

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées

Rouvroy, Antoinette

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
1997

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Rouvroy, A 1997, 'Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées', *Journal des Tribunaux*, pp. 769-777.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées

Introduction

Dans un pays caractérisé par la superposition de clivages idéologiques et religieux, le malaise généré par l'absence de législation dans un domaine aussi sensible que celui de la procréation médicalement assistée [1] n'a d'égal que celui résultant précisément de la difficulté pour le législateur de s'immiscer dans la liberté de la science, la liberté de la vie privée et familiale ainsi que dans les rapports privilégiés existant entre le médecin et son patient.

« Faut-il laisser à la sagesse et à la déontologie des chercheurs le soin de prendre seuls la responsabilité, d'une part, de l'extension des indications (aux stérilités masculines, par ex.) et des technologies (congélation d'embryons, d'ovocytes) et, d'autre part, de l'intervention de donneurs (fécondation *in vitro* et transfert d'embryon, appelé ci-après « F.I.V.E.T.E. », avec sperme de donneur, don d'ovocytes, prêts d'utérus, don d'embryons)? » [2].

Les médecins préfèrent régler les questions éthiques eux-mêmes, si l'on en croit le compte rendu d'une enquête menée par le professeur Marc Dhondt du Centre d'infertilité de Gand. Il n'est pas rare, dans les sphères médicales, que s'exprime la volonté de maintenir « hors droit » et « hors loi » les questions éthiques inhérentes à la bio-médecine. Forcé est de reconnaître que, bien souvent, en des matières aussi sensibles que celles ayant trait à la procréation, la loi, dans sa rigidité, apparaît fort maladroite à appréhender les situations particulières, leurs composantes personnelle et affective.

Il existe pourtant certaines exigences impératives qu'aucun législateur ne saurait délibérément ignorer ni transgresser dans une société démocratique. La protection de la dignité de la personne humaine, dans l'acception pluraliste et non libertaire du terme, est l'une des valeurs ultimes confiées à la garde de la loi [3].

Il importe, à cet égard, de reconnaître la nature essentiellement mouvante, « culturelle », de la dignité humaine puisque, comme le déclare Henri Atlan, biophysicien français, « Ce n'est que dans la mesure où nous voulons reconnaître la dignité de la personne à tel ou tel existant, y compris à un homme adulte, considéré comme normal et en possession de tous ses moyens, que nous affirmons qu'il est une personne humaine. Il est important de reconnaître cela pour ne pas nous bercer d'illusions quant à la possibilité objective de décider si un ovule fécondé ou un adulte conscient est une personne humaine ou « seulement » un ensemble d'espèces moléculaires en interactions » [4].

I. — L'accès aux techniques de procréation médicalement assistée

Indépendamment du contenu des restrictions et interdictions législatives qui pourraient émerger à l'encontre de certaines pratiques de procréation médicalement assistée, le principe même d'une quelconque limitation d'accès à ces méthodes pourrait être considéré par certains comme incompatible avec les garanties de la Convention européenne des droits de l'homme et, en particulier, avec les articles 8 et 12, éventuellement en relation avec l'article 14 [5].

Pourtant, le droit au respect de la vie privée et familiale, consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme [6], plutôt qu'un droit subjectif absolu, est, en fait, une liberté et, en tant que telle, peut être nuancé, limité comme le prévoit expressément le second alinéa de cet article.

Le droit de se marier et de fonder une famille consacré à l'article 12 de la Convention [7] implique-t-il le droit pour les individus en âge

de procréer de recourir aux techniques de reproduction assistée? [8].

Ni la Commission européenne des droits de l'homme, ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont encore eu l'occasion de se prononcer sur ces questions.

A. — L'indication « thérapeutique »

Quel but peut-on assigner aux p.m.a.? L'incessante progression des biotechnologies a' ces dernières années, remarquablement élargi le champ d'intervention de la science médicale. Le recours de plus en plus fréquent aux techniques de procréation médicalement assistée n'est qu'un exemple de l'orientation nouvelle, non strictement thérapeutique, dans laquelle s'inscrit désormais l'action médicale. Alors que l'une des conditions classiques de légitimité de l'acte médical — en soi attentatoire à l'intégrité physique — est le bénéfice thérapeutique direct de cet acte pour qui le subit, nous assistons aujourd'hui à l'épanouissement de pratiques « médicales » ne présentant aucun avantage thérapeutique direct pour le « patient ». L'indication de l'intervention médicale n'est plus seulement la maladie au sens strict du terme, mais également la souffrance sous toutes ses formes, et notamment la souffrance morale résultant de l'inassouvissement du désir d'enfant, ou de l'angoisse liée à l'idée de transmettre à sa descendance certaines affections héréditaires.

1. — L'infertilité naturelle féminine ou masculine (l'indication type)

Le législateur doit, pour que les normes qu'il édicte puissent jouir d'une légitimité démocratique suffisante lorsqu'il intervient dans des matières aussi sensibles, se placer en perpétuelle recherche d'un consensus. Il semblerait qu'un tel consensus puisse être trouvé pour affirmer la nature « thérapeutique » et non « cosmétique » de la procréation médicalement assistée. Il ne saurait en aucun cas légitimer le recours aux techniques de p.m.a. dans une optique eugénique, ou pour permettre d'obtenir « à la carte » des enfants ayant certaines caractéristiques désirées par leurs parents. En particulier, si le recours à la fécondation *in vitro* devait dans l'avenir être conçu comme un moyen « habituel » de procréation plutôt que comme un procédé « thérapeutique », tout parent potentiel pourrait accéder au contrôle de la qualité de l'enfant à naître. De la même manière, la p.m.a. ne saurait être considérée comme une *alternative* à la procréation naturelle. Ne risquerions-nous pas, à force d'être permissifs, d'en arriver à la situation dans laquelle « (...) c'est parce qu'il a perdu tout lien avec l'idée de nature, qui jouait le rôle de limite, que le droit ne sert plus que d'instrument à la réalisation des désirs » [9]. Seules paraissent acceptables les p.m.a. justifiées par une *impossibilité physiologique naturelle de procréer sans l'aide de ces techniques*. Encore faut-il s'entendre sur la signification des termes « impossibilité physiologique naturelle », et sur les critères objectifs qui devraient, avec une certitude suffisante, établir cette déficience naturelle.

2. — Les indications « génétiques »?

La législation française de 1994 exige que la procréation médicalement assistée réponde à une raison médicale : remédier à l'infertilité du couple ou éviter la transmission à un enfant d'une maladie d'une particulière gravité (art. L. 152-2, 2^e al., C. de santé publique).

a) Le recours à un donneur tiers

Le risque de transmettre à ses descendants une affection génétique « grave », justifie-t-il de recourir à la procréation artificielle avec donneur, pour « remplacer » les gamètes du membre du couple porteur de l'affection transmissible par l'hérédité? Certains l'admettent en invoquant que dans ces cas, l'insémination artificielle avec donneur permet d'éviter l'avortement après le diagnostic prénatal de certaines maladies ou malformations héréditaires particulièrement graves. Nous examinerons plus loin les difficultés liées à l'intervention de tiers dans le processus de la procréation.

Dès à présent, la question se pose de savoir ce qu'il y aurait à entendre par « maladie héréditaire grave »? Par ailleurs, dès lors que la transmission de l'affection génétique n'est pas une certitude, mais un risque plus ou moins quantifiable, ne s'exposerait-on pas au *risque de certains abus*? Accepter que le risque de transmission de certaines affections génétiques soit considéré comme une indication justifiant le recours à la procréation artificielle avec donneur pourrait conduire au diagnostic génétique systématique de tous les couples susceptibles d'être porteurs d'une maladie génétique avérée. Le danger existe dès lors de dériver vers le recours systématique à la fécondation *in vitro* des couples fertiles, mais pouvant être porteurs de certaines affections génétiques. On pourrait d'ailleurs se demander s'il existe réellement un droit à la médecine prédictive, étant donné que, bien souvent, les possibilités d'établir un diagnostic sont nettement plus avancées que celles de prévenir, de soigner ou d'éradiquer les maladies [10].

b) La sélection du sexe

On évalue à 16% la proportion des anomalies récessives qui sont liées au sexe (les plus connues sont la myopathie de Duchenne, la paraplégie spastique liée à l'X, l'agammaglobulinémie, l'hémophilie A, l'emphysème, la maladie de Tay-Sach, le syndrome de Lesh-Nyhan...). Pour la plus grande majorité de ces anomalies, il n'existe pas, actuellement, de diagnostic génétique spécifique [11]. Le diagnostic génétique préimplantatoire pourrait donc induire à supprimer tous les embryons du sexe masculin alors que seuls certains d'entre-eux sont effectivement atteints, tous étant « à risque ». Seuls des

embryons de sexe féminin étant réimplantés lorsque la maladie suspectée n'est pas susceptible d'atteindre les filles.

