

Par Aude MIRKOVIC

Maître de conférences
en droit privé
à l'Université d'Évry

Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine : la procréation post mortem en question

Le décès du conjoint peut contrarier l'aboutissement d'un projet parental. Faut-il alors envisager la légalisation du transfert post mortem d'embryons ? Le point de vue d'Aude Mirkovic.

Aux États-Unis, un juge new-yorkais a autorisé en 2009 une femme à faire prélever le sperme de son concubin défunt (Daily News, 18 avr. 2009), juste après qu'un juge texan (Travis County) ait autorisé une mère à conserver le sperme de son fils mort dans une bagarre de rue. La mère espérait trouver une mère porteuse et élever un jour son petit-fils ou sa petite-fille (Travis County Texas (Austin) Probate Judge, 6 avr. 2009, The Canadian Press 14 avr. 2009). En France, les tribunaux ont été saisis récemment de la demande d'une veuve en vue d'obtenir la restitution du sperme congelé de son mari défunt (TGI Rennes, ord. réf., 15 oct. 2009, JCP G 2009, n° 377, p. 11 et s., note Binet J.-R., RTD civ., 2010, 93, ob. J. Hauser confirmé par CA Rennes, 22 juin 2010, RG : 09/07299, JCP G 2010, p. 1670, note Mirkovic A. ; RGD médical, 2010, n° 36, p. 333, note J.-R. Binet). Ces faits largement médiatisés nous donnent l'occasion d'approfondir la question de la paternité *post mortem*.

Qu'est-ce que la paternité post mortem ? – Il s'agit pour un homme de procréer après sa mort, selon deux procédés envisageables : l'insémination artificielle *post mortem*, qui est le fait pour une femme d'être inséminée au moyen du sperme congelé de son mari ou concubin décédé, et le transfert *post mortem*, qui vise le cas où des embryons du couple ont été conçus et congelés, et que l'homme décède avant que le transfert ait eu lieu : la femme du défunt demande alors le transfert des embryons, après le décès de son mari ou concubin. Il apparaît immédiatement que les deux procédés se présentent de façon très différente : l'insémination *post mortem* consiste à concevoir un enfant après le

décès de son père. Il y a sans doute de très bonnes intentions, mais il n'en reste pas moins qu'il ne s'agit pas de s'occuper de la situation d'un enfant privé de père, il s'agit de le vouloir tel quel. Le fait que le père soit mort n'est pas recherché, bien entendu, mais il est délibérément accepté. Dans la perspective du transfert *post mortem*, des embryons ont été conçus du vivant du père. Il ne s'agit plus cette fois de décider de faire exister ou de ne pas faire exister des orphelins : les orphelins

Le droit français interdit tant l'insémination que le transfert d'embryons post mortem.

existent, ils sont congelés *in vitro*, et il faut décider de les implanter pour leur permettre de vivre ou non.

Réponse du droit français. – Le droit français interdit tant l'insémination que le transfert d'embryons *post mortem*. La loi exige en effet que les deux membres du couple soient vivants à toutes les étapes du processus de procréation médicalement assistée (PMA) et précise que le décès d'un des membres du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons (C. santé publ., art. L. 2141-2).

Finalité thérapeutique de la PMA. – Si le droit français réserve la PMA aux vivants, qu'il s'agisse de l'insémination ou du transfert d'embryons, ce n'est pas pour des raisons de technique juridique. Certes, les règles d'établissement de la filiation et de dévolution des successions devraient être aménagées et quelque peu malmenées pour permettre d'attribuer la paternité d'un enfant à un homme décédé avant le transfert *in utero* ou même avant la conception de l'enfant, mais la technique juridique ne serait pas ici un obstacle rédhibitoire. La raison se trouve

dans la finalité de l'assistance médicale à la procréation. En effet, si la PMA ne relève pas à proprement parler de la thérapie, car elle ne consiste pas à soigner mais à contourner la stérilité, elle a un objectif thérapeutique en ce qu'elle vise à remédier à une infertilité pathologique ou à éviter le risque de transmettre une maladie grave. Or, une fois qu'une personne est décédée, il n'y a plus de stérilité pathologique, ni d'elle-même, ni de son couple : tous les couples, stériles ou féconds, en sont au même point devant la mort. C'est pourquoi d'ailleurs, si la paternité *post mortem* devait être admise, il faudrait permettre à toute personne, stérile ou pas, de mettre de côté ses gamètes pour pouvoir procréer après sa mort. Pourquoi seules les personnes stériles auraient-elles ce privilège ? Il y a de nombreuses veuves dont le projet parental, qui existait avec leur mari, n'a pas pu être réalisé avant la mort, accidentelle ou autre, de ce dernier et, si la paternité *post mortem* devait être admise, il faudrait donner la possibilité à chaque couple ayant un projet parental de congeler des gamètes pour au cas où...

