



N° 1568

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

QUINZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 janvier 2019.

PROPOSITION DE RÉSOLUTION

invitant le Gouvernement à proposer un moratoire international interdisant l'insémination post mortem et le transfert d'embryons conçus avant le décès de l'homme,

présentée par
Mme Marie-France LORHO,
députée.

EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

La loi française interdit l'utilisation des gamètes du mari pour réaliser une insémination au profit de sa veuve. Dans son dernier avis, le Conseil consultatif national d'éthique, s'il souligne « l'inopportunité » de la pratique de l'insémination *post mortem*, ne s'est néanmoins pas montré hostile à la pratique de procréation par la réalisation de transfert d'embryons conçu avant le décès de l'homme⁽¹⁾, sous conditions. En regard des récents actes de jurisprudence sur ces deux techniques de procréation *post mortem*, il est nécessaire, à la veille de la nouvelle loi de révision bioéthique, de réaffirmer l'interdiction de ce type de pratiques.

I. – Procréation *post mortem* : de l'interdiction à la faveur

A) Les interdictions dans la loi

À l'heure actuelle, la loi française interdit l'utilisation des gamètes du mari pour réaliser une insémination au profit de sa veuve. Cette prohibition de la procréation par insémination *post mortem* est garantie par les articles L. 2141-2 et L. 2141-11 du code de la santé publique.

Avant la loi de 1994, il n'y avait pas d'intervention du législateur sur la question d'une insémination ou d'un transfert d'embryon après le décès du père. Si une proposition de loi sur l'insémination artificielle a bien été présentée en 1980 au Sénat, elle excluait la possibilité de l'insémination *post mortem*. Après l'intervention du législateur, il a été statué que les membres du couple devaient être vivants. L'absence de pathologie conditionnerait également l'interdiction.

Les lois bioéthiques de 1994 se sont montrées fermes à l'encontre de l'insémination *post mortem*⁽²⁾. Au *journal officiel* du 7 août 2004, on indiquait ainsi que l'assistance médicale à la procréation « est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple » et que « l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants ». Y était disposé que « le décès de l'un des membres du couple » constituait un événement faisant « obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons⁽³⁾ ». Jusqu'alors,

(1) Conseil consultatif national d'éthique. Avis 129. P. 128-129.

(2) Néanmoins, il s'annonçait l'année précédente en faveur du transfert. Voir Revue Lamy, Droit Civil. N°76. 01.11.2010. Éthique et paternité posthume.

(3) Revue Lamy, Droit civil, 01.07.2010, n° 73. *Donner la vie après la mort ?* Bernard-Xemard, Clara.

étaient alors interdits tant l'insémination artificielle *post mortem* que le transfert *post mortem* d'embryons congelés.

B) Un avis favorable sous-jacent du Conseil consultatif national d'éthique

En 1993, le Comité Consultatif national d'éthique s'exprimait contre l'insémination *post mortem*, soulignant que « le projet parental n'est, en effet, à ce stade pas abouti. Il n'y a pas encore eu conception et l'enfant n'existe que comme projet. Rien ne permet d'affirmer que le père serait allé au terme du processus. Son consentement à la conception et à la naissance *post mortem* d'un enfant issu de ses gamètes est donc incertain : il ne s'agit que d'une présomption ⁽⁴⁾ ». En 2008, le Conseil d'État remettait un rapport dans lequel il préconisait qu'il ne soit pas légalisé à une révision de cette législation car elle risquerait de « remettre en cause l'exigence fondamentale [...] de donner à l'enfant au début de sa vie une famille comportant un père et une mère » ⁽⁵⁾. Les travaux préparatoires de la loi du 7 juillet 2011 rejetaient toute proposition de légalisation de la procréation *post mortem* (insémination comme transfert). Le Comité consultatif national d'éthique refusait l'insémination la même année l'insémination ⁽⁶⁾⁽⁷⁾.

