



Gouvernement  
du Canada

Government  
of Canada

LE MEILLEUR  
DES **M**ONDES :

Au carrefour de la biotechnologie  
et des droits de la personne

## Chapitre 4

Le droit à la recherche

Canada

Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie  
et des droits de la personne

juillet 2005

*Le présent document ne reflète pas les points de vue officiels du gouvernement du Canada ou du Ministère de la justice Canada. Le document ne constitue pas des conseils juridiques à l'intention du gouvernement ou des différents ministères. Plutôt, il représente un aperçu de la Loi à l'échelle internationale et nationale, de la Loi d'autres pays et de commentaires d'universitaires au sujet des droits de la personne soulevés par des applications déterminées de la biotechnologie. La description de la Loi contenue dans le présent document est valide en date de mars 2005. Veuillez vous assurer que les renseignements contenus dans le présent document sont exacts et à jour avant de vous y référer.*

#### AUTORISATION DE REPRODUCTION

À moins d'indication contraire, l'information contenue dans cette publication peut être reproduite, en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans autre permission du gouvernement du Canada, pourvu qu'une diligence raisonnable soit exercée afin d'assurer l'exactitude de l'information reproduite, que le gouvernement du Canada soit mentionné comme organisme source et que la reproduction ne soit présentée ni comme une version officielle ni comme une copie ayant été faite en collaboration avec le gouvernement du Canada ou avec son consentement.

Pour obtenir l'autorisation de reproduire l'information contenue dans cette publication à des fins commerciales, faire parvenir un courriel à [copyright.droitdauteur@communication.gc.ca](mailto:copyright.droitdauteur@communication.gc.ca).

N° de catalogue Iu199-6/2005F  
ISBN 0-662-70457-6

Cette publication est offerte par voie électronique sur le Web à :  
<http://biotech.gc.ca>

## Table des matières

<b>4.1 Introduction</b>	<b>4-1</b>
<b>4.2 Recherches faisant appel à un embryon in vitro</b>	<b>4-1</b>
<b>4.3 Renseignements généraux</b>	<b>4-2</b>
<b>4.4 Enjeux</b>	<b>4-5</b>
<b>4.5 Question 1 : Existe-t-il un droit humain d'entreprendre une recherche scientifique?</b>	<b>4-5</b>
4.5.1 Instruments régionaux et internationaux	4-6
4.5.2 La législation dans d'autres pays	4-9
4.5.3 Le droit au Canada	4-12
4.5.4 Doctrine et autres commentaires	4-18
4.5.5 Analyse	4-24
4.5.6 Conclusion	4-28
<b>4.6 Question 2 : Le droit de bénéficier des progrès scientifiques</b>	<b>4-29</b>
4.6.1 Instruments internationaux et régionaux	4-29
4.6.2 Le droit dans d'autres pays	4-29
4.6.3 Doctrine	4-29
4.6.4 Le droit au Canada	4-30
4.6.5 Analyse	4-32
4.6.6 Conclusion	4-33
<b>4.7 Question 3 : L'embryon in vitro</b>	<b>4-33</b>
4.7.1 Le droit dans d'autres pays	4-33
4.7.2 Doctrine	4-35
4.7.3 Analyse	4-37
4.7.4 Conclusion	4-39
<b>4.8 Conclusion</b>	<b>4-39</b>



## Le droit à la recherche

---

Judy Hunter

### 4.1 Introduction

Les progrès en biotechnologie repoussent sans cesse les frontières de la connaissance grâce aux recherches et aux découvertes scientifiques réalisées dans de nombreux domaines, comme la santé et l'environnement. On a prédit qu'au cours du présent siècle, les progrès scientifiques auraient un impact plus grand que les progrès en télécommunications et en informatique enregistrés au siècle dernier. Comme la recherche en biotechnologie suppose souvent la manipulation du vivant, elle peut susciter autant la controverse que l'enthousiasme<sup>1</sup>.

Les scientifiques devraient-ils jouer avec la nature et modifier la vie? Les animaux et les humains devraient-ils être clonés? Les plantes devraient-elles être modifiées génétiquement? Les embryons humains devraient-ils être créés ou utilisés à des fins de recherche? Toutes ces questions soulèvent des enjeux moraux, éthiques et juridiques. Il est difficile d'en arriver à un consensus dans la société quant à la légitimité de ces activités étant donné que les individus et les groupes professent souvent des vues assez fermes et diamétralement opposées.

Depuis 1999, le Secrétariat canadien de la biotechnologie (« SCB ») a sondé l'opinion publique concernant la biotechnologie et la politique publique en la matière. Le SCB a toujours constaté dans ses études d'opinion que les Canadiens ont l'esprit ouvert et reconnaissent les avantages associés à la biotechnologie, en particulier ceux liés aux découvertes médicales, à l'amélioration de la qualité de vie et à la création d'emplois. Les deux tiers des répondants sondés se disent en faveur de l'accent mis par le Canada sur la biotechnologie, tant et aussi

longtemps qu'on prend soin de gérer et d'atténuer les risques potentiels<sup>2</sup>.

Le présent chapitre porte sur les questions relatives aux droits de la personne que peut soulever la recherche scientifique. Nous utilisons comme exemple tout au long du chapitre la recherche portant sur les cellules souches embryonnaires provenant d'un embryon humain in vitro. Cet exemple a été choisi parce qu'on connaît en général les percées scientifiques et les promesses dans ce domaine de recherche et que les commentaires d'universitaires abondent. De plus, le prélèvement et l'utilisation des cellules souches issues d'embryons humains engendrent des points de vue très variés sur les plans moral, éthique et juridique<sup>3</sup>.

### 4.2 Recherches faisant appel à un embryon in vitro

La possibilité d'utiliser un embryon humain à des fins de recherche est devenue une réalité à la fin des années 70 et au début des années 80 par suite du succès grandissant de la fécondation in vitro. Les chercheurs médicaux et scientifiques ont commencé à employer des embryons in vitro pour obtenir des cellules souches embryonnaires dans l'espoir d'inventer, grâce à elles, des traitements curatifs pour des maladies débilitantes et potentiellement mortelles

---

<sup>1</sup> Gouvernement du Canada, *La biotechnologie transforme la société : une économie novatrice et une meilleure qualité de vie* (rapport sur la biotechnologie, 1998-2003), p. 2.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>3</sup> Françoise Baylis, "Betwixt and Between Human Stem Cell Guidelines and Legislation" (2002) 11 Health L. Rev. No. 1, 44-50, p. 2 (QL).

chez les humains<sup>4</sup>. Le recours à des embryons humains in vitro dans ces recherches inquiète de nombreuses personnes, car le prélèvement de cellules souches chez l'embryon entraîne la destruction de ce dernier.

Dans certains pays, c'est uniquement à des fins de recherche que les chercheurs peuvent créer des embryons in vitro comme source de cellules souches, soit par fécondation in vitro, transfert de noyaux de cellules somatiques<sup>5</sup> (clonage thérapeutique), segmentation d'embryons ou parthénogenèse<sup>6</sup>. Dans ces pays, les chercheurs ont accès à un approvisionnement continu d'embryons in vitro et de cellules souches embryonnaires pour leurs activités de recherche. Dans d'autres pays, où seule la création d'embryons in vitro à des fins de reproduction est permise, les chercheurs doivent s'en remettre, pour pouvoir effectuer des recherches, aux individus ou aux couples qui veulent bien leur donner leurs embryons surnuméraires, c.-à-d. les embryons in vitro dont ils n'ont plus besoin pour la reproduction.

### 4.3 Renseignements généraux

#### Les connaissances scientifiques

Il existe cinq sources possibles de cellules souches embryonnaires : 1) un embryon in vitro créé à des fins de reproduction et considéré par la suite comme surnuméraire, 2) un embryon in vitro créé expressément aux fins de la recherche par la fécondation d'un ovule avec des spermatozoïdes, 3) un embryon in vitro créé par clonage thérapeutique, 4) un embryon in vitro créé par segmentation d'embryons et 5) un embryon in vitro créé au moyen de la parthénogenèse.

#### Cellules souches

Environ cinq jours après la fécondation, lorsque l'embryon in vitro devient un blastocyste et compte plus de 100 cellules, des cellules souches peuvent être isolées de la masse cellulaire interne et mises en culture en laboratoire pour former des lignées de cellules souches embryonnaires. Ces cellules sont uniques parce qu'elles ont la capacité de s'autorenouveler et de se différencier dans d'autres tissus du corps<sup>7</sup>. L'isolement et le prélèvement de ces cellules entraînent la destruction de l'embryon<sup>8</sup>.

Les cellules souches embryonnaires peuvent croître et se diviser indéfiniment. Elles peuvent également être congelées en petits lots pour des recherches futures et être distribuées à d'autres scientifiques<sup>9</sup>, et elles peuvent être stimulées pour devenir des cellules de tout autre type, telles que des neurones, des cellules du sang, du cerveau ou des muscles. De nombreux chercheurs considèrent ces cellules microscopiques comme la clé de remèdes et de traitements futurs. Elles pourraient éventuellement être utilisées pour remplacer des tissus ou organes défectueux ou malades<sup>10</sup>. Bon nombre de maladies, comme la maladie de Parkinson et le diabète juvénile, résultent de la perte ou du dysfonctionnement de certains types de cellules. Le remplacement de ces cellules endommagées pourrait permettre d'obtenir un traitement efficace, voire une guérison<sup>11</sup>. En outre, les cellules souches pourraient être mises en culture en laboratoire pour se développer en

<sup>4</sup> Denise Stevens, "Embryonic Stem Cell Research: Will President Bush's Limitation on Federal Funding Put the United States at a Disadvantage? A Comparison Between U.S. and International Law" (2003) 25 Hous. J. Int'l L. 623, p. 3 (Lexis Nexis). Par exemple, l'application de la biotechnologie au matériel de reproduction, telle que dans l'embryon in vitro, pourra un jour permettre aux scientifiques de cultiver des tissus de remplacement ou des organes destinés à la transplantation qui ne seraient pas rejetés par le receveur. Cette technologie pourrait servir à résoudre les problèmes actuels de pénurie de tissus et d'organes compatibles pour la transplantation.

<sup>5</sup> Le « transfert de noyaux de cellules somatiques » consiste à retirer le noyau d'un ovocyte humain et de le remplacer par le noyau d'une cellule d'un donneur. L'ovocyte est artificiellement stimulé et commence à se développer pour former un embryon in vitro. (The President's Council on Bioethics, "Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry" (Washington, July 10, 2002), p. 132.)

<sup>6</sup> La « parthénogenèse » est une forme de reproduction non sexuée où les ovules sont soumis à un choc électrique ou à un traitement chimique afin de déclencher la division cellulaire et le développement embryonnaire (The President's Council on Bioethics, "Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry" (Washington, July 10, 2002) p. 132). Internet : <http://www.bioethics.gov/reports/cloningreport/fullreport-print.html>

<sup>7</sup> Ces cellules sont considérées comme « pluripotentes », c.-à-d. qu'elles peuvent donner naissance à la plupart des types de tissus mais ne sont pas en mesure de donner la vie à un organisme fonctionnel. Elles peuvent être gardées en vie dans un milieu artificiel et proliféreront plus ou moins indéfiniment; *Ibid.* (D. Stevens), p. 4.

<sup>8</sup> *Supra*, note 4, p. 2 (Lexis Nexis).

<sup>9</sup> D' Ao Asangla, Université McGill, Montréal (courriel, 6 avril 2004); Stem Cell Network, Research Overview. Internet : <http://www.stemcellnetwork.ca/research/overview.php/php%20Accessed%20April%202004>; Avis du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne, n° 15, *Les aspects éthiques de la recherche sur les cellules souches humaines et leur utilisation* (14 novembre 2000), p. 4.

<sup>10</sup> La U.S. National Bioethics Advisory Commission (créée par décret du Président Bill Clinton, le 3 octobre 1995), *Ethical Issues in Human Stem Cell Research*, vol. 1 (Rockland, Maryland, septembre 1999), p. 8.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 20.

des tissus ou organes spécifiques destinés à la transplantation. C'est le domaine de recherche sur les cellules souches embryonnaires qui semble offrir actuellement le plus d'espoir.

Lorsque les cellules souches se divisent, elles demeurent soit des cellules souches ou deviennent d'autres cellules plus spécialisées. En théorie, elles pourraient se diviser indéfiniment pour reconstituer les stocks d'autres cellules<sup>12</sup>. La plupart des cellules spécialisées dans le corps humain ne se divisent pas mais sont plutôt remplacées ou reconstituées à partir de populations de cellules souches déjà présentes dans la plupart des tissus de l'organisme<sup>13</sup>. Ces cellules souches plus vieilles se trouvent dans les tissus et les organes du corps humain et sont appelées « cellules souches adultes »<sup>14</sup>.

Ces cellules souches sont le plus abondantes dans les tissus et les organes qui se renouvellent constamment, comme la moelle osseuse, la peau, la muqueuse de l'intestin grêle<sup>15</sup>. Les cellules présentes dans ces tissus meurent constamment et sont remplacées par d'autres provenant d'une sous-population de cellules souches en division qui produit des cellules de remplacement pour les cellules terminalement différenciées dont la durée de vie est relativement courte<sup>16</sup>.

On a découvert que les cellules souches adultes sont moins capables de se différencier dans d'autres types cellulaires, et leurs profils de différenciation sont moins prévisibles et moins bien maîtrisés que ceux des cellules souches embryonnaires. Jusqu'à présent, les scientifiques n'ont pas réussi à cultiver de grandes quantités de cellules souches adultes : ces cellules souches sont difficiles à isoler et à garder en vie<sup>17</sup>. De plus, elles ne possèdent pas le même degré d'« élasticité » que les cellules souches embryonnaires parce qu'elles ne participent à la régénération et à la réparation que dans des tissus et des organes spécifiques<sup>18</sup>.

Des études récentes ont montré que les cellules souches adultes peuvent avoir plus de potentiel thérapeutique que ce que l'on croyait d'entrée de jeu<sup>19</sup>. La plupart des scientifiques estiment cependant que les recherches devraient se poursuivre sur les deux types de cellules souches<sup>20</sup>.

De nombreux scientifiques soutiennent toujours que les cellules souches embryonnaires sont celles qui sont le plus fondamentales et extraordinaires<sup>21</sup>. Elles ont été baptisées l'« essence de l'embryon » parce qu'il s'agit des éléments biologiques essentiels qui sont l'ancêtre commun des 210 types différents de tissu dans le corps humain<sup>22</sup>.

## Sources de cellules souches

### *Embryons in vitro surnuméraires*

Lorsqu'une fécondation in vitro est pratiquée chez un individu ou un couple à des fins de reproduction, on crée habituellement un nombre beaucoup plus élevé d'embryons in vitro que ce qui peut être transféré dans un seul cycle de traitement. Le reste est normalement congelé à des fins de procréation future. Lorsque l'individu ou le couple ne veut plus d'enfants, il reste souvent des embryons in vitro congelés. Les options quant au sort qu'on doit leur réserver sont limitées : ils peuvent être donnés à d'autres à des fins de reproduction, ils peuvent être donnés aux fins de la recherche ou on peut les laisser mourir.

Ces embryons in vitro surnuméraires qui sont donnés à des fins de recherche peuvent devenir une source de cellules souches embryonnaires pour les scientifiques.

### *Embryons créés pour la recherche*

Avec la possibilité de féconder un ovule humain avec des spermatozoïdes humains à l'extérieur du corps d'une femme à des fins de procréation est venue la possibilité d'utiliser un tel embryon in vitro à des fins de recherche.

<sup>12</sup> Pour des renseignements de base sur les cellules souches, voir : <http://stemcells.nih.gov/stemcell/whatAreStemCells.asp#1>

<sup>13</sup> Meredith Mariani, "Stem Cell Legislation: An International and Comparative Discussion" (2002) 28 J. Legis. 379, p. 2-3 (Lexis Nexis).

<sup>14</sup> *Supra*, note 4, p. 2 (Lexis Nexis).

<sup>15</sup> *Supra*, note 10, p. 12.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Supra*, note 4, p. 4; Andrew Pollack, *The Stem Cell Debate: Scientists Seek Ways to Rebuild the Body, Bypassing the Embryos* (N.Y. Times, Dec. 18, 2001), p. F6; Meredith Mariani, "Stem Cell Legislation: An International and Comparative Discussion" (2002) 28 J. Legis. 379, p. 4 (Lexis Nexis).

<sup>18</sup> *Supra*, note 13, p. 4 (Lexis Nexis).

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Supra*, note 10, p. 7 (Lexis Nexis).

<sup>22</sup> *Supra*, note 4, p. 2 (Lexis Nexis).

### Clonage thérapeutique

En 1997, Ian Wilmut, du Roslin Institute à Édimbourg, Écosse, a réussi à cloner une brebis. Wilmut a utilisé la technique du transfert de noyaux de cellules somatiques pour créer « Dolly », la brebis clonée.

En février 2004, des scientifiques en Corée du Sud ont réussi à créer 30 embryons in vitro thérapeutiquement clonés, les ont menés au stade du blastocyste (5-6 jours) et ont prélevé une lignée de cellules souches pluripotentes<sup>23</sup>. Les scientifiques espèrent utiliser les cellules souches pour réparer les tissus endommagés et traiter diverses maladies<sup>24</sup>. Il s'agissait du premier clonage réussi d'embryons humains et c'était la première fois qu'on réussissait à les amener au stade où des cellules souches embryonnaires pouvaient être prélevées<sup>25</sup>.

Le clonage thérapeutique, parfois appelé transfert de noyaux de cellules somatiques, a recours au même processus que le clonage reproductif. Il comporte l'isolement d'une cellule somatique (du corps) d'un donneur, telle qu'une cellule de la peau, et l'enlèvement du noyau cellulaire. Le noyau est ensuite inséré dans un ovule humain donné dont on a retiré le noyau<sup>26</sup>. L'ovule est ensuite stimulé électriquement ou chimiquement pour commencer à se diviser et à se développer en un embryon<sup>27</sup>. Le noyau de l'embryon résultant contient maintenant uniquement le matériel génétique du donneur de cellules cutanées<sup>28</sup>.

On pourrait conclure que l'embryon résultant est un clone ou une réplique du donneur de cellules cutanées. Une telle conclusion est cependant discutable vu que le cytoplasme de l'ovule donné contient également dans ses mitochondries de l'ADN (de la donneuse de l'ovule), qui diffère de l'ADN du noyau de l'embryon (donné par le donneur de cellules cutanées), et il est ainsi peu probable que l'embryon cloné soit une réplique exacte du donneur de cellules cutanées.

Ce processus repose sur la prémisse scientifique que les cellules souches prélevées chez l'embryon in vitro cloné thérapeutiquement seraient compatibles avec les cellules du donneur de cellules cutanées; ainsi, toutes les cellules, tous les tissus ou organes créés à partir des cellules souches pourraient être transplantés chez le donneur sans crainte

d'un rejet par l'organisme. Les cellules, tissus ou organes créés sur mesure contiendraient les gènes du donneur de cellules cutanées et ne seraient pas ainsi attaqués ni détruits par le système immunitaire de cette personne<sup>29</sup>.

Il importe toutefois de noter qu'il n'y a pas de consensus concernant le problème de rejet ou la question de savoir si le transfert de noyaux de cellules somatiques constitue le processus le plus efficace pour résoudre ce problème. Même s'il y a un problème de rejet immunitaire associé aux cellules souches données, il peut y avoir d'autres solutions à ce problème qui ne nécessitent pas le recours à des embryons in vitro clonés thérapeutiquement<sup>30</sup>.

Certains scientifiques croient qu'avec les progrès de la recherche, il deviendra possible de stocker des lignées de cellules provenant d'embryons in vitro donnés ou encore du tissu fotal présentant des phénotypes du complexe majeur d'histocompatibilité bien définis<sup>31</sup>. Des banques de cellules souches pourraient être constituées et contenir des cellules souches de chaque type, à l'exemple du système de typage et de conservation du sang destiné à la transfusion, afin de fournir des cellules compatibles à ceux qui ont besoin d'une greffe de cellules souches. D'autres scientifiques pensent qu'il est possible de créer des lignées de cellules souches de donneurs universels en manipulant génétiquement les cellules souches de façon à réduire ou à contrer activement le rejet immunitaire<sup>32</sup>.

<sup>23</sup> The President's Council on Bioethics, "Reproduction & Responsibility: The Regulation of New Biotechnologies" (Pre-Publication Version) (Washington, D.C., March 2004), pp. 127-8.

<sup>24</sup> Canadian Broadcasting Services, "Scientists clone human embryos" (February 12, 2004). Internet : <http://www.cbc.ca/dgi-bin/templates/print.cgi?2004/02/12/clone04-212>.

<sup>25</sup> *Supra*, note 23, p. 128.

<sup>26</sup> *Supra*, note 4, p. 2 (Lexis Nexis).

<sup>27</sup> James J. McCartney, "Embryonic Stem Cell Research and Respect for Human Life: Philosophical and Legal Reflections" (2002) 65 Alb. L. Rev. 597, p. 3 (Lexis Nexis).

<sup>28</sup> *Supra*, note 4, p. 2 (Lexis Nexis).

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 2-3 (Lexis Nexis).

<sup>30</sup> Francoise Baylis, Témoignage devant le Comité sénatorial permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie, 26 février 2004.

