

Aspects juridiques de la procréation post mortem en perspective comparative Brésil-Portugal

Eduardo DANTAS¹

Vera Lúcia RAPOSO²

SOMMAIRE

- I. – PRÉSENTATION DU SUJET
- II. – PROCRÉATION *POST MORTEM*
 - A. – Insémination – Fertilisation *post mortem*
 - B. – Transfert *post mortem*
- III. – LA SOLUTION A LA LUMIÈRE DE LA LOI PORTUGAISE
- IV. – LA SOLUTION A LA LUMIÈRE DE LA LOI BRÉSILIENNE
- V. – CONSIDÉRATIONS CRITIQUES

1. Avocat, diplômé en droit, université fédérale du Pernambouc, spécialiste en droit du consommateur, *Universidad de Castilla-La Mancha*, maîtrise en droit médical, *University of Glasgow*, étudiant en doctorat de droit, *Universidade de Coimbra*. Président de l'APEDIMES, Association du Pernambouc de droit médical et de la santé, vice-président de la *World Association for Medical Law*, vice-président de la *Asociación Latinoamericana de Derecho Médico*, membre du *Council of Presidents de la World Association for Medical Law*, membre de l'Association française de droit de la santé, membre de l'Association de recherche et de formation en droit médical, vice-président de la *Comissão de Bioética da OAB/PE*, auteur des livres *Direito Médico* (Editora GZ, 2009) et *Comentários ao Código de Ética Médica* (Editora GZ, 2010). Courriel : eduardodantas@eduardodantas.adv.br.

2. Assistante à la faculté de droit de Coimbra, avocate, membre de *Vieira de Almeida & Associados*, chercheur au Centre de droit biomédical de la faculté de droit de Coimbra, Centre de droits de l'homme de l'université de Coimbra. Courriel : vera@fd.uc.pt.

I. – PRÉSENTATION DU SUJET

Les dernières décennies ont vu des progrès extrêmement rapides dans le domaine des sciences médicales, avec des effets que l'on n'a pas été capable de mesurer de façon adéquate. Les découvertes scientifiques sont d'une importance indéniable pour le développement de la société et ont un impact décisif sur elle, présentant des changements de comportement dans le tissu social, et donc aussi dans la façon dont les coutumes sont relativisées et modifiées.

Ces changements produisent évidemment des effets juridiques et le droit est nécessairement plus lent à fournir des solutions ou même à réglementer certains actes et procédures, ce qui provoque des conflits et des doutes découlant de la propre évolution de l'espèce.

En l'absence de réponse juridique aux conflits qui ont émergé récemment, c'est à la bioéthique et à l'interprétation systémique des sources de droit d'indiquer les nouvelles voies à explorer, visant à la pacification des relations sociales et au renforcement des liens de communication entre ces deux sciences si différentes, et pourtant si étroitement liées, que sont le droit et la médecine.

Une des situations qui illustre bien la difficulté de trouver le bon chemin parmi les alternatives possibles est expliquée par les conflits éthiques et juridiques découlant de la possibilité de procréation *post mortem*.

Récemment, deux affaires impliquant la procréation *post mortem* ont attiré l'attention de la presse brésilienne. La première³ traitait des pérégrinations judiciaires d'une femme – Nara Azzolini – qui avait perdu son fiancé – Bruno Leite – en raison d'un anévrisme qui l'avait tué en quelques heures. Après avoir reçu la nouvelle de sa mort imminente, Nara et les parents de Bruno décidèrent d'un commun accord de recourir aux services d'un centre de fertilité pour recueillir le sperme de Bruno afin de réaliser le projet du couple de générer des enfants.

Orientés par la clinique, ils sollicitèrent – et obtinrent – une ordonnance du tribunal (en moins de douze heures) pour effectuer une intervention chirurgicale visant à retirer du tissu des testicules de Bruno puis à le congeler. Ce tissu pourrait être conservé pendant environ vingt ans, selon les estimations scientifiques.

La prochaine étape, d'après le reportage, serait d'obtenir l'autorisation de concevoir un enfant par fécondation *in vitro* avec l'utilisation de matériel génétique – le sperme – du fiancé défunt. Au-delà des dilemmes bioéthiques qui se posent, cette situation se heurte à l'absence de législation spécifique sur le sujet, soulevant des doutes supplémentaires sur la voie à suivre, en raison des conséquences d'ordre héréditaire, patrimonial et psychologique.

3. Signalé par le portail Web G1 (www.g1.com.br) et reproduit sur le site de nouvelles juridiques *Espaço Vital* (www.espacovital.com.br) le 26 avril 2010.

Il faut aussi prendre en considération le fait qu'il n'existe pas de déclaration exprimant une volonté ou un document similaire qui établisse par écrit le désir du défunt de voir un enfant conçu après sa mort.

Quelques jours plus tard, le journal *Folha* de Sao Paulo⁴ signalait l'injonction accordée par le treizième tribunal civil de Curitiba/PR – affaire n° 0027862-73.2010.8.16.0001 – qui permettait à l'enseignante Katia Lenemeier d'entreprendre une grossesse grâce au sperme congelé de son mari, décédé trois mois plus tôt d'un mélanome. Surpris par le déclenchement de la maladie, le couple – marié depuis cinq ans – décida de demander l'aide d'experts médicaux afin de congeler le sperme du mari avant le début de la chimiothérapie qui pourrait le rendre stérile.

Cherchant à poursuivre le projet que tous deux partageaient, M^{me} Lenemeier contacta le laboratoire où avaient été réalisés la collecte et le stockage du sperme, afin de procéder à l'insémination. Elle fut alors informée par l'institution qu'elle ne pourrait pas l'utiliser, car il n'existait pas de consentement préalable du mari défunt permettant l'utilisation du sperme après sa mort.

