

Berne, le 7 décembre 2023

Directives concernant la protection du bien de l'enfant comme condition d'accès à la procréation médicalement assistée (art. 3 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée)



Sommaire

I Introduction	3
1. Notion du bien de l'enfant	3
2. But et objet des directives	5
II Directives	6
1. Principe	7
2. Atteinte grave à la santé de l'enfant	8
3. Capacité à élever l'enfant	11
4. Âge des parents	13
5. Situation personnelle des parents	15
III Annexe	17
1. Dispositions constitutionnelles et légales	18

I Introduction

Les questions éthiques liées à la procréation médicalement assistée et au génie génétique chez l'être humain font partie des thématiques centrales de la **Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine (CNE)**. Conformément à l'art. 28, al. 3, let. a, de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), la CNE a pour tâche d'élaborer des directives en complément de la loi. En apportant des précisions et des compléments aux dispositions législatives générales et abstraites concernant la protection du bien de l'enfant dans la procréation médicalement assistée, les présentes directives visent à faciliter le travail des instances de décision et à contribuer à ce que la procréation médicalement assistée soit pratiquée de manière juridiquement sûre, uniforme et éthiquement responsable. Ces directives ne prennent toutefois pas position sur la légitimité éthique et la justification des dispositions légales elles-mêmes.

1. Notion du bien de l'enfant

La **réalisation du désir d'enfant** est une question éminemment personnelle, dans laquelle l'État n'a en principe pas à intervenir. Mais dès lors qu'elle implique des tiers, notamment des médecins, et que la technologie influence les possibilités de reproduction, la procréation passe de la sphère purement privée à la sphère publique. À ce titre, elle est soumise à la réglementation de l'État.

Le législateur suisse a réglementé l'accès aux techniques de la médecine de la reproduction dans la LPMA. L'un des principaux objectifs de cette loi est d'assurer la **protection du bien de l'enfant**. L'art. 3, al. 1, LPMA¹ précise ainsi que les techniques de procréation médicalement assistée sont subordonnées au bien de l'enfant. Dans certaines situations, cet objectif peut être en tension avec le désir d'enfant des personnes concernées. Aspects essentiels de l'épanouissement de la personnalité, la réalisation du désir d'enfant et l'autodétermination en matière de procréation sont protégées en tant que droits fondamentaux. Pour résoudre les conflits entre ces intérêts, le législateur a limité l'accès à la procréation médicalement assistée de différentes façons. L'art. 3, al. 2, LPMA précise ainsi à titre de restriction générale que la procréation médicalement assistée est réservée aux couples à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi au sens des art. 252 à 263 du code civil (CC) et qui remplissent certaines caractéristiques personnelles.

Le bien de l'enfant fait l'objet de conceptions juridiques différentes selon les contextes. Il est tout d'abord couvert, en droit international comme en droit constitutionnel, par différentes **garanties relevant des droits de l'homme et des droits fondamentaux**. Les textes pertinents sont ici la Convention relative aux droits de l'enfant² et l'art. 11, al. 1, de la Constitution fédérale³, qui prévoient que les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement. Au niveau de la loi, le bien de l'enfant revêt surtout une

1 Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA ; RS **810.11**).

2 Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997 (RS **0.107**).

3 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS **101**).

grande importance dans le **droit de la famille**. Cette notion joue également un rôle important dans les discussions éthiques et la consultation éthique, notamment dans les institutions du secteur de la santé. La protection du bien de l'enfant vise alors à garantir les droits individuels des enfants après leur naissance, c'est-à-dire à assurer la protection des enfants pour eux-mêmes, cela faisant partie de la reconnaissance de leur dignité humaine.

Si l'adoption du bien de l'enfant comme principe directeur de l'**application des techniques de procréation médicalement assistée** paraît évidente, elle n'est pas exempte de difficultés. À la différence du droit de la famille, le contexte de la procréation médicalement assistée oblige à tenir compte du bien futur d'un enfant qui n'existe pas encore. Cela signifie qu'il faut s'appuyer sur des pronostics et des probabilités pour juger de la qualité de vie potentielle de l'enfant désiré. De plus, l'idée qu'il faudrait protéger le bien d'un enfant en l'empêchant de naître paraît difficile à justifier du point de vue subjectif de l'enfant. En effet, en amont du recours à la procréation médicalement assistée, il n'existe pas encore de perspective subjective de l'enfant dont l'existence n'est, à ce stade, qu'une possibilité.

Il n'est donc pas possible, dans le contexte de la procréation médicalement assistée, de comprendre le bien de l'enfant comme la protection d'un enfant à naître pour lui-même, c'est-à-dire en tant que sujet doté de droits propres. La garantie du bien de l'enfant n'en représente pas moins un **intérêt public** important, à savoir l'intérêt de la société à ce qu'un enfant soit capable, sur les plans physique, psychique et social, de devenir une personne menant une vie autonome et autodéterminée (cf. art. 6 Cst.). Une condition est notamment que les enfants grandissent avec des adultes qui puissent leur apporter un minimum de soins. Au niveau constitutionnel, cette préoccupation s'exprime notamment dans le but social de protéger et d'encourager les familles en tant que communautés d'adultes et d'enfants (art. 41, al. 1, let. c, Cst.). La disposition constitutionnelle relative à la procréation médicalement assistée (art. 119, al. 2, Cst.) assigne en outre au législateur fédéral l'objectif de protéger la famille. À ce sujet, il faut garder à l'esprit que la dimension publique du bien de l'enfant est aussi le reflet des conceptions dominantes en matière de politique familiale et que celles-ci peuvent évoluer au fil du temps. Ainsi, l'accès à la procréation médicalement assistée a longtemps été interdit aux couples de même sexe, avant que la situation ne change récemment.

Clarifier le contenu du principe général et indéterminé du bien de l'enfant suppose donc de répondre à une série de questions sociopolitiques et éthiques complexes et controversées. La **pratique médicale** se trouve confrontée à la tâche difficile de définir plus précisément, dans les limites des dispositions légales, les exigences applicables aux couples qui souhaitent recourir à la procréation médicalement assistée pour réaliser leur désir d'enfant, lequel est protégé en tant que droit fondamental.