<sup>31</sup> Déclaration de James Thomson, 2 décembre 1998. S. Hrg 105-939. Hearings before a subcommittee of the Committee on Appropriations United States: Senate. One Hundred fifth congress. Le terme « histocompatible » signifie que les tissus de différentes personnes seraient compatibles.

<sup>32</sup> Déclaration de John Gearhart, 2 décembre 1998. S. Hrg 105-939. Hearings before a subcommittee of the Committee on Appropriations United States: Senate. One Hundred fifth congress.

### Segmentation d'embryons

Au début des années 90, deux scientifiques ont réussi à utiliser la technique de la segmentation d'embryons pour produire quelques organismes génétiquement identiques à partir de blastomères d'embryons humains in vitro non viables. L'expérience avait des visées purement scientifiques sans qu'on ait en tête d'utiliser les embryons à des fins de procréation<sup>33</sup>.

En 1999, des scientifiques ont réussi à créer, par segmentation d'embryons, le premier primate non humain, un singe rhésus femelle appelé Tetra. Un embryon in vitro à huit cellules a été fractionné pour produire une série de quatre embryons identiques, constitués chacun de deux blastomères. Deux des blastomères ont été insérés dans des zones pellucides vides<sup>34</sup>, créant une série de quadruplés. Une paire des quadruplés a été transférée dans deux guenons porteuses fécondes et ces deux dernières sont devenues gravides. Tetra, née après 157 jours de gestation sans incident, est issue d'un des embryons transférés<sup>35</sup>.

Les scientifiques pourraient obtenir un certain nombre d'embryons humains in vitro à des fins de recherche en enlevant, au stade de quatre à 16 cellules, plusieurs blastomères d'un seul embryon in vitro donné<sup>36</sup>. Chaque blastomère serait en théorie capable de se développer en laboratoire en un embryon in vitro génétiquement identique.

### Parthénogenèse

Les scientifiques pourraient créer des embryons in vitro par parthénogenèse. Le terme « parthénogenèse » est dérivé de deux mots grecs signifiant « vierge » et « formation ». Ce processus consiste à exposer un ovule humain à un choc électrique ou à une stimulation chimique qui entraîne la division cellulaire et le développement de l'embryon, malgré l'absence de fécondation<sup>37</sup>. En biologie moderne, la parthénogenèse renvoie à une forme de reproduction où un ovule se développe en un nouvel individu sans avoir été fécondé<sup>38</sup>. Cette forme de reproduction survient naturellement chez certaines espèces d'insectes, comme les abeilles et les fourmis.

Les embryons in vitro créés par parthénogenèse seraient issus d'un ovule humain non fécondé. Ces embryons ne possèdent que le matériel génétique de la femelle et

risquent donc peu de se développer en un embryon in vitro susceptible de devenir un être humain.

En 2002, des chercheurs américains de la Wake Forest University School of Medicine, de la Mayo Clinic et d'Advanced Cell Technology Inc. ont annoncé qu'ils avaient produit une grande variété de cellules spécialisées, y compris des cellules du cœur et du cerveau, à partir de cellules souches embryonnaires de singe prélevées chez un embryon in vitro créé par parthénogenèse. Le Dr Varna, un des chercheurs, a déclaré que [TRADUCTION] « la parthénogenèse offre une nouvelle stratégie thérapeutique importante pour toute une gamme d'affections médicales »<sup>39</sup>.

## 4.4 Enjeux

Dans ce chapitre, les auteurs discutent de trois enjeux associés à la recherche scientifique. Tout d'abord, les chercheurs ont-ils un droit humain d'effectuer des recherches ou des enquêtes scientifiques? Deuxièmement, les individus ont-ils le droit de jouir des avantages et des applications du progrès scientifique? Enfin, l'objectif visé ou la méthode utilisée pour la création d'un embryon humain in vitro influent-ils sur son statut moral?

La discussion entourant chaque enjeu s'articule autour des cinq rubriques suivantes : 1) instruments internationaux et régionaux pertinents, 2) le droit dans d'autres pays, 3) le droit au Canada, 4) analyse et 5) conclusion.

<sup>33</sup> Sonia Le Bris and Marie Hirtle, "Ethical and Legal Aspects of Human Cloning: Comparative Approaches" in Bartha Maria Knoppers, ed., *Socio-Ethical Issues in Human Genetics* (Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998), p. 290.

<sup>34</sup> La « zone pellucide » est l'épaisse membrane transparente qui entoure l'ovule des mammifères avant la fécondation.

<sup>35</sup> A.W. S. Chan et al., "Clonal Propagation of Primate Offspring by Embryo Splitting" (2000) 287 *Science*, p. 317.

<sup>36</sup> *Supra*, note 33, p. 290.

<sup>37</sup> The President's Council on Bioethics, "Human Cloning and Human Dignity: An Ethical Inquiry" (Washington, July 10, 2002), p. 132. Internet : <http://www.bioethics.gov/report/cloningreport/fullreport-pring.html>.

<sup>38</sup> Sean Henahan, "Asexual Stem Cell Production" Access Excellence Science Updates (02/05/02) Internet : <http://www.accessexcellence.org/WN/SU/SU102001/parthenogenesis.html>, consulté le 7 avril 2004.

<sup>39</sup> Advanced Cell Technology, "Researchers Develop Primate Stem Cells Without Creating Viable Embryos" (January 31, 2002). Internet : <http://www.advanced-cell.com/2002-01-31.htm>, consulté le 7 avril 2004.

## 4.5 Question 1 : Existe-t-il un droit humain d'entreprendre une recherche scientifique?

Pour pouvoir entreprendre une recherche en vue d'obtenir et d'étudier des cellules souches embryonnaires, les scientifiques doivent avoir accès à des embryons in vitro. Le prélèvement de cellules souches embryonnaires chez un embryon humain in vitro entraîne la destruction de ce dernier. Pour les personnes et les pays qui considèrent que l'embryon in vitro est un être humain avec des droits reconnus par la loi, son utilisation et sa destruction aux fins de la recherche ne peuvent être justifiées. D'autres personnes et pays ont des visions différentes de l'embryon in vitro. Celui-ci est souvent considéré comme l'équivalent d'autres tissus humains ou comme étant *sui generis* et, même s'il mérite le respect, comme un sujet convenable pour la recherche médicale<sup>40</sup>.

Pour les personnes et pays de ce dernier groupe, la recherche qui fait appel aux embryons in vitro peut être acceptable aussi longtemps que certaines conditions sont respectées. Par exemple, au Royaume-Uni (R.-U.), la recherche sur les embryons in vitro est autorisée, mais seulement après l'obtention d'un permis de la Human Fertilisation and Embryology Authority (« HFE Authority ») et ne peut se faire que pendant les 14 premiers jours qui suivent la fécondation<sup>41</sup>. Le 14<sup>e</sup> jour a été choisi comme la limite maximale pour la recherche dans le *Warnock Report*<sup>42</sup> de 1985 au R.-U. vu qu'il s'agit du stade de développement qui précède immédiatement l'apparition de la ligne primitive (l'ébauche d'un système nerveux central) et le développement des trois feuillettes embryonnaires<sup>43</sup>.

Pour bien des gens, ces développements physiologiques montrent que l'embryon est maintenant un « individu unique » parce qu'il ne peut plus former des jumeaux<sup>44</sup>. Avant ce moment, l'embryon se scindait naturellement ou artificiellement pour produire des jumeaux identiques. Aux yeux de certains, jusqu'à ce point, l'embryon ne peut être considéré comme une « personne humaine » parce qu'il existe toujours la possibilité que l'embryon puisse former plus d'un individu de l'espèce humaine<sup>45</sup>.

Dans l'esprit d'autres, la ligne morale de démarcation proposée, soit la limite du 14<sup>e</sup> jour, est tout à fait arbitraire. Cette limite ou « quasi-interruption » dans

l'autogenèse d'un être humain en est venue cependant à être considérée comme le point de démarcation légitime dans d'autres pays, dont le Canada<sup>46</sup>.

Dans bien des pays, les embryons in vitro surnuméraires peuvent être donnés à des fins de recherche, y compris pour l'extraction de cellules souches embryonnaires. Certains scientifiques croient toutefois qu'à moins de pouvoir cloner thérapeutiquement un embryon in vitro comme source de cellules souches appariées génétiquement au donneur, ils ne pourraient effectuer des recherches essentielles sur certains traitements à visée curative et thérapeutique.

### 4.5.1 Instruments régionaux et internationaux

Les droits conférés dans la DUDH<sup>47</sup> ont influencé le PIRDESC<sup>48</sup> et le PIRDCP<sup>49</sup>. Il est prévu à l'article 19 du PIRDCP que :

1. Nul ne peut être inquiété pour ses *opinions*.
2. Toute personne a droit à la *liberté d'expression*; ce droit comprend la *liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce*, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.
3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et

<sup>40</sup> Voir le chapitre 2 pour une analyse plus approfondie du statut de l'embryon.

<sup>41</sup> Alinéa 3(3)a) de la *Human Embryology and Fertilisation Act 1990* (c.37).

<sup>42</sup> *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* (London: Her Majesty's Stationery Office, 1984) (ci-après appelé le *Warnock Report*).

<sup>43</sup> M. Warnock, *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology* (Oxford: Basil Blackwell, 1985).

<sup>44</sup> John A. Balint, "Ethical Issues in Stem Cell Research" (2002) 65 Alb. L. Rev. 729, p. 2 (Lexis Nexis).

<sup>45</sup> *Supra*, note 29, pp. 4-5 (Lexis Nexis).

<sup>46</sup> Matthew Herder, "The UK Model: Setting the Standard for Embryonic Stem Cell Research?" (2002) 10 Health L. Rev. No. 2, 14-24, p. 1 (Lexis Nexis).

<sup>47</sup> *Déclaration universelle des droits de l'homme*, AG Rés. 217 (III) GOAR, 3<sup>e</sup> sess., supp. n° 13, N.U. Doc. A/810 (1948), [ci-après DUDH].

<sup>48</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, le 16 décembre 1966, 993 R.T.N.-U. 3 (entrée en vigueur le 3 janvier 1976), [ci-après PIRDESC].

<sup>49</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le 19 décembre 1966, 999 R.T.N.-U. 171 (entrée en vigueur le 23 mars 1976), [ci-après PIRDCP].

des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :

- a. au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
- b. à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques. [soulignement ajouté]

Dans l'Observation Générale 10, le Comité des droits de l'homme (« CDH ») note que le paragraphe 2 de l'article 19 touche deux droits différents et interreliés, c.-à-d. le droit de « répandre des informations et des idées de toute espèce » mais encore la liberté de « rechercher » et de « recevoir » ces informations et ces idées « de toute espèce, sans considération de frontières » quel que soit le moyen utilisé par l'intéressé<sup>50</sup>.

L'Observation Générale 10 souligne que dans le paragraphe 3 de l'article 19 certaines restrictions doivent être fixées à l'exercice de la liberté d'expression. Ces restrictions sont imposées par l'État, doivent être prévues par la loi et doivent répondre à l'un des objectifs énoncés au paragraphe 3, c.-à-d. de respecter les droits ou la réputation d'autrui, et de sauvegarder la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques<sup>51</sup>.

Le paragraphe 15(3) du PIRDESC prescrit que :

- 4. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la *recherche scientifique* et aux activités créatrices. [soulignement ajouté]

Tel que noté au chapitre 1, le Canada est un État partie au PIRDCP et au PIRDESC.

La *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*<sup>52</sup> de l'UNESCO énonce les principes suivants aux articles 11 et 12 :

#### Article 11

Des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de *reproduction* d'êtres

humains, ne doivent pas être permises. Les États 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. [soulignement ajouté]

#### Article 12

- a. Chacun doit avoir accès aux progrès de la biologie, de la génétique et de la médecine concernant le génome humain, dans le respect de sa dignité et de ses droits.
- b. *La liberté de la recherche, qui est nécessaire aux progrès de la connaissance, procède de la liberté de pensée.* Les applications de la recherche, notamment celles en biologie, en génétique et en médecine, concernant le génome humain, doivent tendre à l'allègement de la souffrance et à l'amélioration de la santé de l'individu et de l'humanité tout entière. [soulignement ajouté]

L'article 11 des *Travaux préparatoires*<sup>53</sup> de la *Déclaration universelle* cite particulièrement le « clonage à des fins de reproduction d'êtres humains » comme un exemple d'activité contraire à la dignité humaine, mais ne fait pas allusion au clonage thérapeutique<sup>54</sup>. En ce qui concerne l'article 12, les *Travaux préparatoires* laissent entendre que l'alinéa a) réaffirme le droit de chacun à la jouissance des bienfaits procurés par le progrès scientifique. Cette remarque est également présente dans les deux textes les plus importants traitant des droits de l'homme, c.-à-d.,

<sup>50</sup> Observation Générale 10, article 19 (dix-neuvième session, 1983), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1 (1994).

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, le 11 novembre 1997, [ci-après *Déclaration universelle*]. Internet : [http://portal.unesco.org/shs/fr/ev/php@URL\\_ID=2228&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/shs/fr/ev/php@URL_ID=2228&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html). La *Déclaration universelle* a été sanctionnée unanimement lors de l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 septembre 1998.

<sup>53</sup> Comité d'experts gouvernementaux pour la mise au point d'une déclaration sur le génome humain à l'UNESCO, *Rapport final annexe I (B)* (Paris, le 25 juillet 1997) (BIO-97/CONF.201/6).

<sup>54</sup> *Ibid.*, alinéa 42.

la DUDH et le PIRDESC<sup>55</sup>. Les États doivent trouver un équilibre entre le droit à la jouissance des bienfaits procurés par le progrès scientifique et les droits des chercheurs à la propriété intellectuelle des résultats de recherche. De plus, les *Travaux préparatoires* démontrent que ce principe devrait être appliqué et mis en œuvre en fonction du matériel et des ressources humaines dont dispose l'État<sup>56</sup>.

Les *Travaux préparatoires* soulignent que l'alinéa 12b) reconnaît la liberté de pensée comme étant « indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices », mais que ce droit doit être perçu comme étant une conséquence directe du droit de chacun à la jouissance des bienfaits procurés par le progrès scientifique. En outre, les *Travaux préparatoires* renvoient à la *Recommandation concernant la condition des chercheurs scientifiques* de l'UNESCO, qui demande aux États membres de respecter « l'autonomie et la liberté de la recherche qui sont nécessaires au progrès scientifique<sup>57</sup> ».

La *Recommandation concernant la condition des chercheurs scientifiques*<sup>58</sup> de l'UNESCO a été adoptée lors de la conférence générale le 20 novembre 1974. Sous la rubrique *L'aspect civique et éthique de la recherche scientifique*, le document énonce que les États membres devraient s'efforcer de promouvoir des conditions permettant aux chercheurs scientifiques d'avoir le droit « de travailler dans un esprit de liberté intellectuelle à rechercher, expliquer — et défendre la vérité scientifique telle qu'ils la perçoivent<sup>59</sup> ».

Le principe 37 recommande aux États membres d'encourager les employeurs de chercheurs scientifiques à laisser ces chercheurs publier librement les résultats de leurs travaux. Les restrictions apportées aux droits des chercheurs scientifiques de publier les résultats de leurs travaux doivent être réduites le plus possible<sup>60</sup>.

La *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*<sup>61</sup> du Conseil de l'Europe (« Convention ») stipule que :

#### Article 15 — Règle générale

La recherche scientifique dans le domaine de la biologie et de la médecine s'exerce librement sous réserve des

dispositions de la présente Convention et des autres dispositions juridiques qui assurent la protection de l'être humain. [soulignement ajouté]

#### Article 18 — Recherche sur les embryons in vitro

1. Lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon.
2. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite.

Le *Rapport explicatif de la Convention*<sup>62</sup> laisse entendre qu'en ce qui concerne l'article 15, la liberté de la recherche scientifique ne se fonde pas uniquement sur le droit humain de savoir, mais également sur les progrès considérables que ses résultats peuvent permettre de réaliser en matière de santé et de bien-être des patients<sup>63</sup>. Le paragraphe 96 note, quant à lui, que cette liberté n'est pas absolue. Dans le contexte de la recherche médicale, celle-ci a pour limites les droits fondamentaux de la personne, notamment énoncés dans les dispositions de la Convention, et d'autres notions juridiques comme la dignité humaine, agissent comme moyen de contrôle de la conduite des scientifiques et de la liberté de recherche<sup>64</sup>.

En ce qui concerne l'article 18 du *Rapport explicatif*, le paragraphe 1 souligne l'importance, pour les pays permettant la recherche sur les embryons in vitro, de prévoir une

<sup>55</sup> *Ibid.*, alinéa 43.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*, alinéa 44.

<sup>58</sup> *Recommandation concernant la condition des chercheurs scientifiques*, UNESCO. Internet : [http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL\\_ID=13131&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION](http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13131&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION).

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*, (STE n° 164) Oviedo, 4.IV.1997.

<sup>62</sup> *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Rapport explicatif de la Convention sur les Droits de l'Homme et de la biomédecine*. Internet : <http://conventions.coe.int/Treaty/Fr/Treaties/Htm1/164.htm>.

<sup>63</sup> *Ibid.*, par. 95.

<sup>64</sup> *Ibid.*, par. 96.

protection législative adéquate de l'embryon<sup>65</sup>. Bien que la *Convention* ne prenne pas position sur la recherche utilisant les embryons, le deuxième paragraphe interdit expressément la création d'embryons humains aux fins de la recherche<sup>66</sup>.

En 1998, le Conseil de l'Europe a diffusé un changement à sa Convention, intitulé « *Protocole additionnel à la Convention portant interdiction du clonage d'êtres humains*<sup>67</sup> » (« *Protocole* »). L'article 1 interdit toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre humain. Le *Rapport explicatif du Protocole* propose « de distinguer trois situations : le clonage des cellules en tant que technique, l'utilisation des cellules embryonnaires dans les techniques de clonage et le clonage d'êtres humains au moyen de techniques de division embryonnaire ou de clonage thérapeutique<sup>68</sup> ».

Selon le *Rapport explicatif*, le *Protocole* ne vise pas à interdire le clonage des cellules et des tissus aux fins de recherche dans le but de mettre au point des applications médicales. En fait, le *Rapport explicatif* énonce que :

[...] Le clonage en tant que technique biomédicale est un important outil du développement de la médecine, en particulier pour le développement de nouvelles thérapies. Les dispositions du présent protocole ne doivent pas être interprétées comme une interdiction de techniques de clonage en biologie cellulaire<sup>69</sup>.

Le *Protocole* interdit clairement le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains. Plutôt que d'interdire expressément le clonage thérapeutique pour des fins de recherche, il souligne plutôt que ce processus est un outil important pour la recherche médicale. Comme il a été noté au chapitre 3, bien que le Canada ne soit pas membre du Conseil de l'Europe, il possède le statut d'observateur. Dans l'éventualité d'un litige au Canada, les tribunaux peuvent être priés de se reporter à la *Convention* et au *Protocole* pour des exemples sur la manière dont les pays d'Europe traitent de ces questions.

En 2000, l'Union européenne a adopté la *Charte des droits fondamentaux*<sup>70</sup> (« *Charte européenne* »). L'article 10 traite de la liberté de pensée. L'article 11 traite de la liberté d'expression, notamment le droit à la liberté d'opinion

et à la liberté de communiquer des informations et des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières<sup>71</sup>. L'article 13 prévoit que la « recherche scientifique est libre »<sup>72</sup>. Le préambule précise que la jouissance de ces droits protégés par la *Charte européenne* entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures<sup>73</sup>.

#### 4.5.1.1 Conclusion

De tous les instruments régionaux et internationaux mentionnés plus haut, le PIRDCP et le PIRDESC sont les seuls qui ont force de loi au Canada. Alors que les instruments de l'UNESCO et que la Convention européenne n'ont pas de force exécutoire ici, les tribunaux canadiens peuvent s'y référer pour faciliter l'interprétation de notre *Charte* et de nos lois nationales. Les tribunaux font couramment abstraction des distinctions de principe entre les instruments internationaux juridiquement contraignants ou non, mais semblent s'y référer de manière ponctuelle pour fins d'interprétation.

#### 4.5.2 La législation dans d'autres pays

Les lois des États-Unis (« É.-U. ») et du Royaume-Uni (« R.-U. ») qui peuvent avoir une incidence sur les droits des chercheurs sont présentées ci-après.

<sup>65</sup> *Ibid.*, par. 115.

<sup>66</sup> *Ibid.*, par. 116.

<sup>67</sup> *Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains* (STE n° 168) (Paris, 12.I.1998) (<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/168.htm>).

<sup>68</sup> *Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine portant interdiction du clonage d'êtres humains*, « Rapport explicatif » (STE n° 168). Internet : <http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/ta97/eopi202.htm>; <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/168.htm>.

<sup>69</sup> *Ibid.*, par. 4.

<sup>70</sup> *Charte des droits fondamentaux* de l'Union européenne. Internet : [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/unit/charte/fr/charter-preamble.html](http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/fr/charter-preamble.html).

<sup>71</sup> *Ibid.*, article 11.

<sup>72</sup> *Ibid.*, article 13.

<sup>73</sup> *Ibid.*, Préambule.