C'est en raison de ce refus que s'est interposée l'action ordinaire citée ci-dessus, autorisant préalablement l'utilisation du matériel congelé, comblant ainsi un vide juridique.

Ces deux cas et bien d'autres, qui n'étaient traités jusqu'il y a quelques années que dans le domaine de la science-fiction, sont de plus communs, exigeant une position claire du législateur afin de dissiper les doutes et normaliser les situations, établissant quels sont les paramètres juridiques et les limites éthiques qui doivent être suivis dans des situations similaires.

Le but de cette brève étude est donc de conceptualiser les éléments juridiques portant sur les notions de fécondation *in vitro post mortem*, les plaçant dans une perspective historique et les analysant à la lumière des législations brésilienne et portugaise, en cherchant à identifier des solutions et des propositions de chemin à suivre.

Il est donc nécessaire de clarifier certains aspects techniques.

II. – PROCRÉATION *POST MORTEM*

La procréation *post mortem* peut prendre la forme de l'insémination, de la fertilisation ou du transfert d'embryons.

La première et la seconde hypothèses sont particulièrement controversées, en particulier quand il n'existe pas d'autorisation de l'élément masculin allant dans le sens de l'utilisation de son sperme à des fins reproductives.

4. Édition du 25 mai 2010.

Dans le troisième cas, il y a nécessairement consentement de l'élément masculin, qui permet d'abord l'utilisation de son sperme pour la fécondation des ovocytes de la femme ou compagne. Toutefois, ce consentement est donné, en règle générale, pour que le processus soit mené à bien du vivant de l'homme, de sorte que la question est de savoir si ce consentement subsisterait s'il savait qu'il allait mourir bientôt et que son enfant naîtrait après sa mort.

En fait, tous les cas auxquels nous sommes confrontés sont associés à la mort de l'élément masculin et à la volonté consécutive de l'élément féminin d'utiliser son sperme ou les embryons générés par celui-ci. Mais, en théorie, on peut également rencontrer le cas inverse, l'homme étant celui qui souhaite utiliser les ovocytes de la personne décédée ou les embryons générés avec des ovocytes de cette dernière, en utilisant, par exemple, une mère porteuse ou même l'utérus de sa nouvelle compagne. Mais nous ne nous étendons pas sur cette version de la procréation *post mortem*.

Non seulement parce que les complications liées à cette hypothèse sont beaucoup plus complexes (rappelons-nous, d'abord, qu'il sera toujours nécessaire d'utiliser une mère de substitution, ou tout au moins de réaliser le transfert des embryons ainsi créés vers l'utérus de la nouvelle compagne du survivant, ce qui peut heurter certaines sensibilités), mais aussi parce que les régimes juridiques qui permettent dans une certaine mesure la procréation *post mortem* semblent envisager seulement la mort de l'élément masculin.

Au-delà des nombreux problèmes éthiques qui se posent et que nous aborderons en suivant, deux questions d'ordre pratique sautent aux yeux : d'une part, celle de la détermination de la filiation ; d'autre part, celle de la succession héréditaire.

Il n'y a ni consensus social, ni religieux, ni même juridique sur cette pratique, car si certaines législations l'admettent à certaines conditions (les Pays-Bas, la Grèce, le Royaume-Uni ou la Belgique), d'autres l'interdisent strictement (l'Italie, la France) et de nombreuses autres sont muettes en la matière (Brésil).

En plus des nombreux problèmes éthiques qui se posent, et qui seront traités un peu plus loin, deux questions d'ordre pratique sautent aux yeux d'emblée : d'une part, la détermination du lien de filiation, d'autre part, la succession héréditaire.

En ce qui concerne la question de l'hérédité⁵, en particulier au Portugal, le problème se pose parce que les lois de succession ont été rédigées en partant de l'hypothèse que les successeurs ont été conçus au moins à la date du décès du *de cuius*, sachant que la conception tend à être associée aujourd'hui, surtout par la médecine, avec le moment de l'implantation utérine et non de la fécondation. Admettre l'appel à la succession de ces nouveaux (et inattendus) héritiers serait introduire ici une zone d'insécurité juridique extrêmement dangereuse. Mais, d'autre part, les éloigner d'une succession implique une discrimination sur la base des conditions de naissance, ce qui est interdit par la loi dans les deux pays depuis longtemps.

5. Marco António ZANELATO, « Fertilização Artificial : Efeitos Jurídicos », *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n° 36, 2003, p. 53-59.

Quant à la problématique de la filiation, s'il existe un consentement préalable du père, qui fonctionne comme une reconnaissance de la paternité, l'enfant sera considéré, à des fins juridiques, comme sa progéniture. Par ailleurs, il semble que même sans un tel consentement, la solution ne peut être différente (du moins selon le régime portugais), sous peine que l'enfant ne soit privé de père juridique.

A. – Insémination – Fertilisation *post mortem*

Penchons-nous d'abord sur les situations dans lesquelles la femme est inséminée ou fécondée avec le sperme d'un homme déjà mort, en règle générale son mari.

Cette pratique est généralement interdite du point de vue juridique, car on considère qu'en disposant de son matériel génétique sans une volonté qui serve de support, on porte atteinte à la dignité de la personne décédée⁶. De la même manière, on peut craindre l'avidité de la veuve, qui voudrait obtenir une source de revenus supplémentaire à partir des biens du mari décédé, en utilisant un enfant comme une source ultime de revenus, étant donné le rôle central que ce dernier pourrait jouer en termes de distribution des biens⁷.

Cependant, nous croyons que dans la grande majorité des cas, ce qui motive ces femmes est un sentiment totalement opposé : l'amour pour le défunt, avec qui elles espéraient partager leur vie. Il s'agit maintenant d'essayer de combler leur absence à travers l'enfant tant désiré.