2. But et objet des directives

Les présentes directives ont valeur de recommandation et n'ont donc aucun caractère contraignant du point de vue légal. Le droit national au niveau de la Constitution, des lois et des ordonnances ainsi que son application par les tribunaux et les autorités de surveillance priment dans tous les cas.

Les directives se fondent sur les **principes éthiques fondamentaux** reconnus ainsi que sur les **buts de protection de la Constitution, de la loi et du droit international**, à savoir la protection de la dignité humaine, l'interdiction de la discrimination, la garantie de l'intégrité et la garantie du droit à l'autodétermination en matière de procréation. Elles prennent également en considération la **genèse** de la loi sur la procréation médicalement assistée, y compris les délibérations parlementaires et le message du Conseil fédéral.

Les **commentaires**, quant à eux, justifient et approfondissent les aspects les plus importants des directives afin d'en faciliter l'interprétation. Ils font partie intégrante des directives et doivent être lus en même temps que celles-ci.

Les directives visent à **interpréter et à préciser les normes légales générales relatives à la protection du bien de l'enfant dans la procréation médicalement assistée**. Ces normes sont l'art. 3, al. 1, LPMA, qui subordonne la procréation médicalement assistée au bien de l'enfant, et l'art. 3, al. 2, LPMA, qui en réserve l'application aux couples « qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité ». Ces prescriptions de nature générale concernant la protection du bien de l'enfant contiennent plusieurs notions juridiques qu'il est important de clarifier à l'intention de la pratique médicale. Les directives n'abordent toutefois pas les restrictions d'accès spécifiques prévues par la loi pour protéger le bien de l'enfant⁴.

Les présentes directives concernant la protection du bien de l'enfant dans la procréation médicalement assistée (directives sur le bien de l'enfant) comprennent cinq directives particulières. La directive n° 1 pose le **principe** selon lequel il faut renoncer à un traitement de procréation médicalement assistée si, de l'avis des professionnels de la santé compétents, il existe un risque important que le bien de l'enfant soit menacé en raison de l'âge ou de la situation personnelle des futurs parents. Les autres directives définissent plus précisément les conditions dans lesquelles il faut considérer que le bien de l'enfant est menacé. C'est le cas, selon la directive n° 2, lorsqu'il existe un **risque d'atteinte grave à la santé de l'enfant** et, selon la directive n° 3, lorsque les futurs parents ne seront pas à même d'**élever l'enfant** ensemble. La directive n° 4 précise les liens entre **l'âge des parents** et une menace pour le bien de l'enfant ; enfin, la directive n° 5 porte sur les liens entre la **situation personnelle des parents** et une mise en danger du bien de l'enfant.

4 À savoir, toujours dans la LPMA, l'art. 3, al. 3 (« Seul un couple marié peut recourir à un don de sperme »), l'art. 3, al. 4 (« Il est interdit d'utiliser les gamètes d'une personne après sa mort. Font exception les spermatozoïdes provenant de donneurs de sperme. »), l'art. 3, al. 5 (« Il est interdit d'utiliser les ovules imprégnés et les embryons *in vitro* après la mort d'un des membres du couple concerné ») et l'art. 4 (« Le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution sont interdits »).

II Directives

1. Principe

Directive n° 1

Il faut renoncer à un traitement de procréation médicalement assistée si, de l'**avis des professionnels et professionnelles de santé compétents**, il existe un **risque important** que le bien de l'enfant ne soit pas garanti en raison de l'âge ou de la situation personnelle des futurs parents.

Commentaire

Le principe précise l'idée, exprimée à l'**art. 3, al. 1 et 2, let. b, LPMA**, selon laquelle la procréation médicalement assistée est subordonnée au bien de l'enfant. Le législateur ne prévoit pas de sanction en cas de manquement à ces dispositions.

La pratique de la procréation médicalement assistée ne requiert pas d'autorisation de l'État au cas par cas. C'est par conséquent aux **professionnels et professionnelles de santé compétents** qu'il revient d'évaluer le respect des exigences légales relatives à la protection du bien de l'enfant avant chaque traitement particulier. Ces professionnels et professionnelles remplissent en quelque sorte une fonction de « gardiens et gardiennes » (« gatekeepers ») en se prononçant sur l'application des techniques de procréation médicalement assistée et, le cas échéant, en décidant de refuser l'accès à un traitement sur la base des dispositions légales.

Les professionnels et professionnelles de la santé compétents sont tenus d'établir un **pronostic** au cas par cas par rapport à la garantie du bien de l'enfant. Selon l'art. 3, al. 2, let. b, LPMA, ce pronostic doit se fonder sur **l'âge et la situation personnelle** du couple.

L'art. 3, al. 2, let. b, LPMA précise que le couple doit être « vraisemblablement » à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité. La loi ne détermine pas avec quel degré de **probabilité** ce pronostic doit être fait. Il est pratiquement impossible de se prononcer de manière définitive sur la capacité des parents à élever l'enfant sur la base de leur âge et de leur situation personnelle. Outre le caractère empiriquement peu concluant des « tests parentaux », leur mise en œuvre dans le cadre des traitements concrets de procréation médicalement assistée entraînerait des difficultés pratiques considérables. En outre, elle porterait sensiblement atteinte à la sphère privée des couples.

Afin de préserver l'autonomie reproductive garantie par la Constitution et la sphère privée des candidats et candidates à la procréation médicalement assistée, il est donc nécessaire de s'appuyer sur des facteurs qui permettent de conclure à une capacité insuffisante à fournir un minimum de soins à l'enfant à naître. Conformément à l'art. 3, al. 2, let. b, LPMA, ces facteurs doivent être fondés sur l'âge ou la situation personnelle des parents. Étant donné le caractère incertain du pronostic, le seuil à partir duquel on peut considérer que le bien de l'enfant est menacé doit être fixé à un niveau élevé. En d'autres termes, le risque doit être important ; c'est-à-dire qu'il doit y avoir une forte probabilité qu'en cas de succès de la procréation médicalement assistée, le couple ne soit pas en mesure de s'occuper un minimum de l'enfant.

