

Valérie Junod / Dorothea Wunder / Samia Hurst

Procréation médicalement assistée & Préservation de la fertilité

Enjeux juridiques et éthiques

Wenn junge oder jüngere Patientinnen und Patienten infolge einer Krankheit oder medizinischen Behandlung in ihrer natürlichen Fortpflanzungsfähigkeit eingeschränkt sind oder diese ganz verlieren, bietet ihnen die Medizin verschiedene Techniken, um ihre Fruchtbarkeit zu bewahren. Jedoch schränkt das schweizerische Regelwerk gewisse Optionen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ein. Der Beitrag zeigt auf, was möglich und was in der Schweiz verboten ist, und empfiehlt eine Ausweitung der rechtlich zugelassenen Massnahmen. (as)

Beitragsarten : Beiträge

Rechtsgebiete : Gesundheitsrecht, Fortpflanzungsmedizin

Zitiervorschlag : Valérie Junod / Dorothea Wunder / Samia Hurst, Procréation médicalement assistée & Préservation de la fertilité, in : Jusletter 27. August 2018

Table des matières

1. L'étape de prélèvement de gamètes
2. L'analyse génétique des gamètes
3. L'étape de stockage des gamètes
4. L'analyse génétique de l'embryon in vitro (ou diagnostic préimplantatoire « DPI »)
5. L'étape de fécondation et d'implantation
 - a. Un couple vivant et capable de discernement
 - b. Un couple hétérosexuel
 - c. L'âge des parents
 - d. Une situation personnelle favorable à l'enfant
6. Les situations complexes où parenté juridique et parenté génétique sont dissociées
 - a. Le don de sperme
 - b. Le don d'ovules
 - c. Le don d'embryons
 - d. La maternité de substitution ou gestation pour autrui (GPA)
7. Conclusions

[Rz 1] Différentes maladies¹ et certains traitements médicaux² peuvent avoir pour conséquence une baisse de la fertilité, voire plus rarement une incapacité à procréer. Le cas statistiquement le plus répandu est sans doute le cancer.³ Comme les cancers se guérissent de mieux en mieux et que parallèlement, les femmes donnent naissance à leur premier enfant à un âge de plus en plus avancé,⁴ la question de la préservation de la fertilité prend une importance accrue.⁵ Ainsi, vu l'importance qu'accordent la plupart des individus à pouvoir fonder une famille, les médecins se préoccupent le plus tôt possible du maintien de la fertilité de leurs patients.⁶ Dans certains centres⁷, les médecins évoqueront par exemple avec les parents d'un garçon de quatre ans, qui doit subir une chimiothérapie pour une leucémie, les mesures qui peuvent être prises immédia-

¹ Des différents cancers, certaines maladies auto-immunes, des endométrioses sévères, des pathologies génétiques peuvent induire une insuffisance ovarienne précoce. Cf. MARIE-MADELEINE DOLMANS / JACQUES DONNEZ, Indications for fertility preservation in women from malignant diseases to benign conditions to age-related fertility decline, *Minerva Ginecologica*, 2018 (dernière consultation en juillet 2018).

² Par exemple des chimiothérapies utilisant le médicament cyclophosphamid, Cf. DOROTHEA WUNDER / LUCIEN PEREY, pour le Réseau Romand Cancer et Fertilité, Recommendations of the French speaking part of Switzerland on fertility preservation in cancer patients, *Swiss Medical, Weekly* 142 :w13645, 2012.

³ Voir JACQUES DONNEZ / MARIE-MADELEINE DOLMANS, Fertility Preservation in Women, *New England Journal of Medicine* 378(4) 2018, pp. 400–440; également U.S. National Cancer Institute, Fertility Preservation Options for Girls and Women, sous www.cancer.gov/about-cancer/treatment/side-effects/fertility-women.

⁴ L'âge moyen de la mère à la naissance de son premier enfant, qui était d'environ 25 ans dans les années 70, atteint 31 ans en 2016. Office fédéral de la statistique, page web intitulée « Fécondité », sous www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/naissances-deces/fecondite.html.

⁵ Cf. MATTEO LAMBERTINI et al., Cancer and fertility preservation : international recommendations from an expert meeting, *BMC Medicine* 14 :1, 2016. Les auteurs ajoutent : « [t]he threat or experience of treatment-related infertility can lead to psychological distress, and many patients are interested in maintaining fertility and future reproductive function at the time of cancer diagnosis. Moreover, fertility concerns may also substantially affect their treatment decisions. Thus, great attention to fertility issues is warranted at the time of cancer diagnosis ».

⁶ Les recommandations internationales sont unanimes pour préconiser de mener *le plus tôt possible* la discussion sur les options ouvertes aux patients adultes ou mineurs. Voir notamment American Society of Clinical Oncology (ASCO), Fertility preservation in patients with cancer, 2018; EPHIA YASMIN et al., on behalf of the British Fertility Society, Fertility preservation for medical reasons in girls and women : British fertility society policy and practice guideline, *Human Fertility*, 21 :1, 3–26, 2018; FATIMA CARDOSO et al., The European Society of Breast Cancer Specialists recommendations for the management of young women with breast cancer, Position Paper, *European Journal of Cancer* 48, 3355–3377, 2012.

⁷ Il n'y a pas de données publiques indiquant quel centre offre quelle technique de préservation de la fertilité, d'autant que certaines techniques peuvent être jugées risquées au point que le rapport bénéfice/risque doit être évalué avec précaution, voire nié.

tement pour préserver ses chances de donner naissance à son enfant (génétiquement apparenté) dans un futur pourtant éloigné.⁸ Les interventions médicales disponibles pour sauvegarder ces chances sont en constant développement⁹. On citera notamment la biopsie testiculaire chez les garçons¹⁰ et la congélation du tissu ovarien chez les fillettes¹¹ – deux techniques considérées comme prometteuses.

[Rz 2] Sur le terrain du droit et de l'éthique, certaines normes ont pour effet de faciliter la procréation, en l'occurrence le plus souvent une forme de procréation médicalement assistée (PMA);¹² d'autres y font cependant obstacle. Le présent article a pour but d'examiner ce que le droit suisse (principalement la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée [LPMA]¹³) permet, respectivement interdit, tout en accompagnant cette analyse d'un point de vue éthique. Le présent article est divisé en six chapitres, le premier portant sur le prélèvement des gamètes,¹⁴ le second sur leur analyse, le troisième sur leur stockage, le quatrième sur l'analyse de l'embryon, le cinquième sur l'étape de fécondation et d'implantation, le sixième sur les situations complexes où parenté juridique et génétique sont dissociées. Les différentes techniques y sont donc examinées dans l'ordre selon lequel elles entrent en considération dans le parcours d'un patient. Pour chaque thème abordé, l'article précise le régime découlant de la loi révisée au 1^{er} septembre 2017, tout en rappelant le régime précédent.¹⁵ La conclusion (chapitre 7) plaide pour une approche réglementaire fondée sur la pesée des intérêts des individus concernés, avec l'accent mis sur les personnes plus vulnérables ; cette pesée doit tenir compte des connaissances scientifiques les plus avancées, notamment sur le plan sociologique.

⁸ Sur la cryoconservation d'une biopsie testiculaire, voir MICHAEL JUREWICZ et al., Fertility Preservation in Pubertal and Pre-Pubertal Boys with Cancer. *Pediatric Endocrinology Reviews*, 15(3) :234–243, 2018.

⁹ Malheureusement, il n'existe pas (non plus) en Suisse de statistiques sur leurs recours. Si les statistiques en lien avec la PMA en général sont largement disponibles, celles-ci n'indiquent pas si le recours à la PMA est dû à une stérilité causée par une maladie donnée ou par le traitement d'une maladie.

¹⁰ Cf. JESSICA M. MING et al., Cryopreservation of testicular tissue in pre-pubertal and adolescent boys at risk for infertility : A low risk procedure, *Journal of Pediatric Urology*, 2018.

¹¹ Cf. KRISTINE S. CORKUM et al., A review of reported surgical techniques in fertility preservation for prepubertal and adolescent females facing a fertility threatening diagnosis or treatment, *American Journal of Surgery* 214(4), 2017, pp. 695–700 ; CHANTAE SULLIVAN-PYKE et al., Ovarian tissue cryopreservation (OTC), in prepubertal girls and young women : an analysis of parents' and patients' decision-making, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 2018.

¹² Voir la définition à l'art. 2 let. a de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (LPMA ; RS 810.11).

¹³ La LPMA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Sur son historique controversée lié à une initiative populaire prônant l'interdiction de la plupart des techniques et rejetée par le peuple en mars 2000, voir B. F. BOURRIT, Procréation médicalement assistée, *Revue des médecins suisses*, 707 (2002). Cette loi fait suite à l'adoption par le peuple en mai 1992 de l'article 24^{novies} (à l'époque ; aujourd'hui l'art. 119) de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

¹⁴ Voir la définition à l'art. 2 let. e LPMA.

¹⁵ D'abord, l'art. 119 de la Constitution avait été modifié par le Parlement en décembre 2014. La modification avait été acceptée par le peuple et les cantons lors du référendum (obligatoire) du 14 juin 2015. Ensuite, le référendum facultatif a été demandé contre la loi révisée votée par le Parlement le 12 décembre 2014. Le 5 juin 2016, 62,4% des votants ont accepté la révision proposée ; ce n'est que dans quatre cantons qu'une majorité de la population s'est prononcée contre.

[Rz 3] Le présent article n'aborde en revanche pas les thèmes liés aux techniques jugées encore très expérimentales, notamment la transplantation de tissus ovariens,¹⁶ d'utérus¹⁷ ou la modification génétique mitochondriale ;¹⁸ de même, la question du bébé médicament ou bébé sauveur demeure hors champ ; les aspects afférents à la prise en charge par les assurances sociales – thème au demeurant délicat – ne sont pas traités.

1. L'étape de prélèvement de gamètes

[Rz 4] Lorsqu'un trouble médical ou son traitement médical risque d'endommager les fonctions reproductives du patient, une option est de faire un prélèvement de gamètes pour les stocker en vue d'une possible future PMA.¹⁹ Si le patient est pubère, des spermatozoïdes, respectivement des ovules, sont prélevés. Le prélèvement de spermatozoïdes par éjaculation ne soulève aucun acte invasif, contrairement à la situation chez le garçon/la fille prépubère (tissu testiculaire respectivement ovarien), mais peut être difficile chez les jeunes adolescents en raison des sentiments de gêne. Pour prélever des ovules chez la patiente après la ménarche, une stimulation ovarienne préalable au moyen de médicaments (injections d'hormones sous-cutanées pendant 10 à 12 jours) est nécessaire. En pratique, le prélèvement des ovules peut être effectué après la ménarche, mais la nécessité d'examen par voie vaginale (notamment échographies et prélèvement des ovocytes) peut constituer un obstacle social et psychologique pour la patiente vierge. Si la patiente est prépubère, un prélèvement de tissu ovarien chez les filles ou de pulpe testiculaire chez les garçons est envisageable, même si ces techniques sont considérées encore expérimentales.²⁰

[Rz 5] Le prélèvement de gamètes (ovules ou spermatozoïdes) en vue d'une PMA est admis en droit suisse. Il en va de même pour le prélèvement de tissus reproductifs. Il n'est que partiellement régi par la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, celle-ci visant essentiellement l'étape de conservation.²¹ Cette loi ne règle pas spécifiquement le consentement à un prélèvement. Ce sont donc les règles usuelles du droit médical, en particulier celles du Code civil (CC), qui s'appliquent. Ainsi, lorsque le patient est considéré capable de discernement, il accepte seul le prélèvement proposé par ses médecins, même s'il est mineur et même si ses parents

¹⁶ Sur ce sujet, voir LAMBERTINI et al. (nbp. 5) ; également MICHEL DE Vos et al., Fertility preservation in women with cancer, *The Lancet* 384, 2014, pp. 1302–1310 ; G. DE LAMBERT et al., Preservation of future fertility in pediatric patients with cancer, *Journal of Visceral Surgery*, 2018.

¹⁷ A ce sujet, voir la prise de position de la Commission nationale (suisse) d'éthique dans le domaine de la médecine humaine (CNE), 29/2018.

¹⁸ Lorsqu'une technique est expérimentale, se pose la question de savoir si elle doit être mise en œuvre dans le cadre d'une recherche soumise à la Loi fédérale sur la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011 (RS 810.30 ; LRH). Si la réponse est positive, des règles plus strictes s'appliquent tant pour l'obtention du consentement préalable du sujet de recherche (consentement par le sujet adulte capable de discernement, consentement par son représentant légal ou les deux dans le cas de mineurs capables de discernement) que pour la mise en place du projet (rédaction d'un protocole, autorisation par une commission d'éthique, voire par une autorité fédérale, suivi des risques au cours de la recherche, rédaction d'un rapport).

¹⁹ La PMA est ouverte notamment aux couples stériles lorsque les autres traitements de l'infertilité ont échoué ou sont d'emblée vains. Art. 5 let. a LPMA.

²⁰ Voir MARIE McLAUGHLIN et al., Metaphase II oocytes from human unilaminar follicles grown in a multi-step culture system, *Molecular Human Reproduction* 24 :3, 2018 ; ROSALIND J. McDUGALL et al., Ethics of fertility preservation for prepubertal children : should clinicians offer procedures where efficacy is largely unproven, 44 *Journal of Medical Ethics* 2018, pp. 27–31.

²¹ Cf. art. 15 et 16 LPMA.

sont d'un autre avis.²² S'il est incapable de discernement (personne mineure, voire majeure), ses représentants légaux (typiquement les parents dans le cas d'un enfant) décident pour lui en se basant sur le critère de l'intérêt présumé de la personne (critère correspondant en large partie au principe de bienfaisance en bioéthique). Dans la mesure où l'enfant dispose tout de même de facultés intellectuelles et volitives partielles, il est associé à la prise de décisions ; il n'a cependant pas de droit de veto dans la mesure où sa (pleine) capacité de discernement est niée.