Si la fécondation *post mortem* est admise – et il nous semble qu'il s'agit d'une bonne solution – elle doit, toutefois, répondre à certaines exigences, en dehors de celles qui existent pour le testament de vie⁸ : 1. Se fonder sur la volonté expresse de la personne décédée, laquelle doit être formulée par écrit ; 2. Être réalisée dans un délai déterminé à compter de la mort du conjoint ou partenaire.

La tendance des législations nationales et des instruments internationaux est d'interdire cette pratique⁹. Cependant, on pourra toujours invoquer, dans le but de la permettre, le droit fondamental de former une famille, car il s'agit, en

6. Sérgio FERRAZ (*Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*, p. 29) désigne le respect de la dimension personnelle de la personne décédée.

7. Bien qu'un tel objectif soit difficilement réalisable de cette manière, comme le montre Maria CARCABA FERNÁNDEZ, *Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana*, p. 82.

8. Sur les directives anticipées, Roberto ANDORNO, Nikola BILLER-ANDORNO, Susanne BRAUER, « Advance Health Care Directives : Towards a Coordinated European Policy ? », *European Journal of Health Law*, vol. XVI, n° 3, p. 207-227 ; André PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 240 et suiv. ; « Advance Directives : Binding or Merely Indicative ? Incoherence of the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences and Insufficiencies of Newly Proposed Regulation », *European Journal of Health Law*, vol. XVI, n° 2, 2009, p. 165-171.

9. Pourtant, l'article 9-2 de la loi espagnole (loi n° 14/2006, du 26 mai) admet l'insémination *post mortem* s'il existe un consentement préalable formulé par écrit par le mari.

quelque sorte, du désir de la femme de prolonger la famille perdue avec la mort de son mari (même si tous les auteurs n'acceptent pas l'argument en ces termes¹⁰). Comme pour beaucoup d'autres questions de droit médical, il s'agit de savoir si nous devons nous en tenir à la stricte règle du consentement, dans l'intention de renforcer la sécurité, ou, au contraire, s'il est préférable de choisir la solution qui répond le mieux à l'intérêt supposé de la personne qui est dans l'incapacité de consentir, malgré tous les risques que cette solution pourra entraîner. Le contrat de mariage implique-t-il de façon concomitante une autorisation à la procréation, quelles que soient les circonstances futures, même si elles impliquent la disparition du père présumé ?

1. – Les grandes décisions

C'est en France que l'on trouve la plupart des décisions judiciaires sur cette question et ce sont elles qui ont marqué les tendances européennes dans ce domaine.

Dans les années 1980, dans la célèbre affaire Parpalaix¹¹, le tribunal de grande instance de Créteil fut appelé à statuer sur la demande d'une veuve qui, avec le soutien de ses beaux-parents, exigeait de la banque du sperme la restitution de la semence déposée par son mari quelques années plus tôt, afin d'être inséminée. Puisque son mari avait pris cette décision après avoir été informé qu'il souffrait d'un cancer des testicules, le tribunal jugea qu'un tel comportement pouvait être considéré comme une autorisation tacite pour une utilisation *post mortem*. Cette présomption était corroborée par le fait que la banque de sperme ne l'avait jamais informé que leur pratique était de ne pas autoriser la restitution du matériel génétique après la mort du déposant.

Une autre question intéressante débattue dans cette affaire concerne le statut juridique du contrat en question. Le tribunal jugea qu'il ne s'identifiait ni à un contrat de dépôt (puisque le sperme n'est pas un bien qui pourrait faire l'objet d'un tel contrat) ni à un contrat de don d'organes (de toute évidence, on n'a pas ici affaire à un organe), mais à un contrat *sui generis* à des fins thérapeutiques.

Quelques années plus tard, le tribunal de grande instance de Toulouse¹² – dans une décision relative à la réclamation d'une femme pour qu'un centre hospitalier lui rende le sperme que son mari défunt avait déposé – s'est intéressé à la classification contractuelle qui avait été proposée par le tribunal de Créteil. La différence avec le cas précédent réside dans le fait qu'ici l'homme avait signé un document qui stipulait expressément que le sperme ne pourrait être utilisé qu'en sa présence et avec son consentement. Le tribunal de Toulouse rejeta donc la demande de la requérante et ordonna la destruction du sperme, ici considéré comme *une sécrétion contenant le germe de la vie et destinée à la procréation d'un être humain*.

10. Il est rejeté et considéré comme inadéquat par Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita e Famiglia nel Diritto Internazionale*, CEDAM, Padova, 2003, p. 149.

11. Décision du 1^{er} août 1984, tribunal de grande instance de Créteil. Cf. Nathalie MASSAGER, *Les Droits de l'enfant à naître*, p. 433 et suiv.

12. Décision du 26 mars 1991, tribunal de grande instance de Toulouse.

Notons que la décision du tribunal ne se fonda pas sur la condamnation générale de cette pratique (bien qu'il révéla des inquiétudes à propos de l'établissement de la paternité de l'enfant né de cette façon), mais sur l'existence même de cette clause. Celle-ci ne pouvait être considérée comme révoquée par la volonté implicite du défunt, dans la mesure où le contenu des contrats ne peut être unilatéralement modifié ou abrogé, ainsi qu'il résulte des principes du droit des obligations. Pourtant, il reste la question de savoir si on ne pouvait pas appliquer les règles du droit de succession et considérer la veuve comme l'héritière du sperme du mari décédé, comme un tribunal de Californie l'a entendu quelques années plus tard aux États-Unis dans la décision *Hecht c./ Superior Court*¹³.