2. Atteinte grave à la santé de l'enfant

Directive n° 2

Le bien de l'enfant n'est pas garanti si, en raison de l'état de santé, de l'âge ou des prédispositions génétiques des futurs parents, il existe un risque important que l'enfant à naître présente une **atteinte grave à sa santé**. Les futurs parents ne peuvent toutefois pas être obligés de se soumettre à une analyse génétique ou de communiquer les données issues d'une telle analyse avant d'avoir recours à la procréation médicalement assistée.

Commentaire

Conformément à l'art. 3, al. 1, LPMA, les techniques de procréation médicalement assistée ne peuvent être utilisées que lorsque le bien de l'enfant est garanti⁵. Le recours à la procréation médicalement assistée menace le bien de l'enfant s'il est probable que l'enfant à naître ne disposera pas des conditions nécessaires pour devenir une personne capable d'un minimum d'autonomie décisionnelle. C'est le cas lorsque l'enfant risque de souffrir d'une **grave déficience physique ou mentale** qui rendra très difficile, voire impossible, un développement lui permettant de devenir une personne dotée d'un niveau minimal d'autonomie. En outre, la naissance d'un enfant souffrant d'une grave atteinte à la santé peut impliquer des tâches de soins et d'assistance que les parents ne seront pas à même d'assumer personnellement. On peut donc considérer que le bien de l'enfant est menacé lorsqu'il existe un risque important d'atteinte grave à la santé qui empêche l'enfant de mener une vie minimalement autodéterminée et qui nécessite des soins que les parents ne seront pas en mesure d'assumer.

La santé de l'enfant peut notamment être menacée par des **complications pendant la grossesse** ou par une **naissance prématurée**, dont les conséquences pour l'enfant ne peuvent pas être suffisamment évitées par une intervention médicale. Une naissance prématurée et un faible poids à la naissance sont associés à un risque accru de problèmes de santé ultérieurs, comme les maladies cardiovasculaires, le diabète ou l'obésité⁶.

La menace qu'une grossesse à risque ou une naissance prématurée fait peser sur le bien de l'enfant peut notamment être due à une **maladie de la mère**. Des maladies infectieuses, cardiaques, circulatoires, pulmonaires ou rénales, mais aussi une forte dépendance aux médicaments, aux stupéfiants ou à l'alcool, peuvent provoquer des complications pendant la grossesse. Si le professionnel ou la professionnelle de la santé traitant a connaissance d'une maladie de la future mère, il ou elle doit donc évaluer si, en l'état actuel des connaissances médicales, il en résulte un risque important d'atteinte grave à la santé de l'enfant.

5 Cf. Message 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), FF 1996 III 197, 243 : les méthodes de procréation médicalement assistée « ne doivent être utilisées que si elles ne présentent pas, comparativement à la procréation naturelle, un risque accru pour le développement de l'enfant ».

6 WUNDER, Dorothea. «Höchstalter der Frau für Fortpflanzungsverfahren», expertise médicale pour l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), 2014, 6 s.

L'**âge avancé** de la mère peut également être associé à un risque accru que la grossesse et l'accouchement portent gravement atteinte à la santé de l'enfant. Des études médicales ont mis en évidence une corrélation pertinente sur le plan clinique entre un âge maternel avancé et les risques de la grossesse pour la mère comme pour l'enfant⁷. L'âge de la mère est donc un facteur pertinent dans la mesure où il est associé à des risques importants pendant la grossesse et l'accouchement qu'il n'est pas possible de maîtriser sur le plan médical. En revanche, un âge avancé du père n'entraîne pas les mêmes risques pour la grossesse et la naissance d'un enfant⁸. Une analyse de droit comparé montre que différents pays appliquent, par la loi ou sur la base de directives professionnelles, des limites d'âge comprises entre 45 et 55 ans pour les mères en ce qui concerne le recours à la fécondation *in vitro*⁹. Il appartient aux cliniques ou aux associations professionnelles dans le domaine de la médecine de la reproduction d'établir des directives à ce sujet en tenant compte de l'état actuel des connaissances médicales.

Un âge avancé des parents est également lié à un risque d'**atteintes à la santé d'origine génétique après la naissance**. En effet, la qualité des gamètes se détériore avec l'âge, ce qui va de pair avec une probabilité accrue de voir apparaître chez l'enfant des anomalies chromosomiques comme une trisomie 21 ou des mutations génétiques se manifestant par des maladies ou des handicaps plus ou moins graves. Ces risques pour la santé de l'enfant à naître sont dus, à des degrés divers, à un âge avancé de la mère et du père. Des études montrent, par exemple, que le risque d'aneuploïdies (anomalies chromosomiques numériques) augmente avec l'âge de la mère¹⁰ et que le risque de mutations entraînant des troubles du développement chez l'enfant s'accroît avec l'âge de la mère ou du père¹¹.

Pour considérer que le bien de l'enfant est menacé au sens de l'art. 3 LPMA, il est toutefois nécessaire que la procréation implique un risque important d'atteinte grave à la santé de l'enfant, empêchant ce dernier de mener une vie suffisamment autodéterminée et rendant nécessaires des soins que les parents ne seront pas en mesure d'assumer. À lui seul, un âge avancé de la mère ou du père augmente certes les risques d'anomalies chromosomiques ou de mutations génétiques susceptibles d'empêcher l'enfant de mener une vie suffisamment autonome, mais pas au point d'atteindre le seuil élevé d'une mise en danger du bien de l'enfant visé à l'art. 3 LPMA.

