

AVIS N°113

**« La demande d'assistance médicale à la procréation
après le décès de l'homme faisant partie du couple »**

Membres du groupe de travail

Michaël AZOULAY

Joëlle BELAISCH-ALLART

Pascale COSSART

Xavier LACROIX

Chantal LEBATARD

Danièle SIROUX (rapporteur)

Claude SUREAU (rapporteur)

Personnes auditionnées

Madame Geneviève LOBIER et Monsieur François VERDIER, membres de la Fédération des associations de conjoints survivants

La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple

CONTEXTE GÉNÉRAL.

Avant le vote des lois dites « bioéthiques » du 29 juillet 1994, l'avis du CCNE avait été sollicité à plusieurs reprises au sujet de demandes de femmes souhaitant une insémination avec le sperme congelé de leur conjoint décédé ou le transfert *post mortem* d'embryons cryoconservés. Les tribunaux avaient eu, eux aussi, à se prononcer sur de telles situations et y avaient répondu de façon parfois contradictoire¹.

La loi de 1994 mit un terme à ces hésitations en précisant que l'assistance médicale à la procréation (AMP) est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple formé d'un homme et d'une femme qui « *doivent être vivants* »². Le législateur désireux de privilégier un cadre familial traditionnel, exclut de l'accès à l'AMP les femmes seules, que ce soit au moment de la demande initiale ou en cours de procédure en cas de dissolution du couple, notamment, à la suite du décès de l'homme. La possibilité pour la femme ayant perdu son conjoint ou compagnon, de poursuivre seule un projet parental conçu à deux, en demandant une insémination ou le transfert d'un embryon *post mortem*, fût donc écartée. Le législateur ne suivit pas, en cela, la position du CCNE qui dans son **avis n°40 du 17 décembre 1993**³ considéra que, en cas de demande par la femme de transfert d'embryons *post mortem*, « *il n'existe aucune raison convaincante de refuser a priori ce choix à la femme elle-même* » et que « *dans le cas où une FIV a été réalisée du vivant de l'homme et où les embryons ont été congelés...la disparition de l'homme ne fait pas disparaître les droits que la femme peut considérer avoir sur ces embryons qui procèdent conjointement d'elle et de son partenaire défunt...L'homme disparu, on ne voit pas qui ou quelle autorité pourrait in fine faire valoir sur les embryons des droits égaux ou supérieurs à ceux de la femme et s'opposer à son projet dûment éclairé et explicitement énoncé d'entreprendre une grossesse après transfert des embryons congelés* ».

Par la suite, le CCNE confirma par deux fois sa position dans des avis rendus à l'occasion de la précédente révision de la loi de 1994⁴. Dans l'**avis n°60 du 25 juin 1998**, reprenant l'argumentation développée dans son avis n°40, il considéra que « *Après décès du conjoint, le transfert d'un embryon congelé dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation déjà engagée par le couple peut être effectué à la demande de la femme dans des conditions lui*

¹Décision du tribunal de grande instance de Créteil du 01/08/1984 ordonnant la restitution des paillettes de sperme congelé à la veuve (affaire Parpalaix) ; Décision contraire du tribunal de grande instance de Toulouse du 26/03/1991 dans une circonstance similaire. Reconnaissance, par le tribunal de grande instance d'Angers le 10/11/1992 de la filiation paternelle d'un enfant né après le transfert d'un embryon deux ans après le décès du père ; en sens contraire, refus d'un transfert par une décision du tribunal de grande instance de Toulouse du 11/05/1993, confirmé par la cour d'appel de Toulouse le 18/04/1994 qui ordonna la destruction des embryons conservés. La Cour de cassation annulera dans un arrêt du 09/01/1996 l'ordonnance de destruction des embryons mais rejettera pour le reste le pourvoi formé par la femme (affaire Pires).

²Article L. 2141-2 du code de la santé publique

³Avis n°40 du 17 décembre 1993 sur le transfert d'embryons après le décès du conjoint (ou du concubin).

⁴Avis n°60 du 25 juin 1998 sur le réexamen des lois bioéthique et Avis n°67 du 27 janvier 2000 sur l'avant-projet des lois de bioéthique

permettant de prendre sa décision avec toute l'indépendance nécessaire vis-à-vis de pressions psychologiques ou sociales ». Le CCNE précisa sa position dans l'**avis n°67 du 27 janvier 2000**, en proposant une nouvelle rédaction de l'article L.2141-2 alinéa 3 du code de la santé publique ainsi formulée : *« La dissolution du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons. Toutefois, le transfert des embryons conservés peut être réalisé si cette dissolution résulte du décès de l'homme et que celui-ci a expressément consenti de son vivant à la poursuite du processus d'assistance médicale à la procréation après son décès. Dans ces cas, le transfert des embryons ne pourra être réalisé qu'au minimum trois mois et au maximum un an après le décès. La femme doit pouvoir bénéficier d'un accompagnement psychologique »*.

Comme le CCNE dans ses avis précités, les différents rapports qui précédèrent les discussions parlementaires lors de la première révision de la loi de 1994, écartèrent l'éventualité d'une insémination ou d'une fécondation in vitro (FIV) avec le sperme congelé d'un conjoint décédé, tout en reconnaissant à la femme le droit de poursuivre le projet parental du couple en obtenant le transfert *in utero* de ses embryons cryoconservés⁵. Le projet de loi relative à la bioéthique voté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 22 janvier 2002 reprit cette disposition⁶. Mais cette faculté fut supprimée dans la loi définitivement adoptée le 6 août 2004. Pour qu'il n'y ait aucune ambiguïté, la loi a même renforcé cette prohibition en ajoutant à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique un alinéa qui dispose de manière explicite : *« font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons, le **décès d'un des membres du couple**, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie... »*.

Au moment de la révision de la loi du 6 août 2004, les différents rapports préparatoires publiés à ce jour⁷ reviennent sur cette interdiction. Si aucun d'entre eux ne recommande la levée de l'interdiction de l'insémination ou de la fécondation in vitro *post mortem*, ils considèrent, à l'exception du rapport du Conseil d'Etat, que le transfert d'embryons *post mortem* pourrait être autorisé sous certaines conditions précises. Tous ces textes soulignent le dilemme éthique qui oppose le fait de faire naître délibérément un enfant orphelin de père, à la

⁵Conseil d'Etat : « Les lois bioéthiques 5 ans après », janvier 1999, La Documentation française ; Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, Rapport sur l'application de la loi N° 94-654 du 29 juillet 1994 ; Rapport n°3528 du 01/01/2002 au nom de la Commission spéciale de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi relatif à la bioéthique ; Rapport n°3525 du 09/01/2002 au nom de la Délégation aux droits des femmes de l'Assemblée Nationale.

