

Sous la direction de
Romano La Harpe, Marinette Ummel, Jean-François Dumoulin

DROIT DE LA SANTÉ ET MÉDECINE LÉGALE

La publication de cet ouvrage a bénéficié du soutien
du Centre universitaire romand de médecine légale.

Table des matières

PRÉAMBULE

1. Médecine et droit : pour un pacte humaniste au-delà du conflit
D. Manai 13
2. L'influence du droit sur la relation entre médecins, malades et la société
T.W. Harding 21
3. Médecin et droits de l'homme
A.G. Toledo Vera, T.W. Harding, D. Bertrand, M. Ummel 29
4. Médecin et droit humanitaire
M. Veuthey 47
5. Les fondements éthiques du droit médical
A. Mauron 57
6. L'évolution du droit de la santé au cours des dernières décennies
O. Guillod 67

Couverture : Frédéric Michiels
Maquette et mise en pages : Atelier Française Ujhazi, Genève

© Copyright 2014, Éditions Médecine et Hygiène
46, chemin de la Mousse – CH 1225 Chêne-Bourg
e-mail : livres@medhyg.ch
site web : www.medhyg.ch

PREMIÈRE PARTIE DROIT DE LA SANTÉ

CONTEXTE GÉNÉRAL

7. Le système de santé suisse : présentation générale
D. Sprumont 95
8. Droit de la santé, éthique médicale ou déontologie ?
J.-F. Dumoulin 105
9. Prévention des maladies et promotion de la santé 119

Tous droits de reproduction, y compris par la photocopie,
de traduction et d'adaptation réservés pour tous les pays.

cas d'Eva). En effet, les pratiques sont sensiblement plus libérales dans plusieurs pays, y compris européens⁴³. Or ces aspects internationaux restent hors du champ de la loi suisse. Les couples qui choisissent d'aller à l'étranger n'encourent aucune sanction en Suisse. Évidemment, il est de leur intérêt de se renseigner méticuleusement sur la situation médicale et légale qui prévaut dans le pays vers lequel ils se tournent.

39. L'interruption de grossesse

M. Ummel, A.-G. Toledo Vera

CAS

Une jeune femme de 28 ans consulte son gynécologue en vue d'une interruption de grossesse. Elle est enceinte de 8 semaines suite à un oubli de la pilule contraceptive. Le père de l'enfant qu'elle porte, réfugié, à qui elle n'a pas révélé sa grossesse, vient d'être renvoyé dans son pays d'origine. Elle souhaiterait interrompre sa grossesse, ne se sentant pas capable d'élever son enfant seule. Depuis deux ans, elle souffre en effet d'une dépression relativement bien compensée par un traitement médicamenteux. Lors de la consultation elle demande néanmoins à son gynécologue quelles seraient les conditions pour donner son enfant à adopter et si cela est possible en Suisse.

L'INTERRUPTION DE GROSSESSE

EN GÉNÉRAL

L'interruption de grossesse pose toute une série de problèmes aussi bien éthiques que juridiques. Le but de cet article est de présenter la situation juridique de l'interruption de grossesse en Suisse. Les conditions de l'adoption d'un nouveau-né à sa naissance seront également abordées.

Il faut rappeler que l'interruption de grossesse a été considérée très différemment dans l'histoire et suivant les cultures¹. Une interdiction de cette pratique figure dans le serment d'Hippocrate : « Je ne remettrai à aucune femme un pessaire abortif. »

En matière de réglementation légale de l'interruption de grossesse, il existe deux grandes catégories de solutions législatives :

¹ Amy J.J. Avortement. In: Hottis G., Missa J.N. Nouvelle encyclopédie de bioéthique Bruxelles: De Boeck Université, 2001; 76-82. Cf. aussi l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, A, B, C c. Irlande, du 16 décembre 2010 (*Requête no 25579/05*) commenté dans l'article Westeson J. Reproductive health information and abortion services: Standards developed by the European Court of Human Rights *International Journal of*

embryons surnuméraires sont simplement détruits (en conformité de la loi). Or, pour certaines personnes, un embryon possède un statut équivalent ou proche d'un être humain ; sa destruction est donc considérée comme amonale.

LES DÉBATS À VENIR

À maints égards, la PMA a perdu son caractère initialement polémique. De très nombreux couples ont recours à une assistance à la procréation. Les enfants nés chaque année grâce à la PMA sont plus de 2 000³⁷. Par ailleurs, la loi suisse est très stricte et interdit ce qui est perçu par beaucoup comme des dérives. Deux thèmes essentiels contiennent cependant d'alimenter les controverses³⁸.

PRISE EN CHARGE PAR L'ASSURANCE-MALADIE

Le premier est le non-remboursement de certaines techniques de PMA. Si l'insémination intra-utérine (trois tentatives, renouvelables en cas de succès) et les médicaments destinés à stimuler l'ovulation (une année maximum de stimulation hormonale) sont généralement pris en charge par l'assurance-maladie de base, tel n'est pas le cas de la fécondation in vitro (FIV ou ICSI) pourtant globalement plus efficace, où la facture totale peut atteindre 10 000 CHF. L'ordonnance du Département fédéral de l'intérieur sur les prestations de l'assurance de soins (OPAS) le dit clairement³⁹. Ces frais mettent la FIV hors de portée financière de nombreux couples. Ils en amènent aussi certains à consulter plus (ou trop) tardivement. Ils favorisent des comportements parfois plus risqués, comme l'implantation de deux ou trois embryons, plutôt qu'un seul, avec les souffrances parfois importantes et les coûts élevés pour le système de santé qu'impliquent les naissances multiples. Même si plusieurs assurés ont tenté de contester devant les tribunaux ce qu'ils percevoient comme une injustice, à ce jour, ils ont toujours échoué⁴⁰.