Il convient d'opérer une distinction entre, d'une part, les anomalies chromosomiques et les mutations dues à une diminution de la qualité des gamètes en raison de l'âge et, d'autre part, les **problèmes de santé héréditaires**. Ces derniers sont dus à des mutations génétiques préexistantes que les parents sont susceptibles de transmettre à leur enfant, notamment des prédispositions

7 Cf. WUNDER, Dorothea, 2014, note 6, 5 ss ; FÄSSLER, Sarah, et al. Social Freezing-Kinderwunsch auf Eis. vdf Hochschulverlag AG, 2019, p. 67; WU, Yuelin, et al. Adverse maternal and neonatal outcomes among singleton pregnancies in women of very advanced maternal age: a retrospective cohort study. *BMC pregnancy and childbirth*, 2019, 19, p. 1–9.

8 Le taux de fausses couches est plus élevé, mais l'âge du père (> 40 ans) a moins d'impact sur le taux de fausses couches que celui de la mère (> 35 ans) ; cf. NYBO ANDERSEN, Anne-Marie, et al. Advanced paternal age and risk of fetal death: a cohort study. *American Journal of Epidemiology*, 2004, 160, n° 12, p. 1214–1222; SLAMA, Rémy, et al. Influence of paternal age on the risk of spontaneous abortion. *American Journal of Epidemiology*, 2005, 161, n° 9, p. 816–823; BELLOC, Stéphanie, et al. Effect of maternal and paternal age on pregnancy and miscarriage rates after intrauterine insemination. *Reproductive biomedicine online*, 2008, 17, n° 3, p. 392–397.

9 Cf. BÜCHLER, Andrea & PARIZER, Karène. Maternal Age in the Regulation of Reproductive Medicine – A Comparative Study. *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2017, 31, n° 3, p. 275 ss. Concernant Malte : arrêt de la CEDH (1^{re} section) du 5 août 2022, Lia c. Malte, requête n° 8709/20, ch. 34.

10 Cf. HALLIDAY, Jane L., et al. New estimates of Down syndrome risks at chorionic villus sampling, amniocentesis, and livebirth in women of advanced maternal age from a uniquely defined population. *Prenatal diagnosis*, 1995, 15, n° 5, p. 455–465 ; voir aussi CNE, Social Egg Freezing – une réflexion éthique, prise de position n° 28/2017, p. 5.

11 Cf. Prevalence and architecture of de novo mutations in developmental disorders. *Nature*, 2017, 542, n° 7642, p. 433–438; HAMLIN, Jess, et al. Modifiable risk factors for schizophrenia and autism – Shared risk factors impacting on brain development. *Neurobiology of disease*, 2013, 53, p. 3–9.

monogéniques telles que la mucoviscidose ou l'amyotrophie spinale. De telles prédispositions sont transmises à l'enfant avec une probabilité de 25 % ou plus et peuvent se manifester par une maladie suffisamment grave pour menacer le bien de l'enfant¹². Cependant, à la différence des facteurs de risque liés à une maladie ou à l'âge des parents, les prédispositions héréditaires à des maladies graves ne peuvent être détectées qu'en pratiquant des analyses génétiques sur les futurs parents. Or les données génétiques sont des données sensibles. Exiger de personnes qu'elles se soumettent à une analyse génétique ou qu'elles communiquent les données issues d'une telle analyse avant d'avoir recours à la procréation médicalement assistée constituerait une atteinte disproportionnée et dénuée de base légale à leur sphère privée protégée par les droits fondamentaux (art. 13 Cst.). Une telle exigence non seulement porterait gravement atteinte à la sphère privée, mais empêcherait aussi de manière inacceptable ces personnes d'accéder à la procréation médicalement assistée et compromettrait ainsi leur autonomie reproductive. Les futurs parents doivent pouvoir décider librement s'ils veulent recourir à une analyse génétique pour le planning familial et – en cas de résultat positif – à la procédure de don de gamètes, au diagnostic préimplantatoire et au diagnostic prénatal, afin d'éviter de donner naissance à un enfant présentant une prédisposition génétique à une maladie grave (art. 5a, al. 1 et 2, LPMA) ou une atteinte directe à la santé (art. 17 LAGH¹³).

12 Cf. CNE, Directives concernant la réglementation du diagnostic préimplantatoire dans la loi sur la procréation médicalement assistée (directives DPI), Berne, 10 février 2022.

13 Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine (RS **810.12**).

3. Capacité à élever l'enfant

Directive n° 3

Le bien de l'enfant n'est pas garanti s'il existe un risque important que les futurs parents, en raison de leur âge ou de leur situation personnelle, ne soient pas à même d'**élever l'enfant ensemble** jusqu'à sa majorité. Les **représentations sur les conditions favorables au développement** de l'enfant ne doivent pas entrer en ligne de compte dans cette évaluation.

Commentaire

Dans son message relatif à la loi sur la procréation médicalement assistée, le Conseil fédéral a indiqué qu'il faut renoncer à un traitement « lorsque le médecin acquiert la conviction que les conditions d'existence de l'enfant seraient rendues difficiles par des risques psychosociaux prépondérants »¹⁴. Le texte de loi mentionne à l'art. 3, al. 2, let. b, LPMA la capacité des parents à **élever** l'enfant jusqu'à sa majorité.

Le bien de l'enfant est menacé lorsqu'une évaluation professionnelle conclut que les parents ne seront pas en mesure, en raison de leur âge ou de leur situation personnelle, d'assumer leurs **obligations parentales** d'une manière permettant à l'enfant de devenir une personne autonome et autodéterminée. Cela implique également que l'enfant n'ait pas à assumer lui-même la tâche de s'occuper de manière significative de l'un de ses parents pendant une période prolongée. De même, le bien de l'enfant n'est pas garanti lorsqu'il existe un risque important que l'enfant ne puisse plus être pris en charge durablement par un parent, notamment en raison de son âge, d'une maladie grave ou d'un handicap. Il faut néanmoins tenir compte du fait que les personnes en situation de handicap ont le droit de recevoir une aide appropriée dans l'exercice de leurs responsabilités parentales¹⁵.

