

Paris, le 20 décembre 2019

## **Observations sur le projet de loi de révision de la loi relative à la bioéthique**

Depuis la dernière révision des lois bioéthiques en 2011, au-delà de nouvelles attentes exprimées au sein de la société, des progrès scientifiques, de l'existence de configurations familiales diverses et de l'ouverture de certains marchés, des évolutions juridiques ont eu lieu, telles que celles portées par la loi du 17 mai 2013 qui a ouvert le mariage aux couples de même sexe et les avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014, qui ont validé l'adoption d'enfants issus d'assistances médicales à la procréation (AMP) pratiquées à l'étranger par la conjointe de la mère.

Le Syndicat de la magistrature ne peut que regretter de ne pas avoir été entendu devant la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi bioéthique au Sénat, malgré nos sollicitations réitérées. Rien que les implications de ce texte sur le droit de la filiation, mais aussi les enjeux en termes de contentieux naissant en ces matières, appelaient à se préoccuper de l'avis des organisations des professionnels de la justice.

### **I- L'extension de l'accès à l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées (article 1er du projet de loi soumis au Sénat)**

#### **I-1- L'extension de l'accès de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées :**

L'article 1<sup>er</sup> du projet de loi élargit l'accès à l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées.

Il n'est pas inutile de rappeler dès à présent que la question de la légitimité d'un projet mono ou homoparental a déjà été tranchée par les textes. En matière d'adoption, le droit reconnaît depuis longtemps la monoparentalité et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe leur a également ouvert l'adoption.

Le Syndicat de la magistrature est favorable à cette ouverture. En effet, les conditions actuelles d'accès à l'AMP créaient une inégalité de traitement entre les femmes tant au

regard de leur orientation sexuelle qu'au titre de leur situation de famille. Comment pourrait-on encore soutenir qu'un projet parental ne serait réservé qu'aux seuls couples hétérosexuels, au regard de la liberté de procréer et de l'égalité des projets parentaux, mais également à l'aune de l'autonomie de la volonté, du respect de la vie privée et de la libre disposition de soi ? Cette extension permet ainsi de dépasser le type prédominant d'agencement familial, à savoir le couple hétérosexuel en âge de procréer, et certaines prescriptions fondées sur des notions telles que la bonne structuration psychique de l'enfant (rappelée par le pédopsychiatre et psychanalyste Pierre Levy-Soussan, et le psychanalyste Jean-Pierre Winter et le psychiatre Christian Flavigny lors des débats sur le mariage pour tous) ou la valeur éminente de la différence des sexes (notamment défendue par la philosophe Sylviane Agacinski).

Le Syndicat de la magistrature considère que la différence de traitement, qui repose sur une supposée différence de situation, doit être nuancée. Tout d'abord par le fait que, dans la pratique de l'AMP, le critère du caractère pathologique de l'infertilité n'est pas toujours satisfait. En effet, dans 10 à 15% des cas, aucune cause médicale à l'infertilité n'est identifiée<sup>1</sup>. Ensuite, par l'opposition parfois impropre entre le « besoin médical » des couples hétérosexuels et « l'assistance sociétale à la procréation » des couples de femmes et des femmes célibataires, puisque *« pour les couples à qui l'on propose les gamètes d'un tiers, la médecine de la reproduction ne remédie pas à une infertilité au sein du couple mais elle organise le recours aux gamètes d'un tiers pour la pallier »*<sup>2</sup>.

Cette extension de l'accès de l'AMP va ainsi permettre de renforcer l'affirmation du rôle social de la médecine de la reproduction et la reconnaissance d'un pluralisme familial. En effet, qu'il s'agisse d'un couple hétérosexuel, d'une femme seule ou d'un couple de femmes, la médecine de la reproduction ne remplit pas exclusivement une mission médicale.

La situation actuelle apparaît enfin incohérente en ce que les grossesses qui résultent de ces AMP initiées hors du territoire national sont suivies en France, que les enfants naissent en France et que leur filiation est établie en France, sans parler des risques sanitaires engendrés par ces passages de frontières et les inséminations artificielles « artisanales » (via des banques de sperme privées) ainsi que des inégalités créées en raison du coût élevé de ces démarches à l'étrangers.

## 1-2- La suppression de l'exigence d'une infertilité pathologique et la condition tenant à la réalisation d'une évaluation médicale et psychologique :

Le Syndicat de la magistrature est favorable à cette suppression de l'exigence d'une infertilité pathologique pour recourir à l'AMP. Cette suppression porte en elle l'avalisation du concept de projet parental, à savoir cette « parenté élective » qui fait primer la volonté d'être parent et de s'investir pleinement dans ce rôle au quotidien et qui bouscule la logique dominante d'une « parenté biocentrée ».

Néanmoins, le texte instaure un encadrement nouveau tenant à la réalisation, pour tous les candidats à l'AMP, d'une « *évaluation médicale et psychologique* » par l'équipe pluridisciplinaire du centre d'AMP, laquelle pourrait ainsi après concertation opposer un refus ou un ajournement si un délai de réflexion supplémentaire s'avérait nécessaire. Il ne s'agit donc plus des « *entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe* ».

<sup>1</sup> Site de l'assurance maladie indiquant qu'il « *arrive aussi que la stérilité reste inexploquée dans environ 15% des cas* »

<sup>2</sup> Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis relatif à l'AMP, 20 novembre 2018, p.9

*médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre* » tels qu'actuellement prévus par l'article L.2141-10 du code de la santé publique.

