

Prof. Dr. Valérie Junod

## Un pas supplémentaire vers le diagnostic préimplantatoire

Commentaire de l'arrêt Costa & Pavan de la Cour européenne des droits de l'homme

---

La Cour européenne des droits de l'homme a tranché que l'Italie ne peut pas complètement interdire le diagnostic préimplantatoire (DPI) in vitro, tout en autorisant le diagnostic prénatal in utero avec possibilité d'une interruption de grossesse si le fœtus est atteint d'une maladie. Pareille solution réglementaire est jugée incohérente. Cet arrêt récent a des implications pour la Suisse qui, par le biais d'une révision de la Constitution et de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), a entrepris d'assouplir l'actuelle interdiction totale du DPI.

---

Domaine(s) juridique(s): Procréation médicalement assistée; Droits fondamentaux;  
Commentaires d'arrêts

Proposition de citation : Valérie Junod, Un pas supplémentaire vers le diagnostic préimplantatoire, in : Jusletter 29 octobre 2012

## Table des Matières

1. Arrêt de la Cour dans la cause Costa & Pavan c. Italie du 28 août 2012 (requête n° 54270/10)
2. Quels enseignements doit-on en tirer pour la Suisse?
  - 2.1. La révision en cours de la législation sur le DPI
  - 2.2. Incohérence du projet suisse s'agissant des conditions d'accès aux diverses techniques médicales
3. Conclusion

## 1. Arrêt de la Cour dans la cause Costa & Pavan c. Italie du 28 août 2012 (requête n° 54270/10)

[Rz 1] La Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg vient de rendre un arrêt important qui ouvre la voie au diagnostic préimplantatoire (abrégié « DPI »). Le présent commentaire expose les faits à la base de cet arrêt et le raisonnement de la Cour, puis en étudie les conséquences pour la Suisse au regard de la révision en cours de la législation suisse sur le DPI. Les incohérences entre la législation en matière de procréation médicalement assistée (abrégiée « PMA »), celle en matière d'analyse prénatales et celle sur l'interruption médicale de grossesse (abrégiée « IMG ») sont mises en évidence et critiquées.

[Rz 2] Le DPI est une intervention médicale qui permet<sup>1</sup>, dans le cadre d'une PMA par fécondation *in vitro* (abrégiée « FIV »)<sup>2</sup>, de tester les embryons<sup>3</sup> produits *in vitro* afin d'écartier<sup>4</sup> ceux porteurs de gènes pour une maladie<sup>5</sup> ou une

anomalie génétique<sup>6</sup> donnée<sup>7</sup> et de n'implanter dans le corps de la future mère que les embryons jugés « sains »<sup>8</sup>. Comme il s'agit en réalité de tester plusieurs<sup>9</sup> embryons *in vitro* (« pré-implantation »), le DPI implique forcément en l'état de la science une PMA<sup>10</sup>.

[Rz 3] Dans l'affaire « Costa et Pavan c. Italie » tranchée par la Cour, le couple de requérants étaient tous deux porteurs sains du gène de la mucoviscidose<sup>11</sup>. Ils l'avaient appris lors de la naissance de leur fille, malheureusement atteinte de la maladie. Souhaitant un autre enfant, ils avaient effectué un diagnostic prénatal (abrégié DPN)<sup>12</sup>, c'est-à-dire un test effectué sur l'embryon *in utero*, donc avant la naissance. Le test

<sup>1</sup> La technique existe depuis la fin des années 1980. Cf. Handyside et al., Pregnancies from biopsied human preimplantation embryos sexed by Y-specific DNA amplification, 344 Nature p. 768 (1990). Pour une description médicale, voir aussi John A. Collins, Preimplantation Genetic Screening in Older Mothers, 357 New England Journal of Medicine (« NEJM ») p. 61 (2007).

<sup>2</sup> Sur les techniques de PMA, voir par ex. B. H. Van Voorhis, In Vitro Fertilization, 356 NEJM p. 379 (2007).

<sup>3</sup> Plus précisément, l'analyse du ou des gènes suspects est effectuée sur une cellule prélevée sur l'embryon *in vitro*, généralement lorsque l'embryon a atteint un stade de maturation comportant 8 cellules. Cf. Bulletin de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) 1/08, p. 1.

<sup>4</sup> Il est parfois fait recours au DPI pour d'autres motifs que celui d'éviter la naissance d'un bébé atteint dans sa santé. Le DPI peut être utilisé pour connaître le sexe du futur enfant et choisir ainsi un garçon ou une fille. Il peut être utilisé pour sélectionner un profil génétique compatible (typage HLA) avec celui d'un frère ou d'une sœur déjà né et atteint d'une maladie susceptible d'être soignée par une greffe de cellules souches hématopoïétiques (bébé dit « sauveur » ou « médicament »). Il y est également fait recours pour augmenter les chances de voir naître un enfant par PMA compte tenu du type d'infertilité dont souffre le couple (par ex. pour détecter des aneuploïdies comme une trisomie qui augmente le taux de fausses couches). La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas envisagé ces hypothèses dans son arrêt et il n'en sera pas davantage question ici.

<sup>5</sup> Il peut s'agir d'une maladie causée par un seul gène (maladie monogénique, par ex. l'hémophilie A) ou par plusieurs gènes (par ex. la spina bifida ou le diabète de type 1).

<sup>6</sup> Certaines anomalies ou aberrations génétiques provoquent des troubles qui ne sont pas nécessairement qualifiés de maladie, comme la trisomie 21 (malformation congénitale entraînant divers troubles physiques et un retard mental). L'anomalie génétique peut également ne provoquer qu'une augmentation du risque de développer un jour la maladie (par ex. un cancer lié au gène BRCA1). Dans le cas du gène BRCA1, les débats récents ont notamment porté sur la probabilité de développer un cancer et les mesures autres que le DPI qui permettent de l'éviter. L'Angleterre a cependant choisi d'autoriser le DPI pour détecter le BRCA1. Cf. par ex. P. Braude, Preimplantation Diagnosis for Genetic Susceptibility, 355 NEJM p. 541 (2006).

<sup>7</sup> Le DPI exige en principe la suspicion d'une maladie ou d'un trouble génétique préalablement identifié. Il n'est actuellement pas possible de tester un embryon pour toutes les anomalies génétiques possibles. Au contraire, sur la base du profil de risque identifié pour les parents, certains gènes précis seront testés chez l'embryon. Le rapport explicatif du Conseil fédéral du 14 février 2011 afférent au deuxième avant-projet mis en consultation indique que quelque 200 maladies congénitales peuvent être testées (p. 9).