Une incapacité du couple à élever l'enfant ne peut être considérée comme une menace pour le bien de l'enfant que s'il est probable qu'une telle capacité disparaîtra totalement ou sera gravement altérée au point de justifier un **retrait de l'autorité parentale** selon les critères du droit civil. Conformément à l'art. 311, al. 1, CC¹⁶, c'est le cas « lorsque, pour cause d'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence, de violence ou d'autres motifs analogues, les père et mère ne sont pas en mesure d'exercer correctement l'autorité parentale » ou « lorsque les père et mère ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou qu'ils ont manqué gravement à leurs devoirs envers lui ». Comme l'enfant n'existe pas encore au moment du recours à la procréation médicalement assistée, il n'est pas possible de se fonder sur la façon dont les parents ont élevé cet enfant jusqu'à présent. Mais si le ou la professionnelle de santé a connaissance de carences ou de manquements antérieurs des parents à l'égard d'enfants, il ou elle doit en tenir compte dans l'évaluation de leur capacité future à élever l'enfant.

14 FF 1996 III 197, 243.

15 Cf. art. 23, al. 2, de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (CDPH ; RS 0.109) ; art. 11a de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (RS 831.20).

16 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

À l'inverse, les représentations d'ordre psychologique, sociale, religieux ou autres sur les **conditions favorables ou défavorables au développement d'un enfant** ne doivent en aucun cas entrer en ligne de compte dans la prise de décision. Le droit à la vie familiale protégé par l'art. 13, al. 1, Cst. et par l'art. 8 CEDH¹⁷ garantit la liberté de décision des parents en ce qui concerne la prise en charge et l'éducation de leurs enfants. En conséquence, selon l'art. 301 CC, ce sont eux qui déterminent les soins et l'éducation à donner à l'enfant en vue de son bien et qui prennent les décisions nécessaires, sous réserve de sa propre capacité. Un refus d'accès à la procréation médicalement assistée ne se justifie que lorsque les conditions fondamentales pour un développement favorable de l'enfant sont objectivement défaut.

Dans l'art. 3 LPMA, le législateur désigne systématiquement les futurs parents comme un **couple**. Cela soulève la question de savoir si les parents sont tenus de remplir individuellement les exigences qui leur sont fixées ou s'il suffit qu'ils offrent ensemble, en tant que couple parental, la garantie de leur capacité à élever l'enfant. Il faut garder à l'esprit que des proches (p. ex. les grands-parents), des amis et amies ou des professionnels et professionnelles peuvent aider les parents dans cette tâche. En réalité, le nombre de personnes impliquées dans la garantie de structures fiables pour un enfant ne se limite généralement de loin pas au seul couple parental. C'est précisément l'existence d'un tel soutien et sa propre intégration dans un environnement social approprié qui font qu'un parent seul peut permettre à un enfant de se développer de manière épanouie.

Il n'en demeure pas moins que la loi réserve l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples, excluant les personnes seules, qu'elles soient ou non à même, grâce à un environnement social favorable, de s'occuper d'un enfant aussi bien qu'un couple (art. 3, al. 2, LPMA). Le législateur interdit en outre d'utiliser les gamètes d'une personne après sa mort, à l'exception des spermatozoïdes provenant de donneurs de sperme (art. 3, al. 4, LPMA). De même, il interdit d'utiliser les ovules imprégnés et les embryons *in vitro* après la mort d'un des membres du couple concerné (art. 3, al. 5, LPMA). On peut déduire de ces dispositions que la volonté du législateur était d'interdire l'accès à la procréation médicalement assistée lorsqu'il est probable que l'enfant ne pourra être **pris en charge que par l'un des deux parents**. C'est le cas lorsque, en raison d'une maladie grave ou d'un âge avancé, il existe un risque important qu'un des parents décède prématurément ou perde durablement la capacité à élever l'enfant.

Hormis ces situations, la capacité du couple à élever un enfant doit être considérée de façon globale. La parentalité est un projet commun, dans lequel chaque participant joue un rôle propre, qui peut évoluer au fil du temps. C'est donc **ensemble** – et non individuellement – que les parents doivent remplir les conditions pour pouvoir élever l'enfant jusqu'à sa majorité. Cela correspond au principe de droit civil qui veut que l'enfant soit soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale conjointe (art. 296, al. 2, CC) et que les parents contribuent ensemble, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de l'enfant et assument en particulier les frais de sa prise en charge, de son éducation et de sa formation (art. 276, al. 2, CC). Si la capacité de l'un des futurs parents à élever l'enfant devait être (temporairement) réduite, il faut envisager la possibilité que l'autre parent puisse compenser ce manque. On ne peut conclure à une mise en danger du bien de l'enfant au sens de l'art. 3 LPMA que lorsqu'il existe un risque important que les parents ne soient pas à même de s'occuper ensemble de l'enfant ou que l'un des parents décède prématurément ou perde durablement la capacité à s'en occuper.

17 Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

4. Âge des parents

Directive n° 4

Le bien de l'enfant n'est pas garanti s'il existe un risque important que les futurs parents, en raison de leur âge, ne soient pas à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité du fait de leur **décès** ou d'une **fragilité**. Afin d'évaluer l'âge en tant que facteur de risque pour le bien de l'enfant, il faut se référer aux **valeurs statistiques** relatives à l'espérance de vie et aux infirmités liées à l'âge.

Commentaire

À l'art. 3, al. 2, let. b, LPMA, le législateur mentionne l'âge comme critère pour évaluer la capacité du couple à s'occuper d'un enfant et donc pour garantir le bien de ce dernier. Il ne fixe toutefois **pas de limite d'âge précise** pour l'accès à la procréation médicalement assistée. Dans son message relatif à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, le Conseil fédéral avait exprimé l'attente que la CNE précise ce critère¹⁸. Jusqu'à présent, la CNE n'a pas répondu à cette attente. Dans sa prise de position de 2013 sur la procréation médicalement assistée, elle a affirmé qu'il n'est pas possible de répondre à la question de l'âge de manière isolée et que ce critère doit être examiné au cas par cas en tenant compte d'autres aspects¹⁹.

