

OUI A L'INITIATIVE POPULAIRE POUR UNE PROCREATION RESPECTANT LA DIGNITE HUMAINE

*Prise de position de la commission de rédaction L'AVENIR DE L'HOMME
concernant le Message du conseil fédéral**

*Guido Appius, Dr méd Heinz Bhend, Marie-Thérèse Larcher, Dr iur Rudolf Montanari
et Dr iur Marlies Näf-Hofmann*

Le 17 mai 1992, le peuple et les cantons ont accepté l'article 24^{novies} de la Constitution sur la protection de l'homme et de son environnement contre les abus en matière de techniques de procréation et de génie génétique. Cet article fixe différentes limites, mais il autorise la fécondation in vitro (procréation hors du corps de la femme) et les méthodes d'insémination hétérologue (reproduction grâce à un donneur de gamètes, en tout cas au moyen du don de sperme).

L'initiative pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (dite initiative pour une procréation respectant la dignité humaine), qui a été remise le 18 janvier 1994 munie de 120 920 signatures, demande que l'article 24^{novies} de la Constitution soit modifié comme suit :

- la procréation hors du corps de la femme est interdite (2^e al. lettre c);
- l'utilisation de gamètes de tiers à des fins de procréation artificielle est interdite (2^e al. lettre g).

Dans son Message du 26 juin 1996, le Conseil fédéral a rejeté l'initiative pour une procréation respectant la dignité humaine et présenté, en guise de contre-projet indirect, un projet de loi fédérale sur la procréation médicalement assistée.

Dans un contexte aussi controversé et émotionnel, la *qualité des arguments* joue un rôle important. C'est pourquoi le Message du Conseil fédéral qui, d'une certaine manière, est représentatif d'une opinion favorable à la fécondation in vitro et à l'insémination hétérologue, est ci-après, soumis à une appréciation critique.

La liberté personnelle

Le Message traite du problème de la procréation médicalement assistée sous l'angle du droit fondamental non écrit de la liberté personnelle. Il est généralement admis que ce droit fondamental protège toutes les manifestations élémentaires du développement de la personnalité humaine. En signe d'approbation, le Message cite :

« Le fait d'avoir des enfants et de les élever est pour beaucoup d'êtres humains une préoccupation centrale de leur vie, et le fait d'en être privé est souvent ressenti comme une pénible épreuve » (Message, p. 21).

D'après l'opinion des opposants à l'initiative, la procréation médicalement assistée se fonde sur un désir d'enfant reconnu comme un droit élémentaire. Tandis que la contrepartie d'un « désir » est recevoir un « cadeau », les couples désirant devenir parents veulent exécuter leur aspiration eux-mêmes. Le raisonnement est le suivant : *Si le désir d'enfant comme tel est légitime alors l'accomplissement de ce désir doit aussi être légitime.* L'idée, selon laquelle les méthodes de procréation médicalement assistée sont - en principe - admissibles, eu égard au désir d'enfant basé sur la liberté personnelle, ferme les yeux sur un point décisif, à savoir que l'on ne dit encore rien des *moyens* pour atteindre cet objectif. Dans d'autres cas cela est sans autre évident. Par exemple, le souhait qu'une personne aimée, atteinte d'une maladie incurable soit bientôt délivrée de ses souffrances par la mort est un désir légitime. Mais c'est une autre question de savoir si ce désir peut être réalisé dans les faits par des actes concrets.

Par analogie, cette question vaut pour apprécier

* Message du conseil fédéral du 26 juin 1996 relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA). (Pour les citations du Message, la numérotation des pages est basée sur le tiré à part).

la problématique procréation médicalement assistée : le désir d'enfant, en tant que tel, est *en soi légitime*. Cependant, l'enfant procréé artificiellement, particulièrement celui qui a été « produit » dans une éprouvette (in vitro), n'est pas seulement le résultat du désir parental d'avoir un enfant, mais, aussi, de la volonté d'obtenir, de gré ou de force, *la satisfaction de ce désir*. L'enfant devient un instrument en vue d'une fin déterminée. A l'opposé, il y a l'enfant « venu » naturellement à l'occasion de la fécondation. Cette action n'est pas exclusivement un moyen en vue du but qui serait d'obtenir un enfant, mais elle a un sens même en cas de résultat négatif sur le plan de la reproduction. C'est pourquoi un enfant né, suite à une fécondation naturelle, n'est pas seulement le résultat du vouloir des parents, mais la suite d'un processus naturel indépendant du désir d'avoir un enfant. Par contre l'enfant « produit » au moyen d'une technique médicale devient la seule fonction de la volonté des parents en vue de réaliser leur souhait.

Mais la dignité humaine exige que la vie, en tant que telle, soit reconnue parce qu'elle *est* ou *existe*. Il est par conséquent inacceptable que la vie humaine ne soit, que pour autant qu'elle est *reconnue* ou *voulue*. Cette dernière interprétation sape, en particulier, notre conception des droits fondamentaux car ceux-ci, en raison de leur propre nature ne doivent pas être concédés à cause d'une reconnaissance sociale. Au contraire, la reconnaissance d'un droit fondamental n'est que la réponse appropriée à sa légitimité incontestable. Par conséquent, prétendre que limiter l'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée empêche dans le domaine protégé de la liberté personnelle, constitue une méprise lourde de conséquences.

Les aptitudes humaines peuvent, en général, être utilisées pour le bien comme pour le mal. Ce que *Hans Jonas* a écrit au sujet de l'ambivalence des effets de la technique moderne s'applique particulièrement bien au problème qui nous préoccupe : « Ce n'est pas seulement quand la technique est employée avec malveillance, c.-à-d. à des fins mauvaises, mais aussi quand elle est mise en oeuvre avec bonne volonté à des fins très légitimes et qui lui sont propres, qu'elle a, en soi, un côté comminatoire qui pourrait, à long terme, avoir le dernier mot ». Cette analyse doit être abordé avec un sens des *responsabilités* qui confère une di-

mension morale à la possibilité même d'une tempérance consciente. Dans une société consciente de ses responsabilités, le lien entre savoir faire, faire et devoir faire peut ne pas être une loi coercitive.

Le devoir de protection

Le Message explique qu'un empiètement dans le domaine protégé de la liberté personnelle est uniquement autorisé si la mesure en question

- est prévue dans la loi
- répond à un *intérêt public*
- et respecte le *principe de la proportionnalité* (Message, p.22).

Il en déduit la conclusion suivante :

« Une interdiction générale de la fécondation in vitro et des méthodes hétérologues n'est pas compatible avec le droit fondamental de la liberté personnelle, dans la mesure où aucun intérêt public prépondérant ne peut justifier une telle interdiction, laquelle est ainsi disproportionnée » (Message, p. 32). « Des interdictions absolues, comme les préconise la présente initiative, doivent être considérées comme disproportionnées du seul fait déjà que les buts poursuivis, soit la prévention des abus ou la protection de la vie en devenir, peuvent être atteints par des moyens et des contrôles moins contraignants » (Message, p. 22).

Cependant une telle conception du droit fondamental ne rend guère justice au problème de la procréation médicalement assistée. Une personne ayant porté atteinte aux droits d'une autre ne peut se réclamer d'un droit fondamental pour justifier son action. L'interdiction de blesser (*neminem laedere*) appartient toujours aux conditions-cadres de la liberté.

En outre, la fonction des droits fondamentaux est trop fortement limitée à un *droit de défense* des parents désirant avoir un enfant vis-à-vis des interdictions de l'état. Avec cela, une deuxième fonction des droits fondamentaux est repoussée à l'arrière plan, notamment le *devoir de protection* de la part de l'état vis-à-vis de l'enfant contre les atteintes des parents et des médecins. La Constitution stipule toutefois expressément que l'être humain est « protégé » contre les abus des technologies génétiques et des méthodes de procréation (art. 24^{novis} al. 1, cst), de plus, la Confédération doit particulièrement veiller à la protection de la dignité humaine (art. 24^{novis} al.2, cst.) lorsqu'elle édicte

des prescriptions concernant le traitement des patrimoines génétique et germinal.

Le devoir de protection découlant de l'art. 24^{novies} est d'une grande importance pour la compréhension du sujet qui nous concerne. Les droits fondamentaux, limités à un droit de défense, qui trouvent dans l'Etat un antagoniste exclusivement et pas également un garant, ne peuvent, comme on le sait, fonder un état de droit équitable, d'autant plus que la société deviendrait victime de la violence privée. Des violations dans le domaine des droits fondamentaux menacent de différents côtés : Du pouvoir public dans le cas du droit de se défendre et des privés dans le cas du devoir de protection. La nécessité de sauvegarder notamment la vie et l'intégrité corporelle est la condition allant de soi à la vie en commun dans un état et également dans les relations entre les êtres humains une obligation coercitive profondément enracinée historiquement. Dans le cas de la médecine reproductive, les dangers sont dus pour une grande partie non pas à l'état mais de plus en plus à des médecins et des chercheurs privés. Les droits fondamentaux ne peuvent efficacement protéger l'enfant concerné que si l'état a l'obligation de protéger. La présomption libérale de la plus grande liberté possible a tout son sens dans l'antagonisme entre le citoyen et l'état. Cependant, cette formule est défailante là où deux droits fondamentaux se heurtent, là où deux libertés s'affrontent, si l'on veut accorder valeur de droit fondamental au désir d'enfant qui peut se réaliser grâce aux méthodes de procréation médicalement assistée. Dans une telle situation, nous avons affaire à un rapport triangulaire (au minimum, car les médecins et les chercheurs sont aussi parties) entre l'état, les parents et « l'enfant désiré ».