<sup>8</sup> Certaines maladies ou troubles de santé ne peuvent simplement pas être testés au moyen du DPI, de sorte que cette technique ne garantit aucune-ment la naissance d'un bébé sain.

<sup>9</sup> Le nombre d'embryons qu'il est nécessaire de tester par cycle de PMA afin d'identifier un ou deux embryons sains porte à discussion. Le Conseil fédéral, dans son projet du 14 février 2011, a arrêté ce nombre à 8, chiffre jugé minimum voire trop bas par les milieux médicaux. Cf. la prise de position de la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (CNE) intitulée Diagnostic préimplantatoire II, Questions spécifiques sur la réglementation légale et le typage HLA, Position n° 14/2007 (novembre 2007), p. 15.

<sup>10</sup> Le recours à la PMA est relativement courant en Suisse avec, en 2010, 6'500 femmes traitées et 2'000 enfants nés suite au traitement (sur un total de 80'290 naissances). Voir le site web de l'Office fédéral de la statistique (OFS) sous <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/14/02/03/key/02.html>. En Europe, 1% des PMA comportent un DPI (Collins, supra note 1) ; aux Etats-Unis, ce taux serait de 4 à 6% (cf. Cf. M.L. LaBonte, An analysis of US fertility centre educational materials suggests that informed consent for preimplantation genetic diagnosis may be inadequate, 38 Journal of Medical Ethics p. 479 (2012)).

<sup>11</sup> La mucoviscidose est une maladie liée à une mutation d'un gène sur le chromosome 7. Les patients atteints décèdent dans des souffrances importantes vers la quarantaine ; leur qualité de vie est mauvaise. Il n'y a pas de traitement curatif, mais uniquement symptomatique.

<sup>12</sup> Les DPN sont effectués après une amniocentèse (entre 14 et 22 semaines de grossesse) ou après une choriocentèse (entre 10 et 14 semaines de grossesse), soit dans les deux cas un prélèvement *in utero*.

avait révélé que le fœtus<sup>13</sup> porté par Mme Costa était atteint par la maladie ; le sachant, le couple avait préféré avorter (IMG). Pour éviter de devoir à nouveau subir un DPN suivi d'une IMG dans l'hypothèse où leur prochain bébé serait à nouveau atteint de la maladie, le couple avait demandé à accéder en Italie à une PMA suivie d'un DPI. En d'autres termes, Mme Costa et M. Pavan souhaitaient que des ovules soient prélevés dans l'utérus de Mme Costa et soient fécondés en laboratoire par le sperme de M. Pavan (FIV), que les embryons en résultant soient testés pour la maladie de la mucoviscidose (DPI) et que seul le ou les embryons non porteurs de la maladie soient implantés dans l'utérus de Mme Costa (PMA).

[Rz 4] Ces techniques, en particulier le DPI, sont utilisées dans de nombreux pays<sup>14</sup>, mais elles sont interdites dans un petit nombre d'Etats, dont la Suisse, l'Autriche et l'Italie<sup>15</sup>. Empêché d'accéder à la technique médicale de leur choix, les requérants ont contesté l'interdiction italienne du DPI auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, invoquant une atteinte à la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

[Rz 5] La Cour, dans son arrêt rendu à l'unanimité des neuf juges, leur a donné raison. Elle a considéré que l'interdiction totale du DPI en Italie constituait une *ingérence* dans la vie privée des requérants<sup>16</sup>. Elle a admis que cette interdiction reposait sur une *base légale* et qu'elle poursuivait des *buts potentiellement légitimes*<sup>17</sup>, notamment éviter des dérives eugéniques, renforcer la dignité humaine et préserver la liberté de conscience du corps médical<sup>18</sup>. Cependant, s'agissant de

la quatrième et plus importante des exigences de la CEDH, la Cour a retenu que l'interdiction complète du DPI en Italie était *disproportionnée* et dès lors inadmissible<sup>19</sup>. Pour arriver à cette conclusion, la Cour s'est appuyée principalement sur deux arguments. Tout d'abord, elle a retenu que l'Italie est largement minoritaire dans son choix d'interdire *complètement* le DPI et que la plupart des pays l'autorisent ou, comme la Suisse, sont en passe de le libéraliser. Ce consensus européen de plus en plus large en faveur du DPI amène la Cour à restreindre la marge d'appréciation laissée à l'Italie, même si elle ne va pas jusqu'à évoquer explicitement une marge dite « étroite ». <sup>20</sup> Cette marge plus limitée contraste avec de précédents arrêts récents de la Cour en matière de PMA<sup>21</sup>, arrêts où la Cour n'avait pas pu constater un consensus aussi répandu et où elle avait dû reconnaître aux Etats une marge étendue, les laissant largement libres de leurs choix. Le second et principal argument de la Cour a trait à l'incohérence de l'approche italienne, qui interdit le DPI sur un embryon, mais autorise le DPN sur un fœtus<sup>22</sup>. La femme est donc autorisée à tester son fœtus *in utero* et à avorter si une maladie ou un autre trouble médical est constaté. Cet avortement peut avoir lieu même relativement tard au cours de la grossesse si les médecins attestent de raisons médicales. A l'inverse, la femme ne peut pas obtenir que l'embryon de quelques jours (1 à 3, parfois 5<sup>23</sup>) soit testé *in vitro* et soit détruit s'il est porteur de la maladie redoutée. Pour la Cour, il est préférable de détruire une vie potentielle à un stade très précoce, à savoir l'embryon *in vitro*, plutôt qu'à un stade tardif, à savoir le fœtus *in utero*. Cette préférence est également celle de la mère et du père, qui sont normalement moins

<sup>13</sup> Il est courant de désigner comme fœtus le bébé à partir de 8 semaines de grossesse calculées à partir de la fécondation (ou 10 semaines d'aménorrhée) ; auparavant, il est question d'un embryon.

<sup>14</sup> Pour l'analyse comparative des différentes législations, voir les paragraphes 29 à 32 de l'arrêt de Cour. Voir également l'article de Roberto Andorno, *Le diagnostic préimplantatoire dans les législations des pays européens : sommes-nous sur une pente glissante ?* 1(2) *Bioethica Forum* p. 96 (2008).

<sup>15</sup> Voir aussi le rapport explicatif du 14 février 2011 du Conseil fédéral (Département fédéral de l'intérieur) qui répertorie les solutions juridiques ou pratiques mises en œuvre dans différents pays, p. 62 à 67.