En France, la loi de bioéthique du 29 juillet 1994, en son article L 162-17, stipule que le diagnostic préimplantatoire pratiqué sur l'embryon *in vitro* ne peut être pratiqué qu'à titre exceptionnel, dans des conditions strictement définies :

« Un médecin exerçant son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire tel que défini par l'article 162-16 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

» Le diagnostic ne peut être effectué que lorsque a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie.

» Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

» Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

» Il ne peut être réalisé que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet après avis de la commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et dans des conditions définies par le Conseil d'Etat ».

Actuellement, le diagnostic génétique préimplantatoire, pratiqué sur des embryons *in vitro* (technique impliquant nécessairement une fécondation *in vitro*, une biopsie ovocytaire ou embryonnaire et le diagnostic du trouble génétique par des techniques de biologie moléculaire) permet notamment la détermination du sexe des embryons dans le but de ne replacer *in utero* que les embryons de sexe féminin ou masculin.

Des cliniques de sélection du sexe existent, à l'heure actuelle, en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas. Un examen succinct des pratiques en vigueur à l'étranger est pour le moins utile pour appréhender le problème en Belgique.

Il n'existe, en Angleterre, aucune interdiction légale de la sélection pré-conceptionnelle du sexe. Certains médecins d'outre Manche conçoivent qu'il s'agit là d'un remède efficace contre l'avortement d'enfants qui n'auraient pas le sexe souhaité par leurs parents, tout en concédant que l'expansion excessive de la pratique de sélection du sexe pouvait à terme mener à certains déséquilibres démographiques entre les sexes.

Un rapport présenté dans le cadre du Conseil de l'Europe par Michelle Plachot, en décembre 1996 [12], relate que « Les couples demandant un diagnostic préimplantatoire plutôt qu'un diagnostic prénatal ont généralement une longue histoire d'interruptions médicales de grossesse, de naissances, et souvent de décès d'enfants atteints de maladies génétiques, avec les effets psychologiques que l'on imagine. Certains couples renoncent à l'avortement pour des raisons morales ou religieuses et acceptent plus facilement un d.p.i. ».

Aux Pays-Bas [13], il fut convenu qu'« il n'y a pas lieu de prendre des mesures légales qui rendraient impossible dans notre pays la mise à la disposition d'une technique de choix du sexe à un stade préconceptionnel. En effet, le point de vue a toujours été que les autorités devaient respecter la liberté de procréation des parents et ne pouvaient déroger à ce principe que lorsque les intérêts d'autrui étaient lésés ».

Cette option nous semble inquiétante en ce qu'elle ouvre notamment la voie à une forme d'eugénisme privé.

L'article 14 du projet de Convention bioéthique du Conseil de l'Europe [14] prévoit que « l'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe » sans pour autant définir ce qu'il faut entendre par *maladie héréditaire grave*.

Ainsi, l'hémophilie, maladie grave et incurable transmise par la mère serait, dans la logique du système des indications génétiques de la F.I.V.E.T.E., de nature à en légitimer l'usage afin d'éliminer après diagnostic préimplantatoire les embryons masculins qui seuls peuvent être atteints [15]. Pourtant, chacun sait que les hémophiles se battent, à l'heure actuelle, pour défendre leur droit à la « transfusion » et, subséquentement, à la vie.

Le projet de rapport explicatif (septembre 1996) précise que « la gravité d'une maladie héréditaire liée au sexe est appréciée en droit interne selon les procédures propres à chaque Etat ». L'avis n° 198 (1996) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, en revanche, propose d'amender l'article 14 en vue d'interdire purement et simplement l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée pour choisir le sexe de l'enfant.

B. — La situation des demandeurs

L'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant confirme que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

La procréation médicalement assistée n'est, à notre sens, acceptable que lorsqu'elle est pratiquée *dans l'intérêt de l'enfant à venir* et non seulement dans l'intérêt des adultes qui en sont les initiateurs. L'on ne peut, pour fonder notre certitude à ce sujet, appliquer directement au profit de l'« enfant en projet » ni le principe formulé à l'article 3 de la Convention, ni celui suivant lequel tout *être humain* doit toujours être considéré comme une fin en soi, et non comme un moyen (moyen de réaliser le désir d'enfant d'autres êtres humains), tant que la question du statut de l'embryon (est-ce déjà un *enfant*, un *être humain*?) n'est pas tranchée. Pourtant, si l'on envisage le problème sous l'angle de l'enfant *né* d'un p.m.a., on conçoit aisément que l'effectivité de son droit à être considéré comme une *prothèse* offerte à ses parents pour combler leur déficit de procréation implique que le principe énoncé plus haut doive s'appliquer rétroactivement, dès le début du processus de p.m.a. Aussi est-il opportun de se demander dans quel contexte familial l'enfant à venir est appelé à naître.

S'il n'est certes pas scientifiquement démontré que des enfants nés de mère homosexuelle ou de mère célibataire auraient, plus que d'autres, des difficultés à l'école ou présenteraient eux-mêmes des signes d'homosexualité, les centres de traitement de la stérilité n'accèdent pas pour autant nécessairement aux demandes émanant de femmes célibataires ou homosexuelles. Pourtant, certains centres, comme celui de la V.U.B., accueillent assez favorablement des demandes de ce type. Ainsi, entre 1992 et 1995, seules 21% des demandes d'assistance médicale à la procréation émanant de femmes lesbiennes ont été rejetées par la V.U.B. [16].

En France, le législateur a, en 1994, limité l'accès aux procréations médicalement assistées aux membres vivants des couples hétéro-sexuels mariés ou justifiant d'une vie commune de deux années au moins. Pour avoir accès à la procréation artificielle, les couples doivent, en outre, être en âge de procréer. Le processus de procréation médicalement assistée est bien souvent lourd, long, éprouvant. Certains traitements peuvent, en raison notamment du caractère aléatoire des résultats, être psychologiquement perturbants. Aussi, la législation française prévoit-elle explicitement les modalités suivant lesquelles, dans les différents cas, le consentement libre et éclairé de chacun des partenaires du couple doit être exprimé ainsi que les causes de caducité de ce consentement.

1. — Les couples mariés

Le recours à la procréation médicalement assistée au profit de couples mariés pratiqué de façon homologuée et du vivant des époux, pour autant qu'il soit justifié conformément aux principes énoncés plus haut (indication thérapeutique), pose le moins de problèmes, en droit comme en fait, sauf lorsqu'il s'agit d'une insémination ou d'un transfert d'embryon *post mortem*, cas que nous envisagerons plus loin.

Une exigence que la loi pourrait formuler en des termes contraignants pourrait être celle d'un consentement écrit de chacun des conjoints. Un écrit pourra, le cas échéant, faire la preuve du consentement du mari et éviter les actions en contestation de paternité abusives [17].

2. — Les conjoints de fait

Lorsque les demandeurs ne sont pas mariés, ce qui, dans la pratique, est souvent le cas, la situation se complique singulièrement.

Il serait discriminatoire et, partant, inacceptable dans une société pluraliste comme la notre, de réserver l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée aux seuls couples mariés (d'autant que le principe de l'égalité de tous les enfants nés dans ou hors mariage est aujourd'hui admis et traduit dans la législation).

Si l'intérêt de l'enfant à naître doit néanmoins être pris en considération, il ne semble pas abusif *d'exiger de la part du couple certaines garanties de stabilité*, de continuité. On pourrait envisager, à cet égard, de proposer que soit requis de ces couples d'apporter la preuve d'une vie commune pendant un certain délai antérieurement à leur demande de procréation médicalement assistée (ce délai pourra, par ailleurs, constituer un indice de leur défaut naturel de fertilité). Mais comment fixer un délai qui ne soit pas arbitraire? Comment, enfin, s'assurer que ces délais auront, dans les faits, été respectés?

La situation juridique, spécialement en ce qui concerne l'établissement de leur filiation paternelle, des enfants nés d'une p.m.a. avec donneur pratiquée au bénéfice de conjoints de fait, est particulièrement précaire. Il n'existe pas, en effet, au profit du conjoint de fait de présomption de paternité, comme il en existe (art. 315, C. civ.) pour le mari de la mère, dans un couple marié. Le

lien de filiation paternelle devra être établi par le biais d'une reconnaissance de l'enfant par le conjoint de fait de la mère, moyennant le consentement de cette dernière (art. 319 : § 3, C. civ.). Si la mère ne consent pas, ce qui pourrait être le cas notamment en cas de désaccord, de rupture du couple, et que le juge de paix ne parvient pas à concilier les parties, le tribunal de première instance rejettera la demande du conjoint s'il est prouvé qu'il n'est pas le père biologique, ce qui sera vraisemblablement le cas dans le cadre d'une p.m.a. avec donneur. D'où l'enfant risque fort de naître sans père, d'autant qu'à l'heure actuelle, la pratique semble fermement attachée au principe de l'anonymat du donneur.