## Les États-Unis

Bien que la législation fédérale n'interdise pas expressément la recherche sur des embryons in vitro, des lois interdisent le financement fédéral de certaines activités de recherche. En 1997, le président Clinton a émis une directive présidentielle interdisant le financement fédéral du clonage humain par toute agence fédérale<sup>74</sup>. En 1998, le président a publié un énoncé de politique administrative appuyant le changement d'un projet de loi du Sénat sur le clonage qui interdisait le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains, mais qui permettait le clonage thérapeutique dans le but d'obtenir des cellules souches embryonnaires. L'énoncé n'a cependant pas eu l'effet ni la force de la directive de 1997<sup>75</sup>.

Le 9 août 2001, le président Bush a annoncé que le financement fédéral ne serait disponible que pour les recherches utilisant des cellules souches embryonnaires ayant été créées préalablement à cette date. Cette décision signifiait que les fonds fédéraux ne seraient pas disponibles pour créer de nouvelles lignes de cellules souches embryonnaires<sup>76</sup>. Cette restriction a créé des problèmes aux chercheurs américains. En date du 14 mars 2004, il y avait 78 lignes de cellules souches embryonnaires approuvées pour l'obtention d'un financement fédéral. Des préoccupations touchant la valeur limitée de ces cellules souches ont fait surface puisque ces cellules avaient été cultivées sur des cellules nourricières de souris et contaminées par celles-ci, ce qui limitait leur utilité éventuelle dans des thérapies chez les humains<sup>77</sup>. Si ces cellules étaient destinées à être transférées chez les humains, elles allaient devoir être traitées comme un xéno greffon<sup>78</sup>.

Bien qu'il existe certaines restrictions quant au financement fédéral pour la recherche sur les cellules souches embryonnaires aux États-Unis, aucune législation fédérale n'interdit le clonage à des fins thérapeutiques, la technique de segmentation d'embryons ni parthénogenèse, dans le but d'obtenir des cellules souches embryonnaires. En février 2003, la Chambre des représentants des États-Unis a adopté la *Human Cloning Prohibition Act*<sup>79</sup>. Cette dernière interdisait le clonage humain, tant pour des fins de reproduction que pour des fins thérapeutiques. Au même moment, le projet de loi S. 245 a été présenté au Sénat et renvoyé au Comité sénatorial de la santé, de

l'éducation, du travail et des pensions<sup>80</sup>. Au moment d'aller sous presse, il n'était toujours pas clair si le nombre de votes au Sénat allait suffire à l'adoption de la S. 245<sup>81</sup>.

Il existe certaines lois au niveau des États. En 1997, la Californie a adopté une loi interdisant toute forme de clonage. Depuis, le Rhode Island, la Virginie et le New Jersey ont voté une loi semblable. L'Arkansas, l'Iowa, le Michigan, la Louisiane et le Dakota du Nord ont une loi en place interdisant le clonage à des fins de reproduction et à des fins thérapeutiques<sup>82</sup>.

En 2002, la Californie a quelque peu relâché sa position et a adopté une nouvelle loi faisant la promotion de la recherche sur les cellules souches, notamment la recherche sur les cellules souches provenant d'embryons in vitro obtenus par clonage thérapeutique<sup>83</sup>. Le New Jersey lui a récemment emboîté le pas en adoptant une loi permettant le clonage thérapeutique dans le but d'obtenir des cellules souches embryonnaires pour des fins de recherche<sup>84</sup>. La loi du New Jersey permet la recherche comportant l'obtention et l'utilisation de cellules souches embryonnaires humaines, de cellules germinales et de

<sup>74</sup> *Supra*, note 10, p. 37.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> Randall Chase, "Lawmakers want to ease stem cell research restrictions", U.S.A. Today (Le 8 mars 2004). Internet : [http://www.usatoday.com/tech/news/techpolicy/2004/03/08-stem-cell-petition\\_x.htm](http://www.usatoday.com/tech/news/techpolicy/2004/03/08-stem-cell-petition_x.htm).

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> NIH Human Embryonic Stem Cell Registry. Internet : <http://stemcells.nih.gov/registry/index.asp> Online. Consulté en mars 2004.

<sup>79</sup> *The Human Cloning Prohibition Act* 2003 (HR 534). Internet : <http://www.humaneventsonline.com/article.php?id=2117>.

<sup>80</sup> Office of Legislative Policy and Analysis, "Legislative Updates" (Le 9 mars 2004). Il s'agit du même projet de loi renuméroté et introduit au Sénat. Internet : <http://olpa.od.nih.gov/legislation/108/pendinglegislation/cloning1.asp>.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> National conference of State Legislatures, "State Human Cloning Laws" (Mise à jour : le 6 janvier 2004). Internet : <http://www.ncls.org/programs/health/Genetics/rt-schl.htm>.

<sup>83</sup> Suzanne H. Rhodes, "The Difficulty of Regulating Reproductive and Therapeutic Cloning: Can the United States Learn Anything from the Laws of Other Countries?" (2003) 21 Penn. Leg. Int. L. Rev. 341, p. 2 (Lexis Nexis).

<sup>84</sup> Gouverneur James E. McGreevey, Communiqué, "McGreevey Signs Landmark Stem Cell Research Act" (Le 4 janvier 2004); Bionews, "New Jersey 2nd US state to promote stem cell research" (Le 12 janvier 2004). Internet : <http://www.bionews.org.uk/nes.lasso?storyid=1938>. Le vote sur un projet de loi semblable est prévu dans l'État de l'Illinois, alors que les États de New York et du Massachusetts étudient actuellement la possibilité d'adopter une législation semblable.

cellules souches adultes provenant de n'importe quelle source, y compris d'embryons in vitro résultant d'un clonage thérapeutique<sup>85</sup>.

### La Constitution américaine

Bien qu'aucune référence particulière ne soit faite dans la *Constitution des États-Unis* au droit à la recherche scientifique, ce droit demeure un principe très valorisé aux États-Unis. Les théories scientifiques ont toujours été protégées par l'éthos américain en raison de [TRADUCTION] « l'inviolabilité de la connaissance et la valeur de la liberté intellectuelle<sup>86</sup> ».

Dans la *Déclaration des droits* américaine, le droit à la liberté d'expression du premier amendement et le droit à la liberté personnelle du quatorzième amendement sont considérés par certains comme englobant le droit à la recherche scientifique protégé par la Constitution<sup>87</sup>. La Cour suprême des États-Unis n'a pas encore eu l'occasion de déterminer si ces droits comprennent un droit à la recherche et si tel est le cas, quelle serait la portée de ce droit. Le premier amendement prévoit :

[TRADUCTION]

Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre<sup>88</sup>.

La section pertinente du quatorzième amendement prévoit :

[TRADUCTION]

Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière; ni ne refusera une égale protection des lois à quiconque relève de sa juridiction<sup>89</sup>.

### Jurisprudence

Dans *Branzburg c. Hayes*<sup>90</sup> (« *Branzburg* »), la Cour suprême des États-Unis a étendu la protection du premier amendement à la collecte d'information comme étape préalable à l'expression<sup>91</sup>. La Cour a ajouté que le rôle informatif de la presse est également joué par les conférenciers, les sondes politiques, les romanciers, les chercheurs universitaires et les dramaturges<sup>92</sup>.

Dans *Buckley c. Valeo*<sup>93</sup> (« *Buckley* »), la Cour suprême des États-Unis a interprété largement la liberté d'expression du premier amendement afin d'englober et de protéger le fait de contribuer financièrement à un discours politique, notamment le don d'argent à un candidat particulier, puisque cette démarche englobe symboliquement une expression d'appui<sup>94</sup>. Dans *Meyer c. Nebraska*<sup>95</sup>, la Cour a maintenu que le droit à la liberté du quatorzième amendement englobait la liberté d' [TRADUCTION] « acquérir des connaissances utiles... généralement dans le but de profiter de ces privilèges depuis longtemps reconnus par la common law comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres<sup>96</sup> ».

### Résumé

La jurisprudence relative à la *Déclaration américaine des droits*, bien que ne traitant pas particulièrement du droit à la recherche scientifique, semble indiquer que la liberté d'expression englobe les droits à l'information ou à la communication (*Branzburg, supra*) et les activités physiques associées à l'expression (*Buckley, supra*).

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Working Group on Reproductive Technologies, "Symposium on Cloning: Cloning Position Paper of the IIT Institute for Science, Law and Technology" (Hiver, 1998) 8 S. Cal. Interdis. R.J. 87, p. 2 (Lexis Nexis).

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 2 (Lexis Nexis); Lori B. Andrews, "Is there a Right to Clone? Constitutional Challenges to Bans on Human Cloning" (Été 1998) 11 Harv. J. Droit et techno. 643, p. 9 (Lexis Nexis).

<sup>88</sup> *Constitution des États-Unis, Déclaration des droits*, premier amendement. Internet : <http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.billofrights.html>. Version française : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787a.htm>

<sup>89</sup> *Ibid.* (quatorzième amendement).

<sup>90</sup> *Branzburg c. Hayes et al.*, 408 U.S. 665; 92 S. Ct. 2646; 33 L. Tir. lim. 626 (Cour suprême des États-Unis).

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 681-2.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 705.

<sup>93</sup> *Buckley c. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976) (Cour suprême des États-Unis).

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 1218.

<sup>95</sup> *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) (Cour suprême des États-Unis).

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 399.

## Le Royaume-Uni

En 2000, le *Rapport Donaldson*<sup>97</sup> a été déposé au Parlement. Il contenait les résultats de recherches d'un groupe d'experts qui avait reçu du gouvernement le mandat d'examiner et d'évaluer les avantages et les risques anticipés de la recherche ainsi que les nouveaux domaines possibles de recherche sur les embryons humains, et de conseiller le gouvernement quant au bien-fondé de permettre ou non de telles recherches<sup>98</sup>.

La première recommandation du *Rapport Donaldson* proposait l'autorisation de la recherche faisant appel à des embryons in vitro, surnuméraires, créés par clonage thérapeutique ou par fécondation, qui serait assujettie aux contrôles prévus dans la *Human Fertilization Embryology Act*<sup>99</sup>. Le *Rapport Donaldson* faisait valoir que le clonage thérapeutique d'embryons à des fins de recherche suscite des préoccupations d'ordre éthique chez de nombreuses personnes au Royaume-Uni. Le groupe d'experts a affirmé que les avantages possibles de la recherche à l'aide d'embryons clonés visant à extraire des cellules souches pour traiter un certain nombre de troubles dégénératifs l'emportent sur les préoccupations d'ordre éthique. D'autant plus que toutes les recherches seraient soumises à certaines conditions, à des contrôles serrés ainsi qu'à la surveillance de la HFE Authority.

En 2001, la Chambre des communes a adopté les règlements d'exécution de la *HFE Act* permettant le clonage thérapeutique des embryons in vitro dans le but d'extraire des cellules souches à des fins de recherche. Ce vote controversé avait été retardé jusqu'à ce qu'une Haute Cour rende une décision à propos de la contestation des règlements par la ProLife Alliance<sup>100</sup>.

La ProLife Alliance avait demandé un contrôle judiciaire de la réglementation de la HFE, particulièrement en ce qui a trait à la définition d'embryon conformément à la *HFE Act* qui ne devrait pas inclure les embryons clonés puisqu'ils ne sont pas créés par reproduction. Si tel était le cas, la HFE Authority ne pourrait pas délivrer de permis autorisant le clonage thérapeutique et le prélèvement de cellules souches aux fins de la recherche. La Haute Cour s'est rendue à l'argumentation de la ProLife Alliance<sup>101</sup>.

Le gouvernement a interjeté appel et la Cour d'appel a renversé le jugement de la Haute Cour, en statuant une intention du législateur d'inclure les embryons clonés dans la définition. En 2003, la HFE Authority a délivré son premier permis à l'Institut Roslin, permettant la dérivation de cellules souches à partir d'embryons humains in vitro<sup>102</sup>.

## 4.5.3 Le droit au Canada

Au Canada, aucune législation ne donne aux chercheurs le droit à l'information ou à la recherche. Les documents d'orientation mentionnent les principes éthiques que les chercheurs doivent suivre dans le but d'obtenir un financement fédéral, mais aucune disposition dans les documents n'évoque un droit à la recherche.

### Rapport de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction

Dans son rapport de 1993, intitulé *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction* (« Rapport final »), la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction avait inclus une analyse de la recherche sur les embryons humains. (Le terme « zygotes » est utilisé par la Commission<sup>103</sup>.) On y fait brièvement référence aux cellules souches embryonnaires sous la rubrique « Orientations futures de la recherche sur l'embryon<sup>104</sup> ». La Commission royale ajoute que l'étude des cellules souches embryonnaires pourrait accroître nos connaissances sur la division cellulaire, ce qui pourrait aider les chercheurs à comprendre certaines maladies, comme le cancer<sup>105</sup>. Le peu d'attention

<sup>97</sup> Ministère de la Santé du R.-U., *Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility* (Londres : ministère de la Santé, 2000). [ci-après nommé *Rapport Donaldson*].

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>100</sup> D<sup>e</sup> Kirsty Horsey, "IVF after 25 years: A history of regulation", *Bionews* (Le 11 juillet 2003). Internet : <http://www.bionews.org.uk/home.lasso>.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Juliet Tizzard, "Confusion over cloning", *Bionews* (Le 10 juin 2003). Internet : <http://www.bionews.org.uk/home.lasso>.

<sup>103</sup> Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles technologies de reproduction* (Ottawa : ministre de Services gouvernementaux Canada, 1993), p. 683. Voir chapitres 2 et 3 pour les détails des discussions du rapport final de la Commission royale.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 696.

<sup>105</sup> *Ibid.*

portée aux cellules souches embryonnaires est probablement dû au fait qu'elles ont été prélevées avec succès chez des embryons in vitro et cultivées en 1998, bien après la rédaction du Rapport final<sup>106</sup>.

Cependant, le Rapport final propose plusieurs recommandations générales en ce qui concerne la recherche à l'aide d'embryons in vitro. Par exemple, la Commission royale a recommandé que la recherche portant sur les embryons soit limitée aux 14 premiers jours de développement et qu'un embryon in vitro ne soit pas utilisé pour fins de recherche si le fournisseur de gamètes n'a pas d'abord donné son autorisation<sup>107</sup>. En ce qui concerne le clonage, le rapport final fait état au chapitre 22 des préoccupations soulevées lors des consultations publiques qui portaient sur le risque que les techniques de clonage soient utilisées dans l'avenir pour créer des humains<sup>108</sup>.

### Énoncé de politique des trois Conseils

En 1998, les trois Conseils subventionnaires du Canada<sup>109</sup> ont publié leur énoncé de politique, *l'Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*<sup>110</sup> (« EPTC »). L'EPTC énonce les principes éthiques auxquels les chercheurs et les établissements de recherche doivent se conformer afin de recevoir un financement du gouvernement.

Dans l'EPTC, la clé de voûte de la recherche avec les êtres humains est le respect de la dignité humaine, qui constitue le fondement des obligations éthiques dans la recherche<sup>111</sup>. La section 9 présente les normes et les critères que les chercheurs doivent respecter lorsqu'ils effectuent des recherches sur les embryons humains. Par exemple, la règle 9.4 précise qu'il est inacceptable de créer des embryons humains uniquement à des fins de recherche. La règle 9.4a) énonce que la recherche effectuée sur les embryons in vitro créés à des fins de reproduction est acceptable sur le plan éthique tant et aussi longtemps que les personnes qui ont fourni les gamètes pour créer les embryons, ont donné leur consentement libre et éclairé et sans qu'il n'y ait eu de transactions commerciales ni d'échange de services<sup>112</sup>. La règle 9.5 précise qu'il est inacceptable d'entreprendre toute recherche entraînant le clonage d'êtres humains, y compris le clonage thérapeutique<sup>113</sup>.

### Les Instituts de recherche en santé du Canada

Les Instituts de recherche en santé du Canada (« IRSC »), organisme fédéral responsable du financement de la recherche en santé, a rendu publiques des lignes directrices pour la recherche sur les cellules souches intitulées *La recherche sur les cellules souches pluripotentes humaines au Canada : Lignes directrices pour la recherche financée par l'IRSC*<sup>114</sup> (« Lignes directrices »). Ces lignes directrices sont entrées en vigueur le 4 mars 2002. Elles énoncent les conditions selon lesquelles l'IRSC financera la recherche sur les cellules souches, en plus des types de recherche qui ne seront pas admissibles au financement<sup>115</sup>.

L'article 1 des lignes directrices précise que l'EPTC s'applique à toute recherche ou institution qui reçoit un financement de l'IRSC<sup>116</sup>. L'article 4 précise qu'un Comité national d'évaluation de la recherche sur les cellules souches devrait être établi pour qu'il puisse procéder à l'évaluation éthique de tous les projets de recherche touchant les cellules souches. Pour être admissibles à un financement, les propositions de recherche sur les cellules souches devront être approuvées par ce Comité<sup>117</sup>. L'article 5 énonce que l'IRSC devrait établir un registre national des cellules souches constitué de toutes les lignées

<sup>106</sup> Thomson JA, J. Itskovitz-Eldor, SS Shapiro, MA Waknitz, JJ Swiergiel, VS Marshall et JM Jones, "Embryonic Stem Cell Lines Derived from Human Blastocysts", *Sciences* 1998 : 282 : 1445-1147.

<sup>107</sup> *Supra*, note 103 (recommandations 183 et 186).

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 608.

<sup>109</sup> Les trois Conseils de financement sont le Conseil de recherches médicales du Canada, le Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada et le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. En 2000, les Instituts de recherche en santé du Canada ont remplacé le Conseil de recherches médicales.

<sup>110</sup> *L'énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998) (Mises à jour 2000, 2002). Internet : <http://www.pre.ethics.gc.ca/francais/policystatement/policystatement.cfm>.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. i.5.

<sup>112</sup> *Ibid.*, règle 9.2.

<sup>113</sup> *Ibid.*, règle 9.3.

<sup>114</sup> Instituts de recherche en santé du Canada, *Recherche sur les cellules souches pluripotentes humaines : Recommandations pour les recherches subventionnées par IRSC* (en vigueur à partir du 4 mars 2002). Internet : <http://www.cihr-irsc.gc.ca/fi/1487.html> Ces lignes directrices n'ont pas force de loi et ne résultent pas de l'« établissement de règles », mais elles s'appliquent à toutes les recherches sur les cellules souches pluripotentes humaines financées par l'IRSC, et de ce fait touchent toutes les recherches avancées au Canada.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 3.

de cellules souches embryonnaires humaines obtenues à l'aide de fonds de recherche provenant de l'IRSC<sup>118</sup>.

L'article 7.1 offre une liste des activités de recherche qui sont admissibles au financement de l'IRSC. Les recherches menées dans le but d'isoler et d'étudier des lignées de cellules souches embryonnaires seront admissibles au financement, sous réserve que les embryons utilisés aient été créés à l'origine à des fins de reproduction, qu'ils soient devenus surnuméraires et qu'ils aient été donnés pour fins de recherche<sup>119</sup>.

L'article 7.4 contient une liste des activités de recherche qui ne seront pas financées. Les recherches visant la création d'un embryon in vitro uniquement dans le but d'isoler les cellules souches et les recherches portant sur le clonage thérapeutique ne seront pas admissibles au financement<sup>120</sup>.

Il est important de noter que ni l'EPTC ni les lignes directrices ne s'appliquent aux recherches financées par le secteur privé au Canada. Seules les recherches financées par le gouvernement doivent se conformer à ces principes.

### La Loi sur la procréation assistée

Certains articles de la *Loi sur la procréation assistée*<sup>121</sup> (la « Loi ») sont entrés en vigueur le 22 avril 2004, dont la majorité des interdictions, y compris l'interdiction du clonage in vitro d'embryons et de la conception in vitro d'embryons à des fins de recherche (alinéas 5(1)a) et b) de la Loi). Toute infraction à ces interdictions pourrait entraîner des sanctions pénales établies en vertu de la compétence législative fédérale en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les alinéas 5(1)a) et b) de la Loi déclarent :

5. (1) Nul ne peut, sciemment :
  - a. créer un clone humain par quelque technique que ce soit, ou le transplanter dans un être humain, une autre forme de vie ou un dispositif artificiel;

- b. créer un embryon in vitro à des fins autres que la création d'un être humain ou que l'apprentissage ou l'amélioration des techniques de procréation assistée.

L'article 60 de la Loi déclare:

60. Quiconque contrevient à l'un ou l'autre des articles 5 à 9 commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :
  - a. par mise en accusation, une amende maximale de 500 000 \$ et un emprisonnement maximal de dix ans, ou l'une de ces peines;
  - b. par procédure sommaire, une amende maximale de 250 000 \$ et un emprisonnement maximal de quatre ans, ou l'une de ces peines.

L'alinéa 5(1)b) prévoit une exception très spécifique à l'interdiction de la conception in vitro d'embryons à des fins de recherche. Il permet la conception in vitro d'embryons dans le cadre de recherches visant à améliorer les techniques de procréation assistée (« PA ») afin de mieux préserver la santé et la sécurité des patientes et des embryons.

La Loi permet la recherche sur les embryons in vitro surnuméraires, incluant la dérivation de cellules souches embryonnaires. Les chercheurs devront recevoir l'autorisation préalable de la future Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée (« l'Agence »), qui devra être convaincue de la nécessité de l'usage d'embryons in vitro humains pour le projet de recherche proposé (art. 40(2) de la Loi).

