

LA LOI PORTUGAISE DE PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTÉE (LOI N° 32/2006, DU 26 JUILLET)

Mots clé : procréation médicalement assistée; recherche avec recours à des embryons ; maternité de substitution ; anonymat du donneur ; droit à connaître l'histoire personnelle ; diagnostic génétique préimplantatoire ; fertilisation in vitro, insémination post-mortem.

Résumé: L'article analyse la loi portugaise sur la procréation médicalement assistée de 2006, en tenant compte des lois de différents pays européens.

André DIAS PEREIRA/ Vera RAPOSO

Assistants de la Faculté de Droit de l'Université de Coimbra ; Chercheurs du Centre de Droit Biomédical

INTRODUCTION

Le premier Projet de Loi relatif à la Procréation Médicalement Assistée (PMA)¹ date de 1986. Cependant, une certaine instabilité parlementaire et les fortes divergences éthiques, idéologiques et politiques qui se sont faites ressentir dans cette matière ont conduit au cours de ces 20 dernières années à une dizaine de projets avortés et un éloquent vide législatif...

En effet, au cours des dernières années il y a eu plusieurs projets et propositions législatives, mais toutes vouées à l'échec, en raison de l'absence de consensus politique et social en vue d'une solution pour ces questions controversées. Le diplôme qui a le plus avancé – le Décret 415/VII, de 1999, résultant de la proposition de loi n° 135/VII – a été stoppé par le veto du Président de la République de l'époque.

Cependant, un mot de reconnaissance s'impose, dès à présent, pour tous les médecins et pour les autres professionnels de santé qui, en l'absence de loi, ont réussi « s'auto-réglementer » dans un domaine aussi sensible, aucune infraction grave aux règles éthiques et déontologiques n'étant connues au cours de ces deux décennies de pratique au Portugal.

Finalement, le 26 juillet dernier, la Loi n° 32/2006, qui régleme la PMA, a vu le jour avec sa publication dans le Journal Officiel. Approuvée par une forte majorité des députés de l'Assemblée de la République (à gauche) et promulguée par le Président de la République (élu à Droite), cette loi est le fruit d'un long débat entre spécialistes de la Médecine, du Droit, de l'Éthique, ainsi que des divers sièges parlementaires.

Ce diplôme se révèle, en terme général, équilibré et représentatif des valeurs dominantes dans la société portugaise. Il démontre de l'humilité face à la science, en renvoyant plusieurs solutions concrètes vers l'«état de l'art» de la science ou du Conseil National de Procréation Médicalement Assistée (CNPMA) récemment créé, mais se montre intransigeant sur les principes juridiques structureaux de l'ordonnement juridique, tels que la dignité humaine, la non discrimination et la prohibition du profit basé sur les produits biologiques d'origine humaine.

PRINCIPES GÉNÉRAUX

¹ COMISSION POUR L'ENCADREMENT LEGISLATIF DES NOUVELLES TECHNOLOGIES, *Utilisation de Techniques de Procréation Assistée (Projets)*, Centre de Droit Biomédical, 1990.

L'art. 3 renforce les principes de la **dignité humaine** et de la **non-discrimination**, déjà consacrés dans la Constitution de la République Portugaise (CRP) et dans la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine, du Conseil de l'Europe (CDHBio).

Toutefois, contrairement à la Constitution, qui parle de la «*dignité de la personne humaine*» (art.1), et de la CDHBio, selon laquelle les «*Parties (...) protègent l'être humain dans sa dignité*» (art. 1) cette loi opte pour la terminologie «*dignité humaine*». Cette différence peut avoir un potentiel heuristique élevé en ce qui concerne le statut juridique de l'espèce humaine.

En effet, bien que la loi ne mette pas au même niveau l'*embryon humain* et la *personne humaine*, elle lui attribue cependant une protection juridique renforcée, en établissant des critères rigoureux pour les expériences scientifiques et en cherchant à favoriser au maximum l'«*expectative de la vie*» de l'embryon, soit en autorisant l'adoption d'embryons, soit en admettant l'implantation *post-mortem* de l'embryon déjà conçu.

En ce qui concerne la tutelle de la dignité de l'«*espèce humaine*», l'interdiction de clonage reproductif et l'interdiction de chimères ou d'hybrides devront être comprises sous ce prisme. Le clonage reproductif qui menacerait à long terme la diversité génétique de notre espèce ; la création de chimères ou d'hybrides qui violenterait l'auto-image de l'être humain et qui réifierait grossièrement l'*homo sapiens sapiens*.

En ce qui concerne la non discrimination, la loi distingue: *i*) la discrimination basée sur le patrimoine génétique, déjà interdite par l'art. 11 de la CDHBio et, dans une interprétation plus extensive, par l'art. 13 de la CRP ; et *ii*) la discrimination dérivée du fait d'être né grâce à l'utilisation de techniques de PMA. L'art. 15, n° 5 densifie ce principe en prescrivant que «*l'acte de naissance ne peut, en aucun cas, contenir l'indication que l'enfant est né de l'application de techniques de PMA.*»

La **protection de l'intégrité physique et morale** des bénéficiaires des techniques de PMA, plus spécialement celle de la femme, est également un vecteur omniprésent dans le texte législatif. Dès lors, «*les techniques de PMA ne peuvent être administrées que dans des centres publics ou privés expressément autorisés à cet effet par le Ministère de la Santé*»² et en respectant les meilleurs paramètres de qualité (art. 5). D'autre part, la loi laisse aux médecins les décisions relatives au nombre d'ovocytes à inséminer dans chaque cas concret (art. 24, n°2), en s'abstenant ainsi d'indiquer un nombre maximum abstrait, une solution qui évite l'éventuelle répétition (inutile) de cycles de stimulation hormonale en vue du prélèvement d'ovocytes.