Toujours en France, le même tribunal de Créteil statua à nouveau sur une insémination *post mortem*¹⁴. Cette fois, bien qu'il considéra le contrat comme un dépôt (en même temps, le sperme a été qualifié juridiquement de « chose »), il refusa paradoxalement sa restitution à l'épouse du défunt, contrairement à ce qui aurait dû se passer s'il s'agissait d'un véritable contrat de dépôt. Nous supposons que la raison de ce refus vient de l'application de l'article L. 152.-2 du Code de la santé publique dont la formulation est issue de la loi n° 94-654¹⁵, qui stipule, parmi les exigences relatives aux bénéficiaires des techniques de procréation, que l'homme et la femme formant le couple soient vivants au moment de l'opération.

Mais c'est l'affaire *Blood*¹⁶ qui est encore aujourd'hui un des *leading cases* dans ce domaine. L'histoire se résume comme suit : M. Blood, qui avait commencé un traitement de reproduction avec son épouse, tomba soudainement dans le coma avant d'avoir pu laisser ses volontés par écrit. Il ne se réveilla plus jamais, mais avant sa mort, sa femme avait ordonné l'extraction de son sperme, prévoyant déjà une insémination future afin de réaliser leur rêve d'avoir ensemble des enfants. Le processus fut entamé, soulevant l'opposition immédiate de la *Human Fertilization Embriology Authority*, l'institution anglaise responsable de superviser les procédures reproductives éthiquement plus complexes.

13. Affaire *Hecht c./ Superior Court*, 20 Cal. Rptr. 2d 275 (Ct. App. 1993).

14. Décision du 4 avril 1995, du tribunal de grande instance de Créteil.

15. Loi n° 94-654, du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation d'éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

16. Affaire *Regina c./ Human Fertilisation and Embriology Authority*, ex parte *Blood* [1997] 2 All ER 687, *Court of Appeal*, commentée par Jean-Sylvestre BERGÉ, « Tourisme procréatif et droit communautaire européen des échanges : le cas *Blood* », in *Biomedicine, the Family and Human Rights*, p. 599 et suiv. ; Ruth DEECH, « Losing Control ? – Some Cases », in *Biomedicine, the Family and Human Rights*, p. 582 et suiv. (dans son commentaire de l'affaire, l'auteur considère que, si la pression sur la *Human Fertilisation and Embriology Authority* suscitée par les événements n'avait pas été si importante, elle aurait pu et aurait dû maintenir son refus en faisant prévaloir les principes fondamentaux du système juridique anglais sur les règles communautaires) ; John HARRIS, « Rights and Reproductive Choice », in *The Future of Human Reproduction*, p. 16 et suiv. ; Brigitta LURGER, « Das Fortpflanzungsmedizingesetz vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof », *Deutsches und Europäisches Familienrecht*, p. 113-114 ; J. K. MASON, R. A. SMITH, G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, p. 72-74 ; Tony MCGLEENAN, *Reproductive Technology*, p. 277-280 ; Françoise SHENFIELD, « Panorama de la Reproducción Assitida en el Reino Unido : Regulación y Afectos », in *Bioética 2000*, p. 281-283.

En effet, cette collecte de sperme ne répondait pas aux exigences légales, et en particulier à la condition préalable du consentement libre et éclairé de M. Blood. Par conséquent, non seulement la réalisation de l'insémination *post mortem* dans une clinique anglaise fut refusée, comme le fut également la possibilité d'emmener le sperme dans un autre pays où ces pratiques étaient autorisées.

Le contentieux arriva à la *Hight Court* d'Angleterre, où M^{me} Blood invoqua le régime communautaire de la libre prestation de services (art. 49 et suiv. du traité de Rome) pour justifier l'application de ce traitement reproductif dans un autre pays l'autorisant. Son argumentation était fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, selon laquelle la libre prestation de services ne bénéficie pas uniquement à celui qui les offre, mais aussi à ceux qui prétendent en être les destinataires, cette orientation s'appliquant également aux services médicaux (arrêt Luisi et Carbone¹⁷).

Même si cet argument n'était pas recevable, on pourrait toujours invoquer la libre circulation des marchandises (art. 28 et suiv. du traité de Rome), étant donné que le sperme animal avait déjà été considéré comme une marchandise par le droit communautaire¹⁸, bien qu'on puisse contester que la définition communautaire de *biens appréciables en argent et susceptibles comme tels d'être l'objet de transactions commerciales* (arrêt Communauté c./ Italie¹⁹) s'applique au sperme humain. Mais la question ne se posa pas et la thèse de la libre prestation de services s'imposa.

Certes, la *Hight Court* exprima quelques réticences face à la possibilité que le système juridique communautaire permette ainsi la violation d'une interdiction établie par le droit interne anglais. En revanche, la *Court of Appeal* n'eut pas de tels scrupules, donnant la primauté aux libertés communautaires et par conséquent à la revendication de M^{me} Blood, qui fut autorisée à transporter le sperme de son mari en Belgique où elle fut inséminée avec succès. Elle a aujourd'hui deux enfants issus de ce processus.

2. – Questions relatives au consentement

Plusieurs questions se posent concernant le consentement laissé par le défunt pour l'utilisation de son sperme :

1. Dans quelle mesure le décès devrait-il empêcher le processus de reproduction, à plus forte raison par rapport à l'hypothèse d'une reproduction sexuelle ? Si dans le cadre de cette dernière, la « disparition » du père après la fécondation n'est pas pertinente, pourquoi sa présence devrait-elle être considérée comme décisive dans la reproduction médicalement assistée ?

17. Arrêt Luisi et Carbone, décisions nos 286/82 et 26/83, du 31 janvier 1984, Cour de justice des Communautés européennes.