36 En 2011, 21 dons pour la recherche ont été recensés (1 % des embryons surnuméraires détruits). Pour comprendre les raisons menant au don, lire Meichun Mohler-Kuo, *Attitudes of couples towards the destination of surplus embryos: results among couples with cryopreserved embryos in Switzerland*, I(1) Human Reproduction pp. 1-9 (2009).

37 Selon les chiffres de l'OFS, on est passé de 1 000 naissances en 2003 à plus de 2 000 en 2010.

38 Faute de place, on ne discutera pas ici d'autres aspects controversés, notamment l'inégalité de traitement entre hommes et femmes et entre couples homosexuels et hétérosexuels, la transparence limitée s'agissant des résultats obtenus par chaque centre, les freins imposés à la recherche sur les embryons, le nombre excessif de centres en Suisse et leur disparité en termes de volume et de succès de leurs interventions, l'absence de suivi à long terme dans un registre des enfants nés d'une PMA, les insuffisances et divergences des modalités de la surveillance cantonale, en tout cas dans certains cantons.

39 Voir le point 3 de l'annexe 1 de l'OPAS, RS 832.112.31.

40 Voir dernièrement l'arrêt du 1er octobre 2012, référence 9C 835/2011 : précédemment les

Le Tribunal fédéral se refuse à intervenir dans ce qu'il perçoit comme une décision essentiellement de nature médicale. Il renvoie au pouvoir d'appréciation de la Commission des prestations générales de l'assurance-maladie de l'Office fédéral de la santé publique. Celle-ci, pour des motifs assez opaques, liés semble-t-il aux chances de succès de ces techniques de PMA⁴¹, refuse de les considérer comme efficaces, appropriées et économiques (soit les trois conditions principales d'une prise en charge selon la Loi fédérale sur l'assurance-maladie). Ces motifs sont critiqués par de nombreux médecins qui estiment que les fécondations in vitro devraient, du moins à certaines conditions (âge de la femme, nombre de tentatives, nombre d'embryons implantés), être remboursées. Malgré consolation : les frais médicaux non pris en charge par l'assurance sont fiscalement déductibles dans la plupart des cantons.

DIAGNOSTIC PRÉIMPLANTATOIRE

Un deuxième sujet de controverse est l'interdiction du diagnostic préimplantatoire (DPI). Un couple qui se sait porteur (porteur sain ou porteur malade) d'une maladie génétique est forcé de lancer une « grossesse à l'essai », puisqu'il ne peut obtenir que l'embryon soit testé in vitro ; il doit attendre que des tests génétiques puissent être effectués sur l'embryon ou le fœtus in utero pour décider ensuite s'il veut garder l'embryon ou le fœtus ou au contraire avorter.

La Cour européenne des droits de l'homme a jugé dans une affaire *Costa & Pavan c. Italie* de 2012 que ce système juridique, qui autorise l'avortement mais empêche le DPI destiné à détecter des maladies génétiques, est incohérent. Le Conseil fédéral propose d'assouplir le régime actuel par une révision constitutionnelle et une modification de la LPMA, qui permettrait ce DPI à des conditions très strictes (notamment : maladie grave se déclarant avant 50 ans et sans autre possibilité de traitement). Le projet a été transmis au Parlement⁴²; et les commissions en débattent actuellement.

CONCLUSION

Le cadre suisse de la PMA est strict, mais donne pour l'essentiel satisfaction, car il permet la grande majorité des techniques de PMA considérées socialement acceptables. Les aspects liés à la filiation sont définis. Le bien de l'enfant est mis au centre. En revanche, compte tenu des limites strictes sus-décrites et vu que les techniques de PMA ne sont pas toutes remboursées, le tourisme de procréation est inévitable (par exemple dans le

41 Voir la note 18.

42 Message du 7 juin 2013 concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), FF 2013 5253. Voir aussi *Biol. Procr. Méd. Ass.*

– peut exiger de savoir qui était le donneur²⁹. Ce dernier n'a aucun moyen de l'en empêcher. Il doit en être informé explicitement et accepter cette situation avant de fournir son don. Il n'est bien sûr pas tenu d'accepter d'entretenir des relations ou même d'avoir un contact avec son enfant biologique, mais il ne peut pas obtenir que son identité soit gardée secrète. La transmission de l'information se fait par le biais de l'Office fédéral de l'état civil qui s'efforcera de maintenir la confidentialité de façon à ce que des personnes autres que l'enfant et le donneur ne soient informés (on pense par exemple à la famille du donneur).

Même si les parents juridiques de l'enfant n'ont pas davantage de moyens d'empêcher la transmission de l'information, ils ne sont cependant pas tenus de dire à leur enfant la vérité sur ses origines. Ainsi, l'enfant n'apprendra qu'il a été conçu à l'aide des spermatozoïdes d'un tiers que si ses parents décident de le lui révéler ou, dans de plus rares cas, s'il le découvre lui-même (par exemple à l'occasion d'examens médicaux). Le donneur n'est pas davantage informé si son sperme a abouti à la naissance d'enfants. Par ailleurs, à teneur de la LPMA, l'enfant ne peut obtenir d'informations sur ses demi-frères ou demi-sœurs biologiques; les parents (juridiques) ne peuvent obtenir l'identité du donneur.

