction définitive du clonage

¹⁸ Conseil d'Etat, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, www.ladocfrancaise.gouv.fr.

¹⁹ C.N.C.D.H, *avis adopté le 25 janvier 2001 portant sur l'avant-projet de loi tendant à la révision des lois relatives à l'éthique biomédicale*, Dict. perm. B&B, bull. n°98, 6 fév. 2001, p. 7635.

thérapeutique. Le projet de loi a changé de position et désormais le clonage thérapeutique n'est plus prévu comme devant être autorisé, la création d'embryons ITNS étant pour l'heure polémique. Il semble peu probable que le législateur autorise finalement le clonage thérapeutique. Il serait malvenu d'autoriser la création d'embryon aux fins de recherche eu égard à la signature de la Convention d'Oviedo et à sa prochaine ratification. Le projet de loi a connu une importante évolution puisque l'autorisation du clonage thérapeutique a été finalement retirée. La recherche sur l'embryon est admise, cependant elle sera encadrée strictement.

B : La confirmation de l'interdiction du clonage thérapeutique

Le projet de loi²⁰ prévoit toujours l'interdiction de la création d'embryons humains à des fins de recherche. Cette interdiction figure à l'article L. 2151-2 C. santé publ. et relaie ainsi l'interdiction édictée dans l'article 18 de la Convention d'Oviedo. Cette disposition est relayée dans le Code pénal par l'incrimination déjà existante de l'article 511-18 qui punit de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 francs d'amende (désormais 100 000 euros) d'amende. C'est désormais l'encadrement de la recherche sur les embryons surnuméraires qui est effectué pénalement. Le futur article 511-19 punira ainsi de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende le fait de procéder à une recherche sur l'embryon humain sans avoir préalablement obtenu le consentement écrit et l'autorisation visées à l'article L. 2151-3 C. santé publ., ou alors que cette autorisation est retirée ou suspendue. Est puni des mêmes peines le fait de procéder à une recherche sur l'embryon humain sans se conformer aux prescriptions de l'autorisation prévue à l'article L. 2151-3 C. santé publ.. Cette disposition prévoit qu'aucune recherche ne peut être menée sur l'embryon humain si elle n'a pas une finalité médicale, ou si ayant cette finalité, elle peut être poursuivie par une méthode alternative d'efficacité comparable en l'état des connaissances scientifiques. Il est précisé qu'une recherche ne peut être conduite que sur les embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une A.M.P qui ne font plus l'objet d'un projet parental ; cette recherche ne peut être effectuée, après un délai de réflexion, qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont ils sont issus, ou du membre survivant du couple, informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de

²⁰ Disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr

leur conservation. Les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne pourront être transférés. Enfin, cet article L. 2151-3 C. santé publ. prévoit un régime d'autorisation.

Le projet envisage également le prélèvement de cellules embryonnaires sur des embryons ou des fœtus issus d'une interruption de grossesse. Sera ainsi créé un article 511-19-1 dans le Code pénal qui réprimera donc de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait, à l'issue d'une interruption de grossesse, de prélever, conserver ou utiliser des tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux dans des conditions non conformes à celles prévues par les premier, deuxième et quatrième alinéa de l'article L. 1241-5 C. santé publ. ou pour des finalités autres que thérapeutiques ou scientifiques. Cet article prévoit une information appropriée sur les finalités du prélèvement pour la femme subissant l'intervention de grossesse, étant précisé qu'elle peut s'y opposer. D'autres conditions techniques sont exigées.

On peut voir que le législateur continue à édicter des incriminations par renvoi, à ne pas définir les termes qu'il emploie. Les remarques faites précédemment au sujet des infractions actuelles sont toujours les mêmes. Les infractions qui intégreront prochainement notre Code pénal n'appellent pas d'observations particulières : elles s'inscrivent dans la continuité de celles qui existent déjà, reprenant leurs imperfections. Le clonage thérapeutique se voit donc toujours prohibé malgré les appels des scientifiques et l'on peut penser qu'il sera autorisé dans le cas où les recherches sur les embryons surnuméraires seraient concluantes. Est ainsi instauré une législation de nouveau temporaire, de nouveau soumise aux exigences des scientifiques. Le C.C.N.E préconisait d'ailleurs dans son avis²¹ d'améliorer les modalités de révision des lois de bioéthique et souhaitait que soient mises en place des « modalités d'aménagement partiel plus souples et plus rapides ». Mais on peut douter de la force d'une loi malléable qui évoluerait au gré des évolutions scientifiques. Ainsi se voit confortée l'idée que le droit ne serait pas en mesure d'évoluer aussi vite que les sciences de la vie. Le droit pénal risque de perdre son caractère dissuasif s'il suffit de le modifier et d'autoriser ce qui était interdit l'année précédente. Il serait préférable de réfléchir à l'instauration d'un système plus crédible.