Ce qui, en l'occurrence, limite l'exercice de la volonté des uns (c.-à-d. du couple) ne peut, par conséquent, pas seulement être compris comme « d'intérêt public » (c.-à-d. la sauvegarde du bien de l'enfant) mais, dans l'optique de la protection cette contre-position est particulièrement ancrée dans les droits fondamentaux. La protection accordée par l'état, pour empêcher un usage inadmissible de la liberté ne doit pas seulement être comprise dans le cadre de « l'intérêt public » ou du « principe de proportionnalité », comme un correctif du droit de liberté des parents mais comme un devoir de l'état en soi. Contrairement à l'idée d'une rela-

tion antagoniste couple-état interventionniste, il est nécessaire de garder une vision complète des droits fondamentaux de manière à garantir simultanément les prétendues libertés des uns de même que le droit à la protection des autres. Celui qui, unilatéralement, ne tient compte que de la liberté personnelle des parents et indique seulement les limites éventuelles que le législateur pourrait proposer ne protège, en dernier lieu, non pas l'enfant de la procréation médicalement assistée mais cette dernière de l'enfant.

Le Message concède qu'un état libéral doit non seulement (négativement) respecter les droits fondamentaux mais aussi (positivement) les protéger. Cependant

« cela ne préjuge... en rien de la manière dont le mandat Constitutionnel doit être rempli » (Message, p.21). Ainsi « le Conseil fédéral estime que ni la protection Constitutionnelle de droit à la vie ni la garantie de la dignité humaine invoquées par les auteurs de l'initiative n'entraînent l'obligation d'interdire, à des fins de protection de l'embryon, certaines méthodes de médecin de la procréation. Au contraire la Constitution exige l'adoption de mesures appropriées, principalement au niveau légal, pour satisfaire au souci légitime de protéger les embryons in vitro » (Message, p. 21).

En l'occurrence, le Message argumente contre une initiative populaire de la même manière qu'un tribunal Constitutionnel montrerait les limites au soi-disant empiètement du simple législateur. Dans le contexte présent, il ne s'agit cependant pas tellement de savoir ce que la Constitution en vigueur autorise ou interdit mais ce qui de *Constitutione ferenda* devra faire loi. Mais, avec raison, il n'est nulle part affirmé que l'initiative pour une procréation respectant la dignité humaine se heurte aux limites matérielles dans la révision de la Constitution.

Concernant la manière d'agir dans le domaine des droits fondamentaux, il faut faire la différence entre le droit de défense contre des atteintes et le devoir positif d'agir.

Une atteinte aux droits fondamentaux consiste en une action étatique qui est déterminée; c'est pourquoi l'omission coupable qui enfreint la Constitution est aussi précisément circonscrite. En revanche le devoir de protection est basé sur la passivité étatique, qu'il s'agit de corriger. Mais, vu que l'omission n'a pas d'objet précis, l'inverse Constitutionnel consiste aussi en un grand nombre d'alternatives d'action. Il s'ensuit

que l'interprétation du Message doit, en principe, être approuvée. Un domaine constitutif appartient à l'état pour l'exécution du devoir de protection. *Mais le domaine constitutif se rapporte à la réalisation et non à l'affaiblissement de la protection des abus.*

En ce qui concerne la protection des possibilités d'action liées aux droits fondamentaux mises en danger par des actions privées, il convient de prendre en considération le fait que les devoirs de protection n'ont pas tous la même valeur juridique. Au contraire, une répartition d'après le contenu doit tenir compte de la spécificité de chaque droit fondamental. Dans ce sens il va sans dire que la vie est un bien juridique représentant une valeur maximum car elle est *la base vitale pour l'exercice des droits fondamentaux*. Une attaque réussie contre la vie n'est pas réversible. Vu que la vie est un bien juridique suprême, le devoir de protection de l'état - dans la mesure du possible - doit être particulièrement pris au sérieux.

L'utilisation de gamètes de tiers pour la reproduction artificielle est forcément liée à la question de la sélection humaine. Outre des réflexions indésirables relatives à la race d'ordre purement biologiquement, cette technique peut représenter pour l'enfant concerné un facteur à risques s'il apprend que, génétiquement il ne descend pas de ses parents d'accueil. En cas de pondération des divers intérêts du point de vue des droits fondamentaux, il faut prendre en considération l'état des risques et la sensibilité particulière des biens juridiques à protéger.

Selon l'initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, *l'insémination* à l'aide de gamètes du partenaire de la femme n'est pas interdite, de même que *le transfert de gamètes intratubaire et intra-utérin*. Dans ce cas les manipulations sur l'embryon sont exclues car les techniques en question ne permettent que des interventions sur les gamètes.

La dignité humaine

Le Message explique que depuis toujours la doctrine et la jurisprudence auraient unanimement reconnu la *dignité humaine* comme un principe fondamental et l'auraient comprise comme une adhésion à un ordre de valeur d'où découlerait un devoir de garantir la valeur propre de l'individu. La dignité humaine est, avec

raison, présentée comme une fin en soi qui doit absolument être respectée :

« La dignité humaine, qui protège l'homme en tant que personne et en tant qu'être unique et irremplaçable, s'oppose à ce qu'on en fasse un instrument et qu'on l'avilisse, en ne le considérant plus comme une valeur en soi mais comme un simple moyen à des fins étrangères à sa propre nature » (Message, p. 19).

La déclaration suivante, selon laquelle la garantie de la dignité humaine

« implique un mandat permanent et élémentaire aux autorités qui font les lois comme à celles qui les appliquent, mandat qu'il faut constamment concrétiser dans chaque domaine matériel spécifique » (Message, p. 19).

prête assurément à malentendus. Si le Message veut prétendre que, étant donné la valeur intrinsèque de l'être humain, il s'ensuit que ce but doit être expressément « concrétisé dans chaque domaine matériel spécifique », il faut alors le contester. La dignité humaine ne peut pas être réalisée comme quelque chose de virtuel, mais seulement être respectée comme une chose qui existe.

Le Message poursuit :

« La dignité humaine apparaît donc comme un principe Constitutionnel formateur et sert principalement à interpréter et à concrétiser les autres droits fondamentaux des citoyens » (Message, p. 19). « A cet égard, les garanties cantonales des droits fondamentaux illustrent bien cette problématique : l'article 9 de la Constitution bernoise, alors même qu'il garantit la dignité humaine, n'en est pas devenu pour autant un droit fondamental autonome, puisqu'on ne lui prête que la valeur d'un droit 'justiciable... de manière indirecte' » (Message, P. 19, note 32).

Il est d'autant plus étonnant de constater que le Tribunal fédéral considère la garantie de la dignité humaine, qu'il classe systématiquement dans la liberté personnelle, non pas seulement comme la norme pour étendre et concrétiser d'autres droits fondamentaux - comme le prétend le Message - mais la comprend aussi comme *le creuset des droits fondamentaux*. Le principe de la dignité humaine fonctionne « en ce sens que le citoyen peut l'invoquer directement, à défaut d'une autre garantie du droit Constitutionnel écrit ou non écrit, pour la protection de sa personnalité et de sa dignité humaine » (ATF 97I50).

Cette déclaration du Tribunal fédéral est décisive pour la compréhension des droits fondamentaux. En considération du fait qu'en raison de sa fonction de creuset personne ne peut être privé du droit fondamental à la dignité humaine, l'état ne saurait en faire abstraction. La dignité humaine est par conséquent une valeur *propre à l'homme*. La partie du Message concernant l'étendue et le principe d'application de la liberté personnelle ferme l'oeil sur cet aspect. En outre, dans la technologie de la procréation, la fonction de la dignité humaine comme creuset des droits fondamentaux est d'une grande importance, notamment en vue d'interdire la recherche avec expériences sur les embryons.

Le droit à la vie

Le Message croit ne pas pouvoir partager l'opinion des initiants selon laquelle la fertilisation *in vitro* viole le droit à la vie. Cependant, il admet que le droit à la vie est garanti comme droit fondamental non écrit par la Constitution. Il souligne aussi que

« ...l'ordre juridique suisse ne définit cependant pas de manière indubitable et claire le moment à partir duquel la vie humaine, en tant qu'elle bénéficie de la protection de la Constitution existe » (Message, p.20).

Cette déclaration doit être contestée : le Message présume que l'ordre juridique fonde le droit à la vie. Sur la base d'une telle conception, la protection de la vie relevant des droits fondamentaux n'est pas accordée à l'homme en raison de son existence biologique, mais seulement dans la mesure où la société lui concède ce droit. Ce raisonnement est d'une grande portée. Ceux qui font dépendre le devenir de l'homme de certains attributs, par ex. l'acceptation par des membres ou groupes particuliers, contestent un droit à la vie qui existe de prime abord. La dignité de l'homme et ses droits fondamentaux ne lui reviennent alors pas par un fait biologique et indépendant de la volonté ou du pouvoir de la définition d'autrui. C'est pourquoi l'affirmation du Message est inquiétante :

« Le droit ne peut, en effet, se désintéresser du sort des embryons humains » (Message, p.21).