<sup>16</sup> Le fait pour l'Etat d'interdire l'accès à une technique médicale constitue une atteinte à la vie privée, notion qui reçoit une interprétation large dans la jurisprudence de la Cour. Plusieurs arrêts sont déjà parvenus à cette conclusion (cf. par ex. *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007 et *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011). En revanche, l'obligation *positive* de l'Etat de faciliter le recours à une technique, par exemple en la prenant financièrement en charge, n'est admise qu'avec des réserves. En Suisse, la plupart des mesures de PMA, en particulier la FIV, ne sont pas remboursées par l'assurance-maladie de base ; les tentatives d'obtenir sa prise en charge par des procédures judiciaires ont toutes échoué (cf. par ex. les ATF 113 V 42 de 1987, 119 V 26 de 1993 et 125 V 21 de 1999).

<sup>17</sup> Pour une liste détaillée des raisons qui militent contre le DPI et plus largement la PMA, voir le rapport explicatif du Conseil fédéral du 14 février 2011, p. 22-23.

<sup>18</sup> Cf. § 36 et 59 de l'arrêt commenté. L'Italie n'a pas invoqué les possibles dangers pour l'enfant à naître liés au DPI. La sécurité du DPI pour cet

enfant (suite à l'implantation dans le corps de la mère de l'embryon jugé sain) est assez largement admise (cf. aussi rapport explicatif du Conseil fédéral du 14 février 2011, p. 13). Cependant, des scientifiques ont relevé que les études à long terme font défaut ; les études sur l'animal suggèrent un risque accru. Les chercheurs plaident pour une meilleure information des parents quant aux risques potentiels du DPI. Cf. LaBonte, *supra* note 10.

<sup>19</sup> Pour reprendre la terminologie de la CEDH, l'interdiction n'est pas nécessaire dans une société démocratique ; elle a porté une atteinte disproportionnée au « droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale » (§ 71).

<sup>20</sup> § 67 à 70 de l'arrêt commenté.

<sup>21</sup> Voir l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007 (« dès lors que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation. » § 81) ; l'arrêt *A.B.C.c. Irlande* du 16 décembre 2010 (§ 229 à 237) ; l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011 (§ 94 à 97). Pour une brève analyse de la jurisprudence, voir A. Elverip, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de procréation médicalement assistée*, *Médecine & Droit* p. 23-26 (2011).

<sup>22</sup> § 62, 64 à 66 de l'arrêt commenté.

<sup>23</sup> A ce sujet, voir le rapport explicatif du Conseil fédéral du 14 février 2011, p. 12-13.

attachés sentimentalement à un embryon *in vitro* qu'à un bébé porté plusieurs mois dans le ventre de la mère. Enfin, les risques allégués par le gouvernement italien (et justifiant à son avis l'interdiction du DPI), à savoir les possibles dérives eugéniques ou l'atteinte portée à la liberté de conscience des médecins contraints de « tuer » un être en devenir, existent tout aussi bien en cas d'avortement post-DPI que de destruction post-DPI.

[Rz 6] Pour ces raisons, la Cour conclut que l'Italie a bel et bien violé le droit des requérants au respect de leur vie privée protégé par l'article 8 CEDH ; elle condamne le gouvernement à payer une indemnité pour tort moral de 15'000. Indirectement, la Cour contraint l'Italie à réviser son droit pour supprimer, ou du moins assouplir, l'interdiction totale du DPI.

## 2. Quels enseignements doit-on en tirer pour la Suisse?

[Rz 7] En Suisse, le DPI est un sujet controversé de longue date. S'il n'a guère donné lieu à de la jurisprudence<sup>24</sup> ou de la doctrine juridique<sup>25</sup>, il a beaucoup occupé les pouvoirs publics<sup>26</sup> et, dans une moindre mesure, les cercles bioéthiques<sup>27</sup> et religieux<sup>28</sup> ainsi que les groupes d'intérêts des handicapés<sup>29</sup>. Ces pressions opposées ont amené la Suisse à progressivement revoir sa position en la matière.

### 2.1. La révision en cours de la législation sur le DPI

[Rz 8] Dès le milieu des années 2000<sup>30</sup>, la Suisse a entrepris

de réviser son droit<sup>31</sup> qui, actuellement et depuis 2001, interdit totalement le DPI<sup>32</sup>. Le Conseil fédéral entend autoriser le DPI mais à des conditions strictes. Selon le dernier projet en date (celui de juin 2011), le DPI ne serait admis que pour écarter « le risque de transmission d'une prédisposition à une maladie grave »<sup>33</sup> qui « se déclare avant l'âge de 50 ans »<sup>34</sup> et pour laquelle « il n'existe aucune thérapie efficace et appropriée »<sup>35</sup>. De plus, le couple concerné doit attester par écrit « qu'il ne peut raisonnablement encourir le risque » de donner naissance à un enfant atteint de cette maladie ou prédisposition<sup>36</sup>. Enfin, il doit recevoir « un conseil génétique non directif » avant de prendre sa décision, le contenu des informations à lui communiquer étant fixé par la loi<sup>37</sup>.

[Rz 9] Ces conditions sévères visent à empêcher le recours au DPI en cas de suspicions de maladies jugées moins graves. Le projet présenté par le Conseil fédéral exclut le DPI pour déceler des anomalies génétiques non-héréditaires ou n'ayant pas (forcément) valeur de maladie, telle la trisomie 21 (forme d'aneuploïdie ou anomalie des chromosomes)<sup>38</sup>. Il

---

novembre 2004 et par les deux Chambres parlementaires en juin et décembre 2005 (cf. référence 04.3439 ; voir également la motion 04.423).

<sup>31</sup> Cf. l'art. 5 al. 3 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (« LPMA » ; RS 810.11 ; loi du 18 décembre 1998 entrée en vigueur le 1er janvier 2001). Voir également l'art. 119 al. 1 let.c de la Constitution (RS 101 ; anciennement art. 24novies), dont la portée en matière de DPI prête à discussion; le rapport explicatif du Conseil fédéral 14 février 2011 retient que la disposition constitutionnelle n'interdit pas le DPI, mais l'entrave considérablement puisque « ne peuvent être développés hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryon que le nombre d'ovules humains pouvant être immédiatement implantés » (p. 38-42).

<sup>32</sup> Si le DPI sur l'embryon *in vitro* est interdit par la loi, l'analyse génétique des globules polaires des embryons *in vitro* est, elle, tolérée ; elle est cependant moins utile puisqu'elle ne détecte que les maladies liées aux gènes transmis par la mère.

<sup>33</sup> Le projet exige que la maladie soit transmise génétiquement par les parents. Les maladies ou troubles qui surviennent spontanément chez l'enfant, même s'ils ont une origine génétique (par ex. la trisomie 21), doivent, selon le Conseil fédéral, demeurer exclus du DPI. Le texte de loi proposé utilise le terme « prédisposition » car un embryon ne peut pas être « malade ». Cf. rapport explicatif du 14 février 2011, p. 74.

