

Projet parental et enfant à naître

ANNE-VIOLETTE VINCENT

ATER à l'Université de Rouen, membre du CURE⁷

En droit français, « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé, et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement dans le respect dû à sa personne »¹. Le droit positif confie la protection des intérêts de l'enfant né aux parents, et ce notamment à travers l'exercice de l'autorité parentale². *De facto*, les parents sont les personnes les plus proches de l'enfant, ils vivent avec lui, ont des liens intenses d'affection à son égard, et réciproquement. Les parents étant les mieux à même de protéger leurs enfants, *de jure* ils bénéficient des prérogatives leur permettant d'assurer une protection réelle et effective. Ce principe étendu à l'enfant à naître, qui d'autres que ceux qui ont un projet parental à son endroit pourraient légitimement et au mieux protéger ses intérêts ?

La notion de projet parental est apparue dans le cadre de la législation en matière d'assistance médicale à la procréation (AMP)³. La notion a d'abord été utilisée dans l'une des deux lois bioéthiques du 29 juillet 1994⁴ sous le terme de

¹ Article 371-1 du Code civil.

² Le rôle protecteur octroyé aux parents est contrôlé par l'autorité publique qui dispose d'un certain nombre de mécanismes permettant de pallier aux dysfonctionnements ou à un mauvais usage de l'autorité parentale. L'autorité parentale pourra être aménagée, voire retirée, lorsque l'enfant court un danger.

³ Selon l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique, « l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryon et l'insémination artificielle ».

⁴ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 *relative au don et à l'utilisation des produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* : A. BATTEUR, « De la protection du corps à la protection de l'être humain, les anormaux et les lois du 29 juillet 1994 », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 29-33 ; C. BYK, « Statut du corps humain et pratiques biomédicales : à propos des lois bioéthiques françaises », *Journal*

« demande parentale »⁵. La terminologie de projet parental a ensuite été mobilisée dans les dispositions de la loi en date du 6 août 2004⁶, et a été enfin conservée par la loi bioéthique du 7 juillet 2011⁷. Il s'agissait, dans un premier temps, de limiter

international de bioéthique, mars 1996, n° 1, pp. 3-9 ; J.-C. GALLOUX, « *De corpore jus* première analyse sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois numéros 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 18-24 ; J. MASSIP, « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », *GP*, 5 avril 1995, n° 95, pp. 2-19 ; G. MEMETEAU, « Les greffes thérapeutiques des tissus embryonnaires et fœtaux », *Journal international de bioéthique*, novembre 1995, numéro hors-série, pp. 26-32 ; P. PY, « Vers un statut de l'homme biologique. Les lois sur la bioéthique », *RDP*, 1996, n° 5, pp. 1319-1346 ; D. THOUVENIN, « De l'éthique biomédicale aux lois " bioéthiques " », *RTD civ.*, 1994, n° 4, pp. 717-736 ; D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 25-28.

⁵ Article L. 152-2 du Code de la santé publique, abrogé par l'ordonnance du 15 juin 2000.

⁶ Loi n° 2044-800 du 6 août 2004 *relative à la bioéthique* ; J.-R. BINET, « La loi relative à la bioéthique : commentaire de la loi du 6 août 2004 », *Droit de la Famille*, 2004, n° 10, pp. 6-11, n° 11, pp. 7-13, n° 12, pp. 7-12 ; P. EGEE, « Commentaire de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *RJPF*, 2004, n° 9, pp. 6-9 ; J.-C. GALLOUX, « Loi du 6 août relative à la bioéthique », *RTD commercial*, 2004, pp. 708-712 ; J.-C. GALLOUX, « La loi numéro 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique », *Dalloz*, 2004, pp. 2379-2381 ; H. GAUMONT-PRAT, « La révision des lois de bioéthique et la recherche sur les cellules souches embryonnaires », *RLDC*, 2005, n° 12, pp. 27-32 ; J. MICHAUD, « Réflexions sur la loi relative à la bioéthique », *Médecine et droit*, janvier 2005, n° 70, pp. 1-2 ; Ph. PEDROT, « La santé de l'enfant et la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *RGDM*, janvier 2005, n° 17, pp. 103-111 ; M. VERON, « Bioéthique : le contenu pénal de la loi du 6 août 2004 », *Droit Pénal*, 2004, n° 11, étude 16.

⁷ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 *relative à la bioéthique* : V. AVENA-ROBARDET, « Loi bioéthique : le statu quo », *AJ Famille*, 2011, n° 7, p. 342 ; S. BIGOT DE LA TOUANNE, « Loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011 : dispositions pénales », *Dalloz*, 2011, n° 28, p. 1901 ; J.-R. BINET, « La bioéthique à l'épreuve du temps », *JCP G*, 2011, n° 29, p. 846 ; C. BYK, « Bioéthique », *JCP G*, 2011, n° 29, pp. 1449-1455 ; A. CAPUCINE, « La loi relative à la bioéthique – Commentaire de la loi du 7 juillet 2011 », *RGDM*, décembre 2011, n° 41 pp. 7-29 ; A. CHEYNET DE BEAUPRE, « La révision de la loi relative à la bioéthique », *Dalloz*, 2011, n° 32, p. 2217 ; V. DESGARDIN-BOURDEAU, « Loi de bioéthique : la fin du suspens », *Dalloz Actualité*, juillet 2011, n° 5 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « La protection de la vie humaine dans la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011 », *Revue Juridique Personnes et Famille*, septembre 2011, n° 9, pp. 8-17 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « L'assistance médicale à la procréation dans la loi du 7 juillet 2011 », *AJ Famille*, octobre 2011, n° 10, pp. 492-495 ; H. GAUMONT-PRAT, « Publication de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique », *Propriété Industrielle*, 2011, n° 10, p. 2 ; A. KAHN, « La loi bioéthique – Réflexions sur l'éthique et la morale », *Dalloz*, 2011, n° 30, p. 2104 ; A.-M. LEROYER, « Droit des personnes ; Note sous Loi numéro 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, Journal Officiel numéro 0157 du 8 juillet 2011 page 11826 », *RTD civ.*, 2011, n° 3, pp. 603-610 ; A. MIRKOVIC, « Première lecture du projet de loi bioéthique : l'intérêt de l'enfant sacrifié à l'impatience des adultes ? », *Dalloz*, 2011, n° 13, pp. 892-893 ; D. VIGNEAU, « Les dispositions de la loi " bioéthique " du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *Dalloz*, 2011, n° 32, p. 2224.

l'accès à l'AMP aux seuls couples exprimant une « demande parentale »⁸ ; puis le terme de projet parental a, dans un second temps, été employé afin de se prononcer sur le sort des embryons surnuméraires⁹ d'une fécondation *in vitro*. La fécondation *in vitro* (FIV) est une technique d'assistance médicale à la procréation qui consiste à mettre en contact du sperme avec des ovules en milieu artificiel. Un embryon est conçu au sein de boîtes stériles contenant plusieurs puits et sera ensuite implanté dans l'utérus de la mère. L'embryon sera congelé pendant la période qui précède son transfert dans l'utérus afin de permettre sa conservation. Durant la phase qui précède l'implantation, l'embryon se situe *in vitro*. En revanche, l'embryon est considéré *in utero* dès l'instant où il se situe au sein de l'utérus de la femme, et ce qu'il s'agisse d'un enfant conçu naturellement, par insémination artificielle ou encore par fécondation *in vitro*.

En dépit de son usage récurrent en droit positif, la notion de projet parental n'a jamais été définie par le législateur, mais le contexte dans lequel le terme est apparu permet de comprendre qu'il traduit le désir de devenir parent. L'autorité parentale étant l'attribut juridique des parents, le projet parental peut être appréhendé comme étant la volonté de mettre au monde ou d'adopter un enfant afin de tisser des liens affectifs avec lui, de lui garantir sa sécurité, et de le protéger dans sa santé et sa moralité pour assurer son éducation et de permettre son développement dans le respect dû à sa personne. À l'heure actuelle, la notion de projet parental est de plus en plus située en creux lorsqu'il s'agit de mener une réflexion sur le traitement des embryons *in vitro*. Mais elle est, à l'inverse, totalement absente des débats concernant l'embryon *in utero*. D'ailleurs, si le législateur fait clairement référence au projet parental dans les dispositions relatives à l'embryon *in vitro*, il n'en est fait aucune mention explicite dans celles relatives à l'embryon *in utero*. Cette inégalité dans l'utilisation de la notion de projet parental s'explique par les problématiques totalement distinctes générées par la différence de situation physique de ces embryons.

L'emploi de la notion d'enfant à naître, que ce soit dans le langage courant ou dans un contexte strictement juridique, est polysémique. À l'instar des désaccords relatifs à la délimitation des périodes embryonnaires et fœtales, les références à la notion d'enfant à naître revêtent des dimensions différentes. Physiologiquement, une différence existe entre l'embryon d'une part, et le fœtus d'autre part. Ce dernier, compte tenu de son stade de gestation plus avancé, reçoit plus aisément la

⁸ Depuis la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 *relative à la bioéthique*, le législateur a supprimé la référence à la demande parentale du couple des conditions d'accès à l'AMP, mais on peut considérer qu'elle est toujours implicitement contenue dans la loi.

⁹ Cf. ci-après.

qualification d'enfant à naître dans le langage courant. Dans la terminologie juridique, les occurrences d'emploi de la notion d'enfant à naître n'opèrent pas une telle distinction, et le terme est utilisé de façon indifférente pour désigner l'ensemble des êtres conçus ou uniquement pour définir le fœtus. À titre d'exemple, la loi et la jurisprudence ne reconnaissent pas l'homicide involontaire de l'enfant conçu, sans considération du fait qu'il s'agisse d'un embryon ou d'un fœtus¹⁰. L'absence de personnalité juridique empêche la reconnaissance de l'infraction d'homicide involontaire¹¹ et tous les enfants à naître se situent, à ce niveau, sur un pied d'égalité. De la même façon, la loi met en place un large dispositif de contrôles de la santé de l'enfant à naître dès le stade embryonnaire jusqu'à la naissance : si ces mécanismes visent à protéger la santé de la mère, on ne peut nier qu'ils poursuivent également l'objectif de veiller à la santé de l'ensemble des enfants conçus. À l'inverse, la législation autorisant l'interruption volontaire de grossesse (IVG) semble opérer une distinction substantielle entre l'enfant à naître dont le temps de gestation est inférieur à douze semaines de grossesse et celui dont le temps de gestation y est supérieur¹².

En réalité, les notions d'embryon et de fœtus correspondent à des stades distincts de développement. D'ailleurs, c'est cette même question du stade de développement qui mène à une distinction comparable entre les embryons *in vitro* et *in utero*. La formation de l'enfant conçu par FIV débute par le stade d'embryon

¹⁰ Cass., Ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. civ. 2001, ass. plén. n° 8 ; L. DEMONT, « Commentaire de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *Dr. pén.*, 2001, n° 8, pp. 4-7 ; J. HAUSER, « Personnes et droits de la famille », *RTD civ.*, 2001, n° 3, pp. 559-580 ; S. JOLY, « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain », *Dr. fam.*, 2001, n° 10, pp. 9-15 ; Y. MAYAUD, « Ultime plainte après l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *Dalloz*, 2001, n° 36, pp. 2917-2920 ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001) », *Dalloz*, 2001, n° 36, pp. 2907-2913 ; M.-L. RASSAT, « Homicide involontaire : l'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G*, 2001, n° 29, pp. 1432-1455 ; G. TOUATI, « Le fœtus n'est pas une personne », *RJPF*, 2001, n° 10, pp. 25-26 ; D. VIGNEAU, « Selon la Cour de cassation, l'homicide d'un enfant à naître, même viable, n'en est pas un ! », *Dr. fam.*, 2001, n° 10, pp. 4-8.