Il en découle qu'un embryon n'aurait aucun droit intrinsèque, mais seulement dans la mesure de l'intérêt que la communauté lui prête. Cette conception s'apparente de celle relative à

la protection des animaux et de l'environnement : l'enfant à naître est mis, juridiquement, sur le même plan que les tourbières, les plantes ou les animaux. Or, selon l'opinion dominante, ceux-ci n'ont aucun droit propre, mais bénéficient, en fin de compte, d'une protection si la société est intéressée à leur conservation.

Le Message considère ainsi le droit à la vie de l'être humain non pas comme un droit élémentaire fondé sur le simple fait d'exister, mais comme un attribut qui peut être concédé ou (ce qui naturellement n'est pas formulé mais implicite dans la conclusion) aussi retiré. Les droits fondamentaux doivent, dans ce cas, être justifiés ou fondés. Il faut s'opposer à une telle interprétation car elle vide de son contenu notre conception des droits fondamentaux. Ceux-ci sont tout de même des droits dont la légitimité ne dépend pas de leur reconnaissance par les autres. La reconnaissance ne peut être que la conséquence de la compréhension rationnelle de leur légitimité absolue. Dans le cas contraire, les représentants d'un système juridique auraient le pouvoir de définir les caractéristiques sur la base desquelles on peut revendiquer des attributs découlant des droits fondamentaux et limiter le cercle des ayants droit.

Dans le problème qui nous préoccupe, il faut se rappeler qu'à une fois la fécondation artificielle de l'ovule accomplie, un développement biologique continu, sans changements qualitatifs, est inévitablement mis en route et que, jusqu'à son achèvement par la mort, il n'y aura aucune coupure nette. Le Message lui-même le concède en constatant

« que la fusion des noyaux de l'ovule et du spermatozoïde détermine définitivement le patrimoine génétique de l'enfant » (Message, p.21).

Tout en parlant des « caractères essentiels qui font le propre de la vie humaine » (Message, p.21) le Message ne veut pas tirer la conséquence qui s'impose sur le plan juridique de cet état de fait biologique. Cette conception ne voit pas qu'il ne s'agit pas ici simplement de la vie en soi et pour soi, mais de l'existence d'un être humain déterminé.

L'affirmation selon laquelle d'après l'ordre juridique suisse, le début du droit à la vie ne serait pas défini

« de manière indubitable et claire » (Message, p.20).

prête aussi à malentendu.

Si malgré la réalité biologique il existe encore aujourd'hui des doutes, sur la question de savoir si l'embryon est déjà un « être humain », il faudrait choisir alors l'interprétation qui offre la plus grande efficacité pour les droits fondamentaux.

La protection de l'embryon

Le Message continue avec cette déclaration :

« Selon le droit actuel, l'avortement est punissable à partir du moment de la nidation dans l'utérus de la femme et non à partir de l'achèvement de la fécondation. En outre, en Suisse, le stérilet, qui est un moyen de contraception qui empêche la nidation, n'est pas interdit. » (Message, p.20).

Cette interprétation a des effets au cours d'une fécondation *in vitro*, notamment en relation avec les transferts multiples et il est préoccupant du point de vue des droits fondamentaux.

« Si l'on devait suivre l'argumentation des auteurs de l'initiative, il faudrait interdire le stérilet, qui empêche la nidation de l'embryon. Une telle interdiction est toutefois hors de question dans notre société. » (Message, p. 26).

Dans le cas présent, le Message reprend, ainsi, *l'argument du stérilet* qui a souvent alimenté la discussion politique sur les droits. Une société qui agréerait le stérilet comme moyen de contraception et en même temps protégerait efficacement l'embryon avant la nidation, dans le cadre de la procréation médicalement assistée, se verrait reprocher des contradictions dans ses jugements de valeur.

Mais cette façon de penser est spécialement inquiétante du point de vue du droit Constitutionnel. En effet, il faut admettre que certaines garanties concernant les droits fondamentaux, par exemple le droit de propriété, ne préexistent point mais, dans une grande mesure, sont façonnées par les mains du législateur. Tandis qu'il est nécessaire que le législateur crée les multiples facettes du droit privé, la vie est un bien protégé devant faire l'objet d'une conception juridique dont les grands traits sont ébauchés par la nature et la biologie au-delà de la conception juridique. C'est pourquoi le Message ne va pas assez loin quand il croit pouvoir répondre à la question sur la protection de la vie, à garantir par le *droit Constitutionnel*, en

se référant à l'affaiblissement *pénal* de ce principe. La réglementation de l'avortement ne définit pas le début de la vie selon les droits fondamentaux, mais la « punissabilité » d'un homicide au début de la vie.

La doctrine de l'ancien droit pénal soutient, il va de soi, l'idée que la défense de l'avortement commence avec la conception, c.-à-d. avec la fusion du sperme et de l'ovule. Si aujourd'hui l'opinion prépondérante part du fait que le « fruit » protégé pénalement n'existe qu'à partir de la nidation, c'est parce qu'il s'agit de justifier les techniques qui empêchent non pas la fécondation mais la nidation (par ex. stérilet, « pilule du lendemain »).

Le raisonnement le plus courant de ce changement d'opinion est que l'embryon s'implante de toute façon seulement dans environ la moitié des cas. Cet *argument en analogie avec la nature*, s'appuie sur le gaspillage d'embryons auquel se livre la nature. Le Message essaie également de justifier ainsi du dépérissement des embryons nécessaires pour favoriser la nidation lors des transferts multiples suite à une fécondation *in vitro* :

« La procréation humaine reste pleine de secrets. Les raisons pour lesquelles la nidation de la majorité des embryons ne réussit pas, même lors d'une conception naturelle, sont encore largement méconnues » (Message, p.26).

La déclaration n'est pas concluante. L'occurrence fréquente d'avortements naturels n'est pas un argument normatif valable car *les événements naturels* ne peuvent pas nous dispenser de la responsabilité des *actions* humaines. La nature qui suit ses propres lois n'a pas à être justifiée. Par contre les actes humains doivent être justifiés et ceci dans la mesure où ils ne sont pas des événements naturels. L'effet peut être le même dans les deux cas. Mais le fait que l'homme agisse le distingue fondamentalement d'un événement naturel dans sa signification éthique et juridique. Un événement n'est pas l'objet d'une décision éthique et échappe ainsi à la responsabilité humaine, par contre d'une action découle la responsabilité. *C'est pourquoi il y a une différence essentielle si un embryon meurt de manière naturelle ou si sa mort survient, en connaissance de cause, dans le cadre d'une intervention de procréation médicalement assistée.*

Il faut constater que la tentative du Message, de déterminer la portée des mesures de protection nécessaire selon la réalisation par le simple législateur n'est pas convaincante.

Les dangers de la fécondation in vitro

Le Message concède que la fécondation in vitro, dont le taux de réussite est en soi faible, dépend pour son développement *du transfert de plusieurs embryons*. « Ainsi les chances, comparées au transfert d'un seul embryon, sont notablement augmentées » (Message, p.25). Cependant il existe des doutes basés sur les droits fondamentaux contre cette technique. Les embryons qui ne s'implantent pas servent, dans la situation de « concurrence » artificiellement provoquée, d'aides de départ ou de nidation des autres en provoquant une stimulation hormonale de la muqueuse utérine. Une telle « instrumentalisation » des embryons destinés à permettre une grossesse blesse la dignité et le droit à la vie. Pour le Message, cette argumentation est

« difficilement défendable ... Toutefois, avec le transfert de trois embryons, les chances de nidation sont en principe les mêmes pour les trois » (Message, p.26)

Avec cela, on laisse passer que, dans l'optique du devoir de protection découlant des droits fondamentaux, chaque embryon est exposé au même *danger* mortel. D'ailleurs aucune pratique médicale n'est admise si elle accepte la mort d'individus de même valeur dans le but d'obtenir une guérison.

Les préjudices de la pratique de la procréation médicalement assistée sont graves. Le Message poursuit :

« ...la femme donnera naissance au maximum à des triplés. Une grossesse triple, comme une grossesse gémellaire, présente plus de risques pour la santé de la mère et des enfants; il y a également plus de risques d'avortement spontané ou de naissance par césarienne » (Message, p. 25). « ... on peut constater davantage de naissances prématurées ou de retards de croissance intra-utérine » (Message, p. 29).

Plus loin, il est dit que

« Une grossesse multiple provoquée peut mettre en danger la vie et la santé de la mère et des enfants et accroître le risque d'avortement. Se pose dès lors le problème de la « réduction embryonnaire ». Il s'agit de

tuer une partie des embryons afin de sauver la vie des autres ou celle de la mère » (Message, p. 57).

Les dangers de la fécondation in vitro avec transfert d'embryons sont, notamment :

- grossesse multiple (c.-à-d. jumeaux, triplés, etc.) qui est toujours une grossesse à risques,
- avortement spontané,
- fétocide sélectif,
- naissance prématurée (plus fréquente, même en cas de grossesse unique, après une fécondation artificielle qu'après une fécondation naturelle et les complications sont plus nombreuses; risque d'enfant mort-né: la naissance prématurée peut provoquer des traumatismes qui se font remarquer durant toute la vie),
- développement intra-utérin ralenti,
- césarienne et
- hausse de la mortalité des nourrissons.

