

# Le consentement dans le cadre de la LPMA

Joaquim Samuel Eversham (*étudiant en Bachelor de droit à l'Université de Fribourg*)

Der Begriff der informierten Zustimmung ist zentral für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, eine sich rasch entwickelnde Praxis. In diesem Verfahren treffen medizinische Fortschritte auf rechtliche Herausforderungen im Bereich der persönlichen Autonomie. Dieser Artikel analysiert die Voraussetzungen einer gültigen Zustimmung gemäss FMedG sowie die rechtlichen Folgen bei Fehlen, Widerruf oder Tod. Sie beleuchtet auch die bestehenden Ungleichheiten beim Zugang zu Verfahren aufgrund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung.

## Introduction

La reconnaissance du droit à la procréation est fortement associée à la notion d'épanouissement personnel, telle que garantie par l'art. 10 al. 2 Cst.<sup>1</sup>. La procréation médicalement assistée (PMA) apparaît comme un instrument pouvant contribuer à la réalisation de ce désir<sup>2</sup>. La Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA) établit les réglementations applicables à cette pratique. Les personnes qui décident de s'engager dans ce processus se trouvent confrontées à une procédure constituée de plusieurs étapes qui nécessite un consentement libre et éclairé à chaque phase du traitement.

## I. Fondements du consentement à la LPMA

### A. Notion de consentement

Le consentement, soit la manifestation de la volonté d'une personne, est l'expression même de son autonomie<sup>3</sup>. Au sens de cette approche, l'acceptation éclairée d'un traitement médical est un choix qui émane de la

<sup>1</sup> ATF 119 I 460 consid. 5, JdT 1995 I 586.

<sup>2</sup> O. GUILLOD/M. MANDOFIA BERNEY, p. 206, *Liberté personnelle et procréation assistée – Quelques réflexions*, RSJ 1993 p. 206.

<sup>3</sup> V. SAVIOZ-VIACCOZ, *Entre autodétermination et restrictions à la procréation médicalement assistée*, in : S. Besson/Y. Mausen/P. Pichonnaz (édit.), *Le consentement en droit*, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 183.

volonté propre de la personne concernée<sup>4</sup>. Cet acte légitime ainsi toute atteinte sur le corps qui serait autrement perçue comme illicite (art. 28 al. 2 CC). Il s'aligne avec l'idée de la liberté personnelle en vertu de l'art. 10 al. 2 Cst., qui englobe l'intégrité physique et psychique ainsi que la liberté de mouvement<sup>5</sup>.

La dimension éclairée du consentement nécessite une compréhension approfondie des éléments en cause, une étape cruciale avant d'accorder le consentement, en particulier lorsque des données personnelles sont concernées<sup>6</sup>. Dans le cadre spécifique de LPMA, la préservation de l'autodétermination individuelle est essentielle, car elle est considérée comme un pilier fondamental de la dignité humaine (art. 7 Cst.)<sup>7</sup>. Par conséquent, avant d'obtenir le consentement d'une personne, il est impératif de garantir une information détaillée pour assurer une compréhension totale des implications<sup>8</sup>.

Conformément à l'art. 5b al. 1 LPMA, le consentement écrit des deux membres du couple concerné est nécessaire à chaque étape de la procédure de PMA, avec l'obligation subséquente de renouveler ce consentement après trois cycles de traitement infructueux. Ce principe souligne le rôle déterminant du consentement du conjoint ou du partenaire, car bien que l'essentiel de l'intervention médicale se concentre sur la future mère, l'objectif ultime de la procédure est d'avoir un enfant avec deux parents. Ainsi, les deux membres du couple doivent être concernés<sup>9</sup>.

### B. Conditions au consentement

Le consentement éclairé en médecine repose sur la capacité de l'individu à discerner sa situation personnelle et à agir en conséquence<sup>10</sup>. La responsabilité du médecin dans l'évaluation de la capacité de discernement de

<sup>4</sup> D. MANAÏ, *Droits du patient et biomédecine*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2013, p. 33.

<sup>5</sup> ATF 117 Ib 197 consid. 2c, JdT 1992 1214 (trad.).

<sup>6</sup> A. HERTIG PEA, *La protection des données personnelles médicales est-elle efficace ? – Etude des moyens d'action en droit suisse*, thèse Neuchâtel 2013, p. 98.

<sup>7</sup> O. PEISSARD, *La dignité humaine dans le droit suisse et international relatif au génie génétique – Essai d'interprétation*, thèse Fribourg, Yverdon-les-Bains 2008, p. 147.