Dans cette perspective il faut également lire les droits prévus à l'art. 12 et qui sont :

« *a) Ne pas être soumis à des techniques qui n'offrent pas de probabilités raisonnables de succès ou dont l'utilisation comporte des risques significatifs pour la santé de la mère ou de l'enfant ;*

b) Être assistés dans un milieu médical approprié qui dispose de toutes les conditions matérielles et humaines requises pour l'exécution correcte de la technique conseillée.»

Le régime du consentement informé (art. 14) et la criminalisation du prélèvement et de l'utilisation non consentie de gamètes (art 42) sont d'autres

² La loi a estimé que cette règle mérite la protection du droit criminel; ainsi l'art. 34 prescrit (Centres autorisés): "Ceux qui appliquent des techniques de PMA en dehors des centres autorisés sont passibles de peines de prison jusqu'à 3 ans.

manifestations de ce même principe de la protection de l'intégrité physique et morale des personnes.

D'autre part, nous pouvons considérer que le droit des bénéficiaires d'*être informés des conditions dans lesquelles il leur serait possible de recourir à l'adoption et de l'importance sociale de cet institut* (art. 12, al. e) vise, dans un premier temps, à promouvoir l'adoption, mais aussi concéder au couple la possibilité d'éviter de se soumettre à des techniques de PMA, réputées douloureuses physiquement et psychologiquement, au cas où il opterait, librement, pour l'adoption comme forme d'exercer la paternité et la maternité.

En ce qui concerne l'**interdiction d'obtention de profit**, qui résultait déjà de l'art. 21 de la CBHBio³, nous soulignerons l'interdiction de la maternité de substitution (art. 8), surtout si elle est interprétée conjointement avec la criminalisation des contrats *onéreux* uniquement ou de la promotion de la maternité de substitution (art. 39). L'art. 10 utilise la notion de « *donation de spermatozoïdes, d'ovocytes et d'embryons* » et l'art. 17 définit que « *les centres autorisés à administrer des techniques de PMA ne peuvent, dans le calcul de la rétribution exigible, attribuer aucune valeur au matériel génétique donné ni aux embryons donnés.* » Finalement, l'art. 18 interdit « *l'achat ou la vente d'ovules, de sperme ou d'embryons ou de quelque autre matériel biologique provenant de l'application de techniques de PMA.* »

En ce qui concerne l'**accès équitable aux soins de santé**, principe structurant de l'Etat de Droit Social et expressément prévu dans l'art. 3 de la CDHBio⁴, cette loi est très pauvre, les conditions d'accès des couples à ces techniques dans le Service National de Santé renvoient à la réglementation.

CONDITIONS D'ADMISSIBILITÉ

Le nouveau régime consacre les techniques reproductives comme une méthode subsidiaire de reproduction (art. 4, n°1), ce qui signifie qu'elles ne peuvent être menées par simple caprice de potentiels utilisateurs, mais à peine lorsque toutes les conditions mentionnées dans la loi soient réunies (art. 4, n°2) : d'une part, en cas d'infertilité médicalement certifiée, qui rend impossible la procréation par les méthodes naturelles ; d'autre part, dans des situations de risque éminent de transmission par la descendance de maladie grave, qui peut être évitée ou traitée à travers de ces techniques⁵. La violation de ces préceptes constitue une infraction d'ordre administratif (art. 44, n°1, al. a).

Parallèlement au listage des *conditions objectives* de réalisation des techniques reproductives, la loi énumère également des *conditions subjectives* d'accès : âge supérieur à 18 ans et absence d'inhabilitation ou d'interdiction pour anomalie psychique (art. 6, n°2), exigence dont la violation constitue une pratique criminelle, qui correspond à une peine de prison de deux à huit ans (art. 35). L'accès à la procréation médicalement assistée n'est autorisée que pour les couples hétérosexuels, mariés ou en union libre depuis au moins deux ans (art. 6, n° 1). L'application des techniques à des personnes qui ne se trouvent pas dans les conditions citées implique une infraction d'ordre

³ Article 21 CDHBio (Interdiction d'obtention de profits): "Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tel, source d'un quelconque profit."

⁴ "Les Parties prises, en tenant compte des nécessités de santé et les recours disponibles, les mesures adéquates en vue d'assurer, sous sa juridiction, un accès équitable aux soins de santé de qualité appropriée."

⁵ Cette dernière hypothèse représente une avancée considérable face à l'idée traditionnelle - mais encore présente dans diverses lois actuelles, telle que la loi italienne (art. 1 de la Loi n° 40, du 19 février 2004) - que les techniques reproductives doivent être exclusivement au service du traitement de l'infertilité).

administratif (art. 44, n°1, al. c). Sont exclus les homosexuels, ainsi que les personnes célibataires, hommes ou femmes⁶.

