HAL
open science

Audition devant la Commission spéciale de l'Assemblée Nationale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique

Daniel Borrillo

To cite this version:

Daniel Borrillo. Audition devant la Commission spéciale de l'Assemblée Nationale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique. [Rapport de recherche] Assemblée Nationale. 2019. hal-02278235

HAL Id: hal-02278235

https://hal.science/hal-02278235

Submitted on 4 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Audition de Daniel Borrillo devant la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique.

Mesdames et messieurs les députés, la question sur laquelle vous m'avez fait l'honneur de solliciter mon avis est, chacun le sait, importante et très complexe. Compte tenu du temps qui m'est imparti, je circonscris mon intervention sur l'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP) aux couples de femmes et aux femmes non mariées et, plus particulièrement, sur la création d'un mode nouveau de filiation par déclaration anticipée de volonté réservé aux couples lesbiens.

La technique de l'AMP fut mise en place il y quarante-et-un ans par les gynécologues Patrick Steptoe et Robert Edwars qui ont permis la naissance de Louise Brown premier « bébé éprouvette » en 1978. Quatre ans plus tard est née Amandine, premier bébé issu d'une AMP dans l'Hexagone. Réservée aux couples hétérosexuels en France, l'AMP est accessible aux femmes célibataires en Espagne depuis 1988 et aux couples lesbiens depuis 2006 tout comme aux Pays-Bas depuis

2002, au Danemark depuis 2006, en Belgique depuis 2007, au Royaume-Uni depuis 2008, au Portugal depuis 2016, ou encore en Suède depuis 2015. Face aux restrictions de la législation française, les personnes exclues de l'AMP n'hésitent pas à chercher hors l'Hexagone la possibilité de concevoir un enfant, poussant ainsi les juridictions nationales dans leurs retranchements et provoquant du même coup l'intervention de la CEDH.

En affirmant, en 2014, que le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger, par insémination artificielle avec donneur anonyme, ne fait pas obstacle à ce que l'épouse de la mère puisse adopter l'enfant ainsi conçu, la Cour de cassation a facilité l'intervention du Législateur.

Avec la prochaine réforme, l'AMP sort du registre de la santé publique pour s'installer dans une dimension civile. Ce changement correspond à une nouvelle « nature » de l'AMP laquelle ne trouve plus son fondement dans une pathologie mais dans un projet parental individuel ou celui d'un couple de femmes. D'un acte médical, l'AMP devient ainsi une liberté positive juridiquement reconnue (celle de procréer avec l'aide de la technique), protégée de surcroit par la Convention européenne des droits de l'homme[1].

L'élargissement de l'AMP aux femmes célibataires et aux couples de femmes, la suppression du critère d'infertilité tout comme son

[1] Dans un arrêt de Grande chambre du 3 novembre 2011, *S.H. c. Autriche* n°57813/00, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que *« le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale »*

remboursement par la Sécurité sociale jusqu'à l'âge de 43 ans, constituent à ne pas en douter une avancée politique et sociale incontestable. En revanche, la manière d'établir la filiation pour les couples de femmes soulève un certain nombre de problèmes.

Si aujourd'hui la plupart des AMP s'effectuent avec les gamètes du couple, dans le cas des lesbiennes, le don de cellules sexuelles ou d'embryon par un tiers est indispensable. Certes, les enfants ainsi conçus n'auront pas une filiation établie avec le donneur mais l'inscription du don dans l'acte de naissance suscite plusieurs inquiétudes. Le projet de loi crée d'ores et déjà deux catégories d'enfants : ceux nés « naturellement » (ou par vraisemblance biologique) et ceux nés au sein d'un couple de femmes grâce à un don. Il faut revenir aux années 70 pour trouver dans la loi une différenciation des filiations : celle relative aux enfants nés hors mariage (enfant naturel) et dans le mariage (enfant légitime). Comme dans le passé, les enfants seront classés à l'avenir (si le projet est adopté dans l'état) non pas en fonction du statut matrimonial mais en fonction de l'orientation sexuelle du couple parental. Tandis que pour les parents hétérosexuels mariés continuera de s'appliquer la règle de la présomption, pour les couples des femmes se mettra en place un régime d'exception : la déclaration anticipée de volonté. Contrairement aux couples hétérosexuels pour lesquels la filiation s'établit automatiquement s'ils sont mariés ou par déclaration de paternité devant l'officier d'état civil s'ils ne le sont pas, pour les couples lesbiens, même mariées, il faudra procéder à une