Le Syndicat de la magistrature est plutôt défavorable à une telle « évaluation ». En effet, outre le caractère très imprécis de ce que recouvre cette évaluation médicale et psychologique, un tel dispositif recèle un risque important, à savoir celui d'une prise en charge différenciée en fonction du niveau de vie, du statut social, du statut conjugal ou de l'orientation sexuelle des personnes éligibles, mais également, plus concrètement, un risque de départs à l'étranger de ces personnes par crainte d'être « triées ». Il conviendrait dès lors, dans l'hypothèse où cette évaluation serait mise en place, de l'assortir de certaines garanties et ainsi, a minima, de prévoir une disposition générale qui interdirait toute distinction, tant dans les modalités que dans les délais de prise en charge, qui serait fondée sur le statut conjugal ou l'orientation sexuelle des personnes.

Nous nous interrogeons aussi sur les buts poursuivis par la création de ce nouvel encadrement à l'aune de certaines évolutions passées. En effet, dans une perspective progressiste de la bioéthique, la loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes du 4 août 2014 a au contraire supprimé d'anciennes dispositions relatives à l'état de détresse de la femme candidate à une IVG, au motif que toute évaluation par l'équipe médicale de la justesse, du bien-fondé, de la pertinence ou plus généralement de la volonté de la femme d'interrompre sa grossesse devait être définitivement écartée.

Par ailleurs, au-delà des risques de dérives sus-décrits, il n'est pas inintéressant de rappeler certains travaux empiriques<sup>3</sup> qui décrivent comment les personnes ayant recours aux TRA reproduisent les stéréotypes de genre en matière d'identité sexuée et de rôle parental notamment pour se conformer aux attentes du personnel médical et accéder aux services recherchés.

Le Syndicat de la magistrature observe enfin que cette nouvelle disposition qui confère au médecin le pouvoir de refuser ou de différer la pratique de l'AMP, serait de nature à créer un contentieux contre ces décisions, et que des voies de recours devraient être prévues. A cet égard, il serait notamment envisageable de prévoir l'inscription dans le dossier médical de la décision de refus ou de report de la prise en charge qui serait prise par l'équipe médicale.

### I-3- La condition tenant à l'âge de ses bénéficiaires :

La condition d'accès à l'AMP tenant à l'âge de ses bénéficiaires est maintenue et renforcée par le renvoi à un décret en Conseil d'Etat, pris après l'avis de l'Agence de la biomédecine, pour fixer les conditions d'âge requises, lesquelles devront prendre en compte les risques médicaux de la procréation liés à l'âge et, selon l'avis du Conseil d'Etat, la « *place des enfants à naître dans les générations familiales* ».

Nous renvoyons aux développements ci-après (II-2) concernant cette condition liée à l'âge.

### I-4- La condition tenant au fait d'être en vie au moment de la réalité de l'AMP :

<sup>3</sup> Cussins, C. 1998. « Producing Reproduction : Techniques of Normalization and Normalization in an Infertility Clinic » dans *Reproducing Reproduction*, sous la direction de S. Franklin et H. Ragoné, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, p. 66-101 ; Pfeffer, N. 1993. *The Stork and the Syringe : A Political History of Reproductive Medicine*. Cambridge, Polity Press

L'AMP post-mortem, visant à permettre l'insémination des gamètes d'un homme décédé ou le transfert des embryons conservés par le couple dont l'homme est décédé alors que ce dernier avait donné son consentement préalable pour recourir à l'AMP, a été rejetée - de justesse - par les députés alors que l'Agence de la biomédecine, le Conseil d'État, la mission parlementaire sur la révision de la loi relative à la bioéthique, ainsi que la plupart des professionnels de santé s'étaient prononcés en sa faveur.

Le Syndicat de la magistrature est favorable à l'AMP post-mortem, dès lors qu'elle est encadrée, et souligne qu'il serait par ailleurs incohérent de maintenir l'interdiction de l'AMP post-mortem alors que le législateur ouvre l'AMP aux femmes non mariées. En effet, une femme qui aurait perdu son mari, avec lequel elle avait initié un parcours d'AMP avec le consentement de ce dernier, ne pourrait pas utiliser les gamètes du défunt, mais aurait la possibilité de lancer une nouvelle AMP avec tiers donneur.

Le Conseil d'Etat a notamment proposé d'encadrer dans le temps ce transfert d'embryons et cette insémination post-mortem avec un délai minimal à compter du décès et un délai maximal, ce qui constituerait un mode de régulation acceptable. Le Syndicat de la magistrature estime que ces limites devraient respecter le temps du projet parental, qu'il serait difficile d'étendre au-delà d'un an, mais qui inclurait le temps du deuil auquel s'attache un temps de réflexion pour éviter toute prise de décision dans un moment de grande vulnérabilité.

#### I-5- La prise en charge de l'AMP par la sécurité sociale :

Le projet de loi étend aux couples de femmes et aux femmes non mariées la possibilité d'une prise en charge de l'AMP par la sécurité sociale dans les mêmes conditions que pour les couples hétérosexuels, étant indiqué que les bilans et les soins sont pris en charge à 100%, jusqu'au 43<sup>ème</sup> anniversaire de la femme, cette prise en charge étant toutefois limitée à une seule insémination artificielle par cycle, avec un maximum de six pour obtenir une grossesse, et quatre tentatives de fécondation *in vitro*, pouvant chacune donner lieu à plusieurs transferts d'embryons pour obtenir une grossesse.

Selon l'étude d'impact accompagnant ce projet, le coût total annuel de la prise en charge par la solidarité nationale de l'accès à l'AMP des couples de femmes et des femmes non mariées est évalué entre 10 et 15 millions d'euros, ce qui représenterait 5% du coût total actuel de l'AMP, lequel s'élève à environ 300 millions d'euros.