En 2017, le CCNE était défavorable à l'autoconservation des gamètes. Le nouvel avis de 2018 revient sur cette décision, aspirant favorablement à l'autoconservation pour les personnes qui le souhaitent, « sans l'encourager » toutefois. Il assortit une telle décision à une limite d'âge minimale et maximale. L'argument de François Ansermet, professeur de pédopsychiatrie à l'université de Lausanne, est d'indiquer « qu'aujourd'hui, une femme peut prélever des ovocytes pour les donner mais pas pour elle-même. Il y a là une contradiction que nous avons été obligés de relever ⁽⁸⁾ ». Dans son nouvel avis, le CCNE s'est déclaré favorable à l'ouverture de la procréation médicalement assistée *post mortem* par le transfert in-utero d'un embryon cryoconservé après le décès

(4) Revue Lamy, Droit civil, 01.11.2010. *Éthique et paternité posthume*.

(5) Conseil d'État, *La révision des lois bioéthiques*. Spéc. p. 38. Cité dans Revue Lamy, Droit civil, 01.07.2010, n°73. *Donner la vie après la mort ?* Bernard-Xemard, Clara.

(6) CCNE, avis n°113. 10.02.2011.

(7) Mercredi 11 juillet, le Conseil d'État rendait publique une étude consacrée à la révision de la loi bioéthique. Y était expliqué que [l'extension de la procréation médicalement assistée] rendrait « difficilement justifiable de refuser une AMP post-mortem à celle dont le conjoint vient de décéder alors que les embryons ou les gamètes du couple ont été conservés ». La seule restriction proposée par la plus haute juridiction administrative est de « fixer un âge au-delà duquel la ponction d'ovocytes ne pourrait plus être réalisée ». *Le Monde*. 12.07.2018. Le Conseil d'État innove sur des questions sensibles.

(8) *Le Figaro*. 26.09.2018. Procréation : ces propositions qui pourraient bouleverser la loi.

de l'homme. Son avis est toutefois présenté sous réserve que la personne bénéficiant de cette aide à la procréation jouisse d'un « accompagnement médical et psychologique » et recommande que la naissance de l'enfant ne doit pas être « trop éloignée du décès du père ⁽⁹⁾ ». L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation *post mortem* est conditionnée par le Comité d'éthique par la mention suivante « Si le projet parental a été établi avant le décès et sous réserve d'un accompagnement médicale et psychologique de la conjointe » ⁽¹⁰⁾.

Le CCNE motive son avis par l'invocation à « l'autonomie et la liberté des femmes » ⁽¹¹⁾. Il indique également que « la famille est en mutation ». « Le monde de la procréation a changé », explique Jean-François Delfraissy, président du Conseil consultatif national d'éthique. Le Conseil consultatif national d'éthique a donc changé de position, et alors qu'il soulignait qu'il existait des « risques médicaux », mais aussi « des risques de pressions sociales et professionnelles » inhérents à la technique de la conservation ovocytaire, il se dédouane aujourd'hui : « ce sont ces considérations, et non pas du tout un principe éthique général ».

C) Un avis qui ouvre une brèche

Pour certains, l'avis du CCNE constitue une « rupture dans l'histoire de la bioéthique à la française, jusque-là marquée d'interdits ». « Cet avis, a expliqué le président du comité, nous le voulons marqué du sceau de la confiance. Nous avons connu des progrès scientifiques extraordinaires, nous ne sommes plus dans la même société qu'il y a vingt ans. Nous avons voulu adopter une attitude de confiance dans l'individu et dans les choix faits collectivement. » ⁽¹²⁾. Or, en regard des actes de jurisprudence émis concernant cette question, cet avis favorable tend à ouvrir une brèche à l'égard des administrations françaises.

II. – Procréation *post mortem* : deux cas en faveur du transfert

A) Un transfert permis en France pour un cas espagnol

Le 31 mai dernier, le Conseil d'État autorisait un transfert de sperme demandé par une Espagnole ; en Espagne, ce type de manipulations *post mortem* n'est en effet pas interdite. Toutefois, le couple vivait en France et l'homme avait fait congeler ses gamètes pour prévenir sa stérilité en cas de

(9) *Le Figaro*. 26.09.2018. *Procréation : ces propositions qui pourraient bouleverser la loi*.

(10) *L'Humanité*. 26.09.2018. *Le Comité d'éthique a livré sa feuille de route*.