Quant à l'objectif thérapeutique de la PMA, dont découle l'exigence que les membres du couple soient vivants, il est lui-même fondé sur l'intérêt de l'enfant. La loi garantit à l'enfant issu de la PMA un cadre cohérent pour l'accueillir, au regard des exigences de la nature pour la procréation. Que les parents soient en vie est une de ces exigences, mais non la seule. Les parents doivent encore être en âge de procréer, et être un homme et une femme. Les conditions légales d'accès à la PMA sont donc fondées sur la considération de l'intérêt de l'enfant à venir. Précisément, quel est l'intérêt de l'enfant à naître de la PMA *post mortem* ?

Père décédé et absence de père. – Les enfants nés d'une insémination ou d'un transfert *post mortem* seraient orphelins de père, mais non des enfants sans père. Une situation suscitée par la vie proche de notre hypothèse est celle des enfants dont le père est décédé pendant la gros-

sesse. Ces enfants ont un père, décédé, et la mort d'un ou même des parents ne condamne pas l'enfant à manquer sa vie. À ce sujet, a été évoqué à l'Assemblée nationale devant la mission parlementaire sur la bioéthique, le cas des enfants nés pendant la guerre de 1914-1918 et dont les pères sont morts au combat : ces enfants ont été élevés et se sont construits avec l'image héroïque de leur père, bel et bien présent, même si ce n'était pas physiquement. L'expérience atteste bien qu'avoir un père décédé ne signifie en rien ne pas avoir de père : le père existe, il est nommé, il y a sa photo, il existe dans la pensée et le souvenir de la mère et de l'entourage qui l'a connu. Il est sur le livret de famille et, sur les papiers de l'enfant, la mention du père n'est pas vacante. Sa présence manquera certainement à l'enfant mais la mort du père n'équivaut en rien à l'absence de père.

Gérer une situation ou la provoquer. – Il découle de cette précision que la revendication de la procréation *post mortem* apparaît comme plutôt plus cohérente que d'autres, comme celle de l'insémination par donneur anonyme de femmes célibataires, lesquelles envisagent cette fois-ci d'avoir des enfants bel et bien sans père. Pour autant, le fait d'avoir perdu son père (à la guerre ou autre) est-il donc une chance au point qu'on envisage de reproduire délibérément ce schéma ? Il est tout à fait différent de gérer une situation que la vie suscite et de provoquer cette situation. Cette distinction nous ramène à la différence par laquelle nous avons commencé entre insémination et transfert *post mortem*. Lorsque c'est l'insémination d'une femme veuve qui est envisagée, l'enfant n'existe pas. Il s'agit alors bel et bien de susciter la conception d'un orphelin, non seulement avant de naître mais avant même d'être conçu ! Au contraire, lorsqu'il s'agit de transférer, ou pas, des embryons congelés du vivant de leur père, il ne s'agit pas tant de susciter la situation, qui existe déjà, que de la gérer. La question rebondit alors : comment la gérer ?

Transfert d'embryons post mortem. – Il y a deux possibilités. Soit la loi refuse le transfert d'embryons *post mortem*, ce qui est le cas aujourd'hui, et la mère est contrainte de décongeler ses embryons, de les donner à un autre couple ou de les abandonner à la recherche (C. santé publ., art. L. 2141-4). La mère doit choisir entre la mort de ses embryons ou leur accueil par un autre couple, mais ne peut les mener elle-même à la naissance ! L'absurdité de la situation convie à envisager la se-

conde possibilité, autoriser le transfert. Il faut alors en fixer les conditions. Quelles conditions ? Elles seront toutes arbitraires. Faut-il exiger que la femme attende un certain temps pour prendre sa décision ? Combien de temps ? Au contraire, ne faudrait-il pas procéder au transfert immédiatement, pour ne pas laisser se creuser l'écart entre le décès du père et la naissance de l'enfant ? Combien d'embryons pourraient être transférés après le décès du père : un, deux ? Et les autres ? Envisager la question du côté de l'embryon, lequel reste malgré tout le principal intéressé, ne clarifie guère la situation. Il peut sembler évident qu'entre vivre et ne pas vivre, il est préférable pour lui de vivre. Mais alors, si c'est l'intérêt de l'embryon qui peut justifier son transfert *post mortem*, *quid* de l'intérêt de ceux qui ne sont pas transférés ? Le transfert *post mortem* ne devrait-il pas alors être non seulement permis, mais encouragé, voire obligatoire ? En outre, s'il est dans l'intérêt des embryons orphelins de naître, que dire des centaines de milliers d'embryons conservés dans l'azote liquide et dont les deux parents sont bel et bien en vie ?