<sup>34</sup> Certains commentateurs ont souligné, dans le cadre de la procédure de consultation de 2011, qu'il n'est pas toujours possible de savoir si une maladie se déclarera avant ou après 50 ans. Cf. rapport des résultats de la procédure de consultation du 27 juin 2012, p. 12.

<sup>35</sup> Voir l'art. 5a du projet de LPMA révisée ; voir également l'art. 119 al.2 let. c du projet de Constitution révisée, lequel limite directement le recours à la PMA en cas de « danger de transmission d'une grave maladie ne [pouvant] être écarté[e] d'une autre manière ». Le rapport explicatif du 14 février 2011 (p. 77) énumère des critères permettant d'apprécier si les traitements satisfont ou non à cette condition.

<sup>36</sup> Le rapport explicatif du 14 février 2011 (p. 74) explique que cette exigence s'inspire de celle de détresse posée par le Code pénal (CP) en matière d'interruption de grossesse (IMG).

<sup>37</sup> Voir l'art. 6a du projet de LPMA révisé. Même si ce conseil est décrit comme non-directif, il semble avoir pour but d'amener les parents à *envisager* au moins la naissance d'un enfant atteint de la maladie.

<sup>38</sup> Cf. rapport explicatif du 14 février 2011, p. 76. Le nombre de DPI effectués dans le monde pour détecter des aneuploïdies dépasse déjà très

---

<sup>24</sup> Très peu d'arrêts du Tribunal fédéral ont porté sur l'accès aux techniques de PMA ; voir toutefois les ATF 119 la 460 de 1993 et 115 la 234 de 1989.

<sup>25</sup> Voir toutefois le récent ouvrage édité par Charles Joye, *Handicap et diagnostic à l'aube de la vie : Espoir et dérive, Regards croisés sur le diagnostic préimplantatoire*, Editions Médecine & Hygiène (2012). Ce livre intéressant regroupe des contributions d'auteurs de différents milieux.

<sup>26</sup> Voir notamment les rapports explicatifs et les Messages du Conseil fédéral déjà cités, les deux prises de position de CNE de novembre 2007 et décembre 2005 et l'avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 17 novembre 1997, JAAC 60.67 de 1996.

<sup>27</sup> Voir le numéro 1(2) de 2008 de la revue *Bioethica Forum* consacré précisément à ce thème ainsi que les deux avis formulés par le CNE, *supra* note 9.

<sup>28</sup> Voir par ex. la prise de position de la Conférence des évêques suisses au sujet de la modification de l'art. 119 de la Constitution fédérale et de la loi sur la procréation médicalement assistée du 27 septembre 2011.

<sup>29</sup> Voir par ex. la prise de position d'insieme Suisse (fédération suisse des associations de parents de personnes mentalement handicapées) sur son site à <http://www.insieme.ch/fr/engagement-politique/les-examens-de-depistage-precoce/diagnostic-preimplantatoire/> et celle de Pro Infirmis adoptée par son Bureau le 6 septembre 2011, sur [http://www.proinfirmis.ch/uploads/media/S\\_D\\_Position2\\_DPI\\_sep11.pdf](http://www.proinfirmis.ch/uploads/media/S_D_Position2_DPI_sep11.pdf).

<sup>30</sup> L'impulsion donnée au Conseil fédéral vient d'une motion parlementaire de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national déposée en septembre 2004 et acceptée par le Conseil fédéral en

l'exclut bien entendu pour sélectionner des caractéristiques non médicales, telles que le sexe de l'enfant<sup>39</sup>, la couleur de ses yeux ou – hypothèse plus futuriste – son intelligence (sélection parfois désignée par le terme « designer baby »)<sup>40</sup>. S'agissant du seuil de gravité, le rapport explicatif énonce les paramètres à prendre en considération<sup>41</sup>; ceux-ci ne figurent pas dans la loi et il est peu probable qu'une liste soit dressée dans une ordonnance<sup>42</sup>.

[Rz 10] Le projet du Conseil fédéral de juin 2011 a été plutôt bien accueilli<sup>43</sup>, car il présente un net assouplissement<sup>44</sup> par rapport à un premier projet de février 2009 jugé trop strict et médicalement irréaliste<sup>45</sup>. Des commentateurs ont toutefois souligné que les exigences posées par le second projet de 2011 restent inhabituellement sévères en comparaison avec l'attitude bien plus permissive d'autres pays<sup>46</sup>. Les services

---

nettement le nombre de DPI visant à détecter une maladie génétiquement transmissible. Cf. Collins, *supra* note 1 et LaBonte, *supra* note 10.

<sup>39</sup> A ce sujet, voir aussi l'art. 14 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine entrée en vigueur en Suisse le 1er novembre 2008 (RS 0.810.2).

<sup>40</sup> Cf. rapport explicatif du 14 février 2011, p. 45.

<sup>41</sup> *Id.*, p. 75-76.

<sup>42</sup> La CNE dans son rapport de novembre 2007 (*supra* note 9) préconise de ne pas établir de liste, énonçant à cet égard trois raisons convaincantes (la gravité est en partie subjective et en partie influencée par le contexte génétique et médical et la liste pourrait avoir des effets discriminatoires).

<sup>43</sup> Voir le rapport du 27 juin 2012. Cette consultation a eu lieu du 29 juin au 30 septembre 2011 sur la base d'un projet de disposition constitutionnelle et d'un projet de loi révisée du 14 février 2011. Elle a abouti à des résultats bien plus positifs puisque le projet est approuvé sans réserves par 18% des personnes s'étant exprimées et par 61% avec des réserves ; 21% souhaitent le maintien de l'interdiction du DPI.

<sup>44</sup> En particulier, le nouveau projet rend possible le DPI en admettant que huit embryons (au maximum) soient développés hors du corps de la femme pendant un cycle de traitement (cf. art. 17 al. 1 let. b), alors que le premier projet de 2009 maintenait la limite absolue de trois embryons par cycle. En augmentant le nombre d'embryons développés *in vitro*, on augmente les chances d'en identifier un qui n'est pas atteint du gène de la maladie et qui apparaît suffisamment sain pour être implanté. On augmente également le nombre d'embryons qui seront détruits. Parallèlement, le second projet admet la cryoconservation (congélation) des embryons considérés sains, mais qui ne peuvent être implantés de suite, parce que la mère choisit l'option (jugée la plus sûre) de l'implantation d'un seul embryon. Les milieux médicaux considèrent ces assouplissements comme indispensables, même si une majorité aurait souhaité que le Conseil fédéral fasse un pas supplémentaire, en renonçant à limiter le nombre d'embryons développés par cycle et en admettant le don d'ovules.