Néanmoins le Message déclare que

« Une méthode qui, uniquement dans des cas isolés, donne lieu à une grossesse triple, est encore défendable » (Message, p. 26).

Pour justifier cette déclaration étonnante, il est allégué que, selon le projet de la loi fédérale, le médecin doit

« informer le couple traité du risque... lors de l'entretien et... n'entreprendre la fécondation in vitro que si le couple accepte la naissance de tous les enfants » (Message, p. 26).

Si la procréation médicalement assistée est pratiquée selon les règles de l'art, même l'entretien précédant le traitement ne peut éviter ni les risques mêmes subséquents, pendant la grossesse, pour la vie et la santé des individus concernés, ni le poids extraordinaire pour la famille d'une naissance multiple. Le Message prétend, en particulier, que

« Toutefois, le fétocide est plus un problème de stimulation hormonale- qui n'est pas suffisamment contrôlée - liée à la conception naturelle qu'un problème de fécondation in vitro » (Message, p. 25).

Le fétocide est l'homicide d'une partie des fœtus dans l'utérus par une injection dans le cœur de l'enfant. Selon l'opinion exprimée dans le Message, une technique de procréation entraînant ce risque doit être supportée tant que ce problème, que l'on rencontre également dans un

autre domaine, n'y est pas résolu. Du point de vue du développement inhomogène du droit médical, une telle attitude - poussée à ses limites - tendant à niveler vers le bas l'éthique juridique, freinerait tout effort vers plus de protection. De plus l'initiative limitée à la procréation médicalement assistée en vue d'une procréation respectant la dignité humaine pourrait à peine résoudre globalement la problématique du fétoicide à cause du principe de l'unité de matière.

Selon l'art. 24^{novies} 2^e al. lettre c, 3^e phrase, est, ne peut être développé hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryon que le nombre pouvant être immédiatement implanté. Cette déclaration correspond mot pour mot à la proposition du conseiller scientifique du comité, qui avait lancé l'initiative du Beobacher, proposition soumise *par écrit* à la commission du Conseil national, le 4 octobre 1990. Le but déclaré de cette proposition était de résoudre le problème des embryons « surnuméraires » :

« ... le développement des embryons surnuméraires (peut) toutefois être évité en congelant les ovules surnuméraires fécondés au stade de zygote. ... L'avantage de cette méthode consiste en ce que ... il n'y a aucune production d'embryons dont le sort reste incertain lorsque le premier transfert est réalisé avec succès ou lorsque les conditions pour un autre transfert font défaut pour d'autres raisons (changement d'avis ou mort de la femme ou du mari, divorce » (Message, p.12, note 17).

Le point de départ pour l'admission de la fertilisation in vitro par les chambres était donc la conviction répandue que la méthode pouvait être pratiquée sans le problème insoluble dû aux embryons « surnuméraires ».

L'aveu du Message est d'autant plus étonnant qu'

« il n'est pas totalement exclu que, contre tout attente, un transfert d'embryons ne puisse être réalisé » (Message, p. 64). C'est le cas si « le médecin traitant renonce à un transfert d'embryons en raison de la maladie d'un embryon, afin d'éviter un très probable avortement spontané » (Message, p. 24). « ... il peut arriver que la femme décède durant les deux ou trois jours qui s'écoulent entre la réunion des ovules et des spermatozoïdes dans l'éprouvette et le transfert des embryons, qu'elle tombe malade ou que, contre tout attente, elle change d'avis et refuse le transfert d'embryons » (Message, p. 24).

Le Message croit pouvoir justifier cette conséquence de la fertilisation in vitro avec l'argument que le risque de devenir surnuméraires, en dépit de la planification, ne concerne

« que peu d'embryons » (Message, p. 24).

La dignité garantit une fin en soi qu'il faut absolument respecter. Cette position n'est pas accessible à une opération arithmétique discriminatoire. (Il résulte aussi des embryons « surnuméraires » quand ils sont *prélevés* par rinçage de l'utérus de la femme avant que l'implantation ait lieu. Contrairement à l'opinion du Message p. 76, la lacune du droit pénal à ce sujet n'est pas justifiable.)

Le Message veut justifier la formation des embryons « surnuméraires » par l'argument

« que le transfert d'embryons présentant une anomalie visible n'aboutit vraisemblablement pas à une nidation ou qu'il y aura sinon risque d'avortement spontané » (Message, p. 24).

Cette conception passé à côté de l'essentiel, car un embryon, qui lors d'un contrôle de qualité optique offre une image douteuse, peut se développer par suite en un enfant sain, pendant que d'autres embryons à l'aspect prometteur peuvent devenir malades ou mourir. Entre l'aspect morphologique et la maladie il n'y a pas un simple lien de cause à effet comme on l'affirme. Si on constate une anomalie, l'embryon quant à lui peut tout de même se développer normalement grâce à des mécanismes d'autorégulation. Il reste toujours une incertitude quant au développement des ovules fécondés in vitro, si l'embryon réussit sa nidation ou si une fausse couche survient ou comment se développe l'enfant après la naissance.

L'état morphologique d'un embryon peut être avant le transfert de plus ou de moins bonne qualité. Les frontières entre ces deux états sont fluctuantes, ce qui rend difficile une classification claire. L'apparence peut être régulière avec des blastomères sphériques (c'est à dire des cellules seules dans l'embryon pluricellulaire) sans fragmentation extracellulaire; avec des blastomères réguliers, sphériques et quelques fragmentations extracellulaires; avec des blastomères légèrement irréguliers en grandeur et taille et avec une fragmentation extracellulaire considérable ou avec des blastomères dénudés et avec une fragmentation extracellulaire considérable.

Au fond le contrôle de la fécondation, des propriétés morphologiques et du taux de division des embryons, est déjà un « diagnostic préimplantatoire », car ces données peuvent être décisives pour le transfert d'embryon. Selon la lettre du Message (p. 54 et suivantes du Message) n'est pris en compte sous cette désigna-

tion que l'examen de l'embryon in vitro par prélèvement de cellules.

La décision portant sur la sélection en vue d'un transfert d'embryon peut être entichée des incertitudes suivantes : des ovules prétendus non fécondés peuvent être des embryons dont les pronucleus ont fusionné avant terme. Chez les embryons triploïdes peut survenir un rejet de l'assortissement surnuméraire des chromosomes, de sorte que ces embryons peuvent poursuivre leur développement comme des embryons diploïdes normaux. Certains ovules ont seulement un pronucleus. Et si on devait constater qu'une partie de ces ovules est diploïde (c'est à dire avec des chromosomes d'origine femelle et mâle) et qu'il peut continuer à se développer normalement ?

D'après ce qui vient d'être dit, la sélection qualitative des embryons représente une prétention arbitraire quant au choix entre l'existence qui vaut la peine d'être vécue et celle qui n'en vaut pas la peine. Il ressort en particulier du Message que l'échelle des soins à prodiguer à une existence malade, « malformée » devrait être abaissée, car de toute façon cette dernière est destinée à la mort. Il n'y a pas besoin d'un raisonnement explicite pour démontrer que ceci - aussi en regard à une généralisation - est une position insoutenable. Une malformation ou un handicap ne diminue aucunement la dignité humaine.

Le Message poursuit,

« que le décès de la mère entraîne également celui de l'embryon in utero » (page 24 du Message).

La mort de la femme enceinte entraîne naturellement et généralement celle de l'enfant, il est ainsi pour tout être né qui doit mourir un jour. Ceci ne justifie pas que des embryons restent en éprouvette.

Finalement on affirme

« qu'en cas de maladie imprévue, les mesures pour tenter de maintenir en vie l'embryon dans le but d'un transfert ultérieur sont autorisées à titre de mesure d'urgence » (page 24 du Message).

On passe ainsi à côté du fait que la conservation à froid représente pour l'embryon concerné un danger de mort, parce que ce dernier ne survivra probablement pas au procédé de congélation et de décongélation. S'appuyant sur cette accumulation d'arguments non probants le Message arrive à la conclusion que

l'interdiction de la fécondation in vitro en vue d'empêcher la production d'embryons « surnuméraires »

« est une mesure excessive » E (page 24 du Message).

Si ceci était réellement si sûr il n'y aurait pas besoin d'insister de telle façon.

Dans le cadre de la fécondation in vitro le projet de loi ne veut pas autoriser une production d'embryons en vue de constituer des « réserves », mais rend licite la conservation à froid d'ovules imprégnés. Le raisonnement est :

« les délibérations parlementaires relatives à l'article 24 ^{noves}, 2^e alinéa, lettre c, cst, font toutefois ressortir que la cryoconservation d'ovules imprégnés, avant la fusion des noyaux et donc avant la formation de l'embryon, est inadmissible (cf ch 142.2) » (page 63 du Message).

Entre les gamètes (spermes et ovules) et leurs(s) produit(s) de fusion. l'ovule imprégné il existe notamment en prenant en compte le potentiel de développement une différence essentielle. La thèse qui veut justifier la congélation en mettant en avant qu'il n'y a pas encore d'embryon est de prime abord rudimentaire. Le Message déclare au sujet du processus de développement biologique :

« La durée de la fécondation est d'environ 24 heures », « (c'est le temps pendant lequel) les deux lots de chromosomes haploïdes (simples) contenus dans l'ovule et le spermatozoïde s'unissent en un lot de chromosomes diploïdes (double). Le processus débute par l'imprégnation (la pénétration du spermatozoïde dans le plasma de l'ovule) et se termine avec la fusion des pronucleus mâle et femelle en vue d'une première division cellulaire (conjugaison) » (page 44 et 45 du Message).

