

Anaïs Hauser

Le droit à l'autodétermination de la femme en matière de choix procréatifs



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2025

Table des matières

REMERCIEMENTS.....	V
TABLE DES MATIERES.....	VII
TABLE DES ABREVIATIONS.....	XVII
NOTE REDACTIONNELLE.....	XXIII
INTRODUCTION.....	1
 PREMIÈRE PARTIE : LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION DES PATIENTES.....	 5
CHAPITRE 1 LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION EN MATIÈRE MÉDICALE.....	 7
Section I <i>Notions</i>	7
Section II <i>Le droit à l'autodétermination en droit international</i>	8
Section III <i>Le droit à l'autodétermination en droit suisse</i>	9
§1. La protection du droit à l'autodétermination de la patiente à l'aune du droit de la personnalité.....	10
A. Les atteintes à la personnalité.....	10
i. <i>Le principe du consentement de la patiente comme motif justificatif</i>	11
ii. <i>Les exceptions au principe du consentement de la patiente</i>	12
a. <i>La situation d'urgence</i>	12
b. <i>La loi</i>	14
B. Les actions défensives.....	15
§2. La protection du droit à l'autodétermination de la patiente à l'aune de la responsabilité de la médecin.....	16
A. La responsabilité extracontractuelle de la médecin.....	18
B. La protection contractuelle du droit à l'autodétermination de la patiente.....	18
i. <i>Le contrat de soins</i>	18
ii. <i>La responsabilité contractuelle de la médecin</i>	19
iii. <i>Le contrat de droit administratif avec un établissement hospitalier</i>	20
§3. La protection du droit à l'autodétermination de la patiente à l'aune du droit pénal.....	21
A. Le Code pénal.....	21
B. Les autres lois fédérales.....	23
Section IV <i>Synthèse du chapitre</i>	24
 CHAPITRE 2 LE CONSENTEMENT.....	 25
Section I <i>La terminologie</i>	26
Section II <i>La validité du consentement</i>	28
§1. La capacité juridique de consentir.....	29
A. La capacité de discernement.....	29
B. Les personnes capables de discernement.....	31
i. <i>Généralités</i>	31

ii. Les majeures en situation de handicap capables de discernement	33
iii. Les mineures capables de discernement et les choix procréatifs	35
a. L'interruption de grossesse volontaire	36
b. L'accès aux moyens de contraception	38
c. L'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée	38
C. Les personnes incapables de discernement	40
i. Les majeures incapables de discernement	41
ii. Les mineures incapables de discernement	43
§2. La forme du consentement	43
§3. Le caractère libre du consentement	46
§4. Le caractère éclairé du consentement et le devoir d'information de la médecin	47
A. Le principe	48
B. L'étendue du devoir d'information	49
C. Les exceptions et limitations au devoir d'information	50
i. Les actes bénins	50
ii. L'urgence et l'extension d'une opération	51
iii. Le privilège thérapeutique	53
iv. La renonciation de la patiente à être informée	54
v. La patiente informée préalablement	55
Section III Le consentement hypothétique	56
§1. Le principe	57
§2. Le fardeau de la preuve	58
§3. Les conséquences sur le droit à l'autodétermination de la patiente	60
Section IV Le refus et la révocation de consentement	62
§1. Le refus	62
§2. La révocation	63
Section V Synthèse du chapitre	64
 CHAPITRE 3 LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION ET LES CHOIX PROCRÉATIFS	67
Section I Le droit à l'autodétermination en matière de choix procréatifs à l'aune de la CEDH	68
§1. La jurisprudence relative à l'art. 8 CEDH	68
A. La notion de vie privée	68
i. En matière de procréation médicalement assistée	69
ii. Durant la grossesse	70
B. La notion de vie familiale	72
C. Les restrictions prévues à l'art. 8 § 2 CEDH	72
§2. La jurisprudence relative à l'art. 12 CEDH	73
Section II Les autres normes internationales	75
§1. La CEDEF	75
A. Les art. 1, 2 et 5 CEDEF	75
B. L'art. 12 CEDEF	76
C. L'art. 16 CEDEF	78
§2. La Convention Biomédecine	79