<sup>45</sup> La première consultation avait eu lieu du 18 février au 18 mai 2009 (FF 2009 p. 946) et avait donné lieu à un rapport largement négatif résumant les prises de position (rapport de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) daté du 26 mai 2010 disponible à partir de <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152/index.html?lang=fr>). En simplifiant légèrement, 22% des personnes ayant répondu à la consultation souhaitaient maintenir l'interdiction totale ; 13% approuvaient le projet tel quel ; 50% voulaient une libéralisation du DPI, mais estimaient que le projet présenté ne permettait pas d'atteindre ce but.

<sup>46</sup> Voir par exemple la prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel sous la plume d'O. Guillod.

médicaux étant devenus de plus en plus transfrontaliers, il est probable que les personnes empêchées de recourir au DPI en Suisse se tournent vers des juridictions plus accueillantes, d'autant plus que le DPI n'est - actuellement du moins - pas remboursé par l'assurance-maladie suisse<sup>47</sup>.

[Rz 11] L'arrêt de la Cour du 28 août 2012 va-t-il influencer sur la révision en cours de la législation suisse ? Indubitablement, il va encourager le gouvernement suisse à poursuivre activement ses efforts. Un couple en Suisse placé dans des circonstances similaires à celles des Costa et Pavan pourrait d'ores et déjà s'adresser à la Cour de Strasbourg pour faire déclarer l'actuelle interdiction suisse contraire à la CEDH. Naturellement, la durée de la procédure judiciaire préalable (épuisement des instances nationales) signifierait que le couple aurait meilleur temps de se tourner vers les centres médicaux d'un autre pays, voire peut-être même d'attendre l'entrée en vigueur du droit suisse révisé. Il est relativement improbable que le Tribunal fédéral vienne à admettre la mise entre parenthèse du droit suisse actuel (l'art. 119 de la Constitution et l'art. 3 al. 5 LPMA) sur la base de l'arrêt de la Cour, sans laisser au Conseil fédéral et au Parlement le temps d'élaborer une solution dans le respect de la procédure démocratique suisse.

[Rz 12] Sur le fond, la jurisprudence strasbourgeoise devrait influencer les choix du législateur suisse, en particulier s'agissant des restrictions d'accès au DPI. Le second argument développé par la Cour est à cet égard particulièrement significatif. Pour rappel, la Cour estime incohérent le régime italien qui autorise l'avortement (IMG) d'un fœtus atteint par la mucoviscidose, mais empêche la destruction d'un embryon *in vitro* atteint par la même maladie. Cet argument, si sa logique devait être généralisée, plaide pour l'admission du DPI à des conditions au moins aussi large que l'IMG suite à un DPN. Le cas de la trisomie 21 est à cet égard tout à fait parlant : une femme qui apprend que son fœtus est porteur du chromosome supplémentaire de la trisomie 21<sup>48</sup> peut avorter librement et ce d'ailleurs jusqu'à un stade assez avancé de sa grossesse (voir *infra*). En revanche, le projet de révision de juin 2011 soumis par le Conseil fédéral lui interdirait le recours au DPI. Cette différence de traitement est justifiée comme suit dans le rapport explicatif du 14 février 2011 du Conseil fédéral (Département fédéral de l'intérieur):

« un renversement hautement significatif sur le plan éthique (par rapport au DPI pour dépister des maladies génétiques) se produit ici : on passe de l'exclusion

---

<sup>47</sup> Voir note 16. Le coût d'un DPI est de l'ordre de CHF 5'000 (cf. Collins, *supra* note 1).

<sup>48</sup> La trisomie consiste en une anomalie des chromosomes (aneuploïdie, soit des cellules dotées du nombre incorrect de chromosomes suite à une mutation). Il existe différents types de trisomies distingués en fonction du chromosome affecté. Certaines sont létales et débouchent sur des fausses couches ; d'autres permettent la naissance d'un bébé en relativement bonne santé (par ex. la trisomie 21).

d'embryons déterminés en raison d'une prédisposition déterminée et unique à une maladie à une exclusion forfaitaire de tous les embryons ne correspondant pas entièrement à une norme définie, même s'il existe parmi eux des divergences dont le statut est du moins douteux (par ex. intersexualité). Pris sous cet angle, le PGS [preimplantation genetic screening] fait craindre que, s'agissant des constitutions génétiques possibles, le champ des pathologies ne soit élargi de manière implicite ou cachée »<sup>49</sup>

[Rz 13] Plus généralement<sup>50</sup>, le gouvernement suisse considère que le DPI utilisé pour détecter une maladie génétique précisément identifiée et transmise par les parents ne pose pas les mêmes risques éthiques que le DPI (ou PGS) intervenant comme mesure de « screening » plus large sur la base de risques plus diffus liés par exemple à l'âge de la future mère<sup>51</sup>.

## 2.2. Incohérence du projet suisse s'agissant des conditions d'accès aux diverses techniques médicales

[Rz 14] Est-ce que la différence de situation entre un dépistage de la trisomie 21 ou celui d'une maladie comme la mucoviscidose justifie la différence dans l'accès au DPI ? A mon sens, la réponse est clairement négative et les explications du Conseil fédéral en sens contraire ne sont pas convaincantes.

[Rz 15] Si le recours au DPI pour des motifs futiles doit certainement être exclu, un usage visant à empêcher la naissance d'un enfant exposé à des souffrances importantes ou à une qualité de vie nettement diminuée devrait en revanche être admis. Il devrait en aller de même lorsque le recours au DPI permet d'éviter ces souffrances importantes à la famille (par ex. en raison d'un net retard mental de l'enfant). En résumé, le recours au DPI devrait, à mon sens, être admis chaque

fois qu'il permet d'éviter des troubles de la santé connus pour *diminuer de manière très sensible la qualité de vie de l'enfant ou de la famille*<sup>52</sup>. Il est supposé ici que le recours à cette technique n'a pas d'effet sur la santé des enfants qui naissent après analyse d'une de leurs cellules embryonnaires par DPI.