La Loi interdit le clonage à des fins thérapeutiques ou la segmentation d'embryons, mais elle est muette au sujet de la recherche sur les cellules souches provenant de ces embryons. Ce type de recherche déborde le champ

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>121</sup> *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*. 3<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature, 52-53 Elizabeth II, 2004 (adoptée le 12 mars 2004, certains articles proclamés en vigueur le 22 avril 2004). Internet : <http://www.parl.gc.ca>.

d'application de la Loi qui porte principalement sur la procréation assistée.

Tel que mentionné plus tôt, les lignes directrices des IRSC soulignent que seule la recherche sur les cellules souches provenant d'embryons in vitro surnuméraires aura droit au financement du gouvernement fédéral. Il convient cependant de noter que les lignes directrices des IRSC n'ont pas force de loi. Elles suggèrent plutôt des critères que les chercheurs devront respecter pour recevoir des fonds du gouvernement. Les recherches financées principalement par le privé n'ont pas à se plier à ces lignes directrices.

### La Charte canadienne des droits et libertés

La *Charte canadienne des droits et libertés* (« Charte ») garantit la liberté d'expression. L'alinéa 2b) de la *Charte* déclare :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :
  - b. liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Les droits et libertés prévus par la *Charte* ne sont pas absolus. L'État peut les restreindre, à condition que la justification de ces restrictions puisse être démontrée dans une société libre et démocratique. L'article 1 de la *Charte* déclare :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

### Jurisprudence

Voici un aperçu de quelques précédents majeurs portant sur la liberté d'expression telle qu'énoncée à l'alinéa 2b) de la *Charte*. Ces précédents seraient pertinents si l'on demandait aux tribunaux de trancher la question de la portée de la *Charte* en matière de droit à la recherche.

Dans *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)* (« *Irwin Toy* »)<sup>122</sup>, on a entre autres demandé à la Cour suprême du Canada de décider si l'interdiction de la publicité destinée aux personnes de moins de 13 ans énoncée par la loi du Québec constituait une enfreinte à l'alinéa 2b) de la *Charte*. La majorité de la Cour a soutenu que, bien que la loi limite en effet la liberté d'expression, cette limitation est justifiée par le gouvernement en vertu de l'article 1 de la *Charte*<sup>123</sup>.

Dans cette décision, la majorité de la Cour fait le commentaire suivant concernant la liberté d'expression :

« L'expression » possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. *L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification.* Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution [...] pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est [...] « fondamentale » parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu. [...] pour le juge Rand de la Cour suprême du Canada, elle était « tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu » [...] Et comme la Cour européenne l'affirmait [...] la liberté d'expression [...] vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique »<sup>124</sup>. [Soulignement ajouté]

<sup>122</sup> *Irwin Toy c. Québec (Procureur Général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

<sup>123</sup> *Ibid.*, pp. 979 et 1000.

<sup>124</sup> *Ibid.*, pp. 968-969

La majorité a aussi indiqué que la liberté d'expression doit toujours recevoir une interprétation large et libérale<sup>125</sup>. Toute activité transmettant ou tentant de transmettre un message de façon non violente relève du champ des activités protégées par la *Charte*<sup>126</sup>.

Dans *R. c. Butler* (« *Butler* »)<sup>127</sup>, l'intimé était accusé de plusieurs chefs liés à la possession de matériel obscène en vue de la distribution ou de la vente en vertu du *Code criminel*. On a demandé à la Cour suprême du Canada de déterminer si certaines représentations écrites et vidéo d'activités sexuelles mises en vente et en location au commerce de M. Butler étaient considérées « obscènes » selon la définition du *Code criminel*. M. Butler a allégué que la disposition du *Code criminel* brimait sa liberté d'expression garantie par la *Charte*<sup>128</sup>.

Le juge de première instance a conclu que le matériel obscène bénéficiait de la garantie de protection de la liberté d'expression prévue par l'alinéa 2b) de la *Charte*. Le juge a condamné Butler pour certains chefs d'accusation et l'a acquitté pour d'autres. La Couronne a interjeté appel de cette décision. La Cour d'appel a accueilli cet appel et déclaré Butler coupable relativement à tous les chefs d'accusation. La Cour a conclu en majorité que le matériel en question sortait du champ de protection de la *Charte* puisqu'il dépeignait une activité « purement physique » et comportait une exploitation et une dégradation indues de la sexualité humaine<sup>129</sup>. Butler a fait appel de cette décision. La Cour suprême a soutenu que la Cour d'appel avait erré en concluant que le matériel en question sortait du champ de protection de l'alinéa 2b) de la *Charte* parce qu'il dépeignait une activité purement physique. La Cour suprême a déclaré que bien que le sujet du matériel en question soit physique, « cela ne signifie pas que ce matériel ne transmet ni ne tente de transmettre aucune signification de manière à être dénué de contenu expressif »<sup>130</sup>. La Cour a fait référence au cas *Irwin Toy, supra*, où on avance comme exemple que l'acte purement physique de stationner une voiture pourrait communiquer un message. Dans ce cas, la Cour conclut que l'acte de garer une voiture pourrait être une forme de protestation contre une méthode injuste de répartition des places de stationnement et alors transmettre un message<sup>131</sup>. En accueillant l'appel de Butler, la Cour suprême a noté qu'une activité ne peut pas être exclue du

champ de protection de la liberté en raison de son contenu ou du message transmis<sup>132</sup>. La Cour a aussi déclaré que « le contenu d'une déclaration ne peut la priver de la protection de l'al. 2b), si offensant qu'il puisse être »<sup>133</sup>.

Dans *R. c. Keegstra* (« *Keegstra* »)<sup>134</sup>, la Cour suprême du Canada a dû décider si la disposition du *Code criminel* interdisant la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables allait à l'encontre de la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte*. L'intimé, un professeur au secondaire, enseignait à ses élèves que les juifs « avaient inventé l'Holocauste pour s'attirer de la sympathie » et qu'ils étaient « sournois, dissimulateurs et foncièrement mauvais ». Ses étudiants devaient reproduire ces opinions dans leurs travaux et leurs examens s'ils ne voulaient pas que leurs notes en souffrent<sup>135</sup>.

La Cour suprême a en majorité admis que la disposition du *Code criminel* brimait la liberté d'expression. La majorité a déclaré que « le mot "expression" à l'al. 2b) de la *Charte* vise tout contenu de l'expression, sans égard au sens ou au message particulier que l'on cherche à transmettre »<sup>136</sup>. Elle a soutenu que puisque la disposition législative interdit certaines communications qui transmettent un message, en l'occurrence des communications faites pour promouvoir la haine contre les juifs, elle portait atteinte au droit de Keegstra à la liberté d'expression garanti par la *Charte*<sup>137</sup>. Cependant, puisque cette atteinte a été justifiée par le gouvernement en vertu de l'article 1 de la *Charte*, on a déclaré constitutionnelle la disposition du *Code criminel*<sup>138</sup>.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 970.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 931.

<sup>127</sup> *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.;

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 453.

<sup>129</sup> *Ibid.*, pp. 486-7.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 487.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 714.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 729.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 730.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 786.

La juge McLachlin, telle qu'elle était connue à l'époque, a rédigé l'opinion minoritaire dans *Keegstra*. Elle y fait remarquer que la liberté d'expression est au cœur de notre système de droits et libertés. « Sans la liberté de commenter et de critiquer, d'autres droits et libertés fondamentaux pourraient être anéantis par l'État<sup>139</sup> ». La juge McLachlin confirme l'importance de la liberté d'expression pour le marché des idées. Le fait que la vérité ne l'emporte pas toujours « ne détruit pas la justesse essentielle [...] de la valeur du marché des idées »<sup>140</sup>.

Lors de l'examen de la jurisprudence, elle remarque qu'il est nécessaire de tenir compte des avantages de la créativité et de la recherche de la vérité dans *les sciences*, l'art, l'industrie et dans d'autres domaines lorsque vient le temps de déterminer la portée de la liberté d'expression. La juge McLachlin note que des instruments internationaux tels le PIDESC et la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* prévoient de façon explicite une panoplie de limitations à la liberté d'expression, contrairement à la *Charte* qui procure une garantie plus complète<sup>141</sup>.

Préconisant une interprétation libérale de l'alinéa 2b), la juge McLachlin souligne que si l'État limitait la liberté d'expression :

[...] les scientifiques pourraient hésiter à entreprendre des recherches tendant à établir l'existence de différences entre des groupes ethniques ou raciaux et à publier les résultats de telles recherches. Vu la gravité des conséquences de poursuites criminelles, ce n'est pas pure conjecture de supposer qu'un frein pourrait être mis même aux débats politiques sur des questions vitales comme l'immigration, les droits linguistiques en matière d'enseignement, la propriété étrangère d'entreprises et le commerce. Ce sont là des questions qui touchent au cœur des justifications traditionnelles de la protection de la liberté d'expression<sup>142</sup>.

Dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)* (« *Little Sisters* »)<sup>143</sup>, une librairie gaie et lesbienne accusée d'importation de matériel érotique des États-Unis en infraction à la *Loi sur les douanes* a allégué que la Loi brimait sa liberté d'expression garantie

par l'alinéa 2b) et son droit à l'égalité protégé par l'article 15 de la *Charte*. La majorité de la Cour suprême en est venue à la conclusion que la disposition législative en question allait à l'encontre de l'alinéa 2b), et a noté que :

[...] la liberté d'expression est au cœur de notre identité en tant qu'individus et de notre bien-être collectif en tant que société. Tout doute quant à la justification doit être résolu en faveur de la liberté d'expression<sup>144</sup>.

Enfin, dans *R. c. Sharpe* (« *Sharpe* »)<sup>145</sup>, la Cour suprême a dû déterminer si la possession de matériel expressif prohibé par le *Code criminel*, en l'occurrence de la pornographie juvénile, relevait du champ des activités protégées par l'alinéa 2b) de la *Charte*. La majorité de la Cour a déclaré que la possession même de pornographie juvénile relevait du droit à la liberté d'expression et, dans ce cas, la Cour a soutenu que le gouvernement n'avait pas justifié de façon satisfaisante, en vertu de l'article 1 de la *Charte*, l'atteinte de ce droit par la disposition du *Code criminel*.

Dans la décision de la majorité, la juge en chef McLachlin observe que les valeurs protégées par la garantie de la liberté d'expression comprennent la créativité artistique, l'éducation, la *recherche médicale* et d'autres fins publiques<sup>146</sup>. Elle déclare :

Au nombre des droits les plus fondamentaux que possèdent les Canadiens figure la liberté d'expression. Celle-ci rend possible notre liberté, notre créativité ainsi que notre démocratie, et ce, en protégeant non seulement l'expression qui est « bonne » et populaire, mais aussi celle qui est impopulaire, voire offensante. *Le droit à la liberté*

<sup>139</sup> *Ibid.*, pp. 802-3.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 803.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 807.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 860.

<sup>143</sup> *Little Sisters Book Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120.

<sup>144</sup> *Ibid.*, par. 144.

<sup>145</sup> *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45. L'opinion majoritaire dans *Sharpe* a été rédigée par la juge en chef McLachlin. Son interprétation libérale de la liberté d'expression est évidente dans l'opinion minoritaire pour *Keegstra*, *supra*, et dans son raisonnement pour la majorité dans *Sharpe*.

<sup>146</sup> *Ibid.*, par. 60.

*d'expression repose sur la conviction que la libre circulation des idées et des images est la meilleure voie vers la vérité, l'épanouissement personnel et la coexistence pacifique dans une société hétérogène composée de personnes dont les croyances divergent et s'opposent.*

Si nous n'aimons pas une idée ou une image, nous sommes libres de nous y opposer ou simplement de nous en détourner. En l'absence de justification constitutionnelle suffisante toutefois, nous ne pouvons empêcher une personne de l'exprimer ou de la présenter, selon le cas.

[...]

La liberté d'expression n'est cependant pas absolue. Notre Constitution reconnaît que le Parlement [...] peut parfois limiter certaines formes d'expression. Des considérations générales, telle la prévention de la haine qui divise la société [...] ou la prévention du préjudice qui menace des membres vulnérables de notre société [...] peuvent justifier l'interdiction de certaines formes d'expression dans certaines circonstances. [...] toute tentative visant à restreindre ce droit doit cependant faire l'objet d'un examen très attentif<sup>147</sup>. [Soulignement ajouté]

La juge en chef explique que l'alinéa 2b) s'applique à tout un continuum de libertés intellectuelles et expressives incluant la « liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression »<sup>148</sup>. Elle note aussi que le droit à la possession de matériel expressif est :

[...] intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression [...] [S]ans le droit de posséder du matériel expressif, la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression serait compromise<sup>149</sup>.

#### 4.5.4 Doctrine et autres commentaires

La question du clonage et de la recherche sur les cellules souches embryonnaires a engendré beaucoup d'écrits et de commentaires savants au niveau national et international. En 2001, le Comité international de bioéthique (« CIB ») de l'UNESCO a publié son rapport final intitulé *L'utilisation des cellules souches embryonnaires pour la recherche thérapeutique*

(« Rapport de l'UNESCO »)<sup>150</sup>. Le rapport de l'UNESCO décrit les aspects scientifiques et les applications thérapeutiques potentielles de la recherche sur les cellules souches embryonnaires ainsi que les positions religieuses, éthiques et philosophiques qui y sont associées<sup>151</sup>.

Toujours dans ce rapport, il est mentionné que puisque le débat suscite tant de vives émotions et de profondes convictions, il est très difficile pour l'État d'en arriver à un consensus<sup>152</sup>. Le CIB suggère à chaque État d'amorcer le dialogue sur ces questions avec leurs citoyens pour connaître la position officielle à adopter. Si un État décide de permettre ces activités de recherche, il devra s'assurer qu'elles seront effectuées dans un cadre réglementaire parrainé par l'État qui fournit des lignes directrices adéquates et s'assure de la prise en considération des questions d'éthique. L'État devra aussi encourager la recherche sur d'autres sources de cellules souches, tels les cellules souches adultes et le clonage thérapeutique<sup>153</sup>. Le rapport de l'UNESCO conclut finalement que la recherche sur les embryons humains devrait respecter les principes énoncés dans la DUDH et la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*<sup>154</sup>.

Barbara Billingsley, une universitaire canadienne, a examiné l'interdiction possible du clonage thérapeutique comme source de cellules souches embryonnaires dans le contexte de la liberté d'expression. Billingsley se demande si une interdiction fédérale du clonage thérapeutique constituerait une atteinte injustifiable au droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*<sup>155</sup>. Billingsley note que la Cour suprême du Canada n'a pas encore eu l'occasion de déterminer si les recherches scientifiques et médicales devraient être considérées comme une forme d'« expression » au sens

<sup>147</sup> *Ibid.*, par. 21-22.

<sup>148</sup> *Ibid.*, par. 25.

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> Comité international de bioéthique, UNESCO, « *L'utilisation des cellules souches embryonnaires pour la recherche thérapeutique* » (BIO-7/00/GT-1/2 (Rev. 3) Paris (6 avril 2001).

<sup>151</sup> *Ibid.*, pp. 1-8.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>153</sup> *Ibid.*, pp. 12-13.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>155</sup> Barbara Billingsley, "A Constitutional Analysis of the Proposed Ban on Non-Reproductive Human Cloning: An Unjustified Violation of Freedom of Expression?" (2002) 11 Health L. Rev. No. 1 pp. 32-39 (QL).

de l'alinéa 2b) de la *Charte*<sup>156</sup>. Cependant, elle observe que la Cour a généralement défini le terme « expression » pour inclure [TRADUCTION] « toute activité non violente qui transmet ou tente de transmettre un message »<sup>157</sup>.

Selon Billingsley, la Cour a jusqu'à présent adopté une approche libérale du droit décrit à l'alinéa 2b) qui ne vise pas le contenu. La Cour suprême considère ce droit digne de la protection constitutionnelle puisqu'il permet la recherche de la vérité, la participation à la prise de décisions sociales et politiques et la poursuite de l'épanouissement et de l'enrichissement personnel. Tant qu'une activité liée à l'un de ces objectifs est expressive, elle relève du champ des activités protégées par l'alinéa 2b), même si sa valeur morale est très faible comme dans le cas de la propagande haineuse ou de la pornographie juvénile<sup>158</sup>.

Billingsley se demande si les tribunaux considéreraient le clonage thérapeutique comme une forme d'expression, autrement dit s'il s'agit d'une activité ayant pour but de transmettre un message. Ni la Cour suprême du Canada ni la Cour suprême des États-Unis n'ont déterminé si les recherches médicales sont une forme d'expression.

On pourrait avancer que l'acte physique de cloner un embryon ne communique rien. Selon Billingsley, cependant, cet acte pourrait être considéré comme expressif puisqu'on l'entreprend essentiellement en réponse à une question ou à une hypothèse. L'expérience physique est effectuée pour répondre à une question ou vérifier une hypothèse [TRADUCTION] « dans le but de communiquer au chercheur un message »<sup>159</sup>. Cet objectif rejoint les intentions implicites de l'alinéa 2b), soit la poursuite de la vérité, de l'épanouissement et de l'avancement social<sup>160</sup>.

Billingsley suggère que l'expérimentation même pourrait être considérée comme porteuse d'un message. Le chercheur, en entreprenant des recherches, communique aux autres qu'il croit que le clonage thérapeutique ou que la recherche sur les cellules souches pourraient mener à la découverte d'un traitement curatif pour certaines maladies<sup>161</sup>. De plus, elle affirme qu'on pourrait considérer l'acte physique nécessaire au clonage thérapeutique comme inséparable des actes expressifs que sont la rédaction de rapports et la diffusion des résultats de

recherches. Il est évident qu'on ne peut obtenir de résultats sans avoir préalablement effectué la recherche.

Billingsley remarque que la Cour suprême a souligné de façon particulière le fait que les activités violentes ne sont pas protégées en vertu de l'alinéa 2b). Elle demande si les tribunaux considéreraient la dérivation de cellules souches d'un embryon humain cloné comme une activité violente puisqu'elle requiert la destruction intentionnelle d'un embryon in vitro<sup>162</sup>. Dans *Keegstra, supra*, la Cour suprême a déclaré qu'aux fins de l'alinéa 2b), la violence est « l'expression manifestée directement par un préjudice corporel »<sup>163</sup>. La réponse dépend donc si les tribunaux considèrent la destruction d'un embryon in vitro comme un acte de violence, voire un meurtre<sup>164</sup>.

Les Américains ont formulé un grand nombre de commentaires sur la possibilité qu'une interdiction législative du clonage humain porte atteinte au droit à la liberté d'expression des chercheurs garanti par le premier amendement et/ou leur droit à la liberté personnelle garanti par le quatorzième amendement. Certains spécialistes soutiennent que la Constitution ne s'applique pas aux recherches scientifiques, notamment à la dérivation de cellules souches, d'autres croient que les tribunaux en viendraient à la conclusion que la recherche scientifique est une forme d'expression protégée par le premier amendement.

Avant de faire l'examen de ces commentaires sur la liberté d'expression aux États-Unis, il importe de mettre en relief une distinction appréciable entre la *Charte* et la Constitution américaine. L'article 1 de la *Charte* offre à l'État la possibilité de justifier une atteinte à un droit comme étant une limitation raisonnable dans une société libre et démocratique. Par exemple, l'article 1 de la *Charte* a permis à l'État, dans *Keegstra, supra*, de justifier la restriction de la propagande haineuse énoncée dans le *Code criminel*. La Constitution des États-Unis n'a pas de

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 3 (QL).

<sup>157</sup> *Ibid.* (QL).

<sup>158</sup> *Ibid.* (QL).

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 5 (QL).

<sup>160</sup> *Ibid.* (QL).

<sup>161</sup> *Ibid.* (QL).

<sup>162</sup> *Ibid.*, pp. 5-6 (QL).

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 6 (QL).

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 7 (QL).

telle mesure de contrepoids, il est donc plus difficile pour l'État de justifier une restriction de la liberté d'expression.

John Robertson, professeur de droit et auteur de nombreuses publications savantes, a écrit ce que certains considèrent l'article essentiel sur la question<sup>165</sup>. Il y effectue une analyse approfondie et détaillée de l'application ou non du premier et/ou du quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis au droit à la recherche.

Robertson commence par faire valoir que la recherche scientifique comporte deux dimensions distinctes. La première dimension est liée au choix du sujet de la recherche, soit les connaissances particulières que le chercheur désire développer. L'autre est liée aux *méthodes* de recherche, soit les moyens ou techniques employés pour obtenir les données ou conclusions qui aideront à prouver ou à réfuter une hypothèse et, de ce fait, à accroître les connaissances<sup>166</sup>.

La liberté de recherche fait intervenir un certain nombre de droits et libertés, telles la liberté de pensée, la liberté de communiquer des pensées, des idées, des explications et des conclusions et la liberté de produire et de recueillir de l'information conformément à la méthode scientifique, notamment la liberté d'expérimentation, soit la manipulation ou l'arrangement d'agents et de substances humains ou non humains dans le but d'obtenir des données essentielles au développement de nouvelles connaissances<sup>167</sup>. Robertson remarque que le droit à la recherche est un droit négatif d'être à l'abri de l'ingérence de l'État lors du choix de sujets ou de méthodes de recherche. La liberté de choisir les méthodes de recherche englobe la liberté d'expérimentation. Le gouvernement, quant à lui, a l'obligation négative de ne pas intervenir, plutôt que l'obligation positive de financer ou de faciliter la recherche<sup>168</sup>.