La conservation d'un ovule imprégné, que l'on peut avec raison désigner comme « préembryon », est un artifice pour écarter l'objection du « stockage » d'embryons. C'est dans la pratique une réglementation difficile à contrôler qui ouvre toute grande la porte à toutes sortes d'abus et de manipulations, par le fait qu'elle autorise la congélation d'un ovule fécondé, qui se développe de lui-même en un embryon en 24 heures. Cette réglementation est donc à rejeter. Même le projet de loi sur la PMA concède que cette technique contestable représente au fond une injustice punissable :

« Le Conseil Fédéral interdit la conservation d'ovules imprégnés si l'état des connaissances scientifiques et techniques permet de conserver efficacement des ovules non imprégnées » (art. 16 alinéa 4, p.21.35).

L'existence inévitable suite à la fécondation in vitro d'embryons « surnuméraires » éveille des convoitises dans le sens que certains milieux approuvent une recherche « consommatrice » c'est à dire destructrice d'embryons. Le Message considère qu'il n'est pas en mesure de repousser cette prétention dans toutes les circonstances. En rapport avec ceci, il est mentionné :

« Sur le plan légal, la décision n'a pas encore été prise de savoir si la recherche à des fins thérapeutiques doit être autorisée, et le cas échéant, à quelles conditions. Il faut également décider s'il est possible d'effectuer des études sur des questions fondamentales comme les causes au développement défectueux des embryons ou l'impossibilité à nider. Aussi longtemps que ces questions ne seront pas résolues, ce sont les directives de l'Académie suisse des sciences médicales qui s'appliquent, lesquelles interdisent la recherche sur les embryons » (page 13 du Message).

Le Message affirme qu'une décision au sujet du problème de la recherche sur les embryons « n'a pas encore été prise » sur le plan légal - au vu du délai de réflexion allant du 17 mai 1992 (acceptation de l'art. 24^{novies} dans la Constitution) au 26 juin 1996 (communication du Message) étonne. La non intervention du législateur dans cette question est pour plusieurs raisons suspecte : La tentative du Message de justifier l'absence d'une régularisation avec force légale par ceci, le Projet de loi

«interdit toute recherche sur les embryons humains consistant en des interventions qui entraînent des modifications de leur patrimoine héréditaire. Sont également interdits le prélèvement d'une ou plusieurs cellules sur un embryon, le clonage ainsi que la formation de chimères et d'hybrides» (page 13 du Message).

n'est pas convainquante : par la fécondation in vitro, l'embryon tombe dans la sphère de manipulation de l'homme. La responsabilité qui en découle exige une protection contre toute forme d'expérimentation, qui amoindrit ses chances de survie - pas seulement contre celle du génie génétique.

Le code déontologique des médecins n'a pas de portée directement juridique pénale, mais sert indirectement de point de référence dans les causes civiles et pénales. Cette dernière question n'a dans le cas présent que peu de signification. Le Message concède lui-même au sujet de la portée générale des directives que :

« Ces directives ont un caractère obligatoire limité. En tant que règle de la profession elles s'appliquent en principe qu'au milieu médical » (page 5 du Message)

L'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) est une fondation des facultés de médecine et de médecine-vétérinaire de la Suisse ainsi que la Société suisse des médecins (FMH, une société de droit privé). L'Etat ne pourrait pas influencer directement la persistance des codes de déontologie en rapport avec la question capitale de la recherche sur les embryons. Dans les cantons dans lesquelles la législation sur la santé oblige les médecins à se tenir au code de déontologie, la recherche sur les embryons ne serait plus que réglementée par les règles de la profession lors de l'entrée en vigueur d'une loi fédérale remplaçante (incomplète) ?

Justement pour les milieux qui aimeraient autoriser de l'expérimentation sur des embryons qui dépasse la recherche thérapeutique et qui veulent pas avouer ouvertement ce but pour des raisons de stratégie politique, la question d'une interdiction pénale d'une recherche « consommatrice » d'embryons n'a jamais été « débattue à terme » pour des raisons évidentes. Par contre le législateur allemand était tout à fait dans la mesure de formuler la sentence : « Celui qui (...) utilise un embryon humain (...) dans un but qui ne sert pas à maintenir son intégrité (...), sera puni (...) » (§ 2 alinéa 1 de la Loi sur la protection des embryons du 13 déc. 1990) Lors de l'élaboration des lois d'application de l'art. 24^{novies} de la Constitution Fédérale le traitement exhaustif telle directive n'a pas été visiblement examinée d'une façon sérieuse. Bien au contraire : selon une expertise disponible restée en arrière-plan du Département Fédéral de Justice, la question « si on peut diminuer par un contrôle et une surveillance extensive et efficace le risque d'utilisation abusive qui est inhérent à ce type de recherche » (VPB 1996 page 603 ss). « Vis-à-vis de la Constitution peuvent tout au plus être justifiés que des projets de recherche utiles à la gros-

sesse. (C'est-à-dire) des projets qui tendent à un gain de connaissances en vue d'optimiser la PMA réciproquement à savoir comment on peut éviter un développement anormal des ovules fécondés » (VPB 1996 page 604). « Tout le contexte de la lettre c (de l'art 24^{novies} alinéa 2 de la Constitution Fédérale) induit le législateur à restreindre la recherche utilisant des embryons qu'aux questions pertinentes de la reproduction » (VPB 1996, page 608). Un embryon serait utilisé par la recherche typiquement comme pur moyen pour atteindre une fin - c'est un abus, qui ne peut être empêché par « un contrôle ou une surveillance » de l'expérience mais seulement par une interdiction.

Celui qui ne veut pas exclure une recherche utilisant des embryons ayant pour but l'amélioration de la fécondation in vitro, rend manifeste par cela que la dignité humaine est sacrifiée dans le contexte de la PMA à des considérations simplement utilitaristes (cf. ATF 119 la 502 s. E.12e).

La distinction opérée en fonction de la finalité de la recherche provient au débat bioéthique en Amérique, certains milieux réclament une exception à l'interdiction d'utiliser la vie humaine au nom d'une « solidarité » entre les êtres humains dans une même situation. Par conséquent on accepte même les expériences pour développer des méthodes afin de sauver des prématurés, expériences qui accélèrent ou ralentissent la mort d'un embryon avorté, vivant incapable de vivre. L'idée de solidarité trouve son fondement en insistant sur l'aspect de devoir envers autrui de la dignité humaine, par lequel on considère comme ultime preuve la dignité l'emploi d'une vie irrémédiablement perdue dans un but humanitaire. Une société qui recrute ses membres moribonds pour une « cause digne » - au lieu de les laisser mourir - jette par-dessus bord tout fondement humain.

Cette façon de voir n'est pas tout à fait étrangère au Message. La justification des mesures transitoires à la loi sur la PMA, selon lesquelles les embryons « surnuméraires » ne peuvent être conservés plus de trois ans au maximum lors de l'entrée en vigueur de la loi (art. 42 al. 2), est établie ainsi :

« Si un transfert d'embryon s'avère définitivement irréalisable, il faut laisser mourir l'embryon » (page 84 du Message)

Ici il n'est donc pas affirmé - selon la recommandation d'une majorité du groupe d'étude Schreiber - qu'une recherche « consommatrice » utilisant des embryons est justifiée sous les conditions suivantes, à savoir la poursuite d'une recherche de haut niveau, l'absence d'une alternative, le consentement de donneur de gamètes, une

limitation du développement de l'embryon in vitro à 14 jours et le contrôle de la Commission d'éthique. Plus étonnant encore est la contradiction non expliquée, pourquoi on doit laisser mourir les embryons (dans le texte allemand du Message, livrer les embryons au « destin », bien que cette situation a été provoquée par l'action humaine), si ces derniers sont lors de l'entrée en vigueur de la loi déjà « surnuméraires », cependant que la réponse à la question de l'emploi des embryons devenus « surnuméraires » après l'entrée en vigueur de la loi doit rester ouverte.

Si le projet de la loi sur la PMA veut réserver la question de la recherche sur les embryons à une autre loi qui lui sera postérieure, ceci est une fausse solution et un renvoi de la responsabilité du législateur dans le futur. Les citoyennes et les citoyens voteraient pour une loi incomplète sans pouvoir en discerner les conséquences.

De ce qui vient d'être dit, il résulte clairement que *la fécondation in vitro engendre des problèmes graves et insolubles. La méthode remplit sa fonction au détriment ou par destruction préméditée à la vie humaine qu'elle a auparavant engendrée.* La tentative du Message de passer outre à cet état de fait avec des arguments non convaincants n'est pas à la mesure du respect dû à la dignité humaine et à la vie. *Si les valeurs fondamentales sont exposées à des menaces non contrôlées, il est du devoir de l'Etat de les protéger.* La situation menaçante créée par la PMA est spécialement caractérisée par des données biologiques et des phénomènes indéterminables (situation de concurrence lors de la nidation, grossesse multiple, fausse couche, fétocide sélectif, mortalité avant ou lors de la naissance, développement intra-utérin ralenti, césarienne, augmentation de la mortalité des nourrissons, embryons surnuméraires en dépit de la planification).