¹¹ Cependant, en sens contraire, un jugement du Tribunal correctionnel de Tarbes du 4 février 2014 « a condamné un automobiliste à trois ans de prison avec sursis pour homicide involontaire sur un fœtus ». Ce jugement semble être un cas d'espèce. Le ministère public et la personne condamnée ont décidé de ne pas interjeter appel. Disponible en ligne : <http://actualitesdudroit.lamy.fr/Accueil/Articles/tabid/88/articleType/ArticleView/articleId/124097/Condamnation-dun-automobiliste-pour-homicide-involontaire-sur-un-ftus.aspx>, page consultée le 30 mars 2014.

¹² La mère étant autorisée à recourir à l'interruption volontaire de grossesse durant les douze premières semaines de grossesse, l'enfant à naître dont la gestation est inférieure à ce délai est moins bien protégé que celui dont la gestation est supérieure à ce délai. Cf. ci-après.

in vitro jusqu'à ce qu'il soit implanté dans l'utérus de la mère. La phase d'implantation lui confèrera la qualité d'embryon *in utero* ; puis, il deviendra fœtus au bout de plusieurs semaines ; enfin, sa naissance lui fera acquérir le statut d'enfant et dans le même temps la personnalité juridique. Dans le cas d'une procréation naturelle ou d'une insémination artificielle, le développement débute par le stade d'embryon *in utero*. Au demeurant, les autres étapes de développement sont identiques. En observant tous les modes de procréation, trois étapes chronologiques de formation de l'enfant à naître apparaissent : l'embryon *in vitro* isolé du corps de sa mère et dont le développement est suspendu jusqu'à son implantation ; l'embryon *in utero* dont la formation se poursuit de façon continue grâce au corps de la mère ; le fœtus qui est la dernière phase de la gestation avant la naissance. Durant la période anténatale, l'enfant conçu *in vitro* passera par toutes ces phases de développement alors que celui conçu par procréation naturelle ou par insémination artificielle sera d'emblée un embryon *in utero* avant de devenir fœtus. Cependant, en dépit de l'identification précise des différentes phases de développement de l'enfant conçu, de nombreuses incertitudes scientifiques entourent l'embryon et le fœtus¹³, notamment en ce qui concerne le passage d'un état à un autre ainsi que sur ce qui a trait à leurs perceptions sensorielles et psychiques. L'impossibilité scientifique de déterminer avec précision le passage de l'embryon au stade de fœtus empêche de dissocier les êtres humains conçus pouvant être qualifiés d'enfants à naître de ceux qui ne le peuvent pas. En l'état actuel des connaissances, n'importe quel choix serait subjectif et arbitraire. Ainsi, contrairement à la naissance, qui constitue un moment certain sur lequel il y existe un consensus pour admettre que la vie portée par la mère devient un enfant, les connaissances scientifiques relatives à la période anténatale ne permettent pas de trancher en faveur d'un moment précis au cours duquel l'être humain deviendrait un enfant à naître¹⁴. Les hésitations quant à l'emploi de la notion d'enfant à naître dans le langage courant et dans la terminologie juridique reflètent ces incertitudes.

En revanche, l'état des connaissances scientifiques a pu permettre d'établir que l'information génétique soit fixée au moment de la fécondation. Or, cette information génétique fait de l'embryon un être humain dès sa conception¹⁵. Si des

¹³ R. FRYDMAN, *Dieu, la médecine et l'embryon*, Paris, Odile Jacob, 1997.

¹⁴ Les connaissances scientifiques permettent de situer le passage du stade embryonnaire à celui de fœtus au cours du troisième mois de grossesse mais il est encore très difficile de connaître avec précision le moment exact au cours duquel cette évolution s'effectue.

¹⁵ A. FAGOT-LARGEAULT et G. DELAISI DE PARSEVAL, « Les droits de l'embryon (fœtus) humain et la notion de personne humaine potentielle », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1987, n° 3, pp. 361-385 ; A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon : la question interdite », *JCP G*, 2010, n° 4, p. 177.

incertitudes persistent à propos du développement de l'embryon, un consensus existe sur son appartenance à l'espèce humaine. D'ailleurs, qu'il se situe *in vitro* ou *in utero*, l'embryon est considéré, par le droit positif, comme ayant vocation à naître dès sa conception. En effet, en matière d'assistance médicale à la procréation, l'embryon *in vitro* est conçu dans l'unique perspective d'une naissance¹⁶ ; et en ce qui concerne l'embryon *in utero*, le droit positif présume que l'enfant en gestation a vocation à naître tant que sa mère n'a pas fait connaître qu'elle souhaitait procéder à une interruption volontaire de grossesse ou à une interruption médicale de grossesse (IMG)¹⁷. Il semble alors que la vie de l'individu doit être envisagée en tant qu'un *continuum* qui s'étend du début de la vie de l'être humain jusqu'à son décès, et dont la naissance constitue la distinction entre la vie prénatale et la vie postnatale. Pour ces raisons, il semble qu'embryons *in vitro*, embryons *in utero* et fœtus doivent tous trois être qualifiés d'enfants à naître dès le moment de leur conception et jusqu'à leur naissance.

Partant de ce constat, force est de constater que la qualification d'enfant à naître revêt des réalités différentes¹⁸ en fonction notamment du rapport qui existe entre l'embryon et le corps de la mère. De par les disparités de situation physique des enfants à naître, contrairement à l'exercice de l'autorité parentale qui constitue une protection uniforme de l'ensemble des enfants nés, le législateur s'est trouvé dans l'obligation d'adapter la notion de projet parental, en tant qu'outil de préservation, à la situation physique des embryons. *De facto*, l'existence ou l'absence de projet parental emporte des conséquences à l'égard des embryons *in vitro* comme des embryons *in utero*. Pour l'embryon *in utero*, l'inexistence du projet parental signifie qu'il a disparu ou qu'il n'a jamais existé ; pour l'embryon *in vitro*, il a nécessairement disparu pendant la procédure d'assistance médicale à la procréation. L'interrogation porte sur l'encadrement par le droit positif de cette expression d'existence ou d'absence de projet parental. Quelles conséquences juridiques entraînent le clair de l'existence et l'obscur de l'absence de projet parental à l'égard de l'enfant à naître ? L'objectif est d'appréhender les effets juridiques de l'expression du projet parental que ce soit en termes de protection ou d'atteinte à l'enfant à naître. L'aspect multiforme des enfants à naître explique que la réception du projet parental par le

¹⁶ Selon l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, l'AMP « a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ». L'article L. 2141-3 ajoute qu'« un embryon ne peut être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation ». Ainsi la conception d'un embryon *in vitro* ne peut avoir lieu que dans le cadre d'une procréation.

¹⁷ Cf. ci-après.

¹⁸ Embryons *in vitro*, embryons *in utero* et fœtus.

droit positif ne soit pas la même pour tous. Tout comme la distinction entre les embryons *in vitro* et *in utero*, la notion de projet parental va être façonnée par le rapport au corps de la mère des enfants à naître. L'embryon *in utero* est nécessairement envisagé au travers du corps de sa mère alors que l'embryon *in vitro* ne peut être appréhendé qu'au travers du projet parental à l'origine de sa conception. À l'égard de l'embryon *in utero*, le projet parental s'efface derrière l'enveloppe corporelle de la mère, mais pour ce qui concerne l'embryon *in vitro*, le projet parental est omniprésent. L'observation des conséquences juridiques de l'existence ou de l'absence du projet parental permettra de déterminer dans quelle mesure il peut constituer un outil de protection ou, au contraire, un danger quant à la préservation des intérêts des embryons *in vitro* d'une part (I) et *in utero* d'autre part (II).

I – PROJET PARENTAL ET EMBRYON *IN VITRO*

Les différentes lois bioéthiques ont construit la protection de l'embryon *in vitro* autour de l'existence du projet parental (1), ce qui, dans une certaine mesure, témoigne d'une vision utilitariste de l'enfant à naître (2).

1) La protection de l'embryon in vitro à travers l'existence du projet parental

Le droit positif a eu recours à la notion de projet parental dans la perspective d'élaborer un système de protection de l'embryon *in vitro* qui permettrait, en même temps, d'apporter une solution à la gestion des « stocks ». En ce qui concerne l'embryon *in vitro*, le projet parental, envisagé par le législateur comme volonté commune du couple (b), va constituer un véritable substitut de l'enveloppe maternelle (a). Pour autant, l'efficacité de la protection conférée à l'embryon *in vitro* est à nuancer (c).

a) Le projet parental, substitut du corps de la mère

La FIV implique le recueil d'ovocytes et de spermatozoïdes. Or, le prélèvement des ovocytes nécessite une anesthésie générale. Pour éviter de réitérer l'opération, une stimulation ovarienne est effectuée, permettant de recueillir plusieurs ovocytes lors d'un unique prélèvement. La conservation des ovules s'avérant pendant longtemps plus compliquée que celle des embryons (en raison de leur intolérance à la congélation et de leur altération¹⁹), le processus de conception est directement

¹⁹ Cependant, aujourd'hui le développement et le perfectionnement de la technique de la vitrification ovocytaire visent à améliorer la conservation des ovocytes en cas de congélation. Cf. ci-après.

effectué après le recueil des ovocytes. L'objectif est de concevoir plusieurs embryons à l'aide des ovocytes prélevés afin de pouvoir effectuer plus tard une nouvelle implantation en cas d'échec des premières FIV, et ce sans avoir à procéder à une autre intervention médicale auprès de la mère pour recueillir ses gamètes. La FIV conduit alors à la conception d'embryons dits surnuméraires, c'est-à-dire à la conception d'un nombre supérieur d'embryons à ceux qui vont être implantés dans l'utérus de la mère. Les embryons sont ensuite congelés afin d'en assurer la conservation.

La situation *in vitro* correspond à la première phase du développement de l'embryon conçu par FIV et, durant le temps de la congélation, la fusion du corps de la mère et de l'embryon est inexistante. Le développement de l'enfant conçu est suspendu, dans l'attente d'une future implantation. Cette conservation, en dehors du corps de la mère, rend l'enfant à naître beaucoup plus vulnérable dans la mesure où l'obstacle de l'enveloppe corporelle ne permet pas de le protéger, contrairement à la situation *in utero*²⁰. L'accès à l'embryon est facilité par sa situation *in vitro*. L'élaboration des lois bioéthiques de 1994 en matière d'AMP visait à mener une réflexion d'ensemble relative à l'impact des nouvelles techniques sur le traitement de l'être humain afin d'établir des règles protectrices. À cette occasion, la question de la gestion du « stock » d'embryons généré par la FIV a été abordée : ne pouvant être maintenus indéfiniment en état de congélation, il s'agissait de trouver une solution au problème de cette réserve d'embryons. Les lois bioéthiques du 6 août 2004 et du 7 juillet 2011 ont poursuivi ces objectifs en perfectionnant les solutions adoptées.

L'article L. 2141-4 du Code de la santé publique prévoit que « les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental. S'ils n'ont plus de projet parental [...], les deux membres d'un couple, [...] peuvent consentir » à l'accueil des embryons par un autre couple, à ce qu'ils fassent l'objet de recherches médicales et scientifiques, ou à leur destruction. Tant que le projet parental existe, les embryons congelés seront conservés en vue d'une éventuelle implantation ; dans le cas contraire, le couple devra opter pour l'une des trois alternatives précitées. En faisant dépendre le sort des embryons *in vitro* de ceux qui sont à l'origine de leur conception, le législateur a conféré au projet parental une triple fonction. D'abord, il constitue la première condition d'accès à l'AMP : seuls les couples poursuivant un projet parental peuvent avoir accès aux techniques de procréation assistée, ce qui démontre que la conception d'un embryon *in vitro* se déroule nécessairement dans la perspective d'une naissance. Ainsi, l'embryon *in vitro* est d'abord considéré par le

²⁰ Cf. ci-après.

droit positif comme ayant vocation à naître. Ensuite, le projet parental résout, dans une certaine mesure, les problématiques de gestion de « stock ». Enfin, il a véritablement une fonction protectrice de l'enfant à naître : il lui garantit sa conservation dans l'attente d'une future implantation dans l'utérus de la mère. L'expression de la persistance du projet parental du couple entraîne la protection de tous les embryons conçus dans cet objectif, bien qu'il y ait de fortes probabilités, au final, que l'implantation ne concerne que certains d'entre eux. Au cours de cette première phase de développement de l'embryon conçu par FIV, le projet parental se substitue à la protection qu'offre le corps de la mère aux embryons *in utero* jusqu'à une éventuelle implantation. Tant que dure le projet parental, il ne peut être mis fin à la conservation des embryons et sur ce point, le législateur a mis sur un pied d'égalité les deux membres du couple dans l'expression de la persistance ou non du projet parental.

b) La persistance du projet parental, une décision conjointe des membres du couple

L'article L. 2141-4 prévoit qu'en cas de désaccord entre les membres du couple sur le maintien du projet parental ou le devenir des embryons, « il est mis fin à leur conservation si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans »²¹.