18. Sur l'importation-exportation de sperme, Ruth DEECH, art. préc., p. 588 et suiv.

19. Arrêt Communauté c./ Italie, décision n° 7/68, du 10 décembre 1968, Cour de justice des Communautés européennes.

2. Doit-on admettre ici des consentements implicites, par exemple sous la forme d'un traitement préalable de fertilisation *in vitro*, ou du « dépôt » du sperme dans une banque dans les mêmes conditions, même si dans tous les cas le patient est préalablement informé de la fatalité de sa maladie ? Le critère du consentement présumé, valable dans le droit pénal, est-il recevable dans ce cas ²⁰ ?
3. Dans le cas de la procréation hétérologue, l'utilisation du sperme d'un donneur antérieurement assentie par le couple doit-elle être interdite ?
4. Dans le cas d'un consentement exprès, quelles sont les exigences de validité ? Des formalités publiques de reconnaissance devraient-elles être notamment exigées ?
5. Le consentement sera-t-il, comme le testament de vie, soumis à un délai de validité déterminé ? Ce délai pourra-t-il être prolongé dans le document exprimant le consentement ?
6. S'il existe un délai de validité, cela signifie-t-il que la paternité ne pourra pas être déclarée si la fécondation est pratiquée après ce délai, laissant alors l'enfant dépourvu de père ?

B. – Transfert *post mortem*

Cette hypothèse ²¹ est moins controversée car, dans ce cas, les embryons sont déjà créés. Il ne reste plus qu'à réaliser, après la disparition physique du père, le transfert à la mère.

Pourtant, elle n'est pas exempte de controverse. Dans une affaire connue comme celle de « la veuve de Toulouse », une femme, dont le mari était mort, exigeait du centre hospitalier où tous deux avaient décidé de cryopréserver leurs embryons, qu'on lui rende ces derniers pour effectuer ultérieurement un transfert d'embryons. A travers deux décisions controversées ²², les autorités judiciaires françaises décidèrent que les embryons devaient être détruits, arguant qu'après la mort de son mari, les conditions stipulées par le système juridique

20. Art. 39/2 du Code criminel portugais – Il y a consentement présumé lorsque la situation dans laquelle l'agent agit permet raisonnablement de supposer que le titulaire de l'intérêt juridiquement protégé aurait effectivement consenti au fait, s'il connaissait les circonstances dans lesquelles celui-ci est pratiqué.

21. Judit SÁNDOR (« Reproduction and Genetics : Pragmatic and Moral Elements in the Hungarian Biomedical Law », in *Yearbook of European Medical Law*, p. 117) fait référence à cette possibilité comme le « droit à la continuation d'un traitement reproductif ». *Ainda sobre esta questão e da mesma autora*, ID., « Reproductive Rights in the Hungarian Law : A New Right to Assisted Procreation ? », *Health and Human Rights*, p. 196 et suiv.

22. Décision du 11 mai 1993, tribunal de grande instance de Toulouse, première chambre ; décision du 18 avril 1994, cour d'appel de Toulouse, commentées par Nathalie MASSAGER, *op. cit.*, p. 702 et suiv.

français pour permettre l'accès de la veuve aux technologies de reproduction, autrement dit la présence du père, n'étaient plus assurées. En effet, selon le régime français relatif aux techniques de procréation assistée, celles-ci ne peuvent être utilisées dans le but de contourner les obstacles en matière de reproduction liés aux formations familiales qui ne correspondent pas au modèle traditionnel formé par un père et une mère. Au contraire, son utilisation n'est recevable que pour faire face à des problèmes d'infertilité ou de danger de transmission de maladies héréditaires. Cela signifie qu'il doit toujours y avoir à la base un objectif thérapeutique, qui semblait dans ce cas inexistant (même s'il est vrai qu'à l'époque où le couple avait décidé d'utiliser ces techniques, cet objectif existait).

Allant dans le sens de cette décision, le contrat conclu entre le couple et le centre hospitalier comportait une clause stipulant que les embryons ne pourraient être transférés qu'avec le consentement et la présence des deux membres du couple. Enfin, on a également invoqué la situation de fragilité émotionnelle de la veuve du fait de la mort de son mari, qui pourrait la rendre moins apte à élever et éduquer un enfant.

Toujours en France, mais cette fois par décision du tribunal de grande instance de Rennes²³, le transfert d'embryons *post mortem* a de nouveau été rejeté en raison de l'absence de consentement du père défunt.

Mais, pour montrer que dans ce domaine il n'y a pas encore de consensus suffisant, nous pouvons citer également une décision du tribunal d'Angers²⁴, autorisant le transfert d'embryons dans une situation similaire et permettant même à l'enfant d'être légalement considéré comme progéniture du défunt et d'adopter son nom de famille.

Cependant, quelques années plus tard, cette pratique fut à nouveau jugée inacceptable, cette fois par une juridiction supérieure, la Cour de cassation²⁵. Entre cette dernière décision et les autres mentionnées ci-dessus, un avis du Comité consultatif national d'éthique français²⁶ fut émis afin de permettre le transfert *post mortem*, mais entre-temps était survenue la loi n° 94-654 précitée, qui interdit expressément cette pratique, de sorte que, contrairement aux jugements antérieurs, fondés sur une simple appréciation judiciaire, la Cour de cassation était dans ce cas déjà liée par une interdiction légale²⁷.