[Rz 6] L'âge de la capacité de discernement n'est fixé ni dans la loi, ni dans la jurisprudence, mais dépend des circonstances, soit principalement la maturité propre à l'enfant et la complexité de la décision à prendre. Il est cependant de plus en plus admis qu'en matière médicale, la capacité de discernement est acquise dans la plupart des cas vers l'âge de 13–14 ans,²³ en tout cas lorsque l'intervention n'a pas des conséquences irréversibles.²⁴ En l'occurrence, si le choix est en faveur du prélèvement, il n'emporte que des contraintes et des risques limités, de sorte qu'il se justifie pleinement de l'ouvrir aux mineurs capables. Si, à l'inverse, l'enfant mineur capable se prononce contre le prélèvement, son choix a pour effet *a priori* irréversible (en l'état de la science) d'exclure la naissance future d'un enfant génétiquement apparenté ; il devrait néanmoins être respecté, même contre l'avis des parents, dès lors que la capacité de discernement a été préalablement admise. En effet, selon le principe éthique d'autonomie, le choix d'une personne capable de se prononcer en toute connaissance de cause doit être respecté, quels que soient son âge et l'impact de ladite décision.²⁵

[Rz 7] La situation est plus délicate lorsque les parents se prononcent contre les mesures de maintien de fertilité chez le jeune patient.²⁶ Dans ce cas, il peut sembler déraisonnable de ne pas préserver l'option de procréer pour la personne, encore trop jeune, mais qui tôt ou tard acquerra la capacité de discernement et pourra vouloir fonder une famille. Il a ainsi été avancé dans d'autres contextes que les choix des parents pour leur enfant doivent ménager la possibilité pour ce dernier de faire plus tard des choix différents.²⁷ Il faut alors que les parents qui refusent lesdites mesures fassent valoir des arguments particulièrement solides pour que leur choix paraisse bel et bien dicté par le bien de l'enfant. Tel peut être le cas lorsque les mesures médicales ont des risques non négligeables, ont des chances de succès faibles ou risquent de ralentir la mise en œuvre d'un traitement urgent.

[Rz 8] Un autre enjeu éthique tient à la difficulté de communiquer, respectivement d'assimiler, l'information médicale sur les risques et les bénéfices du prélèvement. Au moment où cette information est communiquée au patient et/ou à sa famille, le contexte est déjà rendu difficile par l'angoisse et le choc du diagnostic. Il y a parfois urgence à débiter le traitement thérapeutique

²² Il s'agit là – par excellence – d'un droit strictement personnel, de sorte que le critère pertinent est la capacité de discernement, et non pas l'âge légal de la majorité (cf. art. 19c al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC ; RS 210]).

²³ Cf. ATF 134 II 235 du 2 avril 2008.

²⁴ Comparer avec la Loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes du 17 décembre 2004 (RS 211.111.1).

²⁵ Sur ces difficultés, voir LEENA NAHATA et al., Fertility preservation discussions with male adolescents with cancer and their parents, *JAMA Pediatrics*, 2018.

²⁶ Voir TIMOTHY FREDRIC MURPHY, Parents' choices in banking boys' testicular tissue, *Journal of Medical Ethics* 36 :12, 2010, pp. 806–809 ; aussi ROSALIND J. McDOUGALL et al., Ethics of fertility preservation for prepubertal children : should clinicians offer procedures where efficacy is largely unproven, *Journal of Medical Ethics* 44, 2018, pp. 27–31.

²⁷ Voir sur ce point VARDIT RAVITSKY *Genetics and Education : the ethics of shaping human identity*, *Mount Sinai Journal of Medicine*, 69(5), 2002, pp. 312–316.

destiné à soigner ou à atténuer la maladie. Les questions de procréation future viennent alors s'ajouter aux nombreuses décisions que le patient et sa famille doivent prendre pour traiter la maladie. De surcroît, ces questions peuvent sembler très lointaines, notamment lorsque l'enfant est encore jeune. Elles peuvent de surcroît paraître non prioritaires au moment où la vie du patient est en danger et l'urgence consiste à la sauver. Dès lors, la famille peut craindre que repousser le traitement thérapeutique de quelques jours ou de quelques semaines (pour permettre le prélèvement) est trop dangereux pour un bénéfice trop lointain. Les choix effectués dans un état d'urgence et de stress peuvent ensuite être regrettés lorsque le patient est rétabli.

[Rz 9] L'information médicale à fournir est au demeurant complexe, d'autant plus qu'il demeure de nombreuses incertitudes scientifiques. L'équipe médicale doit notamment indiquer les risques d'atteinte à la fertilité,²⁸ ainsi que les chances qu'un traitement conservateur de la fertilité aboutisse à la naissance d'un enfant (une fois la décision de procréer prise). Or ces chances sont très difficiles à calculer, encore plus lorsque la décision de procréer n'interviendra que dans une ou deux décennies. Fournir une fourchette qui irait par exemple de 5% à 50% (i.e., les chances de donner naissance à un bébé) ne facilite guère le choix libre et éclairé du patient ou de ses représentants. La décision devient encore plus complexe s'il faut choisir entre différentes techniques, par exemple choisir entre la congélation d'ovules ou d'ovules imprégnés dans le cas d'une patiente déjà en couple ou choisir entre un ou plusieurs cycles de stimulation pour parvenir à un nombre « optimal » d'ovules. A l'incertitude scientifique vient s'ajouter l'incertitude légale, car il n'est jamais certain que le patient remplira, le moment venu, les conditions exigées en Suisse par la LPMA pour une fécondation et une implantation (voir *infra* chapitre 5).

[Rz 10] Le principe d'autonomie est jugé fondamental en bioéthique et les choix reproductifs ouverts par le maintien de la fertilité revêtent une grande importance pour les patients.²⁹ La mise en oeuvre de cette autonomie et son exercice se révèlent cependant ardues dans le contexte particulier des mesures de maintien de la fertilité. En pratique, le défi tenant à la complexité du choix est surmonté, ou du moins soutenu, par la présence d'une équipe interdisciplinaire ayant pour mission d'accompagner le patient et/ou sa famille dans leur compréhension des options et des enjeux et dans l'élaboration de leurs choix. Des directives médicales claires pour ces discussions manquent cependant à l'heure actuelle.³⁰ Le partage d'expérience d'équipes régulièrement confrontées à ces situations est dès lors précieux.

2. L'analyse génétique des gamètes

[Rz 11] Le droit suisse n'interdit pas que les gamètes prélevés soient analysés génétiquement pour identifier des gènes liés ou associés à des maladies.³¹ Cependant, il n'est pas possible de tester un spermatozoïde *in vitro* sans le détruire. On peut par contre effectuer une analyse génétique

²⁸ Voir à ce sujet JENNIA MICHAELI et al., Fertility preservation in girls. *Obstetrics and Gynecology International*, 34, 2012. Pour un exemple de listes de points à aborder avec le ou la patiente, voir par ex. Royal College of Nursing, Fertility preservation, Clinica professional resource, 2017.

²⁹ Voir JULIA F. TAYLOR / MARY A. OTT, Fertility Preservation after a Cancer Diagnosis : A Systematic Review of Adolescents', Parents' and Providers' Perspectives, Experiences, and Preferences, *Journal of Pediatric and adolescent gynecology* 29(6) 2016, pp. 585-98.

³⁰ Voir DORIT BARLEVY et al., Adolescent oncofertility discussions : Recommendations from a systematic literature review, *AJOB Empirical Bioethics* 8(2) 2017, pp. 106-15.

³¹ Voir l'art. 5a al. 1 LPMA pour les limites.

(AG) sur un ovule *in vitro* sans le détruire en réalisant l'AG sur les globules polaires lors de la division cellulaire (contenant le matériel génétique comparable au noyau de l'ovule); on peut également imaginer que des tests plus sophistiqués viennent à être développés. S'ils devaient l'être, les personnes ayant recours à la PMA dans le cadre de mesures de maintien de la fertilité seraient vraisemblablement intéressées à en bénéficier. En effet, bon nombre de ces patients voient leur fertilité affectée par une maladie causée ou favorisée par une anomalie génétique ou par son traitement. On pense par exemple à la jeune fille qui suit une chimiothérapie pour un cancer du sein précoce associé au gène BRCA1. Celle-ci peut légitimement vouloir éviter la transmission du gène à sa descendance; si la science le permettait, la jeune fille demanderait probablement à ce que ses ovules soient testés pour écarter ceux porteurs du gène délétère. En aurait-elle le droit ?

[Rz 12] L'entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2017 de la LPMA révisée a rendu plus strictes les conditions pour effectuer une AG sur des gamètes. A teneur de l'art. 5a al. 1 de la Loi révisée, « [l']analyse du patrimoine génétique de gamètes et leur sélection dans le but d'influer sur le sexe ou sur d'autres caractéristiques de l'enfant ne sont autorisées que pour détecter des caractéristiques chromosomiques susceptibles d'entraver la capacité de se développer du futur embryon³² ou si le risque de transmission d'une prédisposition à une maladie grave ne peut être écarté d'une autre manière ».

[Rz 13] Cette notion de « maladie grave » est difficile à interpréter. Contrairement au diagnostic préimplantatoire (DPI; à ce propos voir *infra* chapitre 4), il ne s'agit pas ici de tests génétiques effectués sur un embryon, mais de tests menés sur des gamètes (en l'occurrence des ovules). Le test, s'il aboutit à un diagnostic de maladie (ou plus correctement au constat de gènes anormaux), n'aboutit en aucun cas à la destruction d'un embryon. Dès lors, même pour ceux qui estiment que l'embryon (même *in vitro*) jouit d'une dignité à protéger, voire qu'il est une personne à part entière,³³ les arguments invoqués contre le DPI ne trouvent pas application. Deux arguments résiduels sont encore invoqués à l'encontre des analyses de gamètes. D'une part, l'on craint que la sélection soit utilisée pour donner naissance à des enfants de plus en plus « parfaits » (par ex. exclure la naissance d'enfants daltoniens) ou à des enfants correspondant aux désirs « futiles » de leurs parents (ex. exiger la naissance d'un bébé aux yeux bleus). D'autre part, les milieux défendant les intérêts des personnes handicapées redoutent que celles-ci soient moins bien accueillies par la société (par ex. réduction de l'offre de soins médicaux, pharmaceutiques et sociaux), si le nombre de personnes naissant avec des handicaps vient à diminuer notablement.

[Rz 14] À notre avis, la pesée des intérêts doit aboutir à privilégier les intérêts du futur parent qui cherche à éviter des souffrances à sa descendance et à sa famille. La femme ayant souffert d'un cancer du sein à l'âge de 20 ans a un intérêt prépondérant à éviter que sa fille en souffre également – par rapport à l'intérêt susmentionné de la société à compter une diversité d'individus atteints de troubles génétiques.³⁴ La souffrance physique ou psychique, de même que la diminution de la qualité de vie de l'enfant à naître, voire de son entourage, doivent peser plus lourd que le risque d'une prise en charge étatique diminuée des personnes malades ou handicapées, d'autant plus

³² Pour la définition de l'embryon, voir l'art. 2 let. i LPMA.

³³ Sur ces questions, voir par ex. DOMINIQUE MANAI, *L'embryon face au droit : une entité polymorphe à géométrie variable*, in : Jusletter 19 janvier 2009.

³⁴ Voir BENJAMIN JACOBS, *Is there a moral obligation to select healthy children?*, *Journal of Medical Ethics* 41(8) 2014, pp. 696–700.

que cette menace reste tout à fait théorique en Suisse et qu'elle peut être écartée par d'autres moyens.

[Rz 15] En revanche, la pesée des intérêts ne serait pas en faveur du droit à l'autonomie de la mère si l'AG effectuée sur ses gamètes ne visait pas à éviter une maladie dont souffrirait le futur enfant, mais devait servir à assurer chez lui des qualités esthétiques (ex. enfant blond). Certes, pareille situation est hautement hypothétique aujourd'hui. Mais, en supposant que la science évolue dans ce sens, il se justifierait de protéger l'enfant qui pourrait se sentir instrumentalisé par son parent au motif qu'il a été « adapté » aux goûts de celui-ci. En d'autres termes, l'enfant pourrait souffrir, sachant que son parent n'était pas prêt à accepter chez lui certaines caractéristiques (ex. cheveux bruns, yeux noirs), pourtant sans incidence sur sa santé ou son bien-être. La souffrance psychologique potentielle du futur enfant pèse plus lourd que la satisfaction esthétique ou la vanité du parent. Entre le principe d'autonomie du parent et le principe de bienfaisance vis-à-vis de l'enfant à naître, le premier doit céder.

[Rz 16] Évidemment, nous sommes conscientes que la frontière entre les caractéristiques avec ou sans incidence sur la santé n'est pas toujours nette. La médecine esthétique est un pan reconnu de la médecine ; on recolle les oreilles décollées des enfants, on reconstitue les poitrines abimées des femmes, on retire les doigts en trop des enfants polydactyles. Comment décider le seuil à partir duquel une caractéristique physique s'écarte trop de la norme et nécessite un traitement conçu comme médical ? Comme la question ne peut recevoir une réponse objective, l'intention du parent devrait servir de critères dans les cas incertains. Si le parent agit pour éviter une souffrance qu'il craint pour son enfant, l'analyse se justifie vraisemblablement car le risque que le futur enfant se sente ensuite instrumentalisé est faible. A l'inverse, ce risque est élevé si le parent agit avant tout « pour mettre toutes les chances du côté » de l'enfant. Le fait que des entretiens d'information et de conseil aient lieu systématiquement avant toute analyse génétique des gamètes (ou des embryons) peut aider l'équipe médicale à mieux cerner les motifs des futurs parents.³⁵

3. L'étape de stockage des gamètes

[Rz 17] Une fois les gamètes prélevés, ils peuvent être immédiatement utilisés pour créer un embryon ou ils peuvent être conservés en vue d'une PMA ultérieure. Souvent, les médecins recommandent à leurs patients une période d'attente (un à deux ans) après la fin du traitement requis par leur maladie avant d'envisager une procréation ; toutefois, il n'existe pas de directive sur le délai d'attente idéal.³⁶

[Rz 18] La mise en conservation des spermatozoïdes implique de les congeler, technique sur laquelle on dispose d'un recul scientifique important, de sorte que les risques sont considérés minimes. La conservation des ovules passe par leur vitrification, une technique plus récente, plus délicate, mais qui donne cependant de bons résultats (taux de survie et de fécondation des ovules ainsi que taux de grossesse) ; elle est, en l'état actuel des connaissances, sans risques pour les enfants futurs.