Le Syndicat de la magistrature est favorable à une prise en charge globale par la sécurité sociale de l'AMP, la solidarité étant - encore - une composante essentielle du système de santé français et du modèle bioéthique. Il paraît en effet exclu d'établir un régime différent de prise en charge au regard de la seule orientation sexuelle (le seul critère admissible serait la visée thérapeutique, à l'instar de ce qui existe pour distinguer la chirurgie esthétique de la chirurgie réparatrice, mais n'est plus recevable compte de la suppression de la condition liée à l'infertilité pour recourir à l'AMP).

De surcroît, force est de constater que l'AMP reste encore le privilège de celles et ceux qui en ont les moyens suffisants. Au demeurant, l'enjeu pour les finances publiques apparaît modeste dans la mesure où il s'agirait de prendre en charge seulement l'acte d'insémination, la grossesse et la stimulation étant déjà remboursées.

#### II- L'assouplissement du don de gamètes et l'autorisation de l'autoconservation (article 2

## du projet de la loi soumis au Sénat)

### II-1- La critique de la conservation des gamètes comme contrepartie au don :

En l'état actuel du droit, la possibilité pour une personne, homme ou femme, de conserver ses propres gamètes en vue d'une utilisation ultérieure pour procréer est autorisée dans deux situations : d'une part, lorsque la fertilité de cette personne est menacée par un traitement médical ou une pathologie susceptible d'altérer prématurément la fertilité en application de l'article L.2141-11 du code de la santé publique ; d'autre part, hors raison médicale, lors d'un don de gamètes comme le prévoit l'article L.1244-2 du code de la santé publique dans le cas où le candidat au don n'a pas encore eu d'enfants et demande à conserver pour lui-même une partie des gamètes obtenus dans le cadre du don.

Depuis plusieurs années, s'expriment des demandes d'ouverture d'un droit à l'autoconservation des gamètes sans motif médical afin d'apporter une réponse aux personnes qui souhaitent, pour diverses raisons, se prémunir des risques d'infertilité, étant indiqué que l'âge moyen de la première grossesse est passé de 24 ans en 1974 à 28,5 ans en 2015. La première grossesse intervient donc presque cinq années plus tard qu'il y a environ quarante ans<sup>4</sup>.

Or, la seconde hypothèse (hors cadre médical) établit une contrepartie au don, en méconnaissance du principe de la gratuité du don, certains ayant même parlé de « chantage au don ». L'Académie nationale de médecine a d'ailleurs estimé que cette situation de contrepartie au don est « *médicalement et éthiquement inacceptable* »<sup>5</sup>.

La CNCDH a de surcroît relevé que le décret d'application de cette disposition (décret n°2015-1281 du 13 octobre 2015 relatif au don de gamètes, complété par l'arrêté du 24 décembre 2015 pris en application de l'article L.2141-1 du code de la santé publique) est particulièrement défavorable aux femmes désireuses de conserver leurs ovocytes, puisqu'il réserve les ovocytes ponctionnés en priorité au don : « *la femme ne pourra en conserver qu'une petite partie, voire aucun s'ils sont en nombre insuffisant. La question ne se pose évidemment pas dans les mêmes termes pour les donneurs de sperme, puisqu'ils peuvent, sans traverser les épreuves physiologiques et médicales auxquelles sont confrontées les femmes, préserver leurs spermatozoïdes* »<sup>6</sup>.

### II-2- La notion « d'âge de procréer » :

Concernant l'autoconservation ovocytaire - mais également dans le cadre de l'AMP -, la loi actuelle ne fixe pas de limite d'âge, se référant à la notion « d'âge de procréer ».

Or, il est constatable que plusieurs données se télescopent et rendent ardue la détermination des contours de cet âge.

Sur le terrain, nombre de professionnels de santé estiment cette notion trop imprécise, sujette à interprétation, et donc à des pratiques médicales hétérogènes et à une inégalité d'accès à ces techniques.

<sup>4</sup> Insee Première n° 1642, mars 2017

<sup>5</sup> Bulletin de l'Académie nationale de médecine, rapport « La conservation des ovocytes », 2017, tome 201, n° 4 à 6

<sup>6</sup> CNCDH avis relatif à l'assistance médicale à la procréation du 20 novembre 2018

Par ailleurs, sur le plan plus institutionnel, la décision du 11 mars 2005 de l'Union des caisses d'assurances maladie fixe une limite d'âge à 43 ans pour une prise en charge de l'intervention par l'assurance maladie. Selon l'arrêté du 30 juin 2017 relatif aux bonnes pratiques cliniques et biologiques d'AMP, aucune limite n'est mentionnée alors même que l'âge des personnes composant le couple apparaît comme un critère limitant l'accès à une AMP (selon l'arrêté « *Pour chaque couple et chaque tentative, la balance bénéfice-risque du recours à l'assistance médicale à la procréation est évaluée par l'équipe pluridisciplinaire. Elle prend en compte notamment l'âge de chaque membre du couple, la durée d'infertilité et les éventuels facteurs de risques de la stimulation ovarienne ou de la grossesse* »).

Sur le plan médical, la fertilité baisse avec l'âge essentiellement parce que les ovocytes se réduisent en quantité et en qualité mais aussi du fait d'un très fort taux de fausses couches et de complications obstétricales à un âge plus avancé. Le taux de conception (à 12 mois) est à 30 ans de 75,4 %, à 35 ans de 66 %, à 40 ans de 44,3 %. À 40 ans, près de 80 % des ovocytes soumis à fécondation sont aneuploïdes (nombre anormal de chromosomes), ce qui induit un taux de fausses couches spontanées d'environ 30 %<sup>7</sup>. Toutefois, l'étude d'impact relève l'ancienneté des données et des connaissances en matière de risques médicaux pour la femme et l'homme à partir d'un certain âge.