A. L'art. 14 Convention Biomédecine.....	79
B. L'art. 18 Convention Biomédecine.....	80
C. Le Protocole additionnel relatif à la recherche biomédicale	81
<i>Section III Le droit à l'autodétermination en matière de choix procréatifs à l'aune du droit constitutionnel.....</i>	<i>82</i>
§1. Le droit à la liberté personnelle.....	82
§2. Le droit à la vie privée et familiale.....	85
A. Le droit à la vie privée.....	85
B. Le droit à la vie familiale.....	85
§3. Le droit à la famille.....	87
A. En général.....	87
B. Le droit à la famille dans les rapports entre particuliers.....	88
C. Le champ d'application personnel du droit à la famille.....	90
§4. La réglementation constitutionnelle de la procréation médicalement assistée.....	92
<i>Section IV Le droit à l'autodétermination en matière de choix procréatifs à l'aune du droit fédéral ..</i>	<i>94</i>
§1. Les aspects médicaux et scientifiques du droit à l'autodétermination en matière de choix procréatifs.....	95
§2. Les aspects financiers du droit à l'autodétermination en matière de choix procréatifs.....	96
A. La prise en charge des coûts liés au recours à une technique de procréation médicalement assistée.....	96
i. La stérilité en tant que maladie.....	96
ii. Les prestations prises en charge.....	98
iii. Le non-remboursement de la fécondation in vitro	98
iv. Les conséquences du non-remboursement	100
B. Les coûts liés à une interruption volontaire de grossesse	102
i. La prise en charge des coûts.....	102
ii. Les implications de la prise en charge des coûts	103
a. L'initiative contre le remboursement des coûts et l'initiative pro-life.....	103
b. Les enjeux du remboursement.....	106
C. Le cas particulier de l'interruption volontaire de grossesse dans le but de prévenir un dommage.....	106
i. La jurisprudence du Tribunal fédéral.....	106
ii. La jurisprudence de la Cour d'appel de Bâle-Ville comme contre-exemple	108
iii. La reconnaissance du droit à l'autodétermination en matière de planning familial	109
<i>Section V Synthèse du chapitre</i>	<i>110</i>
DEUXIÈME PARTIE : LE NASCITURUS	113
CHAPITRE 1 DÉFINITIONS.....	117
<i>Section I L'enfant à naître et l'enfant conçue</i>	<i>117</i>
<i>Section II L'embryon et le fœtus.....</i>	<i>117</i>
<i>Section III L'enfant mort-née et l'enfant née sans vie</i>	<i>119</i>
§1. L'enfant mort-née.....	119
§2. L'enfant née sans vie	122

<i>Section IV La grossesse et la maternité</i>	124
CHAPITRE 2 LE STATUT ET LA PROTECTION DU NASCITURUS	129
<i>Section I Les réglementations internationales</i>	129
§1. La Convention Biomédecine	129
§2. La CEDH	131
§3. Les autres réglementations internationales	134
§4. Synthèse intermédiaire s'agissant de la protection du <i>nasciturus</i> dans les réglementations internationales.....	135
<i>Section II Dans la Constitution fédérale</i>	136
§1. Le droit à la vie.....	136
§2. Le respect et la protection de la dignité humaine	138
§3. La protection contre les abus dans les domaines de la procréation médicalement assistée et du génie génétique.....	141
§4. Synthèse intermédiaire s'agissant de la protection constitutionnelle du <i>nasciturus</i>	144
<i>Section III Dans le Code civil</i>	145
§1. L'acquisition de la personnalité juridique.....	145
§2. L'acquisition de la personnalité conditionnelle	149
A. En général.....	149
B. En cas de procréation médicalement assistée	151
i. Les ovules imprégnés et les gamètes	152
ii. L'embryon <i>in vitro</i>	154
C. Le nondum conceptus	157
§3. Les liens de filiation du <i>nasciturus</i>	159
A. L'établissement anténatal de la filiation	159
B. L'action en désaveu de paternité	160
C. L'action en contestation de la reconnaissance.....	162
D. L'adoption du <i>nasciturus</i>	163
§4. L'établissement de la filiation de l'embryon <i>in vitro</i>	164
§5. L'autorité parentale sur le <i>nasciturus</i>	165
A. Généralités	165
B. L'autorité parentale prénatale	167
C. Les mesures de protection anténatales et le droit à l'autodétermination des parents	169
D. L'attribution par la juge de l'autorité parentale sur l'enfant conçu	170
E. L'autorité parentale sur les embryons <i>in vitro</i>	171
§6. La représentation du <i>nasciturus</i>	172
A. Généralités.....	172
B. Le <i>nasciturus</i> sous tutelle.....	173
C. Le <i>nasciturus</i> représenté par une curatrice	173
§7. La protection contre les atteintes et les dommages prénataux.....	177
A. La protection contre les atteintes	178
B. La réparation des dommages prénataux	179
C. Les dommages causés par la médecin.....	180