La recevabilité juridique du transfert *post mortem* d'embryons doit être basée principalement sur des raisons de deux ordres. Premièrement, parce que la solution contraire implique la destruction d'embryons (à moins que le don ou l'adoption d'embryons soit envisagé), de sorte qu'autoriser le transfert est la solution

23. Décision du 30 juin 1993, tribunal de grande instance de Rennes.

24. Décision du 10 novembre 1992, tribunal de grande instance d'Angers, première chambre.

25. Décision du 9 janvier 1996, Cour de cassation.

26. Avis du 17 décembre 1993 du Comité consultatif national d'éthique français.

27. Nathalie MASSAGER, *op. cit.*, p. 794 et suiv.

qui permet leur naissance et donc celle qui offre un plus grand respect de la vie²⁸. En outre, un argument similaire fut soulevé par la requérante dans le cas présenté devant la Cour de cassation, faisant référence à la loi du 17 janvier 1975, qui régleme la situation d'interruption de grossesse dans l'ordonnement juridique français, établissant les hypothèses dans lesquelles elle est et n'est pas légitime.

Dans ce cas concret, il a été allégué que le refus de transférer des embryons serait une interruption illégale de la grossesse. Mais cet argument manque de force parce que l'opposition au transfert d'embryons n'a pas empêché de poursuivre une grossesse à proprement parler ; elle a plutôt empêché de commencer. La théorie de l'*infans conceptus*, proche de cet argument et également présentée par la requérante, ne pourrait pas non plus lui apporter un avantage, car il ne vise que la protection patrimoniale de l'être humain qui naît effectivement, lui permettant de bénéficier de droits patrimoniaux stipulés antérieurement, donnant à ces droits un caractère rétroactif à la naissance.

Par ailleurs, d'autres raisons s'élèvent en faveur de la légitimité de cette pratique, notamment la protection juridique des droits de reproduction de la mère qui est encore en vie. En effet, la mort de son mari ou compagnon n'annule ni les attentes que la femme nourrissait par rapport à ces embryons ni son désir d'être mère, pouvant même les renforcer.

III. – LA SOLUTION A LA LUMIÈRE DE LA LOI PORTUGAISE

Au Portugal, cette question est régie par l'article 22 de la loi n° 32/2006 du 26 juillet. L'épigraphe de la norme est intitulée « Insémination *post mortem* » alors qu'il devrait normalement s'appeler « Transfert d'embryons *post mortem* », puisque seulement cette dernière pratique est autorisée, le reste étant interdit (malgré l'article 23 qui précise que tout enfant né grâce à la fertilisation ou l'insémination *post mortem* – contournant ainsi l'interdiction légale – sera quand même considéré comme enfant de la personne décédée).

En somme, le législateur portugais fonde le régime légal au moment de la fécondation : si celle-ci a lieu avant la mort du père, on peut permettre que les embryons soient transférés, mais si elle n'a pas encore eu lieu à cette date, le transfert ne peut être autorisé, pour aussi solides que soient les preuves de la volonté du défunt. Il est peu probable qu'un document, que ce dernier ait laissé sollicitant une fécondation *post mortem*, soit analysé favorablement par le tribunal.

28. Le mal de grandir sans un père est moins grave que celui de ne pas naître du tout, affirme le tribunal de Palerme (décision du 8 janvier 1999). Cette même solution peut être déduite de l'article 14°/1 de la loi italienne (loi n° 40, du 19 février 2004) sur la reproduction assistée, qui interdit la destruction d'embryons. Cet argument nous laisse certains doutes, mais il s'agit là d'un autre débat.

L'ensemble du régime de la loi n° 32/2006 suppose que celui qui meurt est l'élément masculin, ce qui suggère que le transfert d'embryons *post mortem* est toujours interdit lorsque c'est la femme qui décède, peut-être parce qu'une telle procédure impliquerait le recours à une maternité de substitution. Toutefois, ce n'est pas nécessairement le cas, puisque le père biologique peut vouloir utiliser ses embryons avec une nouvelle compagne.

Or cette possibilité nous inspire quelques doutes du fait du respect des droits reproductifs de la femme décédée. Mais, d'autre part, une interdiction n'impliquerait-elle pas justement une interdiction concomitante pour le veuf de se marier et que sa nouvelle épouse adopte les enfants de l'union précédente ? Autrement dit, dans quelle mesure le transfert d'embryons après le décès de la mère biologique porte atteinte aux droits de celle-ci de façon plus significative face à la situation parallèle où les enfants orphelins sont adoptés par la nouvelle épouse du mari ?

IV. – LA SOLUTION A LA LUMIÈRE DE LA LOI BRÉSILIENNE

En l'absence d'une législation spécifique, les décisions doivent être fondées sur l'interprétation de divers éléments existants dans l'ordonnement juridique brésilien, qu'ils soient d'ordre constitutionnel ou provenant d'autres sources.

Historiquement, une de ces sources était précisément la résolution 1.358/92 du Conseil fédéral de la médecine, qui établit des normes éthiques pour l'utilisation des techniques de reproduction assistée. Elle a récemment été abrogée et remplacée par la résolution 1.957/10.

Dans ses principes généraux, la résolution abrogée soulignait l'importance – et l'obligation – du consentement éclairé pour l'adoption de toute mesure ou de tout traitement à des fins de reproduction. En établissant des normes spécifiques pour la cryoconservation de gamètes ou de préembryons, elle établissait textuellement qu'« au moment de la cryoconservation, les conjoints ou partenaires doivent manifester leur volonté par écrit quant à la destination à donner aux préembryons cryoconservés en cas de divorce, de maladie grave **ou de décès de l'un ou des deux membres du couple**, et quant à la date souhaitée pour le don ».

La résolution 1.957/10, en réglementant et en établissant de nouvelles normes éthiques pour l'utilisation de techniques de reproduction assistée, aborde directement la question de la procréation assistée *post mortem*, établissant dans son point VIII que « la reproduction assistée ne constitue pas un acte illicite du point de vue éthique s'il existe une autorisation préalable spécifique de la personne décédée concernant l'utilisation du matériel biologique cryoconservé, en conformité avec la législation en vigueur ».