La LPMA ne traite pas des rapports de filiation qui s'établissent lorsqu'une personne ou un couple a recours à une PMA à l'étranger. En particulier, l'Office susmentionné ne détiendra pas les informations sur le donneur qui permettraient de renseigner l'enfant si le don de sperme et son utilisation ont eu lieu hors de Suisse. La Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) qui aborde les aspects internationaux de la filiation ne contient que des règles très générales. Il n'y a pas d'harmonisation internationale dans ce domaine.

LES OBLIGATIONS ADMINISTRATIVES AUXQUELLES SONT ASTREINTS LES CENTRES DE PMA

Pour pratiquer la PMA (au sens large, y compris la gestion des banques de sperme destinées à la PMA), le professionnel de la santé doit être au bénéfice d'une autorisation. Seule l'insémination de la femme au moyen du sperme du partenaire (insémination dite homologue) n'exige pas d'autorisation. La loi réserve cette autorisation aux seuls médecins, même si d'autres spécialistes, notamment des biologistes, travaillent généralement sous l'autorité des premiers. Lorsque le médecin pratique lui-même des techniques de PMA, il doit être titulaire d'une formation spécialisée dans ce secteur et d'une expérience suffisante³⁰. En revanche, pour conserver des gamètes et des ovules imprégnés ou

raisons médicales devraient être rares, car l'état de santé du donneur fait l'objet de tests aussi bien avant que son don ne soit accepté qu'avant qu'il ne soit utilisé. Il n'est toutefois pas impossible qu'une maladie n'ait pu être détectée chez le donneur et qu'elle ait été transmise à l'enfant. Les motifs légitimes autres que médicaux ne sont pas décrits dans la LPMA; on songe notamment à une souffrance psychologique du mineur qui doute de sa filiation.

29 Au droit à connaître le nom du père biologique s'ajoute le droit d'accéder à certaines renci-

pour gérer les dons de sperme, la loi n'impose pas aux médecins d'exigences particulières de formation et d'expérience.

L'autorisation requise par la LPMA est délivrée par l'autorité cantonale que désigne chaque canton dans sa loi d'application³¹; il s'agit généralement du Département de la santé ou de son Médecin cantonal³². L'autorité est censée également exercer une surveillance sur les activités de PMA et effectuer des contrôles non annoncés. Elle a le pouvoir de retirer l'autorisation si son titulaire ne respecte pas la loi. En pratique, les contrôles cantonaux sont souvent délégués à la FIV-NAT, une organisation créée par la Société Suisse de Médecine de Reproduction et responsable actuellement au niveau fédéral de la récolte des statistiques de 25 centres sur 26; c'est ainsi que la FIV-NAT envoie ses auditeurs vérifier la documentation réunie par les centres. L'autorité cantonale en reçoit normalement copie; les contrôles cantonaux plus poussés sont rares, quand bien même les audits de la FIV-NAT ont une portée restreinte aux aspects techniques et statistiques de la PMA.

La loi prévoit que tout titulaire d'une autorisation soumette un rapport détaillé à son autorité cantonale; en pratique, pour la plupart des centres, la récolte des statistiques est déléguée et gérée par la FIV-NAT. Le rapport requis contient des informations qui, une fois agrégées, permettront de fournir des chiffres détaillés sur le nombre d'interventions de PMA par fécondation in vitro (donc sans tenir compte des inséminations intra-utérines) et leur taux de succès. Ces statistiques incluent également le nombre d'embryons in vitro dits surnuméraires, c'est-à-dire d'embryons (et non d'ovules imprégnés) produits à des fins de PMA, mais qui n'ont finalement pas été implantés, souvent parce qu'ils ont été jugés insuffisamment sains, parce que le couple a renoncé à son projet de donner naissance ou parce qu'un des membres du couple a retiré son consentement³³. Ces embryons surnuméraires font l'objet de controverses; ils doivent le plus souvent être détruits³⁴; ils ne peuvent pas être donnés à des couples stériles. Aux conditions posées par la Loi fédérale sur la recherche sur les cellules-souches embryonnaires³⁵, le couple peut les donner à des instituts de recherche; cependant, selon les statistiques à disposition, de tels dons demeurent très rares³⁶. Dès lors, la grande majorité des

31 L'administration fédérale n'a pratiquement aucune compétence en matière de PMA, ce qui est inhabituel en comparaison des autres secteurs technologiques en lien avec la santé.

32 Voir à Genève, le Règlement d'application de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (RaLPMA) (K 3 05.02).

33 En 2011, près de 27'000 ovules ont été imprégnés, un peu plus de 9'000 embryons ont été obtenus, un peu plus de 8'000 embryons ont été transférés. Quelques 2'000 embryons (considérés surnuméraires) ont été détruits, la grande majorité pour le motif indiqué « arrêt de développement ». Près de 15'000 ovules imprégnés ont été congelés, dont une moitié sera dans les cinq ans décongelée en vue d'une implantation et l'autre moitié sera détruite. L'OFS ne renseigne toutefois pas sur le nombre d'ovules imprégnés détruits chaque année.