Si l'on considère que la reproduction représente un droit fondamental de la personne, plus exactement un droit que quatrième génération⁷ – constitutionnellement établi, par le droit de fonder une famille (art. 36 CRP), ou éventuellement du droit au libre développement de la personnalité (art. 26, n°1 CRP), ou encore, en termes plus lointains, du droit à la santé (art. 64 CRP) – nous pourrions être ici confrontés avec une violation anticonstitutionnelle d'un droit fondamental.

FINALITÉS INTERDITES

L'article 7 (*Finalités interdites*) trace les barrières fondamentales des techniques de PMA. Il s'agit d'un article qui contient intrinsèquement des postulats civilisationnels déterminés.

a) Le clonage reproductif et le clonage de recherche

L'art. 7/1 interdit «*le clonage reproductif en vue de la création d'êtres humains génétiquement identiques à d'autres*». Cette norme résulte déjà du Protocole de Paris, complémentaire au CDHBio qui interdit le clonage, ratifié par le Portugal en 2001.

L'aspect le plus significatif est que le législateur a délibérément voulu exclure le clonage de recherche ou le clonage thérapeutique du cadre de cette interdiction. Cette même idée surgit renforcée par l'art. 9, n°4, al. d) qui prévoit une modalité d'embryons avec lesquels la recherche scientifique est licite et qui sont: «*d) Embryons obtenus sans recours à la fécondation par spermatozoïde*». Sur le plan de la répression criminelle, l'art. 36 vise punir uniquement le «clonage reproductif», avec des peines de prison de 1 à 5 ans.

b) Eugénie positive

L'amélioration génétique de l'embryon ainsi que le choix de son sexe sont interdits et punis⁸ dans la loi portugaise (art. 7/2), solutions qui sont en accord avec les arts. 13 et 14 de la CDHBio.

Toutefois, le n°3 crée deux types d'exceptions. La première consiste dans la possibilité d'utilisation de techniques de PMA dans les «*cas où il y a un risque élevé de maladie génétique liée au sexe, et pour laquelle il n'y ait pas encore de détection directe possible par diagnostic pré-natal ou par diagnostic génétique de préimplantation*».

La seconde se vérifie «*quand le besoin d'obtenir le groupe HLA (human leukocyte antigen) compatible à effets de traitement de maladie grave soit pondérable*». La loi ouvre, ainsi, la porte au controversé «bébé médicament» (ou «bébé sauveur», selon les mots de Madame le Député Maria de Belém Roseira, la grande responsable de la direction de ce projet législatif), c'est à dire la sélection de l'embryon qui ait le

⁶ Au contraire, en effet, de ce qui arrive en Espagne (art. 6/1 de la Loi 14/2006, du 26 mai).

⁷ En défendant sa nature de droit fondamental, y compris avec le soutien constitutionnel, Yolanda GÓMEZ SANCHEZ, *Familia y Matrimonio en la Constitución Española de 1978* (1990) 361 ss; Yolanda GÓMEZ SANCHEZ, *El Derecho a la Reproducción Humana* (1994) 39 ss; Guilherme de OLIVEIRA, "Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida", *Revista da Ordem dos Advogados* (1989) 768; Vera RAPOSO, "Direitos Reprodutivos", *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde* [2005] 113.

⁸ Art. 37: (*Choix de caractéristiques non médicales*) *Celui qui utilise ou applique des techniques de PMA pour réussir à améliorer certaines caractéristiques non médicales sur l'enfant à naître, notamment le choix du sexe, en dehors des cas autorisés par la présente loi, est passible d'une peine de prison jusqu'à 2 ans ou une peine d'amende jusqu'à 240 jours.*"

groupe HLA compatible aux vues de traitement de maladie grave⁹. Ceci sera possible après une nécessaire délibération, «au cas par cas, sur l'utilisation des techniques de PMA pour la sélection de groupe HLA compatible en vue de traitement de maladie grave, de la part du CNPMA» (art. 30, n°2, al.q).

La loi portugaise est consciente des plus actuels dilemmes éthiques posés par les techniques modernes de PMA et n'a pas voulu fermer définitivement la porte à certaines possibilités techniques, en renvoyant au CNPMA le pouvoir de prendre certaines décisions concrètes sur les questions éthiques les plus sensibles. C'est-à-dire, à une vision axiomatique et fermée du droit, elle a opposé une perspective optimiste et ouverte aux nouveaux défis de la médecine de reproduction.

Enfin, le n° 5 de l'art. 7 interdit «l'application des techniques de diagnostic génétique de préimplantation pour des maladies multifactorielles où la valeur prédictive du test soit trop basse.» De la lecture de cette norme découle une question : le législateur s'attend-il à l'efficacité de ces tests génétiques prédictifs ? Cela signifie alors qu'il n'y a pas de rejet de principe face à ces possibilités: le choix d'embryons à travers le DGPI pour des maladies multifactorielles. Pourrons-nous un jour éliminer dans le processus de sélection l'embryon possédant une tendance majeure pour le cancer ? Ou pour la schizophrénie ? Il s'en est déjà fallu plus pour la terre Huxleyenne, comme le devine Fukuyama¹⁰... Ou si d'autre part la médecine poursuit son chemin de contribution – comme elle l'a toujours fait – pour alléger la souffrance humaine?

c) Chimères ou Hybrides

«Les techniques de PMA ne peuvent pas être utilisées avec l'objectif de créer des chimères ou des hybrides» (art. 7, n°4). Quant à lui, l'art. 27, n°3 de la CRP prévoit, depuis 1997, le droit à l'identité génétique de l'être humain¹¹. Ce précepte pourrait être interprété comme une norme constitutionnelle *self-executing* qui interdit ce type de pratiques attentatoires de l'identité génétique de l'espèce humaine¹². L'art. 38 qui sanctionne la création de chimères ou d'hybrides aux fins de PMA par des peines de prison de 1 à 5 ans.