De son côté, l'Agence de biomédecine préconise d'autoriser le prélèvement entre 32 ans et 37 ans pour les femmes et de recueillir les gamètes pour les hommes jusqu'à 45 ans. Pour l'éventuelle AMP ultérieure, la limite de l'utilisation des gamètes se situerait à 43 ans pour les femmes et à 60 ans pour les hommes.

Enfin, dans son avis du 5 septembre 2019, le Défenseur des droits recommande « *d'introduire une certaine souplesse en permettant de déroger à la limite d'âge après avis médical et l'organisation d'une campagne d'information sur l'évolution de la fertilité avec l'âge (...) afin d'expliquer les limites de ces interventions* ».

Concernant cette notion « d'âge de procréer », le Syndicat de la magistrature souscrit aux recommandations du Défenseur des droits en ce qu'il importe de pouvoir déroger à des limites d'âge qui pourraient apparaître trop strictes ou inadaptées à certains cas individuels.

II-3- L'ouverture de l'autoconservation des gamètes sans raison médicale, indépendamment du don, et la suppression de la condition du consentement du conjoint du donneur :

L'article 2 du projet de loi consacre un droit général à l'autoconservation des gamètes pour raison non médicale et, s'agissant du don de gamètes, supprime la condition du consentement du conjoint.

Le Syndicat de la magistrature est favorable à cette ouverture de l'autoconservation des gamètes sans raison médicale, indépendamment du don, ainsi qu'à la suppression du recueil du consentement du conjoint du donneur.

Concernant la prise en charge financière, le Syndicat est plutôt favorable à ce que les frais liés non seulement à l'acte de prélèvement mais également à la conservation des ovocytes soient intégralement pris en charge par l'assurance maladie en vue de garantir une égalité

<sup>7</sup> Bulletin de l'Académie nationale de médecine, rapport « La conservation des ovocytes », 2017, tome 201, n° 4 à 6

pour tous. A cet égard, nous sommes en outre attachés à l'interdiction de l'intervention d'opérateurs privés dans ce domaine. Si les articles L.2141-6 et L.2142-1 du code de la santé publique font référence à des « organismes et établissements de santé publics ou privés à but non lucratif », aucune disposition du projet de loi ne vient toutefois préciser les conditions d'homologation ou d'agrément de tels acteurs privés à but non lucratif par une autorité publique dans le cadre de la conservation des gamètes. Or, un tel champ porte en lui un risque de basculement vers un secteur privé de la bioéthique.

Concernant l'âge de prélèvement et d'utilisation des gamètes, le Syndicat rejoint les recommandations du Défenseur des droits afin qu'une plus grande souplesse soit introduite pour permettre à l'équipe médicale de déroger aux seuils d'âge. Pour « l'âge plancher » du prélèvement, un abaissement du droit de prélèvement des ovocytes ne permettrait-il pas de réduire la répétition des AMP et les risques d'échec ? Pour « l'âge plafond » d'utilisation des ovocytes, la souplesse ainsi préconisée permettrait de répondre à la mosaïque des intérêts en jeu : considérations d'ordre médical, intérêt de l'enfant à naître, parcours socio-professionnel, épanouissement personnel.

Enfin, le Syndicat dénonce la situation des femmes qui ne bénéficient pas d'une préservation de leurs ovocytes en cas de stérilisation volontaire, contrairement à ce qui est prévu pour les hommes. En effet, cette pratique est attestée par le livret d'information sur « la stérilisation à visée contraceptive », édité par le ministère de la santé, qui propose aux hommes candidats à la vasectomie une conservation de leurs gamètes, alors que rien de tel n'est envisagé pour les femmes sollicitant une ligature des trompes.

### **III- Droit d'une personne conçue dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation par recours à un tiers donneur d'accéder à ses origines (article 3 du projet de la loi soumis au Sénat)**

#### **III-1- Quelques réflexions à envisager :**

Cette expression de quête des origines est loin d'être nouvelle et fait écho à la culture grecque qui valorisait la notion d'hérédité à travers la transmission des traits, des qualités personnelles et des comportements, fondant certaines distinctions sociales sur la détention « d'un sang pur » qu'il fallait protéger des mésalliances, puis, à la pratique des généalogies « riche reflet de l'imaginaire médiéval de la parenté. Par la suite, « la valorisation des liens du sang semble si forte dans l'Europe chrétienne qu'elle paraît éclipser toute autre forme de parenté. L'adoption, pratiquée en Grèce antique comme à Rome, disparaît ainsi des règles du droit de la fin de l'Empire romain jusqu'à la Révolution française. Elle ne sera véritablement rétablie qu'avec le Code civil napoléonien »<sup>8</sup>.

Toujours dans une perspective de compréhension historique, il n'est peut-être pas anecdotique d'observer que cette demande de généalogie fait figure d'anachronisme avec la parenté baptismale. En effet, lors du baptême, les parrains et marraines sont censés « refaire l'enfant », le parrainage créant une relation qui s'oppose à l'ambivalence de la filiation par le sang, une sorte de parenté spirituelle qui « déjoue la parenté charnelle, qui porte en elle les risques de l'inceste et du repliement sur soi »<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Agnès Fine et Agnès Martial, Vers une naturalisation de la filiation ? Genèses, 2010/1 n°78, p.121-134

<sup>9</sup> Agnès Fine, Parrains, marraines. La parenté spirituelle en Europe. Paris, Fayard, 1994 ; Le don d'enfants dans l'ancienne France, 1998

Agnès Fine situe un tournant autour des années 1950 où « *le don volontaire d'un enfant par sa mère devient asocial, véritablement contre nature* ». La « norme de l'amour maternel », qui s'accroît au fil du 19<sup>ème</sup> siècle et durant la première moitié du 20<sup>ème</sup>, est venue transformer le don d'enfant en abandon. Plus de lignée, place à la relation mère-enfant.