<sup>8</sup> PEISSARD (n. 7), p. 147.

<sup>9</sup> MANAÏ (n. 4), p. 327.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 38.

ses patients et l'obtention de leur consentement libre et éclairé découle directement de leurs droits constitutionnels, notamment du droit à l'autodétermination et à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.)<sup>11</sup>.

La procédure est réservée aux couples établissant un lien de filiation (art. 3 al. 2 let. a LPMA), comme défini par les dispositions des art. 252 à 263 CC. Dans l'optique du bien de l'enfant, la procédure est réservée aux couples stériles ou souffrant de maladies graves susceptibles d'être transmises à leur descendance (art. 5 let. a s. LPMA). Ils doivent remplir plusieurs conditions, dont l'obtention du consentement écrit des deux membres du couple après que ceux-ci aient été suffisamment informés (art. 5b al. 1 LPMA). En outre, les deux membres du couple doivent être en vie au moment de la procédure (art. 3 al. 4 s. LPMA), et être capables de discernement<sup>12</sup>. L'âge des parents et leur situation personnelle doivent également être pris en considération (art. 3 al. 2 let. b LPMA)<sup>13</sup>. En 2022, la modification du code civil relative au mariage pour tous<sup>14</sup> a ouvert l'accès à la PMA aux couples de femmes mariées, en leur donnant la possibilité de recourir au don de sperme<sup>15</sup>. Toutefois, cette disposition n'inclut pas les couples d'hommes mariés<sup>16</sup>.

### C. Don de gamètes

Il convient de souligner que le consentement au don de gamètes concerne exclusivement les hommes. Le don d'ovules ainsi que la maternité de substitution demeurent prohibés sur le territoire suisse (art. 4 LPMA)<sup>17</sup>. En effet, cela inciterait des couples aisés à recourir au tourisme procréatif<sup>18</sup> et à se rendre ainsi à l'étranger pour trouver une mère porteuse, notamment en Californie, où de telles pratiques

demeurent légales<sup>19</sup>. Cela soulève la question d'une possible évolution de la loi à la lumière de la liberté personnelle garantie à l'art. 10 al. 2 Cst. Si une femme donne son consentement libre et éclairé, le don d'ovules pourrait être considéré comme une expression de cette liberté. Une procédure strictement encadrée permettrait alors d'ouvrir cette possibilité à un plus grand nombre de personnes.

Seul un couple marié peut recevoir le don de gamètes pour une PMA (art. 3 al. 3 LPMA). Les gamètes portent l'identité de l'être humain<sup>20</sup>. Par conséquent, le consentement écrit du donneur est impératif (art. 18 al. 1 LPMA), car il lui permet d'exprimer ses conditions quant à l'utilisation de ses gamètes et de prévenir d'éventuelles complications dans le futur<sup>21</sup>. Par ailleurs, l'utilisation des spermatozoïdes provenant de donneurs décédés est permise, (art. 3 al. 4 LPMA), sous réserve de l'obtention de leur consentement explicite de leur vivant<sup>22</sup>.

Avant d'engager un don de sperme sans contrepartie financière, le donneur doit être informé des implications juridiques qui en découlent, notamment du fait que ses données seront conservées pendant une période de 80 ans (art. 21 et 26 LPMA). En outre, le donneur doit avoir pleinement conscience que l'enfant résultant de son don pourra accéder à ses données (art. 18 al. 2 LPMA), y compris les informations concernant son identité et son apparence physique, dès 18 ans (art. 27 al. 1 LPMA, art. 119 al. 2 let. g Cst.).

S'il peut invoquer un intérêt légitime, tel que des raisons médicales, l'enfant a le droit, à n'importe quel âge, d'obtenir toutes les données relatives au donneur (art. 24 al. 2 LPMA)<sup>23</sup>. L'enfant dispose ainsi de toutes les données nécessaires pour identifier le donneur<sup>24</sup>, bien que ce dernier ait le droit de refuser une rencontre

<sup>11</sup> M. HIRSIG-VOUILLOZ, La responsabilité du médecin – Aspects de droit civil, pénal et administratif, Berne 2017, p. 63.

<sup>12</sup> S. HURST/V. JUNOD /D. WUNDER, Procréation médicalement assistée & Préservation de la fertilité – Enjeux juridiques et éthiques, RSDS/SZG 2019, p. 126.

<sup>13</sup> ATF 142 V 249 consid. 6.3 (non publié au JdT).