²¹ Avis n°67 préc.

CONCLUSION

« Ceux qui parlaient de faire naître un monde nouveau se berçaient d'illusions : le monde nouveau était déjà né. La seule question qui se posait était celle de savoir ce qu'il fallait faire des ruines... »¹

Le clonage humain, qu'il soit reproductif ou thérapeutique, trouve donc des réponses en droit pénal positif, réponses estimées insuffisantes par le législateur qui préfère punir fortement le clonage reproductif et interdire provisoirement le clonage thérapeutique. L'analyse de l'appréhension du clonage par le droit pénal positif et prospectif, au niveau national et international a révélé de nombreuses lacunes dans la politique criminelle affichée, lacunes fondées essentiellement sur l'incertitude qui règne autour de la finalité de la répression. On peut regretter que les débats suscités par le clonage se cantonnent à l'éthique, la philosophie, la religion, le droit étant relégué au rang de serviteur des sciences de la vie. Il conviendrait sans doute de redonner ses lettres de noblesse au droit pénal et d'appréhender cette nouvelle technique de manière plus raisonnable et moins passionnée. Si le clonage se révèle un jour techniquement réalisable sans incertitudes, les considérations éthiques évolueront afin de ne pas léser les intérêts, notamment économiques, qui gravitent autour des sciences de la vie. Et si l'humanité devient peuplée de clones, comment seront-ils considérés ? La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 12 mars 1994, a cassé une décision de la cour d'appel de Colmar qui faisait interdiction à un chercheur de l'université de Strasbourg de poursuivre une expérience sur un clone humain. Par cet arrêt, la Haute cour reconnaissait ainsi la légitimité de tout usage d'organismes humains vivants « dès lors qu'il appert que ceux-ci ont été obtenus par simple réplique d'un œuf humain, sans qu'il ait été en rien attenté à la personnalité et aux droits de ce dernier » et dès lors qu'il est démontré que « l'organisme obtenu par ce moyen ne peut se reproduire de manière autonome. Le clone est donc une chose et il serait malvenu de se fonder sur une ressemblance morphologique, une identité génétique pour opérer une confusion entre le statut de personne humaine et celui de clone. De même, la Cour de cassation a décidé quelques mois plus tard, le 30 juin 1994 que « la protection que la loi accorde à l'œuf humain ne saurait bénéficier à des répliques, produites artificiellement, de celui-ci. Les juges ont en effet estimé que « ces répliques, dans la mesure où elles sont créées de main d'homme, ressortissent au droit commun de toute chose fabriquée par

¹ R. Gary, *Europa*, éd. Gallimard

l'homme. Jean-Michel Truong avait envisagé, bien avant la naissance de Dolly, cette situation, livrant ainsi un troublant roman d'anticipation² où l'humanité était déniée à des êtres humains parce qu'ils étaient des clones. Les actuelles réactions face au clonage reproductif ne sont pas si éloignées de ce roman. Lorsque la production industrielle de populations clonales sera possible, sans doute alors envisager-t-on une énième révision des lois de bioéthique. Vouloir changer constamment les textes est vain et il faut sans doute mettre les peurs irraisonnées de côté et appliquer les normes existantes.