Le droit d'expérimentation des chercheurs ne serait pas absolu. Selon Robertson, les chercheurs seraient libres d'employer toute méthode de recherche scientifiquement rigoureuse ne posant pas de danger direct et substantiel pour les intérêts valables d'autrui. Il ajoute que la plupart des chercheurs conviendraient que le droit à la recherche scientifique englobe le droit de choisir les méthodes de recherche, à condition que le préjudice externe soit faible et que la propriété ou les intérêts personnels du matériel manipulé soient respectés<sup>169</sup>.

Robertson soutient qu'on ne restreint généralement le choix du sujet de la recherche que lorsqu'on juge qu'elle pourrait mener à la découverte d'information qu'il serait préférable de ne pas connaître ou d'applications qui pourraient avoir des conséquences fâcheuses. Ces restrictions prennent souvent la forme de lois et de systèmes de délivrance de permis. Selon lui, elles portent clairement atteinte au droit à la recherche scientifique, et l'État se doit d'offrir de solides justifications pour les valider.

Le second type de restrictions limite les moyens pouvant être employés pour atteindre les objectifs de la recherche. Dans ce cas, les chercheurs peuvent étudier le sujet de leur choix, mais les méthodes qu'ils peuvent choisir sont limitées. Généralement, ces restrictions existent pour protéger les intérêts qui pourraient être menacés par la méthode scientifique pour recueillir les données essentielles. Ce type de restriction constitue une menace moins sérieuse pour le droit à la recherche, particulièrement dans les cas où une autre méthode de recherche est permise par l'État<sup>170</sup>.

Robertson tente de déterminer s'il existe vraiment un droit constitutionnel à la recherche. Il remarque que même si les tribunaux reconnaissent que ce droit est protégé par la Constitution, ils devraient se plier aux intérêts publics supérieurs, comme c'est le cas pour les droits des journalistes, des intervenants, des parents ou femmes enceintes, lorsque l'exercice de leurs droits impose des coûts assez lourds à d'autres<sup>171</sup>. Il énumère un nombre de sources constitutionnelles qui supportent le droit à la recherche, par exemple le droit à la liberté personnelle et à la vie privée en vertu du quatorzième amendement, le droit de libre association, et le droit à la liberté d'expression en vertu du premier amendement. Les tribunaux américains ont récemment conclu que le droit à la liberté d'expression englobe le droit de recevoir ou d'acquérir des informations et des idées provenant de

<sup>165</sup> John A. Robertson, "The Scientist's Right to Research: A Constitutional Analysis" (1978) 51 S. Cal. L. Rev. 1203.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 1204.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 1205.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 1206.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 1207.

<sup>170</sup> *Ibid.*, pp. 1207-8.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 1209.

sources consentantes et le droit à la collecte de nouvelles. Robertson note que les tribunaux ont reconnu dans ces deux doctrines émergentes la protection des stades préalables essentiels à l'expression, comme l'acquisition d'informations et la collecte de nouvelles, et que cette protection constitutionnelle pourrait logiquement s'étendre à la recherche portant sur du matériel ou des sources consentantes<sup>172</sup>.

Son analyse du droit à la liberté d'expression est particulièrement intéressante. Les commentaires et la jurisprudence en ce qui concerne le droit constitutionnel à la liberté d'expression aux États-Unis pourraient être une source d'inspiration pour les tribunaux canadiens qui doivent interpréter le droit à la liberté d'expression décrit par la *Charte*. Robertson observe que, selon la Cour suprême des États-Unis, le but fondamental du premier amendement est d'assurer toutes les possibilités variées d'expression pour transmettre un message donné. [TRADUCTION] « L'accès à toutes les possibilités d'expression sert les fins des individus et de la société — l'intérêt des individus pour l'information nécessaire à la prise de décisions sur les plans social et politique »<sup>173</sup>.

Selon Robertson, le savoir et les informations scientifiques bénéficient clairement de la protection du premier amendement. Cette opinion est fondée en partie sur le fait que la science fournit des informations utiles pour la prise d'une foule de décisions, à l'échelle individuelle jusqu'à l'échelle nationale. Par exemple, les informations scientifiques peuvent guider le consommateur lors de l'achat de certains produits et elles orientent sans aucun doute l'élaboration de politiques par les gouvernements<sup>174</sup>.

Robertson avance deux principaux arguments pour l'inclusion du droit à la recherche dans le cadre du droit d'expression. Premièrement, il affirme que la plupart des activités associées à la recherche scientifique, tels le discours oral et écrit et la publication, ont traditionnellement bénéficié de la protection du premier amendement<sup>175</sup>.

Il déclare deuxièmement que les aspects de la recherche impliquant des formes non traditionnelles d'expression, comme l'expérimentation, seraient aussi protégés. Puisque la recherche comporte la production d'informations ou de connaissances destinées au public et qu'elle

est une étape essentielle à la diffusion du savoir et des idées, elle devrait aussi bénéficier de la protection constitutionnelle. Sans la recherche, le libre échange d'informations et de connaissances scientifiques n'est pas possible. Si la recherche n'était pas protégée, le gouvernement pourrait facilement restreindre la diffusion d'informations et d'idées en limitant la recherche. Il remarque :

[TRADUCTION]

... il va de soi que même les premières étapes de la publication sont protégées. Autrement, le gouvernement pourrait contrôler l'accès aux idées en établissant des contrôles au point où l'information est initialement créée ou obtenue<sup>176</sup>.

Robertson conclut que les activités de recherche ayant pour objectif le développement et la diffusion du savoir doivent être protégées dans le cadre de la liberté d'expression<sup>177</sup>. Il n'explore pas en détails les types de restrictions gouvernementales du droit à la recherche qui pourraient résister à une contestation constitutionnelle. Il laisse par contre entendre qu'en vertu du premier amendement, les restrictions gouvernementales pourraient être justifiées si la recherche menaçait la santé ou la sécurité publique, ou si elle enfreignait les droits de personnes non consentantes<sup>178</sup>.

Roger Taylor, un autre Américain, estime aussi que la recherche pourrait bénéficier de la protection découlant des garanties accordées au « marché des idées » par le premier amendement<sup>179</sup>. Selon lui, d'après la jurisprudence du premier amendement, les tribunaux considéreraient probablement l'expérimentation sur les embryons comme une conduite possédant des éléments de « l'expression » et de la « non-expression ». L'expérimentation implique la transcription et la diffusion de résultats, les deux étant des éléments de l'expression<sup>180</sup>.

<sup>172</sup> *Ibid.*, pp. 1212, 1214, 1215, et 1219.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 1215; *Saxbe c. Washington Post Co.*, 417 U.S. 50, 76 (1976).

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 1216.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 1217.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 1218.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 1279.

<sup>179</sup> Roger H. Taylor, "The Fear of Drawing the Line at Cloning" (2003) 9 B.U. J. SCI. & TECH. L. 379 (Lexis Nexis).

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 4 (Lexis Nexis).

Taylor suppose qu'il serait difficile pour l'État de définir une interdiction assez étroite du clonage thérapeutique pour résister à une contestation constitutionnelle, parce que l'État démontre probablement moins d'intérêt envers la protection des embryons *in vitro* lorsque ceux-ci n'ont aucun potentiel de vie humaine. Selon lui, les embryons *in vitro* clonés à des fins thérapeutiques ne représentent la vie que dans un sens purement symbolique<sup>181</sup>. Dolly, la brebis clonée, est le résultat de plusieurs échecs du clonage à des fins de reproduction. Taylor en vient à la conclusion que le clonage *in vitro* d'un embryon humain viable à des fins de reproduction poserait des difficultés similaires.

Taylor conclut que puisque les embryons clonés *in vitro* à des fins thérapeutiques [TRADUCTION] « ont un potentiel de vie si minuscule, voire théorique ou symbolique, leur importance aux yeux du gouvernement pourrait être insuffisante pour justifier une interdiction du clonage thérapeutique »<sup>182</sup>. Par contre, toute disposition gouvernementale raisonnable qui n'interdirait pas complètement la recherche pourrait probablement survivre à un examen de sa validité constitutionnelle puisqu'elle représenterait les intérêts du gouvernement en matière de normes et d'éthique médicales<sup>183</sup>.

Un autre commentateur américain, Cass Sunstein, examine la question du point de vue du patient et affirme que puisque la Constitution ne reconnaît pas le droit de choisir un traitement médical, il n'existe aucun droit fondamental de pratiquer le clonage thérapeutique<sup>184</sup>. Son examen de ce droit théorique est limité à la garantie constitutionnelle de la vie privée et de la liberté, plutôt qu'au droit constitutionnel à la liberté d'expression.

Sunstein indique que l'argument à l'appui d'un présumé droit constitutionnel au clonage thérapeutique serait extrêmement faible. Parallèlement, il suppose que les justifications invoquées par le gouvernement pour brimer la liberté de choix seraient aussi très minces<sup>185</sup>. La question centrale est de savoir si l'on peut présumer l'existence d'un droit constitutionnel de choisir des traitements médicaux. Les médecins, chercheurs et patients pourraient avancer que ce droit constitutionnel fait partie du droit à la vie privée. L'État ne peut pas intervenir dans le choix personnel d'un traitement médical crucial pour le bien-être d'un individu. Le problème avec ces arguments,

c'est qu'aucune décision de la Cour suprême n'évoque l'existence d'un tel droit.

Sunstein cite la décision récente de la Cour suprême des États-Unis en faveur de l'interdiction du suicide assisté par un médecin et il pense que puisqu'un patient n'a pas le droit de choisir la mort, il est logique qu'il n'ait aussi pas le droit de choisir un traitement particulier pouvant l'aider à vivre<sup>186</sup>. La meilleure justification de l'État pour une interdiction complète du clonage thérapeutique est qu'elle sert à renforcer l'interdiction du clonage à des fins de reproduction<sup>187</sup>. Sunstein n'a cependant pas analysé le clonage thérapeutique du point de vue du chercheur scientifique et du droit à la liberté d'expression garanti par le premier amendement.

Lori Andrews, professeure de droit, examine la question du point de vue du chercheur scientifique<sup>188</sup>. Elle remarque que si cette interdiction entrerait en vigueur, elle pourrait faire l'objet d'une contestation constitutionnelle du fait qu'elle porte indûment atteinte au droit à la recherche scientifique. La recherche scientifique est quasi sacrée aux États-Unis. Andrews note que les auteurs de la Constitution des États-Unis ont démontré à la fin du 18e siècle leur souci de la promotion de la recherche scientifique en accordant l'autorité pour l'établissement d'un système de brevets. Selon elle, si le premier amendement protège le « marché des idées », il devrait aussi protéger la production des informations diffusées dans ce marché<sup>189</sup>.

Andrews note cependant que même si le clonage thérapeutique était protégé par la Constitution des États-Unis, il serait probablement permis à l'État d'imposer certaines limites. Elle suppose qu'on pourrait faire la distinction entre le droit à la poursuite du savoir et le droit de choisir les méthodes de recherche scientifique. Ce dernier pourrait

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 5 (Lexis Nexis).

<sup>182</sup> *Ibid.* (Lexis Nexis).

<sup>183</sup> *Ibid.* (Lexis Nexis).

<sup>184</sup> Cass R. Sunstein, "Conceiving a Code for Creation: The Legal Debate Surrounding Human Cloning: Is There a Constitutional Right to Clone?" (2002) 53 *Hastings L.J.* 987, p. 10 (Lexis Nexis).

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 2 (Lexis Nexis).

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 10 (Lexis Nexis).

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 12 (Lexis Nexis).

<sup>188</sup> Lori B. Andrews, "Is There a Right to Clone? Constitutional Challenges to Bans on Human Cloning" (1998) 11 *Harv. J. Law & Tec.* 643 (Lexis Nexis).

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 9 (Lexis Nexis).

légitimement être réglementé dans une certaine mesure, par exemple si les méthodes choisies par le chercheur mettaient en danger les intérêts légitimes du gouvernement, telles la santé et la sécurité<sup>190</sup>.

Dans son article paru dans le *Southern Methodist University Law Review*, Kimberly Jackson examine les implications constitutionnelles des lois fédérales sur le clonage<sup>191</sup>. Selon elle, l'interdiction complète du clonage humain suscite des questions constitutionnelles concernant la liberté d'expression et de pensée. Les États-Unis ont-ils l'autorité constitutionnelle d'interdire un domaine complet de recherche scientifique? Selon elle, la liberté de faire de la recherche scientifique pourrait être incluse dans la garantie de liberté d'expression du premier amendement<sup>192</sup>. Dans *Griswold c. Connecticut*<sup>193</sup> (« *Griswold* »), la Cour suprême des États-Unis a soutenu que la garantie de la liberté d'expression accordée par le premier amendement inclut [TRADUCTION] « [...] le droit de lire et la liberté de la recherche, la liberté de pensée et d'enseignement »<sup>194</sup>.

Jackson affirme que la recherche et l'expérimentation scientifiques font partie du processus de communication et devrait donc bénéficier de la garantie de la liberté d'expression. Elle croit que le « discours scientifique » serait solidement protégé selon l'interprétation constitutionnelle traditionnelle de la liberté d'expression et que cette protection s'étendrait aussi à la publication de résultats de recherche et à l'échange d'idées. L'acte physique de la recherche pose par contre un problème. Si l'on considère la recherche comme une action et non comme une forme de communication, elle ne serait pas protégée par le premier amendement selon l'interprétation traditionnelle. On pourrait par contre avancer l'argument que les actes physiques de la recherche sont [TRADUCTION] « des jalons sur la route qui mène à la communication » et qu'ils devraient donc bénéficier de la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'expression<sup>195</sup>.

Matthew Hsu examine cette version des activités de recherche dans « Banning Human Cloning: An Acceptable Limit on Scientific Inquiry or an Unconstitutional Restriction of Symbolic Speech? »<sup>196</sup>. Il affirme qu'une lecture littérale du premier amendement donne à penser qu'il ne protégerait que le discours et non les actes. Cependant, la Cour suprême des États-Unis a

[TRADUCTION] « depuis longtemps reconnu » que cette protection s'étend au-delà des communications verbales et écrites<sup>197</sup>.

Il note que dans *Spence c. Washington*<sup>198</sup>, la Cour suprême a conclu que [TRADUCTION] « lorsqu'un acte est suffisamment imprégné des éléments de la communication », il doit bénéficier de la même protection que le discours en vertu du premier amendement<sup>199</sup>. En fait, l'acte ainsi protégé est considéré comme une « conduite expressive » ou « discours symbolique »<sup>200</sup>. Hsu remarque que les tribunaux ne protègent pas toutes les conduites, seules celles faites dans le but de transmettre un « message particulier » qui serait fort probablement compris par ses destinataires<sup>201</sup>.

Hsu affirme que pour que le clonage d'êtres humains bénéficie de la protection du premier amendement, les activités qui y sont liées doivent contenir suffisamment d'éléments du discours pour les élever au niveau du discours symbolique. La conduite doit exprimer une idée, et puisque le premier amendement protège les idées scientifiques, la capacité d'effectuer des recherches scientifiques doit aussi être protégée. On pourrait avancer l'argument que l'intention de la recherche est de vérifier des théories scientifiques. Cette activité est nécessaire pour prouver ou réfuter une affirmation présentée comme une théorie écrite. Dans le domaine de la recherche scientifique, l'expérimentation est la conduite nécessaire à l'expression d'idées. Les chercheurs expérimentent pour exprimer leurs idées, pour prouver ou réfuter une théorie

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 10 (Lexis Nexis).

<sup>191</sup> Kimberly M. Jackson, "Well Hello Dolly! The Advent of Cloning Legislation and Its Constitutional Implications" (1999) 52 SMU L. Rev. 283 (Lexis Nexis).

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 5 (Lexis Nexis).

<sup>193</sup> *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (Cour suprême des États-Unis).

<sup>194</sup> *Supra*, note 191, p. 6 (Lexis Nexis).

<sup>195</sup> *Ibid.* (Lexis Nexis).

<sup>196</sup> Matthew B. Hsu, "Banning Human Cloning: An Acceptable Limit on Scientific Inquiry or an Unconstitutional Restriction of Symbolic Speech?" (1999) 87 Geo. L.J. 2399 (Lexis Nexis).

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 4 (Lexis Nexis).

<sup>198</sup> *Spence c. Washington*, 418 U.S. 405 (1974) (Cour suprême des États-Unis).

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 409; *supra*, note 193, p. 4.

<sup>200</sup> *Barnes c. Glen Theatre*, 501 U.S. 560, 567 (1991) (Cour suprême des États-Unis); *supra*, note 196, p. 4 (Lexis Nexis).

<sup>201</sup> *United States c. O'Brien*, 391 U.S. 367 à 376 (1968) (Cour suprême des États-Unis); *supra*, note 196, p. 5 (Lexis Nexis).

scientifique particulière. Hsu conclut que puisque le clonage sert à vérifier une hypothèse, il devrait être considéré comme un discours symbolique et être protégé en vertu du premier amendement<sup>202</sup>.

Roy Spence et Jennifer Weizierl proposent une approche différente de la question de la recherche scientifique et de la liberté d'expression<sup>203</sup>. Ils passent en revue quelques critiques de la proposition que la recherche scientifique est un discours protégé. Ils font référence, par exemple, au professeur G. Francione qui rejette la notion que la recherche scientifique est une forme d'expression ou une conduite expressive selon le modèle du « marché des idées »<sup>204</sup>.

Francione affirme que le fait que l'expérimentation facilite le processus scientifique n'en fait pas une conduite expressive. Il ne trouve rien d'inhérent à l'acte physique d'expérimenter qui pourrait justifier qu'on le considère comme une expression ou une conduite expressive. Il note que la Cour suprême des États-Unis, dans *Clark c. Community for Creative Non-Violence*<sup>205</sup>, a laissé entendre que [TRADUCTION] « la conduite purement facilitatrice ne sera pas protégée par le premier amendement »<sup>206</sup>. Si une expérience n'a aucun aspect communicatif, le fait qu'elle facilite le discours scientifique n'en fait pas une conduite expressive digne d'être protégée par le premier amendement<sup>207</sup>.

Spece et Weizierl soutiennent que l'expérimentation scientifique est protégée puisqu'elle constitue un élément central et unique d'un processus privilégié. Ce processus comporte plusieurs aspects directement expressifs, en plus de conduites pouvant être considérées comme expressives puisqu'elles font partie intégrante de la recherche de la vérité<sup>208</sup>. Les auteurs notent toutefois que les conduites scientifiques néfastes ne seraient pas protégées par le premier amendement. Selon eux, toute expérience scientifique ou médicale qui violerait les droits d'une personne ne recevrait pas de protection constitutionnelle *prima facie*<sup>209</sup>.

Les auteurs concèdent que certains aspects particuliers de la recherche scientifique pourraient ne pas être considérés en eux-mêmes comme expressifs. Cependant, lorsqu'on les prend en compte en conjonction avec les parties de la

recherche scientifique qui sont explicitement expressives, il est logique que dans les deux cas, une protection devrait être assurée par la Constitution. Ils citent l'exemple du mélange de cellules dans une boîte de Pétri qui, isolément, ne serait pas considéré comme une forme d'expression, mais il s'agirait quand même d'une conduite expressive protégée puisque l'action est essentielle à la poursuite scientifique du savoir, qui est au cœur de la méthode scientifique<sup>210</sup>.

Un autre exemple cité par les auteurs est la relation de facilitation entre les concepts d'« association » et de « discours politique ». Le discours politique est très valorisé aux États-Unis, mais il serait vide de sens sans la capacité d'atteindre un large public. Les tribunaux ont généralement protégé les conduites qui facilitent le discours politique, tels l'association et le financement politique d'un candidat (*Buckley, supra*)<sup>211</sup>.

Le discours scientifique est aussi très valorisé et est profondément ancré dans la tradition américaine. Il est reconnu que la pensée et l'expérimentation facilitent le discours scientifique<sup>212</sup>. Les auteurs soulignent que les tribunaux ont conclu que la pensée et l'activité mentale en général bénéficient de la protection du premier amendement<sup>213</sup>. Ils affirment que l'activité mentale et l'expérimentation sont en synergie puisqu'elles se stimulent et se complètent l'une l'autre. Selon eux, les tribunaux devraient protéger l'expérimentation qu'on ne peut séparer de l'activité mentale et de la découverte scientifique<sup>214</sup>.

<sup>202</sup> *Supra*, note 196, p. 6 (Lexis Nexis).

<sup>203</sup> Roy G. Spece et Jennifer Weizierl, "First Amendment Protection of Experimentation: A Critical Review and Tentative Synthesis/Reconstruction of the Literature" (1998) 8 S. Cal. Interdis. L.J. 185 (Lexis Nexis).

<sup>204</sup> Gary L. Francione, "Experimentation and the Marketplace Theory of the First Amendment" (1987) 136 U. Pa. L. Rev. 417.

<sup>205</sup> *Clark c. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984) (Cour suprême des États-Unis).

<sup>206</sup> *Supra*, note 203, p. 206.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 216.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 219. Les auteurs citent dans leur analyse: *Stanley c. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), *United States c. Reidel*, 402 U.S. 351 (1971), et *Bowers c. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>214</sup> *Ibid.*, pp. 218-9.