34 Sans doute pour des raisons psychologiques, un petit nombre de couples (200 environ) demandent à ce que l'embryon soit détruit en l'inséminant dans l'utérus.

de procréation naturelle, suite notamment à la stimulation ovarienne et/ou à l'implantation délibérée de plusieurs embryons¹⁹), les coûts pour le couple (puisque pas toutes les techniques de PMA sont couvertes par l'assurance-maladie, comme il sera expliqué plus bas), et même « les autres possibilités de réaliser le désir d'enfant ou d'opter pour un projet de vie différent ». En sus, un conseil génétique est requis lorsque le recours à la PMA est dicté par le souhait de ne pas transmettre à l'enfant une maladie génétique des parents ou de l'un d'entre eux. Une assistance psychologique est également offerte à tous les couples qui le désirent et cela pendant tout le processus de PMA (avant le début du traitement, pendant celui-ci et après qu'il est achevé)²⁰.

Une fois complètement informé, le couple doit bénéficier d'un temps de réflexion; il est assez long, puisqu'en principe de quatre semaines. Ensuite seulement, le couple peut donner son consentement, lequel doit être écrit²¹. Ce consentement doit notamment porter sur la naissance de jumeaux ou de triplés, voire davantage²², puisque la PMA augmente les risques de grossesse multiple²³. Il est toutefois difficile d'envisager une contrainte sur la femme si celle-ci refuse après coup le transfert de plusieurs embryons. De plus, bien que la loi ne semble pas l'envisager, les centres pratiquent la réduction embryonnaire (à savoir l'interruption sélective d'une des grossesses) lorsque la femme porte des triplés²⁴.

Aussi bien la mère que le père (juridique) peuvent *révoquer* leur consentement et cela en tout temps avant l'implantation. Ceci vaut pour le père juridique même lorsque la PMA fait appel au sperme d'un tiers. La révocation du consentement empêche la poursuite de la PMA – de même que le décès d'un des futurs parents. Si l'ovule a déjà été imprégné ou si l'embryon a déjà été créé, ils ne seront pas implantés, mais détruits, voire éventuellement donnés à la recherche. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire *Evans c. Royaume-Uni* de 2007 a confirmé que la femme ne peut obtenir l'implantation d'embryons contre la volonté du père (ici biologique et juridique), même si, pour des raisons médicales, il s'agit de sa seule et unique chance de donner naissance à un enfant (biologique).

19 Jusqu'à l'estime chez les femmes de 30 ans désirant un enfant à 20% par cycle (mois). Cf. American Society for Reproductive Medicine, *Age and fertility, a guide for patients* (2012).

20 En 2011, sur 9'000 embryons transférés, dans 22% des cas, on a implanté un seul embryon (2'020); dans 64% des cas, on en a implanté deux; dans 13% on en a implanté 3. La probabilité de donner naissance à un (ou plusieurs) enfant(s) augmente avec le nombre d'embryons transférés. Le pourcentage de naissances multiples est souvent plus élevé avec l'insémination intra-utérine qu'avec la fécondation in vitro. Sur ces questions, Theres Lüthi, *Le problème des grossesses multiples*, 87(21) Bulletin des médecins suisses p. 943-947 (2006).

21 L'assistance psychologique n'est pas obligatoire et certains couples la refusent. Elle est en principe remboursée par l'assurance-maladie.

22 Un autre consentement est aussi exigé pour décongeler des ovules imprégnés afin de les implanter.

23 Le transfert d'un (seul) embryon dans le corps de la femme n'exclut pas que celui-ci se divise in utero pour donner lieu à des jumeaux ou des triplés.

24 En 2010, 16% des accouchements étaient de jumeaux (nuls de 28% des enfants nés).

Le consentement donné ne vaut que pour trois cycles de PMA. Si aucune grossesse n'a débuté, un nouveau délai de réflexion et un nouveau consentement écrit doivent intervenir avant que le couple ne puisse poursuivre avec d'autres cycles de PMA. Il n'y a pas de plafond légal au total des cycles; en revanche, le coût élevé du traitement (non remboursé s'agissant des FIV classiques ou ICSI) amène souvent les couples à limiter le nombre de tentatives à une ou deux.

COMMENT S'ÉTABLIT LA FILIATION, EN PARTICULIER LORS D'UN DON DE SPERME

En cas d'insémination ou de fécondation in vitro, l'ovule est nécessairement celui de la mère, puisque la LPMA interdit aussi bien le don d'ovule, que le don d'embryon et la maternité de substitution. La mère biologique, la mère ayant porté l'enfant et la mère juridique sont donc forcément identiques. En revanche, l'une ou l'autre des techniques peut recourir aux spermatozoïdes d'une personne qui n'est pas l'époux de la mère, mais celui d'un donneur tiers. Dans ce cas, la loi fixe la règle impérative: le père juridique de l'enfant est le mari de la mère (pour rappel, la mère est forcément mariée)²⁵. À l'inverse, le donneur ne sera pas considéré en Suisse comme le père, avec une exception: si le donneur donne sciemment son sperme à une personne dénuée de l'autorisation prévue par la LPMA, il pourra être recherché en paternité et le juge pourra le tenir comme père juridique²⁶. Par ce biais, le législateur incite les couples à suivre les procédures prévues par la LPMA, et donc à rejeter les solutions « artisanales » (par exemple, le don d'une seringue de sperme par un ami bienveillant).