[Rz 16] Faut-il aller plus loin encore et admettre le DPI chaque fois que l'alternative du DPN assorti d'une IMG est possible ? Aujourd'hui, selon la loi, une femme peut recourir à un DPN pour n'importe quel motif *médical*.<sup>53</sup> A l'inverse, les analyses génétiques prénatales sont interdites si elles visent « à rechercher des caractéristiques de l'embryon ou du fœtus qui n'influencent pas directement sur sa santé » ou « à déterminer [son] sexe » dans un but non médical<sup>54</sup>. Autrement dit, la gamme des tests admissibles du DPN englobe l'ensemble des maladies et troubles décelables par la science. Aucune limite basée sur la sévérité de l'atteinte n'est imposée par la loi. Evidemment, les médecins peuvent décourager des tests qu'ils jugent inappropriés ou même refuser de s'y prêter<sup>55</sup>. Par ailleurs, le risque lié au prélèvement pour analyse, notamment l'amniocentèse sur le fœtus *in utero*, amène en général la femme à renoncer à des analyses dont le bénéfice ne justifie pas le risque engendré de fausse couche. Il n'en demeure pas moins que sur la base des résultats de l'ample gamme de tests disponibles, la femme peut librement choisir

<sup>49</sup> Rapport explicatif du 14 février 2011, p. 30. Cet argument se retrouve dans une formulation quelque peu plus claire chez R. Andorno : « Le DPN suivi d'avortement vise à empêcher la naissance d'un enfant malade ; le DPI vise à *faire naître* celui qui a été sélectionné parmi d'autre, c'est-à-dire celui qu'on juge comme étant « le meilleur ». Le DPN cherche à répondre à la question : *quel enfant ne « devrait » pas naître ?* Le DPI, en revanche, se pose la question contraire : *quel enfant « devrait » naître ?* » (*supra* note 14, p. 102).

<sup>50</sup> La lecture du rapport explicatif du 14 février 2011 ne permet qu'avec peine de dégager la position du Conseil fédéral en matière de PGS. En effet, le rapport se borne à énumérer des arguments pour et contre, au regard des différents droits fondamentaux, sans dégager de conclusion qui résumerait le point de vue finalement retenu par le gouvernement.

<sup>51</sup> L'âge de la mère n'est pas la seule raison pour recourir à une mesure de PGS visant à détecter les aneuploïdies ; on y recourt également lorsque la mère ne parvient pas à concevoir malgré plusieurs cycles de PMA. Cf. Collins, *supra* note 1.

<sup>52</sup> En ce sens le recours aux « bébés-médicaments » ou « bébés-sauveurs », c'est-à-dire à des enfants choisis par DPI pour leur compatibilité génétique avec un enfant déjà né et ayant besoin d'une greffe de cellules souches, devrait à mon avis être admis, du moins si les cellules souches à transplanter sont prélevées dans le cordon ombilical de l'enfant immédiatement après l'accouchement. Malgré le fait qu'il n'est pas nui à la santé du « bébé-sauveur » et que la santé de l'enfant déjà né peut ainsi être considérablement améliorée, le projet du Conseil fédéral maintient l'interdiction totale du DPI pour cette indication.

<sup>53</sup> La motion 11.4037 du 28 octobre 2011 déposée par la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national propose de réviser la LAGH afin de « tenir compte de l'évolution rapide des méthodes d'analyse génétique humaine, de la diminution de leurs coûts et de la protection de la population dans ce domaine sensible, menacé par le surgissement d'un marché incontrôlé sur Internet ». Le Conseil fédéral ainsi que les deux Chambres l'ont acceptée. Le texte révisé n'a pas encore été formulé.

<sup>54</sup> Art. 11 de la Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (« LAGH » ; RS 810.12 ; loi entrée en vigueur le 1er avril 2007). Voir aussi les directives médico-éthiques de 1993 de l'ASSM concernant les examens génétiques sur l'homme, point 2, p. 4. Ces textes ne s'appliquent qu'aux analyses *génétiques* et ne visent pas les autres tests qui peuvent être effectués sur l'enfant *in utero*, notamment tous ceux qui recourent à des techniques d'imagerie et qui servent notamment à détecter des malformations. Le droit suisse ne restreint pas la liberté des médecins et des patients qui souhaitent faire usage de tels tests non-génétiques. A ce sujet, voir aussi l'art. 12 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

<sup>55</sup> Voir les directives susmentionnées, p. 3. L'Académie dit avoir délibérément renoncé à établir une liste des indications médicales admissibles pour un diagnostic génétique. S'agissant de tests *génétiques prénataux*, tout au plus exige-t-elle que des examens « invasifs » ne soient effectués « que s'il y a des indices fondés d'un risque génétique » (cf. point 3.1., p. 5). La femme enceinte est seule à consentir, même s'il est souhaitable que le partenaire soit associé à sa réflexion (point 3.4., p. 6).

de garder le fœtus ou d'avorter pendant les 12 premières semaines d'aménorrhée. Certes, elle doit faire valoir un état de détresse, mais une simple déclaration écrite de sa part suffit, sans que le médecin doive se convaincre de la réalité médicale de l'état allégué<sup>56</sup>. A partir de la 13<sup>e</sup> semaine et jusqu'à la naissance, l'IMG est admise si elle est « nécessaire pour écarter le danger d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou d'un état de détresse profonde de la femme enceinte »<sup>57</sup>. Le Code pénal ne définit pas cette atteinte grave à l'intégrité physique ou cet état de profonde détresse ; tout au plus précise-t-il que « [l]e danger devra être d'autant plus grave que la grossesse est avancée ». Il est admis que l'état de santé du fœtus et du futur enfant peut être pris en considération, quand bien même la disposition légale ne se réfère qu'à la femme enceinte<sup>58</sup>. Le Conseil fédéral a renoncé à délimiter ces notions par ordonnances et les cantons laissent également le corps médical apprécier l'ampleur du risque. Les sociétés médicales n'ont pas non plus cerné la notion de dangers médicaux justifiant une IMG après 12 semaines. Il en découle une importante marge d'appréciation apte à favoriser le dialogue entre la femme enceinte et son ou ses médecins<sup>59</sup>. La femme peut ainsi expliquer pourquoi telle maladie ou tel trouble dont est atteint son bébé *in utero* est pour elle insupportable, par exemple en raison d'antécédents familiaux (par ex. déjà un proche atteint). Si le médecin s'estime convaincu et admet que les conditions posées par le Code pénal sont remplies, il peut procéder à l'IMG sans avoir à en référer à une autorité étatique. Les contrôles demeurent faibles, voire inexistantes<sup>60</sup>.