Pour remédier à cette précarité de la filiation paternelle, il serait peut-être opportun de requérir, comme dans le cas des couples mariés, *un consentement écrit de chacune des parties, lequel vaudrait également à la fois reconnaissance paternelle et consentement de la mère à cette reconnaissance.*

3. — Les couples homosexuels féminins ou masculins

S'il n'est pas certain qu'un enfant élevé par un couple homosexuel soit nécessairement plus malheureux ou moins adapté socialement qu'un enfant élevé au sein d'une famille « nucléaire classique », du moins lorsqu'il dispose dans son entourage proche de figures paternelles et maternelles auxquelles il peut se référer (qu'il s'agisse d'un oncle, ou d'une grand-mère, ...), la procréation médicalement assistée pratiquée au bénéfice de tels couples pose nécessairement certains problèmes. L'impossibilité physiologique de procréer résultant de l'absence d'un partenaire du sexe opposé peut-elle être considérée comme une indication suffisante pour le recours à la procréation médicalement assistée? Il ne nous semble pas, dès lors que l'infertilité de couples du même sexe est, en soi, naturelle. Il n'y a pas ici de dysfonctionnement décelable par rapport à l'ordre « normal » des choses. Le fait de ne pouvoir procréer entre personnes du même sexe est selon nous *une limite naturelle et existentielle, inhérente à la nature humaine, qu'il importe de ne pas outrepasser, même pour satisfaire un désir légitime de procréation.*

4. — La procréation médicalement assistée au profit des personnes seules et l'insémination post mortem

« Un certain nombre de médecins et étudiants interrogés considèrent qu'une femme doit pouvoir être inséminée du sperme de son mari défunt jusqu'à ce que grossesse s'en suive. Or, trancher pour ou contre l'insémination " *post mortem* " n'exige pas seulement que le médecin fasse appel à ses compétences professionnelles spécifiques, mais aussi qu'il envisage la signification et la portée d'un acte qui transgresse les limites temporelles et spatiales de la condition humaine, ici la mort du conjoint ou du compagnon » [18].

Les raisons développées plus haut incitent à nous opposer à l'application de ces pratiques au profit de personnes seules ou de personnes dont le conjoint (de fait ou de droit) est décédé. Ces pratiques ne nous semblent pas suffisamment respectueuses des intérêts de l'enfant à naître [19]. « Engendrer intentionnellement un enfant sans père est attenter au droit, chez l'enfant, d'avoir en naissant ses deux parents et de n'être pas privé de l'un par l'autre, fût-ce même avec le consentement du premier, le consentement du mari donné avant son décès n'ayant de valeur que pour prendre une responsabilité de père, non pour s'en défausser en s'associant à la création d'une situation de non-parenté qui constitue un abandon anticipé. La fondation volontaire d'une famille unitaire posthume nous paraît illicite » [20]. Il a parfois été soutenu que la même situation se retrouve dans les cas d'adoptions permises à des personnes célibataires. Les situations sont pourtant fondamentalement différentes : alors que dans le cas du recours à la procréation médicalement assistée par une personne seule, il s'agit de donner un enfant à la personne qui en désire un, dans le cas de l'adoption par une personne seule, par contre, il s'agit de donner une famille à un enfant qui n'en a pas. De plus, alors que l'adoption est soumise au contrôle judiciaire rigoureux de l'intérêt de l'enfant, il n'est pas encore envisagé de confier au médecin inséminateur la tâche de présumer de l'intérêt de l'enfant futur [21].

Par ailleurs, des pratiques telles que l'insémination *post mortem* permettent d'identifier la lutte contre la mort à son déni, circonstance inquiétante pour la structuration mentale de la société dans son ensemble [22].

5. — Les personnes ayant dépassé l'âge de procréer

Les médias sont en partie responsables de la diffusion de l'idée selon laquelle les techniques modernes rendent aujourd'hui facile d'avoir un enfant « sur le tard ». Il existe effectivement un risque de voir de nombreuses femmes reporter ainsi leur maternité, que ce soit pour des raisons de carrière de constitution d'un nouveau couple ou pour toute autre motivation [23].

Il ne nous semble pas non plus dans l'intérêt de l'enfant, pour des raisons évidentes, de naître de parents anormalement âgés. Elargir artificiellement l'écart entre les générations risque, en outre, très logiquement, d'aboutir à ce que l'enfant se voie privé de la possibilité de connaître ses grands-

parents. Enfin, pour la femme inséminée artificiellement à un âge avancé, la grossesse risque d'être difficile.

Comme dans le cas des p.m.a. pratiquées au profit de couples homosexuels, ou de personnes seules, l'intervention ne consisterait pas, ici non plus, à pallier certaines déficiences naturelles, mais bien à permettre la procréation dans des cas où la nature, « normalement », ne la permet pas, ce qui, éthiquement parlant, nous semble critiquable.

Mais nous sommes confrontés, comme souvent, au *problème délicat de la fixation de limites*. Faut-il refuser l'accès aux techniques à toutes les femmes ménopausées, alors que précisément la date de fin de fertilité varie considérablement d'une femme à l'autre? Quant au conjoint masculin, va-t-on également tenir compte de son âge?

II. — L'agrégation des centres pouvant pratiquer les techniques de procréation médicalement assistée

A. — Un surplus de « l'offre » par rapport à la « demande » : le constat

Déjà en 1988, on comptait en Belgique plus de 15 centres, publics et privés, pratiquant l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro*. Depuis lors, le phénomène s'est encore amplifié, en dehors de toute étude concernant les besoins de la population et de toute réglementation sanitaire spécifique.

S'agissant des « banques de sperme », leur multiplication excessive comporterait des risques graves, tant au plan de la santé publique (comment s'assurer, dans ce cas, que les conditions de sécurité permettant d'éviter la transmission accidentelle de maladies infectieuses ou héréditaires seront toujours réunies) qu'au plan éthique (de par le risque de « marchandisation » des cellules germinales humaines).

Le corps humain est hors commerce, et il en va de même de ses parties et de ses produits ». Il y va de la dignité de l'être humain de ne pas tirer finance de son amoindrissement physique même temporaire » (Les gamètes, en effet, se renouvellent dans l'organisme du donneur).

B. L'exigence de certaines garanties de « qualité », de « sécurité », de « transparence » et d'égalité — d'accès aux centres pratiquant les nouvelles technologies de la reproduction

En l'absence de contrôle quant à la formation, la compétence, le savoir-faire du personnel de ces centres, n'existent aucune garantie ni de moyens, ni de résultat quant aux services offerts aux personnes recourant à la procréation médicalement assistée. Les taux de succès observés d'un centre à l'autre sont d'ailleurs particulièrement variables. Aucune garantie n'existe non plus quant à l'adéquation et à la suffisance des informations données aux différentes personnes intervenant dans le processus de procréation artificielle.

Pourtant, les techniques intervenant dans les processus de procréation assistée ne sont pas toutes sans danger pour les personnes sur qui elles sont pratiquées. Le cas de l'hyperstimulation ovarienne intervenant dans le cadre de la F.I.V.E.T.E. est tout à fait exemplatif à cet égard [24]. Le syndrome d'hyperstimulation ovarienne, complication la plus sévère de l'induction pharmacologique de l'ovulation est une réalité dont tous les intervenants doivent être conscients.

Par ailleurs, en l'absence de normes de financement de ces techniques, des couples pourtant fondés à en demander l'application peuvent se voir exclus, en fait, du bénéfice de la procréation médicalement assistée dont le coût peut être pour le moins prohibitif.

Dans l'incertitude où nous sommes quant à l'étendue exacte du phénomène de la procréation artificielle, sur l'activité des centres qui la pratiquent, il nous semblerait salulaire d'en organiser une meilleure transparence, en instituant, par exemple, un système d'agrément des centres subordonné à la remise par ces derniers de « comptes rendus » de leurs activités [25].

Il existe déjà, à l'heure actuelle, en Belgique, certaines initiatives visant à une meilleure visibilité des pratiques de procréation médicalement assistée. Ainsi, la tenue d'un registre belge de procréation assistée, tel que celui tenu par l'a.s.b.l. « Belrap » (« Belgian Register for Assisted Procréation »), rassemblant des données émanant de 17 centres belges de procréation médicalement assistée, fournit, dans ses rapports, d'utiles renseignements statistiques concernant l'évolution du phénomène en Belgique [26].