C'est dire que la référence à la dimension biologique des relations de parenté, rappelée au travers du sang partagé, est ancienne, et que la culture occidentale est imprégnée de l'idéologie lignagère.

Autre niveau d'analyse certainement utile à la réflexion, celui de la référence à l'intérêt de l'enfant<sup>11</sup> qui a été largement mobilisée lors des débats parlementaires sur les lois bioéthiques. Elle l'a également été lors des débats de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, les opposants à cette réforme ayant argué du sacrifice de cette figure vulnérable au nom des désirs égoïstes des adultes.

Le tiraillement entre droit de l'enfant et droit de la femme est constant en ces matières. S'agissant de l'accouchement sous X, dans son arrêt *Odièvres* du 13 février 2003, le juge européen a ainsi mis en balance le droit de l'enfant à connaître ses origines et le droit de la femme à accoucher sous X. La Cour de Strasbourg a alors considéré que la loi, en permettant à une femme d'accoucher sous X, avait pour but de protéger la santé et la vie de la femme et de l'enfant en évitant les avortements clandestins ou les abandons sauvages. Elle a ainsi considéré que « *l'atteinte au droit de connaître ses origines n'était pas disproportionnée au regard des buts légitimes poursuivis par la loi, buts qui recouvrent notamment l'intérêt de l'enfant* ».

N'est-ce pas la valorisation des liens parents-enfants non soutenus par le sang et la chair partagés (familles recomposées, familles adoptives, familles constituées grâce à l'AMP) qui se donne à voir aujourd'hui, plus que la biologisation des conceptions de la parenté ? Notamment, Agnès Martial a mis en évidence l'importance du partage de l'enfance et de l'éducation dans la manière dont se construisent les relations entre enfant et adulte(s) qui l'ont élevé<sup>12</sup>. De même, Aude Poittevin a étudié les formes de fraternité nouvelle, inscrites dans la corésidence et le partage d'une histoire familiale commune<sup>13</sup>.

Fustigeant le rapport d'Irène Théry et d'Anne-Marie Leroyer<sup>14</sup>, Daniel Borillo dénonce l'association de la question des origines biologiques à la filiation et à la parentalité. Pour lui « *rapprocher la question des origines d'une réforme du droit de la parenté dévoile cette entreprise consistant à établir une sorte de « filiation de souche » qui renvoie la reproduction, tandis que les autres formes de filiation viendraient s'ajouter, une fois établie dans la loi ce « nécessaire » arrière-plan biologique grâce à la levée de l'anonymat* »<sup>15</sup>.

Pour quelle raison vouloir lier la question de la levée de l'anonymat du donneur avec celle des modes d'établissement de la filiation ? Si l'on s'arrête un instant sur les arguments

<sup>10</sup> Elisabeth Badinter, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel, XVII<sup>ème</sup>-XX<sup>ème</sup>*, 1980, Paris, Flammarion

<sup>11</sup> Thomas Dumortier, *L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice »*, JDJ n° 329 - novembre 2013

<sup>12</sup> Agnès Martial, *Comment rester liés ? Les comptes des familles recomposées*, Terrain, n° 45, 2005

<sup>13</sup> Aude Poittevin, *Enfants de familles recomposées. Sociologie des nouveaux liens fraternels*, Rennes, Pur (Le sens social), 2006

<sup>14</sup> Rapport d'Irène Théry et d'Anne-Marie Leroyer « *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* ». Rapport au Ministère des affaires sociales et de la santé et au Ministère délégué chargé de la famille. Paris, La Documentation française, 2014

<sup>15</sup> Daniel Borillo, *Biologie et filiation : les habits neufs de l'ordre naturel*, Contemporary French Civilization, Liverpool University Press, 2014

développés depuis plusieurs années par les courants intellectuels favorables à cette levée, il est notable de constater qu'ils revendiquent une réintroduction du statut du géniteur et s'assurent ainsi d'une réaffirmation de la différence des sexes. L'homoparenté ne serait en effet admise que si la réalité biologique de « l'engendrement » n'était pas occultée.

Par ailleurs, si l'on suit le raisonnement de certains tenants de l'ouverture de l'accès aux origines, le donneur serait alors totalement personnifié, ne fournissant plus simplement une substance de son corps, mais la vie (Irène Théry estime notamment que l'anonymat des donneurs induit une méprise sur la nature du don : donner ses gamètes ne revient pas seulement à donner une substance et des tissus biologiques ; c'est en réalité permettre la transmission de la vie et la venue au monde d'un enfant). A cet égard, il convient toutefois de rappeler que la loi permet l'utilisation des gamètes à des fins de recherche scientifique. De même qu'est autorisée la recherche sur l'embryon, sur les cellules souches embryonnaires et fœtales humaines ainsi que sur les embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une AMP.

### III-2- Les règles actuelles d'accès aux informations relatives au tiers donneur :

Conformément à l'article 16-8 du code civil, l'identité du donneur doit rester secrète, le principe étant celui de son anonymat absolu, inconditionnel et irréversible. Cette interdiction est d'ailleurs assortie d'une sanction pénale en cas de divulgation d'information concernant tant le donneur que le receveur (article 511-10 du code pénal).