⁶Le projet modifiait ainsi l'article L. 2141-2 du code de la santé publique : *« L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple...L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou concubins et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. La dissolution du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons. Toutefois, le transfert des embryons conservés peut être réalisé à la suite du décès de l'homme dès lors que celui-ci a donné par écrit son consentement à la poursuite du processus d'assistance médicale à la procréation dans l'éventualité de son décès. Cette faculté lui est présentée lorsqu'il s'engage dans le processus ; son consentement peut-être recueilli ou retiré à tout moment auprès du centre dont il relève. Le transfert d'embryons ne peut être réalisé qu'au minimum six mois et au maximum dix-huit mois après le décès. La naissance d'un ou de plusieurs enfants à la suite d'un même transfert met fin à la possibilité de réaliser un autre transfert. La femme doit bénéficier dans ce cadre d'un accompagnement personnalisé. Elle peut à tout moment exprimer, auprès du centre dont elle relève, son renoncement à la poursuite de ce transfert. Son mariage ou son remariage fait obstacle à la réalisation de ce transfert d'embryons »*.

⁷Assemblée Nationale : Rapport n°2832 du 25/01/2006 de la mission parlementaire sur la famille et les droits des enfants ; Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques (OPECST) : Rapport sur la révision de la loi bioéthique, décembre 2008 ; Conseil d'Etat : Rapport sur la révision de la loi bioéthique, mai 2009 ; Assemblée nationale : Rapport d'information de la mission parlementaire sur la révision de la loi bioéthique, janvier 2010

souffrance de la femme qui souhaite poursuivre le projet parental de son couple et qui n'a d'autre choix que la destruction des embryons ou le don à un autre couple. Cette impossibilité du transfert *post mortem* a même été qualifiée de « violence » par les citoyens des États généraux de la bioéthique pour qui « l'autorisation donnée à une femme de poursuivre une grossesse est apparue comme une évidence »⁸. Les conclusions des rapports favorables à la levée de l'interdiction du transfert d'embryon *post mortem*, subordonnent cette possibilité au consentement exprès donné par l'homme au cours de la procédure d'assistance médicale à la procréation. Ils préconisent d'enserrer cette pratique dans des délais respectant un temps de réflexion après le décès et une durée maximum pour ne pas trop éloigner de la disparition du père, la grossesse et la naissance d'un enfant.

C'est dans ce contexte que le CCNE a considéré devoir de se pencher à nouveau sur les aspects éthiques de la procréation médicalement assistée *post mortem*.

I. DIFFÉRENTS CAS DE FIGURES

1) Utilisation *post mortem* de sperme cryoconservé

Les demandes de procréation avec le sperme cryoconservé d'un homme décédé, peuvent être formulées par une femme, épouse ou concubine de cet homme, dans deux hypothèses : soit le sperme a été congelé dans le cadre d'une autoconservation préventive avant traitement potentiellement stérilisant, soit le sperme a été congelé dans le cadre d'une procédure d'assistance médicale à la procréation (AMP). Dans les deux cas il s'agit d'une AMP intraconjugale.

a) Autoconservation préventive du sperme

L'autoconservation du sperme des hommes devant subir un traitement médical risquant d'altérer leur fertilité a été pratiquée par les CECOS (Centre d'Études et de Conservation des Œufs et du Sperme) dès leur ouverture en 1973. Cette activité tout d'abord prévue par différents textes réglementaires, notamment les règles de bonnes pratiques en assistance médicale à la procréation, a été consacrée par la loi bioéthique de 2004⁹. A la date du 31 décembre 2006, les spermatozoïdes de 34 827 patients étaient conservés dans les CECOS¹⁰. Les règles de bonnes pratiques d'assistance médicale à la procréation précisent, dans le chapitre consacré à la conservation des gamètes et des tissus germinaux à usage autologue, que « Toute personne devant subir un traitement présentant un risque d'altération de sa fertilité a accès aux informations concernant les possibilités de conservation de gamètes ou de tissu germinale. Lorsque la conservation est réalisée dans le contexte d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital, le patient reçoit une information spécifique et ciblée ». Ce texte précise également que le consentement doit être donné par écrit et que **la restitution ultérieure des paillettes n'est faite qu'au patient lui-même**. Chaque année, il est demandé

⁸Rapport final des États généraux de la bioéthique, juillet 2009, annexe, p.14

⁹Art. L. 2141-11 du code de la santé publique : « En vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation, toute personne peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de tissus germinale, avec son consentement et, le cas échéant, celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur lorsque l'intéressé mineur ou majeur fait l'objet d'une tutelle, lorsqu'une prise en charge médicale est susceptible d'altérer sa fertilité, ou lorsque sa fertilité risque d'être prématurément altérée ».

¹⁰Agence de la biomédecine : *Bilan d'application de la loi de bioéthique*, oct. 2008

au patient, qui lui seul peut exprimer sa volonté, s'il souhaite poursuivre ou non la conservation de ses paillettes. « *En cas de décès, il est mis fin à la conservation* ». ¹¹

Cette autoconservation préventive avant une thérapeutique ou une intervention potentiellement stérilisante telle qu'une chimiothérapie, une radiothérapie ou encore une chirurgie, peut être demandée indépendamment de tout projet précis et immédiat de procréation. Un long laps de temps peut, en effet, s'écouler entre la conservation du sperme qui peut intervenir alors que le patient est encore mineur et le moment où il souhaite l'utiliser pour une procréation. Mais l'autoconservation de sperme peut aussi être effectuée avec l'intention de mener à bien un projet d'enfant précis et déjà décidé par un couple.

La femme qui demande à bénéficier d'une insémination ou d'une fécondation *in vitro post mortem* avec le sperme autoconservé de son conjoint ou concubin décédé peut ainsi vouloir réaliser un projet auquel l'homme aura pris part et consenti de façon plus ou moins directe et explicite suivant les circonstances.

b) Sperme cryoconservé dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation

Le sperme a pu être cryoconservé pour répondre à la demande parentale d'un couple. Selon les indications médicales posées pour pallier l'infertilité du couple, il est destiné à être utilisé soit pour une insémination artificielle, soit pour une fécondation *in vitro* selon la qualité du sperme autoconservé.

Dans le cas d'une insémination artificielle intra utérine, le sperme est habituellement recueilli et préparé en laboratoire le jour même de l'insémination. Mais il peut arriver que l'homme ne puisse être présent le jour prévu pour l'insémination et que son sperme soit congelé pour pallier cette absence.

Dans le cas d'une fécondation *in vitro*, celle-ci nécessite une stimulation ovarienne, une ponction des ovocytes et la fécondation par la mise en contact des gamètes selon un mode classique ou par la technique de l'ICSI (*Intra Cytoplasmique Sperm Injection*) qui consiste à injecter directement un spermatozoïde dans l'ovocyte à travers sa membrane plasmique. Lorsqu'une FIV est prévue, il peut également être nécessaire de congeler le sperme si son recueil ne peut avoir lieu le jour de la ponction des ovocytes, ou bien par crainte d'une détérioration d'un sperme déjà altéré justifiant d'une ICSI, ou encore parce que le conjoint craint de ne pas réussir à donner son sperme le jour de la ponction.

