

LE DROIT A DEVENIR PARENT GENETIQUE ET L'ACCES A L'ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION AU BRESIL ET EN FRANCE

Taciana Cahu Beltrão*



Les actuelles découvertes en matière d'assistance médicale à la procréation (AMP), au-delà de permettre de surmonter les problèmes liés à l'infertilité, et de mettre en oeuvre le désir d'avoir un enfant, ouvrent les débats non seulement par rapport aux nouveaux liens de filiation mais aussi sur les droits subjectifs qui peuvent survenir de telles pratiques. Peut-on parler d'un droit à devenir parent génétique? Par conséquence, ces techniques doivent-elles être accessibles seulement aux couples hétérosexuels, dans le cas d'un diagnostic d'infertilité, ou bien aussi des personnes célibataires et les couples de même sexe ?

I L'ACCESS A L'ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION EN FRANCE ET AU BRESIL

En France, à l'inverse du Brésil, la voie législative a été choisie pour définir ce qui est permis ou interdit en matière d'assistance médicale à la procréation.

Par rapport à l'accès à l'AMP, la première loi bioéthique créée en 1994, et qui avait introduit des modifications à l'article L.2141-2 du Code de la Santé publique, avait établi que l'assistance médicale à la procréation était destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Celle-ci devait avoir pour

* Doctorante en droit à l'Université de Bordeaux [sous la direction de *Adeline Gouttenoire*, Professeur à l'Université de Bordeaux, Directrice de l'Institut des Mineurs de Bordeaux et du Cerfap]

objet de remédier à un infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué, ou d'éviter la transmission (à l'enfant ou à un membre du couple) d'une maladie particulièrement grave. Dans ce cas, l'homme et la femme qui forment le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination¹.

Ensuite, la loi relative à la bioéthique n°2004-800 du 6 août 2004, a introduit dans l'article précité des règles faisant obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons : le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps, ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation.

La loi bioéthique de 2011 (Loi n°2011-814 du 7 juillet) a supprimé comme condition pour le couple d'être marié ou d'avoir une vie commune d'au moins deux ans, pour l'accès à l'AMP.

Enfin, actuellement, en France, l'accès à l'AMP est permis uniquement aux couples formés d'un homme et d'une femme - sans exiger la condition d'être marié ou d'avoir une vie commune. Par conséquent, elle est interdit aux personnes célibataires et aux couples de même sexe.

Au Brésil, l'accès à l'AMP n'a pas encore été réglée par la loi. La première règle sur cette question a été une norme déontologique du Conseil Fédéral de Médecine (CFM) – résolution n°1358/199 - qui a établi que l'AMP doit avoir comme objectif de donner une réponse aux problèmes d'infertilité humaine, en facilitant le processus de procréation, pour pallier des thérapies insuffisantes.

Cette résolution a permis aussi bien à la femme seule,

¹ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994

majeure et capable, comme aux couples mariés ou à ceux qui vivent maritalement en union stable d'accéder à cette thérapie.

Toujours dans le contexte déontologique, cette règle a été modifiée par la résolution du CFM n° 1.957/2010, qui a étendu la possibilité d'accéder à l'AMP à toutes les personnes majeures et capables, excluant l'exigence d'un mariage ou d'une union stable.

La dernière résolution CFM n°2013/2013, encore en vigueur, a maintenu la possibilité d'accès à l'AMP à toutes les personnes majeures et capables, mais l'a étendue aux personnes célibataires et aux couples de même sexe. En ce cas, elle a permis le recours à la gestation pour autrui, en respectant certaines conditions : la mère-porteuse doit avoir un lien de parenté avec l'une des personnes du couple jusqu'au 4ème degré.

II- LE DESIR DE DEVENIR PARENT GENETIQUE SOUS LE REGARD DE LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH.

Au niveau européen, au-delà des règles nationales relatives à la bioéthique, des normes issues du Conseil de l'Europe sont appliquées par la Cour Européenne de droits de l'Homme (CEDH) pour régler les problèmes de violation des droits fondamentaux, dans le contexte des techniques de l'AMP: la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre de 1950, ainsi que la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine - Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine – signée à Oviedo le 4 avril 1997.

En matière d'accès à l'AMP, les décisions de la CEDH visent à assurer en particulier le droit au respect à la vie privée et familiale, prévue dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article de l'article 8 da la Convention européenne de droits de l'homme assure que

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui .

Selon la jurisprudence de la CEDH,

« la notion de vie privée au sens de l'article 8 de la Convention est une notion large qui englobe, entre autres, le droit, pour l'individu, de nouer et développer des relations avec ses semblables, le droit au développement personnel, ou encore le droit à l'autodétermination.(...)Des facteurs tels que l'identification, l'orientation et la vie sexuelle relèvent également de la sphère personnelle protégée par l'article 8 ».²

Dans ce contexte, le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir à l'AMP constitue une forme d'expression de la vie privée et familiale.

A partir de cette approche, la Cour européenne a examiné dans diverses décisions des situations qui peuvent alimenter le débat par rapport à l'existence d'un droit à être ou non parent génétique.

L'arrêt Evans c/ Royaume-Uni du 10 avril 2007 : En l'espèce, un couple avait fait congeler des embryons conçus à partir d'une FIV, unique façon pour la femme d'avoir un enfant, en raison d'un grave problème de santé. Le couple s'est ensuite séparé et la femme, malgré tout, a souhaité être inseminée, ce qu'elle n'a pas obtenu du fait du non-consentement de son ex-mari. La Cour européenne a déclaré que la décision du père d'être ou non parent génétique doit être respectée, une fois que la révocation du consentement n'est pas contraire à

² Arrêt S.H. et autres c/ Autriche (3 novembre de 2011)

l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale.³

L'arrêt Dickson c/ Royaume-Uni du 4 décembre 2007 : Un couple, dont le mari était incarcéré, a demandé à recourir à l'insémination artificielle, parce que la date de sortie de prison du mari ne permettait probablement plus le couple possibilité d'avoir un enfant. La Cour européenne a déclaré que le refus d'autoriser le requérant détenu et son épouse à recourir à telle technique constituait une « atteinte disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale »⁴

Arrêt S.H. et autres c/ Autriche du 3 novembre 2011. Ici, les requérants voulaient recourir à une fécondation in vitro, en raison de l'infertilité de la femme, ce qui était interdit par la loi autrichienne.

Selon la loi autrichienne, « seules les gamètes de personnes mariées ou vivant maritalement peuvent être utilisées à leur profit dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. A titre exceptionnel, c'est-à-dire lorsque l'un des deux partenaires est stérile, le don de sperme peut être autorisé en vue d'une insémination artificielle, technique consistant à introduire des spermatozoïdes dans l'utérus de la femme, et aussi connue sous le nom de fécondation in vivo. Le don de sperme est interdit dans tous les autres cas, notamment à des fins de fécondation in vitro »⁵

La Cour européenne, en analysant l'interdiction de la loi autrichienne par rapport à l'insémination avec don de gamètes, a conclu que le législateur autrichien a respecté le principe de proportionnalité découlant de l'article 8 § 2 de la Convention, en considérant que « le choix fait par la loi d'autoriser en principe les méthodes homologues de procréation artificielle, et à titre exceptionnel l'insémination avec don de sperme, reflétait

³ Code civil.

⁴ A. Gouttenoire, in *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Droit de la famille*, n°5, mai 2008, étude 14.

⁵ Arrêt S. H. Et autres c. Autriche, §30

l'état de la science médicale de l'époque et le consensus existant dans la société ». Pour trancher la question de la violation du droit au respect de la vie privée et familiale, la Cour attache de l'importance à l'argument qu'il n'existait pas « un consensus européen suffisamment solide sur le point de savoir si le don d'ovules à des fins de fécondation in vitro doit être autorisé »⁶.

Le débat concernant les techniques d'assistance médicale à la procréation soulève des questions délicates, d'ordre éthique et juridique, surtout en considérant les préoccupations par rapport aux droits de l'enfant à naître. Par conséquent, le travail de la Cour européenne n'est pas actuellement actuellement clos sur les interrogations relatives à existence d'un droit à devenir parent génétique.

Pour le moment, la Cour européenne préfère d'analyser chaque cas en particulier, en vérifiant que les cadres juridiques mis en place dans le contexte des réglementations de l'AMP sont cohérents et permettent de trouver un équilibre entre les intérêts de l'Etat et des individus, sous l'angle de la dignité de la personne humaine.



BIBLIOGRAPHIE:

Jean-René BINET. *La réforme de la loi bioéthique*. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011. Paris : LexisNexis, 2012.

Adeline GOUTTENOIRE. *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Droit de La Famille, n°5, mai 2008.

⁶ Arrêt S.H. et autres c. Autriche (3 novembre 2011)

Stéphanie HENNETTE-VAUCHEX. *Le droit de la bioéthique*.

Paris : Éditions la Découverte, 2009.

Bertrand MATHIEU. *La bioéthique*. Paris : Éditions Dalloz, 2009.

Jean-François RENUCCI. *Traité de droit européen des droits de l'homme*. Paris, LGDJ, 2007.