² J-M Truong, *Reproduction interdite*, éd. Plon.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- H. Atlan *et al.*, *Le clonage humain*, éd. du Seuil, 1999.
- J-P Baud, *L’Affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, éd. Seuil coll. Des travaux, Paris 1993.
- M-C Chemtob et A. Gallochat, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l’homme*, éd. Technique & Documentation, 2000.
- F. Desportes et F. LeGunehec *Le nouveau droit pénal t.1*, éd. Economica, Paris, 6^e éd.
- L. Dubouis, *Progrès médical et droit européen*, La documentation française, 1999.
- Dictionnaire permanent Biotechnologie Bioéthique, éd. Législatives.
- A. Heymann-Doat, *Génétique et droits de l’homme*, éd. L’Harmattan, 2000.
- A. Kahn et F. Papillon, *Copies conformes, le clonage en question*, Nil éditions 1998.
- A. Sotiaux, *Le droit de la biologie humaine, vieux débats nouveaux enjeux*, éd. Ellipses, 2000.

Articles :

- R. Andorno, *Le clonage humain face au droit*, Rev. gén. droit méd. n°4, p. 7.
- C. Byk, *La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l’homme*, JDI 3, 1998, p. 675.
- S. Chastant-Maillard, *Le clonage animal*, La revue du praticien 1999.49 p. 2188.
- B. Edelman, *L’homme aux cellules d’or*, D. 1983, chron. p. 225.
- J.Fierens, Critique de l’idée de propriété du corps humain ou le miroir de l’infâme belle-mère de Blanche neige, RIEJ 2000.44 p. 157.
- P. Fraisseix, *La protection de la dignité de la personne et de l’espèce humaines dans le domaine de la biomédecine : l’exemple de la Convention d’Oviedo*, RID comp. 2-2000, p. 371.
- M. Gabolde et J. Hors, *L’utilisation aux fins de greffe de cellules et tissus humains d’origine fœtale ou embryonnaire*, Méd&Droit, 2000, n°44, p. 1.
- R. Gröte, *Aspects juridiques de la bioéthique dans la législation allemande*, RID comp. 1-1999, p. 85.
- M. Hutchinson, *Le boom de la gène-économie*, Futuribles n°264, mai 2001, p. 27.

- B. Jackson, *La dignité de la personne humaine*, Rev. gén. droit méd. n°4 p.67.
- F. Joignot, *Clonage humain : portes ouvertes sur l'aventure*, Le Monde 2, janvier 2001.
- B. Liaudet, *Commentaires sur la « Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif »*, Les Cahiers du CCNE n°13, 1997, p 4.
- B. Mathieu, *La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales*, D. 2001 n°1, chron. p. 13.
- B. Mathieu, *Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme*, D. 1995, chron. p. 211.
- B. Mathieu, *La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels*, D. 1999, chron. p. 451.
- B. Mathieu, *Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain*, RD pub n°1-1999.
- J-F Mattéi, *Rapport à Monsieur le Premier ministre sur l'éthique biomédicale*, Paris, 15 nov. 1993
- G. Mémeteau, RID pén. 1988 vol. 59 p 916.
- G. Mémeteau, *Quelle bioéthique ?*, Méd&Droit 2001, 47, p. 15.
- G. Mémeteau, *Les lois de bioéthique : cinq ans près, première et rapide lecture du rapport du Conseil d'Etat*, Méd&Droit n°41, 2000, p. 1.
- J. Montagut, *L'assistance médicale à la procréation à l'heure de son réexamen*, Méd&Droit 1994, 34, p. 1.
- A. Prothais, *Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale*, JCP 1999.I.129 n°10.
- A. Prothais, *Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique*, Rev. sc. crim. janv-mars 2000, p39.
- . A. Prothais, *Les paradoxes de la pénalisation, enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption*, JCP 1997. I. 4055.
- J-P Renard et X. Vignon, *Le clonage : état de l'art*, Pour la Science n°279 janv. 2001, p. 40
- J-P Renard, *Transfert de noyaux et différenciation cellulaire : l'apport du clonage à l'étude des cellules souches embryonnaires*, Bull. Acad. Natle Méd. 2000, 184, n°6, p. 1155.
- M. Revel, *La reproduction par clonage : un nouveau défi pour l'éthique génétique*, Les Cahiers du CCNE, n°13 1997, p. 10.

- J-F Seuic, *Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées*, in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze » sous la direction de Ph. Pedrot, Economica, 1999.

- F.Terré, *Les lois sur la bioéthique sont inutiles et dangereuses*, Libération 18 janv. 1994.