[Rz 17] A l'inverse, comme il a été exposé plus haut, l'accès au DPI est fortement encadré. Quels motifs peuvent justifier

d'entraver le recours au DPI pour exclure des naissances qui peuvent par ailleurs être évitées au moyen d'une IMG (disponible sans motif durant les 12 premières semaines et avec motifs médicaux après ces 12 premières semaines) ? La principale explication envisageable tient à l'effet dissuasif voulu de l'IMG pour la mère ou le couple. On peut en effet supposer qu'une mère hésitera davantage à avorter un embryon ou un fœtus *in utero*, mais n'aura pas les mêmes scrupules face à un embryon de quelques jours en laboratoire. L'Etat fait ainsi usage d'une mesure de contrainte indirecte : pour éviter que des embryons de quelques jours ne soient détruits pour des raisons médicales jugées non impératives (par ex. maladie non grave), il augmente le coût psychologique pour la femme en la forçant à recourir à l'avortement si elle tient absolument à empêcher la naissance de l'enfant<sup>61</sup>. La légitimité d'un tel moyen de contrainte indirecte dépend du jugement moral porté sur la destruction d'un embryon de quelques jours en laboratoire et sur la volonté d'empêcher la naissance d'enfants malades ou handicapés. Les avis sur ces deux points sont – on le sait – hautement divergents.

[Rz 18] Indépendamment du point de vue éthique sur ces questions (à ce sujet, voir le point 3 ci-dessous), il faut également se demander si le moyen utilisé (augmenter le coût psychologique pour la femme en la forçant à recourir à l'avortement) est *proportionné* par rapport au but recherché (empêcher des actes considérés moralement condamnables, même si licites). En l'occurrence, le moyen de contrainte utilisé ne s'exerce pas seulement à l'encontre de la femme enceinte (en la forçant à subir une procédure plus douloureuse physiquement et psychologiquement), mais également à l'égard du fœtus. Si l'intérêt de l'embryon et du fœtus est au centre des préoccupations de ceux qui entendent restreindre l'usage du DPI, il est paradoxal que ceux-ci préfèrent la destruction d'un fœtus de plusieurs semaines plutôt que celle d'un embryon de quelques jours. En d'autres termes, le moyen de contrainte peut certes induire un changement de comportement de la femme (qui choisira de garder l'enfant), mais s'il échoue, il conduit à porter davantage atteinte au fœtus puisque sa destruction aura lieu à un stade de développement plus avancé. De plus, il augmente le risque de fausses couches et donc de détruire un fœtus sain, puisque tant l'amniocentèse que la choriocentèse, les deux techniques de prélèvement *in utero* les plus courantes, occasionnent des fausses couches dans environ 1% des cas<sup>62</sup>. Enfin, on

<sup>56</sup> Cf. notamment José Hurtado Pozo, Droit pénal, partie spéciale, commentaires des art. 118 à 120 CP. Schulthess (2009), n° 407.

<sup>57</sup> Art. 118 et 119 du Code pénal (RS 310 ; dispositions entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2002, suite à un vote du peuple en juin 2002). Seules 4% des IMG ont lieu après 12 semaines (cf. communiqué de presse de l'OFS du 19 juin 2012 intitulé « Statistique des interruptions de grossesse 2011, Le nombre d'interruptions de grossesse reste stable »).

<sup>58</sup> Cf. J.H. Pozo, *supra* note 56, n° 417.

<sup>59</sup> Sur les raisons généralement admises, voir par ex. M. Dommergues et al., The reasons for termination of pregnancy in the third trimester, 106(4) British journal of obstetrics and gynaecology 297-303 (1999) ; Oshri Bar-el et al., Fetal abnormalities leading to third trimester abortion: nine-year experience from a single medical center, 29 Prenatal Diagnosis p. 223-228 (2009) ; Zvi Vaknin et al., Termination of Pregnancy due to Fetal Abnormalities Performed after 23 Weeks' Gestation: Analysis of Indications in 144 Cases from a Single Medical Center, 25 Fetal Diagnosis & Therapy p. 291-296 (2009).

<sup>60</sup> Sur le devoir d'annonce effectué de manière anonyme par le médecin, voir l'art. 119 al. 5 CP ; voir également les Directives du Département vaudois de la santé et de l'action sociale de 2008. Selon les institutions, des comités informels sont mis en place pour aborder les cas les plus délicats. Souvent, le seuil de viabilité du fœtus (autour des 24 semaines) est utilisé comme critère supplémentaire pour admettre ou refuser une IMG lorsque le bébé à naître n'est pas atteint d'un trouble qui entraînera son décès à court terme ou lui fera subir des souffrances importantes et durables.

<sup>61</sup> Pendant les 7 premières semaines de grossesse (stade embryonal), la femme et son médecin choisissent entre une IMG par médicament (RU 486 ou Mifégyne) ou une IMG par intervention chirurgicale. Au-delà, l'emploi du médicament n'est plus indiqué et l'intervention chirurgicale nécessaire. En Suisse, plus de 60% des IMG ont recours au médicament. Cf. communiqué de presse de l'OFS du 19 juin 2012.

<sup>62</sup> Un récent test sanguin pour la trisomie 21 devrait à l'avenir réduire ce risque, puisqu'il permet d'éviter l'amniocentèse ou la choriocentèse ; cependant, il ne détecte pas toutes les aneuploïdies. Cf. par ex. A. Tufts, Prenatal blood test for Down's syndrome is to be introduced in Germany

signalera que la femme est d'ores et déjà amenée à n'user du DPI qu'avec modération, car cette technique n'est pas sans inconvénient; elle implique de se soumettre à une FIV dans le cadre d'une PMA; or le prélèvement d'ovules *in utero* et la stimulation ovarienne par médicament hormonal qui précède ce prélèvement comportent eux aussi des désagréments<sup>63</sup>. Dès lors, il est peu probable que les femmes recourent au DPI « de gaieté de cœur » et pour des motifs futiles.

### 3. Conclusion

[Rz 19] On l'a dit, la pesée des avantages et des inconvénients<sup>64</sup> des approches respectives prête à débat<sup>65</sup>. Certains estimeront que davantage de femmes choisiront de garder l'enfant et renonceront à l'avortement si elles ne peuvent recourir au DPI. D'autres supposeront que les femmes opteront de toute façon pour l'avortement. Certains estiment que la naissance d'enfants malades ou handicapés, même si elle est source de souffrance, ne doit pas être évitée à tout prix car elle enrichit d'une certaine manière la société, par la diversité d'êtres humains qu'elle engendre<sup>66</sup>. D'autres sont au contraire d'avis que la société doit faire son possible pour éviter la naissance de personnes qui, non seulement risquent de souffrir, mais aussi de faire souffrir leur entourage. Certains font un calcul numérique et tablent sur un nombre total inférieur de fœtus détruits par IMG suite à un DPN par rapport au nombre bien plus élevé d'embryons détruits suite à une FIV accompagnée d'un DPI. D'autres considèrent que la liberté du médecin et l'autonomie du patient sont des valeurs à privilégier et aboutissent à des résultats optimaux pour la société. Certains critiquent une médicalisation toujours accrue de la procréation et un nombre déjà important d'embryons surnuméraires détruits suite à une PMA<sup>67</sup>. Il leur est répondu que le nombre actuel d'IMG excède très largement le nombre