<sup>14</sup> Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 août 2019 concernant l'initiative parlementaire « Mariage civil pour tous », FF 2019 p. 8140 ss.

<sup>15</sup> M. BADDELEY, Le mariage pour tous – les effets pour les partenaires enregistrés, SAV/FSA 2022, p. 342.

<sup>16</sup> F. MATTHEY, L'ouverture du mariage aux couples de même sexe : quels effets pour les prestations parentales ?, RSAS 2022, p. 451.

<sup>17</sup> O. GUILLOD/S. BURGAT, Droit des familles, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2022, p. 119.

<sup>18</sup> T. STEGMÜLLER, L'interdiction suisse de la procréation post-mortem face au droit comparé, in : R. Bahar/G. Kadner (édit.), Le droit comparé et le droit suisse, Zurich 2018, p. 180 (ci-après « STEGMÜLLER, Procréation post-mortem »).

<sup>19</sup> ATF 141 III 328 consid. 5.2, JdT 2016 II 179 (trad.) ; GUILLOD/BURGAT (n. 17), p. 125.

<sup>20</sup> MANAÏ (n. 4), p. 330.

<sup>21</sup> ATF 125 I 257 consid. 4 (non publié au JdT).

<sup>22</sup> T. STEGMÜLLER, Le consentement et ses conditions dans le cadre de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA), in : S. Besson/Y. Mausen/P. Pichonnaz (édit.), Le consentement en droit, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 169 (ci-après « STEGMÜLLER, Consentement LPMA »).

<sup>23</sup> Message du Conseil fédéral du 26 juin 1996 relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), FF 1996 III 197, p. 268 (ci-après « Message 1996 »).

<sup>24</sup> ATF 125 I 257 consid. 3c (non publié au JdT).

avec l'enfant (art. 27 al. 3 LPMA). Dans de telles circonstances, il est nécessaire d'informer l'enfant des droits relatifs à la personnalité du donneur et de sa famille, mettant en lumière son droit à la vie privée (art. 13 Cst.)<sup>25</sup>. Enfin, un enfant issu d'une PMA par don de sperme ne peut engager une action en paternité contre le donneur (art. 23 al. 2 LPMA), à moins que ce dernier ait fait un don de sperme directement à la mère de l'enfant en dehors d'une procédure de PMA encadrée par un professionnel de la santé<sup>26</sup>.

## II. Absence de consentement

### A. Révocation du consentement

Conformément à l'art. 15 al. 3 LPMA, toute personne a le droit de retirer par écrit à tout instant son consentement à la conservation et à l'utilisation de ses gamètes<sup>27</sup>, et ce, sans être tenu de fournir des justifications quant à ses motivations<sup>28</sup>. Les gamètes en question sont immédiatement détruits (art. 15 al. 4 LPMA). Dans certaines circonstances, notamment en cas de séparation, le donneur peut choisir de retirer son consentement, parfois même pendant le processus de PMA, une fois que ses gamètes ont été utilisés pour la procédure<sup>29</sup>. Il appartient alors à la mère de choisir de poursuivre la grossesse et d'élever l'enfant sans le père, ou d'opter pour un avortement afin de mettre un terme à la procédure (art. 118 CP)<sup>30</sup>.

### B. Conséquence en cas de décès

Comme mentionné précédemment lors de la présentation des conditions pour avoir accès à la PMA, il est impératif que les deux membres du couple souhaitant entamer une procédure soient vivants<sup>31</sup>. Ainsi, l'utilisation des gamètes d'une personne décédée ou celles d'ovules fécondés et d'embryons *in vitro* après le décès de l'un des membres du couple sont strictement interdites (art. 3 al. 4 s. LPMA). Ces infractions peuvent entraîner des peines péquénaires allant jusqu'à 100'000 francs (art. 37 let. b s. LPMA). Même si le consentement avait été donné par les deux membres du couple de leur vivant pour l'utilisation de leur patrimoine

germinal, la PMA n'est plus autorisée après le décès de l'un des deux partenaires<sup>32</sup>. Dans cette situation, les embryons *in vitro* doivent être immédiatement détruits<sup>33</sup>.