Même si le donneur et père biologique n'est en principe pas reconnu comme le père juridique, son anonymat n'est plus protégé depuis 2001, date d'entrée en vigueur de la LPMA²⁷. Au contraire, tenant compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur a tenu à privilégier le droit de l'enfant à connaître son ascendance. Ainsi, l'enfant – en principe – n'importe quel moment après sa majorité²⁸

25 Cf. aussi art. 256 al. 3 du Code civil (CC) en vigueur depuis 1978. La doctrine juridique a montré que la LPMA ne règle pas toutes les questions de filiation qui peuvent survenir en pratique, mais seulement les plus communes en Suisse.

26 En pratique, les difficultés seraient non négligeables, car il n'est pas forcément dans l'intérêt de l'enfant de voir supprimer le lien de filiation avec son père social pour se voir attribuer comme nouveau père juridique et biologique le donneur de sperme. La jurisprudence ne fait pas état d'affaires de ce type en Suisse.

27 Apparemment, voir toutefois l'art. 119 al. 2 let. g de la Constitution (anciennement art. 24 novies) et les épineuses questions juridiques de droit transitoire que ces dispositions posent.

28 Voir aussi la disposition transitoire à l'art. 41 LPMA, notamment si le sperme est recueilli avant 2001, mais utilisé après l'entrée en vigueur (al. 1).

- Le clonage d'un être humain; le simple fait de créer un embryon cloné est déjà pénalement punissable, même si l'embryon n'est pas implanté dans le corps d'une femme.
- La modification génétique de spermatozoïdes, d'ovules ou de cellules embryonnaires.
- La production d'une chimère (la combinaison de deux ou plusieurs embryons distincts au stade totipotent), de même que celle d'un hybride (la combinaison d'un ovule ou spermatozoïde humain avec un spermatozoïde, respectivement un ovule, provenant d'un animal¹³).
- La production et le maintien d'un embryon in vitro au-delà du stade indispensable à la réussite d'une PMA, soit celui désigné comme la nidation physiologique.
- L'acquisition ou la vente (au sens large) de gamètes, d'embryons, de produits résultant d'un fœtus. En revanche, les actes médicaux peuvent être pleinement rémunérés; ils le sont souvent à des prix élevés, particulièrement pour les prestations exclues de l'assurance-maladie.
- La production d'un embryon à des fins autres que la PMA, notamment à des fins de recherche.

Bien que la loi soit entrée en vigueur il y a plus de dix ans, aucune sanction pour des violations sus-décrites n'a été à ce jour rendue publique – à noter toutefois que les jugements cantonaux ne sont généralement pas publiés.

CE QU'IL EST POSSIBLE DE FAIRE

La Suisse permet la plupart des techniques courantes de PMA. La population en Suisse y a assez largement recours¹⁴. Ainsi, un couple hétérosexuel, qu'il soit marié ou non, peut s'adresser à un centre en Suisse (il en existe 26 à ce jour) afin d'obtenir une PMA. Son domicile en Suisse ou à l'étranger est sans importance. Son objectif doit être de palier une infertilité, avec ou sans cause médicale avérée, alternativement d'éviter la transmission de maladies lorsqu'une technique de PMA permet de sélectionner des gamètes sains sans devoir analyser l'embryon lui-même (le DPI est actuellement interdit). Un couple ne peut recourir à une PMA pour des simples motifs de commodité personnelle, si tant est qu'une telle hypothèse soit envisageable (notamment au vu de ses coûts). Si le couple entend recourir à un don de sperme d'un tiers, le couple doit être marié. Un par-

13 Sur ces notions, voir la prise de position 11/2006 de la Commission nationale d'éthique (CNE) intitulée « La recherche sur les embryons et les fœtus humains », pp. 37-39 et le Message du Conseil fédéral de 1996, pp. 242-243.

14 Environ un sixième des couples désirant procréer rencontrerait des problèmes de fertilité. En Suisse, en 2011, plus de 6'000 femmes ont été traitées par fécondation in vitro; il n'y a mal-

tenariat enregistré n'est ici pas l'équivalent du mariage puisqu'il unit un couple du même sexe. Le législateur a voulu renforcer la filiation du père juridique, qui n'est pas le père biologique et se rapprocher des règles sur l'adoption. En toute hypothèse, ainsi qu'il a déjà été fait mention, la PMA n'est pas accessible en Suisse aux femmes seules, ni d'ailleurs aux couples homosexuels.

Même si la LPMA n'est pas très explicite à ce propos, elle laisse entendre que le centre de PMA doit exercer un certain contrôle sur le projet de procréation du couple. La loi exige que la priorité soit donnée au bien de l'enfant, sous-entendu sur les intérêts des parents. En particulier, les parents doivent, « en considération de leur âge et de leur situation personnelle », pouvoir élever l'enfant jusqu'à sa majorité. Ainsi, un centre devrait refuser d'accéder à la demande d'un couple dont un de ses membres (ou les deux) serait trop âgé; aucune limite d'âge n'est toutefois énoncée. Il semblerait que la pratique fixe un plafond vers 43 ans pour la mère et vers 62 ans (!) pour le père¹⁵. S'agissant du critère de la « situation personnelle », il est encore plus flou: s'agit-il d'une référence à la situation sociale ou économique? À l'état de santé (physique et psychique) des parents? Ni la loi, ni son ordonnance n'apportent de précision¹⁶. Manifestement, le législateur a voulu s'en remettre à l'appréciation des médecins. Sur le plan médical, le législateur est parti de l'idée que les enfants nés suite à une PMA se portent aussi bien que ceux nés « naturellement »¹⁷.