Selon le même article, en cas de décès de l'un des membres du couple, le survivant est tenu de consentir à l'une des alternatives précédemment exposées : procéder à un don d'embryons envers un autre couple, autoriser que des recherches soient effectuées sur eux ou demander leurs destructions. Le droit positif appréhende le projet parental au travers du couple. Pour cette raison, chaque membre du couple qui recourt à l'AMP doit être vivant²², ce qui prohibe le transfert *post-mortem* d'embryons. « Le transfert d'embryon *post-mortem* consiste à transférer dans l'utérus de la femme survivant au décès de son mari ou de son compagnon un ou plusieurs embryons congelés conçus dans le cadre d'un protocole d'assistance médicale à la procréation (AMP) »²³. Le refus du transfert *post-mortem* d'embryons est assez controversé dans la mesure où l'embryon est déjà conçu préalablement au décès du père²⁴. Le droit positif fait disparaître le projet parental avec le décès du compagnon

²¹ Selon l'article L. 2141-4 du Code de la santé publique, il en est de même si l'un des deux membres du couple a gardé le silence sur la persistance de son projet parental et que la conservation a duré au moins cinq ans.

²² Article L. 2141-2 du Code de la santé publique.

²³ V. DEPADT-SEBAG, « La procréation post mortem », *Dalloz*, 2011, n° 32, pp. 2213-2214, spéc. p. 2213.

²⁴ A. MIRKOVIC, « Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine : la procréation *post mortem* en question », *RLDC*, 2010, n° 76, pp. 95-97.

de la mère. L'argument souvent invoqué en faveur de cette interdiction est celui de l'intérêt de l'embryon à ne pas naître orphelin de père²⁵. Or, dans cette situation particulière, au vu de deux des trois alternatives offertes à la femme survivante, il est surprenant de constater que le législateur ait pu considérer que la naissance porte plus atteinte à l'intérêt de l'enfant à naître que sa destruction ou son don à la recherche. Il s'agit d'un exemple topique de conflit entre l'intérêt immédiat et l'intérêt futur de l'enfant à naître, dont la résolution semble faire prévaloir la préservation des intérêts à venir. La protection de l'intérêt immédiat tend à préserver la vie de l'embryon conçu alors que l'intérêt futur amène à s'interroger sur la qualité de la vie de l'enfant une fois né.

Le droit positif a fait du projet parental à l'égard de l'embryon *in vitro* un choix commun et une décision conjointe du couple. Cette égalité de l'homme et de la femme dans l'expression du projet parental s'explique par la situation extérieure de l'embryon par rapport au corps de la mère. Du fait de la situation *in vitro* de l'embryon, le droit positif n'a pas à concilier les droits de la mère sur son corps avec la protection de l'enfant à naître²⁶ et il n'y a pas de justification factuelle et juridique à la mise à l'écart du père. Cependant, cette stricte égalité entre l'homme et la femme multiplie les risques de disparition de projet parental. Les trois alternatives mettent en évidence une première limite à la fonction protectrice du projet parental : sa disparition peut être le fruit d'une multitude de circonstances tels que la séparation du couple, la survenance d'un décès de l'un des membres du couple, la réalisation effective d'un projet parental à l'égard d'autres embryons, un changement d'avis. Ainsi, l'extinction du projet parental peut survenir soudainement au gré des aspirations personnelles du couple et des accidents de la vie alors que dans le cadre de la FIV, le souhait de devenir parent est parfois mis à rude épreuve, ne serait-ce que par les différentes étapes à franchir avant l'implantation. Par ailleurs, l'efficacité de la protection octroyée par le projet parental à l'embryon *in vitro* constitue une deuxième limite.

c) L'existence du projet parental, une efficacité limitée

L'existence du projet parental interdit toute tierce intervention relative à l'enfant à naître si ce n'est dans le cadre de la réalisation de l'assistance médicale à la procréation. De plus, la situation physique de l'embryon *in vitro* le préserve des atteintes qui pourraient lui être portées par le comportement de sa mère. Pourtant,

²⁵ P. MORIN, « L'interdiction opportune de l'implantation *post mortem* d'embryon », *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 mars 2004, n° 5, pp. 355-363, spé. p. 357 ; A. MIRKOVIC, *Ibidem*.

²⁶ Cf. ci-après.

l'efficacité du projet parental doit être nuancée en raison de l'incertitude qui entoure la réparation du préjudice lié à la perte accidentelle des embryons par l'établissement de conservation. La perte accidentelle des embryons, malgré la persistance du projet parental, ne constitue pas un préjudice réparable. Dans une affaire dans laquelle un problème technique lors de la conservation des embryons avait entraîné leur destruction, la Cour administrative d'appel de Douai a jugé, le 6 décembre 2005, que « la création médicalement assistée d'embryons *in vitro* ne peut être réalisée, ainsi que le prévoient les dispositions de l'article L. 5141-2 du Code de la santé publique, que dans le cadre du projet parental du couple bénéficiaire ; que dès lors, la perte d'embryons dont les requérants ne peuvent sérieusement soutenir que ceux-ci constituent des êtres humains ou des produits humains ayant le caractère de chose sacrée auxquels est attachée une valeur patrimoniale, n'est source de préjudice indemnisable que pour autant que ce couple poursuit un projet de procréation auquel cette perte porte une atteinte »²⁷. La perte accidentelle des embryons n'est pas susceptible de sanction et ne constitue pas un préjudice réparable en tant que tel. La réparation ne peut avoir lieu que lorsque la perte des embryons empêche la réalisation d'un projet parental. Cependant, l'arrêt manque de précision sur l'étendue exacte du préjudice réparable : la question est celle de savoir si la réparation doit avoir lieu lorsqu'un projet parental existe encore à l'égard des embryons *in vitro* détruits ou quand la perte des embryons empêche la réalisation de tout projet parental pour le présent et pour l'avenir. Dans cette dernière situation, l'efficacité du projet parental en tant que protection de l'enfant à naître serait très limitée, voire niée. Aussi cet élément temporel nécessiterait d'être précisé par la jurisprudence ultérieure.

Les limites du projet parental, conjuguées avec les alternatives proposées au couple lorsque celui-ci disparaît, témoignent d'une vision utilitariste de l'embryon *in vitro*.

²⁷ CAA Douai, 6 décembre 2005, *Tellier*, req. n° 04DA00376 ; J.-R. BINET, « L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif », *Dr. Fam.*, 2006, n° 3, pp. 4-7 ; P. EGEA, « En l'absence de projet parental du couple, la détérioration d'embryons *in vitro* causée par un établissement de santé n'est pas constitutive d'un préjudice réparable en droit », *RJPF*, 2006, n° 6, pp. 10-12 ; R. LE GOFF, « Responsabilité d'un hôpital du fait de la destruction d'embryons », *AJDA*, 2006, n° 8, pp. 442-447 ; O. MESMIN, « Cour administrative d'appel de Douai », *JCPA*, 2006, n° 16, pp. 541-550.

2) Une vision utilitariste de l'embryon *in vitro*²⁸

La vision utilitariste procède de deux aspects : les différences de traitements qui ont trait à l'enfant à naître (a) ainsi que la volonté de réutiliser l'embryon *in vitro* en cas de disparition du projet parental (b).

a) Une différence de traitement

Une première différence de traitement apparaît entre les embryons *in vitro* et *in utero*. Pour l'embryon *in vitro*, le projet parental remplit une véritable fonction protectrice en garantissant sa conservation, mais, contrairement à l'embryon *in utero*²⁹, le droit positif ne prévoit pas de protection particulière lorsqu'il disparaît.

Lors de l'examen de la loi Veil relative à l'interruption volontaire de grossesse, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 15 janvier 1975, a reconnu que l'embryon bénéficiait du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie³⁰. Conscient de l'existence d'une disparité de protection entre l'embryon *in vitro* et l'embryon *in utero*, dans sa décision du 27 juillet 1994³¹ relative aux lois bioéthiques de la même année³², le Conseil constitutionnel a pris acte de la différence entre les

²⁸ M.-A. HERMITTE, « L'embryon humain, la science et le droit. Essai de chronologie », *RGDM*, 2000, numéro spécial : « La recherche sur embryon : qualification et enjeu », pp. 17-40, spé. p. 31.

²⁹ Cf. ci-après.

³⁰ Conseil Constitutionnel, Décision du 15 janvier 1975 relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, n° 74-54 DC, *Rec.* p. 19.

³¹ Conseil Constitutionnel, Décision du 27 juillet 1994 à propos de la loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, n° 94-343/344 DC, *Rec.* p. 100 ; J.-P. DUPRAT, « À la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain : la décision 94-343-344 du 27 juillet 1994 », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 34-40 ; L. FAVOREU, « Bioéthique », *RFDC*, décembre 1994, n° 20, pp. 799-811 ; F. LUCHAIRE, « Le Conseil Constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation », *RDP*, 1994, n° 6, pp. 1674-1662 ; B. MATHIEU, « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science », *RFDA*, 9 octobre 1994, n° 5, pp. 1019-1032.

³² Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, dite « loi bioéthique » : A. BATTEUR, « De la protection du corps à la protection de l'être humain, les anormaux et les lois du 29 juillet 1994 », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 29-33 ; C. BYK, « Statut du corps humain et pratiques biomédicales : à propos des lois bioéthiques françaises », *Journal international de bioéthique*, mars 1996, n° 1, pp. 3-9 ; J.-C. GALLOUX, « *De corpore jus* première analyse sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois numéros 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 18-24 ; J. MASSIP, « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », *GP*, 5 avril 1995, n° 95, pp. 2-19 ; P. PY, « Vers un statut de l'homme biologique. Les lois sur la bioéthique », *RDP*, octobre 1996, n° 5, pp. 1319-1346 ; D. THOUVENIN, « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », *RTD civ.*, 1994, n° 4, pp. 717-736.

enfants à naître selon leur rapport au corps de la mère. Tout en admettant le droit au respect de sa vie qui découle du principe de dignité, le Conseil constitutionnel a admis que le législateur, dans le cadre des procréations médicalement assistées, ait pu écarter l'embryon *in vitro* non implanté du champ d'application de ce principe. En admettant l'existence d'une différence de traitement entre les embryons *in utero* et *in vitro*, le Conseil constitutionnel se situe dans la droite ligne du droit positif qui confère aux embryons *in vitro* une valeur inférieure à celle des embryons *in utero*³³. L'appréhension asymétrique du projet parental selon qu'il s'agit d'un embryon *in utero* ou *in vitro*³⁴ est la conséquence de cette différence de valeur.

Une deuxième différence de traitement peut être observée entre les embryons *in vitro* eux-mêmes à travers les alternatives proposées au couple en cas d'extinction du projet parental. Le sort réservé aux embryons qui ne font plus l'objet d'un projet parental n'est pas identique, mais dépend d'un choix effectué par ceux qui sont à l'origine de leur conception. À ce titre, le droit positif confère au couple qui a recouru à la FIV un extraordinaire pouvoir de décision fondé sur l'existence passée d'un projet parental. Non seulement la préservation de l'embryon *in vitro* dépend de l'existence d'un projet parental, mais ce dernier justifie le pouvoir de décision octroyé par le législateur aux demandeurs à la FIV. La logique suivie consiste à confier le soin de régler la difficulté, créée par la perte du projet parental, à ceux qui en sont à l'origine. Le choix offert au couple dont le projet parental a disparu rend le sort des embryons complètement aléatoire.