Le décès du conjoint peut survenir de façon imprévisible avant la tentative d'insémination artificielle ou de FIV. L'existence du projet parental ne peut alors être contestée puisque la procédure d'assistance médicale à la procréation est déjà engagée.

2) Transfert d'embryon *post mortem* :

Une assistance médicale à la procréation peut nécessiter une fécondation *in vitro*, soit en raison de la nature de l'infertilité du couple, soit pour éviter de transmettre à l'enfant une maladie d'une particulière gravité grâce à un diagnostic préimplantatoire (DPI) pratiqué sur l'embryon *in vitro*, soit encore parce qu'il est nécessaire de recourir à un don de gamètes. La

¹¹Arrêté du 3 août 2010 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicales à la procréation, Ministère de la santé et des sports, J.O. du 11 septembre 2010

FIV implique la mise en place d'un dispositif relativement lourd et contraignant pour la femme. Elle doit, en effet, subir une hyperstimulation hormonale ainsi qu'un geste chirurgical sous anesthésie pour le prélèvement ovocytaire. Pour ne pas avoir à renouveler cette procédure en cas d'échec de la première tentative de grossesse, ou de souhait d'un nouvel enfant, le couple peut donner son accord par écrit pour que des ovocytes soient fécondés en nombre supérieur de façon à obtenir des embryons « surnuméraires » qui, s'ils sont de bonne qualité, seront cryoconservés en vue d'un transfert ultérieur¹². Les deux membres du couple sont consultés chaque année sur leur souhait de conserver les embryons¹³.

Le décès de l'homme appartenant au couple peut intervenir à différents moments du processus de l'AMP avec FIV. Il peut se produire alors qu'aucun transfert *in utero* n'a encore pu aboutir à la naissance d'un enfant. Il se peut aussi qu'il intervienne après qu'un ou plusieurs enfants soient nés au sein du couple. Dans les deux cas, la femme qui souhaite, malgré le décès de son conjoint ou concubin, poursuivre le projet d'enfant de son couple en bénéficiant d'un transfert *in utero* des embryons cryoconservés, se heurte à la prohibition de la loi qui stipule que le décès de l'un des membres du couple met fin au projet parental.

D'une façon générale, les différents cas de procréation post mortem envisagés présentent tous la particularité d'être exceptionnels. Le nombre potentiel de demande de transfert d'embryon *post mortem* ne semble pas dépasser un ou deux par an en France. Les demandes d'utilisation de sperme *post mortem* pourraient être plus nombreuses dans la mesure où elles peuvent être formulées à la suite d'une autoconservation de sperme avant traitement d'une maladie grave avec un risque vital pour le patient.

Une autre situation doit aussi être évoquée : celle du décès de la femme engagée dans une procédure d'AMP avant que la transplantation d'un embryon n'ait pu aboutir à une naissance. Son conjoint qui voudrait poursuivre le projet parental du couple ne pourrait le faire qu'en recourant à une autre femme acceptant de porter cet embryon. Le CCNE s'étant prononcé en défaveur de cette pratique quelles qu'en soient les circonstances¹⁴, cette hypothèse ne sera pas traitée dans cet avis. Il ne sera pas question, non plus, du devenir des embryons congelés après séparation du couple qui relève d'une autre problématique.

II. PROBLÈMES ÉTHIQUES

1) **Les objections éthiques à l'assistance médicale à la procréation *post mortem***

¹²Seuls 20 à 25% des couples pourront avoir des embryons susceptibles d'être congelés en fonction de leur aspect morphologique et de leur cinétique de clivage.

¹³Au 31/12/2006, 176 500 embryons congelés étaient conservés dans les centres d'AMP en France, ce qui ne signifie pas qu'ils étaient forcément des embryons « surnuméraires ». A cette date, 53% des couples avaient confirmé par écrit leur projet, 27% n'avaient pas répondu au courrier annuel ou étaient en désaccord et 20% avaient abandonné leur projet parental : Agence de la biomédecine, *Bilan d'application de la loi bioéthique*, oct. 2008

¹⁴Avis n°110 « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 6 mai 2010

La liberté de procréer fait partie intégrante de la protection de la vie privée qui est un droit fondamental¹⁵. Peut-on cependant considérer qu'il existe des raisons éthiques de limiter cette liberté, notamment lorsqu'elle s'exerce dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation ? Dans le cas de l'utilisation du sperme congelé ou du transfert d'un embryon cryoconservé après le décès de l'homme faisant partie du couple, des objections peuvent, en effet, être soulevées au regard de l'intérêt de l'enfant, de l'intérêt de la mère et du point de vue de la société.

a) L'intérêt de l'enfant.

L'enfant qui naîtrait ainsi, serait privé de père ce qui constitue la privation d'un bien élémentaire pour un enfant. Cette situation délibérément programmée est différente de celles auxquelles on doit faire face *a posteriori* en cas de décès, de départ ou d'absence du père. Elle nous conduit à nous interroger sur le sens et la place de la paternité dans notre société et sur le risque d'un effacement du rôle du père. Mais il faut aussi prendre en considération le fait que l'enfant saura qui est son père, même si celui-ci est décédé, qu'il sera inscrit dans sa double filiation et aura sa place généalogique dans la lignée paternelle.

Une autre crainte est que les circonstances d'une telle naissance ne fassent peser sur l'enfant le poids « d'être dans la position d'enfant né du deuil »¹⁶ ce qui serait un facteur de déséquilibre ou de difficultés psychologiques. D'autres pourraient penser, à l'inverse, qu'il serait dans la position de l'enfant né malgré le deuil en permettant à la vie de surmonter la mort. Mais dans un cas comme dans l'autre, ce qui serait préjudiciable pour cet enfant serait d'être enfermé *a priori* dans une position prédéterminée et qu'on lui attribue un rôle, réel ou supposé, de substitut de l'homme décédé. L'enfant devrait, au contraire, être accueilli pour lui-même, et être conforté par le fait qu'il a été désiré par ses deux parents et qu'il a eu un père, même si celui-ci n'est plus là.

Il ne faut cependant pas sous-estimer les difficultés que risqueraient de rencontrer ces enfants. Le témoignage de parents d'enfants privés de leur père ou de leur mère à la suite d'un décès fait état du poids de cette absence¹⁷. Selon leur expérience, même si les enfants orphelins savent qu'ils ont été conçus par un acte d'amour, ils ont toujours un manque et le sentiment d'être différents des autres, d'être à part. Lorsque la mère est enceinte au moment de la mort du père, les enfants ont du mal à accepter que celui-ci n'ait pas été là au moment de leur naissance et n'ait pas pu les connaître. Dès lors, comment leur expliquer et leur faire accepter le fait que leur père ait été déjà mort quand ils ont été conçus ? L'angoisse de la mort en général et surtout de celle de l'autre parent vivant est toujours très forte et risque d'être exacerbée par les circonstances particulières de cette naissance. La surprotection de l'enfant par la mère, l'idéalisation de l'image du père décédé, peuvent aussi être des facteurs de fragilité particulièrement sensibles au moment de l'adolescence. Enfin, toujours selon ce témoignage, il ne semble pas rare que les parents de la personne décédée refusent de voir leurs petits enfants parce qu'ils représentent un rappel douloureux de la perte de leur propre enfant.