³⁵ Art. 6a LPMA sur les informations et conseils à fournir avant l'analyse.

³⁶ Voir LAMBERTINI et al. (nbp. 5).

[Rz 19] La LPMA régleme la conservation des gamètes, qu'il s'agisse de spermatozoïdes ou d'ovules,³⁷ en fixant la durée maximale de conservation à 5 ans, renouvelable une fois d'une période de 5 ans.³⁸ Cependant, si les gamètes sont prélevés lors d'un traitement médical susceptible d'endommager le système reproductif du patient, ils peuvent légalement être conservés sans limite temporelle – pour autant que le patient (respectivement son représentant légal si le premier est incapable de discernement) en fasse la demande³⁹. Le délai demeure en revanche de 5 ans, renouvelable de 5 ans, si la PMA est entreprise afin d'éviter la transmission d'une maladie génétique du patient à sa descendance ou s'il y est recouru pour pallier les suites d'une maladie ayant affecté le système reproductif du patient.

[Rz 20] Même si elle favorise les patients bénéficiant de mesures de préservation de la fertilité en lien avec un traitement médical ayant lésé cette dernière, cette différence de traitement dans la durée admissible de conservation paraît discutable. D'abord, on ne voit pas pourquoi un plafond serait imposé lorsqu'une maladie est la cause de la stérilité, mais pas lorsque le traitement en est la cause. L'explication semble être qu'un patient rendu infertile par un traitement médical aurait en quelque sorte droit à une forme de réparation de ce qui serait considéré comme un dommage indu. Dans les deux cas, pourtant, le patient n'est aucunement « responsable » de son infertilité ; on ne peut lui reprocher d'avoir induit tardé à « faire ses enfants ».⁴⁰

[Rz 21] Ensuite, on comprend mal la pertinence d'un délai maximal de cinq ans. Les études scientifiques ne signalent pas de danger accru pour la future mère (par ex. complications prénatales) ou pour l'enfant à naître (par ex. risque de malformations) selon que les gamètes « datent » de plus ou moins 5 ans. De même, les études scientifiques n'indiquent pas des chances de succès moindre de donner naissance à un enfant après FIV, selon la durée de conservation des gamètes. Ce n'est pas parce que l'ovule sera demeuré vitrifié pendant 10 ans qu'il sera plus délicat de le décongeler, de le féconder et d'implanter l'embryon qui en résulte.

[Rz 22] Plus généralement, ce délai de cinq ans ne vise pas – ou en tout cas pas directement – à promouvoir le recours à la FIV à un âge plus précoce. Une femme peut avoir fait cryopréserver ses ovules à l'âge de 20 ans et recourir à la PMA à l'âge de 30, tandis qu'une autre aura fait la démarche initiale à l'âge de 35 ans pour une implantation à l'âge de 45 ans.⁴¹ Le plafond de conservation est imposé indépendamment de l'âge de la mère au moment de l'implantation. La préoccupation n'est donc pas d'assurer à l'enfant des parents plus jeunes ni de réduire le risque

³⁷ Art. 15 al. 1 LPMA. La législation ne fixe pas de limites de stockage si des tissus reproductifs sont prélevés et conservés.

³⁸ Sur cette question, dans le contexte du social freezing, voir LEONIE TETTAMANTI, *Social Egg Freezing : Eine neue Herausforderung für das schweizerische Fortpflanzungsmedizinrecht*, *hill* 2013, N° 116 ; CHRISTIAN PETER, *Rechtliche, ethische und gleichstellungspolitische Aspekte des Social Freezing*, in : *Jusletter* 10 août 2015.

³⁹ Art. 15 al. 2 LPMA.

⁴⁰ Voir EMILY JACKSON, *Social' egg freezing and the UK's statutory storage time limits*, *Journal of Medical Ethics* 42(11) 2016, pp. 738–741.

⁴¹ En toute hypothèse, des gamètes ne peuvent être utilisés après le décès de la personne, quelle que soit la durée de la conservation (art. 3 al. 4 LPMA). Ainsi, des spermatozoïdes ne peuvent pas être décongelés en vue d'une fécondation après le décès de l'homme sur lequel ils ont été prélevés. Le stade décisif est celui de l'implantation de l'embryon : si la personne décède après l'implantation, la grossesse pourra alors être conduite à terme ; a contrario, si elle décède avant, l'implantation est interdite. L'implantation d'un embryon conçu au moyen du sperme d'une personne aujourd'hui décédée est interdite même si la personne avait expressément déclaré vouloir donner naissance à un enfant après son décès.

de complications de grossesse dues à l'âge de la mère enceinte. En toute hypothèse, si tel avait été l'objectif, il aurait été plus facilement atteint en limitant l'âge d'accès à la FIV.⁴²

[Rz 23] Enfin, la conservation, même pour une longue durée, ne porte pas atteinte à la dignité de quiconque, puisque ni l'ovule, ni le spermatozoïde ne jouissent de la dignité reconnue aux embryons. De nouveau, même ceux qui considèrent que l'embryon doit déjà se voir reconnaître le statut de personne ayant un intérêt à naître n'étendent pas ce raisonnement aux gamètes.

[Rz 24] La LPMA révisée de 2017 n'a pas voulu résoudre ces difficultés, vu qu'elle s'est bornée à faire passer le plafond de 5 ans à 10 ans, tout en maintenant ladite différence de traitement en faveur des personnes dont un traitement a nécessité la collecte et le stockage de gamètes. On relèvera encore que, sous le nouveau droit, la durée de conservation pour les ovules imprégnés et désormais pour les embryons est identique (5 ans + 5 ans), mais cette fois sans traitement préférentiel pour les patients devant suivre un traitement médical néfaste à leur fertilité.⁴³

4. L'analyse génétique de l'embryon in vitro (ou diagnostic préimplantatoire « DPI »)

[Rz 25] Au chapitre 2, nous avons abordé le thème des AG effectuées sur des gamètes, afin d'écartier ceux atteints d'une anomalie génétique dont on veut éviter la transmission au futur enfant. Comme expliqué, la technique est encore à un stade expérimental.

[Rz 26] La technique est en revanche bien établie s'agissant des AG sur des embryons en laboratoire (in vitro). Elle est effectuée aujourd'hui sur un prélèvement des embryons au stade de blastocyste (5 jours après la fécondation). En attendant les résultats, l'embryon (blastocyste) est congelé. Si le résultat de l'AG est rassurant, en ce sens que le ou les gènes de la ou des maladies n'ont pas été décelés sur la cellule extraite, l'embryon peut être conservé ou transféré chez la future mère. Dans le cas contraire, il est détruit.

[Rz 27] Comme on l'a déjà vu, lorsque le ou les futurs parents ont souffert d'une maladie génétique (au sens large), il est légitime qu'ils s'interrogent sur le risque de la transmettre à leur descendance et qu'ils souhaitent écartier celui-ci. Le DPI constitue alors l'alternative préférable à l'AG prénatale qui est à effectuer sur le bébé *in utero* et qui peut être suivie d'un avortement si les gènes néfastes sont décelés.⁴⁴ Aussi, le souhait de recourir à un DPI deviendra vraisemblablement de plus en plus fréquent au fur et à mesure que sont identifiées les composantes génétiques des maladies. Aujourd'hui déjà, pour reprendre l'exemple déjà mentionné, une femme qui a souffert d'un cancer du sein lié au gène BRCA1 à l'âge de 20 ans peut légitimement vouloir éviter de donner naissance à une fille porteuse du même gène. De même, un enfant ayant souffert d'une leucémie myéloïde aiguë liée à une mutation du gène *cebpa*⁴⁵ peut fort bien, à l'âge adulte, vou-

⁴² Voir aussi TETTAMANTI (nbp. 38).

⁴³ Art. 16 al. 2 LPMA.

⁴⁴ A noter toutefois que le DPI peut réduire les chances de grossesse, car il amène parfois à écartier des embryons in vitro qui auraient néanmoins été sains. C'est le cas d'embryons affectés de mosaïcisme et qui « testent positifs », alors que l'enfant né à partir dudit embryon n'aurait pas nécessairement été affecté par la maladie. Voir par ex. NORBERT GLEICHER et al., Accuracy of preimplantation genetic screening (PGS) is compromised by degree of mosaicism of human embryos, *Reproductive Biology and Endocrinology* 14 :54, 2016.

⁴⁵ Voir U.S. National Health Institutes, U.S : National Library of Medicine, Familial acute myeloid leukemia with mutated CEBPA, sous <https://ghr.nlm.nih.gov/condition/familial-acute-myeloid-leukemia-with-mutated-cebpa>.

loir éviter de donner naissance à un enfant potentiellement exposé à la même maladie. L'intérêt est également présent pour des maladies qui se déclarent plus tardivement, comme Parkinson ou Alzheimer, cependant leur origine génétique est moins claire et il n'existe pas encore de tests fiables.

[Rz 28] Sous l'ancienne LPMA, le DPI sur l'embryon *in vitro* était absolument interdit.⁴⁶ Comme il n'y avait pas d'exception, deux « solutions » s'offraient aux couples concernés. La première, déjà évoquée, était la grossesse dite à l'essai, où l'AG était effectuée sur l'enfant *in utero* afin de décider si la grossesse irait de l'avant ou serait interrompue par un avortement volontaire. La deuxième solution consistait pour les parents à se déplacer dans un pays à la réglementation plus libérale.

[Rz 29] La LPMA révisée de 2016 lève l'interdiction absolue du DPI et la remplace par un cadre strict.⁴⁷ Depuis le 1^{er} septembre 2017, il est possible en Suisse d'effectuer un DPI sur un embryon *in vitro* si les cinq conditions suivantes sont remplies :⁴⁸

- a) le DPI permet d'écarter les embryons qui sont porteurs de gènes prédisposant la personne, une fois née, à une maladie grave et incurable ; cette maladie doit être génétiquement transmise par les parents ;⁴⁹
- b) il doit être impossible d'écarter cette maladie autrement que par le DPI ;⁵⁰
- c) il n'est pas possible de « lutter contre cette maladie » déclarée chez la personne (née) par une « thérapie efficace et appropriée » ;⁵¹
- d) la maladie doit être de celles qui se déclarent « probable[ment] » avant l'âge de 50 ans » chez le patient (l'enfant à naître) ;⁵²
- e) « le couple fait valoir par écrit auprès du médecin qu'il ne peut raisonnablement encourir le risque » de transmettre à son enfant la maladie.⁵³

[Rz 30] Ces cinq conditions posent des problèmes d'interprétation et de mise en pratique. Sous l'angle éthique, elles évitent l'écueil qui aurait consisté à rédiger une liste de maladies dites « graves » dont le diagnostic est autorisé, ce qui aurait stigmatisé les personnes déjà atteintes de ces maladies.⁵⁴ En revanche, la condition que la maladie doive se déclarer avant l'âge de 50 ans semble comporter un risque semblable en signalant que les maladies touchant les personnes « âgées » sont en quelque sorte « moins dommageables ». La question de savoir si la maladie peut être traitée (« écartée autrement ») est également difficile à cerner, car on ignore s'il faut une guérison complète sans effets secondaires ou si n'importe quelle mesure qui atténue les symptômes ou diminue le risque suffit. On pense par exemple au cancer des ovaires liés à la surexpression du gène

⁴⁶ Art. 5 al. 3 aLPMA.

⁴⁷ Généralement sur la question du DPI en droit suisse, voir BERIT WEYHAUSEN, *Präimplantationsdiagnostik in der Schweiz nach Verfassungsänderung and Referendum*, in : Jusletter 28 août 2017 ; auparavant BIANKA S. DÖRR / MARGOT MICHEL, *Präimplantationsdiagnostik*, in : Jusletter 17 août 2009.

⁴⁸ Art. 5a al. 2 LPMA. Bien sûr, le couple doit avoir donné son consentement libre et éclairé. Art. 6a LPMA. Sur les problèmes liés à la qualité de l'information préalable, voir MICHELLE LYNNE LABONTE, *An analysis of US fertility centre educational materials suggests that informed consent for preimplantation genetic diagnosis may be inadequate*, *Journal of Medical Ethics* 38, 2012, pp. 479–484.

⁴⁹ Art. 5a al. 2 let. a LPMA.

⁵⁰ Art. 5a al. 2 let. a in fine LPMA.

⁵¹ Art. 5a al. 2 let. c LPMA.

⁵² Art. 5a al. 2 let. b LPMA.

⁵³ Art. 5a al. 2 let. d LPMA.

⁵⁴ Sur les différentes approches nationales et la difficulté à identifier celles qui préservent le mieux les intérêts des parties, voir notamment ROBERTO ANDORNO, *Le diagnostic préimplantatoire dans les législations des pays européens : sommes-nous sur une pente glissante ?*, *Bioethica Forum* 1(2) 2008, pp. 96–103.