Les dangers de la technique de fécondation hétérologue

Par l'emploi des gamètes d'un tiers dans le cadre de la conception artificielle le caractère unique du lien entre père, mère et enfant, à l'intérieur du noyau familial est brisé. Cette situation peut être une source de tensions, dont l'enfant en fera les frais. Ce problème posé par la technique de fécondation hétérologue est évoqué d'une façon pertinente dans le Message du Conseil Fédéral :

« L'être humain, en tant qu'être inscrit dans l'histoire, peut être amené à s'interroger sur ses origines. Le fait de connaître son ascendance peut donc lui permettre de forger sa propre identité et d'améliorer sa connaissance de soi ». Dans le contexte « le lien psychique avec les ascendants biologiques pourrait s'avérer déterminant pour une meilleure compréhension de soi ». « C'est pourquoi l'article 24^{novies}, 2^e alinéa, lettre g, est garanti à chacun l'accès aux données relatives à son ascendance et concrétise ainsi le droit fondamental à la liberté personnelle » (page 68 du Message)

Toutefois on remarque qu'en rapport avec la *réalisation* de ce principe le Message mentionne ce qui suit

« Il n'existe pas d'obligation étatique d'informer l'enfant sur ses origines » (page 69 du Message), d'autre part « Un enfant a aussi le droit de ne pas vouloir connaître ses origines génétiques » (page 72 du Message). « Le fait de savoir si l'enfant doit être informé sur les circonstances de sa conception et à quel moment relève () de la responsabilité personnelle des parents » (page 69 du Message) « S'il soupçonne que ses parents juridiques ne sont pas ses parents biologiques, il est suffisamment protégé par son droit de demander des informations à l'Office fédéral de l'état civil » (page 72 du Message).

Par ces textes, on élude la question principale à savoir que l'enfant dans sa candeur considère en toute confiance que son père légal est aussi son père biologique et peut être ainsi plus facilement trompé sur le fait qu'il est issu d'une fécondation artificielle avec la semence d'une tierce personne. *Ainsi le droit de connaître ses origines biologiques n'est pas concrétisé vu que le rapport de confiance de l'enfant en ses parents retienne ce dernier de faire des recherches sur ses origines.* Le problème d'informer l'enfant sur ses origines reste sans solution tant que les parents cachent à l'enfant qu'ils ne sont pas ses géniteurs. L'Etat se fait ainsi par l'autorisation de la fécondation artificielle au moyen des gamètes d'un tiers complice *d'un mensonge qui touche l'être de l'enfant* et viole un de ses droits fondamentaux reconnus à savoir sa liberté personnelle.

L'emploi de gamètes d'un tiers à des fins de fécondation artificielle peut provoquer des troubles psychiques, lorsque l'enfant apprend que son père n'est pas son vrai père. Cette question est évoquée à juste titre dans le Message :

« Du point de vue de l'enfant, la méthode hétérologue pose certainement un problème particulier, car la paternité génétique et la paternité sociale et juridique ne se recouvrent pas » (page 30 du Message).

Pour justifier l'emploi de cette technique contreversée on ajoute aussitôt :

« Le même problème se pose cependant pour les enfants adoptés et pour les enfants conçus hors mariage juridiquement ont pour père le mari de la Mère » (page 30 du Message).

Ici comparaison n'est pas raison; on ne peut pas conclure d'un fait (enfant adultérin ...) à une conséquence normative (enfants procréées avec la semence de tiers). Une telle façon d'argumenter est à juste titre rejetée dans un autre contexte, où il s'agit dans le cas d'enfants conçus naturellement de réfuter la prétention à l'anonymat du donneur de semence lors de la recherche des origines de ces derniers :

« L'équilibre entre les intérêts du donneur et ceux de l'enfant n'est pas mis en question par le fait que certains enfants conçus naturellement se trouvent parfois également dans l'impossibilité de retrouver leurs origines, comme, par exemple, en cas d'adultère. Dans le souci de maintenir la paix sociale - tout en prenant acte de ces situations existantes - le droit exclut dans certains cas la possibilité de désavouer les liens de parentés et n'admet qu'exceptionnellement le droit de connaître la vérité génétique. Dans ces cas, le droit est essentiellement limité par les faits, alors qu'en matière de fécondation avec le sperme provenant d'un don, la divergence entre l'origine génétique et l'attribution juridique est le fruit d'une action planifiée et réalisée avec la participation d'un tiers » (page 69 du Message).

De cet énoncé il résulte, pour ce qui concerne la légalisation des techniques de fécondation utilisant les gamètes d'un tiers, que *la divergence entre la parenté génétique et juridique suite à un adultère ou à une adoption ne justifie pas qu'on autorise la conception hétérologue d'enfants par une action planifiée.* L'adoption est notamment une aide pour un enfant déjà existant contrairement à la PMA.

Le fait qu'un enfant doit son existence à une fécondation artificielle au moyen des gamètes d'un tiers est même considéré comme un événement positif par le Message sous la rubrique concernant le bien de l'enfant :

« Selon des études effectuées à l'étranger, le niveau social et le degré de formation des

couples qui décident d'utiliser la procréation médicalement assistée est en général plus élevé que la moyenne, car l'enfant est particulièrement désiré. Une étude anglaise montre en outre que la qualité du contexte familial est meilleure que celle des enfants conçus naturellement. La relation entre parents et enfant est vécue de manière plus intense, les sentiments envers l'enfant sont plus forts et l'enfant éprouve un sentiment de sécurité plus grand qu'en moyenne, (). Physiquement, émotionnellement et intellectuellement, ces enfants se développent au moins aussi bien que les autres. Les troubles du comportement sont plus rares et les pères sociaux prennent leurs devoirs plus au sérieux que la moyenne des pères. La maturité psychique des parents et leur choix réfléchi de la conception hétérologue permettent de penser qu'ils seront aptes à faire face aux problèmes pouvant en résulter dans leur famille » (page 30 du Message).

Cette présentation passe à côté du contexte juridique d'une telle « planification familiale » : le droit anglais garantit au donneur de gamètes l'anonymat, pour cette raison les parents n'ont en général pas de motif, de révéler à l'enfant ses origines. Il est déconcertant de constater que « l'argumentation » en faveur du développement soi-disant harmonieux de l'enfant repose sur une équivoque, sur une tromperie. La vie en commun entre parents et enfants requiert un rapport de confiance, ceci vaut d'ailleurs pour toutes les relations humaines, ce rapport ne peut être maintenu à la longue que si le principe de vérité n'est pas violé, dans le cas contraire l'ordre naturel des relations humaines est par voie de conséquence détruit.

On ne voit pas pourquoi au vu des études effectuées à l'étranger au sujet de la PMA qu'on ouvre pas le débat sur une proscription de la fécondation naturelle. Un examen de la situation à la lumière du bien de l'enfant devrait impliquer une pensée axée sur l'enfant.

Naturellement, on ne peut pas considérer le bien de l'enfant en le séparant complètement de l'intérêt des parents. Il est surprenant que dans le Message le bien de l'enfant est remplacé par le désir sans réserve des parents d'avoir un enfant désiré « par excellence ».

Ici il est clair que l'obligation de protection de la part de l'Etat envers l'enfant a été perdue de vue.

Eugénisme

Le projet du CF soutient les parents désirant une PMA et les médecins d'une façon suspecte dans la poursuite d'objectifs eugéniques. Le Message déclare :

« Se fondant sur l'article 24^{novies}, 2^e alinéa, lettre c, première phrase, est., l'article 5, 1^{er} alinéa, lettre b, du projet autorise l'utilisation des méthodes de procréation médicalement assistée dans le cas où un danger de transmission d'une maladie héréditaire grave et incurable aux descendants ne peut être écarté d'une autre manière » (page 53 du Message).

Par conséquent, dans le procédé *homologue*, c'est à dire la reproduction avec les gamètes du conjoint, *le choix du sexe* de l'enfant est considéré comme licite.

« Si la maladie découle, par exemple, d'un gène muté localisé sur le chromosome X, il y a un intérêt à savoir si l'ovule a été fécondé par un spermatozoïde porteur du chromosome X ou d'un chromosome Y. Dans ces cas avant de procéder à une insémination homologue, on peut tenter de séparer par la force centrifuge les spermatozoïdes portant un chromosome X de ceux qui portent un Y, leur poids n'étant pas le même » (page 53 du Message).

De plus, une reproduction *hétérologue* (c'est à dire avec les gamètes d'un donneur) doit être licite pour des motifs eugéniques à savoir

« Il est d'une part possible que le couple décide d'avoir recours à l'insémination hétérologue afin que cette grave maladie ne se transmette pas » (page 53 du Message).

Le Message se tait sur la détermination pratique des critères de sélection de la « maladie grave et incurable » à appliquer dans la PMA. Mais dans un autre contexte, on avoue qu'avec un point de vue sélectif on se meut sur une *pente glissante*.

« Dans le cas du diagnostic préimplantatoire, des réserves importantes en relation avec la sélection toujours plus poussée et plus fine des embryons s'opposent à un éventuel avantage pour les couples concernés » (page 55 du Message).