Toutefois, la levée de l'anonymat sur des données non identifiantes est possible pour les médecins en cas de nécessité thérapeutique.

Le législateur a jusqu'alors limité l'accès de l'enfant issu d'un don aux seules informations médicales concernant le donneur en raison de « *considérations d'intérêt général (...), notamment la sauvegarde de l'équilibre des familles et le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation, le risque d'une baisse substantielle des dons de gamètes, ainsi que celui d'une remise en cause de l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps* »<sup>16</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le droit à une vie privée et familiale garanti par le §1 de l'article 8 de la Convention comprend notamment la faculté d'établir « *les détails de son identité d'être humain* »<sup>17</sup>, ce qui inclut le droit à « *connaître ses origines* »<sup>18</sup>.

### III-3- Le projet de loi :

L'article 3 du projet de loi prévoit que « *toute personne conçue par AMP avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes et à l'identité de ce tiers donneur* ». Le consentement exprès de ce dernier à la communication de ces données et de son identité est recueilli avant même de procéder au don.

<sup>16</sup> CE, 28 décembre 2017, n°396571, § 6

<sup>17</sup> CEDH, 7 février 2002, Mikulic c. Croatie, n°53176/99, § 54 ; CEDH, 13 février 2003, Odièvre c. France, n°42326/98, § 29 ; CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n°65192/11, § 46 ; CEDH, 19 juillet 2016, Calin c. Roumanie, n°25057/11, § 83

<sup>18</sup> CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n°19535/08, § 65 ; décision rendue à propos de l'accouchement sous X

Les données non identifiantes sont : l'âge, l'état général tel que décrit au moment du don, les caractéristiques physiques, la situation familiale et professionnelle, le pays de naissance, les motivations du don.

Une commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur est placée sous l'autorité du ministre chargé de la santé et est notamment présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire.

Le projet de loi veille à maintenir l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre le donneur et l'enfant né du don, tout comme il distingue l'anonymat du don et l'accès aux origines.

Il convient de noter que le gouvernement n'a pas retenu la recommandation du Conseil d'Etat. Dans son avis, il recommandait en effet d'opter pour la solution prévue par l'article 3bis de l'avant-projet de loi, à savoir subordonner l'accès à l'identité du donneur à un accord de celui-ci au moment où l'enfant en fait la demande, et ce dans l'objectif de prévenir au mieux « le risque de décourager le don ».

S'agissant des tiers donneurs non soumis à la nouvelle législation, le projet permet d'autoriser l'accès à leurs données non identifiantes et à leur identité s'ils en manifestent le souhait.

Dans ses modalités, le projet de loi distingue recueil et utilisation des dons. Dans le cadre du régime dérogatoire, ne pourront ainsi être utilisés pour des AMP que les embryons et les gamètes issus de dons réalisés avant l'entrée en vigueur de la loi tandis que les dons recueillis sous le nouveau régime ne seront utilisables qu'à partir de la date fixée par un décret ultérieur.

Le projet de loi prévoit de mettre fin à la conservation des embryons et des gamètes issus de dons réalisés jusqu'à la veille de la date fixée par décret : les stocks seront détruits, ce qui n'a pas manqué de susciter des inquiétudes<sup>19</sup>. Selon la professeur Nelly Achour-Frysmann, responsable du CECOS de l'hôpital Antoine-Béclère à Clamart dans les Hauts-de-Seine, il faudrait deux ans pour reconstituer les stocks<sup>20</sup>. Selon le GIAPS (groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles), les pays qui ont permis l'accès aux origines ont également procédé à la destruction des stocks, certains s'étant fournis en gamètes auprès d'entreprises privées à l'étranger pour compenser la perte.

#### III-4- Position du Syndicat de la magistrature :

La question réside dans le fait de savoir si le législateur doit répondre aux sentiments d'incomplétude exprimés par nombre d'enfants en quête d'information sur leurs origines, leur identité, leur culture, leur environnement de conception, de reconstitution d'une mémoire, d'une histoire, ou de compréhension des raisons d'un abandon. Cette recherche n'est manifestement pas réductible à une valorisation quelconque du biologique. Ainsi, l'accès aux origines ne se résume nullement à la simple connaissance de l'identité des personnes qui ont participé à la conception de l'enfant.

Le débat sur l'accès à l'identité se pose en des termes différents selon l'histoire de l'enfant :

<sup>19</sup> Tribune de Marie-Xavière Catto dans *Le Monde*, « Bioéthique, gare à la pénurie de gamètes » du 5 août 2019

<sup>20</sup> « On craint un chaos total dans la PMA », *Le Point*, 22 juillet 2019

ainsi, dans le cas de l'adoption, la question de l'accès aux origines est indissociable de la recherche des causes de l'abandon de l'enfant après la naissance, c'est-à-dire d'éléments de l'histoire même de l'enfant concerné. Dans le cas de l'AMP, la recherche de l'identité du donneur de gamètes paraît, à première vue, moins porteuse de sens et moins le reflet d'une potentielle faille.

Il convient cependant de constater qu'une telle demande existe parmi les enfants nés après une procédure d'AMP. Le Syndicat de la magistrature pose l'hypothèse que cette recherche individuelle reste fortement conditionnée par un contexte sociétal marqué par l'idée selon laquelle les vrais parents sont les parents biologiques (cf. supra). Toute l'évolution tracée par la loi elle-même depuis les premières lois bioéthiques tend pourtant à détacher la notion de parent de celle de parent biologique, pour considérer que le parent est celui qui a conçu le projet d'élever l'enfant. On peut ainsi gager que cette évolution, qui paraît souhaitable, conduira à terme à une évolution des individus eux-mêmes, faisant refluer le désir de connaître l'identité des donneurs de gamètes. Dans la situation actuelle, la construction individuelle serait en quelque sorte à cheval, par rapport à cette question, entre ces deux conceptions de la notion de parentalité.