BRCA1 : une mesure qui consiste à enlever l'organe qui risque d'être atteint est-elle une mesure qui écarte la maladie ? A notre avis, la réponse doit être non, car il serait choquant de forcer une femme à subir l'ablation d'un organe à un jeune âge.⁵⁵

[Rz 31] La seconde situation où le DPI est autorisé sous l'égide de la LPMA révisée est celle où la sélection d'un ou plusieurs embryons par ce biais sert à « détecter des caractéristiques chromosomiques susceptibles d'entraver la capacité de se développer » de l'embryon/fœtus⁵⁶ *in utero*.⁵⁷ L'analyse porte alors sur des maladies qui ne sont pas nécessairement génétiquement transmissibles, mais qui sont connues pour diminuer les chances que la grossesse aille à terme (analyse aussi désignée par le terme : diagnostic préimplantatoire des aneuploïdies ou DPI-A, autrefois aussi nommé screening préimplantatoire ou PGS). La principale anomalie génétique évoquée dans ce contexte est la trisomie (13, 18, mais aussi 21). En effet, on sait que les fausses couches sont plus fréquentes lorsque l'embryon/fœtus est atteint d'une de ces anomalies ou d'une autre aneuploïdie. Le but déclaré est donc d'accroître les chances de la PMA en permettant la sélection des embryons les plus susceptibles d'aboutir à la naissance d'un enfant. Le DPI-A n'est pas réservé aux couples eux-mêmes porteurs d'une maladie génétique ; il est ouvert à n'importe quel couple pour autant qu'il ait besoin de recourir à une PMA en raison d'une infertilité (y compris une infertilité inexplicée). L'idée qui sous-tend cette 2^{ème} catégorie de DPI est de permettre la sélection *in vitro* d'embryons sans aneuploïdies pour éviter une fausse couche ou de devoir procéder à une grossesse à l'essai, suivi d'un test prénatal et d'un avortement si l'embryon/fœtus se révèle atteint d'une aneuploïdie (p.ex. trisomie).⁵⁸ Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme de 2012 a en effet reconnu qu'il était injuste (violation de l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [CEDH] protégeant le droit au respect de la vie privée) d'autoriser la grossesse « à l'essai » qui, après analyse prénatale, se conclurait par un avortement licite, mais d'interdire le DPI qui déboucherait sur la destruction de l'embryon *in vitro* à un stade bien plus précoce.⁵⁹

[Rz 32] Sous l'angle éthique, la difficulté soulevée ici est que le DPI conduit – par définition – à une sélection d'embryon(s) à détruire. Celle qui porte sur les embryons non viables n'a pas d'impact réel, mais celle qui concerne des embryons porteurs des maladies génétiques et/ou d'aneuploïdies compatibles avec la vie soulèvent chez certains des inquiétudes d'ordre eugénique.⁶⁰ Il est redouté que la relative facilité de la technique (par comparaison avec l'analyse prénatale) conduise à son utilisation par un plus grand nombre de couples, de sorte que moins d'enfants atteints de handicaps héréditaires viendront à naître ; de surcroît, comme déjà évoqué, le fait qu'ils soient moins nombreux pourrait conduire à leur plus grande marginalisation, voire discrimination. Ce

⁵⁵ Voir FRANCESCA DE FELICE et al., Risk-reducing salpingo-oophorectomy in BRCA1 and BRCA2 mutated patients : An evidence-based approach on what women should know, *Cancer Treatment Review* 61, 2017.

⁵⁶ Pour la définition du fœtus, voir l'art. 2 let. j LPMA.

⁵⁷ Art. 5a al. 3 LPMA.

⁵⁸ Sur les tests prénataux et plus spécialement le test génétique non invasif, voir la recommandation de la CNE, Réflexions sur l'évaluation éthique du test prénatal non invasif (NIPT) 26/2016.

⁵⁹ Arrêt de la Cour EDH Costa et Pavan c. Italie, affaire 54270/10 du 28 août 2012 et son commentaire par VALÉRIE JUNOD, Un pas supplémentaire vers le diagnostic préimplantatoire, in : Jusletter 29 octobre 2012 ; aussi ANA S. ILLIS, Prenatal screening and prenatal diagnosis : contemporary practices in light of the past, *Journal of Medical Ethics* 42 2016, pp. 334–339.

⁶⁰ Voir TIMOTHY F. MURPHY, When choosing the traits of children is hurtful to others, *Journal of Medical Ethics* 37 2011, pp.105–108 ; JANET MALEK, Deciding against disability : does the use of reproductive genetic technologies express disvalue for people with disabilities ?, *Journal of Medical Ethics* 36, p. 217–221, 2010 ; DANIEL WIKLER, Can we learn from eugenics ?, *Journal of medical ethics*, 25(2), 1999, pp. 183–94.

raisonnement repose cependant sur plusieurs hypothèses fragiles. D'abord, le DPI ne peut être utilisé que par des couples ayant besoin de recourir à une PMA en raison de leur infertilité (il est fait abstraction du nombre encore plus bas de couples atteints de maladies génétiques transmissibles). Ces couples sont infiniment moins nombreux que les couples qui peuvent recourir et qui recourent déjà à une analyse prénatale *in utero*. Dès lors, même si les conditions d'accès au DPI devaient être considérablement assouplies, le nombre de « bénéficiaires » resterait une fraction de ceux qui font usage aujourd'hui du diagnostic prénatal. Ensuite, l'idée que le risque de marginalisation soit inversement corrélé au nombre de personnes atteintes de l'anomalie ne repose sur aucune preuve scientifique. Aucune preuve n'a jamais été avancée pour établir que si une maladie est commune, les risques de marginalisation, stigmatisation ou discrimination sont faibles – et vice versa. Il est tout aussi soutenable d'affirmer que plus le nombre de patients est faible, plus il est facile pour les autorités publiques d'investir dans leur intégration sociale.

[Rz 33] Un autre argument s'opposant au DPI tient au nombre d'embryons qu'il conduit à créer et à écarter. Pour effectuer un tel diagnostic, il est nécessaire de disposer d'un plus grand nombre d'embryons (selon la LPMA, au maximum 12 ovules imprégnés peuvent être mis en culture⁶¹) que si l'on veut uniquement procéder à un transfert d'embryon dans le cadre d'une FIV. En effet, seulement une partie des ovules imprégnés évoluent jusqu'au stade de blastocyste.

[Rz 34] A notre avis, toutefois, les arguments éthiques fondés sur la dignité croissante de l'embryon, sur le respect de l'autonomie des parents et sur le principe de bienfaisance envers la femme enceinte l'emportent sur l'objection susdécrite. En effet, le DPI sur l'embryon *in vitro* débouche exactement sur les mêmes résultats (porteur / pas porteur) que l'analyse prénatale sur l'embryon *in utero*, avec la différence notable qu'il est mené sur un embryon 5 jours après la fécondation, non implanté, qu'il n'implique pas une atteinte invasive au corps de la femme enceinte et qu'il ne débouche en aucun cas sur un avortement (forcément invasif) chez la mère. Si l'on défend le point de vue que le statut de l'embryon et le respect qui lui est dû augmentent au fur et à mesure qu'il se développe, le DPI doit être qualifié de progrès moral. Si l'on défend le point de vue que la femme enceinte doit être protégée dans sa santé physique et mentale, le DPI est un progrès en ce qu'il lui évite des souffrances notables. Enfin, si l'on est d'avis que l'autonomie est une valeur centrale de nos sociétés modernes, le DPI doit être salué comme un choix supplémentaire offert aux parents. A cet égard, le fait que ce DPI ne puisse être mis en œuvre qu'après une étape obligatoire d'information et de conseils du couple devrait rassurer.⁶²

5. L'étape de fécondation et d'implantation

[Rz 35] L'étape suivante, soit celle de fécondation, n'a évidemment lieu qu'une fois le patient désireux d'avoir un enfant. Elle intervient généralement après la majorité du patient, même si la loi ne réserve pas explicitement la PMA aux adultes.⁶³

⁶¹ Art. 17 al. 1 LPMA.

⁶² Art. 6a LPMA sur les informations et conseils à fournir avant l'analyse. De même, on mentionnera l'évaluation obligatoire du DPI que devra mener l'OFSP conformément à l'art. 14a LPMA.

⁶³ Le recours à la PMA nécessite qu'une stérilité ait été établie, ce qui demande deux ans de rapports sexuels réguliers à des fins de procréation. Dans les faits, établir l'indication à la PMA avant 18 ans exigerait un projet parental établi avant l'âge de 16 ans chez un couple qui plus est stérile. Plus généralement, voir MARWAN HABIBA, Should medicine assist a teenager to achieve a pregnancy?, *Journal of Medical Ethics* 37 p. 201–204, 2011. Selon les statistiques disponibles auprès de l'Office fédéral de la statistique pour 2016, la plus

[Rz 36] Si les spermatozoïdes ont été conservés, ils peuvent être décongelés aussi bien pour une insémination intra-utérine (IIU) dans l'utérus de la partenaire féminine que pour une fécondation *in vitro* (FIV),⁶⁴. Si des ovules ont été conservés, seule la FIV entre en considération. Rien n'exclut aussi de procéder à une FIV avec à la fois des spermatozoïdes et des ovules qui ont été congelés. La FIV et l'IIU nécessitent le consentement libre, éclairé⁶⁵ et écrit des deux partenaires.⁶⁶

[Rz 37] La LPMA réglemente strictement la PMA (IIU, insémination artificielle par donneur (IAD) et FIV) en restreignant le cercle des personnes qui peuvent demander à en bénéficier. Quatre conditions principales sont imposées et sont analysées successivement ci-après.

a. Un couple vivant et capable de discernement

[Rz 38] Les deux partenaires doivent être vivants et capables de discernement au moment de la fécondation et de l'implantation.⁶⁷ Les gamètes d'un partenaire décédé ne peuvent être utilisés, même si celui-ci avait donné son consentement explicite précisément pour cette hypothèse.⁶⁸ Par conséquent, un homme se sachant atteint d'une maladie mortelle ne peut demander à ce que ses spermatozoïdes soient collectés et stockés afin de permettre, après son décès, à sa compagne d'avoir son enfant. L'objectif visé est d'assurer à l'enfant à naître la disponibilité de ses deux parents autant que possible au moins jusqu'à sa majorité.

b. Un couple hétérosexuel

[Rz 39] En droit suisse, la PMA est réservée aux couples hétérosexuels.⁶⁹ *A contrario*, ni une personne seule (forcément, en l'état de la science, une femme), ni un couple lesbien ne peuvent y recourir. Ces interdictions peuvent cependant être contournées par un déplacement à l'étranger : le patient ayant fait conserver ses gamètes peut en effet demander à ce qu'ils soient transférés dans un centre étranger où la réglementation locale est plus libérale.

[Rz 40] La LPMA révisée ne change rien à ces limites.

jeune femme traitée par PMA avait 22 ans et le plus jeune partenaire avait 20 ans. Cf. OFS, Tableau Excel intitulé Procréation médicalement assistée : personnes traitées, indications et recours au don de sperme, à partir de www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante/etat-sante/reproductive/procreation-medicalement-assistee.html.

⁶⁴ Une étude récente a montré que la FIV au moyen d'embryons décongelés parvient à des résultats similaires à celle de la FIV avec des embryons frais. Voir YUHUA SHI et al, Transfer of fresh versus frozen embryos in ovulatory women, 378 *New England Journal of Medicine* 2018, pp. 126–136.

⁶⁵ L'information à fournir au couple est décrite à l'art. 6 LPMA.

⁶⁶ Art. 5b LPMA. Sur les effets du retrait du consentement du père ou de la mère d'intention, voir l'arrêt de la Cour EDH, Grand Chambre *Evans c. Royaume Uni* de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 avril 2007 et son commentaire par DEBORAH SCHORNO, *Fécondation in vitro et vie privée : Commentaire de l'arrêt Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, in : Jusletter 13 août 2007.

⁶⁷ Art. 3 al. 4 et al. 5 pour l'interdiction et art. 37 let. b et b^{bis} LPMA pour la sanction pénale.

⁶⁸ Voir déjà la note 41. L'art. 3 al. 4 in fine LPMA n'admet d'exception que dans le cas du don de sperme, situation où le donneur peut être décédé au moment de l'utilisation.

⁶⁹ Art. 3 al. 2 LPMA. Le couple hétérosexuel doit de surcroît être marié s'il est recouru à un don de sperme d'un tiers. Art. 3 al. 3 LPMA.

[Rz 41] Ces restrictions ne nous convainquent pas.⁷⁰ C'est généralement d'abord au nom du bien de l'enfant futur que la loi suisse limite la PMA aux couples hétérosexuels.⁷¹ La justification sous-jacente est que l'enfant a besoin de parents de sexe opposé pour pouvoir se développer « normalement » et/ou pour être heureux. Si cet argument se fonde sur une conception traditionnelle ancienne, il est contredit par les études qui montrent que les enfants élevés dans un foyer homosexuel se développent aussi bien que ceux élevés dans une famille hétérosexuelle.⁷² Rien ne justifie donc, sous l'angle du bien de l'enfant, de privilégier les couples hétérosexuels, respectivement de discriminer les couples homosexuels.⁷³ Cette limitation injustifiée de leur liberté touche de surcroît des personnes souvent déjà discriminées ou stigmatisées dans leur choix de vie.

[Rz 42] Toujours eu égard au bien présumé du futur enfant, la situation est plus délicate pour la femme souhaitant procréer sans partenaire. Le législateur lui refuse l'accès à la PMA, au motif qu'il est important que l'enfant dispose de deux parents autour de lui pour assurer son soutien social, éducatif et économique.⁷⁴ Le bien-être de l'enfant est lésé s'il n'a qu'un parent, notamment dans l'hypothèse où ce dernier vient à décéder. Toutefois, dans le cas d'une PMA sollicitée par une femme seule, on pourrait imaginer d'autres formes de soutiens familiaux qui viendraient suppléer la lacune du deuxième parent ; par exemple, on pourrait exiger que la requérante présente un parrain et une marraine ou des grands-parents qui s'engagent (par contrat au besoin) à apporter soutien à l'enfant. Le risque pour l'enfant serait considérablement réduit, voire même écarté, sans avoir entravé la volonté de procréer du parent seul. En toute hypothèse, il est rappelé que la présence de deux parents au moment de l'implantation n'est nullement une garantie de leur présence à long terme ; un mariage sur deux finit en divorce ou séparation ; le taux de séparation chez les couples non mariés avec enfant(s) est similaire. Certes, la séparation des parents ne met pas fin à l'obligation légale d'entretien (essentiellement financier) ; cependant, cette caution financière pourrait – on l'a déjà dit – être assurée par d'autres moyens juridiques.