### 4.5.5 Analyse

La quête scientifique n'a pas toujours été valorisée par la société. Galilée (né en 1564) a perfectionné le premier télescope et entrepris de prouver ses diverses théories scientifiques. Vers 1590, il a publié *De Motu*, une série de textes sur la théorie des corps en mouvement, qui préconisait un concept révolutionnaire : l'expérimentation comme moyen de vérifier des théories.

Les écrits de Galilée n'ont pas été appréciés par tout le monde. En 1633, l'Église, menacée par certaines de ses théories, l'a condamné pour hérésie pour avoir publié et défendu ses croyances concernant l'orbite de la terre autour du soleil. Depuis, plusieurs des théories de Galilée ont été prouvées par d'autres chercheurs, et ses écrits sont aujourd'hui très estimés<sup>215</sup>.

Les auteurs de la Constitution canadienne et de la Constitution des États-Unis ont inclus, dans les constitutions mêmes ou dans des documents les accompagnant, des dispositions reliées au brevetage. Cet acte illustre bien l'importance que la société commençait alors à accorder à la science et à l'expérimentation. Un des objectifs principaux du brevetage est d'encourager la recherche scientifique et l'invention par l'octroi d'un monopole à l'inventeur lui permettant d'exploiter son invention à son avantage.

On reconnaît maintenant à la recherche scientifique le mérite de la découverte de remèdes et de traitements pour une foule de maladies potentiellement mortelles, tels le diabète, la polio et la variole. Sans la liberté de recherche et d'expérimentation, les chercheurs et les médecins n'auraient pas pu découvrir ces traitements. Cependant, le droit à la recherche scientifique et médicale ne devrait pas être absolu.

Les droits et libertés accordés par la Charte n'ont pas une portée absolue, ils doivent être conciliés avec d'autres intérêts sociaux. L'État peut, et doit parfois, restreindre certains droits et libertés pour protéger la société en général. Dans le cas de la recherche sur des sujets humains, par exemple, l'État pourrait restreindre les droits d'un chercheur si la recherche risque de nuire à la santé et à la sécurité publiques.

### *Est-ce que l'État pourrait interdire la recherche?*

Tel que mentionné plus tôt, plusieurs instruments nationaux et internationaux reconnaissent l'importance de la liberté d'expression. Le paragraphe 19(2) du PIRDGP évoque la portée étendue de la liberté d'expression. Cette dernière inclut les communications verbales, écrites et publiées. L'article fait valoir aussi que la liberté d'expression englobe le droit à la quête active d'informations et d'idées. On pourrait avancer que l'existence de ce droit humain international implique qu'on protège aussi la découverte et la diffusion de nouvelles connaissances, informations et idées, activités caractéristiques de la recherche scientifique. Cependant, selon le paragraphe 19(3), la liberté d'expression n'est pas absolue. L'État peut justifier la limitation des activités reliées à la liberté d'expression si elles posent un danger à la santé ou à la moralité publiques.

L'article 15 du PIDESC semble plus explicite, obligeant les États parties à accorder aux chercheurs la liberté de recherche et reconnaissant le lien entre la liberté scientifique et la recherche. La Déclaration universelle met aussi l'accent sur l'importance de la liberté de recherche, mais elle impose quand même quelques limites.

Les instruments internationaux et régionaux mentionnés notent tous que le droit à la recherche scientifique et médicale n'est pas absolu<sup>216</sup>. Les recherches doivent être entreprises dans le respect des droits des participants. Il est nécessaire par exemple d'obtenir leur consentement préalable libre et éclairé. La recherche doit aussi être conforme aux principes d'éthique reconnus, tel le respect de la dignité humaine.

On peut en venir à la conclusion que l'État a l'autorité d'interdire la recherche scientifique. Si l'État interdit la recherche, les chercheurs pourraient se référer à la Charte pour en appeler de la décision. Ils pourraient soumettre à l'intention des tribunaux certaines dispositions énoncées par des instruments internationaux et régionaux en matière de droits de la personne pour préconiser une

<sup>215</sup> J.J. O'Connor et E.F. Robertson, "Galileo Galilei". Sur Internet :

<http://www-gap.dcs.st-and.ac.uk/~history/Mathematicians/Galileo.html>

<sup>216</sup> Pour un exemple, voir l'article 15 de la *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine* du Conseil de l'Europe.

interprétation de la liberté d'expression qui englobe la recherche scientifique.

***Un chercheur pourrait-il déclarer que l'État, en interdisant la recherche scientifique, porte atteinte à sa liberté d'expression garantie par la Charte?***

La Cour suprême du Canada a donné à la liberté d'expression une interprétation libérale et étendue en vertu de l'alinéa 2b) de la *Charte*. Dans *Irwin Toy, supra*, la Cour a noté que son approche libérale de la liberté d'expression inclurait toute activité transmettant ou tentant de transmettre un message, à la condition qu'elle soit non violente.

Dans *Sharpe, supra*, la juge en chef McLachlin décrit les droits garantis par l'alinéa 2b) comme un continuum qui va de la pensée à l'expression. La possession de matériel expressif a été déclarée une activité physique protégée puisqu'elle est intégralement liée aux droits dans le continuum. Finalement, pour reprendre les mots de la juge en chef, toute tentative de la part du gouvernement de restreindre le droit à la liberté d'expression fera « l'objet d'un examen très attentif » par la Cour<sup>217</sup>. La jurisprudence sert à illustrer l'interprétation généralement libérale que la Cour accorde à cette liberté et l'importance qu'elle a aux yeux de la justice.

La liberté de la presse et des autres moyens de communication est protégée de façon explicite par l'alinéa 2b). Il est très probable que la recherche scientifique, lorsqu'elle prend la forme de publications, de vidéos, de conférences, de dialogues ou toute autre forme de communication, serait protégée de façon similaire par les tribunaux canadiens en vertu de l'alinéa 2b). On pourrait avancer le très bon argument que la publication de résultats de recherches scientifiques est admissible à la protection en tant qu'« autre moyen de communication ». Toute restriction gouvernementale de la publication de résultats de recherches mettrait sans doute en cause le droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*. Il est possible, bien que peu probable, que l'État puisse réussir à justifier l'interdiction de la publication de résultats de recherches dans des circonstances exceptionnelles, mais l'objectif législatif de l'État devrait être urgent et important.

Occasionnellement, les tribunaux ont cité la recherche scientifique comme un exemple de valeurs bénéficiant de la protection de la liberté d'expression.

***Est-ce que l'alinéa 2b) protège la partie de la recherche qui est surtout physique, par exemple l'expérimentation elle-même?***

Aux États-Unis, les tribunaux ont déclaré que la liberté de la presse protège le droit des journalistes, et peut-être même du public, de recueillir des nouvelles et de l'information provenant de sources consentantes<sup>218</sup>. Cela semble être une interprétation logique de la portée de la liberté, puisque si l'acte physique de recueillir des nouvelles n'était pas protégé et qu'il serait possible pour l'État de le restreindre, la liberté de la presse serait sans aucun doute limitée. Si l'on applique la même logique à la recherche scientifique, le droit d'expérimentation doit bénéficier de la protection de la liberté d'expression, sinon le droit de publication et de diffusion des résultats de recherches et du savoir scientifique pourrait être restreint de façon similaire par l'État.

Il est suggéré dans certains instruments régionaux et internationaux que les éléments physiques de la recherche scientifique, telles l'expérimentation et les recherches, devraient aussi être protégés au nom de la liberté d'expression. Par exemple, dans les *Travaux préparatoires* de la Déclaration universelle, on note que la recherche scientifique comporte une composante physique essentielle<sup>219</sup>.

La Cour suprême a jugé que la « conduite » est aussi protégée par l'alinéa 2b) de la *Charte* pourvu qu'elle transmette ou tente de transmettre un message de façon non violente. Au dire de Peter W. Hogg :

[TRADUCTION]

Existe-t-il des activités n'étant pas considérées expressives selon la définition de la Cour? La réponse est très peu, puisque « la plupart des activités humaines sont une combinaison d'éléments expressifs et

<sup>217</sup> *Supra*, note 145, par. 21-22.

<sup>218</sup> *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 655 (1972); *Pell c. Procunier*, 417 U.S. 817, 834 (1974); *Saxbe c. Washington Post Co.*, 417 U.S. 843, 862-64 (1974).

<sup>219</sup> *Supra*, note 53.

physiques »; on exclut les activités « purement physiques ne transmettant ou ne tentant de transmettre aucun message<sup>220</sup>.

Même si les tribunaux trouvent offensant le message transmis par certaines activités de recherche, celles-ci sont tout de même protégées. La protection accordée par l'alinéa 2b) ne tient pas compte du contenu : la conduite est protégée pourvu qu'elle soit expressive et non violente.

La réalisation d'une expérience peut être perçue comme l'expression ou la tentative d'exprimer une opinion ou la conviction qu'une expérience donnée produira un certain effet. De plus, l'expérience elle-même peut être perçue comme une activité expressive puisqu'elle répond au questionnement ou à l'hypothèse du chercheur.

On a suggéré que l'aspect physique de la recherche scientifique, c.-à-d. l'expérience physique, pouvait également être perçu comme un élément fondamental de la communication. Sans l'activité physique nécessaire pour mener à bien l'expérience, on ne peut obtenir aucun résultat de recherche et les questions scientifiques demeurent sans réponse fiable. Si l'aspect physique de la recherche scientifique était interdit par l'État, on pourrait prétendre que ce dernier interdit par le fait même toute pensée, recherche et expression scientifiques.

La juge McLachlin, maintenant juge en chef, a préconisé une interprétation libérale de l'alinéa 2b) en soulignant que si la liberté d'expression est restreinte par l'État « les scientifiques pourraient hésiter à *entreprendre des recherches* [...] et à *publier les résultats de telles recherches* »<sup>221</sup> [soulignement ajouté]. Cette déclaration laisse entendre que les tribunaux pourraient conclure que les deux activités sont protégées en vertu de l'alinéa 2b), c.-à-d. l'aspect physique de la recherche et la publication des résultats de la recherche.

Dans l'arrêt *Sharpe*, précité, la juge en chef McLachlin a déclaré que le droit de posséder physiquement du matériel expressif est essentiel et intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression. De même, on pourrait soutenir avec beaucoup de pertinence que le droit de réaliser des expériences est intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression scientifiques.

Les tribunaux pourraient considérer certains types de recherches qui utilisent des embryons humains, par exemple la dérivation de cellules souches embryonnaires, comme étant une activité violente puisqu'ils entraînent la destruction de l'embryon. Toutefois, il est peu probable que cela soit le cas puisqu'en vertu de la *Loi sur la procréation assistée*, les embryons in vitro utilisés dans le cadre de recherches doivent être détruits avant le quatorzième jour de leur développement. En outre, les personnes ou les couples qui ont un trop grand nombre d'embryons in vitro entreposés peuvent légalement décider, pour en disposer, de les laisser mourir plutôt que de les donner à d'autres personnes qui pourraient les utiliser à des fins de reproduction ou de recherche. Aussi, suivant la common law, un embryon in vitro n'est pas considéré comme une personne et, par conséquent, ne jouit d'aucun droit, tel que le droit à la vie.

Par ailleurs, on pourrait soutenir que la partie expérimentale d'une recherche scientifique est une activité purement physique ne comportant aucun élément propre à une activité d'expression. La liberté d'exprimer des hypothèses ou des théories scientifiques pour un chercheur pourrait être protégée en vertu de l'alinéa 2b) de la *Charte*, mais la partie expérimentale de la recherche ne serait pas protégée et pourrait, par conséquent, faire l'objet de restrictions illimitées de la part de l'État. Cet argument n'est cependant pas très convaincant compte tenu des commentaires émis par la Cour suprême à propos de la recherche, quoique dans un *obiter dictum*<sup>222</sup>, et de l'interprétation large de la Cour concernant les droits protégés par l'alinéa 2b) de la *Charte*. Si l'on permettait une telle distinction, cela équivaldrait à autoriser l'État à restreindre indirectement le droit des chercheurs de publier leurs résultats et leurs connaissances scientifiques en restreignant directement leur capacité de réaliser la composante physique nécessaire de la recherche scientifique, à savoir l'expérience.

Si les tribunaux concluent que l'expérimentation est une activité de communication ou une activité expressive,

<sup>220</sup> Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Loose-leaf Ed.) (Scarborough: Carswell Thomson Publishing, 1997), p. 40.5(a).

<sup>221</sup> *Supra*, note 134, p. 860.

<sup>222</sup> Locution latine signifiant « dit en passant » [...] qui sert à désigner, dans un jugement, une opinion que le juge livre [...] ne tend pas à justifier la décision qui la contient (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2000).

protégée par la *Charte*, on pourrait alors prétendre que la recherche se rapporte à deux des trois objectifs de l'expression décrits par la Cour. La recherche répond aux besoins d'épanouissement personnel des chercheurs et les aide à chercher et à atteindre la vérité à l'égard d'une hypothèse ou d'une interrogation scientifique.

Contrairement à la jurisprudence américaine portant sur la liberté d'expression, la *Charte* prévoit, en vertu de l'article 1, la possibilité explicite pour l'État de justifier toute limitation à la liberté d'expression. Si la justification de l'État répond au critère judiciaire prévu à l'article 1, alors la restriction sera jugée valide sur le plan constitutionnel.

### **Interdiction de l'État concernant la recherche utilisant des cellules souches embryonnaires**

Comme nous l'avons déjà mentionné, les autorités américaines interdisent le financement fédéral de la recherche sur les cellules souches provenant d'embryons in vitro créés par *clonage*. Toutefois, les fonds fédéraux peuvent être utilisés dans le cadre de recherches utilisant des cellules souches provenant d'embryons in vitro surnuméraires. Pour les chercheurs qui souhaitent obtenir un financement fédéral au Canada, l'IRSC impose des restrictions semblables pour ce qui est de l'utilisation de cellules souches embryonnaires. Par contre, contrairement aux États-Unis, les restrictions au Canada n'ont pas force de loi. Aux États-Unis comme au Canada, des recherches subventionnées par le secteur privé peuvent être effectuées en utilisant des cellules souches provenant d'embryons in vitro obtenus par clonage thérapeutique.

L'analyse qui suit part du principe que le Canada a adopté une loi interdisant la recherche sur les cellules souches embryonnaires. En raison d'une telle restriction, les chercheurs canadiens n'ont pas accès à un secteur de recherche qui pourrait se traduire par la découverte de thérapies et de traitements médicaux pour les maladies débilitantes ou qui mettent en danger la vie du patient.

Les chercheurs pourraient contester cette interdiction en invoquant qu'elle limite injustement leur droit à la liberté d'expression visé à l'alinéa 2b) de la *Charte* et est donc, par ce fait même, inconstitutionnelle. On pourrait avancer que la notion de liberté d'expression est large et englobe non seulement le choix du sujet de recherche pour le

chercheur, mais également les activités physiques entreprises pour réaliser la recherche.

La Cour suprême a conclu qu'une activité ne sera protégée en vertu de l'alinéa 2b) que si elle transmet ou tente de transmettre un message. Quel serait le message transmis ou que tenterait de transmettre un chercheur en faisant des recherches sur les cellules souches embryonnaires?

Les chercheurs devront identifier le message précis que l'expérience physique voulait transmettre aux scientifiques. S'ils arrivent à articuler un message, l'activité physique de la recherche, soit l'expérience, pourrait être considérée comme une « expression » qui mériterait d'être protégée par la *Charte*. Les tribunaux pourraient être d'avis que l'interdiction imposée par l'État relativement à la recherche sur les cellules souches embryonnaires empêche effectivement les chercheurs de partager certaines informations scientifiques à leurs collègues. L'État empêche le milieu de la recherche de contribuer au marché des idées en y apportant des idées et connaissances scientifiques. En outre, la recherche physique peut être perçue comme un droit lié intégralement au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression et, par conséquent, qui doit être protégée par la *Charte*.

L'État pourrait justifier sa restriction à l'égard de la recherche sur les cellules souches embryonnaires pour des raisons de protection de la moralité publique. La dérivation des cellules souches embryonnaires se traduit par la destruction des embryons in vitro. L'État vise à protéger l'embryon in vitro puisqu'il abrite une vie humaine en puissance. Permettre de telles recherches entraînerait la destruction des embryons in vitro et porterait atteinte dans une certaine mesure au respect de la société envers le caractère sacré de la vie humaine. Les chercheurs créeraient des vies humaines potentielles, représentées par des embryons in vitro obtenus par clonage thérapeutique, qui seraient utilisées uniquement comme source de matériel de recherche.

### **4.5.6 Conclusion**

La Cour suprême a adopté une interprétation très libérale de la liberté d'expression visée à l'alinéa 2b) de la *Charte*. De plus, la Cour suprême considère que la liberté

d'expression est la liberté clé à la base de la démocratie. C'est pourquoi les tribunaux porteront une attention très approfondie aux restrictions de l'État à l'égard de cette liberté lorsque celles-ci seront contestées.

Toutefois, la Cour suprême ne considère pas que cette liberté fondamentale est absolue. Comme l'illustre la jurisprudence, l'État peut réussir à justifier les limitations qu'il impose relativement à la liberté d'expression afin de concilier des intérêts sociaux opposés.

Si l'on conclut que la recherche utilisant des cellules souches embryonnaires est une forme d'expression protégée par l'alinéa 2*b*) de la *Charte*, il incomberait alors à l'État de soutenir avec succès, en vertu de l'article 1 de la *Charte*, que l'interdiction constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique.

## 4.6 Question 2 : Le droit de bénéficiaire des progrès scientifiques

Dans l'hypothèse où la recherche sur les cellules souches embryonnaires mettrait en cause la liberté d'expression d'un chercheur au sens de l'alinéa 2*b*) de la *Charte*, l'interdiction en question viserait-elle également d'autres droits? Si de telles recherches étaient interdites par l'État, les personnes qui espèrent bénéficier des thérapies et traitements médicaux résultant de ces recherches pourraient-elles prétendre que leurs droits sont également touchés? Pouvoir bénéficier des progrès scientifiques constitue-t-il un droit de la personne?

### 4.6.1 Instruments internationaux et régionaux

En ce qui concerne les instruments internationaux portant sur les droits de la personne, l'alinéa 15(1)*b*) du PIDESC prévoit ce qui suit :

1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :
  - a. de participer à la vie culturelle;
  - b. de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;

- c. de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

Il existe très peu de doctrine ou de commentaires sur la portée des droits ou des obligations de l'État qui découlent de l'alinéa 15(1)*b*). En outre, on ne mentionne aucunement ce droit dans la jurisprudence canadienne<sup>223</sup>.

Certains auteurs laissent entendre que les droits visés aux alinéas *b*) et *c*) doivent être pondérés l'un par rapport à l'autre. Le droit prévu par l'alinéa *b*) n'est pas illimité : il doit être pondéré par rapport aux droits de l'inventeur ou de l'auteur prévus à l'alinéa *c*). On pourrait soutenir devant les tribunaux canadiens qu'une personne a le droit de bénéficier de la technologie sans ingérence de l'État et on pourrait s'appuyer sur l'alinéa mentionné ci-dessus pour guider l'interprétation par les tribunaux de la *Charte* et de l'interdiction législative. En raison de l'absence de commentaires et de jurisprudence à l'échelle internationale, on ne peut prédire avec certitude comment les tribunaux canadiens interpréteraient ces dispositions.

### 4.6.2 Le droit dans d'autres pays

Aucune loi aux États-Unis, en Allemagne ou au Royaume-Uni ne donne effet aux droits prévus à l'article 15 du PIDESC.

### 4.6.3 Doctrine

Il y a très peu de commentaires sur le sens qu'il faut donner au droit international de bénéficier des avantages du progrès scientifique énoncé dans le PIDESC.

Cook et ses collaborateurs estiment que ce droit répond à l'objectif d'autres droits de la personne, comme le droit de fonder une famille et le droit de bénéficier des normes les plus élevées en matière de santé<sup>224</sup>. Les

<sup>223</sup> Voir chapitre 2, p. 19.

<sup>224</sup> Rebecca Cook, Bernard Dickens et Mahmoud F Fathalla, *Reproductive Health and Human Rights: Integrating Medicine, Ethics and Law* (Oxford : Oxford University Press, 2003), p. 359.

auteurs soutiennent que ce droit inclut la santé mentale et physique, ainsi que le bien-être<sup>225</sup>.

Les auteurs notent que le droit à la santé est considéré plutôt comme étant un droit négatif que positif, c'est-à-dire que même si une personne a le droit d'accéder gratuitement à des traitements médicaux, l'État n'a pas l'obligation positive de financer publiquement de tels services<sup>226</sup>.

#### 4.6.4 Le droit au Canada

Aucune loi canadienne ne donne effet à ce principe et à ce droit international. Il n'y a pas non plus dans la *Charte* de droit garanti de bénéficier du progrès scientifique.

L'article 7 de la *Charte* garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il énonce :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Les tribunaux ont déterminé que le droit à la « liberté » garanti par l'article 7 de la *Charte* comportait deux aspects. Le premier vise à protéger le droit de la personne quant à sa liberté physique. Ce droit est en cause lorsqu'une personne est retenue physiquement par l'État, soit en raison de détention ou même dans le cas d'une menace de détention, ou lorsque l'État nuit à la capacité d'une personne de circuler librement, notamment en l'obligeant à venir témoigner oralement.