MATERNITÉ DE SUBSTITUTION

La maternité de substitution consiste en l'accord entre une personne qui désire un enfant et une femme disposée à le concevoir, avec son propre matériel génétique (substitution génétique), ou avec du matériel cédé par une autre femme (substitution gestationnelle), la mère de substitution s'engageant à remettre ultérieurement l'enfant à l'autre adjudicateur, renonçant à tous ses droits sur lui, principalement au statut juridique de mère (art. 8/2)¹³.

Cette technique est absolument défendue, qu'elle soit onéreuse ou gratuite, génétique ou simplement gestationnelle (art. 8/1). Si d'aventure une femme se prêterait

⁹ Cf. Guilherme de Oliveira, "Um caso de selecção de embriões", *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* [2004] 7 ss.

¹⁰ Francis FUKUYAMA, *Our Posthuman Future* (2002).

¹¹ Art. 27/3 CRP: "La loi garantira la dignité personnelle et l'identité génétique de l'être humain, notamment dans la création, développement et utilisation des technologies et dans l'expérience scientifique."

¹² Cf. João LOUREIRO, "O direito à identidade genética", *Portugal-Brasil Ano 2000* (1999).

¹³ En définissant le phénomène de la maternité de substitution, Glenda EMMERSON, "Surrogacy: Born for Another", *Research Bulletin* n° 8/96 (1996), 4; Guilherme de OLIVEIRA, *Mãe há só Uma (Duas)! (O Contrato de GestaçãO)* (1992) 9, Vera Lúcia RAPOSO, *De Mãe para Mãe: Questões Éticas e Legais Suscitadas pela Maternidade de Substituição* (2005) 13; Joseph G. SCHENKER, "Assisted Reproduction Practice in Europe: Legal and Ethical Aspects", *Human Reproduction Update*, vol. 3 (1997) 330.

à gérer un enfant pour autrui, elle serait légalement considérée mère, étant donné que le contrat est nul et ne pourrait produire aucun effet (art. 8/1 et 3). Cette norme se trouve d'ailleurs en consonance avec les dispositions du Code Civil portugais (art. 1796, n°1). La femme qui met au monde un enfant sera considérée comme sa mère, indépendamment du fait que l'ovule fécondé lui appartienne ou pas et des compromis qu'elle a assumés au préalable.

La célébration ou la promotion de contrats de maternité de substitution onéreux constituent un crime qui peut être puni par une peine de prison de deux ans ou une peine d'amende jusqu'à 240 jours (art. 39).

RECHERCHE AVEC RECOURS À DES EMBRYONS

Le Portugal ayant ratifié la CDHBio, la création d'embryons pour la recherche scientifique était déjà interdite¹⁴. La recherche en embryons en surnombre, n'est cependant pas écartée par l'art. 18/1 CDHBio, dès lors que la loi nationale garantisse une protection adéquate de l'embryon. La meilleure doctrine définissait que la recherche en embryons était également interdite au Portugal¹⁵.

Maintenant tout a changé. L'art. 9 de la Loi 32/2006 vient admettre expressément la recherche avec certains types d'embryons et établit les bases pour que soit assurée la «protection adéquate» de cette forme de vie humaine.

La loi énumère les types d'embryons qui peuvent être utilisés aux fins de la recherche scientifique (art. 9/4) : a) Embryons cryopréservés, excédentaires, en relation auxquels il n'existait aucun projet parental ; b) Embryons dont l'état ne permettait pas le transfert ou la cryopréservation en vue de la procréation ; c) Embryons qui soient porteurs d'anomalie génétique grave, dans le cadre du diagnostic génétique de préimplantation ; d) Embryons obtenus sans recours à la fécondation par spermatozoïde.

Une norme de cette teneur se présente comme libérale, en effet la pratique dans beaucoup de pays va dans le sens d'admettre seulement les expériences embryonnaires à caractère thérapeutique pour l'embryon lui-même. Cette restriction se fonde sur l'idée que l'embryon est un être humain auquel il doit être reconnu toute la protection inhérente à la dignité humaine, certains – bien que ce soit une doctrine minoritaire – lui attribuant la qualité de «personne»¹⁶.

L'expérience scientifique, bien que permise sur des embryons dans ces conditions, devra obéir à certaines exigences légales, qui configureront une application adéquate du principe de la *proportionnalité* et de la *subsidiarité* de la recherche sur des embryons. Dès lors, l'existence de consentement préalable des parents dans le cas d'embryons excédentaires et des embryons porteurs d'une anomalie génétique telle que le transfert utérin est déconseillé (art. 9, n°5), et cumulativement (pour tous les cas) une appréciation positive du Conseil National de Procréation Médicalement assistée (art. 9, n°3).