i. Dans le cadre de la grossesse.....	181
ii. Les cas de « wrongful birth », « wrongful pregnancy » et « wrongful life »	181
§8. Les intérêts patrimoniaux du <i>nasciturus</i>	183
A. L'entretien du <i>nasciturus</i>	183
B. L'administration des biens du <i>nasciturus</i>	185
C. Les droits successoraux du <i>nasciturus</i>	186
i. En général	186
ii. Les questions liées à la procréation médicalement assistée	190
iii. Les droits successoraux et la procréation post-mortem	191
§9. Synthèse intermédiaire s'agissant de la protection du <i>nasciturus</i> en droit civil	193
Section IV Dans le Code pénal.....	194
§1. La protection de la vie humaine autonome	194
§2. Le cas particulier de l'infanticide.....	196
A. Généralités.....	196
B. Les deux présomptions irréfragables posées par l'art. 116 CP	197
C. La question de la préméditation	198
D. L'art. 116 CP face à l'évolution sociétale.....	199
E. L'accès à la contraception et à l'avortement.....	200
§3. La protection de la vie prénatale	201
A. En général.....	201
B. L'interruption de grossesse.....	203
i. L'ancien droit.....	203
ii. Le droit actuel	206
a. Les interruptions de grossesse punissables	206
b. Les interruptions de grossesse non punissables	207
§4. Synthèse intermédiaire s'agissant de la protection du <i>nasciturus</i> en droit pénal	209
Section V Synthèse du chapitre	210

TROISIÈME PARTIE : LES APPLICATIONS DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION EN MATIÈRE DE CHOIX PROCRÉATIFS..... 213

CHAPITRE 1 LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION EN MATIÈRE D'ANALYSES PRÉNATALES	217
Section I La notion d'analyses prénatales	217
§1. Définition	217
§2. Délimitations	217
§3. Les types d'analyses prénatales	219
A. Selon la classification de la LAGH.....	219
i. Les analyses génétiques prénatales	220
ii. Les analyses prénatales visant à évaluer un risque	220
B. Selon le degré d'invasivité	222
§4. Le cas particulier des tests prénataux non invasifs (NIPT).....	223
A. Les changements apportés par les NIPT en matière de dépistage prénatal.....	223
i. L'application et la qualification des NIPT.....	223

ii. Les limites du recours aux NIPT.....	225
iii. La mise en balance des avantages et des inconvénients d'ordre technique des NIPT.....	226
B. La problématique posée par la banalisation du recours aux NIPT.....	227
§5. La prise en charge des coûts liés aux tests prénataux.....	229
Section II Les garanties du droit à l'autodétermination dans la LAGH.....	230
§1. Le consentement à des analyses génétiques.....	231
A. En général.....	231
B. En cas d'incapacité de discernement.....	232
C. L'admissibilité des analyses prénatales en cas d'incapacité de discernement de la femme enceinte.....	233
i. En cas d'incapacité de discernement passagère.....	233
ii. En cas d'incapacité de discernement durable.....	234
a. Selon une interprétation de l'art. 16 LAGH.....	234
b. Selon une application de l'art. 17 LAGH en tant que <i>lex specialis</i>	237
iii. La représentation de la femme enceinte incapable de discernement.....	237
iv. Synthèse.....	239
§2. L'information et le conseil génétique.....	240
A. L'information en cas d'analyse génétique.....	240
B. Le conseil génétique en général.....	241
i. Définition.....	241
ii. Exigences.....	242
C. Le conseil génétique en cas d'analyse génétique prénatale.....	244
i. Le contenu du conseil génétique en cas d'analyse génétique prénatale.....	244
ii. La participation du second parent au conseil génétique.....	244
D. L'information préalable en cas d'analyse prénatale visant à évaluer un risque.....	246
E. Les services d'informations et de conseil.....	248
§3. Le droit à être, respectivement, ne pas être informée des résultats.....	250
A. Le droit à l'information.....	250
B. Le droit à ne pas être informée.....	250
Section III Les conditions d'une analyse prénatale.....	253
§1. Les caractéristiques nuisant directement à la santé du <i>nasciturus</i>	254
§2. Les groupes sanguins ou caractéristiques sanguines.....	254
§3. La compatibilité tissulaire.....	255
Section IV La communication des résultats.....	255
§1. La communication des résultats de l'analyse en général.....	255
A. La personne habilitée à communiquer les résultats.....	255
B. La personne habilitée à recevoir les résultats.....	256
§2. La communication des informations excédentaires.....	257
Section V Les restrictions relatives à la communication des résultats.....	259
§1. La communication du sexe.....	259
A. Les restrictions.....	259
B. La comparaison avec la réglementation de l'art. 119 al. 2 CP.....	261
i. La condition de l'état de détresse au sens de l'art. 119 al. 2 CP.....	261