Dans ce contexte, le fait de réintroduire dans la loi un marqueur fort en faveur de l'importance du biologique à travers l'accès à l'identité du donneur de gamètes constituerait à cet égard un retour en arrière, à rebours de la philosophie qui sous-tend les réformes du droit de la filiation depuis plusieurs années. Cet élément constitue un argument pertinent contre l'ouverture de l'accès à l'identité des donneurs de gamètes. Le Syndicat de la magistrature estime cependant que cette analyse, qui s'appuie essentiellement sur le rappel de principes généraux, ne peut le conduire à exprimer sur ce point une position tranchée, au regard des nombreuses disciplines qu'il convient de mobiliser pour en avoir une vision exhaustive.

Il paraît au moins envisageable de permettre l'accès aux données non identifiantes du donneur afin de répondre au besoin exprimé voire revendiqué d'enfants nés d'un don. En effet, si l'on considère que le principe du don tant du point de vue du donneur (qui ne souhaite pas avoir de lien avec un enfant qui naîtrait de ce don) que des parents qui y ont recours est l'utilisation de gamètes pour concrétiser un projet parental, l'anonymat devrait être conservé. Il y a lieu d'entendre les demandes qui pourraient être formulées par des enfants nés de ce don liées à des interrogations sur un certain nombre de leurs traits de caractères (physiques ou psychologiques) et dans ces cas, accorder l'accès aux données non identifiantes permettrait selon nous de répondre à cette demande sans pour autant porter atteinte au principe de l'anonymat du don.

#### **IV- Établissement de la filiation des enfants nés par recours à l'assistance médicale à la procréation par un couple de femmes ou par une femme non mariée (article 4 du projet de loi soumis au Sénat)**

##### **IV-1- Les options soumises à discussion :**

Premièrement, une solution possible serait d'étendre le régime de droit commun, prévu pour les couples hétérosexuels, aux couples de femmes.

*« A l'instar des couples hétérosexuels, les couples de femmes ayant recours à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur feraient part au notaire, dans les conditions garantissant le respect de leur vie privée, de leur consentement à cette procédure ainsi*

*qu'aux conséquences qu'elle entraîne en matière de filiation. Ce consentement aurait, comme pour les couples hétérosexuels, l'effet de sceller la filiation d'intention en interdisant toute action judiciaire aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation co-maternelle, sauf à démontrer que l'enfant né n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur. La filiation maternelle s'établirait à l'égard de la femme qui accouche par sa désignation dans l'acte de naissance et à l'égard de l'autre femme, soit par présomption de co-maternité si elle est mariée avec la mère, soit par un acte de reconnaissance volontaire, fait avant ou après la naissance. La compagne non mariée de la mère pourrait voir sa co-maternité judiciairement déclarée et sa responsabilité engagée envers la mère et l'enfant en cas de carence dans la reconnaissance » (étude d'impact du projet de loi).*

Deuxièmement, il s'agirait de prévoir un régime de filiation distinct propre à tous les enfants issus d'un don de gamètes, avec une déclaration commune anticipée notariée figurant en marge de l'acte de naissance. Cette option a été écartée par le Conseil d'Etat au motif qu'elle serait stigmatisante à l'endroit de ces enfants, étant ajouté qu'elle entraînerait également une stigmatisation des parents du fait de leur infertilité, de leur orientation sexuelle ou de leur situation de famille.

Troisièmement, il s'agirait de créer un régime de filiation distinct propre aux enfants issus d'une AMP réalisée par les couples de femmes, avec la déclaration anticipée de volonté (DAV). Comme indiqué plus haut, aujourd'hui les couples hétérosexuels qui ont accès à une PMA, avec tiers donneur, doivent consentir devant un notaire qui dresse un procès-verbal de recueil des consentements. Ce système pourrait être transposé aux couples de femmes et le législateur devrait alors prévoir une disposition selon laquelle le procès-verbal du notaire devrait être remis, en original, à l'officier d'état civil, au moment de la déclaration de naissance de l'enfant à l'état civil, et l'officier muni de ce procès-verbal pourrait dresser l'acte de naissance de l'enfant avec la mention des deux femmes, chacune en qualité de parent.

Cette indication du mode d'établissement de la filiation dans l'acte de naissance ne constitue pas une nouveauté puisque c'est déjà le cas pour l'adoption et la reconnaissance (élément sur lequel se fondent d'ailleurs ceux qui sont favorables à cette option pour écarter l'argument de son caractère discriminatoire). En revanche, il serait tout à fait nouveau d'inscrire le mode de conception de l'enfant, à savoir ici le don de gamètes (élément sur lequel se fondent ceux qui y sont défavorables arguant de ce que cette mention créerait ainsi une différence de traitement entre couples hétérosexuels et couples homosexuels).

Telle est l'option qui a été privilégiée par le Conseil d'Etat<sup>21</sup> et pour l'heure par le gouvernement, même si ce dernier, au cours des débats parlementaires, a modifié la déclaration anticipée de volonté en une reconnaissance prénatale. Des questions demeurent toutefois concernant la filiation de la femme qui a accouché : établira-t-elle sa filiation par la mention de son nom dans l'acte de naissance après l'accouchement ou par la fameuse « reconnaissance conjointe » ? Il serait surprenant que le mode d'établissement de la filiation change, pour la femme qui accouche, selon le sexe de l'autre membre du couple. Et au passage, on priverait dans cette hypothèse la femme qui accouche de la possibilité d'accoucher sous X.