La définition d'une limite d'âge pour l'accès à la procréation médicalement assistée peut viser à protéger la mère et l'enfant contre les risques de complications de la grossesse, de naissances prématurées et de fausses couches (voir la directive n° 2). Le critère d'âge mentionné à l'art. 3, al. 2, let. b, LPMA a toutefois pour **but** de garantir, au nom du bien de l'enfant à naître, que la capacité des parents à l'élever ne sera pas compromise. L'âge sert ici de point de référence pour la capacité des parents à s'occuper ultérieurement de l'enfant.

L'âge peut en effet avoir une influence sur la capacité à reconnaître les besoins d'un enfant et à y répondre. Le fait que les parents d'intention n'ont pas dépassé un âge donné ne signifie cependant pas qu'ils seront à même d'élever l'enfant. Inversement, le dépassement d'une limite d'âge n'autorise pas à conclure que la capacité des parents à exercer leurs responsabilités parentales est altérée ou inexistante. Le **lien entre l'âge des parents et le développement des enfants** est plus complexe que cela. Plusieurs études ont montré que le fait d'être parent plus tard a une influence positive sur le développement de l'enfant. Il est, par exemple, largement établi que les enfants de mères de plus de 40 ans grandissent dans un environnement socio-économique plus stable (stabilité de la relation parentale, ressources financières)²⁰. De plus, les différences individuelles entre des personnes du même âge sont considérables, que ce soit en termes d'espérance de vie, d'état de santé ou de compétences parentales.

18 FF 1996 III 197, 245.

19 CNE, La procréation médicalement assistée : considérations éthiques et propositions pour l'avenir, prise de position n° 22/2013, p. 38.

20 CNE, Social Egg Freezing : une réflexion éthique, prise de position n° 28/2017, p. 18 s.; BERNSTEIN, Stephanie & WIESEMANN, Claudia. Should postponing motherhood via "social freezing" be legally banned? An ethical analysis. *Laws*, 2014, 3, n° 2, p. 287 s.; PENNING, Guido. Ethical aspects of social freezing. *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, 2013, 41, n° 9, p. 521–523; PETER, Christian. Rechtliche, ethische und gleichstellungspolitische Aspekte des Social Freezing. *Jusletter* vom 10. August 2015, 10, n° 8, p. 1–12, ch. 51; WUNDER, Dorothea, 2014, note 6, p. 6 s.

Cependant, si un candidat ou une candidate à la procréation médicalement assistée a atteint, au moment de la conception d'un enfant, un âge si avancé qu'il est probable qu'il ou elle **décède** avant la majorité de l'enfant ou qu'il ou elle ne puisse plus s'en occuper en raison d'une fragilité, l'exigence posée par le législateur à l'art. 3, al. 2, let. b, LPMA concernant la protection du bien de l'enfant n'est pas remplie. La fragilité doit être telle que le parent en question ne peut plus s'occuper durablement de l'enfant mineur (voir la directive n° 3).

Le professionnel de la santé doit, au moment du recours à la procréation médicalement assistée, faire un pronostic concernant la garantie du bien d'un enfant à naître. L'âge constitue l'une des bases de ce pronostic. Alors que le pronostic fondé sur la situation personnelle des parents (voir la directive n° 5) dépend de certaines caractéristiques propres à leur situation, notamment de leur état de santé, l'âge constitue en tant que tel un facteur de risque – explicitement mentionné par le législateur – qui permet de faire des prévisions sur la base de **valeurs statistiques**. Le recours à de telles valeurs est indispensable étant donné l'impossibilité de prévoir l'espérance de vie et l'état de santé futur de la personne concernée.

Selon les statistiques actuelles, le risque de décès ou de fragilité grave augmente de manière significative entre 75 et 80 ans, avec des différences entre les sexes²¹. Cela signifie que le recours à la procréation médicalement assistée dans le cas d'une personne âgée d'une soixantaine d'années ou plus est associé à un risque considérable que cette personne ne soit pas à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité du fait de son décès ou d'une fragilité. Il en résulte une limite d'âge approximative pour ce qui est de l'accès du ou de la **partenaire de la mère** à la procréation médicalement assistée. Si cette limite d'âge vaut aussi pour la mère en ce qui concerne sa capacité à élever l'enfant, elle est trop élevée lorsqu'il s'agit d'éviter des risques importants pendant la grossesse ou l'accouchement. Il appartient aux cliniques ou aux associations professionnelles actives dans le domaine de la médecine de la reproduction de déterminer jusqu'à quel âge précis la mère et son ou sa partenaire peuvent bénéficier d'une procédure de procréation médicalement assistée (voir la directive n° 2).

21 Cf. Office fédéral de la statistique, Mortalité et espérance de vie en 2020 : www.swissstats.bfs.admin.ch.

5. Situation personnelle des parents

Directive n° 5

Le bien de l'enfant n'est pas garanti s'il existe un risque important que les futurs parents, en raison d'**atteintes à leur santé**, de **violences avérées** ou de **graves manquements à leurs obligations parentales**, ne soient pas à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité. Afin d'évaluer la situation personnelle des parents en tant que facteur de risque pour le bien de l'enfant, il faut se fonder sur leur **situation individuelle**.

Commentaire

L'art. 3, al. 2, let. b, LPMA demande de tenir compte de la « situation personnelle » du couple en plus de l'âge. Le texte de loi ne précise toutefois pas de quelle situation il s'agit concrètement. Dans sa prise de position de 2013 sur la procréation médicalement assistée, la CNE avait souligné la nécessité d'une définition plus précise et demandé au législateur de clarifier, par exemple, s'il s'agit de la santé physique et psychique ou de la situation socio-économique²².