¹⁵Article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « droit de se marier et de fonder une famille » ; Article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales : « Droit au respect de la vie privée et familiale » ; article 7 et 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « droit au respect de la vie privée et familiale » et « « droit de se marier et de fonder une famille » ».

¹⁶Cet argument est repris dans la plupart des thèses opposées à l'AMP *post mortem*, notamment par le Conseil d'Etat dans son rapport de mai 2009 précité.

¹⁷Audition de deux membres de la FAVEC (Fédération des associations de conjoints survivants) le 18 novembre 2010. La FAVEC n'a pas pris position spécifiquement sur la question de la procréation *post mortem*.

b) *L'intérêt de la mère*

La situation d'une femme qui décide délibérément d'entreprendre une grossesse alors qu'elle vient de perdre son conjoint ou compagnon, est différente de celle que subit une femme qui est dans l'obligation d'élever seule son enfant à la suite du décès ou du départ du père de celui-ci. Cependant, cette décision de la femme de poursuivre le projet parental interrompu par le décès de son conjoint, est-elle toujours véritablement libre et éclairée alors qu'elle intervient en période de deuil ? En particulier, si une maladie a été la cause du décès, celui-ci a pu être précédé d'une période de grande souffrance morale et de fatigue physique intense dont la femme subit encore les répercussions. Son état de vulnérabilité à ce moment peut, notamment, la rendre particulièrement sensible aux pressions familiales, amicales, voire sociales. Elle peut ne pas avoir pleinement conscience des difficultés éventuelles qu'elle rencontrera en élevant seule un enfant, surtout si son environnement matériel et affectif n'est pas susceptible de la soutenir. Elle va être obligée de vivre sa grossesse seule alors qu'elle avait prévu de la vivre à deux, et sans pouvoir partager les décisions à prendre¹⁸.

c) *Le point de vue de la société*

La femme qui souhaite bénéficier d'une assistance médicale à la procréation *post mortem*, va devoir demander l'aide de la société en faisant appel au corps médical et en bénéficiant des prestations sociales. La question peut alors se poser de savoir si la société doit prêter son concours pour permettre la naissance délibérée d'un enfant orphelin de père et si elle devra en assumer les frais de la même façon que lorsque cette circonstance intervient fortuitement. Mais cet argument pourrait en partie être réfuté au cas où la femme demanderait à récupérer l'embryon ou les paillettes de sperme cryoconservés pour entreprendre, à ses frais, une grossesse médicalement assistée dans un pays qui l'autorise après le décès du conjoint.

Au-delà de l'aspect financier, la société ne peut pas rester indifférente au fait de favoriser la naissance d'un enfant dans un contexte qui peut lui être défavorable puisqu'il sera privé de père et que la monoparentalité est souvent un facteur de fragilisation, voire de précarisation des familles¹⁹. Cependant, une situation voulue et se présentant dans un contexte exceptionnel ne peut pas être assimilée systématiquement à des situations la plupart du temps subies, et qui représentent un phénomène de société dû à de multiples causes et répondant à des contextes socio-économiques divers.

Une autre objection, soulevée notamment par le Conseil d'État, est celle de l'opportunité d'une modification substantielle de notre droit pour répondre à des situations extrêmement rares. En effet, le droit de la filiation ainsi que le droit des successions devraient être adaptés pour prendre en compte la situation particulière d'un enfant dont la date de naissance se situerait en dehors de la période présumée de conception. Cependant les difficultés juridiques

¹⁸Comme toute femme élevant seule ses enfants, elle peut, par la suite, être confrontée à des difficultés comme la maladie ou la perte d'un emploi et être obligée d'y faire face seule si elle ne peut pas être aidée par son entourage. Les membres auditionnés de la FAVEC ont insisté sur la non reconnaissance de la condition d'orphelin et de parent veuf par la société, qui se traduit par une absence d'aide matérielle et morale, particulièrement lorsque le couple n'était pas marié.

¹⁹En ce sens : Rapport 2009-2010 de l'Observatoire National de la Pauvreté et de l'Exclusion Sociale et « *Les familles monoparentales : des difficultés à travailler et à se loger* », Enquêtes et études démographiques, Insee, 2008

soulevées ne seraient pas un obstacle insurmontable comme l'ont montré diverses propositions de modification de la loi²⁰. Le questionnement sur l'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple reste donc essentiellement **de nature éthique et non juridique**.

2) **Différence entre utilisation *post mortem* de sperme cryoconservé et transfert d'embryon *post mortem*.**

Les questions éthiques se posent-elles différemment selon qu'il s'agit d'une demande d'utilisation *post mortem* de sperme cryoconservé ou d'un transfert d'embryon *post mortem* ? Le fait que la fécondation de l'ovocyte ait lieu avant ou après la mort de l'homme faisant partie du couple change-t-il la nature de la demande et de l'acte ainsi que ses conséquences ? La garantie que l'homme a donné son consentement libre et éclairé à une éventuelle procréation posthume, a-t-elle la même force dans les deux cas ?

En Europe, les pays qui autorisent la procréation médicalement assistée *post mortem* ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire une distinction entre utilisation du sperme cryoconservé et transfert d'embryon. C'est le cas de la Belgique, de l'Espagne, des Pays-Bas et du Royaume-Uni. Le Danemark, l'Italie et la Suisse interdisent, explicitement les deux pratiques. La loi allemande proscrit l'insémination *post mortem*, la cryoconservation des embryons n'étant, en principe, pas admise²¹.

a) *Conflit entre la volonté du couple de poursuivre son projet parental après la mort de l'homme et la responsabilité de faire naître un enfant orphelin de père.*

La procréation après le décès de l'homme s'inscrit-elle toujours dans le projet parental initial ou devient-elle le projet de la femme seule ? Pour certains, la mort marque la fin des projets. Pour d'autres, la conjugalité peut se poursuivre après la mort. Une œuvre commune peut être poursuivie après le décès d'un des membres du couple, de même que peuvent être réalisés des projets décidés en commun comme, par exemple, ceux relatifs à l'éducation des enfants. Mais un projet parental n'engage pas uniquement les deux membres du couple vis-à-vis l'un de l'autre. Leur responsabilité commune est aussi engagée vis-à-vis d'un tiers qui est l'enfant à venir. Une poursuite du projet parental *post mortem* ne peut donc être acceptable que si elle

²⁰Selon l'article 311 du code civil : « la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance ». Cette règle, lorsque le couple est marié, se combine avec la présomption de paternité à l'égard du mari, énoncée à l'article 312 du code civil : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». En cas de procréation *post mortem* la présomption de paternité sera écartée puisque l'enfant sera né plus de 300 jours après le décès du mari.