Le deuxième aspect de l'article 7 vise à protéger une sphère d'autonomie dans le cadre de laquelle une personne peut prendre des décisions de nature fondamentalement personnelle qui touchent l'essence même de ce que signifie jouir d'une indépendance et d'une liberté personnelles. Les décisions d'une personne concernant l'emplacement de sa résidence ou celles des parents concernant l'éducation ou les soins de santé pour leurs enfants sont des exemples de choix fondamentaux protégés par les tribunaux en vertu de cet aspect de l'article 7.

L'article 7 protège également le droit à la sécurité de sa personne. Le droit à la sécurité de sa personne comprend

aussi deux aspects. Le premier se rapporte au droit de la personne à l'intégrité physique. L'intégrité physique protège le droit d'une personne d'être à l'abri d'une peine ou d'une menace de peine de la part de l'État. Le deuxième aspect concerne l'intégrité psychologique. Pour être en présence d'une violation de ce droit, l'acte de l'État doit avoir eu des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique de la personne. Les répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires et doivent être évaluées de manière objective du point de vue d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Toutefois, elles ne doivent pas être graves au point d'avoir entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique.

Il convient de souligner que l'analyse des tribunaux au regard de l'article 7 se fait en deux étapes. Tout d'abord, les tribunaux déterminent s'il y a atteinte réelle ou imminente à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Pour ce faire, les tribunaux pourraient avoir à déterminer si le droit identifié et revendiqué par le demandeur fait partie des droits visés. Par la suite, les tribunaux déterminent si l'atteinte au droit par l'État est conforme aux principes de justice fondamentale. Le cas échéant, il n'y a aucune violation. Si l'atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, alors il y a eu violation de ce droit. Les tribunaux peuvent ou non obliger l'État à justifier une violation en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

#### Jurisprudence

Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*<sup>227</sup> (« *Godbout* »), la municipalité avait adopté une résolution exigeant que les employés signent une déclaration dans laquelle ils s'engageaient à établir leur résidence principale à l'intérieur des limites de la municipalité pour la durée de leur emploi. Si un employé déménageait hors de la ville pendant cette période, il pouvait être congédié sans avis<sup>228</sup>. La résolution a été contestée au motif qu'elle violait soit la *Charte québécoise* soit la *Charte canadienne*<sup>229</sup>. Le juge LaForest, s'exprimant au nom des juges L'Heureux-Dubé

<sup>225</sup> *Ibid.*

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 360.

<sup>227</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

<sup>228</sup> *Ibid.*, par. 16.

<sup>229</sup> *Ibid.*, par. 19.

et McLachlin, a statué que le droit à la liberté garanti par l'article 7 comprend « le droit de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans intervention de l'État, et que le choix d'un lieu pour établir sa demeure fait partie des décisions ainsi protégées »<sup>230</sup>. Il a conclu que l'obligation de résidence était une violation de l'article 7 et était non conforme aux principes de justice fondamentale<sup>231</sup>.

La jurisprudence subséquente a confirmé que le droit à la liberté protège deux aspects, à savoir l'aspect physique et une sphère d'autonomie décisionnelle protégée. Dans un arrêt récent, *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*<sup>232</sup> (« *Siemens* »), la majorité de la Cour suprême a conclu que l'article 7 englobe les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie, et n'incluent pas les intérêts purement économiques<sup>233</sup>.

Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*<sup>234</sup> (« *Singh* »), la Cour suprême du Canada a conclu que l'expression « sécurité de sa personne » énoncée à l'article 7 englobe tout autant la protection contre la menace d'un châtement corporel ou de souffrances physiques, que la protection contre le châtement lui-même<sup>235</sup>.

Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J.)*<sup>236</sup> (« *G(J)* »), on a demandé à la Cour suprême si l'article 7 s'appliquait en dehors du droit criminel pour s'assurer qu'un parent a le droit aux services d'un avocat rémunérés par l'État dans le cadre de procédures relatives à la protection ou à la garde d'un enfant. Concernant le droit du parent à la sécurité de sa personne, la Cour a conclu que pour qu'une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne<sup>237</sup>. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'action de l'État du point de vue d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que le stress causé ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires<sup>238</sup>. Le juge Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu que le retrait de la garde de l'enfant portait gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent<sup>239</sup>.

Dans l'affaire *R. c. Monney*<sup>240</sup>, la Cour s'est demandée si des fouilles effectuées aux douanes pour trouver des stupéfiants constituaient une atteinte inconstitutionnelle au droit à l'intégrité corporelle prévu à l'article 7. La Cour a fait observer que dans l'arrêt *Singh, supra*, les juges avaient statué que les actes de l'État qui auront probablement pour effet de détériorer la santé d'une personne mettent en cause le droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7<sup>241</sup>. Toutefois, la Cour avait conclu que dans cette affaire, le droit à la sécurité de sa personne ne comprenait pas l'obligation pour l'État de mettre l'intimé sous surveillance médicale en raison des risques qu'il avait lui-même créés pour sa santé, et ce, malgré le fait qu'il avait refusé les soins médicaux qu'on lui offrait<sup>242</sup>.

Dans l'affaire *R. c. Parker*<sup>243</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'interdiction de cultiver et d'avoir en sa possession de la marijuana, prévue dans la *Loi sur les stupéfiants* et dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, était inconstitutionnelle. L'appelant a présenté en preuve devant le tribunal inférieur la valeur médicinale de la marijuana pour de nombreux états pathologiques graves, y compris l'épilepsie. Le gouvernement soutenait que l'appelant n'avait pas besoin de consommer de la marijuana pour réprimer ses crises puisqu'il avait légalement accès à d'autres traitements. Le tribunal inférieur a pour sa part statué que l'appelant devait consommer de la marijuana pour contrôler ses crises d'épilepsie et que l'interdiction visant la marijuana portait atteinte à ses droits protégés en vertu de l'article 7 de la *Charte*<sup>244</sup>.

<sup>230</sup> *Ibid.*, par. 58.

<sup>231</sup> *Ibid.*, par. 91.

<sup>232</sup> *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6.

<sup>233</sup> *Ibid.*, par. 45.

<sup>234</sup> *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

<sup>235</sup> *Ibid.*, par. 207.

<sup>236</sup> *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46.

<sup>237</sup> *Ibid.*, par. 60.

<sup>238</sup> *Ibid.*

<sup>239</sup> *Ibid.*, par. 61.

<sup>240</sup> *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652.

<sup>241</sup> *Ibid.*, par. 55.

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> *R. c. Parker*, 2000 CanLII 5762 (C.A. Ont.)

<sup>244</sup> *Ibid.*, par. 5 et 6.

La Cour d'appel de l'Ontario a statué que le fait d'empêcher Parker de consommer de la marijuana comme traitement médical de son épilepsie en le menaçant de poursuites criminelles constituait une atteinte à son intégrité physique et psychologique. Cela l'empêche de faire des choix concernant son propre corps et de contrôler son intégrité physique et psychologique à l'abri de toute interdiction criminelle<sup>245</sup>.

#### 4.6.5 Analyse

En raison de l'absence de commentaire et de jurisprudence concernant le droit de bénéficier des avantages du progrès scientifique et de ses applications prévu dans le PIDESC, il est difficile de prédire si les tribunaux canadiens s'inspireraient un tant soit peu de ce principe international. Il ressort des commentaires énoncés précédemment que le droit de bénéficier du progrès scientifique doit être pondéré par rapport aux droits de propriété intellectuelle de l'inventeur<sup>246</sup>.

Cependant, une interdiction de l'État visant la recherche ne devrait pas être mise en balance puisqu'il n'y a aucune inquiétude relativement à la violation des droits de propriété intellectuelle de l'inventeur. Il s'agit plutôt de déterminer si les tribunaux canadiens peuvent se servir du droit de bénéficier du progrès scientifique pour éclairer leur interprétation des droits garantis par la Charte ou de la législation nationale.

Comme il a été mentionné au chapitre 2, un examen du libellé de la disposition du PIDESC et des *Travaux Préparatoires* du PIDESC a amené un universitaire à avancer que l'alinéa 15(1)b) contenait quatre éléments clés<sup>247</sup>. Deux de ces quatre éléments clés s'appliquent à la présente analyse. L'un d'eux limiterait le droit aux sciences qui sont bénéfiques pour la société, par opposition aux sciences dites néfastes. L'autre élément garantirait que tous puissent bénéficier de manière égale des progrès scientifiques et de ses applications<sup>248</sup>.

On encourage les États à promouvoir les dispositions du PIDESC par le biais de lois et de règlements. Le principe édicté à l'alinéa 15(1)b) encourage les États parties à s'assurer que tous pourront bénéficier du progrès scientifique. Toute mesure de l'État visant à limiter l'accès à

ces avantages pourrait être perçue comme une mesure étatique contraire aux principes décrits dans un instrument international sur les droits de la personne ayant force exécutoire.

On pourrait dire que le principe sous-jacent du PIDESC vise à promouvoir la recherche et le progrès scientifique pour alléger les souffrances humaines, mais seulement dans les cas où la dignité humaine et les droits de la personne sont protégés. Les alinéas de l'article 15 qui souscrivent à l'idée de bénéficier de la recherche scientifique devraient être examinés à la lumière des articles 10 et 11, lesquels établissent clairement, comme étant prépondérant, le principe du respect de la dignité humaine.

Un aspect important de la dignité humaine est l'autonomie, plus particulièrement en ce qui a trait à la prise de décisions touchant l'intégrité de sa propre personne. La décision d'avoir recours à de nouvelles technologies ou à de nouveaux traitements, issus de la recherche médicale et scientifique, pour combattre une maladie ou une pathologie qui met la vie en danger serait perçue comme un choix personnel fondamental participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles.

#### *Est-ce qu'une interdiction de l'État à l'égard d'un certain type de recherches scientifiques ou de thérapies expérimentales met en jeu les droits de la personne?*

Une interdiction de l'État visant la recherche scientifique utilisant des cellules souches embryonnaires dans des traitements médicaux pourrait mettre en cause les droits des patients gravement malades pour qui ces traitements pourraient s'avérer salutaires.

Si l'interdiction de l'État était renforcée par des sanctions pénales, elle pourrait être contestée pour le motif qu'elle met en cause les droits à la liberté et à la sécurité de la personne protégés par l'article 7 de la *Charte*. À ce sujet,

<sup>245</sup> *Ibid.*, par. 109 et 110.

<sup>246</sup> Voir l'analyse au chapitre 2 du document Ébauche concernant l'équilibre entre l'accès au progrès scientifique et les droits relatifs à la propriété intellectuelle.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>248</sup> *Ibid.*

il pourrait être utile de faire un renvoi à l'alinéa 15(1)*b* du PIDESC qui prévoit le droit de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications. Les tribunaux pourraient se servir de cette disposition internationale pour éclairer leur interprétation des droits protégés par l'article 7, plus particulièrement en ce qui concerne les droits à la liberté et à la sécurité de sa personne. On pourrait avancer l'argument que le droit « de bénéficier des avantages du progrès scientifique » comprend le droit du patient de décider de se soumettre à un traitement médical expérimental lorsque sa vie est menacée. Une interdiction visant ce droit mettrait en cause le droit à la liberté protégé par l'article 7 de la *Charte*.

Si l'État souhaite priver les personnes gravement malades d'avoir accès à un traitement expérimental, il devra le faire conformément aux principes de justice fondamentale. Le plaignant pourrait souligner que la portée excessive et le caractère arbitraire sont les principes pertinents de justice fondamentale, et soutenir que l'interdiction n'est pas conforme à ces principes. Le plaignant pourrait aussi avancer que l'interdiction de l'État n'est pas liée à une crainte raisonnable de préjudice. On pourrait exiger que l'État démontre que la privation est raisonnable en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

#### 4.6.6 Conclusion

Même si la *Charte* ne protège pas le droit particulier de bénéficier du progrès scientifique, elle garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne à l'article 7. Si une personne se voyait refuser l'accès à un traitement médical expérimental, mais prometteur, par une restriction imposée par l'État et renforcée par des sanctions pénales, les droits de cette personne protégés par l'article 7 de la *Charte* seraient mis en cause.

Les tribunaux pourraient se référer au droit international de bénéficier des avantages du progrès scientifique et de ses applications pour éclairer leur interprétation des droits protégés par l'article 7 de la *Charte* et de la législation nationale. En raison de l'absence de commentaire relativement à l'interprétation de cette disposition internationale, l'utilité de celle-ci pourrait être réduite et il pourrait être difficile de prévoir l'interprétation et l'utilisation que les tribunaux en feront. En vertu de l'article 1

de la *Charte*, l'État bénéficie d'une occasion explicite de justifier toute violation d'un droit protégé par l'article 7.

### 4.7 Question 3 : L'embryon *in vitro*

De nombreuses activités entrant dans le champ d'application de la *Loi sur la procréation assistée* sont liées à la création, à l'utilisation, à la manipulation, à l'examen et à la destruction d'embryons humains *in vitro*. La statut juridique de l'embryon *in vitro* a été examiné aux chapitres 2 et 3. Dans ces deux chapitres, on a souligné que les tribunaux n'ont pas encore déterminé le statut de l'embryon *in vitro*, ni décidé si l'embryon *in vitro*, tel qu'il existe à l'extérieur du corps de la femme, possède des droits juridiques ou humains.

Comme nous l'avons déjà mentionné, il existe différentes méthodes pour obtenir ou créer des embryons *in vitro* à des fins de recherche, notamment la création, le don d'embryons surnuméraires, le clonage thérapeutique, la segmentation d'embryons et la parthénogenèse. Dans les pages qui suivent, nous examinerons si la méthode utilisée pour créer un embryon *in vitro* est un facteur pertinent pour déterminer le statut moral de l'embryon.

#### 4.7.1 Le droit dans d'autres pays

##### États-Unis

En 1999, le National Bioethics Advisory Council (NBAC) des États-Unis a recommandé que la recherche sur les embryons *in vitro* surnuméraires soit financée par le fédéral, mais pas la recherche utilisant des embryons *in vitro* créés uniquement à des fins de recherche<sup>249</sup>. Depuis 2001, des lois fédérales interdisent de financer la recherche visant à créer ou à utiliser des embryons *in vitro* comme source de cellules souches embryonnaires. Le financement fédéral ne peut servir que dans le cadre de recherches sur des cellules souches existantes qui ont été isolées d'un embryon *in vitro* avant le 9 août 2001. D'autres conditions sont imposées aux chercheurs quant à l'utilisation qu'ils font des lignées de cellules souches. Par exemple, l'embryon duquel on a dérivé une ligne de cellules souches doit déjà

<sup>249</sup> Cloning Human Beings Report et Recommendations of the National Bioethics Advisory Committee (1997) p. 5. Internet : <http://www.georgetown.edu/research/nrcb/nbac/pubs/cloning1/cloning.pdf>; *supra*, note 179, p. 3.

avoir été détruit et, par conséquent, ne doit avoir aucune possibilité de se développer<sup>250</sup>. Il n'existe aucune loi ni aucun règlement applicable à l'utilisation d'embryons dans le cadre de recherches financées par le privé.

Au niveau des États, plusieurs d'entre eux ont adopté des lois interdisant le clonage thérapeutique et le clonage à des fins de reproduction. Par contre, en Californie et au New Jersey, il existe des mesures législatives qui autorisent précisément la création d'embryons à des fins de recherche.

### Allemagne

En Allemagne, on ne peut créer ni utiliser d'embryon in vitro à des fins de recherche. Toutefois, il est permis d'importer des cellules souches embryonnaires à des fins de recherche. En vertu de la loi allemande pour la protection des embryons<sup>251</sup>, les embryons in vitro sont protégés et ont des droits à partir du moment où ils sont créés.

### Royaume-Uni

Le Royaume-Uni autorise la création d'embryons in vitro, par fécondation in vitro et par clonage thérapeutique, à des fins de recherche sous réserve du consentement éclairé des donneurs de gamètes. Les auteurs du rapport Donaldson du Royaume-Uni, ont étudié la question de la recherche sur les embryons, y compris sur les cellules souches embryonnaires et les cellules souches adultes, et ont recommandé que la recherche utilisant les cellules souches embryonnaires soit autorisée, de même que le clonage thérapeutique d'embryons in vitro comme source de ces cellules souches.

Dans le rapport Donaldson, les experts ont reconnu qu'il existe des opinions divergentes quant à la moralité de la recherche sur des embryons humains in vitro :

[TRADUCTION]

La recherche sur les embryons créés par le remplacement du noyau de la cellule [clonage thérapeutique] soulève de nouvelles préoccupations dans l'esprit de nombreuses personnes, y compris les opposants à tous les types de recherches sur les embryons et ceux qui adoptent une position intermédiaire. Même ceux qui sont en faveur de l'utilisation actuelle d'embryons dans le cadre de recherches pourraient avoir des

inquiétudes à l'égard de l'utilisation d'embryons créés de cette façon. On pourrait considérer que ces embryons ont été créés pour arriver à une fin et en vue d'être utilisés comme une source de produits.

Un point de vue différent serait de considérer que les avantages tirés du développement des cellules d'un individu donné en vue de créer une nouvelle source de cellules que celui-ci pourrait utiliser dans le cadre d'un éventuel traitement rendent cette action justifiable sur le plan éthique. Même si la recherche sur les embryons créés par le remplacement du noyau de la cellule implique d'utiliser les embryons comme moyen d'arriver à une fin, on pourrait dire que cela s'applique à divers degrés à tous les types de recherches utilisant des embryons. Il faut soupeser les avantages possibles de la recherche par rapport à ces préoccupations [...] ces avantages pourraient s'avérer importants et représenter la meilleure chance de mettre au point des traitements pour un bon nombre de maladies dégénératives<sup>252</sup>.

### Canada

La *Loi sur la procréation assistée* interdit la création d'embryons in vitro à des fins de recherche, ainsi que le clonage d'embryons in vitro à des fins de recherche ou de reproduction. Dans son rapport final de 1993 au Parlement, la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction a souligné que les embryons in vitro méritaient d'être respectés, non seulement parce qu'ils abritent une vie humaine en puissance, mais surtout en raison de leur appartenance à la race humaine<sup>253</sup>.

#### 4.7.1.1 Sommaire

Le statut moral et légal de l'embryon in vitro diffère grandement d'un pays à l'autre. On pourrait affirmer que les deux extrémités du continuum relatif au statut moral de l'embryon sont représentées par le Royaume-Uni, qui autorise la création d'embryons in vitro uniquement à des fins de recherche, et l'Allemagne, qui octroie des droits

<sup>250</sup> *Supra*, note 23, p. 132.

<sup>251</sup> *Law for the protection of embryos*, Bundesgesetzblatt, Partie 1, 19 décembre 1990, pp. 2736-2748.

<sup>252</sup> *Supra*, note 97, p. 8.

<sup>253</sup> *Supra*, note 103, p. 633.

reconnus par la loi à l'embryon à partir du moment de sa création.

La position du gouvernement fédéral américain quant au statut moral de l'embryon in vitro est semblable à celle de l'Allemagne. Toutefois, certains États américains autorisent explicitement la création d'embryons in vitro, mais uniquement à des fins de recherche. Le Canada, avec l'adoption de la *Loi sur la procréation assistée*, se trouve à mi-chemin en autorisant la recherche sur des embryons in vitro surnuméraires, mais en interdisant la création d'embryons uniquement à des fins de recherche.

#### 4.7.2 Doctrine

John Robertson analyse le statut moral et légal des embryons in vitro<sup>254</sup>. Il fait observer que les jeunes embryons, bien qu'ils soient moins développés que les fœtus, sont des entités humaines vivantes, génétiquement uniques qui ont le potentiel de se développer et de devenir un être humain à part entière<sup>255</sup>.

Avec les progrès de la technologie et la possibilité de féconder un ovule humain avec des spermatozoïdes dans une boîte de Pétri en laboratoire, des questions ont été soulevées quant à savoir s'il faut imposer des limites à la création externe, au stockage, à l'élimination et à la manipulation d'embryons in vitro. Robertson souligne que seulement un petit nombre d'ovules fécondés se développent jusqu'au stade du blastocyste. Dans les faits, un embryon sur dix est implanté dans l'utérus de la mère et parmi ceux-ci, de 30 à 40 p. 100 avortent spontanément<sup>256</sup>.

Il expose différents points de vue sur le statut moral des embryons in vitro, qui vont de la croyance que l'embryon est une vie humaine jouissant de droits au moment de la fécondation à l'opinion que, même à la dernière étape du développement, une entité humaine non encore née n'a aucun droit. Robertson observe que, malgré ces divergences d'opinions, la plupart des gens estiment que l'embryon doit être traité avec un respect spécial parce qu'il s'agit d'un tissu humain vivant et unique sur le plan de la génétique, qui a la capacité de se développer et de devenir un fœtus, puis un nouveau-né. Il soutient que c'est précisément parce que l'embryon est unique sur le plan génétique qu'il a la capacité de se développer et qu'il

représente un « puissant symbole » du cadeau unique qu'est la vie humaine<sup>257</sup>.