[Rz 43] Un dernier argument est parfois encore invoqué pour justifier de réserver la PMA aux couples hétérosexuels : c'est l'argument dit de la nature. Il est soutenu que, dans la nature, seul un homme et une femme peuvent faire des enfants. Il conviendrait dès lors de « calquer » cet état de fait naturel à la PMA. *A contrario*, donner la possibilité à des couples homosexuels ou à des femmes seules d'élever des enfants serait « contre-nature ». Cet argument « naturiste » est fallacieux. Dans de multiples domaines de la vie, en particulier dans le domaine médical, des mesures sont prises qui vont à l'encontre de « l'ordre naturel ». On guérit des maladies par des mesures que la nature elle-même exclut – par exemple toutes les formes de transplantation ou les multiples médicaments biotechnologiques qui n'ont rien de « naturel ». La FIV elle-même,

⁷⁰ Voir également l'argumentation critique de ANDREA BÜCHLER / SANDRO CLAUSEN, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl!, Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin?, La pratique du droit de la famille (ci-après : FamPra.ch) 2014 pp. 245 ss.

⁷¹ Le premier des principes énoncés par la LPMA est que la PMA « est subordonnée au bien de l'enfant ». Art. 3 al. 1 LPMA.

⁷² Voir par ex. FIONA TASKER, Lesbian Mothers, Gay Fathers, and Their Children : A Review, Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics 26(3) pp 224–240 (2005) ; NANETTE GARTRELL et al., National longitudinal lesbian family study – Mental health of adult offspring, New England Journal of Medicine, 379, 2018, pp. 297–299.

⁷³ Sur ce thème, voir également ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, FamPra.ch 2014, pp. 838–853.

⁷⁴ A notre connaissance, il n'y a pas d'études sur les conséquences pour les enfants d'une monoparentalité choisie. Les études disponibles portent plutôt sur la monoparentalité subie, par exemple à la suite d'un divorce ou d'un décès. Leurs résultats ne peuvent être extrapolés à la situation de la femme choisissant d'avoir et d'élever sans partenaire son enfant.

lorsqu'elle est appliquée à des couples hétérosexuels, n'a pas grand-chose de naturel, en commençant par la stimulation ovarienne par piqûres et en poursuivant par la fécondation de l'ovule en laboratoire stérile. De plus, il n'y a pas lieu de considérer les arrangements « naturels » comme intrinsèquement bons. L'homme a de tout temps voulu améliorer ce qu'il perçoit comme les manquements ou les erreurs de la nature, notamment dans sa lutte contre les maladies ou contre les catastrophes naturelles. Enfin, on sait maintenant que la nature compte « naturellement » des relations sexuelles homosexuelles, y compris chez les autres espèces animales ; elle fournit aussi l'exemple de familles recomposées ou élargies. L'homosexualité ou la monoparentalité ne sont donc pas des déviations de la nature, même selon cette perspective.

[Rz 44] L'argument naturiste est parfois converti en un argument plus « soft » portant sur la gêne légitime de la société. C'est l'argument de la tradition qui veut que si la famille s'est historiquement développée selon un schéma, il se justifie de le maintenir parce qu'il s'agit du schéma classique auquel chacun s'est habitué. Cet argument nous semble très faible et même tendancieux. En effet, il est susceptible de justifier toutes les inégalités et discriminations historiquement communes (par ex. la discrimination contre les femmes ou contre certaines couleurs de peau). Un ordre social bien ancré ne mérite pas d'être défendu et perpétué au seul motif qu'il est ancien. C'est en fonction de ses mérites et inconvénients qu'il doit être conservé ou, au contraire, changé. Or les mérites et inconvénients doivent être appréciés essentiellement en fonction du bien présumé des enfants et des parents. Ce sont eux les premiers concernés, tandis que les tiers (la société dans ce cas de figure) ne le sont que très superficiellement. Si les enfants grandissent en bonne santé physique et psychique auprès de parents homosexuels heureux d'avoir pu procréer, la gêne éventuellement ressentie par des tiers ne pèse pas lourd dans la balance.

c. L'âge des parents

[Rz 45] Pour qu'ils puissent mettre en oeuvre une PMA, les médecins impliqués dans le traitement doivent s'assurer que les futurs parents sont suffisamment jeunes pour élever leur futur enfant jusqu'à sa majorité.⁷⁵ La loi ne fixe pas d'âge maximum précis.⁷⁶ Chaque centre sollicité par un couple doit évaluer la situation de celui-ci. Certains centres annoncent d'emblée des limites d'âges systématiquement appliquées ; d'autres évaluent les situations au cas par cas. Presque toujours, la limite est différente pour la femme que pour l'homme. Pour celui-ci, la limite est fixée en fonction de l'espérance de vie, de sorte qu'un homme de 52 ans se verra accorder l'accès à la PMA, puisqu'il en aura 70 ans lorsque son enfant en aura 18. En revanche, pour la femme, c'est l'âge biologique qui limite les traitements (en général, il n'y a plus de traitement possible dès l'âge de 45 ans en raison de l'état de pré-ménopause).⁷⁷ Le cas d'une femme de 52 ans qui désire une fécondation de ses ovules prélevés alors qu'elle était plus jeune, éventuellement significativement plus jeune (dans le cas d'ovules conservés à l'étranger), n'est pas encore d'actualité en raison de la technique récente de vitrification.

⁷⁵ Selon l'art. 3 al. 2 let. b LPMA, « [la PMA] est réservée aux couples : [...] qui, en considération de leur âge [...], paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité ».

⁷⁶ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_435/2015 du 10 mai 2016 et le commentaire par VALÉRIE JUNOD, Trop vieille pour avoir un bébé ?, Bulletin des médecins suisse 2017/3.

⁷⁷ Sur ce thème, voir BÜCHLER / CLAUSEN, FamPra.ch (nbp. 70), p. 244.

[Rz 46] Cette interprétation ne repose pas directement sur le texte de la loi qui n'évoque pas la ménopause. Elle est défendue sur la base de l'art. 5 al. 1 let. a LPMA,⁷⁸ avec l'argument qu'une femme, disons de 52 ans, n'est pas stérile, au sens de cette disposition, mais simplement ménopausée.⁷⁹ Cependant, cette interprétation n'est guère défendable, étant donné que la PMA ne distingue pas selon la cause de la stérilité. Elle est par exemple offerte sans objection aux femmes souffrant d'insuffisance ovarienne précoce (autrefois appelée ménopause précoce, avant 40 ans), l'insuffisance ovarienne précoce étant considérée comme une maladie.⁸⁰

[Rz 47] S'il nous paraît raisonnable d'exiger que les parents aient un âge leur permettant d'élever leur enfant en tout cas jusqu'à sa majorité, et préférablement même après celle-ci, l'application de limites différentes selon qu'il s'agisse de la future mère ou du futur père nécessite une justification. Bien sûr, une PMA ne devrait pas être mise en œuvre lorsqu'elle est dénuée de chances de succès, notamment parce que la femme est trop âgée. De même, la PMA devrait être exclue lorsqu'elle va de pair avec des risques notables pour la santé de l'enfant à naître, notamment en raison de l'âge de la mère au moment de la grossesse.⁸¹

[Rz 48] La question est plus délicate lorsqu'il s'agit de fixer la limite absolue d'âge (indépendamment du sexe du parent).⁸² A l'évidence, les enfants souffrent de perdre un ou leurs deux parents, généralement d'autant plus que le décès intervient lorsque les enfants sont encore jeunes. De même, les enfants souffrent si le ou leurs parents sont atteints dans leur santé, par exemple en raison de leur âge. Vouloir éviter cette souffrance aux futurs enfants en imposant une limite d'âge aux potentiels parents semble donc a priori légitime. Deux difficultés doivent cependant être évoquées. D'abord, l'âge à lui seul n'est qu'un indicateur approximatif pour garantir que les parents seront disponibles et en bonne santé jusqu'à la majorité de l'enfant.⁸³ Si le but est d'offrir la meilleure garantie, d'autres facteurs devraient être pris en compte, comme l'état de santé du parent, la solidité du couple, la disponibilité du parent selon son travail et autres engagements, ou encore la disponibilité de tiers pouvant contribuer aux besoins et à l'éducation de l'enfant en cas de décès d'un parent. L'ingérence (étatique et médicale) dans la vie privée des parents deviendrait alors significative. La deuxième difficulté souvent évoquée dans la littérature tient au choix binaire opéré lorsqu'il est décidé d'ouvrir ou non la PMA. Si une PMA est refusée en raison de l'âge du couple, l'enfant ne naîtra pas. Se pose alors la question de savoir s'il est préférable

⁷⁸ Selon cette disposition, « [l]a procréation médicalement assistée n'est autorisée que [...] si elle permet de remédier à la stérilité d'un couple et que les autres traitements ont échoué ou sont vains ».

⁷⁹ La ménopause physiologique survient entre 40 et 60 ans, en moyenne européenne à 51 ans. Le diagnostic de la ménopause se fait rétrospectivement après une aménorrhée d'une année, souvent accompagnée d'un syndrome climatérique dû à une carence estrogénique (e.g., bouffées de chaleur). En cas de status après hystérectomie, il peut être posé sur la base d'un bilan hormonal (en général FSH, LH, oestradiol, AMH). Voir généralement GRAMMATI SARRI et al., NICE Guideline Development Group, Diagnosis and management of menopause : summary of NICE guidance, *BMJ*. 351 :h5746, 2015.

⁸⁰ Voir DURU SHAH / N. NAGARAJAN, Premature menopause – Meeting the needs, *Post Reproductive Health* 20(2), 2014.

⁸¹ Voir SARKA LISONKOVA et al., Maternal age and severe maternal morbidity : A population-based retrospective cohort study, *PLoS Medicine* 14(5) :e1002307, 2017. Voir aussi sur les risques d'une procréation à un âge maternel avancé, la recommandation de la Commission nationale d'éthique (CNE), *Social freezing – une réflexion éthique*, 28/2017.

⁸² Voir MERRYIN ELIZABETH EKBERG, Assisted reproduction for postmenopausal women, *Human Fertility* 17(3) 2014, p. 223.

⁸³ Voir FRANÇOISE BAYLIS / G.K.D. CROZIER, Postmenopausal reproduction : in whose interests ?, *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, 31(5) 2009, pp. 457–458 ; également Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Oocyte or embryo donation to women of advanced reproductive age : an Ethics Committee opinion, *Fertility and sterility*, 106(5) :e3-e7, 2016.

de ne pas naître – comparé à naître en encourant le risque de perdre à un jeune âge son(ses) parent(s). Certains auteurs soutiennent que naître est toujours préférable à ne pas naître, mais cette question est controversée⁸⁴. Pour notre part, nous défendons une approche pragmatique qui laisserait chaque centre décider, de préférence à l'occasion d'un colloque pluridisciplinaire, si offrir la PMA semble ou non dans l'intérêt présumé du futur enfant. La décision du centre représente ici le garde-fou voulu par la loi.

d. Une situation personnelle favorable à l'enfant

[Rz 49] Outre le critère de l'âge, l'art. 3 al. 1 let. b LPMA exige que le couple qui sollicite la PMA paraisse, en raison de sa « situation personnelle [...] à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité ». Ce critère de la situation personnelle n'est pas très clair. Il est admis qu'il renvoie avant tout à l'état de santé physique et psychologique des parents.

[Rz 50] Dans notre contexte du maintien de la fertilité après une maladie et/ou un traitement, la personne désireuse d'accéder à la PMA est souvent un patient ayant survécu à une maladie grave (par ex. un cancer), qui n'est pas forcément guérie, mais parfois simplement en rémission. Faut-il alors que le médecin en charge de la PMA évalue le taux de survie de ce patient, vu sa maladie, les traitements déjà suivis et ceux disponibles aujourd'hui et demain ? Doit-il se mettre en contact avec le médecin (dans notre exemple, l'oncologue) ayant soigné la maladie du patient pour estimer l'espérance de vie probable de ce dernier ? Comment doit-il jauger les statistiques disponibles en tenant compte de leur marge d'erreur ? En pratique, le centre de PMA demande un avis du spécialiste, par exemple à l'oncologue.⁸⁵ Cependant, à notre connaissance, seuls des cas extrêmes où le patient se présente d'emblée en très mauvaise santé amènent le gynécologue à refuser une PMA (par ex. le partenaire masculin est au dernier stade d'un cancer). Dans certains cas, une maladie psychiatrique (par exemple, une forme sévère de schizophrénie) peut également remettre en cause la capacité à élever l'enfant jusqu'à sa majorité ; à notre sens, un avis psychiatrique doit alors être demandé.

[Rz 51] Les autres critères susceptibles d'entrer dans la notion de « situation personnelle » sont tout aussi délicats à manier. On voit mal qu'on exige que les parents aient atteint un certain niveau d'aisance financière pour leur ouvrir les portes de la PMA, même si l'on sait – du moins sur une base statistique – que la précarité financière et sociale des parents peut affecter négativement le bien-être de l'enfant.⁸⁶ Mais, dans la mesure où il n'est procédé à aucun contrôle des décisions de procréer « naturellement » des 98% de la population, nous voyons mal que l'Etat ou les centres médicaux soient légitimés à interférer dans la version médicalement assistée de la procréation. A noter qu'aujourd'hui en Suisse, les parents doivent de toute façon disposer de moyens financiers non négligeables pour avoir accès à la FIV, et peuvent d'ailleurs se retrouver en difficulté finan-

⁸⁴ Voir PAOLA FRATI et al., Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life : a global view of bioethical and legal controversies, *Human Reproduction Update*, 23(3) 2017, pp. 338–357 ; PAUL M. MURITHI, Does the rejection of wrongful life claims rely on a conceptual error ?, *Journal of Medical Ethics* 37(7) 2011, pp. 433–436.

⁸⁵ Cet avis ne va pas sans difficultés en pratique, étant donné qu'il implique également de se prononcer sur le pronostic des patientes et des patients avec une précision que la science médicale ne permet guère.