Avant d'obtenir la mise en œuvre d'une PMA, le couple doit recevoir une information étendue de la part du centre médical, en principe par l'intermédiaire d'un médecin. La loi énumère ce que l'information doit couvrir, y compris les chances de succès (encore aujourd'hui assez faibles par cycle, mais pas sensiblement moins que par conception naturelle¹⁸), les risques de grossesses multiples (bien plus élevés qu'en cas

15 La limite nettement inférieure pour la mère s'explique par la baisse très nette du taux de succès d'une PMA en fonction de l'âge de la femme dont on utilise les ovocytes. En revanche, le critère d'âge masculin est lui basé sur l'espérance de vie.

16 À ce sujet, on lira l'intéressante étude de Christian De Geyter et al., *Differences and Similarities in the attitudes*, 140 *Swiss Medical Weekly* w13064 (2010); également ESHRE Task Force on Ethics and Law 13, *the welfare of the child in medically assisted reproduction*, 22(10) *Human Reproduction* p. 2585-2588 (2007); même auteur, *Lifestyle-related factors and access to medically assisted reproduction*, 25(3) *Human Reproduction* pp. 578-583 (2010).

17 Malgré des études parfois inquiétantes, la PMA n'augmente pas ou peu le risque de malformations chez l'enfant et le risque de développer une maladie chez l'enfant, voire la mère. Toutefois, les enfants nés par PMA (environ 5 millions d'enfants pour les techniques de fécondation in vitro) sont encore jeunes, les plus âgés atteignant la trentaine. Voir cependant l'article d'Urs Scherrer et al., faisant état de problèmes cardiovasculaires des enfants nés par fécondation in vitro, article publié dans *Systemic and Pulmonary Vascular Dysfunction in Children Conceived by Assisted Reproductive Technologies*, 125 *Circulation* p. 1890 (2012).

18 Il existe plusieurs manières de calculer le taux de succès de la PMA, par exemple en fonction du nombre de cycles, du pourcentage d'implantations ou de naissances. Un aperçu simplifié sur la base des statistiques 2010 de l'OFCS révéla que 21'000 enfants ont été nés par PMA en Suisse.

• Au stade de la sélection des gamètes, le choix du sexe de l'enfant à naître, à moins qu'il s'agisse du seul moyen d'éviter la naissance d'un enfant malade, typiquement lorsque la maladie ne touche qu'un des deux sexes⁹. Toujours au stade de la sélection des gamètes, le choix d'une autre caractéristique de l'enfant à naître, avec la même réserve (cas de figure plutôt théorique).

• La conservation (ou cryoconservation) d'embryons, le principe voudrait que tous les embryons produits soient implantés immédiatement et que ceux qui exceptionnellement ne peuvent pas l'être soient détruits. Dans la pratique, il arrive que des embryons ne soient pas implantés parce que leur développement in vitro apparaît anormal ou moins bon que d'autres embryons destinés à l'implantation. Il arrive également que des embryons soient congelés, par exemple lorsque la femme n'est temporairement pas disponible, par exemple suite à un accident¹⁰. Le Conseil fédéral propose de lever l'interdiction de la conservation des embryons (projet de révision de la Constitution et de la loi de 2011). Actuellement, seule la congélation des ovules imprégnés (zygotes) est admise par la loi, moyennant une durée de conservation de 5 ans maximum. La loi ne l'évoquant pas, la conservation d'ovules n'est pas interdite ; elle soulève cependant des difficultés d'ordre médico-technique, la technique de vitrification ovocytaire n'étant pas disponible dans tous les centres et les taux de survie des ovocytes après décongélation dépendant de l'expérience du centre et des techniques utilisées.

• La production de plus de trois embryons par femme et par cycle¹¹. En revanche, sur plusieurs cycles, il n'y a pas de limite globale au total d'embryons produits. Il n'y a pas de plafond légal au nombre d'ovules imprégnés produits ou congelés.

• La conservation de gamètes (spermatozoïdes ou ovules) pour plus de cinq ans, sauf si un délai plus long est rendu nécessaire par le traitement dans l'intervalle d'une maladie (souvent un cancer).

Pour ce qui concerne les bénéficiaires de la PMA, sont interdits :

- Le recours à la PMA par une femme qui ne vit pas en couple (hétérosexuel) et le recours à la PMA par des couples homosexuels¹².
- Le recours par un couple non-marié au don de sperme provenant d'un tiers.
- La mise en œuvre d'une PMA (au sens large) sans consentement préalable libre, éclairé et écrit, après la révocation du consentement par l'un ou l'autre des futurs

⁹ Cette technique sophistiquée basée sur le choix des spermatozoïdes, voire des ovules, n'est pas mise en œuvre dans tous les centres suisses de PMA.

¹⁰ Les statistiques de 2011 font état de la décongélation de 144 embryons (contre 11'662 ovules imprégnés décongelés). Ces embryons (congelés et décongelés) sont en quelque sorte « hors la loi », même si les autorités sont pleinement conscientes de leur existence et semblent estimer la situation inévitable (dans l'attente de la révision débutée en 2011).

parents ou après le décès du père (en cas de décès de la mère, la PMA devient impossible, vu l'interdiction des mères porteuses).