La différence de traitement entre les embryons *in vitro* apparaît également lorsque la FIV s'accompagne d'un diagnostic préimplantatoire. La multiplication des outils de diagnostic et l'amélioration de leurs précisions a permis d'élargir le champ des investigations relatives aux affections dont peut être atteint l'enfant à naître. Deux types de diagnostics permettent la détection des anomalies avant la naissance de l'enfant : le diagnostic préimplantatoire (DPI) qui concerne l'embryon *in vitro* et le diagnostic prénatal³⁵ (DPN) qui s'effectue sur l'embryon *in utero*³⁶. Le DPN « s'entend des pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière

³² Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, dite « loi bioéthique », *op. cit.*

³³ Cf. ci-après.

³⁴ Cf. ci-après.

³⁵ On peut citer l'échographie, l'amniocentèse, la cytogénétique et le caryotype fœtal, la génétique moléculaire, la biopsie du trophoblaste, la ponction du cordon ombilical, ou encore le test sanguin HT21 destiné à dépister la trisomie 21.

³⁶ Cf. ci-après.

gravité »³⁷ alors que le DPI est « une forme précoce de diagnostic prénatal. Effectué à partir d'une ou deux cellules prélevées sur l'embryon issu d'une fécondation *in vitro* au troisième jour suivant la fusion des noyaux, il permet en effet de dépister d'éventuelles anomalies chromosomiques ou génétiques, et donc de n'implanter que les embryons indemnes »³⁸. L'article L. 2131-4 du Code de la santé publique autorise le DPI à titre exceptionnel lorsque « le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ». Le projet parental du couple n'existe qu'à l'égard des embryons sains de l'affection redoutée et le critère qui déterminera l'implantation dans l'utérus de la mère est l'absence de la maladie recherchée chez l'embryon *in vitro*. L'utilisation du DPI crée une véritable différence de traitement entre les embryons sains et ceux atteints d'une affection. Dans ce cadre, le DPI permet de sélectionner l'embryon sain de toute affection comme étant celui qui fait encore l'objet d'un projet parental. Dès lors, la question du risque eugénique en matière de DPI se pose. Est qualifiée d'eugénique la « science des conditions qui, par l'application des lois de la génétique, contribuent [*sic*] au maintien ou à l'amélioration de caractères héréditaires de l'espèce humaine et à l'élimination de ceux de ces caractères qui sont défavorables »³⁹. L'eugénisme entraîne un jugement de valeur dans l'appréciation des caractères génétiques des individus. Or, procéder à un diagnostic au stade où l'embryon se situe *in vitro*, vise à sélectionner celui qui sera implanté en fonction de ses gènes, ou plus précisément, de l'absence d'une anomalie génétique. En matière de DPI, le risque d'eugénisme est important dans la mesure où, contrairement au DPN, le projet parental n'est pas encore concrètement réalisé du fait de l'absence d'implantation de l'embryon *in vitro*⁴⁰. L'embryon *in utero* concrétise plus précisément le projet parental que l'embryon *in vitro* : là où le DPN révélant une anomalie peut entraîner une interruption médicale de grossesse⁴¹, le DPI n'entraîne qu'une simple absence d'implantation de l'embryon atteint. Dès lors, en raison de la situation *in vitro* de l'embryon, il y a moins d'implication physique et psychologique de la part de la mère. En cas d'affection de l'enfant à naître, celle-ci aura beaucoup plus de difficultés à effectuer un acte positif d'avortement⁴² qu'un acte de non implantation

³⁷ Article 20 de la loi du 7 juillet 2011, *op. cit.*

³⁸ Sénat, *Le diagnostic préimplantatoire*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, octobre 2008, n° LC 188, 29 p.

³⁹ Dictionnaire de l'Académie française.

⁴⁰ M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, spé. p. 27.

⁴¹ Cf. ci-après.

⁴² Cf. ci-après.

s'analysant comme un acte négatif ou une abstention. Consciente de ce phénomène, la législation italienne n'autorisait le recours à l'AMP que de façon restrictive et avait prohibée dans une loi du 19 février 2004 le DPI tout en autorisant le recours à l'avortement des enfants à naître atteints par la pathologie qui aurait pu être décelée avant l'implantation dans l'utérus. Après avoir donné naissance à un enfant atteint, deux ressortissants italiens, porteurs sains de la mucoviscidose, ont saisi la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH). La CEDH a retenu une ingérence disproportionnée dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale au regard de l'incohérence du système italien : celui-ci consiste en effet à refuser l'implantation sélective (en utilisant le DPI comme moyen de dépistage pour rechercher les embryons atteints d'une affection particulière), tout en permettant plus tard l'avortement (lorsque cette affection est détectée chez les enfants à naître)⁴³. Le législateur français a fait le choix d'autoriser le DPI mais, contrairement au DPN, dont l'utilisation fait partie intégrante du suivi de grossesse, son accès est très strictement limité par le droit positif.

Les disparités de traitement entre les embryons *in vitro* apparaissent encore lorsqu'un couple est autorisé à recourir à la technique du « bébé-médicament » ou « bébé double espoir » admis par le droit positif depuis la loi bioéthique du 6 août 2004⁴⁴ afin de soigner un aîné malade. Le processus s'effectue en trois étapes. Dans un premier temps, un couple ayant eu un premier enfant atteint d'une maladie particulièrement grave peut recourir aux techniques d'AMP dans le but d'éviter la transmission de la maladie à l'enfant à naître⁴⁵. Il s'agit alors de concevoir un enfant par fécondation *in vitro*. Dans un deuxième temps, le diagnostic préimplantatoire est effectué afin d'éviter à l'enfant à naître la transmission de la même maladie que l'aîné malade, comme le prévoit l'article L. 2131-4 du Code de la santé publique. Le fait d'avoir donné naissance à un premier enfant gravement malade constitue une forte probabilité de transmission de la même maladie à l'enfant à naître qui est l'une des conditions légales justifiant le recours au DPI. Dans un troisième temps, il s'agit

⁴³ CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c/ Italie*, req. n° 54270/10 ; C. BENOS, « L'interdiction du diagnostic préimplantatoire sur la sellette européenne », *RDSS*, 2013, n° 1, pp. 67-72 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « L'incohérence d'un système législatif en matière de diagnostic préimplantatoire peut entraîner une violation du droit au respect de la vie privée et familiale », *AJ famille*, 2012, n° 11, p. 552 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs », *RTD civ.*, 2012, n° 4, pp. 697-700 ; C. PICHERAL, « Les prudentes avancées de la Cour EDH en matière d'accès au diagnostic préimplantatoire », *JCP G*, 2012, n° 43, pp. 1946-1949 ; E. PUTMAN, « Droit au diagnostic pré-implantatoire pour le respect de la vie familiale », *RJPF*, 2012, n° 9, p. 29.

⁴⁴ Loi n° 2044-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *op. cit.*

⁴⁵ Article L. 2141-2 du Code de la santé publique.

de rechercher, à l'aide du DPI, une compatibilité immunologique avec l'aîné malade pour que celui-ci soit soigné⁴⁶. Dans ce cadre, cette technique ne porte pas atteinte à l'intégrité de l'enfant conçu dans la mesure où un simple prélèvement de sang du cordon ombilical du nouveau-né permettra de soigner l'aîné malade. Il faut comprendre que l'existence d'une pathologie chez l'aîné malade entraîne le recours à la FIV suivie du diagnostic préimplantatoire afin d'éviter la transmission de la même maladie à l'enfant à naître. La technique du « bébé-médicament » admise par l'article L. 2131-4-1 du Code de la santé publique ne fait qu'autoriser, au cours du DPI permettant de sélectionner les embryons sains, la sélection des embryons compatibles pour soigner l'aîné malade. Dans tous les cas, le recours à la FIV, puis au DPI aurait eu lieu afin d'éviter à l'enfant à naître d'être atteint de la même maladie que le premier enfant du couple. Cependant, lorsque l'objectif des parents est de concevoir un enfant qui permettra également de soigner l'aîné malade, l'enfant à naître n'est pas conçu dans la seule perspective de sa naissance. Sa conception poursuit un double objectif : celui de donner naissance à un enfant d'une part, et de soigner l'aîné malade d'autre part. Non seulement la technique du « bébé-médicament » permet de sélectionner les embryons sains de toute affection, mais, en plus, elle vise à assurer que ceux qui seront implantés soient compatibles avec l'aîné malade sur le plan génétique. Le projet parental n'existe donc qu'à l'égard des embryons qui cumulent ces deux qualités. Cette double sélection entraîne alors un risque eugénique plus accru que le simple DPI. Pour cette raison, le droit positif a largement limité le recours au DPI et à la conception du « bébé-médicament » en établissant un régime d'autorisation strict. Mais ces techniques s'inscrivent dans la mouvance qui consiste à traiter différemment les embryons en fonction du projet parental, et plus précisément en fonction de son contenu. En effet, qu'il s'agisse du DPI ou de la technique du « bébé-médicament », ce n'est pas la seule existence ou absence de projet parental qui est prise en considération mais bien son contenu, c'est-à-dire les conditions qu'émettent les deux membres du couple qui permettent de maintenir l'existence de leur projet parental. *De facto*, la différence de traitement opérée donne à l'embryon sain et génétiquement compatible une valeur supérieure à celle de l'embryon atteint ou non compatible.

⁴⁶ Article L.2131-4-1 du Code de la santé publique.

b) La réutilisation de l'enfant à naître
en cas de disparition du projet parental

Ces différences de traitement et de valeur « [mettent] en œuvre une vision utilitariste de l'embryon portée par la notion de projet parental »⁴⁷. L'ordre des alternatives qui s'offrent au couple qui n'a plus de projet parental, énoncées à l'article L. 2141-4 du Code de la santé publique, caractérisent parfaitement ce phénomène. Le législateur propose en un premier temps le don des embryons *in vitro* qui constitue une solution semblable à celle qui a été à l'origine de leur conception et qui satisferait à la fois un couple en mal d'enfant et les intérêts de l'enfant à naître. Dans un deuxième temps, la proposition du don à la recherche servirait les intérêts de la science et de son développement mais irait à l'encontre de ceux de l'embryon. Enfin, l'ultime alternative est celle de la destruction qui ne remplit alors aucune fonction, si ce n'est une impossible revendication ultérieure. Il y a une véritable volonté de conférer en priorité à l'embryon conçu une nouvelle utilité, qu'il s'agisse d'entrer dans un nouveau projet parental ou de servir à la recherche. Les techniques du DPI et du « bébé-médicament » participent de cette vision utilitariste en ce qu'elles consistent à concevoir des embryons *in vitro* pour ne sélectionner que quelques candidats à l'implantation en laissant de côté ceux qui ne remplissent pas les critères. Lorsque l'embryon ne peut plus remplir la fonction pour laquelle il a été conçu, il fait l'objet d'une véritable entreprise de « recyclage » organisée par le législateur et dont les demandeurs initiaux à la FIV sont les acteurs principaux. Ce « recyclage » conduit à traiter différemment les embryons *in vitro* alors qu'ils se trouvent dans la même situation physique et répondent à une définition identique.

Le problème de réutilisation de l'enfant à naître lorsqu'il se situe *in vitro* est directement lié à la conception d'embryons surnuméraires. Or, le développement et l'amélioration actuels de la technique de vitrification ovocytaire consistant à congeler les ovules de la femme éviteraient la conception d'embryons en surnombre. Cette nouvelle technique est en plein essor. Utilisée depuis peu en France, elle a été autorisée par la loi bioéthique du 7 juillet 2011⁴⁸, et les premières naissances issues d'une vitrification ovocytaire datent de mars 2012. Le développement de cette technique pourrait permettre, à long terme, d'éviter la conception d'embryons *in vitro* en surnombre dont la situation en dehors du corps de la mère est plus précaire que celles des embryons *in utero*. Selon l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique, les techniques d'AMP qui évitent autant que possible la conception d'embryons surnuméraires doivent être privilégiées. À l'heure actuelle, la technique ne permet

⁴⁷ M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, spé. p. 31.