Le rapport 1994 [27] révèle, par exemple, que le nombre de cycles de fécondation *in vitro* pratiqués en 1994 a pratiquement doublé par rapport à 1990. Belrap estime que cette augmentation spectaculaire est à mettre sur le compte de l'extension de la technique de micro-injection intracytoplasmique de spermatozoïdes (I.C.S.I.) [28]. Les statistiques ne révèlent, par contre, qu'une faible progression dans les taux de succès. (En 1994, environ 75% des grossesses obtenues artificiellement se sont terminées par la naissance d'un enfant viable. Le progrès, sur ce point, est de 19% par rapport aux données de 1990, et de 0% par rapport à 1993). Le pourcentage de grossesses

multiples est resté plus ou moins stable au fil des ans. Cependant, l'incidence des grossesses triples s'est sensiblement accrue (5,2%, c'est-à-dire le taux le plus élevé jamais enregistré depuis la fondation de Belrap). Pourtant, en raison d'un accroissement de la pratique des réductions embryonnaires, les naissances de triplés ne sont pas tellement fréquentes. Le problème du nombre d'embryons transférés par essai est loin d'être résolu. Il semble même qu'il se soit aggravé, puisqu'en 1994, le nombre d'essais impliquant la réimplantation de trois embryons s'est élevé au détriment des réimplantations n'impliquant que deux embryons.

Grâce, nous l'espérons, à une généralisation des pratiques de transparence et de communication au public pourra enfin s'instaurer un véritable débat de société relativement à la problématique dans son ensemble, puisque toute prise de position dans des matières aussi cruciales impliquent des choix sociétaux.

III. — Les périls de la maternité de substitution et du recours aux mères porteuses

Les phénomènes de la maternité de substitution et du recours aux mères porteuses sont bien souvent confondus dans le langage courant. Il est vrai que, dans les deux cas, l'objectif est d'assurer la gestation d'un enfant pour le compte d'une autre femme, mais alors que la mère de substitution porte l'enfant de cette femme qui aura fourni les gamètes à la faveur d'une F.I.V.E.T.E., la mère porteuse, à la fois donneuse et porteuse, est la « véritable mère » de l'enfant qu'elle abandonnera à la « mère d'accueil » [29].

La maternité de substitution peut constituer un recours tant pour des couples mariés que non mariés, ou homosexuels, pour des femmes seules, ou des hommes seuls, pour des personnes ayant dépassé l'âge de procréer. Dans le cas de la maternité de substitution, les maternités génétique et gestationnelle sont dissociées, hypothèse que le législateur de 1987 n'avait certes pas envisagé lorsqu'il entérina, dans l'article 312, combiné avec l'article 57 du Code civil, l'adage *mater semper certa est*. Indépendamment des importantes complications biologiques et psychologiques inhérentes à cette technique, les difficultés juridiques qui en résultent sont particulièrement remarquables.

Le cas s'est, tout récemment, posé de la situation, au regard du droit de la filiation, d'un enfant né de la réussite d'une opération « triangulaire » commencée par une fécondation *in vitro* à la suite de laquelle une femme, la « mère porteuse » (ici, le ministère public commet la confusion dénoncée plus haut en qualifiant de mère porteuse la mère de substitution), a accepté de rendre un « service » à la mère génétique, sa soeur en l'occurrence. La mère légale, en vertu des règles du Code civil, est la mère qui met au monde l'enfant, c'est-à-dire la mère de substitution. La requête portée devant le tribunal de la jeunesse de Bruxelles avait pour objet de faire homologuer l'adoption plénière de l'enfant par ses parents génétiques et, par conséquent, de faire disparaître tout lien de filiation entre l'enfant et sa mère gestatrice. Le jugement prononcé le 4 juin 1996 [30] fit droit à la demande dans le but certes légitime de garantir au mieux l'intérêt de l'enfant puisque « si génétiquement Ivo est le fils de la requérante et considéré comme tel dans la vie sociale, il est dans son intérêt que sa situation juridique soit clarifiée et que le droit et le fait se rejoignent ». Le juge constate que « l'adoption plénière faite par Mme D... est fondée sur de justes motifs et présente un avantage pour celui qui en est l'objet ». Ce faisant, il n'est pas évident que le législateur, en organisant le régime juridique de l'adoption, ait, plus qu'en légiférant sur la filiation maternelle, envisagé ce genre de situation, puisque l'adoption a principalement pour raison d'être de remédier à des situations d'abandon, d'orphelinat... et non d'aménager les effets de la maternité de substitution, institution dont la légalité, comme la légitimité, sont pour le moins contestables. Il nous apparaît pour le moins dangereux de cautionner un tel détournement de l'institution de l'adoption [31].

Le recours aux mères porteuses ainsi que la maternité de substitution sont tout à fait illégaux, en l'état actuel de notre ordre public. Indépendamment de toute législation interdisant expressément ce genre de pratiques (laquelle législation, serait, à notre avis, bienvenue), un contrat entre un mère porteuse ou une mère de substitution et des futurs « parents », aurait peu de chances d'être reconnu comme valable — ou en tout cas exécutoire — étant donné la flagrante illicéité de son objet.

Toute convention ayant pour objet une maternité de substitution ou le recours aux services d'une mère porteuse est juridiquement nulle puisqu'elle contrevient à la fois aux principes de l'indisponibilité de l'état des personnes et de l'indisponibilité du corps humain (indisponibilité, pour la mère, du corps de l'enfant et de son propre corps) [32].

Le principe de l'indisponibilité, du caractère hors-commerce du corps humain n'exclut pas la reconnaissance d'un droit extra-patrimonial (une forme de droit d'autodétermination) de la personne sur son corps, lequel droit « de disposition » ne peut cependant s'exercer que dans les limites de l'ordre public. D'une part, lorsque l'objet d'une convention est la location de son propre corps, par une mère porteuse comme par une mère de substitution, cette convention est à l'évidence illicite, ne fût-ce que par les clauses attentatoires à la liberté personnelle (par ex., les clauses prévoyant l'obligation de se soumettre aux inséminations ou au transfert d'embryon jusqu'à ce que la fécondation soit réalisée). D'autre part, lorsque l'objet d'un contrat est l'enfant lui-même, l'illégalité

est pareillement flagrante (l'enfant ne peut en aucun cas faire l'objet d'aucun contrat, « pas même par analogie avec le contrat d'adoption puisque, dans cette hypothèse, c'est l'enfant lui-même qui est — par représentation — sujet du contrat d'adoption, lequel est, en outre, soumis à un contrôle judiciaire rigoureux » [33].

La réalité quotidienne démontre que l'illicéité de principe, lorsqu'elle n'est pas expressément formulée, se révèle bien souvent impuissante à empêcher le déroulement des faits. Aussi, en ce domaine particulier, le législateur ferait-il oeuvre utile en formulant à l'encontre de phénomènes tels que la maternité de substitution et le recours aux mères porteuses, des interdictions explicites.

A. — L'embryon : en vertu d'un statut *sui generis* introuvable, l'instauration d'un régime de protection

La question du statut de l'embryon ne saurait être valablement tranchée par des affirmations simples ou utilitaires. L'embryon est-il objet, personne humaine, « personne humaine potentielle », « valeur en soi »? Vider la question serait un exercice périlleux, qui risquerait d'induire notamment la remise en cause de la loi de 1992 dépénalisant l'avortement. Le point est pourtant crucial et, selon la réponse que l'on y apporte, c'est alternativement du « droit » sur l'enfant ou du droit de l'enfant qu'il est question [34]. Ce statut de l'embryon ne peut résulter que d'un choix culturel, appartenant à la société dans son ensemble. La décision ne peut être confisquée ni par le monde médical et scientifique, ni par le monde du droit, ni par le discours éthique.

Il ne semble pas contesté, ni dans l'opinion publique, ni dans les sphères médicale, scientifique, juridique et éthique, que *les technologies de la reproduction artificielle ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles, précisément, de la procréation*. Ce postulat fondamental implique, comme il est énoncé dans le projet de Convention bioéthique du Conseil de l'Europe, que « la constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite » (art. 18, § 2). Puisque la fécondation *in vitro* ne semble pas devoir être interdite, il était important, il est vrai, de préciser que la recherche sur l'embryon ne pouvait se concevoir comme un but indépendant. Mais voilà qui laisse non résolue la question pourtant cruciale du sort à réserver aux embryons constitués en vue d'une procréation assistée, mais abondamment surnuméraires, ceux qui ne répondent plus à aucun *projet parental*. Ces embryons surnuméraires, selon certains, pourraient faire l'objet de recherches, à condition que les objectifs de ces recherches soient limités à ceux qui sont en relation directe avec les objectifs admis des méthodes de procréation assistée, c'est-à-dire essentiellement à la recherche appliquée en médecine de la reproduction et au diagnostic génétique. Il est vrai qu'aucune technique médicale ne peut survivre à long terme si elle est privée de toute possibilité de recherche [35]. Mais cette autorisation de principe de l'expérimentation sur l'embryon ne présuppose-t-elle pas une prise de position sur le statut juridique de l'embryon? Ne saurait-on considérer l'embryon comme une valeur en soi, une valeur *sui generis* justifiant que lui soient reconnus non les mêmes droits que ceux que l'on accorde à un enfant né, mais un droit néanmoins à une certaine protection. Jusqu'à présent, l'enfant conçu n'est protégé par le droit que dans le sein de sa mère, sauf dans la mesure où la législation sur l'avortement permet à cette dernière d'en décider elle-même lorsqu'elle se trouve placée dans certaines circonstances.