Éviter la congélation des embryons. – Finalement, quelle que soit la façon dont on envisage le transfert d'embryons *post mortem*, il semble bien délicat de trouver une bonne solution. À défaut de trouver une solution à cette situation problématique, on pourrait s'interroger sur ses causes. C'est la congélation des embryons qui permet à ces situations dramatiques de se produire. C'est le décalage entre la fécondation *in vitro* et le transfert *in utero* qui permet au père de décéder entre temps. Le bon sens n'invite-t-il pas alors à chercher une solution à la source, en évitant que la situation, sans issue, ne se réalise ? Autrement dit, ne faudrait-il pas mettre en œuvre tous les moyens pour éviter la congélation des embryons ? La loi allemande, par exemple, n'autorise pas la congélation des embryons (L'assistance médicale à la procréation et la recherche sur l'embryon, Doc. Sénat, n° LC 75, 1999-2000, p. 8). La question mérite d'autant plus d'être posée que le transfert *post mortem* est loin d'être le seul problème suscité par la congélation des embryons : la congélation suscite des litiges insolubles en cas de désaccord du couple sur le devenir des embryons et, même lorsque tout se passe bien, la conservation des embryons suscite le désarroi de nombreux couples qui ne savent pas quelle décision prendre lorsque leur projet parental est déjà réalisé et qu'il demeure des embryons surnuméraires.

La congélation d'embryons pourrait être évitée en congelant les ovocytes. La congélation des spermatozoïdes est courante mais la congélation semble se passer moins bien pour les ovocytes, même si la technique de la vitrification des ovocytes pourrait permettre d'améliorer les résultats. La difficulté à congeler les ovocytes conduit à les féconder immédiatement, car les embryons obtenus, eux, supportent mieux la congélation. Mais le revers de la *facilité* est le stock des 200 000 embryons conservés en France, les litiges au sein du couple, les décès éventuels et la question globale : que vont devenir ces embryons ? C'est pourquoi il y a fort à parier que, si la congélation des ovocytes au lieu de celle des embryons était proposée aux couples, beaucoup la préféreraient eu égard à la difficulté que suscite la situation de ces embryons surnuméraires.

Il est assez difficile de comprendre pourquoi on persiste en France à congeler des embryons en masse. Sans doute, les équipes qui privilégieraient la congélation d'ovocytes auraient, au moins dans un premier temps, de moins bons résultats que celles qui continueraient à congeler des embryons, et qui dit moins bons résultats dit moins de crédits... Il est possible aussi que l'interdiction de fabriquer des embryons pour la recherche n'encourage pas à tarir la source des embryons disponibles, les embryons surnuméraires. Y aurait-il encore l'attrait de la *facilité*, qui pousse les médecins à utiliser des techniques éprouvées plutôt qu'à explorer des techniques plus délicates ? Quoi qu'il en soit, la seule réponse satisfaisante à cette question du transfert d'embryon *post mortem* serait de mettre tout en œuvre pour éviter que la question ne se pose, en évitant le décalage entre la fécondation et le transfert de l'embryon.

Régler un cas et susciter d'autres cas. – Avant de se prononcer sur la possibilité de la paternité *post mortem*, le législateur doit avoir conscience qu'admettre ces pratiques ne mettrait pas fin, loin s'en faut, aux revendications en la matière. L'insémination comme le transfert *post mortem* sont envisagés pour répondre à des situations douloureuses, dans un contexte de décès. Mais il serait illusoire de penser qu'autoriser le transfert, l'insémination *post mortem* ou les deux supprimerait les situations pathétiques, car chaque condition posée susciterait immédiatement un cas particulier, un cas limite. Le nombre d'enfants *post mortem* sera-t-il fixé à un, ou deux ? Immédiatement une femme qui a trois embryons congelés réclamera de mener les trois à

la naissance. Qu'est-ce qui justifierait un refus pour le troisième embryon, et comment choisir celui qui ne sera pas transféré ? Si la loi exigeait que la femme attende pour prendre la décision de procréer après le décès de l'homme, ou au contraire qu'elle se décide avant un certain délai, immédiatement certaines personnes se manifesteraient hors délai.