⁴⁸ Loi n° 2011-814 du 7 juillet, *op. cit.*

pas d'obtenir des résultats similaires à ceux de la congélation d'embryons. Cependant, en vertu de la législation actuelle⁴⁹, le jour où les connaissances scientifiques auront amélioré la vitrification ovocytaire au point de lui conférer la même efficacité, celle-ci devrait supplanter la technique de la congélation d'embryons. La congélation d'embryons en surnombre cessera alors et avec elle la nécessité de les protéger, faisant disparaître à son tour la notion explicite de projet parental.

Pour autant, l'expression implicite du projet parental à l'égard de l'embryon *in utero* demeurera.

II – PROJET PARENTAL ET EMBRYON *IN UTERO*

La prise en considération par le législateur de l'embryon *in utero* s'entend de tous les enfants à naître situés au sein de l'utérus de leur mère, qu'ils aient été conçus par procréation naturelle, insémination artificielle ou par FIV après implantation. En effet, le droit positif ne fait pas de distinction entre les embryons *in utero* selon que l'enfant à naître soit situé d'emblée dans l'utérus de sa mère ou qu'il soit passé au préalable par la phase *in vitro*. De même, aucune distinction n'est effectuée selon que l'embryon *in utero* ait été conçu naturellement ou par recours à l'AMP.

À l'inverse de la conservation *in vitro*, l'état de grossesse confère à la mère un rôle protecteur des intérêts de l'embryon *in utero* extrêmement important (1). Cette protection s'accompagne de dispositions spécifiques du droit positif visant à limiter les conséquences de l'absence ou de la disparition du projet parental sur l'enfant à naître (2).

1) *La fusion de l'enfant à naître et de sa mère : une véritable présomption d'existence d'un projet parental*

Le corps de la mère va être au cœur de la protection de l'embryon *in utero* que ce soit sur le plan physique ou juridique (a). À ce titre, le législateur fait preuve d'une grande confiance à l'égard de la mère qui peut s'analyser en une véritable présomption d'existence de projet parental (b). Partant de ce constat, il convient de s'interroger sur la situation dans laquelle l'embryon *in utero* et le corps de la mère sont dissociés et dissociables : c'est-à-dire en cas de maternité de substitution (c).

⁴⁹ Selon l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique, « la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation privilégie les pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre des embryons conservés ».

a) Le corps de la mère, protection naturelle et juridique de l'embryon *in utero*

Le corps et les droits de l'individu sur ce dernier ont fait l'objet d'une protection de plus en plus grande au travers du respect du principe de la dignité de la personne humaine, renforcé après la Seconde Guerre mondiale⁵⁰. « Le droit général de l'individu sur son corps se subdivise en deux droits bien distincts : un droit *négalif* à l'intégrité physique, c'est-à-dire la possibilité pour le sujet de refuser toute atteinte à son intégrité corporelle par les tiers, et un droit *positif* de disposer de son corps »⁵¹. Le régime qui s'applique au corps de l'individu comprend un volet de protection, ainsi qu'un volet relatif à la maîtrise effective de soi. Ces deux aspects complémentaires n'ont pas le même objet : le premier vise à préserver le corps de toute atteinte alors que le second a pour objet de « [rendre] compte de l'existence d'un pouvoir de la personne sur son corps »⁵². Ces principes ont longtemps été appliqués par les tribunaux sans qu'ils ne fassent pour autant l'objet d'un « couronnement législatif »⁵³ et qu'ils ne soient insérés dans le Code civil. Sans doute inspiré par le Code civil québécois⁵⁴, le législateur français, prenant conscience de la nécessité de protéger l'individu contre le développement des nouvelles technologies de la science et de la médecine, a voulu consacrer un véritable statut du corps humain⁵⁵. Les lois bioéthiques n° 94-653⁵⁶ et n° 94-654⁵⁷ du 29 juillet 1994 ont été l'occasion d'insérer dans le corps législatif les dispositions protectrices du corps humain. La première loi insère dans le Code civil⁵⁸ des principes généraux essentiels

⁵⁰ Après la Seconde Guerre Mondiale, le principe a d'abord été énoncé au niveau international par la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948.

⁵¹ S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, préface d'Éric Loquin, Bordeaux, Les études hospitalières, 1999, 453 p., spé. p. 79.

⁵² *Ibidem*, spé. p. 11.

⁵³ J.-C. GALLOUX, « *De corpore jus*. Premières analyses sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 18-24.

⁵⁴ En 1991, le législateur québécois a inséré à l'article 10 une disposition visant à protéger l'intégrité de la personne complétée par une série de dispositions aux articles 11 à 25 visant à protéger le consentement de la personne sur les questions relatives à son corps. Disponible en ligne sur : http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CC_Q_1991/CCQ1991.html, page consultée le 19 octobre 2013.

⁵⁵ J.-C. GALLOUX, « *De corpore jus* », *op. cit.*

⁵⁶ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, dite loi bioéthique, *op. cit.*

⁵⁷ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, dite loi bioéthique, *op. cit.*

⁵⁸ Articles 16 et suivants du Code civil.

dégagés par la jurisprudence et la doctrine ; la seconde énonce des règles spécifiques sur l'utilisation d'éléments et produits issus du corps humain qui « permettent d'apprécier la portée de [ces] principes généraux »⁵⁹, et dont les dispositions sont insérées dans le Code de la santé publique. Le principe dégagé peut s'analyser en l'interdiction de toute atteinte à l'intégrité physique d'une personne, à moins que celle-ci n'y ait librement consenti en faisant usage de sa liberté de disposer de son corps⁶⁰ et dans les limites du respect de la dignité humaine⁶¹. Il en découle que, sauf exceptions, le pouvoir de décision et le consentement de chaque individu sont indispensables pour toute intervention et tout accès au corps humain.

Étant donnée la situation physique de l'embryon *in utero*, « accéder » à l'enfant à naître implique nécessairement la présence du corps de sa mère. Naturellement, le corps de la mère érige une barrière entre l'enfant qu'elle porte et les tiers, c'est-à-dire tous ceux qui ne sont pas impliqués *physiquement* dans le processus de la grossesse. Juridiquement, les droits de l'individu sur son corps s'appliquent de façon identique à la femme enceinte. En application des principes énoncés, chaque fois qu'il est nécessaire « d'accéder à l'enfant à naître », notamment dans le cadre d'examen à effectuer sur l'embryon ou de soins à apporter *in utero*, le consentement de la mère doit être recueilli. En vertu des droits dont elle dispose sur son corps, seule la mère est en mesure d'autoriser ou de refuser des actes sur l'enfant qu'elle porte. Pendant sa grossesse, elle dispose d'une véritable autonomie lorsqu'il s'agit de prendre les décisions qui sont relatives à sa personne ou à l'embryon *in utero*. Cette autonomie quant à la prise de décision va lui conférer un rôle extrêmement important dans la préservation de l'enfant qu'elle porte. Le corps de la mère va constituer un outil de préservation à la fois physique et juridique, offrant à l'embryon *in utero* une protection complète et complémentaire. La fusion de l'embryon et de sa mère isole l'enfant à naître vis-à-vis des tiers : il peut s'agir aussi bien d'un professionnel de santé, du père de l'enfant lui-même que de toute autre personne, instance et entité. Cette préservation naturelle de l'enfant à naître vis-à-vis des tiers est relayée par les dispositions protectrices du corps humain qui constituent une protection juridique par ricochet. Le droit positif n'a pas établi une protection spécifique à l'égard des

⁵⁹ J.-C. GALLOUX, « *De corpore jus* », *op. cit.*

⁶⁰ S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, *op. cit.*, spé. p. 169.

⁶¹ Selon S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, *op. cit.*, p. 15 : « La protection du corps de la personne, imposée par l'impératif de sauvegarde de la dignité humaine, est la cause de limitations apportées par le droit objectif au pouvoir de disposition juridique de son corps par l'individu ». Le principe de respect de la libre disposition de son corps humain est à concilier avec d'autres principes protecteurs de la personne concourant au respect de la dignité humaine et présente certaines exceptions : l'indisponibilité du corps humain, les limites liées à l'ordre et la santé publique, ainsi que les limites liées à la protection de la vie de l'individu.

embryons *in utero*. Seul le corps fait l'objet d'une protection particulière et l'enfant à naître ne fait que bénéficier indirectement d'une protection dont il n'est pas le destinataire immédiat, mais par ricochet. Cette fusion du corps de la mère avec l'enfant qu'elle porte va avoir pour conséquence de lui conférer une confiance extraordinaire quant au comportement qu'elle adopte à l'égard de l'embryon *in utero*.

b) La confiance octroyée à la mère, véritable présomption de projet parental entendue en tant que prérogative individuelle

L'embryon n'est protégé qu'au nom et au travers du corps de sa mère. Dès lors, le bien-être de l'embryon est intégralement dépendant de la décision et du comportement actif ou passif de sa mère. Cette interdépendance constitue une certaine limite à l'efficacité de l'enveloppe maternelle lorsque l'atteinte provient de la mère elle-même. En cas de refus de tout examen, traitement ou intervention permettant de soigner l'enfant, elle ne pourrait y être contrainte, ceci compris les hypothèses dans lesquelles ils n'auraient aucune incidence pour elle. De même, une mère qui aurait un comportement contraire aux intérêts de l'enfant à naître ne serait pas tenue d'y mettre un terme. Le pouvoir de décision de la mère lié à la liberté de disposer de son corps n'empêche pas que certaines restrictions soient établies afin de concilier les intérêts en présence, notamment lorsque l'atteinte subie par l'enfant à naître serait disproportionnée. Pourtant, alors qu'il encadre – jusqu'à parfois limiter – les droits de la mère sur son corps lorsqu'elle décide de porter atteinte au développement de l'embryon en recourant à l'interruption volontaire de grossesse⁶², le législateur ne cherche pas à réduire le risque lié à sa prise de décision et à son comportement⁶³.

Deux raisons expliquent l'absence de contrôle du comportement de la mère vis-à-vis de l'enfant qu'elle porte. La première est d'ordre physique : en vertu des droits de l'individu sur son corps⁶⁴, le législateur peut difficilement mettre en place des dispositifs permettant de contraindre la mère à adopter une conduite spécifique qui serait plus protectrice de l'enfant à naître. La seconde est d'ordre psychologique : le droit positif compte sur l'état de grossesse pour que la mère adopte une attitude conforme aux intérêts de l'enfant à naître. La mère serait par définition la plus apte à préserver les intérêts de l'enfant qu'elle porte. Il s'agit de considérer que les échanges au sein de l'enveloppe maternelle influenceront la mère dans le sens d'une prise de

⁶² Cf. ci-après.

⁶³ Il n'est pas question ici de la décision de la mère de mettre un terme à la grossesse qui porterait directement atteinte à la vie de l'enfant à naître. Il s'agit des décisions et comportements de la mère pendant la grossesse qui auraient un impact négatif sur l'embryon *in utero*.

⁶⁴ Cf. ci-avant.

décision préservant nécessairement l'embryon. On se repose sur l'état de grossesse pour développer les liens affectifs de la mère vis-à-vis de l'enfant qu'elle porte afin que ses sentiments la conduisent à se prononcer dans l'intérêt de ce dernier. Dès lors, le risque lié au pouvoir de décision de la mère serait théoriquement marginal. Ceci traduit l'existence d'une véritable confiance du droit positif à son égard. En lui faisant confiance pour prendre les meilleures décisions relatives à l'enfant à naître, le droit positif consacre l'idée que la mère a spontanément la volonté de protéger l'intégrité de son enfant. La confiance octroyée à la femme enceinte témoigne de l'existence d'une véritable présomption de projet parental de la mère à l'égard de l'enfant qu'elle porte. En faisant confiance à la mère, le législateur considère que toute femme enceinte, c'est-à-dire dont le corps fusionne avec l'embryon, a un réel projet parental fondé sur les liens spécifiques qui se créent durant l'état de grossesse. Autrement dit, cette présomption repose sur la fusion matricielle dont découlerait des liens affectifs que la mère entretiendrait avec l'embryon. L'existence de cette présomption met en exergue le fait que le droit positif considère que l'embryon *in utero* a vocation à naître dès sa conception. La confiance octroyée à la femme enceinte est le reflet d'une certaine limite que le législateur s'impose. En effet, intervenir directement sur le comportement de la mère reviendrait à se substituer à elle, en établissant une lecture linéaire et arbitraire de ce que sont les intérêts de l'enfant à naître et les comportements à éviter ainsi qu'à adopter afin de mettre en œuvre cette protection. Un trop grand interventionnisme du droit positif en la matière risquerait d'entraîner un certain nombre de dérives importantes dont l'aboutissement pourrait résider en une sélection des procréateurs considérés comme les plus aptes à préserver les intérêts des enfants nés et à naître.

