

Procréation *post mortem*: ne pas copier les injustices de la nature!

Jean-René Binet^a, Aude Mirkovic^b

^a Professeur de droit privé à l'Université de Franche-Comté, Membre de l'Institut universitaire de France

^b Maître de conférences en droit privé à l'Université d'Evry, Directrice du Master Droit des biotechnologies

Le transfert d'embryon *post mortem* est interdit par le droit français (Code de la santé publique, art. L. 2141-2) comme par le droit suisse (loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée, art. 3, 4^o). La pratique n'en vient pas moins d'être autorisée en première lecture du projet de révision de la loi de bioéthique par l'Assemblée nationale française (TA n° 606, 15 février 2011) avant, nouveau rebondissement, d'être supprimée par le texte adopté en commission par le Sénat (n° 389, 30 mars 2011). Entre-temps, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) avait rendu un avis, le 9 mars dernier, dans lequel il se prononçait en faveur du transfert d'embryon *post mortem* (Avis N° 113 – La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple).

Le transfert d'embryon *post mortem* n'est pas une technique d'AMP comme les autres. Il opère un véritable basculement en matière d'assistance médicale à la procréation puisqu'il s'agit de programmer la venue au monde d'un orphelin. L'hypothèse est celle d'un couple engagé dans un processus de fécondation *in vitro* en vue de la réalisation d'un projet parental. Un ou plusieurs embryons sont créés à partir des gamètes de l'homme et de la femme, mais un sort cruel vient contrarier leur projet: l'homme décède. En l'état actuel du droit, la femme ne peut poursuivre seule ce projet d'enfant commencé à deux. Aucun des embryons conservés ne pourra lui être implanté.

Si l'on considère la situation sous l'angle de cette femme, une telle disposition peut être vue comme une réponse à une détresse vécue. Toutefois, la femme n'est pas seule concernée dans ce dilemme. La filiation des enfants nés dans de telles conditions serait bouleversée, l'enfant venant au monde trop tard pour ignorer que son père était déjà mort lorsque commença sa vie utérine. L'implantation devant intervenir entre six et dix-huit mois après le décès du père, l'enfant viendrait au monde au plus tôt un an et demi après la mort de son père, alors que les morts ne font pas d'enfant. Il serait, de plus, porté par une mère endeuillée. La complexité de la situation envisagée permet de comprendre pourquoi cette technique doit être repoussée.

En effet, l'esprit qui anime aujourd'hui le droit français en matière d'assistance médicale à la procréation est de garantir à l'enfant une filiation crédible, vraisemblable. C'est pourquoi la loi exige des candidats à l'as-

sistance médicale à la procréation qu'ils soient un homme et une femme, vivants et en âge de procréer. Le respect de ces conditions permet d'assurer qu'il n'y ait pas de distinction, à l'arrivée, entre les enfants issus de procréation naturelle et ceux dont les parents ont bénéficié d'une assistance technique. Et, si la vie les prive parfois, trop tôt, de l'un de leurs parents, tous peuvent au moins se penser comme des enfants issus de vivants et non de morts.

La femme veuve souffre sans aucun doute de la perte de son conjoint, et du projet d'enfant qui n'a pu être réalisé. Elle mérite à ce double titre toute compassion. Mais, devant la mort, tous les couples se retrouvent à égalité, ceux qui étaient fertiles et ceux qui ne l'étaient pas. Si le transfert d'embryons *post mortem* est autorisé, pourquoi les couples fertiles ne prendraient-ils pas la précaution de congeler des embryons pour le cas où? Si grande soit-elle, la loi ne peut empêcher tous les malheurs. Si puissant soit-il, le législateur ne pourra jamais faire obstacle à ce que la fatalité s'abatte sur un enfant, sur une famille, sur un couple. Mais, lorsque le législateur prétend s'emparer des questions procréatives pour y donner une place – si minime fût-elle – à l'artifice et la fiction qui sont parfois la magie du droit, il ne peut programmer la fatalité. Dès lors qu'il a le choix, il doit exiger le meilleur pour les enfants. C'est pourquoi nul ne peut adopter s'il ne remplit les conditions nécessaires à l'accueil et à l'éducation de l'enfant. C'est aussi la raison pour laquelle le décès de l'un des membres du couple doit faire obstacle à la poursuite du projet parental. La loi exige pour les enfants des parents vivants. Elle a raison, car naître orphelin est une injustice de la nature. Et aucun législateur ne doit se sentir obligé de copier les injustices de la nature.

Les hésitations et rebondissements observés au cours du processus français de révision de la loi de bioéthique sont un excellent révélateur des apories résultant de la conservation des embryons. Il n'y a pas, en effet, d'issue satisfaisante à la question du transfert d'embryon *post mortem*. L'autoriser suscite au moins autant de difficultés que l'interdire, et l'interdire inflige à la femme survivante le choix entre la mort de ses embryons ou l'accueil par un autre couple (*interdit en droit suisse, loi préc. art. 4*). A moins qu'elle ne décide de le «donner» à la recherche, mais il n'y a là rien de nature à la consoler. Cette situation inextricable montre

l'impasse à laquelle conduit la congélation des embryons. Que de drames humains et de situations problématiques pourraient être évités si les embryons n'étaient obtenus qu'à mesure qu'ils peuvent être implantés: les litiges quant au devenir des embryons en cas de désaccord du couple, le sort des embryons en cas de décès d'un des membres du couple ou même, seulement, en cas de séparation du couple. Et, quand bien même tout se passerait pour le mieux dans le processus de l'assistance médicale à la procréation, il reste le désarroi des couples qui, après avoir eu un ou plusieurs enfants, ne peuvent procéder à l'implantation de leurs embryons en surnombre et se trouvent bien démunis pour décider de leur sort.

Il est possible de se passer de la congélation des embryons, en privilégiant la conservation des ovocytes ou, plus simplement, en n'obtenant d'embryons que le nombre qu'il est possible d'implanter. Puisque la conservation des embryons est devenue évitable, le retour à la raison n'invite-t-il pas à y mettre fin? Plutôt que d'imaginer des remèdes impuissants à guérir les drames suscités par la conservation des embryons, ne vaut-il pas mieux soigner la cause, c'est-à-dire cesser de congeler les embryons? La question du transfert

post mortem, et bien d'autres questions sans issues, ne se poseraient alors tout simplement plus. En renonçant à une pratique douteuse sur le plan de l'éthique et devenue évitable d'un point de vue technique, le législateur parviendrait enfin, après bien des atermoiements, à concilier les valeurs fondamentales du droit et de l'éthique avec les exigences de la civilisation technique. L'occasion est historique. De la capacité du législateur à s'en saisir aujourd'hui dépend l'issue de nombreux problèmes aujourd'hui inextricables. Il y a tout à gagner à cesser la conservation des embryons. Puisse cette évidence apporter un peu de sérénité, via la loi, à ces situations humaines déjà si délicates.

Correspondance

Prof. Jean-René Binet
Université de Franche-Comté – Besançon
Centre de recherche juridique de l'université
de Franche-Comté – EA 3225
Faculté de Droit de Besançon
45, avenue de l'Observatoire
F-25000 Besançon

e-mail: jean-rene.binet@univ-fcomte.fr
aude.mirkovic@univ-evry.fr