Plus loin il est mentionné :

« Certes, tout traitement génétique des cellules germinales porterait, au début, sur des maladies reconnues comme telles à l'unanimité par la société. Par la suite, il ne se limiterait toutefois pas à ces cas; les prédispositions à développer certaines maladies pourraient constituer également une indication. Les limites de la

« thérapie » et de la « prévention » s'estomperaient ainsi, car il ne serait plus guère possible de définir si une intervention agit à titre préventif ou si elle n'améliore pas plutôt les moyens de défense du patient face à une maladie » (page 81 du Message).

Le Message recule devant la prétention d'indiquer par un *catalogue* de « maladies graves et incurables » parmi les malades et les handicapés ceux dont l'existence ne vaut pas la peine d'être vécue. Mais de toute façon de tels instructions finiront par faire leur entrée dans l'exercice de la PMA. A cause des objections précitées l'indication eugénique est proscrite par exemple en Autriche (§§ 2 al. 2,3 al. 2 FmedG de 1992).

Dans le contexte d'une fécondation in vitro - bien que le diagnostic préimplantatoire (dans le sens d'un examen de l'embryon in vitro par prélèvement de cellules) soit interdit - l'embryon sera examiné au microscope pour sou apparence morphologique. C'est pourquoi

« Il n'est pas totalement exclu que, contre toute attente, un transfert d'embryon ne puisse être réalisé » (page 64 du Message), notamment dans le cas où le « le médecin traitant renonce à un transfert d'embryons en raison de la maladie d'un embryon » (page 24 du Message).

Par conséquent il est manifeste, que la possibilité d'une sélection dans le cadre de l'article 24^{novies} de la Constitution n'est pas compatible avec la dignité humaine. En particulier, la fécondation in vitro est dans la phase d'un transfert d'embryon liée à un choix de sélection de l'existence d'un tiers.

L'évaluation qualitative de la vie conçue in vitro pourrait à l'avenir devenir plus rigoureuse si les gamètes imprégnés doivent être examinés avec une nouvelle variante du diagnostic préimplantatoire non interdit par le projet de loi sur la procréation médicalement assistée (PMA). Selon cette variante, les corps polaires pourraient être prélevés du gamète préimprégné par micro-manipulation et examinés pour déterminer des anomalies génétiques.

On apprend du Message du Conseil Fédéral au sujet du choix du donneur de spermatozoïdes :

« Les donneurs de spermatozoïdes doivent être sélectionnés avec soin et selon des critères médicaux ». Objets « : examen sérieux de l'état de santé du donneur » doit inclure le « risque de transmission d'une maladie héréditaire » (page 65 du Message).

Vu que par la législation des techniques de reproduction hétérologue le médecin ne remplit plus une fonction curative mais sociale, il faut s'attendre à une multiplication des critères médicaux pour le choix des donneurs qui va à l'encontre d'une limitation des tendances eugéniques. La même remarque vaut pour la transmission des maladies héréditaires, d'autant plus que personne n'est franc de gènes douteux. L'eugénisme implique toujours en dernière instance une décision ou du moins une évaluation au sujet d'une vie qui vaut la peine d'être vécue par rapport à celle qui n'en vaut pas la peine. C'est une monstruosité, car chaque être humain a en lui et pour lui une valeur propre inviolable. Sous cet aspect la Commission Nationale d'éthique prévue par la loi et ayant une fonction consultative faillirait à sa tâche.

Utilisation de la femme en tant qu'objet

Le Message n'est pas capable de saisir le trouble particulier de la femme dans toute sa signification, lorsqu'il énonce :

« Enfin toute grossesse comporte un risque pour la santé et en particulier celui de la dépression postnatale. Invoquer des conséquences pour la santé de la femme ne justifie ainsi pas une interdiction » (page 27 du Message).

Dans ce contexte on veut par la comparaison avec une grossesse normale exprimer que le stress exercé sur la femme par les techniques de procréation assistée est peu important. Quand on parle de dix pour cent des mères qui deviennent dépressives après la naissance (page 28 du Message note 55), on n'évoque pas les conséquences psychiques et physiques causées par le haut taux d'échecs suite à une fécondation in vitro. Le taux de succès de la médecine de reproduction, du gamète à la naissance, n'est pas calculable d'une façon précise, d'autant plus que des grossesses spontanées peuvent survenir chez des patientes en traitement de stérilité. De nombreuses publications ne donnent que le taux de grossesse cliniques (c'est-à-dire les cas où la nidation d'un embryon est vérifiée), bien que chaque grossesse clinique n'aboutit de loin pas à la naissance d'un enfant. Un couple sollicitant une PMA devrait avant tout s'intéresser au taux de succès global, à savoir celui de ramener un enfant au foyer. Il faut remarquer dans ce contexte qu'une partie considérable de femmes

devrait par cycle endurer psychiquement et physiquement un avortement.

A cause des différences biologiques on ne peut pas éviter que la femme soit bien plus touchée par la PMA que l'homme. L'aspect froid et technique de la PMA, en particulier la fécondation in vitro, engendre un stress psychique et physique, souvent accompagné de traitements hormonaux et d'opérations qui pénètrent en profondeur dans les processus biologiques. La PMA mène la femme à des angoisses, à des doutes, à du stress, à un sentiment de dépendance, à des passages d'espoir et de déception, et lui donne en cas d'échec le sentiment d'être une ratée. Une pression est exercée notamment par l'entourage social pour devenir mère à tout prix. On ne peut pas faire la sourde oreille à l'opposition des groupements féministes qui reprochent aux nouvelles techniques de reproduction d'affaiblir la considération de sa propre personne chez les femme sans enfant.

Le reproche d'utiliser la femme en tant que « machine à reproduire » ne peut être écarté d'un simple geste de main. Si le Message du CF n'aboutit pas à cause des objections précitées à une interdiction, c'est que le Message confond la question, jusqu'où l'ordre légal doit protéger, avec la question, jusqu'où peut aller la protection.

La femme est par voie de conséquence aussi un facteur décisif dans l'environnement de la médecine de reproduction, car seulement grâce à sa participation on peut se procurer le « matériel biologique de base » pour les nouvelles possibilités dans le domaine de la recherche sur l'embryon. La solution d'une souffrance personnelle pourrait à l'avenir perdre du terrain face aux exigences de la science expérimentale. Une interdiction générale de la fécondation in vitro protège la femme contre son utilisation en tant que pourvoyeuse de services suspects et la libère des contraintes, dans lesquelles elle serait involontairement entraînée.

Le tourisme de la PMA

On note dans le Message du CF,

« que l'interdiction de certaines méthodes de la PMA pourrait être tournée sans difficulté grâce à un traitement à l'étranger. (...) Si la Suisse accepte l'initiative, elle représentera un cas

particulier en Europe. En effet, aucun Etat européen ne prévoit une interdiction générale de la fécondation in vitro et des méthodes hétérologues. Les couples pour lesquels la PMA présente un intérêt auraient d'autant plus de mal à accepter une éventuelle interdiction dans leur propre pays. On peut déjà prévoir qu'une telle interdiction n'aurait pas pour conséquence une renonciation à l'application de ces méthodes, mais qu'elle amènerait les couples qui veulent bénéficier d'un traitement et qui disposent de moyens financiers nécessaires à se rendre à l'étranger pour l'obtenir, notre pays perdrait ainsi tout contrôle sur la procréation médicalement assistée » (page 28 du Message).

Il est surprenant qu'on fasse valoir l'argument touristique dans ce cas et non dans d'autres situations comme par exemple dans le cas de la protection des animaux ou du commerce des armes, nonobstant le fait que le droit national doit être l'expression de ses propres valeurs et non celles des modèles étrangers permissifs. Pour autant qu'une obligation de protection soit approuvée, le fait qu'une loi puisse être détournée ne justifie pas un renoncement à sa promulgation. C'est une chose bien connue, que les milieux fortunés sont plus à l'aise pour se soustraire à la loi que ceux qui ne le sont pas. Par voie de conséquence, on devrait radier toutes les lois ayant pour objets une protection, afin de rendre possible aux moins fortunés de pratiquer l'injustice.

Les abus de la médecine de reproduction aboutissent internationalement à un grave malaise. Dans la communauté des états, on constate bien des fois la tendance, en cas d'obstruction à juguler un mal notoire, d'attendre qu'un état fasse le premier pas.

La Suisse pourrait jouer un rôle précurseur en interdisant la fécondation in vitro et l'utilisation des gamètes d'un tiers dans la PMA.

Pluralisme et jurisprudence

Le Message part du principe que,

« en tenant compte du fait que nous vivons dans un état pluraliste et que l'ordre doit prendre en considération les diverses opinions et valeurs et les différentes conceptions du monde » (page 26 du Message).

Ceci est juste, mais il n'en découle d'aucune façon qu'une loi peut violer des droits fondamentaux. Il est notoire qu'on ne peut pas empê-

cher les efforts pour améliorer la protection des animaux en évoquant un prétendu pluralisme des valeurs, lorsque quelqu'un considère les mauvais traitements envers les animaux comme une injustice, cette personne ne va pas seulement elle-même s'abstenir de s'adonner à des tels gestes, mais va aussi s'engager à juste titre pour que d'autres personnes ne le fassent pas. Ceci vaut d'autant plus pour un refus des application artificielle conforme à la dignité humaine ne veut pas imposer sa conception de la morale aux autres, mais défendre des valeurs fondamentales. Il ressort en particulier de l'art. 24^{novies} de la Constitution Fédérale une obligation de respecter la dignité humaine dans la mise en place d'une législation sur la procréation médicalement assistée.