Cette présomption de projet parental est la conséquence de la fusion de la mère et de son enfant. La présomption de projet parental n'est établie que parce que le corps de la mère protège indirectement l'enfant à naître d'une part, et parce que l'on considère que les échanges générés par l'état de grossesse influenceront la femme enceinte d'autre part. Le droit positif fait confiance à la femme enceinte précisément parce qu'elle est indissociable de l'enfant qu'elle porte. Le droit positif considère que c'est parce que la femme est dotée d'un projet parental qu'elle adoptera un comportement en conformité avec l'intérêt de l'enfant à naître. Il ressort de ces constatations qu'à l'égard de l'embryon *in utero*, le projet parental du père ne peut être pris en considération en l'état du droit positif. La fusion de la mère et de l'embryon étant à la fois ce qui entraîne l'application des dispositions protectrices du corps humain et ce qui établit la présomption de projet parental, le père est visiblement et nécessairement écarté du processus décisionnel. Si à l'égard de l'embryon *in vitro*, le projet parental est entendu comme un projet commun, en ce qui concerne l'embryon *in utero*, seul le projet parental de la mère est pris en compte.

Ceci illustre les différentes conceptions du projet parental par le droit positif selon qu'il s'agisse d'un embryon *in vitro* ou *in utero*.

Reposant sur la fusion du corps de la mère et de l'enfant à naître, l'expression du projet parental serait complètement transformée dans le cas de la maternité de substitution.

c) Projet parental et maternité de substitution

Dans la mesure où la présomption de projet parental repose sur la fusion de la mère et de l'enfant à naître, elle serait remise en cause en cas de maternité de substitution. La maternité de substitution n'est pas définie par le droit positif. Elle peut être appréhendée comme l'accord conclu entre un ou plusieurs individu(s) et une femme fertile selon lequel cette dernière s'engage à porter et à accoucher d'un enfant pour le compte du ou des premier(s)⁶⁵. Il faut distinguer trois techniques. La première vise à inséminer la mère porteuse avec le sperme du compagnon de la future mère pour féconder son ovule : dans cette situation la mère porteuse est à la fois génitrice et gestatrice. La deuxième vise à concevoir un embryon *in vitro* avec les gamètes des parents d'intention et à l'implanter ensuite dans l'utérus de la mère porteuse. La troisième consiste à concevoir un embryon *in vitro* avec les gamètes de tiers et à implanter ensuite l'enfant conçu dans l'utérus de la mère porteuse. Dans les deux dernières situations, la mère porteuse est uniquement gestatrice. On parle alors, dans le premier cas, de procréation pour autrui et, dans les autres situations, de gestation pour autrui⁶⁶. Le droit français prohibe la pratique de la maternité de substitution, peu importe la technique utilisée⁶⁷. Cependant, la pratique se

⁶⁵ La maternité de substitution revêt des réalités différentes. Il peut s'agir d'une femme qui porte et accouche d'un enfant afin de le remettre aux parents d'intention formant un couple afin qu'ils deviennent les parents légaux. Mais dans un arrêt du 13 septembre 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré qu'il y avait eu maternité de substitution dans une situation où la femme portait l'enfant pour le compte d'un homme, tout en restant la mère légale de l'enfant né. Une enfant était née de mère indienne, et de père français. L'homme ainsi que la femme avaient demandé la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres d'état civil français, et par ailleurs l'homme avait reconnu l'enfant. La transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français a été refusée d'une part, et la reconnaissance de paternité a été annulée d'autre part. La Haute juridiction a considéré qu'il y avait eu maternité de substitution entraînant une fraude à la loi.

⁶⁶ V. DEPADT-SEBAG, « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de gestation pour autrui », *Revue générale de droit médical*, mars 2004, n° 12, pp. 135-155, spé. p. 147.

⁶⁷ L'article 16-7 du Code civil dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

développant à l'étranger⁶⁸, la question de son autorisation revient de façon régulière sur l'agenda politique et législatif d'autant que chaque année en France plusieurs nouvelles affaires de maternité de substitution sont portées devant les tribunaux, ce qui pourrait laisser penser que le recours à cette technique est un phénomène de plus large ampleur⁶⁹.

Hormis le cas particulier de l'adoption, il y a actuellement une interdépendance entre la volonté d'être parent et l'état de grossesse. La difficulté dans la maternité de substitution tient en la dissociation qu'elle engendre entre le projet parental et l'état de grossesse. Dans la maternité de substitution, la présomption de projet parental à l'égard de la femme enceinte ne peut pas s'appliquer. La question qui se pose alors est celle de savoir qui de la femme enceinte ou de ceux qui ont le désir d'être parents bénéficie du pouvoir de prendre les décisions relatives à l'enfant à naître durant la grossesse. Si les droits de la personne sur son corps sont privilégiés, le pouvoir de décision devrait être conféré à la mère porteuse. En revanche, si le pouvoir de décision est fondé sur l'existence d'un projet parental, il doit être à l'inverse octroyé aux futurs parents, portant alors atteinte aux droits de la personne sur son corps. En réalité, il ne serait pas opportun d'écarter les futurs parents du processus de décision et il serait dangereux de retirer à la femme enceinte tout pouvoir décisionnel la privant de toute liberté de disposer de son corps. Il sera nécessaire de tirer toutes les conséquences de la dissociation entre grossesse et projet parental en privilégiant une troisième voie qui consiste à partager le processus décisionnel. Il convient donc de favoriser une solution médiane plutôt qu'une opposition tranchée. Dans un premier temps, les droits de la femme enceinte sur son corps devront être préservés, mais le pouvoir de décision de la mère porteuse pourra être limité et encadré. L'objectif sera de partager le processus décisionnel entre la mère porteuse, en raison des droits dont elle dispose sur son corps, et les futurs parents, en raison de l'existence les concernant d'un projet parental. Dans cette situation, le projet parental n'est plus seulement celui de la future mère mais il est appréhendé de façon conjointe, c'est-à-dire en tenant compte du père. En tout état de cause, le mécanisme de la convention sera mis à contribution permettant aux différents protagonistes d'anticiper les difficultés liées au partage des décisions concernant l'enfant à naître.

⁶⁸ Parmi les pays qui autorisent le recours à la maternité de substitution, on peut citer la Belgique depuis 2007, certains États fédérés des États-Unis (il n'existe pas de loi fédérale autorisant la maternité de substitution, mais elle est autorisée notamment en Illinois depuis 2005 et en Californie depuis 1993), la Finlande depuis 2007, la Grande-Bretagne depuis 1998, la Grèce depuis 2000, ou encore Israël qui admet uniquement la technique de la gestation pour autrui depuis 1996 ; L. BRUNET, « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français : commentaire de CA Paris, 1^{ère} chambre, section C, 25 octobre 2007 », *RGDM*, 2008, n° 27, pp. 155-186, spé. pp. 175 et s.

⁶⁹ L. BRUNET, *op. cit.*, spé. p. 171.

La présomption de projet parental établie par le droit positif n'est pas irréfragable. Lorsqu'elle est renversée, le législateur limite la liberté de la mère de disposer de son corps dans l'intérêt de l'enfant à naître.

2) *La protection de l'embryon in utero en cas d'absence de projet parental*

Si le législateur a décidé de laisser à la mère toute latitude pour adopter les comportements qu'elle considère conformes à l'intérêt de l'enfant à naître tant que demeure la présomption de projet parental, il encadre les droits de la mère lorsque cette présomption tombe. Cet encadrement va s'opérer en deux temps. Dans un premier temps, le législateur va d'abord prendre en considération l'absence ou la disparition du projet parental de la mère en l'autorisant à recourir à l'interruption volontaire de grossesse (a). Dans un second temps, il va protéger la vie de l'enfant à naître en prohibant l'IVG au-delà d'un certain délai de gestation (b). Cette conciliation d'intérêts distincts est également recherchée par le droit positif lorsque la disparition du projet parental est liée à l'affection de l'embryon (c).

a) L'absence de projet parental de la mère ou l'autorisation légale de porter atteinte à l'enfant à naître

Le droit positif, sous certaines conditions, tient compte de l'inexistence du projet parental pour permettre à la mère de mettre un terme à la grossesse, et ce tout en tentant de concilier les intérêts en présence.

Après de nombreux débats, de multiples controverses et divers compromis, la loi Veil du 17 janvier 1975⁷⁰ a introduit de façon provisoire la possibilité pour la femme qui se trouve dans un état de détresse de recourir à l'interruption volontaire de grossesse durant les dix premières semaines de grossesse. L'avortement est alors présenté comme ayant un caractère exceptionnel et dérogatoire⁷¹. La loi relative à l'IVG est reconduite de façon définitive par la loi du 31 décembre 1979⁷². Progressivement, le recours à l'interruption volontaire de grossesse va se libéraliser tant sur le plan des mœurs que sur le plan de la législation qui va être modifiée et

⁷⁰ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

⁷¹ Preuve de la volonté de compromis en conciliant différents intérêts, l'article 1 de la loi n° 76-17 du 17 janvier 1975 affirme que « La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par cette loi ».

⁷² Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

dont les conditions vont s'assouplir⁷³. La loi Aubry du 4 juillet 2001⁷⁴ va poursuivre cette évolution⁷⁵, notamment en supprimant le caractère obligatoire de l'entretien pré-IVG et en allongeant le délai légal de l'IVG à la douzième semaine de grossesse.

La condition d'état de détresse de la mère, qui était prévue à l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique, comportait de façon semi-implicite la notion de projet parental. Selon la loi, la mère devait se trouver dans une situation de détresse en lien avec son état de grossesse, sous-entendu alors qu'elle ne souhaitait pas avoir un enfant à ce moment précis, donc qu'elle n'avait pas ou plus de projet parental. La loi IVG permettait ainsi à la femme qui se trouvait dans cette situation de mettre un terme à sa grossesse, à la condition nécessaire que son état la plaçât dans un état de détresse. L'exigence de l'état de détresse de la femme enceinte a été supprimée par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*. La suppression de la condition d'état de détresse a pour conséquence de rendre la référence à la notion de projet parental totalement implicite alors qu'elle n'était, jusqu'alors, que semi-implicite en matière d'IVG.

La loi Veil constitue une véritable consécration de la liberté qu'a la femme de ne pas procréer, liberté qui n'a eu de cesse de s'affirmer jusqu'à aujourd'hui. La liberté de ne pas procréer est l'une des manifestations du principe de libre disposition de son corps en ce qu'elle correspond à la maîtrise de sa propre fécondité. La liberté de ne pas procréer et la notion de projet parental sont intimement liées : la reconnaissance de la faculté de procréer ou non n'est rien d'autre que le respect de l'existence ou de l'absence de projet parental. Au même titre que l'ensemble des règles protectrices du corps humain qui donne à chaque individu la maîtrise effective de soi, le droit positif fait de l'interruption de grossesse un choix purement individuel qui ne peut être imposé par une personne externe, même s'il s'agit du père. Parce

⁷³ Sur l'évolution du droit de l'IVG : D. BOURGAULT-COUDEVILLE, « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexions sur un acte médical aux implications controversées », *Revue française des affaires sociales*, 2011, n° 1, pp. 23-41.