Lorsque le couple n'est pas marié, la filiation paternelle peut être établie, selon l'article 316 du code civil, « par la reconnaissance de paternité... avant ou après la naissance ». En cas de procréation *post mortem*, la reconnaissance, qui est un acte volontaire et personnel, ne pourra être effectuée par le père décédé. La reconnaissance prénatale prévue par la loi ne pourra non plus s'appliquer car elle ne peut concerner qu'un enfant déterminé et suppose donc une grossesse déjà commencée.

Le Conseil d'État dans son rapport de 1999 « *Les lois bioéthiques : cinq ans après* » avait proposé plusieurs modifications du code civil pour pallier ces difficultés tant en matière d'établissement de la filiation paternelle qu'en matière successorale. Ces modifications du code civil avaient été reprises par le projet de loi relative à la bioéthique voté en première lecture par l'Assemblée Nationale en 2002.

²¹Document de travail du Sénat : *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, série Législation comparée, n°LC 193, janvier 2009.

procède de la volonté des deux membres du couple qui y ont explicitement consenti²². Cela suppose une procédure de recueil du consentement avant le décès de l'homme. Sur un plan pratique, le consentement – révoquant à tout moment – à une procréation *post mortem* pourrait être recueilli au moment de la congélation du sperme ou des embryons et être renouvelé annuellement au moment où les patients sont questionnés sur leur volonté de maintenir la cryoconservation. Dans le cas du transfert d'embryon, le consentement à la création d'embryons et à la congélation des embryons surnuméraires a déjà été donné au moment de la fécondation *in vitro*. Le projet parental est donc d'ores et déjà engagé et l'embryon existe du vivant des deux parents potentiels. Le consentement, en cas de décès, ne porterait donc que sur le devenir de l'embryon et sur l'acte clinique du transfert *post mortem*. Dans le cas de l'insémination ou de la FIV *post mortem*, le consentement à la fécondation n'aura pas pu être donné du vivant de l'homme bien que la volonté de s'engager dans un projet parental ait déjà pu avoir été exprimée clairement et sans ambiguïté par les deux membres du couple. Le consentement recueilli préalablement au décès porterait donc sur la conception *post mortem* d'un embryon et non sur le devenir d'un embryon déjà existant.

Si l'on considère que ce qui doit primer, c'est la volonté du couple de poursuivre au-delà de la mort son projet parental – quel que soit son degré de réalisation – il n'y a pas lieu de faire une distinction entre l'utilisation du sperme cryoconservé et le transfert d'embryon *post mortem*. En effet, ce qui détermine l'existence d'un embryon plutôt que celle de paillettes de sperme cryoconservé, ce n'est pas l'état d'avancement du projet parental, mais l'indication médicale ayant nécessité une fécondation *in vitro*. Mais si l'on considère qu'un consentement à une procréation *post mortem* ne peut être valablement donné que si le projet parental a déjà été concrétisé par la fécondation d'un ovocyte, seul le transfert de l'embryon *post mortem* peut être envisagé. Cette position repose sur l'hypothèse d'une variation des projets dans le temps qui serait d'autant plus grande que le projet est moins structuré et abouti. Les cliniciens ont pu constater l'importance de cette variabilité liée à la variation psychologique due à la maladie et ceci particulièrement en contexte de fin de vie. Cependant, douter de la validité du consentement donné par un homme à l'utilisation de ses gamètes pour une fécondation après sa mort, peut être ressenti comme une grande violence. Cela peut être perçu comme une méconnaissance de l'état de détresse psychologique dans lequel se trouvent les couples en désir d'enfant et, en particulier, comme la négation du désir de l'homme de remédier à la souffrance de sa compagne de ne pouvoir devenir mère, en consentant à l'utilisation posthume de ses gamètes.

Dans les deux cas, la volonté du couple est confrontée de la même façon à l'intérêt de l'enfant. Que ce soit à la suite d'une utilisation de sperme *post mortem* ou d'un transfert d'embryon *post mortem*, l'enfant qui naîtra sera orphelin de père. Le fait que dans le cas d'un transfert d'embryon, la décision aura été de faire naître un enfant qui sera privé de père, alors que dans l'hypothèse d'une insémination *post mortem*, la décision aura été de concevoir un enfant qui sera privé de père, ne change pas la condition de l'enfant qui naîtra. Par ailleurs, le risque d'une éventuelle instrumentalisation de l'enfant dont la venue pourrait être souhaitée comme substitut à la perte du défunt, est le même dans les deux circonstances.

b) Recul des limites de la vie.

²²L'arrêté précité fixant les règles de bonne pratique d'assistance médicale à la procréation précise que le consentement écrit du couple préalable à la mise en œuvre de l'AMP, doit être renouvelé avant chaque tentative de FIV et d'insémination artificielle intraconjugales ainsi que de transfert d'embryon.

Toute l'évolution de la médecine montre que les progrès réalisés et les prouesses techniques visent la plupart du temps à faire reculer la frontière de la mort (les progrès de la réanimation et les greffes d'organes vitaux en sont des exemples). La procréation *post mortem* rendue possible par la cryoconservation du sperme, puis des embryons *in vitro*, pourrait être perçue comme une simple étape supplémentaire de cette évolution. Mais, à cet égard, les deux hypothèses – transfert d'embryon ou insémination *post mortem* – n'entraînent pas les mêmes effets. En cas d'insémination ou de FIV *post mortem*, l'enfant qui naîtra aura été conçu à un moment où son père était déjà mort depuis plus ou moins longtemps, ce qui symboliquement équivaut à permettre à un mort de procréer. Dans le cas du transfert d'un embryon conçu du vivant du père, le futur enfant a déjà une forme d'existence procédant des deux membres du couple et on ne se heurte pas de front à la même incapacité de procréer d'un mort.

Cependant les limites entre la vie et la mort ne sont pas toujours aussi claires comme le montrent les demandes d'assistance à la procréation *ante mortem* qui sont plus courantes que les demandes *post mortem*. La possibilité d'autoconservation du sperme lorsqu'une prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité de l'intéressé, est souvent décidée dans le contexte d'une maladie grave, mettant en jeu le pronostic vital. Le couple peut alors être tenté de demander dans l'urgence une insémination lorsque le pronostic s'assombrit²³.

Par ailleurs, la loi relative à la bioéthique de 2004 a consacré la possibilité de recourir à l'AMP lorsqu'elle a pour objet « *d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* »²⁴. Dans deux avis²⁵ précédant la loi de 2004, le CCNE s'était lui-même penché sur les problèmes éthiques posés par le désir d'enfant chez ces couples, et avaient émis des recommandations en faveur de leur prise en charge en AMP malgré le contexte d'incertitude pronostique qui pesait sur eux à cette époque²⁶.