¹⁴ De la même façon, art. 9/1 dispose: "Il est interdit la création d'embryons à travers de la PMA avec l'objectif délibéré de son utilisation dans la recherche scientifique."

¹⁵ Cf. André PEREIRA, "Country report Portugal", J. TAUPITZ, *The Convention on Human Rights and Biomedicine of the Council of Europe – a Suitable Model for a World-wide Regulation?* (2002) p. 726 e André PEREIRA/ Guilherme de OLIVEIRA, "Por uma nova legislação de Direito da Medicina", *Revista da Ordem dos Advogados*, 23, 2002, 12.

¹⁶ Leite de CAMPOS, *Lições de Direitos de Personalidade* (1992) 42-43; Leite de CAMPOS, "O Estatuto Jurídico do Nascituro", *Separata da Revista da Ordem dos Advogados* (1996) 881 ss; Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica* (1996) 207/211; João LOUREIRO, "Os Genes do nosso (Des)contentamento (Dignidade Humana e Genética: Notas de um Roteiro)", *Boletim da Faculdade de Direito* (2001) 193; Helena MELO, "O Embrião e o Direito", Rui NUNES/ Helena MELO (Coord.) *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana* (2001) 178.

L'expérience doit être orientée vers les finalités expressément indiquées dans la norme de l'art. 9, n°2 (prévention, diagnostic ou thérapie d'embryons, perfectionnement des techniques de procréation médicalement assistée, constitution de banques de cellules sتامinales ou toute autre finalité thérapeutique). Il est également exigé que la recherche permette attendre des bénéfices considérables pour l'espèce humaine, ce qui exclu immédiatement le simple objectif lucratif pour un sujet ou une entreprise privée (art. 9, n°3).

Le législateur a considéré que la vie humaine embryonnaire est digne de protection pénale ainsi, selon l'art. 40 (*Utilisation induite d'embryons*) :

« 1 – Celui qui, par le PMA, utilise des embryons dans la recherche et l'expérience scientifique en dehors des cas autorisés dans la présente loi est passible d'une peine de prise de 1 à 5 ans.

2 – Celui qui procède au transfert dans l'utérus, d'un embryon utilisé dans la recherche et les expériences scientifiques en dehors des cas prévus dans la présente loi encoure la même peine.»

DROITS ET GARANTIES DES PROFESSIONNELS DE SANTÉ

Le **principe de la décision médicale** consiste dans le postulat selon lequel «il revient au médecin responsable de proposer aux bénéficiaires la technique de PMA qui, scientifiquement, s'avère la plus adéquate quand les autres traitements n'aient pas fonctionnés, n'aient pas offert les perspectives de succès ou ne se soient pas montrés convenables selon les préceptes de la connaissance médicale» (art. 11, n°1). Ce précepte constitue une forme explicite du *principe de l'indépendance du médecin* (ou la *liberté thérapeutique*), prévu dans le Code Déontologique de l'Ordre des Médecins (CDOM)¹⁷. Le principe se justifie par le fait que le médecin est un prestataire de services d'un degré de qualification élevé, qui se sert de règles techniques d'une complexité élevée, la décision de la thérapeutique doit donc partir du médecin et le médecin ne doit donc pas servir les «caprices» du patient, bien qu'en dernier ressort c'est au patient qu'il appartient de donner ou pas son consentement informé.

Le **droit à l'objection de conscience**, déjà consacré dans le CDOM¹⁸, est réglementé de façon à éviter des objections infondées ou arbitraires (art. 11/2 et 3). Le législateur s'est préoccupé du fait que dans un domaine de discordances éthiques aussi complexes, un professionnel ne soit pas obliger de violer ses principes de conscience, mais simultanément les bénéficiaires ne peuvent pas, *sans justification*, être lésés dans l'accès aux soins de santé reproductive, notamment à certaines techniques de PMA, du fait qu'un professionnel de santé manifeste des divergences éthiques ou techniques relativement à ces méthodes.

Finalement, l'art. 41 réglemente la PMA quant aux **interventions médicochirurgicales de nature thérapeutique** ce qui garanti au professionnel de santé un régime de protection sur le plan criminel, vu qu'elles ne constituent pas des offenses à l'intégrité physique¹⁹.

¹⁷ Article 4 (Indépendance des Médecins) “1. Le Médecin, dans l'exercice de sa profession, est techniquement et déontologiquement indépendante et responsable par leurs actes, ne pouvant pas être subordonné à l'orientation technique et déontologique d'étrangers à la profession médicale dans l'exercice des fonctions cliniques.”

¹⁸ Article 30 (Objection de conscience) Le Médecin a le droit de refuser la pratique d'acte de sa profession quand cette pratique entre en conflit avec sa conscience morale, religieuse ou humanitaire, ou contredise les dispositions de ce Code.

¹⁹ Pour plus de développement, COSTA ANDRADE, “Comentário ao artigo 150º”, FIGUEIREDO DIAS (Org.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal* (1999).