Ne serait-il possible, pour réduire autant que possible l'ampleur du problème, d'imposer, pour chaque processus de procréation médicalement assistée, un nombre maximum, à ne pas dépasser, d'embryons pouvant être développés. Ce nombre serait fixé, en concertation avec le monde médical, de manière à assurer un taux de « réussite » suffisant sans occasionner la génération d'un nombre excessif d'embryons surnuméraires. Ce nombre pourrait, en outre, être abaissé en fonction des progrès techniques. Par ailleurs, nonobstant les incertitudes persistantes quant au statut de l'embryon, il nous paraît utile, dès à présent, d'interdire strictement toute conception d'embryons humains *in vitro* à d'autres fins que celles de réimplantation dans un bref délai.

Quant à l'intérêt de l'enfant en projet, il semble primordial de le réinstaller au centre des débats, relatifs notamment à la conservation des embryons congelés. Malheureusement, « la scène bioéthique presque entière se trouve occupée par les questions sur la technoscience : l'injection d'un spermatozoïde dans l'ovocyte est-elle dangereuse? Les enfants seront-ils normaux? Qu'en est-il si le spermatozoïde est remplacé par un spermatozoïde ? Quand le débat est confisqué, devant ces questions, l'éthicien professionnel se retrouve aussi démuné que le citoyen ordinaire » [36]. C'est hélas bien souvent que le débat éthique se trouve réduit à la technique.

Il est donc constaté que les effets tant de la cryopréservation que de la biopsie embryonnaire sur la santé future de l'enfant ne sont pas encore suffisamment connus pour pouvoir se prononcer à cet égard.

Certaines inquiétudes ont cependant été émises tout récemment relativement à une technique palliative de l'infertilité masculine, l'I.C.S.I. [37].

L'innocuité de la technique pour les enfants ainsi procréés n'est pas évidente. Certains suspectent même l'I.C.S.I. d'être à la source de la transmission du problème de fertilité aux descendants masculins [38]. « Depuis ces dernières années, l'I.C.S.I. (« intracytoplasmic sperm injection ») s'est

développée à une vitesse prodigieuse partout dans le monde, dans le cadre du traitement des stérilités masculines. Or, les hommes entrant dans un protocole d'I.C.S.I. ont le plus souvent une atteinte sévère de la spermatogenèse et, dans ce cas, un risque dix fois plus élevé d'être porteurs d'une anomalie chromosomique qu'un homme fertile (6,5% vs 0,62%) (Pour revue, *Plachot, 1996*). Ce sont probablement les futurs candidats à un d.p.i. Voilà qui plaide pour le moins une fois de plus pour une transparence accrue des pratiques, recherches et résultats des centres pratiquant la conservation des embryons.

La généralisation du diagnostic génétique prénatal pose également d'importants problèmes éthiques.

Il n'est pas contesté que les malformations congénitales et les maladies héréditaires comptent parmi les causes principales de mortalité et de morbidité pendant l'enfance, du moins dans nos pays industrialisés. Elles font souvent le malheur de l'individu, et représentent une épreuve affective et un fardeau économique pour les familles et pour la collectivité. Lorsqu'il permet de conclure à l'absence de maladies du fœtus, le diagnostic prénatal est de nature à lever les angoisses des parents désireux d'avoir un enfant. Il faut donc nuancer une idée fort répandue liant inconditionnellement le diagnostic prénatal et l'avortement. Le diagnostic prénatal peut avoir un effet nataliste, du moins dans certains cas.

En revanche, un diagnostic prénatal peut aussi révéler la présence, chez l'embryon, d'anomalies actuellement hors d'atteinte des ressources thérapeutiques. Le retard de la médecine curative sur la médecine prédictive peut faire craindre que la généralisation du recours au diagnostic génétique n'accroisse le phénomène de rejet des personnes jugées « anormales » et ne rende encore plus « intolérable » la moindre « anomalie » du fœtus ou de l'enfant. Ne risque-t-on pas, progressivement, de voir s'instaurer une culture du « refus du risque », nourrie de l'illusion déterministe, du mythe du gène comme clef de notre destin biologique, alors, qu'en réalité, l'analyse génétique ne conduit bien souvent qu'à des probabilités, à des prédispositions et, qu'en outre, la « qualité de la vie », notion essentiellement subjective n'est pas réductible, à notre avis, à ce « destin biologique »?

A ce moment, le diagnostic prénatal confronte les parents à la question redoutable de l'interruption de grossesse. La décision leur appartient. Encore faut-il qu'ils aient été dûment informés, avant de décider de demander le diagnostic prénatal, des conséquences possibles de ce dernier, d'une part, et, d'autre part des résultats des examens et de leur signification. Il convient également de prendre garde à ce que ces informations dispensées par des personnes compétentes ne puissent être ressenties comme des pressions exercées sur eux. En tout état de cause, il importe d'éviter qu'il puisse être reproché aux parents de n'avoir pas recouru à un diagnostic prénatal, ou à une interruption de grossesse.

Le degré de certitude du diagnostic génétique fluctue en fonction des affections. Dans certains cas, le diagnostic ne fera que révéler des probabilités, dans d'autres, des prédispositions..., [39]. S'il s'agit d'une maladie monogénique, due à une seule déficience génétique, le diagnostic sera un diagnostic de certitude. Par contre, dans le cas des maladies polyfactorielles, dont la survenance est également liée à un environnement, à un mode de vie défavorables, le diagnostic ne fera que découvrir des probabilités [40]. Autant de nuances singulièrement stressantes pour les personnes concernées, tant est subjective la perception du risque. Aussi nous semblerait-il souhaitable de ne favoriser le recours au diagnostic génétique prénatal que dans les cas où la probabilité d'erreur de l'examen est suffisamment faible pour entraîner une certitude ou une quasi-certitude sur l'existence d'une anomalie génétique.

V. — La protection de l'anonymat des donneurs de gamètes

La question relative à l'anonymat du donneur, dans le cadre des pratiques d'insémination artificielle avec donneur, mériterait quelques réflexions. Tout le monde, en Belgique, — et la pratique le confirme — semble fermement attaché au principe de l'anonymat du donneur de sperme. L'option, loin d'être universellement partagée [41], pourrait cependant être discutée au regard des intérêts de l'enfant notamment [42].

A deux années de distance, la Suisse et la France ont adopté des dispositions juridiques dans le domaine de la procréation médicalement assistée, consacrant, sur le point précis de l'anonymat des donneurs, des solutions diamétralement opposées.

La Suisse optait pour la levée de l'anonymat l'article constitutionnel 24^{novies} accepté à une large majorité par le peuple suisse, le 19 mai 1992, déclare que « l'accès d'une personne aux données relatives à son ascendance est garanti ».

La France protège le principe de l'anonymat du donneur par un arsenal de pénalités (depuis les lois de 1994, 94-653 et 94-654, concernant la bioéthique, l'article 16-8 du Code civil français énonce le principe qu'« aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître

l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur ». Le Code de santé publique répercute cette interdiction.)

Dans les zones de tradition latine comme la notre, la confidentialité de l'identité du donneur a toujours été considérée comme essentielle, et les responsables des banques de sperme la garantissent.

A. — L'intérêt des parties adultes : le donneur, les parents, les médecins

Le principe de l'anonymat des donneurs repose principalement sur certaines considérations largement répandues.

1) **La nécessité présumée pour le couple « demandeur » de masquer avec une plus grande certitude sa stérilité** (si l'attitude générale, dans la société, était plus tolérante et plus compréhensive à l'égard de la stérilité, en particulier masculine, il serait plus aisé pour les parents, dans le contexte de la procréation assistée avec donneur, de ne pas taire leur situation). Selon certains [43], cependant, lever l'anonymat permettrait d'éliminer un non-dit qui peut s'avérer très psychopathogène au sein de la famille où l'on tente de garder le secret vis-à-vis de l'enfant.