Dans certains cas, où la demande d'AMP est formulée par un couple dont les deux membres sont vivants, l'éventualité de faire naître un enfant qui sera orphelin de père, peut ainsi exister également. Il y a donc un certain paradoxe de la loi qui, d'une part, autorise et organise des pratiques permettant à des couples de procréer dans un contexte où le risque pour l'enfant d'être orphelin est théoriquement possible et qui d'autre part, interdit la procréation médicalement assistée *post mortem*, précisément, pour éviter la venue au monde d'un enfant orphelin. La naissance programmée d'un enfant orphelin de père est un argument qui ne peut donc suffire, à lui seul, à justifier l'interdiction de la procréation *post mortem*.

²³Le président de la fédération française des CECOS, J.-L. Bresson a fait état de ses craintes, si le transfert devait être autorisé mais non l'insémination, que les couples demandent des FIV *ante mortem*, ce qui aurait aussi pour conséquence d'augmenter le stock d'embryons cryoconservés : *Mission parlementaire d'information sur la révision des lois bioéthiques*, 2010, T.2, p. 338.

On pourrait craindre que la fécondation *in vitro* ne se transforme en une sorte d'assurance, non seulement contre la stérilité, mais aussi contre la fatalité entraînant la fin d'un projet parental en cas de décès. La FIV deviendrait ainsi le symbole du franchissement de deux limites : celle de l'impossibilité d'avoir un enfant en raison de sa stérilité, puis celle de l'impossibilité d'avoir un enfant après sa mort.

²⁴Cette disposition concerne principalement les couples sérodifférents pour le VIH avec pour objectif la diminution du risque de contamination de l'autre membre du couple et de l'enfant à naître.

²⁵**Avis n°56 du 10 février 1998** sur les problèmes éthiques posés par le désir d'enfant chez des couples où l'homme est séropositif et la femme séronégative et **avis n°69 du 8 novembre 2001** sur l'assistance médicale à la procréation chez les couples présentant un risque de transmission virale : réflexions sur les responsabilités.

²⁶Le contexte n'est plus le même à l'heure actuelle. En effet, dans la pratique de l'AMP pour un couple dont l'un des membres est infecté par le VIH, les recommandations concernant les données viro-immunologiques de la personne infectée avant de réaliser l'AMP sont telles que la mise en œuvre d'un traitement antirétroviral autorise une espérance de vie sur le long terme proche de celle d'une population non infectée.

Plus généralement, la procréation dite *ante mortem* pose la question de la légitimité d'une intervention dans le choix d'un couple d'avoir un enfant alors que l'un des deux est atteint d'une pathologie mettant en jeu son pronostic vital à plus ou moins brève échéance. Elle met en évidence la difficulté de fonder une telle intervention sur la seule durée estimée du temps restant à vivre, toute limite fixée à cet égard ne pouvant être qu'arbitraire.

Mais ce qui distingue fondamentalement ces cas de procréation *ante mortem*, c'est que dans cette hypothèse, la temporalité des événements n'est pas bouleversée comme elle peut l'être par l'abolition du seuil entre la vie et la mort caractérisant la procréation *post mortem*. Cet élément est essentiel et suffit à différencier ces situations limites *ante mortem*, des situations procréatives *post mortem*.

3) **Autorisation du transfert d'embryon *post mortem*.**

Si les objections éthiques aux demandes de transfert d'embryons *post mortem* doivent être prises en considération, il existe également de fortes raisons éthiques pour que ces demandes soient acceptées.

La question ne se pose pas tant en termes de « droit » du couple ou de la femme sur les embryons cryoconservés, qu'en termes de « pouvoir de décision » sur leur devenir. Le sort de l'embryon dépend, en effet, uniquement du couple qui est à l'origine de sa conception, ainsi que le reconnaît la loi. C'est ce couple qui pourra décider de l'implantation *in utero* de l'embryon, de sa destruction, de son accueil par un autre couple ou encore de son don en vue d'une recherche.

Si l'homme décède, c'est à la femme seule qu'il reviendra de prendre toute décision sur le devenir de cet embryon sauf, paradoxalement, celle de le porter et de poursuivre sa grossesse comme elle pourrait le faire si l'embryon était déjà dans son corps. La présence de l'embryon en dehors du corps de la femme, provoque ainsi une situation inédite qui a pour effet de redistribuer le pouvoir de décision sur son sort entre les protagonistes qui ont participé à sa conception *in vitro*. Comme le souligne la sociologue Simone Bateman-Novaes, en se produisant « dans un espace de relations qui se situe entre au moins deux grands champs institutionnels : la famille et la médecine » la conception *in vitro* sera soumise « à au moins deux ensembles de normes et de valeurs, qui pourront à l'occasion provoquer des tensions entre les protagonistes dans la mesure où chaque ensemble relève de relations et de pratiques aux objectifs distincts »²⁷. C'est sur ces situations de conflit que la justice a eu à se prononcer avant le vote de la loi bioéthique de 1994 qui interdit la procréation médicalement assistée *post mortem*²⁸.

Mais les situations où, en application de la loi, un refus est opposé à une femme qui désire mener à terme le projet parental dans lequel elle s'est engagée avec son conjoint décédé, sont d'autant plus douloureuses pour elle qu'elle va être confrontée à un choix impossible. La loi ne lui laisse, en effet, pas d'autres alternatives que de demander la destruction des embryons,

²⁷Simone Bateman-Novaes : « Parents et médecins face à l'embryon : relation de pouvoir et décision », *L'embryon humain*, éd. Economica, 1996, p. 185-192,

²⁸Une enquête effectuée par la Revue du Praticien en 1998 montre une divergence d'opinion entre le corps médical et les couples : 74% des praticiens sont favorable l'interdiction légale alors que 69% des couples sont favorables au transfert des embryons *post mortem*. Référence citée dans le Rapport du 18 février 1999 de l'Office Parlementaire d'Évaluation des Choix Scientifiques et Techniques sur l'application de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994.

ou bien de les donner pour la recherche, ou encore de les faire accueillir par un autre couple. La loi prévoit même que la femme soit expressément invitée à faire savoir si elle consent à l'accueil par un autre couple de ce même embryon qu'elle lui interdit de porter elle-même²⁹. Cette éventualité serait particulièrement cruelle si le transfert d'embryon *post mortem* était son ultime chance d'être mère. Il pourrait en être ainsi, notamment, en raison de son âge ou si c'était son infertilité ou sa stérilité qui était à l'origine de la procédure de fécondation *in vitro*. Quant à l'enfant qui naîtrait de ce don, on peut se poser la question des conséquences psychologiques que pourrait avoir sur lui ce processus ayant abouti à sa naissance dans une famille « par défaut » parce que la loi a interdit qu'il naisse dans celle du couple qui est à l'origine de sa conception et qui a désiré sa venue au monde.

La société a-t-elle une légitimité à s'immiscer ainsi dans un souhait de maternité pour y opposer un refus, alors que la liberté de procréer relève de la sphère privée ? Certes, la femme qui décide d'entreprendre une grossesse grâce à une assistance médicale à la procréation va devoir demander le concours de la société. Il peut alors sembler légitime que celle-ci, sans s'arroger un pouvoir de décision discrétionnaire, organise les conditions de la réalisation d'un tel projet et, en particulier, que soit pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant à naître.