Comme les enfants issus des abus de la PMA ne peuvent eux-mêmes se défendre, il appartient à la loi d'en empêcher les dérapages.

C'est justement les libéraux, qui doivent être du parti de la liberté, spécialement aux côtés de ceux qui comme « les enfants désirés » s'avèrent être souvent les victimes sans défense des abus.

Il est hors de doute qu'un élément fondamental de l'état démocratique est de respecter les droits des minorités. Le consensus profond d'une société pluraliste ne peut pas se limiter à des clauses formelles, c'est-à-dire à des règles de jeu et d'occulter le débat sur le contenu des valeurs des membres de cette société.

On fait valoir dans le Message,

« Toutefois, il est cynique de la part de l'Etat de dire simplement à un couple sans enfant qu'une vie sans enfant a un sens » (page 27 du Message).

On reste par contre songeur sur le fait que le projet fédéral de la loi sur la PMA refute lui-même en même temps cette assertion, vu qu'il propose à juste titre une interdiction du *don d'ovule*. En d'autres mots, si la femme souffre par exemple de troubles des ovaires le couple sera maintenu à vie sans ses « propres » enfants par l'Etat, vu que les techniques de la PMA (dans la règle une fécondation in vitro) ne doivent pas être licites. De plus l'argument avancé par le Message du Conseil Fédéral est en contradiction avec plusieurs valeurs de portée fondamentale de notre ordre légal. La solution à

conseiller aux couples désirant des enfants est plutôt de recourir à l'adoption, pratique ancrée dans le code civil, qu'à la PMA, car de cette façon un enfant déjà en vie trouve la reconnaissance de son existence. Même, si des parents veulent leurs « propres » descendants, il n'en demeure pas moins qu'une telle utilisation de l'enfant pour parvenir à ses fins reste contestable.

La condition pour recourir aux méthodes de procréation artificielle est selon l'art. 24^{novies} alinéa 2 lettre c de la Constitution Fédérale « l'infécondité », entendant par ceci « la stérilité », lorsque malgré des rapports sexuels réguliers et non protégés ne survient pas une grossesse après un an ou deux ans (page 53 du Message). Le fait involontaire de ne pas avoir d'enfants ne réside pas nécessairement sur la constatation qu'une grossesse n'arrive pas. On connaît aussi par expérience l'infécondité féminine, où une femme est enceinte, mais n'est pas capable de mener sa grossesse à terme suite à des fausses couches. Ce symptôme est souvent dû à des troubles de l'utérus (par exemple des gonflements musculaires de la matrice). Dans le cas d'une infécondité féminine, un couple refusant l'adoption ne peut combler son désir d'avoir un enfant que par le recours à une *mère de substitution*. Une « mère de substitution » est une femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement (P. 90 du Message, glossaire).

En suivant la logique du Message, on pourrait argumenter ainsi : « Il est tout de même cynique d'empêcher un couple qui se trouve involontairement sans enfant suite à l'infécondité féminine et qui veut combler son désir d'avoir un enfant, désir ancré dans la sphère de la liberté individuelle, par la loi de l'Etat sans aucune réserve. Ce que signifie le fait de ne pas avoir d'enfant ne peut être jugé en dernier lieu que par le couple lui-même. Une interdiction générale des mères de substitution, qui sont par exemple autorisées en Grande-Bretagne, viole par conséquent la liberté individuelle. Il faut autoriser le principe d'un recours aux mères porteuses, mais dans certaines limites. Ces limites sont données par le danger à prendre au sérieux de l'utilisation de la femme en tant qu'objet et des atteintes portées au bien de l'enfant, ce qui doit être combattu par des mesures efficaces et des contrôles. Par conséquent, on doit autoriser le mères de substitution qui agissent par philanthropie dans la sphère familiale et dans celle des amis dans les conditions suivantes : Premièrement, il doit y avoir une indication médicale indubitable, par exemple une altération de l'utérus. Deuxièmement, il doit y avoir une réglementation qui empêche de mettre les mères porteuses sous

contrat à cause du lien intime entre la mère porteuse et l'enfant pendant la grossesse. Troisièmement, il faut une décision quant à l'attribution définitive de l'enfant dans l'intérêt de ce dernier. Quatrièmement, il faut interdire le placement des mères porteuses à des fins commerciales ».

En opposition à cette logique, l'art. 24 ^{novies} alinéa 2 lettre d de la Constitution Fédérale interdit toute forme de mère de substitution. De plus, celui qui pratique une PMA chez une mère de substitution sera d'après le projet de loi condamné à la prison ou à une amende (art. 31 al. 1). On constate ainsi que *la Constitution interdit à bon droit purement et simplement l'utilisation de la PMA pour surmonter certaines causes de stérilité, nonobstant le désir intense des personnes concernées d'avoir un enfant*. La même analogie vaut aussi pour un couple de lesbiennes désirant avoir un enfant. Dans ce cas, l'absence d'enfant n'est pas dû à des raisons d'ordre gynécologique, mais de penchant sexuel. Ainsi la Constitution (P. 46 du Message) comme le projet de loi sur la PMA (art. 3 al. 2 lettre a) interdisent à ce genre de couple l'accès aux techniques de procréation artificielle.

C'est pourquoi l'affirmation, selon laquelle une interdiction générale de la PMA en vue de surmonter la stérilité constitue une intrusion dans les droits fondamentaux, frise le cynisme et ne résiste pas à un examen critique, car notamment

- le code civil prévoit l'adoption,
- le Message lui-même préconise l'interdiction du don d'ovule, et
- la Constitution interdit les mères de substitution et l'accès à la PMA aux couples de lesbiennes.

Le Message veut accorder une grande place au pouvoir de décision et au sens de responsabilité du couple :

« Seules les personnes concernées peuvent juger ce que signifie le fait de ne pas avoir d'enfant » (p. 27 du Message).

« Finalement, seul le couple concerné est à même de décider s'il veut recourir à une fécondation in vitro ou à l'insémination hétérologue comme ultima ratio » (p. 26 du Message).

Dans les faits, il serait prétentieux de porter un jugement sur la souffrance qu'endure un couple

ne pouvant pas avoir d'enfant. En fin de compte, seules les personnes concernées sont en mesure d'apprécier leur douleur causée par le désir non comblé d'avoir un enfant, de ceci ne résulte aucunement que la réalisation du désir doit jouir d'une protection juridique. Une telle conception n'est même pas convaincante, si les droits des autres sont pris en compte. De plus une affliction grave n'est pas une garantie pour que des décisions adéquates soient prises. C'est justement, les personnes les plus touchées qui ont tendance à ne pas voir les objections sérieuses ou qui ne leur attribuent pas le poids nécessaire.

Conclusions

La question ne réside pas dans la charge émotionnelle que représente le fait de ne pas avoir d'enfant pour un couple. Justement, ce sont ceux qui bénissent d'avoir leurs propres enfants doivent avec beaucoup de respect venir à la rencontre de ceux qui souffrent de stérilité. Le Conseil Fédéral a par son Message relatif à l'Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine et à la loi sur la procréation médicalement assistée fait le tour de la question en présentant d'une façon correcte les différents points de vue, sans tourner autour du pot. Pour cela il mérite nos remerciements et notre reconnaissance. Toutefois, l'étude présente de la matière a démontré avec netteté que le Message est une plaidoirie certes involontaire *en faveur* de l'Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine : Celui qui tente de justifier la conception en dehors du corps de la femme (fécondation in vitro) et l'utilisation de gamètes d'un tiers (méthode hétérologue) à des fins de procréation artificielle s'empêtre dans des contradictions qui en dernier menacent les fondements même de notre société. Vider de pareille façon les droits fondamentaux de leurs sens n'est pas bien entendu l'intention du Conseil Fédéral; mais ce dernier n'est pas en mesure d'opposer des arguments rationnels à ceux qui voudront aller de l'avant sur cette voie funeste. *Où il y a vie d'homme, là est la dignité humaine qui lui est inséparable. En légalisant la fécondation in vitro et la méthode hétérologue, l'article 24 ^{novies} de la Constitution Fédérale contient donc des clauses qui font fi de cet impératif immanent à l'Etat de droit. Il faut aussi respecter l'enfant issu d'une conception artificielle, respect qui lui est dû par son es-*

sence humaine. On ne peut juguler les abus énoncés de la procréation artificielle que par une interdiction pur et sans équivoque.

Si certains à l'avenir voulaient combattre l'Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine par des arguments fallacieux et lui coller l'étiquette de démarche unilatérale, extrémiste ou fondamentaliste, alors il faudrait bien réfléchir à ceci : une législation permissive n'est de loin pas la meilleure, car une telle simplification de la question sape la responsabilité pour une protection objective des droits fondamentaux. Les techniques de procréation artificielle à interdire engendrent plus de problèmes qu'elles en résolvent. Elles sont intrinsèquement abusives et sont contraires à la nature humaine, qui se distingue par la raison. Tous les citoyens de bonne volonté sont en mesure de le reconnaître et de renoncer consciemment à une certaine forme rendu possible de l'exercice de la volonté de puissance

Pour la Commission de
rédaction :
Signé Guido Appius
juin 1997 Bâle