2) **La volonté de protéger le donneur et sa famille contre une éventuelle action en recherche de paternité exercée ultérieurement** par l'enfant issu de l'insémination, L'anonymat constitue pour le donneur une garantie essentielle lui évitant, à différents moments de sa vie, d'être « assailli » par ses enfants génétiques, qui revendiqueraient au moins le droit de le connaître. L'acte ponctuel et gratuit du don, inspiré par un sentiment de « de solidarité » ne doit pas impliquer pour lui le devoir d'assumer de quelque façon que ce soit une quelconque responsabilité dans le destin de sa « progéniture ». Par ailleurs, puisque chacun s'accorde à proclamer que le don de gamètes doit être considéré comme un acte de solidarité, et que c'est précisément en raison de cette dimension de solidarité qu'il n'est pas prohibé, il nous apparaît indispensable de rappeler en des termes clairs le principe de gratuité de ces dons.

Ainsi, l'article 311-19 nouveau du Code civil français énonce : « En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation ». Un tel système fait donc obstacle tant à l'établissement volontaire qu'à l'établissement judiciaire d'une filiation avec le donneur.

Par ailleurs, le législateur français ajoute qu'aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur. La justification de cette règle est à l'évidence le souci de ne pas dissuader les éventuels donneurs. On peut néanmoins se demander si cette immunité du donneur n'est pas une formule superflue dès lors qu'en cas de transmission par lui de certaines tares génétiques, la responsabilité éventuelle pourrait être assumée par les établissements ayant mis en oeuvre la procréation médicalement assistée. Par ailleurs, il nous semble un peu regrettable, dans un tel système, que le principe de l'anonymat permette, en fait, à un donneur qui, sciemment, ferait un don de gamètes se sachant susceptible de transmettre certaines affections particulièrement graves, d'échapper à toute forme de responsabilité.

3) **La volonté du monde médical de ne pas faire fuir les candidats au don de sperme.** Pour les médecins, le respect de l'anonymat du donneur est conçu comme une condition *sine qua non* de la disponibilité de donneurs en nombre suffisant. Exposer les donneurs à des actions en recherche de paternité de la part des enfants conçus grâce à leur intervention aboutirait sans nul doute à les décourager. Il est vrai que dans les temps qui suivirent la levée de l'anonymat en Suède (en 1985, le gouvernement suédois a décidé de bannir l'anonymat du donneur en vertu du principe qui prévaut dans les pays de tradition germanique, scandinave, et anglo-saxonne, selon lequel tout être humain a le droit de connaître ses origines) [44], les donneurs se firent plus rares, alors que les couples suédois souhaitant bénéficier de dons s'adressaient plutôt à des centres danois, puisque dans ce pays voisin, l'anonymat du donneur restait strictement garanti. Cependant, la levée de l'anonymat pourrait contribuer à une meilleure acceptation sociale du don de sperme en insistant sur son aspect de solidarité humaine et en le dégageant de l'occultation honteuse qui l'a pénalisé jusqu'ici [45]. L'anonymat apparaît finalement davantage motivé par la volonté d'encourager la pratique de l'insémination artificielle avec donneur que par l'intérêt de l'enfant [46].

4) **Le souci d'éviter toute tentation eugénique, le « père » de l'enfant futur ne pouvant être ni reconnu, ni choisi en fonction de certaines caractéristiques physiques, sociales, intellectuelles ou raciales.**

B. — L'intérêt de l'enfant

Le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux, dans la mesure du possible, consacré par l'article 7 de la Convention sur les droits de l'enfant des Nations Unies, signée à New York le 26 janvier 1990, pose, au regard de la question de l'anonymat du donneur de gamètes, d'embarrassantes questions d'interprétations.

Le mot « parents », dans la Convention, renvoie-t-il aux géniteurs de l'enfant (ce qui nous conforterait dans l'idée selon laquelle la condamnation de certaines pratiques telles que l'insémination *post mortem* serait conforme à la Convention), ou les « parents » sont-ils plutôt ceux qui sont reconnus comme tels par la loi, qu'ils aient ou non des liens biologiques avec l'enfant? [47].

Dans l'hypothèse où le terme « parents » renverrait aux géniteurs, comment interpréter les termes *dans la mesure du possible*? Le respect du principe de l'anonymat serait-il une cause d'impossibilité de connaître ses parents justifiant que ce droit de l'enfant ne soit pas satisfait? Autrement dit, l'impossibilité, envisagée peut-elle résulter de circonstances *juridiques* (l'anonymat est bien un obstacle de type juridique à la connaissance, par l'enfant, de ses origines biologiques), ou doit-elle nécessairement résulter de circonstances de fait (telles que l'abandon en bas âge)? Il serait difficile d'admettre que les Etats s'engagent à favoriser l'accès aux origines de l'enfant et dans le même temps organisent l'obstacle juridique qui interdit cette reconnaissance. On peut donc en conclure que la Convention impose de désigner les géniteurs chaque fois qu'ils peuvent être identifiés *en fait* [48].

Cependant, l'article 7 de la Convention consacre au profit de l'enfant le droit *de connaître ses parents et d'être élevé par eux*. La formulation nous semble indiquer que le droit de connaître ses origines biologiques a notamment pour raison d'être de permettre le développement de liens sociaux, familiaux entre les parents et leur enfant. La Convention lie la désignation des géniteurs comme parents aux soins à donner à l'enfant, et ne signifie nullement que la parenté biologique doit être préférée à toute autre [49]. Le terme « parent » pourrait donc bien, à notre avis, renvoyer, davantage encore qu'aux géniteurs, aux personnes désignées comme « parents » par la loi et devant, pour cette raison, assumer la parenté « sociale » de l'enfant. Il ne nous apparaît pas, par conséquent, que la connaissance de l'identité du « parent » biologique (le donneur) soit pour elle-même un droit de l'enfant consacré par la Convention, dès lors que cette connaissance n'aurait aucune incidence sociale, familiale pour l'enfant, puisque l'identification du donneur ne semble pas devoir impliquer l'établissement d'aucun lien de filiation, d'aucune obligation alimentaire ou autre du donneur vis-à-vis de l'enfant. Peut-être nous reprochera-t-on de permettre ici que la *vérité affective* vienne, en fait, au secours de la procréation médicalement assistée avec donneur, mais là n'est pas le but de notre propos. L'anonymat du donneur ne nous semble donc pas contraire à la Convention sur les droits de l'enfant des Nations Unies, et l'article 7, selon nous, implique principalement que l'enfant doit avoir la possibilité de faire établir sa filiation en justice *si elle est inconnue*. Par contre, si l'enfant ne peut être éduqué par ceux qui lui ont donné la vie, peut-il néanmoins les connaître? La question, nous semble-t-il, reste ouverte, la Convention de l'O.N.U. ne l'ayant apparemment pas résolue.

Un « droit à connaître ses origines génétiques déductible d'un « droit à la médecine prédictive »?

L'anonymat du donneur de gamètes a notamment pour conséquence d'exclure, du moins dans certains cas, l'enfant du bénéfice des acquis de la médecine prédictive [50]. Le recours au diagnostic préimplantatoire dans le but de prévenir la transmission génétique d'une maladie grave est justifié, disent certains, dans le cas où les géniteurs présentent des antécédents avérés pour cette maladie. Mais notre ambition n'est pas de nous prononcer dès à présent sur l'existence d'un droit pour chacun à bénéficier des progrès de la médecine prédictive générés par l'accroissement des connaissances en génétique.

La lutte contre la maladie et la condition du donneur.

Par ailleurs, l'existence de certaines normes de sécurité, actuellement édictées et respectées sur une base d'autorégulation par les centres eux-mêmes, comme le dépistage systématique du virus H.I.V. et de l'hémophilie, nous semble essentielle. Mais faudrait-il aller plus loin et exiger des donneurs leur participation à un diagnostic génétique complet? Quelles seront les affections génétiques pouvant justifier le refus de tel ou tel donneur? Nous sommes tous porteurs d'« anomalies génétiques », et déterminer un seuil de gravité n'est pas chose aisée. Ne risque-t-on pas, à vouloir distinguer les « bons donneurs » ou les « donneurs sains » des « mauvais donneurs » de succomber à la tentation eugénique?

La loi française exige que le donneur fasse partie d'un couple ayant déjà procréé, et que le consentement du donneur et de l'autre membre du couple soit donné par écrit [51]. Le don de gamètes s'apparente ainsi à un don de couple à couple. L'exigence nous semble quelque peu excessive sans réelle utilité puisque le législateur n'assigne aucun rôle social au « couple donneur » par rapport à l'enfant. Pourquoi, dans une telle logique, se préoccuper encore de la situation familiale du donneur?