Toutefois, l'utilisation des spermatozoïdes d'un donneur décédé est autorisée, à condition qu'il ait donné son consentement explicite de son vivant (art. 3 al. 4 LPMA)<sup>34</sup>. Ainsi, dans le cadre de la LPMA, seul l'individu qui a fait don de ses spermatozoïdes peut influencer, par son consentement, le sort de son patrimoine germinal après sa mort. Cette différence peut s'expliquer par le fait que le donneur n'est pas directement impliqué dans un projet parental personnel, contrairement aux embryons *in vitro*, qui sont le fruit d'une décision commune du couple (art. 3 al. 2 let. a LPMA).

### C. Défaut de consentement

Les dispositions de l'art. 34 al. 1 LPMA prévoient des sanctions, allant d'une peine péquénaire à une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans, à l'encontre de toute personne pratiquant une PMA sans le consentement requis du donneur de gamètes ou du couple concerné. Ces mêmes sanctions s'appliquent également à quiconque, sans l'autorisation requise ou sur la base de déclarations mensongères, pratique la procédure, conserve des gamètes, des ovules imprégnés ou des embryons *in vitro*, ou en pratique la cession (art. 34 al. 2 LPMA).

En ce qui concerne le refus de consentement du mari, il convient de souligner que la présomption de paternité de l'enfant né pendant le mariage persiste (art. 255 al. 1 CC)<sup>35</sup>. L'action en désaveu de paternité est exclue pour le mari, dès lors qu'il a précédemment consenti à la PMA par don de sperme (art. 256 al. 3 CC)<sup>36</sup>. Le défaut de consentement à la PMA après la naissance d'un enfant peut entraîner l'engagement de procédures judiciaires en matière de filiation. Certaines actions peuvent aboutir à des actions en désaveu de paternité lorsque le donneur

<sup>25</sup> MANAÏ (n. 4), p. 337.

<sup>26</sup> STEGMÜLLER, Consentement LPMA (n. 22), p. 170.

<sup>27</sup> Message 1996 (n. 23), p. 260.

<sup>28</sup> J. DUMOULIN, Consentement libre et éclairé et refus de soins, in : R. La Harpe/M. Ummel (édit.), Droit de la santé et médecine légale, Chêne-Bourg 2014, p. 266.

<sup>29</sup> C. DEVAUD, L'information en droit médical – Étude de droit suisse, thèse Lausanne, Zürich 2009, p. 228.

<sup>30</sup> STEGMÜLLER, Consentement LPMA (n. 22), p. 173.

<sup>31</sup> MANAÏ (n. 4), p. 327.

<sup>32</sup> STEGMÜLLER, Consentement LPMA (n. 22), p. 175.

<sup>33</sup> Message du Conseil fédéral du 7 juin 2013 concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), FF 2013 5253, p. 5318.

<sup>34</sup> STEGMÜLLER, Procréation post-mortem (n. 18), p. 175.

<sup>35</sup> STEGMÜLLER, Consentement LPMA (n. 22), p. 176.

<sup>36</sup> T. STEGMÜLLER, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant – Étude de droit suisse, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 63.

a fait don de sperme à une personne ne disposant pas de l'autorisation requise pour pratiquer la PMA (art. 23 al. 2 LPMA). Dans ce cas, l'enfant peut se retrouver sans père juridique<sup>37</sup>.

## Conclusion

Le consentement, pilier de l'autonomie individuelle, joue un rôle incontournable à chaque étape de la PMA. Les conditions définies par la LPMA mettent l'accent sur la nécessité du consentement éclairé et écrit des couples impliqués, soulignant ainsi l'importance du rôle du médecin dans la communication des informations. En cas d'absence de consentement, qu'il s'agisse de révocation, de décès, ou de défaut de consentement, la LPMA prévoit des règles strictes assorties de sanctions en cas de non-respect de celles-ci, dans le but de protéger les droits de la personnalité des individus et l'intérêt de l'enfant.

Il convient de noter que l'introduction du mariage pour tous a élargi l'accès à la PMA aux couples de femmes qui remplissent les conditions requises, mais exclut les couples d'hommes. Le consentement au don de gamètes concerne exclusivement les individus de sexe masculin et dans le cadre du consentement à la PMA, ils semblent être les seuls à pouvoir décider du sort de leurs gamètes après la mort. Ces nuances soulignent les limites du cadre légal, qui maintient des inégalités fondées sur la situation familiale ou l'orientation sexuelle. Une adaptation de la loi pourrait être envisagée, à la lumière du principe d'égalité inscrit à l'art. 8 Cst., afin de permettre un accès plus inclusif à la PMA et assurer une égalité de traitement entre toutes les personnes concernées.

---

<sup>37</sup> *Idem*, p. 66.