⁸⁶ Voir HIROKAZU YOSHIKAWA et al., The effects of poverty on the mental, emotional, and behavioral health of children and youth : Implications for prevention, *American Psychologist*, 67(4) 2012, pp. 272–284.

cière pour y avoir recouru.⁸⁷ En effet, la FIV et les techniques qui vont de pair avec elle ne sont pas remboursées par l'assurance-maladie de base, même lorsqu'elles sont rendues nécessaires par une maladie dont l'enfant ou le jeune adulte a souffert précédemment.⁸⁸

[Rz 52] Heureusement, le législateur suisse n'a pas entendu accompagner la règle de l'art. 3 al. 2 LPMA de sanctions pénales. Ainsi, le médecin qui n'aurait pas apprécié correctement l'âge ou la situation personnelle du couple ne peut être pénalement poursuivi. Il n'y a pas non plus de sanctions administratives, sauf si ce comportement devait se doubler de lacunes dans d'autres domaines plus objectivables.

6. Les situations complexes où parenté juridique et parenté génétique sont dissociées

[Rz 53] Dans la procréation sans assistance médicale ou « naturelle », les filiations génétique, gestationnelle, sociale et juridiques sont conjointes dans la même personne. Dans la majorité des cas de PMA également, le père et la mère d'intention (i.e., ceux qui souhaitent devenir parents) sont aussi les parents génétiques de l'enfant et les parents juridiques de l'enfant (i.e., ceux reconnus par le droit comme parents) ; la mère d'intention, génétique et juridique est de surcroît celle qui a porté l'enfant durant la grossesse (i.e., mère gestationnelle). Cependant, certaines techniques de PMA dissocient les différentes formes de parentalité. Ainsi, on peut être confronté à des situations où le parent d'intention n'est ni le parent génétique, ni la mère gestationnelle (dans le cas de la femme), et parfois ni même reconnu comme parent juridique. Ces techniques créent des tensions révélatrices de nos représentations concernant la filiation. Cependant, cet inconfort qui est souvent lié à la séparation des filiations est distinct des considérations liées au bien de l'enfant.

[Rz 54] L'inconfort qui est souvent lié à la séparation des filiations est distinct des considérations liées au bien de l'enfant.⁸⁹ On admet par exemple volontiers qu'il puisse être dans l'intérêt de certains enfants d'être adoptés. Cet inconfort relève plutôt de considérations fondées sur la conformité aux « règles de la nature » ou sur le souci de maintenir l'illusion d'une parenté paternelle et maternelle unique. On retrouve cette difficulté en Suisse dans le droit de l'adoption, où l'exclusivité de l'adoption plénière semble elle aussi viser à maintenir l'illusion d'une parenté paternelle et maternelle unique. Ces situations juridiquement et éthiquement complexes se retrouvent également dans le contexte du maintien de la fertilité après maladie ou traitement médical. Le présent chapitre examine successivement et de manière critique les règles relatives au don de sperme, au don d'ovule, au don d'embryon et à la gestation pour autrui (GPA).

⁸⁷ Voir VALÉRIE JUNOD et al., Non-remboursement de la fécondation in vitro : il est temps de changer d'avis, in : *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle* 5/2014, p. 387–419.

⁸⁸ Aux Etats-Unis, voir EDEN R. CARDOZO et al., Mandating coverage for fertility preservation – A step in the right direction, *New England Journal of Medicine* 377, 2017, pp. 1607–1609.

⁸⁹ De manière générale sur ces questions : BÜCHLER / CLAUSEN, *FamPra.ch* (nbp. 70) ; ESTHER AMSTUTZ / THOMAS GÄCHTER, *Zugang zur Fortpflanzungsmedizin*, in : *Jusletter* 31 janvier 2011.

a. Le don de sperme

[Rz 55] Si un patient de sexe masculin est devenu stérile et n'a pas pu conserver ses spermatozoïdes, si la conservation a échoué ou si le patient n'entend pas utiliser ses propres gamètes, notamment pour éviter de transmettre une maladie à sa descendance, il peut envisager la procréation médicalement assistée (FIV ou IUI) avec don de sperme.⁹⁰ Sur le plan médical, la technique de l'IAD ne pose pas de problème particulier.⁹¹

[Rz 56] Le droit suisse autorise la pratique, mais la réserve aux couples mariés,⁹² excluant de nouveau les personnes seules, les personnes en relation homosexuelle ainsi que les personnes n'entendant simplement pas se marier.⁹³ Nous avons déjà abordé et contesté les arguments consistant à réserver la PMA aux seuls couples hétérosexuels – nous renvoyons donc à ce sujet au chapitre 5.

[Rz 57] Pour le surplus, nous estimons que l'exigence d'un couple *marié* est encore moins défendable dans le contexte du don de sperme.⁹⁴ En effet, rien n'empêcherait le droit suisse de déclarer, par avance, père juridique l'homme qui a accepté le don de sperme en faveur de sa partenaire.⁹⁵ Cette reconnaissance anticipée officielle pourrait constituer une condition préalable de la PMA avec don de sperme. Ainsi l'homme reconnu de manière anticipée comme père serait tenu exactement aux mêmes obligations que le père marié. Du moment qu'il existe des moyens juridiques alternatifs tout aussi efficaces et portant une atteinte moindre à l'autonomie des couples, on ne voit pas l'intérêt à exiger un mariage préalable. On a d'ailleurs déjà relevé que le mariage n'est aucunement un gage d'une union durable.

[Rz 58] Regrettablement, la LPMA révisée ne change rien à la règle.

b. Le don d'ovules

[Rz 59] Lorsque la patiente ayant « perdu » sa capacité reproductive en raison d'une maladie ou dans le cadre d'un traitement médical n'a pas pu conserver ses ovules, lorsque la conservation a eu lieu, mais a échoué ou encore lorsque la PMA au moyen de ses ovules conservés a échoué, la patiente pourrait théoriquement envisager une PMA avec don d'ovules. Cependant, le droit suisse interdit le don d'ovule, sans exceptions.⁹⁶ Même un don gratuit d'ovules devenus superflus dans le cadre d'une PMA précédemment suivie par un couple tiers est exclu. De nouveau, la solution consiste alors à se rendre à l'étranger si le couple entend tout de même avoir un enfant.

⁹⁰ Sur les règles encadrant l'acte de don, voir les art. 18ss LPMA. Bien sûr, rien n'exclut le don de sperme artisanal, via une seringue donnée par une personne altruiste. Rien n'exclut non plus des relations sexuelles avec un partenaire qui intervient uniquement à cette fin et est ensuite d'accord de céder sa place au père d'intention. Dans ces cas cependant, une action en paternité demeure possible envers le donneur conformément à l'art. 23 al. 2 LPMA.

⁹¹ Voir par ex. D. WIRTHNER et al., Don de sperme et loi sur la procréation médicalement assistée, *Revue médicale suisse* 3 (2001).

⁹² Art. 3 al. 3 LPMA, dont la note marginale est « Bien de l'enfant ».

⁹³ Voir sur ce sujet généralement WIRTHNER et al., (nbp. 91).

⁹⁴ Voir aussi l'interpellation parlementaire du 11 mars 2015 intitulée « Procréation médicalement assistée. Egalité de traitement pour tous les couples indépendamment de leur statu » (objet 15.3105) et la réponse du Conseil fédéral du 13 mai 2015.

⁹⁵ Comparer avec l'actuel art. 23 al. 1 LPMA.

⁹⁶ Art. 4 LPMA. Sur ce thème, voir l'avis de droit d'ANDREA BÜCHLER, *Die Eizellenspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda*, Bundesamt für Gesundheit, Bern 2014.

La démarche n'est pas sans risque car les Offices d'état civil peuvent intervenir alors pour nier la maternité juridique au retour de la femme avec l'enfant. Même si, à notre connaissance, les tribunaux suisses n'ont pas encore tranché la question juridique, la menace est présente.

[Rz 60] La révision de la LPMA n'y a rien changé.⁹⁷ Divers projets parlementaires ont proposé ou proposent d'autoriser le don d'ovocytes, mais à ce jour tous ont été rejetés.⁹⁸ Un avis de droit d'ANDREA BÜCHLER adressé à l'OFSP aboutissait déjà en 2013⁹⁹ à cette même recommandation – en vain à ce jour.

[Rz 61] L'interdiction du don d'ovules repose principalement sur deux éléments ; d'une part le souci de maintenir une filiation maternelle sans ambiguïté, donc de ne pas scinder la maternité génétique (la mère est la donneuse d'ovule) et la maternité de gestation (la mère est la personne ayant porté l'enfant et ici la mère d'intention) ; d'autre part le risque d'exploitation des donneuses d'ovules.¹⁰⁰

[Rz 62] S'agissant du premier argument, on ne voit pas pourquoi il serait plus risqué de dissocier maternité génétique et maternité d'intention, alors que la scission entre paternité génétique et paternité d'intention est, via le don de sperme, acceptée par la société et par le législateur depuis des décennies. Dans un cas comme dans l'autre, il y a certitude sur l'identité des personnes ayant contribué à la naissance de l'enfant ainsi que sur la nature de leur contribution. Le degré de clarté dans la filiation est donc identique. Qui plus est, dans le cas du don de sperme, il n'est pas prétendu que cette dissociation porte atteinte au bien du futur enfant, nuise à la famille, ou mette en danger le mode de fonctionnement de la société. Il ne devrait pas en aller différemment pour la mère. Certes, on entend encore quelquefois dire que la mère serait « plus importante » pour l'enfant que le père. Même si cela devait être vrai en pratique, cela n'expliquerait pas pourquoi cette mère si importante devrait forcément être aussi la mère génétique. Un enfant peut grandir et se construire tout aussi bien – ou tout aussi mal – en sachant qu'il est le fruit d'un don de sperme que d'un don d'ovule.

[Rz 63] S'agissant du second argument, le risque d'exploitation des femmes amenées à donner leurs ovules, ce danger devrait pouvoir être écarté par un cadre législatif approprié. Ainsi, pour éviter tout risque de pression sur les donneuses, le don d'ovules pourrait être réservé aux situations où des ovules produits dans le cadre d'une préservation de la fertilité, qu'elle soit liée à une maladie ou non, sont devenus superflus. Il arrive en effet qu'un couple obtienne l'enfant désiré après un premier cycle de PMA ou après une procréation naturelle, alors que plusieurs ovules ont été récoltés et restent ensuite inutilisés.¹⁰¹ Ces ovules ont vocation à être détruits. Ils pourraient

⁹⁷ Sur la conformité de cette interdiction avec le droit au respect de la vie privé issu de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH; RS 0.101), voir MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, Familles et Convention européenne des droits de l'homme : incidences en droit de la filiation, in : Le droit civil dans le contexte international, Journée de droit civil 2011, Schulthess, 2012, pp. 30–31.

⁹⁸ Voir la pétition de la session des jeunes 2016, (objet 16.2019) intitulée « Légalisation du don d'ovocytes » et rejetée en septembre 2017 ; auparavant l'initiative parlementaire (objet 12.487) du 4 décembre 2012 ; voir prochainement les discussions sur la motion du 1^{er} mars 2017 (objet 17.3047) intitulée « Autorisation et réglementation du don d'ovules ».

⁹⁹ BÜCHLER (nbp. 96).

¹⁰⁰ Voir par exemple BERNARD BAERTSCHI, Le don de produits du corps humain : aspects philosophiques et éthiques, Gynécologie, Obstétrique et Fertilité 42(9) 2014, pp. 649–52 ; ROBERT L. KLITZMAN / MARK V. SAUER. Kama-kahi vs ASRM and the future of compensation for human eggs, American Journal of Obstetrics and Gynecology 213(2) :186-7 e1, 2015.

¹⁰¹ Voir ZEYNEP GÜRTIN et al., Egg-sharing, consent and exploitation : examining donors' and recipients' circumstances and retrospective reflections, Reproductive Biomedicine Online 24(7) 2012, pp. 698–708.

pourtant être donnés à d'autres couples en ayant besoin, sans causer le moindre danger pour les donneuses.

[Rz 64] Même si des ovules devaient être produits directement pour satisfaire au besoin d'un couple, un cadre juridique approprié devrait pouvoir limiter les risques pour la donneuse à un niveau jugé éthiquement acceptable.¹⁰² Sous l'angle médical, le don d'ovules implique une stimulation ovarienne par injection pendant 10 à 12 jours. Si elle est faite dans un cadre médical approprié, cette stimulation est peu risquée. Ensuite, les ovules stimulés doivent être prélevés lors d'une intervention chirurgicale (risque d'une complication <1 :1000) effectuée habituellement sous anesthésie générale ou sédation.¹⁰³ Le risque est là aussi très faible. Le don d'ovules par une patiente ne diminue pas sa propre fertilité. Le risque psychologique pour la donneuse (i.e., se savoir la mère génétique d'un enfant élevé par un tiers) n'est guère différent du risque encouru par le donneur de sperme. En résumé, le risque physique et psychique n'est pas si élevé qu'il justifie l'ingérence de l'Etat dans la liberté et l'autonomie de la donneuse. Dans d'autres domaines, par exemple la transplantation, il est d'ailleurs consenti à des sacrifices bien plus importants dans l'intérêt d'autrui, sans que le législateur ne l'interdise ; au contraire, par diverses mesures, il encourage cet altruisme.

[Rz 65] Se pose bien sûr la question de l'indemnisation de telles donneuses. Actuellement, le don de sperme est indemnisé en Suisse pour un montant d'environ CHF 100 par don (sans limite quant au nombre de dons, mais avec une limite quant aux enfants « produits »).¹⁰⁴ Le don d'ovules devrait certainement être indemnisé à un montant plus élevé, compte tenu des contraintes qui lui sont associées. Cependant, on pourrait imaginer des cas où le don serait gratuit, par exemple entre personnes proches (amis ou parenté). Si une femme acceptait de donner gratuitement pour son amie infertile, on ne voit guère pourquoi le législateur devrait s'y opposer, du moment qu'une information complète a été fournie et que le consentement est libre. Dans ces cas, la loi devrait admettre le don dirigé d'ovules. Comme pour le don de sperme, le don d'ovule ne devrait pas pouvoir être anonyme. Légaliser le don d'ovules en Suisse permettrait ainsi de protéger le droit des enfants à connaître leurs origines génétiques.¹⁰⁵

¹⁰² Sur la qualité des informations fournies aux donneuses appelées à donner un consentement éclairé, voir toutefois : ALANA CATTAPAN, *Good eggs ?*, Evaluating consent forms for egg donation, *Journal of Medical Ethics* 42, 2016, pp. 455–459.