La généralisation de la pratique. – La légalisation de la paternité *post mortem* susciterait encore d'autres difficultés. Une fois la PMA *post mortem* admise, pourquoi ne l'envisager que pour la paternité ? Le décès de la mère vouerait-il donc le projet parental à l'échec ? Faudra-t-il prévoir aussi la possibilité pour les hommes, éprouvés par le décès de leur épouse, de mener à terme le projet qu'ils avaient ? Concrètement faudrait-il leur proposer une mère porteuse pour réaliser leur projet parental contrarié ? En outre, et comme on l'a dit en commençant, il n'y aurait aucune raison de réserver la procréation *post mortem* aux couples stériles. Enfin, la légalisation de la pratique entraînerait nécessairement sa généralisation, car la légalisation n'est pas neutre, elle est un encouragement. On peut en effet imaginer que la légalisation susciterait le besoin là où il n'existait pas et pourrait, même, exercer une contrainte sur la femme survivante qui pourrait se croire obligée, puisque la loi le permet, de mener à bien le projet d'enfant initié avec son mari.

Écologie de la procréation. – Finalement, le législateur se trouve face à une alter-

native. Soit la loi a raison de garantir à l'enfant un cadre qui respecte les exigences de la nature pour la procréation : des parents vivants, en âge de procréer, qui soient un homme et une femme. Soit la volonté des adultes, le projet parental, est le seul critère en la matière, et alors il faut accéder à toutes les demandes et la question dépasse largement celle de la paternité *post mortem* (sur ce sujet,

La seule réponse satisfaisante à la question du transfert d'embryon *post mortem* serait de mettre tout en œuvre pour éviter que la question ne se pose, notamment en privilégiant la congélation des ovocytes à la place de celle des embryons.

v. Mirkovic A., Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et la filiation, Dr. famille 2010, à paraître). Il faudrait aussi permettre aux personnes ayant dépassé l'âge de la procréation de bénéficier de la PMA : un enfant pourrait-il donc avoir un père mort, mais non une mère vieille ? Il faudrait ouvrir la PMA non seulement aux célibataires, mais également aux couples

quels qu'ils soient, et pas seulement aux couples : à ceux qui ont un projet parental à trois, ou quatre. C'est par exemple le cas dans l'Oregon, au Canada, où les enfants peuvent avoir trois parents légaux : la mère, la conjointe de la mère, et le père biologique (CA Ontario, 2 janv. 2007, A. A. c/ B. B. (2007), ONCA 2).

La compassion suscitée par les demandes de procréation *post mortem* ne doit pas dispenser de réfléchir aux conséquences qu'il y aurait à satisfaire ces revendications, conséquences qui dépassent nécessairement les cas précis et concernent la société entière. La PMA imite-t-elle la nature, respecte-t-elle la nature, ou est-elle le moyen de faire fi des conditions exigées par la nature pour la procréation, ici l'exigence que les parents soient en vie ? L'homme contemporain, et c'est tant mieux, a pris l'habitude de faire preuve de prudence avant de s'affranchir des règles de la nature. Les catastrophes écologiques l'ont quelque peu éduqué. Ne serait-il pas dommage que la seule espèce à ne pas bénéficier de cette prudence, déclinée sous la forme de principe de précaution, soit l'espèce humaine ? La technique rend l'homme presque tout-puissant et lui permet de passer outre les exigences de la nature pour procréer, au point d'envisager de procréer *post mortem*. N'est-ce pas quelque peu risqué ? Cela se fera-t-il dans l'impunité ? Rien n'est moins sûr, c'est pourquoi la question de la paternité *post mortem* révèle plus largement l'urgence de développer une authentique écologie humaine. ♦

RUDC 4025

Par Jean-Marie KUNSTMANN

Docteur en médecine de la reproduction,
Responsable d'un centre d'études
et de conservation des oeufs
et du sperme humains
(CECOS)

Procréer après la mort : le point de vue d'un responsable de CECOS

Les demandes de procréation en post mortem illustrent combien la mise en œuvre des techniques d'assistance médicale à la procréation (PMA) nous expose parfois à des situations pas toujours anticipées, lesquelles nous mettent en tension sur la question des limites.

Deux situations liées à l'utilisation d'une même technique (la congélation) peuvent aujourd'hui nous amener à être sollicités pour une procréation après la mort.

1/ L'autoconservation de spermatozoïdes avant traitements à risque stérilisant, suivie du décès de l'homme.

2/ La réalisation d'une FIV avec décès de l'homme juste après la mise en fécon-

dation des gamètes, avec congélation des embryons, lesquels pourraient être transférés ultérieurement.

Juger de la recevabilité de telles demandes dépasse le cadre médical habituel et implique la société. Pour éclairer le débat, voici quelques interrogations d'un praticien de l'AMP à propos de ce débat, notamment en termes de conséquences d'une éventuelle ouverture.