d'embryons détruits en laboratoire<sup>68</sup>. Certains dénoncent une approche toujours plus commerciale de la santé qui fait miroiter le rêve de l'enfant parfait. D'autres mettent l'accent sur les coûts globaux que génère pour la société la naissance d'enfants atteints de maladies graves. Certains redoutent la pente glissante que représente une ouverture du DPI<sup>69</sup>. A l'inverse, les partisans d'une libéralisation soulignent que cette technique de pointe, comme d'ailleurs plusieurs autres (par ex. le don d'ovules), est de toute façon déjà disponible à l'étranger<sup>70</sup>. Enfin, certains invoquent le principe de précaution pour justifier une intervention de l'Etat afin d'éviter qu'un risque pour la société ou les individus ne se matérialise. Il leur est répondu que la liberté individuelle et le droit à l'autodétermination devraient prévaloir dans un domaine qui touche de manière si sensible la sphère intime.

[Rz 20] Vu l'impossibilité de départager ces points de vue philosophiques et éthiques radicalement opposés<sup>71</sup>, l'arrêt Costa & Pavan apporte un éclairage intéressant sur le débat. Tout d'abord, la Cour laisse entendre que la marge d'appréciation des Etats est désormais restreinte, à tout le moins s'agissant d'une interdiction totale du DPI dans des pays admettant l'IMG - la Cour ne s'est pas prononcée sur une interdiction limitée en fonction de l'indication médicale. Ensuite, elle insiste sur l'incohérence du raisonnement qui conduit à interdire une mesure peu contraignante (le DPI) pour en autoriser une autre qui l'est bien davantage (l'IMG suite à un DPN).

[Rz 21] S'il est clair que la Suisse ne peut plus maintenir son interdiction *totale* du DPI, sa proposition actuelle de révision de la LPMA devra faire l'objet d'une réflexion plus approfondie pour passer le test désormais imposé par la Cour. Le Conseil fédéral, dans son prochain Message aux Chambres<sup>72</sup>, devra veiller à expliquer les raisons des différences d'accès au DPI, au DPN, à l'IMG. Une raison qui tiendrait uniquement dans l'espoir de dissuader les femmes d'avorter d'un fœtus en

---

despite ethical and legal concerns, 345 British Medical Journal e4836 (2012).

<sup>63</sup> A ce sujet, voir notamment la prise de position de la CNE de 2007, *supra* note 9, p.8.

<sup>64</sup> Les avantages et inconvénients énumérés ci-après sont tirés de diverses sources, mais principalement des rapports explicatifs du Conseil fédéral et des deux prises de position de la CNE de novembre 2007 (n° 14) et de décembre 2005 (n° 10).

<sup>65</sup> Les aspects purement religieux sont délibérément laissés de côté dans l'énumération ci-après des arguments « pour » et « contre » le DPI. Il est cependant évident que la plupart de ces autres arguments sont influencés, sinon dictés, par des convictions religieuses sur le sens à donner à la vie et sur la définition de ses débuts.

<sup>66</sup> Corrélativement, certains milieux craignent que les handicapés et les malades fassent l'objet de discrimination (ou de davantage de discrimination) s'ils sont de plus en plus rares dans la société. A ce sujet, voir le résumé de juin 2012 de la procédure de consultation, p. 6 et les éléments de réponse des Directives susmentionnées de l'ASSM, p. 10 et 11.

<sup>67</sup> En 2010, environ 2'000 embryons *in vitro* ont été détruits, car ils ne pouvaient être implantés dans le corps de la mère. Voir le site web de l'OFS, sous <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/14/02/03/key/02.html>.

<sup>68</sup> Il y a eu plus de 11'000 IMG en 2011 en Suisse, un chiffre stable représentant « 6,8 et 7 interruptions pour 1000 femmes entre 15 et 44 ans ». Cf. communiqué de presse de l'OFS du 19 juin 2012.

<sup>69</sup> Voir notamment Andorno, *supra* note 14, p. 101 (« tous les pays qui ont initialement autorisé le DPI pour certaines situations « exceptionnelles », ont fini tôt ou tard pour l'élargir [sic] ses indications jusqu'à aller, dans le cas extrême de l'Espagne, à donner le feu vert à « toute autre finalité » du tri d'embryon non prévue par la loi »).

<sup>70</sup> Sur le tourisme reproductif, voir par ex. D. Spar, *Reproductive Tourism and the Regulatory Map*, 352 NEJM p. 531 (2005).

<sup>71</sup> La légitimité du recours au DPI dépend presque exclusivement de valeurs idéologiques, forcément non susceptibles d'être testées scientifiquement. S'il est bien sûr toujours intéressant de disposer d'études empiriques sur le DPI (par ex. concernant les motifs d'y recourir, l'existence d'abus, l'appréciation des parents et des médecins, l'état de santé des bébés de la naissance à l'âge adulte), celles-ci ne permettront pas de mettre un terme aux controverses.

<sup>72</sup> Le Message aux Chambres est annoncé pour le printemps 2013. Cf. Communiqué de presse de l'Office fédéral de la santé publique du 21 juin 2012, intitulé « Diagnostic préimplantatoire: autorisé dans un cadre strict ».

« mauvaise santé » risquerait d'être jugée par la Cour comme insatisfaisante. Des raisons médicales, liées par exemple au plus faible taux de succès des PMA après DPI visant à la détection d'aneuploïdes<sup>73</sup>, auraient davantage de chances d'être accueillies<sup>74</sup> ; il en va de même des raisons qui se fonderaient sur les dangers encourus par les enfants nés après un DPI<sup>75</sup>. Tout cela augure de passionnants débats.

---

Valérie Junod, Professeure à la faculté de droit de l'Université de Genève ; Professeure à la faculté des HEC de l'Université de Lausanne ; avocate.

---

\* \* \*

---

<sup>73</sup> Pour un aperçu des études sur l'effet d'un DPI pour aneuploïdies sur le taux de naissances après PMA, voir Collins, *supra* note 1 et également S. Mastenbroek et al., *In vitro fertilization with preimplantation genetic screening*, 357 NEJM p. 9 (2007).

<sup>74</sup> On réservera la situation où un DPI est de toute façon prévu pour détecter une maladie génétique susceptible d'être transmise par les parents et où, *par la même occasion*, d'autres anomalies génétiques pourraient être détectées.

<sup>75</sup> A ce sujet, voir LaBonte, *supra* note 10, ainsi que la note 18.