⁷⁴ Loi n° 2011-588 du 4 juillet 2011 *relative à l'interruption volontaire de la grossesse et à la contraception* ; D. BOURGAULT-COUDEVILLE, « Commentaire de la loi IVG-contraception », *RJPF*, 2011, n° 9, pp. 6-9, n° 10, pp. 6-9 ; C. BRUNETTI-PONS, « Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse », *Dr. Fam.*, 2011, n° 11, pp. 4-9 ; C. FRANCK, « Constitutionnalité de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », *JCP G*, 2011, pp. 2215-2218 ; D. VIGNEAU, « 2011, le droit libéral de l'avortement ! », *RGDM*, 2011, n° 6, pp. 207-225.

⁷⁵ Pour certains, la loi du 4 juillet 2011 aurait consacré le passage d'une tolérance à un droit à l'IVG. Voir notamment : N. BAJOS et M. FERRAND, « De l'interdiction au contrôle : les enjeux contemporains de la légalisation de l'avortement », *Revue française des affaires sociales*, 2011, n° 1, pp. 43-59, spé. p. 48.

que l'IVG est considérée comme l'une des manifestations de la libre disposition de son corps, seule la femme enceinte peut décider d'y recourir.

En l'état actuel de la législation, en principe, l'absence de projet parental ne suffit pas à mettre en œuvre la procédure abortive, encore faut-il que la mère se trouve dans une situation de détresse. À ce titre, l'exigence de l'état de détresse semble de prime abord protecteur des intérêts de l'enfant à naître. Cependant, cette condition n'a jamais fait l'objet d'une appréciation spécifique par une entité indépendante telle qu'une équipe de médecins ou d'intervenants pluridisciplinaires (médecins, psychologues, assistants sociaux...). La mère est la seule à pouvoir apprécier cet état de détresse. En 1980, le Conseil d'Etat⁷⁶ a pu juger que la participation du conjoint à la décision ne présente qu'un caractère facultatif et n'a ni pour objet ni pour effet de priver la femme majeure du droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie une interruption de grossesse. Autrement dit, malgré la disposition selon laquelle la décision doit être prise autant que possible de façon conjointe par le couple, c'est à la femme seule d'apprécier de façon discrétionnaire son état de détresse⁷⁷. Si cette autonomie de la mère durant les douze premières semaines a pu être analysée comme un « droit à l'avortement »⁷⁸, elle semble cohérente avec l'importance qu'attache le droit français au respect du corps et notamment au respect de sa libre disposition. Le droit français, en faisant de l'avortement l'une des modalités du droit à disposer de son corps, vise à préserver les droits de la mère.

L'autorisation légale, conférée à la femme, de porter atteinte à l'enfant qu'elle porte dès lors qu'elle n'a plus de projet parental n'est pas absolue. Le droit positif encadre strictement le recours à l'IVG afin de concilier les droits de la mère avec ceux de l'enfant à naître.

b) La conciliation des droits de la mère et de l'enfant à naître

En cas de disparition du projet parental, l'interrogation porte sur les mécanismes de protection de l'embryon *in utero* mis en œuvre par le droit positif. L'absence ou l'altération du projet parental pendant le délai légal d'IVG peut conduire à une solution radicale puisqu'elle risque d'entraîner la disparition de

⁷⁶ CE ass., 31 octobre 1980, n° 13028, *Dalloz*, 1981, p. 41, conclusions de Bruno Genevois ; *JCP G*, 1982, n° II, p. 19732, note Françoise Dekeuwer-Defossez.

⁷⁷ Aujourd'hui, la disposition selon laquelle la décision doit être, autant que possible, prise conjointement au sein du couple a disparu.

⁷⁸ D. VIGNEAU, « 2001, le droit "libéral" de l'avortement ! », *RGDM*, 2001, n° 6, pp. 207-225, spé. p. 210.

l'enfant à naître. Cependant, il faut remarquer que la loi tente de limiter son impact. Le choix de recourir à une IVG n'emporte aucune conséquence sur la protection de l'enfant à naître vis-à-vis des tiers dans la mesure où les droits de la mère sur son corps demeurent⁷⁹. Mais l'aspect le plus protecteur des intérêts de l'enfant à naître tient au fait que le recours à l'IVG est enfermé dans un délai précis, lequel est imposé par la loi. La disparition du projet parental n'a aucune incidence juridique sur la vie de l'embryon si elle survient après la douzième semaine de grossesse puisque l'avortement est alors désormais exclu. Lorsque la mère, qui n'a pas ou plus de projet parental se trouve dans un état de détresse, le droit positif s'attache à concilier les intérêts en privilégiant la liberté de procréer de la femme dans un premier temps, puis en protégeant l'enfant à naître dans un second temps. Le délai de douze semaines de grossesse est la conséquence de ce compromis entre la libre disposition de son corps par la mère et « le respect de l'être humain dès le commencement de la vie » inscrit à l'article 16 du Code civil. Cette conciliation d'intérêts témoigne de la volonté de protéger à la fois les intérêts de la mère et ceux de l'embryon. L'absence ou la disparition du projet parental n'entraîne donc pas nécessairement la suppression de toute protection de l'enfant à naître. Cette entreprise de conciliation du droit positif démontre que la présomption de projet parental joue tant que la mère n'a pas fait connaître sa volonté de recourir à l'IVG. Lorsque la femme enceinte souhaite procéder à un avortement, elle exprime son absence de projet parental à l'égard de l'enfant qu'elle porte. Dans cette situation, le législateur a cherché à concilier les droits de la mère sur son corps, tout en préservant ceux de l'enfant à naître. Dans cette perspective, il faut remarquer que la législation apporte une limite très importante à la libre disposition de son corps par la femme enceinte qui ne peut procéder en France à un avortement au-delà des douze premières semaines de grossesse, même si elle n'a pas de projet parental. Si l'enveloppe maternelle est la protection naturelle de l'embryon *in utero*, elle n'est pas la seule protection possible : passé un certain stade, le droit prend le relais lorsque la mère exprime son absence de projet parental.

Cette volonté de conciliation rapproche le droit positif français de la plupart des pays européens comme l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas⁸⁰, le Portugal⁸¹. Parmi les pays qui ont choisi la voie de la

⁷⁹ Si la mère a recours à l'IVG, il s'agit bien d'un tiers qui va procéder à l'intervention médicale. Cependant, le tiers n'agit que parce qu'il est autorisé par la mère à agir. Ainsi l'interruption de grossesse est la conséquence d'un choix effectué par la mère mais l'enfant demeure protégé vis-à-vis des tiers au travers du corps de celle-ci.

⁸⁰ Le délai d'interruption de grossesse est de 22 semaines.

⁸¹ Cette liste n'est pas exhaustive.

conciliation, la position de la Turquie est tout à fait remarquable dans la mesure où le recours à l'interruption de grossesse est autorisé dans un certain délai mais uniquement avec l'accord du partenaire de la mère. En faisant de la disparition du projet parental une décision conjointe, la Turquie va à l'encontre des droits de la mère sur son corps. Appréhender le projet parental en tant que projet de couple à l'égard de l'embryon *in utero* méconnaît la réalité physique de la fusion de la mère et de l'enfant qu'elle porte. Plutôt que la conciliation, d'autres pays ont fait le choix du respect de la vie de l'enfant à naître dès sa conception. Afin de privilégier la vie de l'embryon, certains États tels que le Chili, l'Iran ou le Nicaragua, ont totalement interdit le recours à l'avortement ; d'autres, tels que l'Algérie, le Brésil, le Cameroun, la Colombie, l'Irlande, le Maroc, la Pologne, le Togo, l'Uruguay, ou encore le Venezuela, ont posé un principe d'interdiction, excepté lorsque la grossesse met la vie de la mère en danger. Enfin, dans d'autres pays, l'avortement est un outil de préservation du fonctionnement et de l'organisation démographique de la société : c'est le cas de la Chine où la possibilité de recourir à l'avortement n'est enfermée dans aucun délai et où l'interruption de grossesse est encouragée afin de contrôler le développement démographique ou même de sélectionner le sexe de l'enfant. Dans ces pays, il n'y a ni volonté de préservation de l'enfant à naître ni désir de se préoccuper du projet parental : le contrôle des naissances est l'objet de toutes les préoccupations et les femmes avortent parfois à contrecœur sous la pression de la société. L'exemple de ces pays, dans lesquels l'IVG est interdit ou au contraire autorisé jusqu'au terme de la grossesse, témoigne de la pertinence du choix d'un régime d'autorisation sous condition de délai lorsqu'il s'agit de concilier les différents intérêts que le droit vise à préserver. L'entreprise de conciliation est intéressante en ce qu'elle permet de mettre en œuvre la protection d'intérêts qui s'opposent en prenant le parti de ne pas sacrifier un intérêt au profit d'un autre. Cependant, le délai apparaît nécessairement arbitraire en matière de délimitation. Le délai de dix semaines de grossesse qui avait été fixé par la loi Veil visait à établir un laps de temps raisonnable à la mise en œuvre de la procédure abortive tout en ne dépassant pas un certain seuil de développement de l'embryon. En 2001, le choix d'étendre le délai d'IVG à douze semaines avait pour objectif de limiter le nombre de femmes en situation de dépassement de délai et alors contraintes de se rendre à l'étranger pour procéder à l'IVG. De manière générale, la fixation d'un délai comporte une part d'arbitraire qui la rend contestable dans une certaine mesure. En effet, l'état des connaissances scientifiques ne permet pas d'apprécier avec exactitude le degré de perception sensorielle de l'embryon *in utero* en fonction de son développement. Ceci démontre que la limite légale n'est pas établie en fonction de l'état de développement de l'embryon *in utero*, mais elle vise à protéger la femme en établissant un délai raisonnable durant lequel elle pourra prendre sa décision le plus sereinement

possible. L'arbitraire qui réside dans le choix du délai tient au fait qu'il ne tient pas nécessairement compte de la situation spécifique de chaque femme d'une part et qu'il induit une distinction entre les enfants à naître dont la gestation est inférieure à douze semaines de grossesse et ceux dont la gestation est supérieure à ce délai d'autre part. Pour autant, en l'état des connaissances scientifiques, aucune certitude ne permet d'affirmer que cette différence correspond à la réalité.

La tentative de conciliation entre les droits de la mère et l'enfant à naître est spécifique à la situation dans laquelle l'embryon se situe *in utero*. L'embryon *in vitro* étant indépendant du corps de sa mère, cette conciliation n'a pas lieu d'être. Mais il y a un cas dans lequel l'enfant conçu se trouve dans le corps de la mère sans pour autant se situer dans son utérus. Il s'agit de la phase qui précède la nidation de l'œuf⁸². Durant cette phase l'embryon n'est ni *in vitro* ni *in utero*. Certaines techniques vont pourtant avoir pour effet d'empêcher la nidation de l'œuf, et donc de porter atteinte à l'enfant conçu. Ainsi la pilule du lendemain et l'utilisation de stérilets⁸³ vont avoir un rôle dit « contraceptif ». La contraception a pour objectif d'empêcher une grossesse, c'est-à-dire la conception d'un enfant. Les méthodes contraceptives agissent une fois l'enfant conçu en empêchant l'implantation de l'embryon dans l'utérus. Or, la possibilité pour la femme de recourir à des méthodes contraceptives met en évidence le fait que le droit positif ne protège pas l'enfant conçu et qui se situe dans le corps de la mère avant nidation, en l'absence de projet parental de cette dernière. D'ailleurs, le droit positif ne distingue pas les méthodes contraceptives de celles qui sont contraceptives. L'article L. 5134-1 du Code de la santé publique évoque les notions de contraceptif intra-utérin pour le stérilet et de contraceptif d'urgence pour la pilule du lendemain. Ainsi, non seulement le droit positif ne protège pas l'embryon avant son implantation dans l'utérus de la mère, mais en plus il fait comme si les techniques contraceptives étaient des modes classiques de contraception. Dans cette situation, l'absence de projet parental n'est absolument pas prise en compte pour concilier les droits de la mère avec celui de l'enfant conçu. Deux éléments peuvent expliquer cette indifférence du droit positif à l'égard de l'enfant conçu non implanté dans l'utérus. D'abord, avant l'implantation, la mère ignore qu'un enfant est conçu ou n'en est pas certaine. Il est donc difficile de concilier les droits de la femme avec ceux de l'enfant conçu lorsqu'il n'y a aucune certitude quant à une conception effective. Ensuite, la femme serait dans tous les cas dans le délai qui lui est imparti pour recourir à une IVG.