ii. La relation entre l'art. 119 al. 2 CP et l'art. 17 al. 2 let. a LAGH	263
C. La limitation du droit à l'autodétermination de la femme enceinte par l'art. 17 al. 2 let. a LAGH.....	264
i. L'intérêt public.....	264
ii. La proportionnalité de la restriction	266
iii. Les conséquences de la restriction sur la relation médecin-patient.....	268
§2. La communication des résultats relatifs à la compatibilité tissulaire	270
A. Les restrictions	270
B. Les implications	270
Section VI Les profils d'ADN prénataux visant à déterminer la paternité.....	271
§1. Définition et conditions.....	271
§2. Intérêt pour la femme enceinte	273
A. En dehors d'une procédure.....	273
B. Dans le cadre d'une procédure civile.....	274
Section VII Les analyses génétiques réalisées sur des embryons ou des fœtus issus d'interruptions de grossesse ou d'avortements spontanés ainsi que sur des enfants mort-nés	275
§1. Le consentement.....	275
§2. Les buts poursuivis.....	277
Section VIII Synthèse du chapitre	278
 CHAPITRE 2 LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION EN MATIÈRE DE RECHERCHE	281
Section I Le cadre juridique de la recherche sur l'être humain	281
Section II La recherche sur des femmes enceintes et sur des embryons et des fœtus in utero.....	283
§1. Généralités	284
§2. La femme enceinte traitée en tant que personne particulièrement vulnérable	286
§3. Les principes et exigences générales à la réalisation d'un projet de recherche	290
A. Le consentement et l'information de la personne concernée	290
i. Le consentement éclairé	291
ii. La réutilisation de données ou de matériel de recherche	293
iii. Le refus et la révocation du consentement.....	294
B. Le consentement et l'information lorsque la personne concernée est une femme enceinte.....	295
i. L'embryons et le fœtus	295
ii. Le cas particulier de la femme enceinte incapable de discernement.....	295
iii. L'absence de nécessité de consentement du couple	296
C. La subsidiarité.....	298
D. La proportionnalité	300
E. La responsabilité en lien avec un projet de recherche	301
§4. Les projets de recherches illicites.....	301
§5. Les conditions spécifiques aux projets de recherche réalisés sur les femmes enceintes et les embryons ou fœtus in utero.....	303
A. Généralités.....	304
B. En cas de bénéfice direct escompté.....	305
C. Sans bénéfice direct escompté.....	305
D. Autonomie de la femme enceinte et pesée des intérêts	307

§6. Les projets de recherche relatifs aux méthodes d'interruptions de grossesse.....	307
<i>Section III La recherche sur des embryons et des fœtus issus d'interruptions de grossesse volontaires et spontanées, y compris des enfants mort-nés</i>	<i>309</i>
§1. Généralités	309
A. Champs d'application.....	309
B. Terminologie.....	310
C. Consentement éclairé.....	310
§2. La recherche sur des embryons et des fœtus issus d'interruptions de grossesse volontaires.....	311
A. La non-instrumentalisation de la grossesse.....	311
B. Le consentement de la femme concernée.....	312
C. La constatation du « décès »	313
§3. La recherche sur des embryons et des fœtus issus d'interruptions de grossesse spontanées, y compris des enfants mort-nés	315
<i>Section IV La recherche sur les cellules embryonnaires</i>	<i>317</i>
§1. Les embryons surnuméraires	318
A. Définition.....	318
B. La comparaison avec les « embryons LPMA »	320
C. La destruction des embryons surnuméraires.....	321
§2. La recherche sur les cellules souches embryonnaires.....	322
A. Généralités.....	322
B. Le consentement à l'utilisation d'embryons surnuméraires en vue de la production de cellules souches embryonnaires	324
§3. L'utilisation de cellules et de tissus embryonnaires ou fœtaux à des fins de transplantation	327
A. Le régime de l'autorisation	327
B. La non-instrumentalisation de la grossesse.....	328
C. Le consentement.....	331
i. S'agissant de l'utilisation des embryons ou des fœtus issus d'interruption de grossesse	331
ii. S'agissant des embryons surnuméraires.....	332
<i>Section V Synthèse du chapitre</i>	<i>332</i>
 CHAPITRE 3 LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION EN MATIÈRE DE PROCRÉATION	
MÉDICALEMENT ASSISTÉE.....	335
<i>Section I Le recours aux méthodes de procréation médicalement assistée</i>	<i>336</i>
§1. Le bien de l'enfant selon l'art. 3 LPMA	337
A. L'âge du couple	339
B. L'accès des femmes célibataires à la procréation médicalement assistée	342
§2. Les pratiques interdites	343
A. Le don d'ovules	343
B. Le don d'embryons	344
C. La maternité de substitution.....	345
i. Terminologie	345
ii. État des lieux.....	346
iii. Autodétermination et représentation(s) de la femme.....	349