(11) *La Croix*. 26.09.2018. *Le chamboule-tout du Comité d'éthique*.

(12) *Libération*. 25.09.2018. *Bioéthique. Macron récupère le bébé*.

rémission de sa maladie. La loi française proscrit l'insémination *post mortem* et l'exportation de gamètes pour des usages non conformes à la loi française⁽¹³⁾. Il a donc été décidé, en regard des conditions exceptionnelles « et en l'absence de toute intention frauduleuse de la requérante (...) [que] le refus qui lui a été opposé [...] porte une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. » Si l'enfant né n'aura pas de lien avec la France, le Conseil d'État a souligné que les dispositions du code de la santé publique qui régissent le droit français ne sont pas compatibles avec les « stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme » car celles-ci relèvent de « la marge d'appréciation dont chaque État dispose »⁽¹⁴⁾. Le Conseil d'État a ainsi indiqué que le refus des autorités françaises serait une « atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale » (article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme).

B) Une première décision positive en France

En janvier 2016, une Française a obtenu par décision du tribunal administratif de Rennes l'exportation du sperme de son mari décédé en vue d'une insémination hors de France. Le Centre hospitalier universitaire de Rennes s'est vu enjoindre d'exporter ces gamètes pour que l'expérimentation ait lieu en un pays où de telles manipulations sont autorisées. En regard de « circonstances exceptionnelles », le juge administratif a encouragé le centre universitaire de Rennes à « prendre toutes les mesures utiles afin de permettre l'exportation dans un établissement européen acceptant de procéder à une insémination *post mortem*, des gamètes d'un époux décédé⁽¹⁵⁾ ».

Pour autant, ce cas demeure la « première décision positive qui intervient concernant un couple franco-français » depuis l'interdiction de la réforme bioéthique. Pour Maître Simhon, avocat spécialisé en droit de la santé, la décision de Rennes constitue une ouverture plus importante que la décision du Conseil d'État au sens où « il l'a fait pour un couple franco-français en ouvrant encore davantage les possibilités de pouvoir obtenir un transfert d'insémination *post mortem* »⁽¹⁶⁾.

(13) *Le Monde*. 02.06.2016. *Insémination post mortem : le Conseil d'État donne raison à une veuve espagnole*.

(14) *Le Monde*. 02.06.2016. *Insémination post mortem : le Conseil d'État donne raison à une veuve espagnole*.

(15) *Le Monde*. *Insémination post mortem : une Française obtient la possibilité d'utiliser le sperme de son mari décédé*.

16 *Charente Libre*. 13.10.2016. *Feu vert à une insémination post-mortem*.

L'autorisation de l'exportation à deux reprises, si elle ne constitue pas une remise en cause de l'interdit, a ouvert une brèche dans la prohibition légale de la procréation *post mortem*. Les administrations françaises se sont ainsi vues ordonner d'exercer un acte de l'ordre de l'illégalité. « La procréation *post mortem* pourrait-il bientôt vaciller sous les coups d'un contrôle de proportionnalité toujours plus à même de renverser les prohibitions fondamentales de notre Droit ? », s'interrogeait Jérémy Houssier, maître de conférences à l'Université Paris I⁽¹⁷⁾.

Ces deux actes ouvrent la brèche à des dérives importantes à l'échelle éthique. Mais quelles seraient concrètement les conséquences de la légalisation de ce type de pratiques de procréation *post mortem* ?

III Une société d'orphelins et de « bébés remèdes »