DROIT DES BENEFICIAIRES

Le droit au **consentement informé** dans la relation médecin-patient est reconnu dans le droit portugais. Dans la loi de la PMA nous soulignons l'imposition – à l'exception de la règle générale²⁰ – du consentement *explicite* et sous *la forme écrite*, que ce soit au niveau de la *prestation de l'information*, que ce soit au niveau de l'acte du *consentement* proprement dit²¹. Ce régime rapproche ainsi les techniques de PMA de ce qui est prévu pour les Essais Cliniques de Médicaments²². D'autre part, il est exigé une approbation par un organisme externe, dans ce cas du CNPMA, du document du consentement informé.

D'autre part, il faut remarquer l'imposition explicite que le consentement doit être donné *devant le médecin responsable*.

Comme il était prévu dans la régime général²³, «le consentement des bénéficiaires est librement révocable par l'un d'eux jusqu'au début des processus thérapeutiques de PMA».

L'aspect le plus singulier du consentement informé dans la PMA résulte du fait que celui-ci est peut-être l'unique cas où le consentement doit être donné par *deux personnes*, c'est-à-dire, «*les bénéficiaires*». Ceci se justifie par le fait qu'il est imposé un co-consentement de l'élément masculin du couple, vu que c'est sur lui que retombent les présomptions de paternité²⁴.

Une autre innovation importante consiste dans le contenu de l'obligation de l'information, qui est ici élargie «à tous les bénéficiaires et les risques connus en résultat de l'utilisation des techniques de PMA, ainsi que ses implications éthiques, sociales et juridiques». Ainsi, d'une part, la loi se rapproche des perspectives les plus autonomistes en matières de devoir d'information des risques, comprenant non seulement les risques probables ou typiques, mais aussi les risques *improbables ou atypiques*, il semble, cependant, que la limitation aux risques connus par la science s'impose au nom du *principe de faute*²⁵.

L'art. 15 sous l'épigraphe **confidentialité** traite deux sujets très distincts. Dans le n°1 il renforce le devoir de secret médical déjà prévu dans la législation générale²⁶, en éclaircissant que : «Tous ceux qui, de toute forme que ce soit, prennent connaissance du recours aux techniques de PMA ou de l'identité de tout autre participant dans les respectifs processus ont l'obligation de maintenir le secret sur l'identité de ceux-ci et sur l'acte de la PMA elle-même ».

Les n° 2, 3 et 4 réglementent déjà la très polémique question de l'*anonymat du donneur par opposition au droit de connaître l'histoire personnelle*, que nous analyserons plus loin.

²⁰ João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*(2001) e André PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil* (2004).

²¹ 1 – “Les bénéficiaires doivent prêter leur consentement libre, éclairé, de forme expresse et par écrit, devant le médecin responsable.

²² Cf. art. 2 al. o) de la Loi 46/2004, 19 août, qui transpose la Directive 2001/20/CE du Parlement Européen et du Conseil du 4 avril 2001.

²³ Prévus, notamment, dans l'art. 81/2 du Code Civil et dans l'art. 38/2 du Code Pénal.

²⁴ Ainsi, sur le mari retombe la présomption de l'art. 1826/1 du Code Civil. Sur le compagnon, dans une union libre, retombe la présomption prévue à l'art. 1871/ 1, al. c).

²⁵ Cf. Sur cette matière, André PEREIRA, “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica”, in AA.VV., *Responsabilidade Civil dos Médicos* (2005) 437 ss.

²⁶ Nous soulignons l'art. 195 du Code pénal: (Violation du secret), qui prévoit: “Celui qui, sans le consentement, révèle le secret d'autrui dont il ait eu connaissance en raison de son état, son métier, son emploi, sa profession ou son art, est passible d'une peine de prison jusqu'à 1 an ou d'une peine d'amende jusqu'à 240 jours.”

A son tour, l'art. 43 sanctionne la *violation du devoir de secret ou de confidentialité*, selon les termes suivants : « toute personne qui viole les dispositions de l'article 15 est passible d'une peine de prison jusqu'à un an ou une peine d'amende jusqu'à 240 jours.»

DEVOIRS DES BENEFICIAIRES

La question de savoir si le patient a un *devoir juridique* ou à *charge* de révéler l'histoire clinique et de respecter les prescriptions médicales constitue une *vexata quaestio*. La doctrine dominante parmi nous est qu'il s'agit d'une charge, d'importance juridique, notamment au niveau de l'application de l'institut de la *faute de la personne lésée* et de la *résolution du contrat*. L'art. 13 prévoit les «devoirs» suivants des bénéficiaires: a) Donner toutes les informations qui lui soient demandées par l'équipe médicale ou qu'ils jugent importantes pour le bon diagnostic de leur situation clinique et pour le succès de la technique à laquelle ils vont se soumettre ; b) Observer rigoureusement toutes les prescriptions de l'équipe médicale, que ce soit au cours de la phase du diagnostic, que ce soit au cours des diverses étapes du processus de PMA.»

TROISIEME DONNEUR: LIENS DE FILIATION ET DROIT A L'HISTOIRE PERSONNELLE

Bien que, comme techniques de *dernier ratio*, la loi portugaise accepte tant l'insémination hétérologue (art. 19)²⁷, que la Fertilisation In Vitro (FIV) avec des gamètes de donneur (que ce soit le sperme du donneur ou les ovules de la donneuse) (art. 27), ce qui correspond à la «tradition» des projets de loi au Portugal.