iv. Perspectives de <i>lege ferenda</i>	351
D. L'interdiction de l'utilisation post-mortem des gamètes.....	353
i. La situation actuelle.....	353
ii. Vers une admission de la procréation post-mortem.....	355
iii. L'établissement de la filiation et la procréation post-mortem.....	357
a. La présomption de paternité de l'art. 255 CC en cas de procréation post-mortem.....	357
b. L'action en paternité et la reconnaissance en cas de procréation post-mortem.....	358
c. En cas d'admission de la procréation post-mortem.....	359
§3. Les conditions d'application de la procréation médicalement assistée.....	361
§4. Le consentement.....	363
A. En général.....	363
B. En cas d'incapacité de discernement.....	366
i. Le recours à la procréation médicalement assistée.....	366
ii. La conservation de gamètes et d'embryons <i>in vitro</i>	367
C. Les exigences en matière d'information et de conseil.....	370
D. Le consentement selon la LPMA.....	371
Section II Le cas particulier du diagnostic préimplantatoire (DPI).....	372
§1. Le DPI et l'autonomie en matière de procréation	372
A. En général.....	373
B. Les conditions relatives à l'analyse du patrimoine génétique des embryons <i>in vitro</i>	375
i. La maladie grave (art. 5 al. 2 LPMA).....	375
ii. Les caractéristiques chromosomiques (art. 5 al. 3 LPMA).....	377
iii. L'examen des conditions.....	379
C. Les obligations supplémentaires en matière d'information et de conseil.....	379
§2. Les implications pour l'embryon <i>in vitro</i>	381
A. La sélection.....	381
B. La cryoconservation.....	382
C. L'augmentation du nombre d'embryons surnuméraires et l'interdiction du don d'embryons.....	383
§3. La comparaison avec le diagnostic prénatal	384
A. Les liens entre diagnostics préimplantatoire et prénatal.....	385
B. Les différences entre la réglementation du diagnostic préimplantatoire et celle des analyses prénatales.....	386
i. L'atteinte à la santé de l'enfant à naître.....	386
ii. La compatibilité tissulaire (« bébé sauveur »).....	387
a. La position actuelle du législateur	388
b. Les arguments en faveur d'une ouverture du diagnostic préimplantatoire au typage HLA.....	389
iii. La communication du sexe de l'enfant à naître	391
C. Les différences circonstancielles entre diagnostics préimplantatoire et prénatal.....	392
i. Le consentement.....	392
ii. Le choix	393
iii. L'aspect affectif.....	394

D. Vers un alignement diagnostic préimplantatoire – diagnostic prénatal ?	395
<i>Section III La conservation d'ovules</i>	396
§1. Généralités	396
§2. Le cadre juridique	399
A. La LPMA	399
B. Le droit des contrats	400
§3. L'information de la patiente	400
§4. La prise en charge des coûts	402
A. Les coûts de la conservation d'ovules pour raisons médicales	402
B. Les coûts de la conservation d'ovules sociétale	403
§5. La durée de conservation	404
A. Les délais fixés par la LPMA	404
B. La problématique posée par les délais	405
i. Sur le plan médical	405
ii. Sur le plan constitutionnel	406
§6. Les liens avec le droit à l'autodétermination en matière procréative	408
A. Le droit à l'autodétermination relatif à la conservation préventive de la fertilité	408
B. Le droit à l'autodétermination sur les ovules cryoconservés	409
§7. L'interdiction du don d'ovules	410
A. L'inégalité de traitement entre les hommes et les femmes	410
B. L'atteinte à la liberté personnelle	414
C. Vers une admission du don d'ovules	414
D. Mise en œuvre	416
<i>Section IV Synthèse du chapitre</i>	418
 CONCLUSION	 421
BIBLIOGRAPHIE	427