Les tenants de cette solution avancent que « *cette option permet de rendre compte du projet parental clairement exprimé par un couple de femmes, sans le « couler » dans un moule de vraisemblance biologique qui ne lui correspond pas. La filiation répond à la vérité du désir partagé d'être parents, et inscrit l'enfant dans la vérité de son histoire* ». L'autre

<sup>21</sup> Rapport CE 28 juin 2018, précité, p.62 et suiv.

argument avancé est le fait que, pour les couples hétérosexuels, l'indication de la déclaration anticipée de volonté dans l'acte de naissance de l'enfant pourrait venir révéler aux yeux des tiers la situation d'infertilité du couple et ce, quand bien même la condition d'infertilité serait supprimée.

La question - ou la contestation - réside tout d'abord dans la mention en marge de la copie intégrale de l'acte de naissance de ce procès-verbal et ainsi de l'inscription du mode de conception de l'enfant (que certains disent contraire au principe du respect de la vie privée). S'il est vrai que l'intervention d'un tiers donneur relève de l'évidence s'agissant des couples de femmes, il n'en demeure pas moins que les informations ainsi inscrites sont de l'ordre de l'intime et du privé. Et puis, si la vraisemblance biologique n'est à l'évidence pas applicable aux couples de femmes, et si cette « fiction » n'est en réalité pas crédible, pour quelle raison créer un dispositif juridique différent et donc créateur d'une rupture d'égalité ? Il n'est d'ailleurs pas anecdotique de relever que l'étude d'impact, pour justifier cette option, mentionne (à l'égard des couples hétérosexuels) : « *si le secret de la conception vis-à-vis des enfants n'est pas à encourager, il n'en demeure pas moins que la révélation de cette vérité d'ordre intime et privé relève de la responsabilité des parents tant que l'enfant est mineur. En effet, durant la minorité, la protection de l'enfant qui inclut le choix du moment de la révélation des circonstances de sa naissance et les modalités de cette information, est avant tout l'affaire des parents* ». Or, cette explication pourrait tout autant s'appliquer aux couples de lesbiennes - à moins d'être suspectées d'être moins responsables -.

Avec ce système, ensuite, l'enfant serait protégé dès la naissance mais créerait une différence de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples de femmes car les premiers n'ont pas à fournir le procès-verbal de recueil des consentements à l'officier d'état civil.

Cela revient également - comme l'a dénoncé le GIAPS<sup>22</sup> - « *à créer des filiations différentes en fonction de l'orientation sexuelle des parents : d'un côté, une nouvelle filiation uniquement pour les lesbiennes et de l'autre, le droit commun, réservé aux hétérosexuels* ».

Enfin, ce système juridique spécifique place les enfants issus d'un même mode de procréation dans des situations différentes et paraît contrevenir au nouveau dispositif relatif à l'accès aux informations concernant le tiers donneur.

Au final, ce choix apparaît comme une concession aux réactionnaires qui refusent l'égalité des droits entre les familles. Selon le Conseil d'Etat, d'ailleurs, la solution d'un mode de filiation spécifique aux lesbiennes « *est de nature à favoriser l'acceptation de la réforme* ».

#### IV-3- L'application aux couples de femmes et aux femmes non mariées des dispositions aujourd'hui applicables aux couples hétérosexuels bénéficiaires d'un don de gamètes :

Le Syndicat de la magistrature est favorable au bénéfice de l'article 311-20 du code civil aux couples de femmes en supprimant dans cet article les références aux différences sexuées. Ainsi, la femme qui accouche serait la mère de l'enfant et sa conjointe deviendrait la co-parente de l'enfant par présomption de co-maternité. Hors mariage, la compagne de celle qui porte l'enfant remettrait à l'officier d'état civil une attestation du consentement préalablement reçu par le juge ou le notaire avant le recours à l'AMP, et reconnaîtrait l'enfant. Cette solution a le mérite de ne pas confondre filiation et conception, mais

<sup>22</sup> Association GIAPS, Les lesbiennes sont-elles des mères comme les autres, tribune Médiapart du 9 août 2019

également de mettre fin au système actuel qui impose aux couples de femmes de se marier pour aboutir à l'établissement de ce lien de filiation, et qui a pour conséquence de priver l'enfant d'une protection filiale dès sa naissance.

Par ailleurs, seule la reconnaissance serait portée sur l'acte de naissance. A l'instar d'un couple hétérosexuel, « *on présumerait que lorsqu'un enfant naît au sein d'un couple marié, il est le fruit d'un projet parental commun tandis que pour les autres couples, il serait nécessaire de faire une reconnaissance* ». L'extension du régime de droit commun aurait ainsi le mérite de placer les couples homosexuels et hétérosexuels ayant recours à l'AMP dans la même situation juridique, de « *sécuriser la filiation tout en répondant à un enjeu d'égalité entre les familles et de simplicité quant aux solutions envisagées* » et « *de préciser le sens donné à la présomption et à la reconnaissance* » où pour l'heure ils traduisent le reflet d'une réalité biologique. (Marie Mesnil, *Pour une extension du droit de la PMA à toutes les femmes*, Opinion).

Le Syndicat de la magistrature est ainsi contre l'instauration d'un mode d'établissement de la filiation créateur de traitements différenciés, l'option pour l'heure privilégiée par le gouvernement engendrant trois types de discrimination : au regard du mode d'établissement de la filiation, au regard de l'état civil et au regard de l'accès aux origines.