Conclusion

Bien des questions se posent que nous n'avons encore abordées dans cette note. La médicalisation croissante modifie la perception sociale de la procréation humaine, de la filiation, de la famille. L'évolution des mentalités avait déjà bouleversé les structures de la famille traditionnelle, le progrès

scientifique menace aujourd'hui la notion même de parenté. Aussi serions-nous très embarrassés de devoir, de ce qui précède, tirer des conclusions définitives. Dans l'arbitrage qu'il lui revient d'opérer entre l'exploitation des acquis de la science et les exigences de l'intérêt général, la tentation est grande pour le droit de s'en remettre au règne des volontés individuelles. Le fil conducteur de chacune des techniques de procréation médicalement assistée est constitué par la volonté des demandeurs d'avoir un enfant. Sensible à juste titre à ce désir d'enfant, le législateur doit prendre garde de ne pas pour autant s'y soumettre inconditionnellement au risque de provoquer une véritable « contractualisation » du droit de la filiation. En cette fin de siècle qui a vu la consécration internationale d'une Convention des Nations Unies pour les droits de l'enfant, laisser libre cours à la volonté parfois débridée des parents constituerait une régression dommageable par rapport aux progrès réalisés.

Le débat éthique, social et juridique est à présent ouvert, au sein duquel nous avons voulu, dans les quelques pages qui précèdent, introduire quelques-unes des questions qui nous inquiètent. Conclure serait prématuré. Nous ne nous permettrons dès lors que de formuler une dernière observation. La procréation médicalement assistée soulage bien souvent la détresse de couples frappés de stérilité. A l'heure où les évidences chavirent, bousculées par les assauts de la révolution technologique, dans une société où tout semble organisé pour susciter des désirs et pour les satisfaire ensuite, si le désir d'enfant légitime les techniques permettant de le combler, ce n'est pas pour autant que le désir d'enfant doit s'ériger en droit absolu, fondamental. Ce prétendu « droit à l'enfant », droit inconditionnel fondé sur un désir, s'oppose à la philosophie des droits de l'homme qui exige que l'être humain soit toujours considéré comme une fin en soi, jamais comme un moyen. « Il n'y a donc ni droit à l'enfant, ni droit d'en faire un pour autrui. Il y a la liberté de désirer un enfant et la liberté d'aider autrui à en avoir » [52].

Reste à souhaiter que la procréation médicalement assistée ne se développe pas au détriment de l'adoption. Il nous semblerait sage de souhaiter que les couples désireux de recourir aux techniques de reproduction assistée se voient rappeler, au cours des entretiens préalables à l'enclenchement du processus de reproduction assistée, les possibilités offertes par l'adoption. Cette « séance d'information » pourrait être aussi l'occasion de focaliser l'attention de tous les intervenants sur une valeur qui, à notre avis, doit rester au centre des préoccupations de chacun : l'intérêt de l'enfant, qu'il s'agisse d'un enfant « en projet » ou d'un enfant né et adoptable.

Antoinette ROUVROY



[1] « La procréation assistée est parfois nommée procréation artificielle par opposition à la procréation naturelle. Elle consiste soit dans l'insémination artificielle, soit dans l'implantation d'un embryon après fécondation *in vitro*. L'insémination artificielle est l'ensemencement d'une femme avec le sperme de son mari ou de son concubin (on parle alors d'insémination artificielle entre conjoints, I.A.C., ou d'insémination homologue) ou avec le sperme d'un tiers (on parle alors d'insémination artificielle avec donneur, I.A.D., ou d'insémination hétérologue). L'implantation après fécondation *in vitro* (F.I.V.E.T.E.) regroupe des procédés très divers. L'embryon implanté chez la femme peut, en effet, avoir été obtenu en laboratoire, soit avec des forces génétiques provenant d'elle-même et de son mari ou concubin (procréation intérieure au couple, comme dans l'I.A.C. ou procréation homologue) ou avec des forces génétiques qui proviennent d'elle-même et d'un homme quelconque (comme dans l'I.A.D., procréation hétérologue). Il se pourrait encore que les éléments génétiques (ovocytes, spermatozoïdes) proviennent entièrement de tierces personnes, la femme se contentant de porter l'enfant » (Jacques Massip, « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », *Rép. Defrénois*, 1995, pp. 129-130.

[2] Proposition de loi visant à assurer la transparence des centres pratiquant l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro*, déposée par Mme Hanquet, Sénat, 147-1, s.e. 1988.

- [3] « Œuvrant ici dans des champs qui cessent d'être thérapeutiques, le médecin dispose assez paradoxalement d'un pouvoir discrétionnaire très large que la loi n'ose réglementer tant les enjeux sont considérables, les pressions sont fortes, les idéologies sont présentes. Et pourtant, nombreux sont les protagonistes des techniques de procréation médicalement assistée (le couple stérile, le médecin, le biologiste, le tiers procréateur, l'embryon, l'enfant, la famille) tous directement interpellés à un titre ou à un autre : mise en cause de l'intégrité physique de la femme, de la vie privée et familiale du couple et de l'enfant, de l'identité sociale et affective de l'enfant, de l'anonymat du donneur, de la responsabilité des médecins, du patrimoine génétique de l'homme, du statut de l'embryon *in vivo* et *in vitro*, des règles de la filiation, de la paix des familles, ... » (Christiane Hennau-Hublet, « La responsabilité pénale du médecin », dans les actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège, le 8 mai 1992, « Les frontières juridiques de l'activité médicale », a.s.b.l. Editions du Jeune barreau de Liège.
- [4] Henri Atlan, « Biotechniques, homme et nature », *Futuribles*, mars 1987.
- [5] « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».
- [6] « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance; 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».
- [7] « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».
- [8] Si tel était le cas, ce qui n'est pas notre opinion les Etats auraient, en vertu de l'article 14, C.E.D.H. : l'obligation d'organiser un cadre juridique garantissant à tous les couples « éligibles », l'accès effectif à la procréation assistée, et donc de prévoir, le cas échéant, le remboursement total ou partiel des frais médicaux, lesquels sont, à l'heure actuelle, à charge des « candidats » à la procréation assistée. Si, par contre, le droit de se marier et de fonder une famille n'implique pas par lui-même un droit aux procréations assistées, mais que le recours à ces techniques est admis par la loi, cette « légalisation » n'a pas pour corollaire l'obligation pour les caisses maladie de rembourser les frais de traitement lors de l'entrée en vigueur de la législation en question.
- [9] Christian Byk, « Statut du corps humain et pratiques biomédicales : à propos des lois bioéthiques françaises », *Journal international de bioéthique*, 1996, vol. 7, n^o 1.
- [10] « L'accroissement de l'autonomie décisionnelle ne se traduit pas toujours par un gain de pouvoir pour l'individu. La possibilité de choisir — procréer ou non compte tenu de critères tels que l'âge de la mère ou la détection de troubles génétiques héréditaires — implique nécessairement une certaine responsabilité morale. Plus le dépistage d'anomalies génétiques potentielles se généralisera, moins les parents pourront dénoncer cette responsabilité en arguant qu'ils n'étaient pas au courant. D'aucuns éprouvent, en outre, d'énormes difficultés à prendre des décisions raisonnables basées sur la connaissance des risques (médicaux). Même si leur (futur) enfant ne court qu'un risque minime de contracter une maladie grave, nombre de parents (potentiels) appréhendent la situation, car « elle peut être bonne ou mauvaise » ' dès qu'ils imaginent l'issue négative et les regrets qu'ils éprouveront s'ils n'ont pas pris leurs précautions à temps (consultation génétique, diagnostic prénatal, etc.), ils sont tentés de recourir à certaines interventions préventives ou diagnostiques. De nos jours, l'un des principes déontologiques majeurs qui président à la consultation génétique réside dans le fait qu'une telle consultation doit s'abstenir de toute directive. La fermeté de ce concept risque toutefois de vaciller à mesure que la consultation génétique s'affirmera en tant que « pratique normale » pour les parents (potentiels) responsables » (prof. Dr. H.A.M.J. Ten Have, « Aspects éthiques des interventions génétiques pratiquées sur l'embryon humain », in *Le statut juridique de l'embryon humain*, conférence du groupe du parti populaire européen (groupe des démocrates chrétiens) du Parlement européen, Bruxelles, mars 1996.
- [11] Conseil de l'Europe, troisième symposium sur la bioéthique, « L'assistance médicale à la procréation et la protection de l'embryon humain — Le diagnostic génétique préimplantatoire : aspects techniques », rapport présenté par le docteur Michelle Plachot, chargée de recherche à l'I.N.S.E.R.M., Laboratoire de recherche en fécondation *in vitro* et Biologie de la reproduction, Hôpital Necker-Enfants malades, Paris. C.D.B.I./S.P.K. (96) 14.