⁸² La nidation est le moment où l'œuf s'implante dans l'utérus.

⁸³ Aujourd'hui les stérilets ont à la fois un rôle spermicide et contraceptif.

Lorsque la disparition du projet parental est la conséquence directe de la découverte d'une affection de l'enfant à naître, le droit positif encadre strictement la disparition du projet parental afin de concilier les intérêts en présence.

c) La disparition du projet parental à l'égard des enfants à naître atteints d'une affection

La loi Veil du 17 janvier 1975 a introduit une deuxième exception à la répression pénale de l'avortement. Elle permet à la femme de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse (ITG) ou interruption médicale de grossesse (IMG), sans condition de délai, lorsque « la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme »⁸⁴ ou s'il existe « une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »⁸⁵. L'ITG est à exclure dans la mesure où elle n'est pas l'expression du projet parental mais correspond à un choix entre la vie de la mère ou celle de l'enfant à naître : l'objectif est alors de remédier au mal causé ou aggravé par son état de grossesse⁸⁶. En revanche, l'IMG pose la question de la protection de l'embryon *in utero* en cas de disparition du projet parental liée à la découverte d'un lourd handicap ou d'une grave maladie chez l'enfant à naître.

Diagnostic prénatal et interruption médicale de grossesse sont liés dans la mesure où la mise en œuvre de cette dernière dépend des résultats du premier. La grande majorité des maladies décelées par le DPN ne peut pas être soignée et conduit les médecins à interroger les parents sur leur volonté ou non de procéder à une IMG. La difficulté de ces situations réside dans l'impossibilité médicale de soigner l'enfant. L'IMG vise à éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap important, que les parents estiment trop lourd à porter pour lui et/ou pour eux-mêmes. La justification de l'existence de cette pratique réside dans la volonté « d'éviter pour l'enfant à naître des souffrances inacceptables, irrémédiables, incurables et pour les parents un calvaire, le fardeau insupportable, la blessure perpétuelle du handicap irréversible de leur enfant »⁸⁷. Il s'agit d'un exemple topique de conflit entre, d'une part, l'intérêt immédiat et, d'autre part, l'intérêt futur de l'enfant à naître. La décision du recours à l'interruption médicale de grossesse revient à la femme qui doit en formuler la demande⁸⁸. Laisser la possibilité de

⁸⁴ Article L. 2213-1 du Code de la santé publique.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ J. MILLIEZ, *L'euthanasie du fœtus, médecine ou eugénisme ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, 218 p., spé. p. 17.

⁸⁷ *Ibidem*, spé. p. 151.

⁸⁸ Article L. 2213-1 du Code de la santé publique.

recourir à l'IMG revient à demander à la mère si elle poursuit son projet parental compte tenu de ces circonstances nouvelles qui étaient inconnues au début de la grossesse. Lorsque l'atteinte qui affecte l'enfant à naître est découverte, le droit positif s'en remet à la mère qui doit décider, sous le contrôle d'une équipe pluridisciplinaire, si elle souhaite poursuivre son projet parental ou si elle désire y mettre un terme. L'appréhension du projet parental dans cette situation est particulière en ce sens que le droit positif ne s'intéresse pas seulement à son existence, mais également à son contenu : lorsque le choix s'oriente vers le recours à l'IMG, cela signifie que la mère, qui a un projet parental, ne souhaite pas le mener à son terme compte tenu de ces circonstances particulières.

Lorsque le contexte entraîne la disparition du projet parental, le recours à l'IMG doit faire l'objet d'une surveillance accrue en raison des risques eugéniques qu'elle comporte et dont l'enfant à naître serait la première victime. Ici encore, la notion d'eugénisme est entendue comme entreprise de sélection des enfants à naître selon leurs caractères génétiques et/ou leur état de santé. Dans la mesure où le DPN est effectué sur un embryon *in utero*, le risque eugénique est moins important qu'avec le recours au DPI qui permet de détecter les anomalies d'un embryon non implanté⁸⁹. En effet, contrairement à la découverte d'une anomalie *via* le DPI entraînant systématiquement la non implantation de l'embryon, la maladie détectée *via* DPN débouchera sur un choix de la mère : celui de mettre au monde l'enfant ou de recourir à l'IMG. La décision de recourir à l'IMG est un acte lourd qui suscite des interrogations et des hésitations de la part de la mère qui avait initialement un projet parental. Pour autant, la possibilité de recourir à l'IMG revient à autoriser l'interruption de grossesse parce que l'affection dont est atteint l'embryon a fait disparaître le projet parental. Le DPN présente donc certains risques eugéniques en ce qu'il vise à éliminer les enfants à naître atteints d'une affection. Dans cette situation, le rapport entre le projet parental et l'eugénisme est direct puisque la disparition du premier a pour conséquence la suppression des embryons affectés. Le risque eugénique lié à l'expression du projet parental apparaît de deux façons. Premièrement, la disparition systématique des projets parentaux à l'égard des embryons atteints aboutirait à une entreprise de sélection qui s'apparenterait à celle du DPI dont l'accès est beaucoup plus restreint que celui du DPN. Deuxièmement, la disparition du projet parental à l'égard des enfants à naître porteurs d'une affection pourrait, en l'absence d'encadrement strict, dévier vers le recours à l'IMG lorsque les caractéristiques de l'embryon ne sont pas celles attendues ou espérées par les futurs parents. La question est celle de savoir quels sont les outils de prévention, afin d'éviter que la disparition du projet parental en cas de maladie de l'enfant à

⁸⁹ Cf. ci-avant.

naître ne devienne eugénique. Les enjeux de l'encadrement de l'IMG en cas de disparition du projet parental ne s'arrêtent pas à la stricte protection de l'embryon *in utero* ; ils concernent également la prévention de l'eugénisme.

Le premier risque eugénique serait l'avortement systématique des enfants à naître qui seraient lourdement handicapés ou malades. Or, le droit de l'individu à disposer de son corps fait de la femme la seule personne à pouvoir décider du recours à l'IMG avec l'accord d'une équipe pluridisciplinaire lorsque l'enfant à naître est atteint d'une pathologie grave. Cette décision personnelle et individuelle, strictement limitée par le contrôle d'une équipe pluridisciplinaire, réduit le danger de systématisation ainsi que les risques d'eugénisme. Cependant, la réduction du risque eugénique est à mesurer en ce que l'influence sociale peut faire d'un choix individuel un choix collectif entraînant une dérive eugénique. Il est important de s'interroger sur la manière dont ces pratiques individuelles peuvent conduire à un eugénisme généralisé⁹⁰. Dans quelle mesure la disparition systématique du projet parental en cas d'anomalie constitue-t-elle une pratique eugénique ? La découverte d'une anomalie entraîne dans de très nombreux cas une IMG. Par exemple, la détection de la trisomie 21 chez l'enfant à naître entraîne dans 96%⁹¹ des cas le recours à l'interruption médicale de grossesse. Pour le Conseil d'État, ceci « traduit une pratique individuelle d'élimination presque systématique des fœtus porteurs »⁹². Le choix individuel de la mère ne permet pas à lui seul de se prémunir contre le risque eugénique, et il devrait s'accompagner d'une garantie de mise à disposition de structures et d'encadrement de l'enfant une fois que celui-ci sera né. Les autorités publiques peuvent influencer le choix de la mère en fonction de l'accompagnement proposé aux parents dans la prise en charge de l'enfant malade.

Le second danger serait celui de la banalisation de l'avortement des enfants à naître lorsqu'ils ne correspondent pas aux critères souhaités par leurs parents. L'amélioration des techniques de DPN ne se cantonne pas à une détection plus large des anomalies, elle permet également de connaître, de façon de plus en plus précoce, les caractéristiques de l'enfant à naître. L'existence de l'IMG dans les situations de handicap ou de maladie graves fait craindre son extension en cas de handicap plus léger, ou en fonction des caractéristiques du fœtus. Le droit positif prévient ce risque en prévoyant que, dans les cas où « l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection

⁹⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *RTD civ.*, 2001, n° 2, pp. 285-318, spé. p. 317.

⁹¹ Conseil d'État, *La révision des lois bioéthiques – Étude adoptée par l'Assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, Paris, La documentation française, 2009, 146 p., spé. p. 42.

⁹² *Ibidem*.

d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal »⁹³. Cette équipe pluridisciplinaire est chargée de vérifier que les conditions sont parfaitement remplies, et le recours à l'IMG ne peut avoir lieu sans son accord. L'exigence de l'accord de l'équipe pluridisciplinaire est efficace tant que le DPN ne permet pas de connaître les caractéristiques de l'enfant à naître avant la fin du délai de recours à l'IVG. Mais aujourd'hui, les différentes techniques de DPN s'effectuent de plus en plus tôt par rapport au stade de la grossesse. Cette précocité dans la prise en charge du dépistage permet un éventuel avortement pour détresse en fonction des résultats. La première échographie s'effectue dès la 10^{ème} semaine de grossesse, soit à la 12^{ème} semaine d'aménorrhée. Or, il est possible de recourir à l'interruption volontaire de grossesse jusqu'à la 12^{ème} semaine de grossesse, c'est-à-dire jusqu'à la 14^{ème} semaine d'aménorrhée. Si une suspicion d'anomalie était détectée dès ce premier examen, les parents pourraient souhaiter ne pas effectuer d'examens complémentaires et mettre un terme à la grossesse durant le délai légal de recours à l'IVG. Dans cette situation, l'avortement peut avoir lieu alors même qu'il n'y a aucune certitude sur l'état de santé de l'enfant à naître. La même réflexion peut être menée à l'égard du sexe de l'enfant. Actuellement, le sexe de l'enfant n'est connu qu'au moment de la deuxième échographie mais la capacité des médecins à révéler cette donnée s'est faite de plus en plus précoce au fil du temps. Si le perfectionnement de la technique du DPN continue à aller vers toujours plus de précocité, le risque est d'aboutir à une situation dans laquelle la mère pourrait recourir à l'avortement pour détresse (donc à l'IVG) si le sexe de leur enfant n'est pas celui désiré par les parents. Tout comme la technique du DPI ou du « bébé-médicament », le droit positif ne se contente pas de tenir compte de l'existence ou de l'absence de projet parental, il prend également en considération son contenu. Dès lors, à la différence de la prise en considération de la simple existence ou absence de projet parental, l'appréhension de son contenu peut mener à des dérives eugéniques qu'il est impératif d'anticiper et de prévenir en établissant des mécanismes de protection de l'enfant à naître.

En définitive, la manifestation du projet parental en droit positif suit une logique opposée selon que l'embryon se situe *in utero* ou *in vitro*. Pour l'embryon *in vitro*, le projet parental remplit une véritable fonction protectrice en garantissant sa conservation, mais le droit positif ne prévoit pas de protection particulière lorsqu'il disparaît. À l'égard de l'embryon *in utero*, le projet parental est présumé et n'a de véritable fonction protectrice qu'au travers du corps de la mère, mais les conséquences de sa disparition sont strictement encadrées afin d'en limiter l'impact

⁹³ Article L. 2213-1 du Code de la santé publique.

sur l'enfant à naître. Cette différence a fait dire à Françoise Bouvier que « le législateur et les tribunaux ont fait grand cas de la nature de l'embryon : *in utero*, et dans ce cas il ne peut être mis fin au projet de vie déjà concrétisé que sous certaines conditions, laxistes avant douze semaines, mais nettement plus rigoureuses après ce délai ; alors qu'*in vitro*, le projet parental peut ne jamais se concrétiser ce qui, sauf cas exceptionnel du don d'embryon, condamne ce dernier »⁹⁴.

⁹⁴ F. BOUVIER, *Maternités et Libertés : Avortement, contraception, statut de l'embryon*, Paris, L'Harmattan, 2012, 208 p., spé. p. 163.