¹⁰³ Voir l'exposé des risques sur la page web du CHUV, intitulée « Risques – FIV – Risques liés aux traitements de PMA », sous www.chuv.ch/fr/fertilite/umr-home/procreation-medicalement-assistee/risques/.

¹⁰⁴ Le droit suisse limite à huit le nombre d'enfants nés grâce au sperme d'un même donneur (cf. art. 22 al. 2 LPMA).

¹⁰⁵ Art. 119 al. 2 let. g Cst. Comparer avec les art. 24 à 27 LPMA en matière de don de sperme ainsi que les art. 15 à 26 de l'ordonnance afférente à la LPMA du 4 décembre 2000 (OPMA ; RS 810.112.2). Sur la portée du droit à connaître ses origines, voir notamment RUTH REUSSER / RAINER J. SCHWEIZER, *Das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus Völker- und landesrechtlicher Sicht*, ZBJV 136/2000, pp. 605–636 ; JEANINE DE VRIES REILINGH, *Le droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance*, PJA 2003 pp. 363–372 ; ANDREA BÜCHLER, *Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht*, FamPra.ch 2005, pp. 437–470 ; REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts*, RJB 144/2008, pp. 82–125 ; ANDREAS PH. LEUKART, *Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung – Welche Fälle verlangen ein Umdenken im schweizerischen Familienrecht*, AJP 2009, p. 584–596 ; ANDREA BÜCHLER / NADINE RYSER, *Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung*, FamPra.ch 1/2009, p. 1–22 ; CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, *L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation*, FamPra.ch 2011, pp. 247–269 ; LISA MARGOT, *Le droit à la connaissance des origines de l'enfant né de procréation médicalement assistée*, FamPra.ch 2017, pp. 696–724. Sur le plan pratique, voir aussi D. BESSE et al., *L'entretien psychologique systématique pour les couples optant pour l'IAID : huit ans d'expérience clinique dans une législation prévoyant la levée de l'anonymat du donneur*, *Basic and Clinical Andrology* 20 2010, pp. 25–28.

[Rz 66] Vu les arguments détaillés ci-dessus, nous pensons qu'il est préférable d'établir un cadre juridique approprié pour le don d'ovules en Suisse plutôt que de laisser les couples recourir à un don à l'étranger dans des juridictions où les protections dont bénéficient les donneuses sont moindres, voire inexistantes.¹⁰⁶ Certes, nous ne défendons pas l'idée qu'une pratique, si elle est accessible à l'étranger, doive automatiquement être licite en Suisse. En revanche, nous sommes d'avis que s'il est possible d'encadrer une pratique en Suisse pour atteindre un équilibre acceptable entre les intérêts des personnes concernées, alors que l'alternative consiste à tolérer des abus dont sont victimes des femmes (encore plus) vulnérables à l'étranger, le législateur suisse doit privilégier la première voie. En effet, la pesée des intérêts à effectuer par le législateur suisse devrait aussi prendre en compte, parmi les multiples critères à évaluer, les contrecoups néfastes et inévitables d'une interdiction trop rigide applicable uniquement à l'intérieur des frontières.

c. Le don d'embryons

[Rz 67] Le don d'ovules étant interdit, le droit suisse interdit *a fortiori* le don d'embryons ou le don d'ovules imprégnés.¹⁰⁷ Peu importe que des embryons aient été produits dans le cadre de PMA « tierces » et qu'ils soient devenus surnuméraires : ils doivent être détruits, voire donnés à la recherche,¹⁰⁸ ils ne peuvent en aucun cas être remis à un couple se trouvant dans l'impossibilité de recourir à ses propres gamètes. La nouvelle LPMA n'y a rien changé.

[Rz 68] Nous ne voyons pas pourquoi il serait préférable qu'un embryon soit détruit plutôt que donné (pour autant bien sûr que le couple bénéficiaire satisfasse les autres conditions en lien avec le bien de l'enfant). Ceux qui considèrent que l'embryon est une personne ou est doté d'une dignité qui mérite protection légale doivent préférer que cet embryon soit implanté et devienne un bébé, plutôt qu'il ne soit détruit.¹⁰⁹

[Rz 69] L'interdiction du don d'embryons surnuméraires ne peut guère provenir d'une crainte d'un abus, ici la situation de partenaires prétextant vouloir une PMA pour eux-mêmes mais ayant en réalité d'emblée l'intention de donner leurs embryons, un tel scénario paraissant hautement improbable. En toute hypothèse, cette menace pourrait être écartée en précisant dans la loi que le don d'embryon ne peut être dirigé, mais qu'il doit intervenir, comme pour le don d'organes, par l'intermédiaire d'une autorité comparable à celle qui supervise le processus d'adoption.

¹⁰⁶ Voir la recommandation de la CNE dans sa prise de position 22/2013, La procréation médicalement assistée. Considérations éthiques et propositions pour l'avenir, chapitre 3.5.

¹⁰⁷ Art. 19 al. 2 let. d Cst. et art. 4 LPMA. Avant la révision de septembre 2017, le droit suisse interdisait la conservation d'embryons. Si des embryons avaient été produits par FIV, ils devaient en principe tous être implantés dans l'utérus de la mère. Seuls les embryons qui manifestement se développaient mal in vitro pouvaient être détruits. Avant cette date, seuls trois embryons pouvaient être produits par cycle, l'objectif étant d'éviter de devoir implanter « trop » d'embryons dans l'utérus, la congélation des embryons étant interdite. Cependant, le droit suisse permet la production et la congélation sans limite (autre que les 5 ans) d'ovules imprégnés (l'étape avant la fusion des noyaux). En pratique, environ 25'000 ovules imprégnés étaient produits chaque année et 15'000 congelés (chiffres de 2016) année. Voir le tableau Excel sur le site de l'Office fédéral de la statistique (OFS), à partir de www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante/etat-sante/reproductive/procreation-medicalement-assistee.html.

¹⁰⁸ L'OFS indique qu'en 2016, près de 3'300 embryons issus de la PMA ont été déclarés surnuméraires et détruits, dont 469 suite au renoncement du couple. Aucun n'a été mis à disposition de la recherche. Tableau Excel disponible à partir de www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante/etat-sante/reproductive/procreation-medicalement-assistee.html.

¹⁰⁹ Voir la discussion dans l'article de TIMOTHY FREDRIC MURPHY, Adoption first?, The disposition of human embryos, *Journal of Medical Ethics* 40(6) 2014, pp. 392–395.

[Rz 70] L'interdiction du don d'embryons pourrait s'expliquer par la crainte d'une dissociation trop criante entre la parentalité génétique et la parentalité d'intention. L'enfant né par don d'embryons n'est lié génétiquement ni à son père d'intention, ni à sa mère d'intention. Cette situation pourrait le faire souffrir et nuire à son développement. Toutefois, l'adoption présente une situation similaire, puisque l'enfant adopté n'est pas non plus génétiquement lié à ses parents adoptifs. On sait que les enfants adoptés peinent parfois à vivre cette situation.¹¹⁰ Ici, le risque nous semble plus faible que dans le cas de l'adoption. Il est plus faible car l'enfant est né à partir d'un embryon surnuméraire ; or, si cet embryon n'avait pas été implanté, l'enfant ne serait simplement pas né ; ses parents d'intention ont rendu sa naissance possible. Contrairement à l'enfant adopté, il n'a pas été abandonné par ses parents génétiques après sa naissance ; ceux-ci ont renoncé uniquement à l'embryon de 3–5 jours *in vitro*, vraisemblablement au motif que ceux-ci étaient déjà parvenus à satisfaire leur désir d'enfant. La souffrance ressentie par les enfants adoptés ne peut donc pas être transposée au cas de l'enfant né par don d'embryon.

[Rz 71] SI le risque d'un mal-être psychique de l'enfant est moindre, il n'est pas nul pour autant. Vouloir connaître et comprendre ses parents génétiques est un souhait répandu chez les enfants élevés par des parents adoptifs. Ne pas y parvenir engendre frustration et douleur. Par analogie avec le don de gamètes, le don d'embryon en Suisse ne devrait pas être anonyme.¹¹¹

[Rz 72] Nous sommes d'avis que, dans le contexte de la LPMA, si notre société se veut ouverte à la diversité, par exemple en accueillant les personnes atteintes de maladies génétiques ou porteuses d'anomalies génétiques, l'accueil devrait être pareillement chaleureux à l'égard des personnes adoptées. Soutenir que la souffrance de savoir qu'on a été adopté au stade d'embryon *in vitro* serait pire que la souffrance causée par la maladie nous semble excessif. Dès lors, le choix des parents qui donnent leur embryon comme le choix des parents qui reçoivent cet embryon pour le porter et lui donner naissance devraient être respectés. Une interdiction absolue ne se justifie pas.¹¹²

d. La maternité de substitution ou gestation pour autrui (GPA)

[Rz 73] Il arrive, presque toujours pour des raisons médicales, qu'une femme ne puisse porter d'enfant, alors même qu'elle a pu produire des embryons (par ex. utérus absent, malformé ou

¹¹⁰ Cf. par ex. Canadian Paediatric Society Statement, Understanding adoption : A developmental approach, *Paediatrics & Child Health*, 6(5) 2001, pp. 281–283 ; ELSEBETH NEIL, Making sense of adoption : Integration and differentiation from the perspective of adopted children in middle childhood, *Children and Youth Services Review*, 34 :2, 2012, pp. 409–416 ; U.S. Child Welfare Information Gateway, Impact of Adoption on Adopted Persons, 2013, sous www.childwelfare.gov/pubpdfs/f_adimpact.pdf.

¹¹¹ Sur les souhaits des personnes nées grâce à un don de gamètes, voir ERIC BLYTH et al., Donor-conceived people's views and experiences of their genetic origins : a critical analysis of the research evidence, *Journal of Law and Medicine* 19(4) 2012, pp. 769–89.

¹¹² Voir déjà la recommandation de la CNE dans sa prise de position 22/2013 (nbp. 106), chapitre 3.5.

opéré). Dans ce cas, seule une GPA entre en considération.¹¹³ Cependant, cette technique est absolument interdite en droit suisse.¹¹⁴ La LPMA révisée n'y a rien changé.¹¹⁵

[Rz 74] Comme il n'y a aucune exception, la seule « solution » est de nouveau le tourisme médical¹¹⁶. Le droit suisse érige toutefois deux obstacles.

[Rz 75] Premièrement, les médecins suisses ont l'interdiction de « serv[ir] d'intermédiaire à une maternité de substitution »¹¹⁷. L'idée du législateur était d'éviter que les professionnels de la santé en Suisse assistent leurs patientes et patients dans les démarches destinées à obtenir une GPA à l'étranger. Les limites de ce que les médecins peuvent ou ne peuvent pas faire restent incertaines. En effet, en quoi consiste un acte d'intermédiaire n'est pas décrit dans le Message de 1996.¹¹⁸ L'application de la norme est du ressort des cantons et aucun cas jugé selon l'art. 31 al. 2 LPMA n'a donné lieu à une publication à ce jour. Bien qu'on puisse supposer que l'intermédiation implique généralement un paiement (par ex. de la clinique étrangère vers l'intermédiaire en Suisse), pareille exigence ne ressort pas du texte de loi. Il serait cependant contraire à la liberté d'expression des médecins de leur interdire toute mention d'une information par ailleurs largement accessible via internet.

[Rz 76] Deuxième obstacle : si la GPA à l'étranger aboutit et qu'un enfant naît, celui-ci sera considéré en droit suisse comme l'enfant juridique de la mère porteuse, même s'il devait être génétiquement lié à la mère d'intention.¹¹⁹ Le Tribunal fédéral a considéré que l'ordre public suisse s'opposait à ce qu'une décision ou un jugement étranger établissant la maternité de la mère d'intention soit reconnu en Suisse.¹²⁰ La mère d'intention doit dès lors requérir l'adoption de l'enfant, après que la mère porteuse a formellement renoncé à sa maternité juridique.¹²¹ Or l'adoption est

¹¹³ De même, la GPA est la seule technique envisageable pour un couple homosexuel masculin ou pour un homme seul souhaitant devenir père. Sur la définition de la mère de substitution, voir l'art. 2 let. k LPMA.

¹¹⁴ Art. 119 al. 2 let. d Cst. ; art. 19 al. 2 let. d Cst et art. 4 LPMA. Pour un aperçu de la situation juridique dans d'autres pays, voir l'étude très fouillée dans l'Union européenne par le Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, Citizens' rights and constitutional affairs, A comparative study of the regime of surrogacy in EU Member States, 2013. La Cour européenne des droits de l'homme a pour sa part choisi une approche relativement restrictive à travers la demi-douzaine d'arrêts rendus à ce jour (Mennesson c. France du 26 juin 2014 ; Labassee c. France du 26 juin 2014 ; D. et autres c. Belgique du 8 juillet 2014 ; Foulon et Bouvet c. France du 21 juillet 2016 ; Laborie c. France du 19 janvier 2017 ; Paradiso et Campanelli c. Italie du 24 janvier 2017).

¹¹⁵ Voir aussi le Rapport du Conseil fédéral sur la maternité de substitution du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, sous www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-11-29/berbr-f.pdf. Voir plus généralement l'article d'ANDREA BÜCHLER / LUCA MARANTA, Leihmutterchaft im internationalen Verhältnis : der aktuelle Stand in der Schweiz, FamPra.ch 2015, pp. 354–369. En faveur d'une approche restrictive en la matière : BIRGIT CHRISTENSEN, Schwangerschaft als Dienstleistung – Kind als Ware ?, Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterchaft, hill 2013, N° 86.

¹¹⁶ Comme il n'existe (pour l'instant) pas de conventions internationales sur le sujet, chaque Etat est libre d'opter pour sa propre réglementation.

¹¹⁷ Art. 31 al. 2 LPMA.

¹¹⁸ Le Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996, FF 1996 III 197.