Remarquons, dès à présent, que la donation de gamètes est un acte nécessairement volontaire. Personne ne peut être forcé à le faire, étant donné que le prélèvement de matériel génétique destiné à une postérieure utilisation dans des techniques de reproduction assistée sans le consentement du donneur configure un type légal de crime, auquel la nouvelle loi fait correspondre une peine allant de 1 à 8 ans de prison (art. 42).

Une analogie apparaît entre le présent fait illicite et un autre, déjà prévu depuis 1982 dans le Code Pénal portugais : le crime d'insémination de la femme sans son consentement (art. 168 CP), auquel correspond d'ailleurs la même peine. Cependant, quelques différences doivent être mises en évidence : i) en ce qui concerne l'action pénalisée, en effet dans le premier cas cela consiste en l'extraction d'ovules ou de spermatozoïdes sans le consentement de la personne, tandis que dans ce type légal c'est l'action d'inséminer une femme avec du matériel génétique d'un homme sans le consentement de celle-ci qui est pénalisée. ii) au niveau de ces potentielles victimes du crime, vu que dans le premier cas les deux sexes sont concernés, tandis qu'en accord avec l'art. 168 CP seules les femmes peuvent être victimes de ce crime.

a) Liens de filiation

Le problème juridique de l'établissement de la paternité et de la maternité a été réglé par le diplôme analysé.

²⁷ Article 19 Insémination avec sémen de donneur “1 – L'insémination avec sémen d'un tiers donneur ne peut se vérifier que lorsqu'il ne puisse pas y avoir de grossesse à travers de l'insémination du sémen du mari ou de celui qui vit en union libre avec la femme à inséminer. 2 – Le sémen du donneur doit être cryopréservé.”

Entre l'ascendance *biologique* et *sociale*, la loi opte clairement pour cette dernière, en statuant que si, en résultat de l'insémination, naît un enfant, celui-ci est le *fil du mari* ou de celui qui vit en union libre avec la femme inséminée, dès lors qu'il y ait eu *consentement* de l'insémination (art. 20, n°1) et que (art. 21) : «*Le donneur de sperme ne puisse pas être tenu comme père de l'enfant qui naîtra, ne lui étant attribué aucun pouvoir ou devoir envers l'enfant.*» Une solution atypique consiste en l'insémination *post-mortem* qui éventuellement puisse survenir bien que la loi ne l'autorise pas. Dans ce cas, l'art. 23 prévoit que l'enfant qui naîtra sera tenu comme fille/fils du défunt, sauf si, à la date de l'insémination, la femme s'est mariée ou vivait depuis au moins deux ans en union libre avec l'homme qui ait consenti à cet acte. Il s'agit d'une solution cohérente avec celles de l'art. 21 vu qu'ils vont dans la même direction de privilégier la filiation sociale à celle biologique.

b) Anonymat du donneur contre le droit à connaître l'histoire personnelle

Le problème de l'anonymat du donneur est également une conséquence du fait d'accepter l'«ingérence» de matériel génétique d'un tiers dans le processus reproductif. Ce sujet est l'un des plus controversé dans la doctrine nationale. Soulignons que cette divergence a même touché les plus hauts organes de la souveraineté, vu que la loi approuvée en 1999 consacrait le droit de connaître l'ascendance biologique, ce qui constitue une des raisons fondamentales pour l'ultérieur veto du Président de la République.

La solution du législateur en 2006 se cadre, ainsi même, dans ce qui peut être considéré la version dominante dans les projets législatifs présentés dans les 20 dernières années et la pratique courante (de l'anonymat du donneur) face au silence de la loi. Cette solution part du principe de l'anonymat du donneur, bien que sa correction soit permise dans les cas les plus graves. Le législateur portugais a, donc, obtenu un compromis. Voyons :

«2 - *Les personnes nées en conséquence de processus de PMA avec recours au don de gamètes ou d'embryons peuvent, auprès des services compétents de santé, obtenir les informations de nature génétique qui les concernent, à l'exclusion de l'identification du donneur.*

3 - *Sans préjudice des dispositions du numéro précédent, les personnes qui y sont mentionnées peuvent obtenir des informations sur l'éventuelle existence d'un empêchement légal au mariage envisagé, auprès du Conseil National de Procréation médicalement assistée, en maintenant la confidentialité à propos de l'identité du donneur, excepté si celui-ci le permette expressément.*

4 - *Sans préjudice des dispositions des numéros antérieurs, les informations sur l'identité du donneur peuvent également être données pour des raisons pondéreuses reconnues par sentence judiciaire.»*

INSÉMINATION POST-MORTEM

En partant du principe de l'interdiction de l'insémination post-mortem, la loi portugaise reconnaît la nécessité de concéder une protection juridique à l'«expectative de la vie» de l'*embryon*. Ainsi, nous devons distinguer les cas où il n'y ait pas eu ou bien ceux il n'y ait eu que le prélèvement de matériel biologique du défunt²⁸, des cas où le processus de procréation assistée était déjà dans un état avancé où un ou plusieurs embryons avaient déjà été conçus.

²⁸ Ce n'est qu'en prévoyant l'hypothèse de l'homme, vu que la maternité de substitution est interdite.