Dans le cas du transfert d'embryon *post mortem*, la privation du père, doit être mise en balance avec le respect de la volonté du couple de mener à bien son projet parental. Cependant, ce projet était fondé au départ sur la responsabilité partagée des deux membres du couple, ce qui pourrait justifier que la disparition de l'un des deux le rende caduque. Mais on ne peut, non plus, affirmer que la vie d'un couple s'éteint obligatoirement au décès de l'un des deux. Le couple peut précisément se prolonger dans la réalisation d'un projet élaboré et commencé en commun, plus encore lorsqu'il s'agit d'un projet de famille. C'est pourquoi, la poursuite du projet parental par la femme seule, pourrait être envisagée si l'homme a formellement donné, avant son décès, son consentement à une telle éventualité.

La programmation de la naissance d'un enfant privé de père doit aussi être mise en balance avec la réalité présente d'un embryon existant et le respect qui lui est dû. Les conceptions philosophiques, théologiques, scientifiques sur la nature de l'embryon sont multiples. Le CCNE dans ses précédents avis désigne l'embryon comme une « personne humaine potentielle »³⁰. Certains y reconnaissent le fruit unique de l'union entre deux gamètes et deux volontés, commencement d'une destinée, être singulier sur lequel sera prise la décision. Pour d'autres, la différence biologique entre les paillettes de sperme et l'ovocyte fécondé n'implique pas qu'on leur accorde un statut différent en raison de la similitude de leur devenir qui dans un cas comme dans l'autre dépend uniquement de l'existence ou de l'absence d'un projet parental.

La volonté commune du couple et la certitude pour l'enfant d'avoir été désiré par son père autant que par sa mère, ne peuvent compenser le handicap de naître orphelin de père. Cependant, la condition de l'enfant ne peut se résumer à cette particularité, si douloureuse soit-elle. Cet enfant aura aussi une mère dont on ne peut douter *a priori* de sa capacité à l'élever seule comme le font les nombreuses femmes dans cette situation. Il peut avoir également une famille présente du côté paternel. Il saura qui est son père, pourra connaître son histoire et se situer comme fils ou fille, même d'un père décédé mais dont la présence

²⁹Article L. 2141-5 alinéa 3 du Code de la santé publique « En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-5 »

³⁰Voir l'avis n°112 du CCNE « Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine et la recherche sur l'embryon humain in vitro »

symbolique persistera³¹. Il n'est pas non plus exclu qu'une figure de l'entourage de la mère puisse assurer la fonction paternelle laissée vacante.

L'intérêt de l'enfant sera d'autant mieux préservé que la décision de la femme de recourir à un transfert d'embryon *post mortem*, aura été prise de façon consciente, informée et réfléchie. Un délai nécessaire après la survenue du décès devrait être respecté pour que cette décision n'intervienne pas pendant la période marquée par le choc du deuil. La femme devrait aussi être informée du taux d'échec important des transferts d'embryons congelés³², de façon à ce que la déception de ne pas voir aboutir son projet ne s'ajoute pas à la douleur de son deuil.

On peut s'interroger sur les motivations de la décision du couple de donner la vie à un enfant dont le père sait qu'il ne pourra participer à son développement, mais chaque décision de procréation, quelles qu'en soient les circonstances, répond à des motivations intimes sur lesquelles le CCNE n'a pas de jugement moral à porter. Comme il l'a souligné dans son **avis n°40**, « *des motivations multiples peuvent être à l'origine de la décision de continuer ou d'abandonner le projet parental, déterminées par l'ensemble des réactions de la femme à la mort de son conjoint et à la façon dont elle surmontera la disparition et la période de deuil. Mais il n'est pas possible de porter un jugement d'ordre général sur la nature et la valeur de ces motivations* ». Cependant, il paraît souhaitable d'accompagner la femme dans un moment où elle se trouve dans une situation de particulière vulnérabilité et où sa décision aura des conséquences sur sa vie entière ainsi que sur celle de l'enfant qu'elle mettra éventuellement au monde. Un accompagnement devrait lui être proposé de façon à ce que tous les aspects psychologiques, sociaux, juridiques et médicaux puissent être envisagés avec elle et lui permettent de prendre une décision réellement libre et éclairée.

4) Autorisation de l'utilisation *post mortem* de sperme cryoconservé

Les raisons éthiques qui viennent d'être avancées pour autoriser le transfert d'embryon *post mortem* peuvent-elles être également invoquées pour lever l'interdiction de l'utilisation *post mortem* de sperme cryoconservé? Tous les avis qui se sont prononcés jusqu'à présent en faveur du transfert d'embryon ont exclu d'étendre cette possibilité à l'insémination *post mortem*.

Les demandes de procréation avec le sperme cryoconservé d'un conjoint décédé, risquent pourtant d'être potentiellement plus fréquentes que celles de transfert d'embryon. La justice a eu à se prononcer récemment sur une demande de restitution par une veuve, des paillettes de sperme de son mari décédé pour se faire inséminer à l'étranger, ce que le CECOS qui conservait ces paillettes lui refusait. La cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 22 juin 2010, a rejeté sa demande en application de la loi et des règles de bonnes pratiques de l'AMP qui stipulent que la restitution du sperme cryoconservé ne peut se faire qu'en présence du patient et avec son consentement³³. On a vu que cette interdiction pouvait paraître paradoxale alors

³¹Il faut, en effet, distinguer le statut du père qui est mort de celui du père qui est inconnu ou absent. L'absence physique du père décédé n'exclut pas sa présence symbolique très prégnante à travers la mémoire, le récit, les représentations. Inversement, la présence d'un père vivant n'exclut pas son absence effective ou perçue comme telle. Quant au père inconnu, sa présence ne peut être qu'imaginaire.

³²Le taux de naissances par transfert d'embryon congelé est de 13% (Agence de la biomédecine : données de 2010)

³³La femme prétendait avoir, en sa qualité d'épouse et d'héritière, une créance de restitution du sperme pris comme un des éléments de l'actif successoral du défunt. Or, l'article 16-11 du Code civil stipule que « *le corps humain, ses éléments et produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* »

que la loi organise, en vue d'une procréation future, le recueil et la conservation de paillettes de sperme d'hommes souffrant d'une maladie grave pouvant provoquer son décès.

Est-il légitime de détruire ces paillettes en cas de décès ou doit-on considérer qu'elles étaient destinées, au même titre qu'un embryon *in vitro*, à permettre une procréation demandée par le couple ayant un projet parental ? Comme il a été indiqué plus haut, la présence de sperme cryoconservé plutôt que d'un embryon ne dépend pas du degré d'engagement du couple dans son projet, mais de l'indication médicale posée. Le décès peut ainsi intervenir au cours du processus d'AMP, avant que soit réalisée une tentative de FIV ou alors que plusieurs tentatives d'insémination ont déjà été réalisées sans succès.