En relation avec le don de sperme, sont interdits :

- Le don de sperme à des fins autres que la PMA.
- Le don de sperme sans que le donneur ait au préalable donné son consentement libre, éclairé et écrit. La loi n'évoque pas les effets de la révocation du consentement après le don, mais les centres retirent et détruisent les paillettes de sperme non (encore) utilisées s'ils reçoivent une telle révocation. L'accord de l'épouse ou de la partenaire du donneur n'est pas requis.
- Le recrutement d'un donneur et l'utilisation de son sperme sans avoir mené préalablement des tests approfondis pour vérifier son état de santé.
- L'acceptation d'un donneur ou sa sélection pour une PMA en fonction de critères non médicalement pertinents, comme l'intelligence ou le niveau d'études. Au stade subséquent de la sélection pour un couple (marié) de bénéficiaires, il est toutefois permis de sélectionner des critères physiques du donneur afin d'assurer une certaine ressemblance de l'enfant à ses parents juridiques ; de même, il est permis de sélectionner le groupe sanguin du donneur afin qu'il corresponde à celui des parents juridiques.
- Le don de sperme par le donneur à plus d'un centre de don de sperme et son utilisation pour donner naissance à plus de 8 enfants.
- L'utilisation de sperme de différents donneurs lors d'un même cycle de PMA.
- L'utilisation de sperme d'un donneur ayant un lien de parenté proche (parents en ligne directe, et frère et sœurs germains, consanguins ou utérins, même en cas d'adoption) avec la mère future bénéficiaire de la PMA.
- Le versement d'une rémunération pour le sperme récolté par le centre et l'acceptation d'un paiement par le donneur. Même si la loi ne le précise pas, il est permis de lui verser un dédommagement pour son déplacement et pour son temps ; ces dédommagements restent faibles en Suisse (de l'ordre de CHF 100-200 par don).

Concernant plus particulièrement les professionnels actifs dans le secteur de la PMA, sont interdits :

- La mise en œuvre d'une fécondation in vitro sans octroi préalable d'une autorisation cantonale ; en revanche, l'insémination intra-utérine n'exige pas que le médecin dispose d'une autorisation particulière, sauf s'il est fait recours au sperme d'un tiers.
- La récolte de spermés provenant de dons sans octroi préalable d'une autorisation cantonale :
- La non-transmission (dans les délais) d'informations statistiques sur les activités de PMA durant l'année.

humaine, la personnalité et la famille constitue le principe directeur à la LPMA. La présente contribution commence par présenter le champ d'application de la LPMA, pour ensuite récapituler ses nombreuses interdictions; puis elle décrit ce qui est permis moyennant respect de certaines conditions et retrace le système de surveillance mis en place. La dernière partie évoque les débats en cours et révisions législatives à venir. Les chiffres cités en notes de bas de page proviennent de l'Office fédéral de la statistique³.

CE À QUOI LA LPMA S'APPLIQUE

La Suisse ne réglemente que la procréation requérant le soutien de professionnels de la santé, autrement dit la procréation *médicalement assistée*. Elle ne s'applique qu'aux techniques utilisées sur l'être humain, y compris ses gamètes, ses embryons; la PMA utilisée sur l'animal n'est pas concernée. La LPMA englobe les deux techniques les plus répandues: l'insémination intra-utérine (l'introduction assistée dans les voies génitales de la femme de spermatozoïdes) et la fécondation in vitro (FIV) avec transfert d'embryon (d'une part la FIV classique, à savoir la mise en présence en laboratoire d'un ovule et de nombreux spermatozoïdes⁴, et d'autre part la forme «ICSI» plus récente mais plus répandue, à savoir l'injection d'un seul spermatozoïde sélectionné dans l'ovule⁵). La procréation naturelle n'est donc pas régie par cette loi. L'usage de médicaments pour soutenir la procréation (naturelle) demeure également hors du champ de la LPMA. Point important, la LPMA ne s'applique que pour autant que les techniques susvisées soient appliquées sur le territoire suisse; *a contrario*, les actes médicaux exécutés à l'étranger ne sont pas appréhendés par le droit suisse, sauf dans une mesure très restreinte pour établir le lien de filiation.

3 Cf. la page web de l'OFS: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/14/02/03/key/02.html>. Pour l'Europe: J. de Mouzon et al., *Assisted reproductive technology in Europe, 2007: results generated from European registers* by ESHRE, 27(4) Human Reproduction pp. 954-966 (2012).

4 Dans le cas de la fécondation in vitro classique, le sperme est juste «préparé» (séparation du liquide sérial), mais les spermatozoïdes ne sont pas sélectionnés sur la base de leur apparence. Il en va de même pour l'insémination intra-utérine.

5 Dans les deux cas, l'embryon obtenu in vitro est ensuite implanté dans le corps de la mère. Le stade de développement de l'embryon au moment de l'implantation varie. Il a lieu soit au 2-3^e jour, soit au 5-6^e jour de développement (stade dit du «blastocyste»). Le développement jusqu'au stade du blastocyste augmente les chances de succès de l'implantation; cependant, il existe un risque qu'un embryon in vitro ne parvienne pas jusqu'à ce stade. Pour des informations: *Best practices of ASRM*

CE QUE LA LOI INTERDIT

Les interdictions instituées par la LPMA sont multiples. La plupart sont renforcées par des sanctions pénales (généralement une peine privative de liberté pour trois ans au plus). Les principales interdictions sont ici regroupées selon leur objet, en commençant par les *techniques* interdites, puis les interdictions imposées aux bénéficiaires d'une PMA, puis celles visant le don de sperme, en passant par celles qui s'adressent aux seuls professionnels de la santé, pour terminer avec celles liées aux abus de la biotechnologie. Sont interdites les techniques de PMA suivantes:

- Le don d'ovules par une femme, y compris au sein de la famille (par exemple, une sœur donnant à sa sœur). Seul le don de sperme est permis, même s'il reste rare dans la pratique⁶. Cette inégalité entre les sexes a été voulue par le législateur et n'avait guère jusqu'à récemment suscité la critique. Un des buts recherchés est de maintenir la notion que la mère juridique est toujours la mère biologique (*mater semper certa est*).
- Le don d'embryons ou d'ovules imprégnés (c'est-à-dire le stade antérieur à la fusion des noyaux de l'ovule et du spermatozoïde, stade aussi appelé *zygote*) à des fins de PMA, y compris par un couple ayant eu recours avec succès à une PMA et n'ayant plus besoin de tous «ses» embryons. Le don pour la recherche est possible moyennant le consentement éclairé des parents.
- La maternité de substitution ou gestation pour autrui, autrement dit les mères porteuses, y compris au sein de la famille. Le médecin qui concourt à la mise en œuvre d'une telle technique et celui qui sert d'intermédiaire sont pénalement punissables; en revanche, la mère porteuse et la mère bénéficiaire ne le sont pas.
- Le transfert d'un embryon humain dans la matrice d'un animal.
- Le diagnostic in vitro préimplantatoire («DPI»), qu'il s'agisse de sélectionner un embryon non porteur d'une maladie génétiquement transmise par le ou les parents ou qu'il s'agisse de sélectionner un embryon qui puisse devenir, après naissance de l'enfant, un bébé sauveur (aussi appelé bébé médicament). Cette interdiction, on le verra plus bas, fait l'objet de discussions au Parlement afin de la lever en tout cas en partie⁷. Dans l'intervalle, des tests sur les globules polaires en surface de l'ovule imprégné (in vitro) afin de détecter certaines maladies génétiques transmises par la mère sont tolérés⁸.

6 En 2010, seuls 128 enfants sont nés suite à un don de sperme, contre plus de 2000 enfants nés suite à un traitement par FIV, pour un total de plus de 80 000 naissances en Suisse. Le recours au don de sperme est donc relativement rare.

7 Voir la page de l'OFSP sur la révision de la LPMA: <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152/index.html?lang=fr> et en charge de ces questions: humanreproduction@bag.admin.ch

8 Sur ce test, voir par exemple Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, *Diagnostic préimplantatoire Prise de décision* 10/2005 - 14

NOTES DE LECTURE RAPIDE

Les principaux enjeux éthiques des analyses génétiques concernent le caractère prédictif du diagnostic génétique chez l'individu, le conflit entre « droit de savoir » et « droit de ne pas savoir » chez différents membres d'une famille, le risque de dérive eugéniste et consumériste que peuvent susciter les analyses génétiques dans le planning familial, les possibilités de discrimination de la part des employeurs et des assurances et enfin les questions particulières liées au consentement dans la recherche génétique. La Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, entrée en vigueur en 2007, définit le cadre légal *spécifique* relatif aux analyses et au conseil génétiques. Le cadre légal *général* s'applique quant aux analyses génétiques comprend également les lois fédérales sur le secret médical, l'interruption de grossesse, la protection des données (LPD), ainsi que les lois cantonales traitant du consentement éclairé.

38. La procréation médicalement assistée

V. Junod*

CAS

Eva a toujours voulu avoir des enfants. Elle a longtemps espéré en avoir avec son mari. Mais, après 15 ans de mariage et deux fausses couches, ils ont fini par y renoncer. Peu après, son mari a demandé le divorce et s'est mis en ménage avec une femme plus jeune avec laquelle il n'a pas tardé à avoir des jumeaux. Sentant la quarantaine approcher, Eva envisage d'avoir recours à la procréation médicalement assistée (PMA). Elle préférerait pouvoir s'adresser à un médecin suisse, mais sachant qu'elle n'est plus mariée et sans partenaire fixe, elle est prête à faire le voyage à l'étranger si les conditions d'accès à la PMA y sont plus libérales.

PRÉAMBULE

En Suisse, la procréation médicalement assistée (PMA) est possible, mais sévèrement encadrée¹. Une loi entrée en vigueur en 2001 (LPMA) définit le cadre dans lequel la PMA est permise²; cette loi énonce une série d'interdictions, pose les grands principes à respecter, et aménage un système d'autorisation et de surveillance. Elle a été élaborée pour protéger différents intérêts : d'abord celui de l'enfant né suite à une technique de PMA, ensuite celui du couple qui y recourt, enfin celui de la société qui entend empêcher des dérives perçues comme dangereuses. La volonté de protéger la dignité

* L'auteur remercie pour leur assistance Dr. I. Streuli (HUG), Dr. G. Schaller (Département genevois des affaires régionales, de l'économie et de la santé), et Dr. D. Wunder (CHUV).

¹ Pour comparer ce qui est permis en Suisse et à l'étranger, voir le rapport très détaillé de l'International Federation of Fertility Societies, IFFS Surveillance 2010, Fertility and Sterility (2010).

² Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, recueil systématique (« RS ») 810.11, consultable ici : <http://www.admin.ch/fr/rs/810.11.fr.pdf>. Voir également les art. 119 et 120 de la Constitution (RS 101) l'Ordonnance sur la PMA (OBDMA) de 2001 et l'arrêté