Revues spécifiques :

- Biofutur

- Bulletin du droit d'auteur

- Les Cahiers du CCNE

- Médecine et Droit

- Pour la Science

- Revue générale de Droit médical

Sites Internet :

- www.legifrance.gouv.fr

- www.ccne-ethique.org

- www.ladocfrancaise.gouv.fr

- www.clonaid.com

- www.rabenou.org/gaultier/clonage.htm

- www.assemblee-nat.fr

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

Titre premier : CLONAGE ET PROTECTION DE L'ÊTRE HUMAIN EN DROIT POSITIF.....p 16

Chapitre 1 : Les acquis du droit positifp.16

Section I : La protection de la vie et de l'intégrité physique p.16

§1 : La protection de l'intégrité du corpsp.16

A : La protection classique de l'intégrité physique de la personnep. 17

B : La protection contemporaine du corps humainp. 20

§2 : La protection anténatale et périnatalep. 23

A : La protection pénale de l'embryon *in vitro* p.24

B : L'être en gestationp. 26

Section II : La permanence des notions classiquesp. 28

§1 : L'existence d'infractions annexesp. 29

A : Les infractions spécifiquesp.29

B : Les infractions envisageables p.31

§2 : Le juge et l'ordre publicp. 32

A : L'ordre publicp. 33

B : Un encadrement législatif nécessaire ?.....p.35

Chapitre 2 : Les interrogations nouvellesp. 37

Section I : Une applicabilité relative des qualifications symboliquesp. 37

§1 : La dignité de la personne et de l'espèce humainep. 37

A : Un obstacle théorique au clonage reproductifp.37

B : Un concept incertainp. 39

§2 : La protection de l'espèce humaine et de l'humanité	p. 41
A : La protection de l'espèce humaine	p. 41
B : La protection de l'humanité	p. 43
Section II : Une remise en cause de définitions usuelles.....	p. 45
§1 : La réification du corps humain ou la protection pénale des atteintes aux biens :	p. 45
A : Le corps : chose ou personne ?.....	p. 46
B : La protection des choses humaines	p. 47
§2 : Le clonage : mode de procréation ?.....	p. 49
A : Le clonage reproductif et l'A.M.P	p. 49
B : Le clonage reproductif et la réglementation de l'A.M.P.....	p. 51
 Titre second : CLONAGE ET PROTECTION DE L'ÊTRE HUMAIN EN DROIT PROSPECTIF	p. 54
 Chapitre 1 : Le clonage reproductif	p. 54
Section I : Le droit français ou l'horreur du clone.....	p. 54
§1 : D'une unanimité consultative... ..	p. 55
A : La condamnation originelle du C.C.N.E.....	p.55
B : Les condamnations subséquentes	p. 57
§2 : ... à une unanimité législative.....	p. 59
A : La méthode utilisée.....	p. 59
B : Le contenu de l'intervention législative	p. 60
Section II : Le droit international ou la crainte du clone	p. 62

§1 : La majorité chancelante en droit comparé	p. 63
A : Les condamnations expresses	p. 63
B : La portée de l'absence d'unanimité des Etats	p. 65
§2 : L'unanimité relative des instances internationales	p. 66
A : La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme	p. 66
B : Le protocole additionnel à la Convention d'Oviedo	p. 68
Chapitre 2 : Le clonage thérapeutique	p. 71
Section I : L'actuelle prohibition	p. 71
§1 : La protection de l'embryon	p. 71
A : La protection de l'embryon en droit comparé	p.71
B : La protection de l'embryon en droit européen	p.73
§2 : L'utilisation de l'embryon	p. 75
A : L'utilisation de l'embryon à l'étranger	p. 75
B : L'impuissance du droit international	p. 77
Section II : Vers une prochaine autorisation ?.....	p78
§1 : L'enjeu de la brevetabilité	p. 78
A :Les enjeux commerciaux	p. 79
B : La réponse française à la question de la brevetabilité	p.81
§2 : La révision des lois de bioéthique	p. 83
A : Une révision houleuse	p. 83
B : La confirmation de l'interdiction du clonage thérapeutique..	p.85
CONCLUSION	p. 87
BIBLIOGRAPHIE	p. 89