Du point de vue éthique, la question est traitée dans le sens de la reconnaissance de l'autonomie du couple en ce qui concerne les questions de planification familiale, y compris la reproduction assistée, et prévoyant l'utilisation de ces

techniques, même après la mort éventuelle d'un membre du couple. La Constitution fédérale prévoit, quant à elle, une « protection spéciale de l'État » pour la famille dans son article 226, et déclare dans son paragraphe 7 que : « **La planification familiale**, fondée sur les principes de la dignité de la personne humaine et de la paternité responsable, **est une libre décision du couple** ; il incombe à l'État de fournir des moyens scientifiques et d'éducation pour l'exercice de ce droit ; **toute manœuvre coercitive de la part d'institutions officielles ou privées est interdite.** »

Le Code civil brésilien, quant à lui, aborde le sujet dans son article 1597, établissant que :

Art. 1597. – On considère que sont conçus pendant le mariage les enfants :

I – Nés à partir du cent quatre-vingtième jour suivant le début de la vie conjugale ;

II – Nés dans les trois cents jours suivant la dissolution de la société conjugale par décès, séparation judiciaire, nullité et annulation du mariage ;

III – Conçus par fécondation artificielle homologue, même quand le mari est décédé ;

IV – Conçus, à n'importe quel moment, quand il s'agit d'embryons excédentaires, provenant d'une conception artificielle homologue ;

V – Conçus par insémination artificielle hétérologue, s'il existe une autorisation préalable du mari.

Reste encore à résoudre la question des droits de succession.

Il existe un conflit évident entre le Code civil brésilien et la Constitution fédérale. Le premier affirme, dans son article 1798, que « sont considérés comme héritiers légitimes les personnes nées ou déjà conçues au moment de l'ouverture de la succession ».

Dans son article suivant, il ajoute que « dans la succession testamentaire, peuvent également être appelés à succéder : les enfants, encore non conçus, de personnes indiquées par l'auteur du testament, si celles-ci sont vivantes au moment de l'ouverture de la succession ».

Or, avec les avancées observées dans les techniques de reproduction assistée, la naissance de ces enfants peut être prolongée dans le temps, laissant ainsi la législation testamentaire en décalage avec la réalité.

Eduardo de Oliveira Leite défend que « l'enfant conçu après le décès des géniteurs biologiques, par l'utilisation de sperme congelé, est une situation anormale, que ce soit du point de vue de la filiation ou de celui du droit des successions. Dans cette hypothèse, l'enfant n'héritera rien de son père, n'ayant pas été encore conçu au moment de l'ouverture de la succession²⁹ ».

29. In *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XXI, p. 110.

Une telle position ne doit pourtant pas être encouragée. On ne peut, au nom d'une prétendue sécurité juridique, passer outre les droits garantis constitutionnellement en raison de l'incapacité du législateur d'adapter les normes à la réalité. A plus forte raison, quand en vertu du propre Code civil, qui établit la possibilité d'une action en pétition d'hérédité dans son article 1824, on voit que la qualité d'héritier ne peut être perdue, car elle est imprescriptible.

Par rapport à l'héritage et aux droits de succession (droit constitutionnellement considéré comme fondamental, et défini dans l'article 5^o, XXX, de la *Carta Magna*), il faut observer que la Constitution détermine de façon catégorique (art. 227, § 6) qu'on ne peut établir des règles différentes ou des distinctions entre les enfants en ce qui concerne les droits et qualifications. Le Code civil contient d'ailleurs la même orientation dans son article 1596³⁰.

Ainsi, il s'avère nécessaire, à la lumière des nouvelles techniques et possibilités scientifiques, de combler le vide législatif en établissant des manières de garantir aux enfants conçus postérieurement au décès d'un des parents, les droits de succession que la Constitution leur octroie.

Pour finir, un commentaire à ce sujet. Certains défendent qu'il est impossible de garantir des droits de succession aux enfants conçus par des techniques de procréation *post mortem*, invoquant le principe de la sécurité dans les relations juridiques. Constitutionnellement, la question est néanmoins plus profonde. Il s'agit ici de la dignité de la personne, conformément à l'article 226 de la Constitution, cité antérieurement. La dignité de la personne n'est pas un principe constitutionnel, mais un *fondement de la République*, selon l'article 1^{er}, III, de la Constitution fédérale.

En tant que fondement, elle prévaut sur tout principe pouvant être invoqué, la législation devant s'incliner devant elle et non le contraire.

V. – CONSIDÉRATIONS CRITIQUES

A ce qu'il semble, il n'existe pas d'obstacle majeur à la recevabilité de la procréation *post mortem*, même dans ses modalités d'insémination ou de fertilisation, à partir du moment où le père a préalablement exprimé un consentement libre et éclairé³¹.

Les arguments suivants plaident en faveur de cette solution :

30. Art. 1596. Les enfants issus ou non du mariage ou adoptés ont les mêmes droits et qualifications ; toute désignation discriminatoire relative à la filiation est interdite.

31. En faveur de la procréation *post mortem*, Mary WARNOCK, *Reproductive Technologies*, p. 364 (« I, for one do not see anything intrinsically harmful or wrong in the birth of a posthumous child, and therefore see no moral objection, in general, to the taking of steps to enable such a child to be born »).

1. Premièrement, le respect des souhaits des personnes décédées qui ont manifesté cette volonté quand elles étaient en vie ;
2. Ensuite, le parallélisme existant entre la procréation *post mortem* et les cas de grossesses qui sont menées à bien malgré la mort des parents. Il est vrai que l'analogie n'est pas totale, car dans le cas d'une grossesse naturelle, l'enfant naîtra neuf mois tout au plus après la mort du père, tandis que dans le cas d'une procréation *post mortem*, il pourra naître bien plus tard. Il convient de remarquer que cette dilatation temporelle (qui peut se prolonger pendant des années) est susceptible de perturber la structure familiale non seulement du point de vue affectif, mais aussi patrimonial (droit des successions). C'est pourquoi nous préconisons que le processus soit réalisé dans des délais délimités dans le temps. En tout cas, il est néanmoins nécessaire d'élaborer des textes législatifs pour régler la procédure, garantissant la sécurité juridique de la relation.