Le désir d'enfant et l'autonomie reproductive étant des droits fondamentaux qu'il faut protéger, la notion légale de situation personnelle doit être interprétée de manière stricte. Elle ne doit pas servir à promouvoir des normes sociales plus ou moins admises concernant les conditions d'un développement idéal de l'enfant jusqu'à la majorité. L'accent doit plutôt porter sur les **exigences minimales que les parents doivent respecter** pour élever l'enfant jusqu'à sa majorité (voir la directive n° 3). Outre une évaluation de la situation présente des futurs parents, il est nécessaire de prévoir comment leurs capacités évolueront à l'avenir. Les conditions de vie qui ne mettent pas en péril la capacité même des parents à s'occuper de l'enfant – par exemple la profession, le revenu ou le cadre de vie – ne doivent pas entrer en ligne de compte dans cette évaluation. Afin d'éviter toute discrimination, il faut en particulier exclure toute prise en compte de la situation financière.

Contrairement à l'âge, la situation personnelle correspond à un ensemble de facteurs de risque qui dépendent de la situation particulière des futurs parents. Il est donc nécessaire de procéder dans tous les cas à une **analyse individualisée**.

L'évaluation des facteurs susceptibles de compromettre la capacité actuelle ou future à assumer la parentalité doit s'appuyer sur des faits concrets. Elle doit plus particulièrement être centrée sur la **santé des parents**. Les éléments déterminants sont les atteintes physiques, mentales ou psychiques qui représentent un risque important pour le bien de l'enfant. Certaines infirmités physiques, déficiences mentales ou maladies psychiques peuvent, en effet, prendre une ampleur qui empêche les parents d'assumer leurs responsabilités. Une telle incapacité doit toutefois couvrir une part importante de la période allant jusqu'à la majorité de l'enfant. Il convient de souligner ici que les personnes en situation de handicap ont le droit de décider de fonder une famille²³. Cela signifie que l'accès à la procréation médicalement assistée ne peut, mais doit, être

²² CNE, La procréation médicalement assistée: considérations éthiques et propositions pour l'avenir, prise de position n°22/2013, p. 38.

²³ Cela découle de l'interdiction de discrimination inscrite dans la Constitution (art. 8, al. 2, Cst.) et de l'art. 23, ch. 1, let. a et b, CDPH.

refusé à une personne que si son handicap est grave au point de rendre hautement probable son incapacité à assumer ses responsabilités parentales de manière durable, même en tenant compte d'un soutien approprié.

Le fait qu'une personne ne soit vraisemblablement pas en mesure d'assumer **seule** l'intégralité de ses responsabilités parentales ne plaide pas *a priori* contre la réalisation de son désir d'enfant. L'élément déterminant est plutôt de savoir si les deux parents seront à même d'assumer **ensemble** l'autorité parentale. Une prise en charge conjointe de l'enfant n'est toutefois plus possible lorsqu'une maladie, en raison de sa gravité, fait craindre le décès à court terme d'un des deux parents. Il en va de même lorsque, en raison d'une grave atteinte à la santé, l'un des parents ne sera vraisemblablement pas en mesure de contribuer à élever l'enfant jusqu'à sa majorité. C'est notamment le cas lorsqu'il présente une grave infirmité. Le législateur estime dans ce cas que le bien de l'enfant est menacé et qu'il faut renoncer à la procréation médicalement assistée (voir la directive n° 3). Lorsque le pronostic concernant l'altération de la capacité à s'occuper de l'enfant en raison d'une maladie est particulièrement complexe, l'avis d'un médecin spécialiste doit être sollicité. Il peut ainsi être nécessaire de consulter un ou une oncologue pour estimer l'espérance de vie probable d'un patient ou d'une patiente qui a cryoconservé ses gamètes avant une chimiothérapie et qui veut avoir recours à la procréation médicalement assistée.

Un examen particulier de chaque situation s'impose en cas de **maladie psychique**. Le fait de grandir avec un parent souffrant de graves troubles psychiques représente un risque pour le développement de l'enfant²⁴. Des troubles psychiatriques graves peuvent en effet altérer, voire faire disparaître la capacité à éduquer l'enfant et à s'en occuper. Anticiper l'évolution de tels troubles et leur impact sur cette capacité est particulièrement difficile. Si, en raison d'une maladie psychique de l'un des parents, il existe des doutes importants quant à sa capacité à assurer l'éducation et la prise en charge de l'enfant, il convient de faire appel à un spécialiste en psychiatrie ou en psychologie ayant une expertise particulière dans l'évaluation de telles situations.

Le fait d'appréhender la parentalité dans ses dimensions sociales et fonctionnelles globales permet d'élargir le champ des situations personnelles pertinentes. Même en l'absence de troubles caractéristiques d'une maladie, certains modes de vie peuvent conduire à douter fortement de l'exercice des responsabilités parentales²⁵. C'est notamment le cas des **actes de violence** ou des **graves manquements aux obligations parentales**. Si l'un des futurs parents a déjà fait preuve de violence physique, psychique ou sexuelle à l'égard d'un enfant, violence qui a été constatée par les autorités dans le cadre d'une procédure pénale, d'une mesure de protection de l'enfant et de l'adulte ou d'une autre manière, il faut supposer que le bien de l'enfant est gravement menacé. Pour réfuter cette hypothèse, il faudrait que la personne concernée puisse faire valoir des éléments concrets montrant qu'un nouveau recours à la violence est hautement improbable. Cela peut notamment être le cas lorsque les antécédents de violence étaient des événements isolés dus à un surmenage passager ou à une situation exceptionnelle d'une autre nature. La même remarque s'applique en cas de graves manquements aux obligations parentales (p. ex. négligence grave).

24 PIERCE, Matthias, et al. Effects of parental mental illness on children's physical health: systematic review and meta-analysis. *The British Journal of Psychiatry*, 2020, 217, n° 1, p. 354–363; SANDSTROM, Andrea, et al. Offspring of parents with schizophrenia, bipolar disorder, and depression: a review of familial high-risk and molecular genetics studies. *Psychiatric genetics*, 2019, 29, n° 5, p. 160–169.