Dans le premier cas: *après la mort du mari ou de l'homme avec qui elle vivait en union libre, la femme n'est pas autorisée à être inséminée avec le sperme du défunt, même si il avait consenti à l'insémination* (art. 22, n°1). Le n° 2 explique que « *Le sperme qui, de par une crainte d'infertilité prouvée, soit prélevé du conjoint ou du compagnon de la femme en vue de l'insémination, est détruit si celui-ci décède au cours de la période établie pour la conservation du sperme.*»

Dans le second cas, «*le transfert post mortem d'embryon pour permettre la réalisation d'un projet parental clairement établi par écrit avant le décès du père, après que se soit écoulé le délai considéré nécessaire à la pondération adéquate de la décision est licite*» (n°3). C'est une décision qui se comprend en vue de l'«intérêt de l'embryon», soulignons que le législateur n'a pas voulu que la femme prenne de décisions précipitées, ayant demandé un délai de réflexion adéquat.

FERTILISATION IN VITRO

La fertilisation *in vitro* est admise dès lors que ne soient conçus que les embryons nécessaires pour le succès de l'intervention (art. 24, n°1). Les droits de la femme, notamment le droit à l'intégrité physique et morale, ont obtenu dans la loi portugaise, une place privilégiée. La loi abdique de la détermination d'une limite abstraite d'ovules à fertiliser et d'embryons à transporter, en laissant la décision sur les considérations éthiques et les *leges artis* aux professionnels médicaux concernés, en tenant compte des circonstances concrètes de chaque cas (art. 24/1 et 2).

Bien qu'elle soit autorisée, l'expérience n'est pas la seule destinée des embryons excédentaires, ni la plus désirée, en effet la création d'embryons se destine principalement à satisfaire le désir reproductif de quelqu'un, et ce n'est que dans l'éventualité que celui-ci soit un échec que s'ouvrent les portes à la recherche (art. 25, n°25).

La loi prévoit l'immédiate cryoconservation des embryons excédentaires (sauf s'ils ne réunissent pas les conditions de viabilité – art. 25, n°4), qui pourra se maintenir pendant une période maximale de trois ans (art. 25, n°1). Au cours de ce délai ils pourront être utilisés à tout moment par les parents en vue d'une grossesse (art. 25, n°1). La rédaction légale mentionne que les parents s'engagent à les utiliser, mais en réalité il semblerait que ce soit plutôt une simple faculté, en effet aucune sanction ne menace en cas de non utilisation, et il est impensable qu'ils puissent y être forcés.

DIAGNOSTIC GÉNÉTIQUE PRÉIMPLANTATOIRE

À l'inverse de ce qui se produit dans les lois étrangères plus restrictives, le diagnostic génétique préimplantatoire²⁹ est admis de forme à pouvoir détecter avant le transfert utérin quels sont les embryons qui n'ont pas les conditions de se développer avec succès et qui, par conséquent, ne doivent pas être transplantés, pour éviter une grossesse porteuse de graves anomalies chromosomiques ou de maladies génétiques (art. 28/ 1, 2 et 3).

Il est également possible de recourir au DGPI, d'après l'art. 28/1, partie finale, aux effets prévus dans le n°3 de l'art. 7, c'est-à-dire, lorsque la nécessité d'obtenir le groupe HLA compatible aux effets de traitement de maladie grave est envisageable. Cette possibilité n'est pas ouverte à toutes les personnes, mais seulement à celles provenant de familles porteuses de modifications qui entraînent la mort précoce ou de graves maladies, vraisemblablement transmissibles à la descendance (art. 29/1).

²⁹ Cf. Sur le diagnostic génétique pré-implantaire, Pedro FEMENÍA LÓPEZ, *Status Jurídico del Embrión Humano, con Especial Consideración al Concebido In Vitro* (1999) 17 ss.

Certains voient dans cette autorisation un risque permanent, suite à l'argument du *slipery slope* : en consentant à la destruction d'embryons avec des malformations graves, rien ne semble empêché que plus tard il soit également toléré la destruction de ceux qui seraient porteurs d'une quelconque anomalie, pour plus légère qu'elle soit, ou même de personnes déficientes, malades ou trop âgées, dans un interminable processus d'eugénisme et de sélection artificielle³⁰.

CONCLUSION

Ce diplôme ne constitue pas la «fin de l'histoire» des discussions sur la PMA, au Portugal. D'une part, le CNPMA aura d'importants pouvoirs dans l'évolution de la PMA et vers une application de la loi plus conservatoire ou plus libérale. D'autre part, les divers courants débattent, par des appréciations de constitutionnalité, les aspects les plus polémiques de ce régime : de l'exclusion des femmes célibataires et des couples homosexuels, à la consécration du principe de l'anonymat du donneur, jusqu'à la polémique expérience avec des embryons et la pratique, en termes relativement vastes, du DGPI.

Pour l'heure, nous soulignons la bonne nouvelle de l'encadrement légal de cette activité de façon équilibrée et pondérée.

³⁰ Ce seront ces considérations qu'il aura fallu justifier que le diagnostic génétique pré-implantaire ait été banni par la Résolution du Parlement Européen de 1989 sur la fécondation *in vitro* et *in vivo*, du 16 mars 1989 (J.O.C.E. C 96, du 17 avril 1989).