C) Organiser la naissance d'orphelins

Clara Bernard-Xémard, maître de conférences à l'université de Versailles, souligne la nécessité de traiter sur un même plan juridique l'insémination artificielle *post mortem* comme le transfert *post mortem* d'embryons congelés en regard de l'identité de la finalité de l'opération. Car non seulement les effets en sont identiques et doivent bénéficier d'un traitement juridique similaire, mais la conséquence sera la même : « l'enfant qui en sera issu sera de toute façon un enfant orphelin de père⁽¹⁸⁾ ». Il n'est éthiquement inadmissible d'organiser à dessein la naissance d'un enfant orphelin de père. Pour le psychiatre et psychanalyste Michel Hanus, « ce n'est pas la même chose que d'être conçu orphelin que de le devenir [...]. Cet enfant risque de nourrir une attitude ambivalente à l'égard de sa mère. Il lui sera reconnaissant de la bataille qu'elle aura menée pour le mettre au monde mais il lui en voudra aussi, inconsciemment, de l'avoir conçu orphelin »⁽¹⁹⁾. En somme, même si « le fait que le père soit mort n'est pas recherché [...] il est délibérément accepté⁽²⁰⁾ ». Dès lors, la participation paternelle ne serait réduite qu'au biologique sans possibilité d'exercice de la fonction paternelle⁽²¹⁾.

(17) Revue juridique Personnes & familles, 01.11.2018. *L'âge de procréer*. Jérémy Houssier.

(18) Revue Lamy, Droit civil, 01.07.2010, n°73. *Donner la vie après la mort ?* Bernard-Xémard, Clara.

(19) Slate.fr, 23.09.20109. Cité par Nau, Jean-Yves. *Affaire Justel : le sperme en héritage*.

20 Revue Lamy Droit civil. 01.11.2010. MIRKOVIC, Aude. *Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine : la procréation post-mortem en question*.

21 Revue Lamy Droit civil, n°76, 01.11.2016. *Procréer après la mort : le point de vue d'un responsable de CECOS*.

D) Organiser la naissance d'enfants remèdes

Pour les enfants, les risques de souffrir directement de cette situation sont multiples : ceux-ci risquent d'apparaître pour la mère comme des enfants remèdes, visant à faire le deuil du père disparu. « Le droit ne peut et ne doit cautionner la venue au monde de ceux que les psychiatres appellent des enfants-prothèse ou encore des enfants remède », explique le maître de conférence. Par ailleurs, ainsi que le soulignait Jacques Lansac, professeur émérite de gynécologie obstétrique au centre hospitalier universitaire de Tours, la mission du médecin est « de ne pas créer un handicap à l'enfant dès sa naissance. La mort est une violence, certes, mais c'est aussi une frontière qui s'impose à nous. Il n'y a, tout simplement, pas de médecine après la mort. Le médecin ne peut qu'aider le vivant à vivre ⁽²²⁾ ».

E) L'absence de consentement du père

En Janvier 2007, en Israël, une mère dont le fils avait été tué, a obtenu du système judiciaire qu'un enfant de son fils soit conçu avec le sperme du mort ; la mère de l'enfant a été choisie par la future grand-mère, sans avoir jamais rencontré le père de ce dernier de son vivant ⁽²³⁾. En 2009, un juge new-yorkais autorisait une femme à faire prélever sur son concubin décédé à cette fin ⁽²⁴⁾. Au Texas, la même année, une mère de famille s'est vue autoriser à conserver le sperme de son fils mort dans une bagarre de rue, afin de trouver une mère porteuse pour faire vivre son futur petit-fils ⁽²⁵⁾. Comme le soulignait Hervé Chneiweiss, président du comité d'éthique de l'Inserm et membre du CCNE, l'insémination intimerait que le consentement du père soit démontré, ce qui est « compliqué à prouver ».

La légalisation engendrerait par ailleurs des problèmes d'ordre matériel : questions successorales inextricables – « cela impliquerait une délicate modification du droit de la paternité et de l'héritage », souligne en ce sens Hervé Chneiweiss, président du comité d'éthique de l'Inserm et membre du CCNE ⁽²⁶⁾, prise en charge de la grossesse, questions autour des assurances,... ⁽²⁷⁾

(22) *Slate*. 14.10.2009. LANSAC, Jean. *Il n'y a pas de médecine après la mort*.

(23) *Le Point*. 11.03.2010. *Le grand bazar de la procréation*. MONCLOS, de, V.

(24) *Daily News*. 18.04.2009.

(25) *The Canadian Press*, 14.04.2009. Travis County Texa, Probate Judge, 06.04.2009.

(26) *L'Express*. 13.10.2016. *Insémination post-mortem. Ces cas sont beaucoup trop rares pour légiférer*.