25 Cf. European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE), Task Force on ethics and law, Lifestyle-related factors, *Human Reproduction*, 2010, 25, n° 3, p. 583.

III Annexe

1. Dispositions constitutionnelles et légales

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)

Art. 119 Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain

- ¹ L'être humain doit être protégé contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique.
- ² La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et respecte notamment les principes suivants :
 - a. toute forme de clonage et toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes et d'embryons humains sont interdites ;
 - b. le patrimoine génétique et germinal non humain ne peut être ni transféré dans le patrimoine germinal humain ni fusionné avec celui-ci ;
 - c. le recours aux méthodes de procréation médicalement assistée n'est autorisé que lorsque la stérilité ou le danger de transmission d'une grave maladie ne peuvent être écartés d'une autre manière, et non pour développer chez l'enfant certaines qualités ou pour faire de la recherche ; la fécondation d'ovules humains hors du corps de la femme n'est autorisée qu'aux conditions prévues par la loi ; ne peuvent être développés hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryon que le nombre d'ovules humains nécessaire à la procréation médicalement assistée.
 - d. le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits ;
 - e. il ne peut être fait commerce du matériel germinal humain ni des produits résultant d'embryons ;
 - f. le patrimoine génétique d'une personne ne peut être analysé, enregistré et communiqué qu'avec le consentement de celle-ci ou en vertu d'une loi ;
 - g. toute personne a accès aux données relatives à son ascendance.

Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (RS 810.11)

Art. 3 Bien de l'enfant

- ¹ La procréation médicalement assistée est subordonnée au bien de l'enfant.
- ² Elle est réservée aux couples :
 - a. à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des art. 252 à 263 du code civil, CC), et
 - b. qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité.
- ³ Seul un couple marié peut recourir à un don de sperme.
- ⁴ Il est interdit d'utiliser les gamètes d'une personne après sa mort. Font exception les spermatozoïdes provenant de donneurs de sperme.
- ⁵ Il est interdit d'utiliser les ovules imprégnés et les embryons *in vitro* après la mort d'un des membres du couple concerné.

Art. 6 Information et conseil

- 1 Avant l'application d'une méthode de procréation médicalement assistée, le médecin doit suffisamment informer le couple sur :
 - a. les causes de la stérilité ;
 - b. la pratique médicale employée, ses chances de réussite et ses risques ;
 - c. le risque d'une grossesse multiple ;
 - d. les implications psychiques et physiques ;
 - e. les aspects juridiques et financiers.
- 2 Il abordera également de manière appropriée les autres possibilités de réaliser le désir d'enfant ou d'opter pour un projet de vie différent.
- 3 Un temps de réflexion de quatre semaines en principe doit s'écouler entre l'entretien avec le couple et le traitement. Le médecin doit signaler la possibilité d'être conseillé par une autre personne.
- 4 Une assistance psychologique doit être offerte avant, pendant et après le traitement.

Art. 15 Conservation des gamètes

- 1 Les gamètes d'une personne ne peuvent être conservés qu'avec son consentement écrit et pendant cinq ans au maximum. Si la personne concernée en fait la demande, la durée de conservation est prolongée de cinq ans au plus.
- 2 Un délai plus long peut être convenu avec les personnes qui donnent leurs gamètes à conserver pour assurer leur propre descendance avant un traitement médical ou l'exercice d'une activité qui peut les rendre stériles ou endommager leur patrimoine héréditaire.
- 3 Toute personne peut révoquer, par écrit et en tout temps, son consentement à la conservation et à l'utilisation de ses gamètes.
- 4 En cas de révocation du consentement ou d'expiration du délai de conservation, les gamètes doivent être immédiatement détruits.

Art. 16 Conservation des ovules imprégnés et des embryons *in vitro*

- 1 Les ovules imprégnés et les embryons *in vitro* ne peuvent être conservés qu'aux conditions suivantes :
 - a. le couple concerné a donné son consentement par écrit ;
 - b. le seul but poursuivi est la procréation.
- 2 La durée de conservation est limitée à cinq ans. Si le couple concerné en fait la demande, la durée de conservation est prolongée de cinq ans au plus.
- 3 Chacun des membres du couple peut révoquer par écrit son consentement en tout temps.
- 4 En cas de révocation du consentement ou d'expiration du délai de conservation, les ovules imprégnés et les embryons *in vitro* doivent être immédiatement détruits. Les dispositions de la loi du 19 décembre 2003 relative à la recherche sur les cellules souches sont réservées.

Ce document a été approuvé à l'unanimité par la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine le 7 décembre 2023.

Membres de la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine :

Présidente

Prof. Dr. iur. Andrea Büchler

Vice-président

Prof. Dr. theol. Markus Zimmermann

Membres

Prof. Dr. phil. Christine Clavien, Prof. Dr. iur. Stéphanie Dagrón, Prof. Dr. med. Karin Fattinger, Prof. Dr. med. Samia Hurst-Majno, Prof. Dr. med. Dr. phil. Ralf Jox, Prof. Dr. med. Dipl. Soz. Tanja Krones, Dr. med. Roberto Malacrida, Prof. Dr. theol. Frank Mathwig, Dr. med. Benno Röthlisberger, Prof. Dr. iur. Bernhard Rüttsche, Prof. Dr. Maya Zumstein-Shaha FAAN, Prof. Dr. iur. Brigitte Tag, PD Dr. med. Dorothea Wunder

Graphisme et mise en page

Terminal8 GmbH, Monbijoustrasse 99, 3007 Berne, www.terminal8.ch

Bureau

Dr. phil. Anna Zuber, Responsable du bureau
Dr. Elodie Malbois, Collaboratrice scientifique

**Commission nationale d'éthique dans
le domaine de la médecine humaine**

CH-3003 Berne

Tel. +41 58 469 77 64

info@nek-cne.admin.ch

www.nek-cne.admin.ch

Ces directives sont publiées en français, en allemand et en italien.

La version allemande est la version originale.

© 2024 Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine, Berne. Reproduction autorisée avec mention de la source.