- [12] Conseil de l'Europe, troisième symposium sur la bioéthique, « L'assistance médicale à la procréation et la protection de l'embryon humain — Le diagnostic génétique préimplantatoire : aspects techniques », rapport présenté par le docteur Michelle Plachot, chargée de recherche à l'I.N.S.E.R.M., Laboratoire de recherche en fécondation *in vitro* et Biologie de la reproduction, Hôpital Necker-Enfants malades, Paris. C.D.B.I./S.P.K. (96) 14.
- [13] Voy. l'avis du groupe consultatif d'éthique de la santé et du droit de la santé du Conseil d'hygiène des Pays-Bas du 16 juin 1995 (11, La Haye, p. 12).
- [14] « Projet de 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 », Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 1996, *DIR/JUR* (96) 7.
- [15] Au cours du troisième symposium sur la bioéthique du Conseil de l'Europe (Strasbourg, 15-18 déc. 1996), relatif à l'assistance médicale à la procréation et à la protection de l'embryon humain, le rapport de Michelle Plachot sur les aspects techniques du diagnostic génétique préimplantatoire révèle que « La détermination du sexe des embryons dans le but de ne replacer *in utero* que les embryons de sexe féminin a été réalisée chez les couples à risque de transmettre des anomalies génétiques liées à l'X telles que la myopathie de Duchenne. La technique initialement utilisée pour la détermination du sexe était la p.c.r. Cette technique induit la production spécifique *in vitro* de multiples copies d'un segment de d.n.a. défini (sur les chromosomes X et Y). Aujourd'hui, de plus en plus, la technique d'hybridation *in situ* (F.I.S.H.), avec des sondes reconnaissant des sites spécifiques des chromosomes X et Y est utilisée dans la détermination du sexe des embryons. Seuls seront transférés les embryons montrant deux signaux X et aucun signal Y. Les résultats mondiaux de la détermination du sexe par d.p.i. montrent que sur 75 couples entrant dans ce protocole, 24 grossesses ont été obtenues (21,2% de grossesses par ponction ovocytaire, 25,3% par transfert embryonnaire), ayant conduit à la naissance de 21 filles normales.
- [16] Marleen Finoulst, « Familles monoparentales et couples homosexuels — Spermatozoïde anonyme », *Le journal du médecin*, 10 déc. 1996, p. 18.
- [17] L'article 318, § 4, du Code civil stipule expressément que « La demande n'est pas recevable si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence ».
- [18] Marie-Luce Delfosse, « Quelles normes pour les activités médicales », *Rev. gén.*, n° 10, oct. 1996, p. 51.
- [19] La loi française du 29 juillet 1994 exige que le couple recevant la procréation médicalement assistée soit « vivant et en âge de procréer » (art. L. 152-2 a nouv., C. de santé publique).
- [20] G. Cornu, Droit civil, « La Famille », *Précis Domat*, Paris, éd. Montchrestien, 1984, p. 421.
- [21] E. Cadou, « La biologisation du droit de la filiation », in *Le droit saisi par la biologie — Des juristes au laboratoire*, sous la direction de Catherine Labrusse-Riou, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1996, p. 31.
- [22] « Cette fois, les enjeux ne sont plus interpersonnels, mais culturels et sociaux. Que devient une société qui, en certaines de ses pratiques, ouvre la possibilité d'identifier la lutte contre la mort à son déni? Comment de telles pratiques façonnent-elles le désir des individus et comment leur permettent-elles de se structurer en faisant la part de l'imaginaire et du réel? Répondre à ces questions excède la compétence du seul médecin comme celle de tout autre professionnel ou individu. Seul l'effort d'élucidation conjugué des médecins, des spécialistes des sciences de la vie, des sciences humaines et de l'ensemble de ceux qui se préoccupent des valeurs d'une société d'une culture et des familles de pensée permet de discerner les enjeux de telles pratiques médicales et d'élaborer progressivement une réponse », Marie-Luce Delfosse, « Quelles normes pour les activités médicales », *Rev. gén.*, n° 10, oct. 1996, p. 52.
- [23] Prof. F. Leroy, chef de la Clinique de procréation assistée — Hôpital Saint-Pierre — U.L.B., Bruxelles, « Procréation assistée : impact social et implications génétiques », *Medisearch*, 1994, n° 81, p. 14.
- [24] A. Delbaere, C. Rodesch et Y. Englert, « Le point sur le syndrome d'hyperstimulation ovarienne », *Rev. méd. Brux.*, n° 16, 1995, pp. 354 à 360.
- [25] Un tel système existe déjà en France où les Centres d'étude et de conservation du sperme (C.E.C.O.S.) sont tenus à la fois de respecter des règles rigoureuses de fonctionnement et d'observer une réelle transparence de leurs résultats publiés annuellement par la Fédération française des C.E.C.O.S. représentant les centres auprès des pouvoirs publics.

- [26] Belrap, a.s.b.l., siège : Laboratoire gynécologie, Hôpital Saint-Pierre, rue Haute, 322, 1000 Bruxelles.
- [27] Ce rapport, dernier en date, a été publié avec un certain retard, en raison à la fois du changement de président du Belrap et de certains problèmes dans l'analyse des données. Il est à remarquer que seuls 13 des 17 centres membres de l'association ont communiqué leurs données pour 1994.
- [28] Le nombre d'essais par F.I.V. « classiques » n'ayant augmenté que de 12%, alors que la pratique de l'I.C.S.I. a augmenté de 80%. Néanmoins, les données varient fortement de centre à centre. L'I.C.S.I. étant une technique relativement neuve, tous les centres n'ont pu immédiatement l'intégrer.
- [29] Gilda Nicolau, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Presses universitaires de Bordeaux, 1991, p. 253.
- [30] *J.L.M.B.*, 1996, 1182.
- [31] Voy., en ce sens, Jacques Massip, « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », *Rép. Defrénois*, 1995, p. 74.
- [32] Il paraît raisonnable, dans la logique de cette illicéité reconnue, d'interdire également les conventions préalables à celles visant la procréation pour le compte d'autrui et qui auraient été conclues, par exemple, en vue d'une adoption subséquente (voy. Y. Chartier, note sous Civ., 1^{re} ch., 24 juin 1994).
- [33] M.-Th. Meulders, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, p. 645.
- [34] Voy. Isabelle Florentin, « Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître », in *Le droit saisi par la biologie — Des juristes au laboratoire*, sous la direction de Catherine Labrusse-Riou, L.G.D.J., 1996, p. 109.
- [35] A. Mauron, « La législation sur les procréations médicalement assistées et l'article 24^{novies} de la Constitution », *M. & H.*, 25 oct. 1995, p. 2154 (à propos de la législation suisse).
- [36] Jacques Testart, « Biomédecine et société — Ethique n'est pas technique », *Le Monde diplomatique*, nov. 1995, p. 32.
- [37] *Intra-cytoplasmic sperm injection*.
- [38] Renee Reijo, Raaji K. Alagapan, Pasquale Patrizio, David C. Page, « Severe oligozoospermia resulting from deletions of azoospermia factor gene on Y chromosome », *The Lancet*, vol. 347, 11 mai 1996; Suzan Mayor, « Technique for treating infertility may be risky », *B.M.J.*, vol. 313, 3 août 1996; Randy S. Morris, Norbert Gleicher, « Genetic abnormalities, male infertility and I.C.S.I. », *The Lancet*, vol. 347, 11 mai 1996.
- [39] Le diagnostic génétique peut intervenir et intervient en pratique de plus en plus souvent, à différents stades du développement d'un être humain :
- *Au stade préconceptionnel* : de futurs parents angoissés à l'idée de transmettre certaines affections génétiques à leur descendance, en raison, éventuellement, de certains antécédents familiaux, peuvent avoir recours au diagnostic génétique. Le résultat mettant à jour un risque de transmission pourrait avoir, le cas échéant, une incidence décisive sur certains choix procréatifs (les concernés pourraient, par exemple, décider de ne pas procréer, ou de recourir aux techniques de procréation médicalement assistées avec donneur tiers ...).
 - *Au stade préimplantatoire*, dans le cadre des pratiques de fécondation in vitro, il est assez fréquent de pratiquer sur les embryons développés in vitro des tests génétiques visant à choisir parmi eux ceux qui devront être réimplantés.
 - *Le diagnostic prénatal*, quant à lui, intervient au cours de la grossesse pour déceler les maladies foetales éventuelles. Lorsque le résultat est positif, c'est, bien souvent, l'avortement qui est envisagé. « Naître ou ne pas naître », telle est la question que se posent les parents, les médecins et la société au sujet des embryons, enfants, patients et citoyens potentiels.
 - *Le diagnostic probabiliste de prédisposition* se pratique après la naissance, au cours de la vie de l'individu. Il consiste à évaluer, avec une marge d'incertitude plus ou moins large, les risques de survenance, dans un temps bien souvent indéterminé, de certaines maladies graves.
 - *Le diagnostic présymptomatique* vise à mettre en évidence chez un individu l'existence de certaines anomalies génétiques avant la manifestation clinique de la pathologie. Ces diagnostics concernent des maladies dont le risque de survenue chez les personnes porteuses de la mutation est très élevé.