¹¹⁹ A ce sujet l'excellent article de VÉRONIQUE BOILLET / ESTELLE DE LUZE, Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité... Et l'enfant ?, in : Jusletter 5 octobre 2015 ; également MARGOT (nbp. 105), p. 715 et 716.

¹²⁰ La reconnaissance en Suisse du jugement étranger reconnaissant la maternité de la mère d'intention non génétique a été rejetée par le Tribunal fédéral dans un arrêt 5A_748/2014 du 21 mai 2015 où il a été jugé que les parents avaient cherché à contourner l'interdiction du droit suisse. A ce sujet, notamment BÜCHLER / MARANTA (nbp. 115) ; également le commentaire très critique dudit arrêt dans FamPra.ch 2016 p. 253. Certes, l'arrêt visait un couple d'hommes homosexuels, mais ses considérants qui portent sur la fraude à la loi suisse, s'applique *mutatis mutandis* si c'est la mère d'intention non génétique qui demande en sa faveur la reconnaissance du jugement étranger admettant sa qualité de parent juridique. Voir également l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_443/2014 du 14 septembre 2015.

¹²¹ Les conditions de l'adoption sont strictes, voir les art. 264 ss CC ; et notamment l'art. 264d al. 1 CC.

un processus complexe, ne serait-ce que pour les délais d'attente¹²². Le père d'intention de l'enfant, s'il est aussi le père biologique, est considéré comme le père juridique par le droit suisse ; en revanche, si tel n'est pas le cas, l'enfant étant né d'un don de sperme, c'est la voie de l'adoption qui doit être empruntée également dans son cas. Bien sûr les parents d'intention peuvent tenter de cacher l'existence d'une GPA. Mais cette tentative peut échouer, car l'Office d'état civil suisse examine parfois la vraisemblance du lien génétique (par exemple si la mère semble trop âgée ou si le couple est homosexuel). Le risque est alors que l'enfant soit retiré à ses parents d'intention et placé dans un foyer s'il ne peut être « retourné » à sa mère gestationnelle.¹²³

[Rz 77] Sous l'angle éthique, la maternité de substitution soulève trois enjeux importants : le sens de la filiation, l'intérêt de l'enfant et la protection des mères porteuses.

[Rz 78] Dans la GPA, il y a scission entre la filiation gestationnelle et sociale, et parfois aussi lors du don de gamètes entre la filiation gestationnelle et génétique et entre la filiation génétique et sociale. Comme on l'a vu dans le cas du don de sperme, d'ovules ou d'embryons, la seule existence d'une scission des filiations ne peut suffire à justifier l'interdiction d'une technique, car ces situations ne sont pas intrinsèquement mauvaises ni si inhabituelles (on pense à l'adoption, mais aussi au cas fréquent des familles recomposées où une belle-mère ou un beau-père élève les enfants d'un premier lit). La scission doit être appréciée en fonction de critères plus ciblés, à savoir avant tout le bien du futur enfant et, ici en particulier, les intérêts des mères porteuses.

[Rz 79] Indéniablement, l'enfant peut souffrir de savoir qu'il est né d'une mère qui l'a porté pendant 9 mois puis l'a « abandonné » en faveur de ses parents. La situation de la GPA se rapproche de l'adoption où l'enfant apprend que sa mère gestationnelle l'a « abandonné ». Cet abandon est à la fois plus lourd et plus léger à porter pour l'enfant. Il l'est davantage, car la mère gestationnelle l'a « abandonné » à la demande de ses parents d'intention ; ce sont eux qui sont directement à l'origine de cet abandon. L'enfant peut donc leur en vouloir, alors que c'est moins évident dans le cas de l'adoption, laquelle intervient généralement bien après, et indépendamment de l'abandon initial. Le poids à supporter par l'enfant né par GPA peut cependant être plus léger dans la mesure où il sait que sa mère gestationnelle ne l'a pas abandonné parce qu'elle ne l'aimait pas ou parce qu'elle était trop démunie pour pouvoir s'occuper de lui, mais parce que d'emblée elle était d'accord de rendre ce service à ses parents (juridiques).

[Rz 80] A notre avis, le poids psychologique pour l'enfant dépend d'une multitude de critères, mais surtout de la façon dont la mère gestationnelle a été traitée par ses parents juridiques et, plus généralement, du statut des mères porteuses. Si l'enfant a des raisons de penser que sa mère gestationnelle a été exploitée par ses parents, la situation peut être difficile à vivre pour lui. On pense à des cas de GPA dans des pays en voie de développement où les mères porteuses peu éduquées et peu libres de leur choix sont traitées de manière blessante pour une rémunération dérisoire (au vu des standards occidentaux). A l'inverse, si l'enfant sait que sa mère gestationnelle a agi pour des motifs altruistes dans une relation harmonieuse avec ses parents, le poids sera vraisemblablement bien plus léger. On peut même imaginer des situations où la mère porteuse maintient des contacts avec l'enfant, à la manière d'une tante ou d'une marraine.

¹²² Critique sur les exigences suisses, BÜCHLER/MARANTA (nbp. 115).

¹²³ Voir au niveau européen, l'inquiétant arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre) dans l'affaire Paradiso et Campanelli c. Italie du 24 janvier 2017.

[Rz 81] La prévalence de la GPA dans une société est aussi importante. De même que pour l'adoption, si la GPA venait à se répandre, les enfants concernés seraient enclins à considérer la situation bien plus normale que lorsqu'il s'agit d'un phénomène non seulement rare, mais aussi jugé moralement et légalement répréhensible.

[Rz 82] Comme déjà évoqué dans le chapitre sur le don d'ovules, mais encore plus dans le cas de la GPA, le traitement équitable des mères porteuses demeure le point crucial.¹²⁴ Le potentiel d'exploitation est ici élevé, car la GPA s'étend sur une période de plusieurs mois (toute la période conduisant à la grossesse, puis neuf mois de gestation, suivis des suites de l'accouchement). Un lien profond peut s'établir entre la mère porteuse et le bébé qu'elle porte, l'amenant à reconsidérer son engagement initial de remettre le nouveau-né à ses parents d'intention.¹²⁵ Abandonner l'enfant peut occasionner des souffrances importantes pour la mère porteuse, souffrances que l'enfant, une fois plus mature, pourrait intérioriser. Le danger physique de la grossesse pour la mère porteuse n'est pas négligeable, surtout si la grossesse se déroule dans un lieu où l'offre de soins est limitée ou peu appropriée (par ex. traitement discriminatoire des mères porteuses par le personnel soignant). Dans les pays en voie de développement, le consentement peut avoir été donné par une femme ni informée (notamment en raison des difficultés à comprendre les informations fournies et la portée de l'engagement), ni libre (si la femme est contrainte par son entourage ou acculée par ses difficultés socio-économiques).

[Rz 83] Il est donc difficile de concevoir un cadre juridique qui protège complètement les mères porteuses. Difficile ne signifie cependant pas impossible.¹²⁶ Une première solution serait à notre avis de légaliser la GPA altruiste effectuée en Suisse.¹²⁷ Le potentiel d'exploitation y est *a priori* faible ; le risque résiduel pourrait de surcroît être évalué au préalable par une instance administrative. Ainsi, si une sœur veut aider sa sœur, une amie son amie, elles pourraient soumettre leur dossier à l'autorité désignée, incluant une évaluation psychologique par des spécialistes compétents dans le domaine ; l'autorité vérifierait alors que chaque partie a compris et accepte en toute connaissance de cause les engagements pris ; un contrat-modèle pourrait être proposé par l'État, définissant les droits et obligations des uns et des autres. Dans ce modèle altruiste (qui n'exclut bien sûr pas la compensation des coûts avérés, par exemple les dépenses de santé ou les pertes de salaires non remboursées par l'assurance), le risque d'exploitation nous semble si faible qu'il ne justifie pas, du moins sous l'angle de l'intérêt de la mère porteuse, l'interdiction de la pratique.

[Rz 84] Une telle approche aurait le mérite de diminuer l'attrait des pays en voie de développement comme destination pratique pour obtenir une GPA.¹²⁸ Elle aurait aussi l'avantage de proposer un modèle de GPA socialement acceptable, notamment parce que soutenu et encadré par l'État. L'enfant né via un tel processus aurait une confiance raisonnable que « tous ses parents » ont été équitablement traités ; le sentiment d'abandon pourrait être résolu, soit avec une solution

¹²⁴ Voir déjà les pistes tracées par la CNE dans sa recommandation 22/2013 (nbp. 106), chapitre 3.5.

¹²⁵ Voir M. N. TIEU, *Altruistic surrogacy : the necessary objectification of surrogate mothers*, *Journal of Medical Ethics* 2009;35(3) 2009, pp. 171–175.

¹²⁶ Voir LOUISE RAMSKOLD / MARCUS PAUL POSNER, *Commercial surrogacy : how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates*, *Journal of Medical Ethics* 39(6) 2013, pp. 397–402.

¹²⁷ Voir en comparaison les efforts par l'autorité anglaise et notamment son guide pratique : U.K. Department of Health & Social Care, *The Surrogacy Pathway, Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, 2018.

¹²⁸ Voir RAYWAT DEONANDAN et al., *Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism*, *Journal of Medical Ethics* 38(12) 2012, pp. 742–745.

analogue à celle appliquée au don de sperme (i.e., droit de connaître ses origines¹²⁹ et possibilités de contacter le père génétique), soit avec une solution plus respectueuse des parties permettant, dès le départ, à l'enfant comme à la mère porteuse de maintenir le lien affectif.¹³⁰

7. Conclusions

[Rz 85] Les situations où un patient/une patiente doit suivre un traitement qui menace sa fertilité future sont multiples, tout comme le sont les conséquences potentielles dudit traitement. Les moyens médico-techniques pour préserver la fertilité connaissent un développement significatif. Ces progrès sont jugés prometteurs pour les patients concernés. Patients et médecins sont de plus en plus sensibles à l'enjeu du maintien de la fertilité. En effet, l'infertilité est de plus en plus abordée dans les médias et dans la discussion publique. Devoir recourir à une PMA n'est plus jugé honteux ou gênant. Préserver la fertilité des patients, y compris de jeunes enfants, paraît donc pleinement légitime.

[Rz 86] Sur le plan pratique, il s'agit d'organiser le traitement et le suivi des patients de manière à ce que les options puissent leur être présentées et – si les patients le souhaitent – mises en œuvre dans les meilleurs délais, sans nuire au traitement de leur maladie. Des progrès doivent encore être faits en Suisse pour s'assurer que l'information soit fournie en temps utile, de manière respectueuse, interdisciplinaire, précise et complète par tous les hôpitaux et médecins concernés.¹³¹

[Rz 87] Sur le terrain du droit, des progrès nous semblent également nécessaires. L'admissibilité d'une technique de PMA devrait s'apprécier par une pesée d'intérêts entre l'autonomie des parents ou futurs parents (liberté individuelle dans les choix reproductifs ; préservation des choix futurs dans le cas de patients mineurs), l'intérêt présumé du futur enfant et l'intérêt des tierces parties mises à contribution (donneur de sperme, d'ovule, d'embryon, mère porteuse). La pesée d'intérêt devrait être faite pour chacun des différents scénarios : interdiction totale, autorisation sous condition, mais aussi pratique « déplacée » à l'étranger, en particulier dans des pays moins riches. Comme il s'agit d'une pesée des intérêts, il est peu probable qu'une solution permette de maximiser les intérêts de chacune des parties en présence. Il s'agit bien plutôt de trouver la solution qui offre le meilleur rapport bénéfice-risque global, en accordant toutefois un poids accru aux parties les plus vulnérables, à savoir d'abord l'enfant, puis les adultes susceptibles d'être exploités. Cette pesée doit être guidée par les preuves scientifiques à disposition, notamment celles qui permettent de mieux cerner la santé physique et psychique des personnes concernées. Des affirmations purement théoriques (i.e., « un enfant doit toujours avoir un père et une mère » ; « mater semper certa est ») ne devraient pas être décisives.

¹²⁹ Voir déjà les notes 6 et 8 ; aussi l'article de MARGOT (nbp. 105) ; également la recommandation de BOILLET / DE LUZE (nbp. 119).

¹³⁰ Voir par analogie l'art. 274a CC sur les relations personnelles avec des tiers.

¹³¹ S'il n'existe pas de statistiques pour la Suisse (voir déjà les notes 6 et 8), LAMBERTINI et al. (nbp. 5) rapportent : « [t]he percentage of women who choose to undergo the available fertility preservation options after fertility counseling varies from 2 % to over 50 %. In a recent large study conducted in breast cancer patients, only 10 % of women took active steps to reduce their chance of infertility (7 % underwent embryo cryopreservation, 1 % oocyte cryopreservation and 3 % accepted the administration of luteinizing hormone-releasing hormone analogs [LHRHa]) ; however, an increasing trend over time in the proportion of patients who pursued fertility preservation strategies was observed (from 5 % in 2006 to 15 % in 2012) ».

[Rz 88] Nous sommes convaincues que la Suisse peut offrir un régime juridique plus libéral tout en préservant les intérêts légitimes de ces parties faibles, voire en les protégeant mieux.¹³² Elle n’y parviendra peut-être pas « du premier coup » ou dans l’immédiat. Cependant, la Suisse dispose des ressources pour tenter des modèles alternatifs, tout en évaluant soigneusement leurs conséquences positives comme négatives.

VALÉRIE JUNOD est Professeure associée à la Faculté des Hautes études commerciales de l’Université de Lausanne, Professeure titulaire à la Faculté de droit de l’Université de Genève, Avocate-conseil à l’étude Junod, Muhlstein, Lévy & Puder, membre de la Commission nationale d’éthique.

DOROTHEA WUNDER, privat-docent, est médecin spécialisée en gynécologie-obstétrique et médecine de la reproduction et travaille au Centre de Procréation Médicalement Assistée (CPMA) à Lausanne.

SAMIA HURST est médecin et bioéthicienne, Professeure d’éthique biomédicale à la Faculté de médecine, Université de Genève.

Les auteures s’expriment ici à titre personnel.

¹³² Dans ce sens également MARGOT (nbp. 105), p. 720.