(27) Voir à ce propos : *Revue juridique personnes et famille*, n°007/008. 01.07.2016. *La France refile le bébé à l'Espagne*.

Conclusion : la nécessaire interdiction totale de la pratique de procréation *post mortem*

La procréation médicalement assistée, si elle n'est pas une thérapie en soi, consiste à contourner la stérilité. Or, dans le cas d'un couple mort, cette stérilité d'ordre pathologique n'existe plus. Dans le cas d'une légalisation de cette paternité *post mortem*, tout le monde ne pourrait-il pas prétendre à mettre de côté ses gamètes, de manière à anticiper la mort de son conjoint ? Pourquoi seuls les couples atteints d'une pathologie d'infertilité auraient-ils ce privilège ? Une telle ouverture engendrerait la possibilité pour chaque couple doté d'un « projet parental » de congeler ses gamètes dans cette éventualité. « Il est tout à fait différent de gérer une situation que la vie suscite et de provoquer cette situation », ainsi que l'expliquait justement Aude Mirkovic⁽²⁸⁾.

La légalisation de telles pratiques ne mettra pas fin aux revendications ; elle ouvrira la brèche à d'autres demandes, particulièrement nombreuses. Combien d'enfants pourront naître d'une même insémination *post mortem* ? Une fois légale, la procréation *post mortem* devra-t-elle se limiter à la paternité ? Pourquoi ne pas l'ouvrir après le décès de la mère, en ayant recours à une mère porteuse. « La légalisation, ainsi que l'explique Aude Mirkovic, n'est pas neutre. Elle est un encouragement [...] La compassion suscitée par les demandes de procréation *post mortem* ne doit pas dispenser de réfléchir aux conséquences qu'il y aurait à satisfaire ces revendications »⁽²⁹⁾.

La communauté scientifique, notamment Hervé Chneiweiss, président du comité d'éthique de l'Inserm et membre du CCNE, souligne qu'il convient « d'arrêter de légiférer sur des cas aussi rares ». Néanmoins, les risques existent de voir de telles pratiques cristallisées dans la loi. En 1993, l'Assemblée Nationale avait adopté en première lecture³⁰ un texte autorisant le transfert d'embryon *post mortem*, dont le Sénat avait finalement supprimé les dispositions. De même, en 2010, Jean-Marie Kunstmann, docteur en médecine de la reproduction, responsable d'un centre d'études et de conservation des œufs et du sperme humains (CECOS) faisait part de ses doutes quant au recours à une telle pratique.

(28) Revue Lamy Droit civil. 01.11.2010. MIRKOVIC, Aude. *Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine : la procréation post-mortem en question.*

(29) Revue Lamy Droit civil. 01.11.2010. MIRKOVIC, Aude. *Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine : la procréation post-mortem en question.*

(30) Assemblée Nationale, XIII^e législature, session ordinaire de 2010-2011, CR intégral, 2^e séance, 25.05.2011. Voir Revue Juridique Personnes & Familles. 01.09.2011. *La protection de la vie humaine dans la loi relative à la bioéthique du 07.07.2011.*

« Certes, soulignait-il, l'AMP nous permet aujourd'hui de nous affranchir de plusieurs repères de la reproduction naturelle, mais si nous devons n'en respecter qu'un seul, ne serait-ce pas celui de la mort, et à ce double titre : pour la médecine en général qui y est constamment confrontée en tant que repère ultime, mais aussi pour l'ensemble des individus qui constituent notre société. Face à l'artifice technique qui nous met dans la toute puissance et dans l'incapacité de renoncement, n'est pas à la législation de définir la limite ? »⁽³¹⁾

(31) Revue Lamy Droit civil, n°76, 01.11.2016. *Procréer après la mort: le point de vue d'un responsable de CECOS.*

PROPOSITION DE RÉOLUTION

Article unique

- ① L'Assemblée nationale,
- ② Vu l'article 34-1 de la Constitution ;
- ③ Vu l'article 136 du Règlement de l'Assemblée nationale ;
- ④ Invite le Gouvernement à proposer un moratoire international interdisant la procréation *post mortem*.