Le préalable serait donc que cette demande repose sur l'existence certaine d'un projet venant des deux membres du couple et que l'homme ait donné son consentement exprès à une éventuelle utilisation de son sperme cryoconservé, après son décès. Mais l'impossibilité de recueillir le consentement de l'homme au moment même de l'utilisation de ses gamètes pour une fécondation, peut laisser subsister un doute sur le fait qu'il aurait donné son accord à ce geste pouvant intervenir quelques mois, voire quelques années après le recueil de son sperme. En effet, l'homme est questionné chaque année sur son souhait de maintenir la cryoconservation de ses paillettes de sperme, mais une réponse positive n'est pas nécessairement liée à un projet parental déterminé.

La situation particulière de l'enfant qui naîtra sera la même que dans le cas du transfert d'embryon *post mortem*. Dans les deux cas, la société aura prêté son concours à la femme pour permettre la naissance délibérée d'un enfant privé de père. Mais dans le cas où la demande porte sur le transfert *in utero* d'un embryon, et quelles que soient les convictions avancées sur la nature de l'embryon et sur sa différence ontologique avec les gamètes, la femme qui se voit opposer un refus, est contrainte de prendre une décision douloureuse sur le devenir d'un embryon déjà existant, décision qui sera toujours contraire à sa volonté. La femme n'est pas confrontée à un tel dilemme dans le cas de l'insémination ou de la FIV *post mortem* puisqu'elle n'a pas de décision explicite à prendre à l'égard des paillettes de sperme congelées. Ce qu'elle demande à la société, c'est de l'aider à concevoir, *ex nihilo*, un enfant avec les gamètes d'un homme décédé. Or, la mort ne constitue pas une impossibilité pathologique de procréer à laquelle il conviendrait de remédier médicalement.

De plus, dans le cas de l'insémination ou de la FIV *post mortem*, pour l'enfant, la charge symbolique d'avoir été conçu avec les gamètes d'un homme alors qu'il était déjà mort, pourrait aggraver les difficultés qu'il éprouvera déjà du fait d'être né privé d'un père.

CONCLUSION

Pour certains membres du CCNE, la procréation post mortem, qu'il s'agisse du transfert d'embryon ou de l'utilisation du sperme congelé, doit demeurer interdite au nom d'un droit absolu de l'enfant d'avoir ses deux parents vivants au moment de sa procréation. Contribuer délibérément à la naissance d'un enfant orphelin de père, au motif qu'il est le fruit d'un « projet parental », reviendrait à ériger cette notion en un impératif supérieur à l'intérêt de l'enfant qui est de ne pas être privé de l'affection et de l'éducation paternelle et ferait prévaloir la souffrance de la mère sur la souffrance de l'enfant à venir. Cette volonté du couple de procréer au-delà de la mort, risquerait d'être dictée par un désir illusoire de survie à travers l'enfant et ne ferait qu'enfermer la femme dans son deuil et son passé.

D'autres membres estiment, eux, que la différence établie entre le transfert d'embryon *post mortem* et l'utilisation *post mortem* du sperme congelé, n'est pas toujours nettement justifiée éthiquement. C'est pourquoi, ils auraient préféré que soit introduite une certaine souplesse dans l'application des dispositions permettant de ne pas exclure systématiquement toutes les demandes d'utilisation *post mortem* du sperme congelé.

Pour autant, concernant l'utilisation *post mortem* du sperme cryoconservé, il ne semble pas opportun à la majorité des membres du CCNE de revenir sur son interdiction, pour les raisons énoncées plus haut, notamment le caractère plus difficilement vérifiable du consentement du père au moment même de la procréation et la non présence d'un embryon qui procéderait des deux membres du couple et concrétiserait ainsi le projet parental.

Il en va autrement du transfert d'embryon *post mortem*. Les couples engagés dans une procédure d'assistance médicale à la procréation qui a donné lieu à la cryoconservation d'embryons dits « surnuméraires » ont seuls le pouvoir de décider du sort de ces embryons. Si l'homme décède, c'est à la femme qu'il revient de prendre toute décision sur le devenir de l'embryon cryoconservé sauf, paradoxalement, celle de demander son transfert *in utero* dans l'espoir de mener à bien une grossesse. La loi lui interdit, en effet, de poursuivre le projet parental dans lequel elle s'était engagée avec son conjoint décédé. Mais alors qu'on lui oppose un refus, elle va être confrontée à une situation d'autant plus douloureuse qu'elle sera contrainte à faire un choix impossible. La loi ne lui laisse pas d'autres alternatives que de demander la destruction de l'embryon, ou bien de le donner pour la recherche, ou encore de consentir à son accueil par un autre couple. Cette éventualité peut paraître particulièrement cruelle si le transfert de l'embryon est son ultime chance d'être mère, notamment en raison de son âge ou de son infertilité.

La liberté de procréer relève de la sphère privée et comme l'a souligné le CCNE dans son avis n°40 sur « Le transfert d'embryons après le décès du conjoint (ou du concubin) », il peut y avoir à l'origine du souhait de la femme de poursuivre ou non le projet parental, des motivations multiples sur la nature et la valeur desquelles « *il n'est pas possible de porter un jugement d'ordre général* ». Cependant, la femme qui décide d'entreprendre une grossesse grâce à une assistance médicale à la procréation va devoir demander le concours de la société. La responsabilité de celle-ci est donc engagée et il est légitime qu'elle pose les conditions de réalisation d'un tel projet pour que soit, notamment, préservé l'intérêt supérieur de l'enfant qu'elle aura contribué à faire naître tout en sachant qu'il sera privé de père.

C'est pourquoi, la majorité des membres du CCNE considère que le transfert *in utero* d'un embryon après le décès de l'homme faisant partie du couple devrait pouvoir être autorisé si la demande de la femme répond aux conditions suivantes strictement respectées :

- 1) L'homme aura dû, de son vivant, exprimer sa volonté en donnant son consentement exprès au transfert – après son décès – d'un embryon cryoconservé. Sa responsabilité doit, en effet, être pleinement engagée par cette décision pouvant conduire à la naissance d'un enfant qu'il ne pourra élever.
- 2) Un délai de réflexion minimum devra être respecté après le décès, de façon à ce que la décision de la femme ne soit pas prise dans un moment où elle est en état de grande vulnérabilité. Pendant cette période, un accompagnement devra lui être proposé pour lui permettre d'envisager tous les aspects psychologiques, juridiques, sociaux et médicaux de sa décision, tant pour elle-même que pour l'enfant qui naîtra. Ce délai devra aussi être soumis à une durée maximum de façon à ce que la naissance éventuelle d'un enfant ne soit pas trop éloignée du décès du père.
- 3) Des modifications devront être apportées à notre droit de façon à ce que la filiation paternelle de l'enfant soit assurée.

Paris, le 10 février 2011