Conformément à ces considérations, il nous semble que le législateur portugais est allé dans le bon sens en autorisant la transfert d'embryons, et qu'il serait encore plus louable s'il avait suivi l'exemple du législateur espagnol en autorisant légalement la fertilisation *post mortem* quand elle est fondée sur un document de consentement exprès, comme le prône la première partie de l'article 2/2 de la loi espagnole ³².

Nous proposons donc que celle-ci soit également l'option du législateur brésilien, créant des conditions objectives pour que soient prises en considération et respectées l'autonomie et la volonté des personnes qui auraient éventuellement laissé un matériel génétique pour permettre la procréation *post mortem*, et adaptant la norme aux temps et aux coutumes d'aujourd'hui, défendant effectivement la sécurité juridique et la paix sociale.

32. « Nonobstant ce qui est établi dans le paragraphe précédent, le mari pourra donner son consentement dans le document visé à l'article 6.3, par acte notarié, par testament ou directive préalable, de sorte que son matériel reproductif puisse être utilisé dans douze mois après son décès pour féconder son épouse. Cette reproduction produira les effets juridiques découlant de la filiation matrimoniale. Le consentement à l'application des techniques dans ces circonstances pourra être révoqué à tout moment avant la réalisation de celles-ci » (traduction libre de l'original espagnol : « No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas »).

La deuxième partie de la loi nous inspire quelques réticences en stipulant : « On peut supposer que le consentement visé au paragraphe précédent a été donné si le conjoint survivant a été soumis à un processus de procréation assistée déjà commencé pour un transfert de préembryons constitués avant la mort du mari » (traduction libre de l'original espagnol : « Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido »).

Bibliographie

- ALMEIDA (José Luiz Gavião de), *Código Civil Comentado. Direitos das Sucessões. Sucessão em geral. Sucessão Legítima*, vol. XVIII, São Paulo, Atlas, 2003.
- ANDORNO (Roberto), BILLER-ANDORNO (Nikola), BRAUER (Susanne), « Advance Health Care Directives : Towards a Coordinated European Policy ? », *European Journal of Health Law*, vol. XVI, n° 3, 2009.
- BERGÉ (Jean-Sylvestre), « Tourisme procréatif et droit communautaire européen des échanges : le cas Blood », in *Biomedicine, the Family and Human Rights*, (Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Ruth DEECH, Paul VLAARDINGERBROEK, dir.), Kluwer Law International, The Hauge, London, New York, 2002.
- CAMPIGLIO (Cristina), *Procreazione Assistita e Famiglia nel Diritto Internazionale*, CEDAM, Padova, 2003.
- CARCABA FERNÁNDEZ (María), *Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana*, J. M. Bosch Editor, SA, Barcelona, 1995.
- DEECH (Ruth), « Losing Control ? – Some Cases », in *Biomedicine, the Family and Human Rights* (Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Ruth DEECH, Paul VLAARDINGERBROEK, dir.), Kluwer Law International, The Hauge, London, New York, 2002.
- FERRAZ (Sérgio), *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais : Uma Introdução*, Sérgio António Fabros Editor, Porto Alegre, 1991.
- HARRIS (John), « Rights and Reproductive Choice », in *The Future of Human Reproduction*, (John HARRIS et Soren HOLM, dir.) Clarendon Press, Oxford, 1998.
- LEITE (Eduardo de Oliveira), *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XXI : *Do direito das sucessões*, 2^e éd., Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- LOBO (Paulo Luiz Neto), *Código Civil Comentado : Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial*, vol. XVI. Álvaro Vilaça Azevedo (coordenador), São Paulo, Atlas, 2003.
- LURGER (Brigitta), « Das Fortpflanzungsmedizingesetz vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof », *Deutsches und Europäisches Familienrecht*, vol. II, n° 3, août 2000.
- MASON (J. K.), SMITH (R. A.), LAURIE (G. T.), *Law and Medical Ethics*, 6^e éd., Butterworths, LexisNexis, London, etc., 2002.
- MASSAGER (Nathalie), *Les Droits de l'enfant à naître*, coll. de la faculté de droit de l'université libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1997.
- PEREIRA (André), *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- « Advance Directives : Binding or Merely Indicative ? Incoherence of the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences and Insufficiencies of Newly Proposed Regulation », *European Journal of Health Law*, vol. XVI, n° 2, 2009.
- QUEIROZ (Juliane Fernandes), *Paternidade : aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- SÁNDOR (Judit), « Reproduction and Genetics : Pragmatic and Moral Elements in the Hungarian Bio-medical Law », in *Yearbook of European Medical Law*, The Institute of Medical Law, Sweden, 2005.
- « Reproductive Rights in the Hungarian Law : A New Right to Assisted Procreation ? », *Health and Human Rights*, 4(2), 2000.

SHENFIELD (Françoise), « Panorama de la Reproducción Assitada en el Reino Unido : Regulación y Afectos », in *Bioética 2000*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2000.

ZANELATO (Marco António), « Fertilização Artificial : Efeitos Jurídicos », *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n° 36, 2003.

WARNOCK (Mary), « Reproductive Technologies : The Ethics of Provision », in *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw* (Jacob DAHL RENDTORFF, Peter KEMP dir.), vol. II, *Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, Centre for Ethics and Law, Copenhagen, Denmark-Institut Borja de Bioetica, Barcelona, Spain, 2000.