Même si l'embryon ne détient pas de droits ni n'est un sujet moral, il suscite, plus que tout autre tissu humain, une prise de conscience de la communauté humaine. Par contre, comme le soutient Robertson, contrairement à d'autres symboles (p. ex. le drapeau national), la question de savoir si l'embryon in vitro est un symbole d'appartenance à la communauté humaine est affaire de choix et non pas une obligation morale<sup>258</sup>.

À son avis, en raison du développement rudimentaire du jeune embryon et de ses faibles chances d'être implanté et de se rendre à terme, il représente un symbole moins puissant de la communauté humaine qu'un fœtus à un stade plus avancé. D'autres symboles de la société exigent, comme critère d'appartenance, que les personnes souscrivent à un point de vue unique à l'égard de ce symbole. C'est notamment le cas du drapeau américain ou de l'appartenance à la communauté nationale. Les divergences d'opinions sur l'embryon sont plus probables et acceptables précisément parce qu'il y a peu de chances qu'il se développe jusqu'au stade d'être humain. Robertson soutient que la question de savoir s'il faut toujours maintenir le respect spécial attribué aux jeunes embryons relève des droits opposés qui doivent être pris en considération lorsque surgit la question du sort réservé aux embryons. Il observe que les opinions concernant la recherche utilisant des embryons in vitro dépendent, plus que toute autre décision relative à leur sort, du point de vue à l'égard du statut moral de l'embryon. [TRADUCTION] « La question controversée consiste à déterminer si les embryons peuvent être créés uniquement à des fins de recherche, puis éliminés sans intention aucune ni possibilité d'être implantés dans l'utérus »<sup>259</sup>.

Selon Robertson, puisque la recherche et l'élimination des embryons clonés à des fins thérapeutiques se produisent

<sup>254</sup> John A. Robertson, "Reproductive Technology and Reproductive Rights: In The Beginning: The Legal Status of Early Embryos" (1990) 76 Va. L. Rev. 437. (Lexis Nexis.)

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 1 (Lexis Nexis.)

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 3 (Lexis Nexis.)

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 4 (Lexis Nexis.)

<sup>258</sup> *Ibid.* (Lexis Nexis.)

<sup>259</sup> *Ibid.*, pp. 21-22 (Lexis Nexis.)

au même stade de développement que les embryons in vitro surnuméraires, donnés à des fins de recherche, l'origine de l'embryon ne devrait pas être un facteur pertinent. Il avance que des arguments de principes solides militent en faveur de plusieurs types de recherches sur l'embryon dans le cadre du système d'approbation et de supervision de l'Institutional Review Board. [TRADUCTION] « Il existe des raisons impérieuses d'autoriser la création d'embryons à des fins de recherche, puis de les éliminer, puisqu'il peut s'agir de l'unique façon de réaliser de nombreuses recherches importantes »<sup>260</sup>.

Kimberly Jackson se demande si un embryon cloné peut être considéré comme étant une vie humaine unique<sup>261</sup>. Elle estime que si la fécondation in vitro et le clonage thérapeutique peuvent être considérés comme des « techniques de reproduction artificielles », seule la fécondation in vitro entraîne la création d'un nouvel individu unique. Le clonage ne fait que produire la copie d'un individu qui existe déjà<sup>262</sup>.

De son côté, Roger Taylor affirme que contrairement à l'acide désoxyribonucléique (ADN) d'un embryon créé par fécondation in vitro, par la fusion d'un spermatozoïde et d'un ovule, l'ADN d'un embryon cloné à des fins thérapeutiques n'est pas du tout unique. Il s'agit d'une copie de l'ADN d'une personne qui existe déjà (donneur du noyau). Il se demande pourquoi la recherche sur les embryons in vitro surnuméraires est moins protégée que la recherche sur les embryons clonés<sup>263</sup>. Selon lui, cela devrait être logiquement l'inverse.

D'un côté, un embryon créé par fécondation in vitro a la capacité de devenir un être humain unique qui a tout l'avenir devant lui. De l'autre, un embryon humain cloné pourrait ne pas être en mesure de se développer jusqu'au stade de l'être humain et, même si cela était le cas, il ne serait pas unique et n'aurait pas un avenir « ouvert »<sup>264</sup>.

David Smolin soutient que les différences majeures entre les embryons clonés à des fins thérapeutiques qui ont été créés par la fusion d'un spermatozoïde et d'un ovule se traduisent par un statut moral ambigu pour l'embryon cloné. Il commence en analysant les ambiguïtés entourant le statut des jeunes embryons reproducteurs que la science et la médecine ont récemment créées<sup>265</sup>.

Premièrement, il observe que la majorité des embryons sont perdus au cours du processus de reproduction naturel, car ils ne réussissent pas à s'implanter dans l'utérus. Deuxièmement, la médecine a modifié la définition de grossesse, passant de fécondation à nidation. Troisièmement, les contraceptifs oraux modernes préviennent la nidation, causant ainsi la destruction des embryons. Quatrièmement, la société a accepté la fécondation in vitro, ce qui se traduit par l'élimination d'un grand nombre d'embryons pour chaque naissance obtenue<sup>266</sup>.

Pour ce qui est des embryons clonés, il observe que le clonage est une forme artificielle de procréation asexuée. Le clonage ne comporte pas d'étape de conception. En outre, un embryon cloné est composé d'un ovule humain (dépourvu de noyau) et du noyau d'une cellule somatique, ni l'un ni l'autre n'ayant jamais été considéré comme étant une vie humaine individuelle<sup>267</sup>. De l'avis de Smolin, si l'on ne peut littéralement considérer l'embryon cloné comme étant une vie humaine individuelle, alors l'obligation éthique d'utiliser des embryons à des fins de recherche dans le but de découvrir des traitements qui guériront et sauveront des vies pourrait l'emporter largement sur la valeur symbolique que représente sa protection<sup>268</sup>.

Tous ne partagent pas ce point de vue. James McCartney<sup>269</sup> soutient que la création d'embryons comme sources de cellules souches, que ce soit par fécondation in vitro, clonage ou parthénogenèse, est problématique sur le plan éthique<sup>270</sup>. Il est d'avis que les éthiciens soutiendraient que créer une vie humaine à des fins de recherche équivaut à utiliser une vie humaine uniquement comme moyen d'arriver à une fin. Toutefois, selon McCartney, l'embryon en développement n'est un individu qu'à partir du

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 22 (Lexis Nexis.)

<sup>261</sup> *Supra*, note 191.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>263</sup> *Supra*, note 179, p. 9.

<sup>264</sup> *Ibid.*

<sup>265</sup> David M. Smolin, "Should a Ban on Reproductive Cloning Include a Ban on Cloning for Purposes of Research or Therapy?" (2001/2002) 32 *Cumb. L. Rev.* 487, p. 5.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>267</sup> *Ibid.*

<sup>268</sup> *Ibid.*

<sup>269</sup> *Supra*, note 27.

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 7.

quatorzième jour suivant la fécondation, au moment où apparaît la ligne primitive<sup>271</sup>.

Toutefois, McCartney postule que puisque ces embryons sont en voie de devenir des êtres humains, ils doivent être traités avec révérence et respect. Ils ne devraient pas être créés uniquement pour des recherches scientifiques qui entraîneraient leur destruction. Il reconnaît que sa thèse n'est pas aussi solide que celle voulant que les embryons détiennent des droits inaliénables, comme le droit à la vie. Par contre, il croit qu'elle est suffisante pour appuyer l'opposition éthique à l'égard de la création d'embryons à des fins de recherche.

Pour ce qui est de la parthénogenèse, James McCartney émet l'hypothèse que si cette technique était utilisée avec succès pour créer des embryons *in vitro*, on répondrait à bon nombre des préoccupations d'ordre éthique associées à la création d'embryons *in vitro* particulièrement à des fins de recherche. Selon lui, les préoccupations d'ordre éthique seraient pratiquement inexistantes parce que l'embryon ne pourrait jamais se développer pour atteindre le stade d'être humain<sup>272</sup>.

### 4.7.3 Analyse

En vertu de la *Loi sur la procréation assistée*, les scientifiques sont autorisés à utiliser les embryons *in vitro* surnuméraires que les géniteurs<sup>273</sup> ont donnés à des fins de recherche. Lorsque les personnes ou les couples qui créent des embryons *in vitro* à des fins de reproduction décident qu'ils ont assez d'enfants, il reste habituellement quelques embryons congelés. Trois possibilités s'offrent alors aux géniteurs de ces embryons surnuméraires : (1) don des embryons surnuméraires à un tiers à des fins de reproduction, (2) don à des fins de recherche, et (3) destruction.

La différence entre les embryons *in vitro* surnuméraires donnés à des fins de recherche et les embryons *in vitro* créés par fécondation uniquement à des fins de recherche repose sur le fait que les embryons donnés ont été conçus au départ à des fins de reproduction. À tous les autres égards, les embryons surnuméraires, les embryons créés à des fins de recherche et les embryons créés à des fins de reproduction sont identiques. En théorie, il est fort probable que ces trois catégories d'embryons *in vitro*

aient la même capacité de se développer jusqu'au stade de vie humaine. Ils ont tous été conçus par l'union d'un spermatozoïde et d'un ovule et sont devenus une entité « unique ». Les auteurs ont suggéré que lorsque le noyau d'un spermatozoïde s'unit à l'ovule, les gènes se combinent pour créer un individu unique avec un « avenir génétique ouvert »<sup>274</sup>.

#### *Devrait-on interdire la recherche sur les embryons in vitro sous prétexte qu'il s'agit de vies potentielles?*

John Robertson laisse entendre qu'en raison des connaissances scientifiques accrues concernant les divers stades précédant l'étape de la viabilité, il serait temps que la société réévalue le fondement des divers points de vue concernant le statut de l'embryon *in vitro*<sup>275</sup>. Avant que l'embryon *in vitro* n'ait été transféré dans l'utérus d'une femme, ne se soit implanté avec succès dans la paroi utérine et ne se soit développé au point où il serait viable à l'extérieur du corps de sa mère, il est difficile d'évaluer le potentiel de vie humaine de l'embryon *in vitro*. Le jeune embryon n'est pas doué de sensation ni de cognition, il n'est pas un individu avant d'avoir été implanté et de s'être développé. Le fait qu'il puisse devenir une personne ne fait pas de l'embryon *in vitro* une personne titulaire de droits.

La recherche scientifique a démontré que ce ne sont pas tous les embryons *in vitro* ou *in utero* qui ont le potentiel de se développer jusqu'au stade de l'être humain. Un pourcentage important d'embryons ont une composition génétique qui ne leur permet pas de s'implanter dans la paroi utérine ni de se développer après la nidation. Même lorsqu'on parle de reproduction sexuée, un grand nombre d'ovules fécondés avortent naturellement, et certains croient que [TRADUCTION] « [...] il est moralement peu convainquant de revendiquer l'inviolabilité absolue d'un organisme à l'égard duquel la nature même est aussi prodigue »<sup>276</sup>.

<sup>271</sup> *Ibid.*

<sup>272</sup> *Ibid.*

<sup>273</sup> On entend par « géniteur » la personne qui a engendré, le parent (Le Petit Robert, 1997).

<sup>274</sup> L'expression « avenir génétique ouvert » fait allusion au potentiel de l'être humain ayant un ADN unique, provenant de la combinaison de l'ADN d'un spermatozoïde et de l'ADN d'un ovule, d'être modelé par son milieu environnant.

<sup>275</sup> *Supra*, note 256, p. 2.

<sup>276</sup> Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. *Report of the RCOG Ethics Committee on In vitro Fertilisation and Embryo Replacement or Transfer* (London : RCOG, 1983).

Le potentiel de vie humaine n'est peut-être pas le critère le plus rationnel pour empêcher la création d'embryons in vitro uniquement à des fins de recherche, puisqu'il est difficile à évaluer et, en outre, les trois catégories d'embryons mentionnées ci-dessus sont toutes des vies en devenir.

*Existe-t-il une différence entre les embryons créés par fécondation in vitro et ceux créés par clonage thérapeutique?*

Il peut y avoir des différences importantes entre les embryons créés par fécondation (l'union d'un spermatozoïde et d'un ovule) et les embryons créés par clonage thérapeutique. Pour de nombreuses personnes, les embryons in vitro obtenus par clonage thérapeutique ne sont que la copie d'une autre personne (le donneur du noyau). On pourrait faire valoir que ces embryons ne sont pas des créations uniques avec un avenir génétique ouvert, mais plutôt des copies de personnes existantes destinées à partager les mêmes caractéristiques génétiques que celles du donneur de noyau.

Toutefois, les embryons obtenus par clonage thérapeutique contiennent l'ADN du donneur de noyau et l'ADN mitochondrial provenant de la donatrice de l'ovule femelle et, par conséquent, ils ne sont pas une copie exacte du donneur de noyau. On pourrait donc prétendre que les embryons in vitro obtenus par clonage thérapeutique sont aussi des personnes uniques avec un avenir génétique ouvert.

Quant au potentiel de vie humaine, il est difficile de prédire celui de l'embryon obtenu par clonage thérapeutique étant donné que personne n'a utilisé avec succès un tel embryon à des fins de reproduction. Cependant, si les difficultés de réussir à cloner une brebis sont liées au potentiel de vie de l'embryon cloné, on pourrait alors conclure que l'embryon humain cloné a peu de chances de se développer pour devenir un être humain en santé.

Certaines personnes pourraient soutenir que ces différences fondamentales font en sorte qu'il est moins troublant sur le plan moral et éthique de créer des embryons par clonage thérapeutique uniquement à des fins de recherche. Par contre, d'autres pourraient craindre

que le fait de créer une entité ayant un potentiel de vie, quoique infime, comme moyen d'arriver à une fin et non pas comme une fin en soi pourrait contribuer à diminuer le respect de la société relativement au caractère sacré de la vie humaine.

En plus de créer des embryons par clonage, les scientifiques pourraient bientôt être en mesure de créer des embryons in vitro uniquement à des fins de recherche par parthénogenèse. L'utilisation de ces embryons pour la recherche pourrait être passablement moins controversée.

Les embryons in vitro créés par parthénogenèse proviennent d'un ovule humain non fécondé et ne peuvent se développer que jusqu'à un certain stade avant de mourir de façon naturelle. De plus, ces embryons ont uniquement le matériel génétique de la femelle et, par conséquent, ne pourront jamais se développer et devenir un être humain, c.-à-d. qu'ils n'ont aucun potentiel de vie. Pour créer un tel embryon, néanmoins, une femme doit faire don d'un de ses ovules à la recherche. Même si ce n'est pas aussi controversé que de donner un embryon in vitro à des fins de recherche, l'utilisation d'un ovule humain à cette fin peut tout de même soulever des préoccupations d'ordre éthique et moral.

Pour certaines personnes, la création d'un embryon in vitro à des fins de recherche, quelle que soit la méthode utilisée, soulève des questions d'ordre éthique et moral et témoigne d'un manque de respect pour le caractère sacré de la vie humaine. On peut considérer l'embryon comme faisant partie de la communauté humaine. Un embryon créé uniquement à des fins de recherche est d'une certaine façon créé en tant que moyen pour arriver à une fin plutôt qu'une fin en soi. Pour d'autres, cependant, le don à des fins de recherche d'embryons in vitro surnuméraires potentiellement viables, créés à l'origine à des fins de reproduction, pourrait s'avérer encore plus inquiétant sur le plan éthique.

Ces préoccupations doivent être prises en compte et évaluées par rapport à des préoccupations sociales d'ordre moral et éthique concernant le progrès dans les domaines de la recherche scientifique et médicale. Si la recherche utilisant des embryons in vitro donne l'espoir de mettre

sur pied des traitements médicaux pour les êtres humains souffrant de maladies débilitantes ou mortelles, le fait d'interdire ce type de recherche ne soulève-t-il pas des préoccupations d'ordre éthique et moral?

#### 4.7.4 Conclusion

Tous les embryons créés par fécondation ont un certain potentiel de vie humaine, même si la science a démontré que ce potentiel est inférieur à ce que l'on croyait à l'origine. On peut considérer ces embryons in vitro comme étant des entités uniques dont l'avenir génétique est ouvert. On ne peut toutefois pas en dire autant des embryons in vitro créés par clonage thérapeutique ou parthénogenèse puisque personne ne les a encore utilisés avec succès à des fins de reproduction. D'après les résultats des recherches sur les animaux, ils auraient un plus faible potentiel de vie humaine que les embryons in vitro créés par fécondation. Certaines personnes considèrent les embryons clonés comme la simple copie d'un être humain déjà existant et, par conséquent, ne pensent pas qu'ils possèdent un patrimoine génétique qui leur est propre.

Pour ce qui est de la fin visée, les embryons in vitro créés par clonage thérapeutique, segmentation d'embryons ou parthénogenèse sont créés uniquement à des fins de recherche et seront détruits avant d'atteindre leur quatorzième jour de développement. Ces embryons in vitro ont été créés uniquement comme moyens d'arriver à une fin. À l'inverse, les embryons in vitro créés à des fins de reproduction étaient destinés à devenir des êtres humains. Lorsqu'ils deviennent surnuméraires, ils se convertissent en objet de recherche.

Il reste à déterminer si les différences mentionnées précédemment ont une incidence sur le statut moral de l'embryon. Les embryons créés par clonage, segmentation ou parthénogenèse peuvent s'avérer si différents fondamentalement (par exemple en ce qui concerne l'absence de potentiel de vie) que les préoccupations à l'égard de leur utilisation à des fins de recherche pourraient en être atténuées. Pour certaines personnes, cependant, les différences n'auront aucune incidence sur le statut moral d'un embryon puisqu'il fait partie de la communauté humaine. Toutefois, si les scientifiques mettent au point

des traitements à visée thérapeutique ou curative qui peuvent sauver des vies à partir de recherches sur des embryons humains, la société pourrait devoir trancher entre la moralité de la recherche sur les embryons et la moralité de refuser l'accès à un traitement médical.

#### 4.8 Conclusion

La biotechnologie est le produit de la recherche scientifique. S'ils ne sont pas libres de penser, d'émettre des opinions et d'expérimenter, les scientifiques ne peuvent poursuivre leurs recherches. Dans ce chapitre, nous avons étudié la question de savoir si les scientifiques jouissent d'un droit d'entreprendre des recherches scientifiques. Il existe des instruments internationaux et régionaux portant sur les droits de la personne qui lient le principe de la liberté scientifique à l'épanouissement personnel, et certains de ces instruments obligent les États parties à s'assurer que les chercheurs jouissent d'une telle liberté.

Toutefois, la liberté de faire des recherches, comme tout autre droit de la personne, n'est pas absolue. Les instruments internationaux et régionaux soulignent que l'État peut légitimement restreindre la liberté de faire des recherches lorsque d'autres intérêts, comme la santé publique, la sécurité, la moralité ou l'éthique sont en jeu. La *Charte* garantit la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression (à l'alinéa 2b). La Cour suprême du Canada a interprété de façon libérale ce continuum de libertés. L'État peut limiter ces libertés, mais doit être en mesure de justifier toute restriction en vertu de l'article 1 de la *Charte* en démontrant que l'interdiction constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dans une société libre et démocratique.

Selon la jurisprudence existante, il est probable que les tribunaux concluent que la recherche scientifique entre dans le cadre de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression et, par conséquent, est protégée par l'alinéa 2b) de la *Charte*. Même si le volet expérimental de la recherche scientifique constitue une activité physique, la Cour suprême a expressément souligné que les activités qui transmettent ou tentent de transmettre un message sont protégées. En vertu de l'article 1, l'État a la possibilité de justifier toute limitation de la recherche scientifique et,

s'il réussit à le faire, la restriction sera jugée valide sur le plan constitutionnel. Il n'existe aucune jurisprudence concernant un droit de faire des recherches garanti par la *Charte* et, de ce fait, la question représente un nouveau domaine qui nécessitera une interprétation de la part des tribunaux.

Il se peut qu'il existe un droit général de bénéficier des avantages et des applications du progrès scientifique. On pourrait invoquer ce droit pour soutenir que toute personne jouit du droit d'accéder à des traitements médicaux permettant de sauver une vie et à la technologie scientifique sans ingérence de l'État. Toute limitation de l'État relativement à ces technologies, renforcée par des sanctions pénales, mettrait en cause les droits protégés par l'article 7 de la *Charte*, plus particulièrement les droits à la liberté et à la sécurité de sa personne.

Finalement, la dernière question examinée portait sur la possibilité d'attribuer un statut différent aux embryons in vitro créés par différentes techniques et à des fins diverses. Il est actuellement reconnu que les embryons créés par parthénogenèse n'ont aucun potentiel de vie humaine. On pourrait avancer que ces embryons devraient recevoir un statut inférieur à celui des embryons in vitro créés à des fins de reproduction par l'union d'un spermatozoïde et d'un ovule. Dans ce cas, la création d'embryons in vitro par parthénogenèse uniquement à des fins de recherche ne soulèverait probablement pas d'inquiétudes morales ni éthiques au sein de la société. Par ailleurs, le statut de l'embryon peut tenir au fait qu'il appartient à la communauté humaine et, à ce titre, on ne pourrait justifier sa création uniquement à des fins de recherche. Au rythme où progresse la biotechnologie, la société pourrait avoir à choisir entre la création et l'utilisation d'embryons uniquement à des fins de recherche et l'accès, pour les personnes souffrant de troubles et de maladies graves, à des traitements à visée thérapeutique ou curative résultant de la recherche sur ces embryons.