reconnaissance anticipée devant notaire, laquelle apparaît dans les actes de l'état civil de l'enfant. Le Gouvernement suit ici la proposition du Conseil d'État : « Cette option préserve le cadre actuel de l'établissement de la filiation pour les couples composés d'un homme et d'une femme et leur liberté de choix de révéler ou de ne pas révéler à leur enfant son mode de conception ». La liberté de gérer l'information sur l'origine de la filiation est réservée aux couples hétérosexuels lesquels peuvent continuer à bénéficier de la présomption de paternité grâce à la vraisemblance biologique. En revanche, l'Etat obligera, dans les meilleurs des cas, les couples de femmes à révéler à l'enfant son mode de conception ou, dans le pire, il le découvrira par hasard en consultant la copie intégrale de son acte de naissance. Nous sommes ainsi passés de l'obligation d'anonymat au devoir de transparence, sans tenir compte de l'intérêt de l'enfant. Ce système crée de surcroit une distinction au sein d'une même fratrie entre les enfants issus d'un don et ceux conçus sans donneur.

La levée partielle de l'anonymat des donneurs, l'accès aux origines biologiques et la mention de la forme de procréation dans l'acte de naissance constituent désormais la condition *sine qua non* pour accéder à l'AMP pour toutes. Ce traitement différencié n'affecte pas seulement les adultes, mais aussi les enfants : dorénavant, ceux issus d'une AMP hétérosexuelle ou d'une AMP individuelle auront moins de chance de connaître leurs origines que les autres. De même, si la levée de l'anonymat venait à se généraliser à l'ensemble des AMP, une nouvelle discrimination émergera par rapport aux enfants issus

d’une adoption plénière, à ceux nés d’un accouchement « sous X » et à ceux issus d’une filiation charnelle. L’interdiction de la filiation incestueuse pourrait aussi être contestée au nom de l’accès aux origines. C’est pourquoi, il me semble nécessaire de dissocier clairement cette dernière de la filiation : la traiter dans ce projet de loi ne semble pas innocent.

Pour expliquer cette exigence de transparence, cette forme d’immixtion de l’Etat dans la vie privée des couples lesbiens, il faut procéder à un détour historique. En effet, depuis le débat sur le pacs, l'homoparentalité hante le droit civil de la famille et la manière de répondre à ce qui est considéré comme une forme trop atypique de parenté - trop éloignée de la nature - détermine le choix du Gouvernement. Cette régression du droit civil de la filiation est le résultat d'un long combat idéologique favorisé par une expertise conservatrice et cristallisée aujourd'hui dans le projet de loi. Il ne s'agit plus de brandir les arguments conservateurs de la *Manif pour tous* (« Un papa, une maman », « Tous nés d’un homme et d’une femme » ou « Papa, Maman, on ne ment pas aux enfants », comme on a pu lire dans les pancartes) mais de préserver « l'ordre symbolique de la différence des sexes », pour reprendre la vulgate anthropo-psychanalytique qui a colonisé le droit civil de la filiation. Autrement dit, pour pouvoir intégrer une famille homoparentale, la loi doit garantir préalablement l’accès à la vérité biologique de l’engendrement.

Ce combat pour désigner (implicitement) dans la loi la nature homosexuelle de la filiation aura comme conséquence non seulement d'imposer une figure masculine au sein du couple lesbien mais aussi d'aggraver la pénurie des gamètes, car à l'avenir le donneur de sperme devra renoncer à l'anonymat (au moins partiellement) et les premières à payer le prix seront les femmes.

Pour contrer cette nouvelle forme de discrimination, la plupart des codes civils modernes interdissent explicitement l'indication dans l'acte de naissance de l'origine de la filiation. Ainsi, l'article 559 du code civil argentin établit que « l'officier d'état civil doit rédiger l'acte de naissance de telle sorte qu'il ne soit pas indiqué que la personne est née hors mariage, qu'elle est adoptée ou qu'elle est issue d'une technique de reproduction assistée ». De même, l'article 7.2 de la loi espagnole 14/2006, prescrit que « d'aucune manière, l'inscription dans les registres de l'état civil ne pourra faire apparaître des données à partir desquelles il puisse se déduire le type de procréation ». D'autres pays comme la Belgique, le Canada ou le Royaume-Uni ont tout simplement appliqué la règle de la présomption de co-parenté pour permettre l'établissement automatique de la maternité de la conjointe de la mère. En dehors du mariage, le consentement à l'AMP impliquerait une reconnaissance de la filiation.

« A chacun sa famille, à chacun son droit », soulignait le doyen Carbonnier dans son célèbre *Essai sur les lois* (1979) pour encourager le législateur à adapter le droit à l'évolution des mœurs. A cette vision

du droit au service des individus et de leur manière de faire famille, le projet de loi bioéthique oppose une conception biologisante de la filiation. En imposant symboliquement la figure du mâle donneur de sperme aux couples des femmes, le projet de loi consacre la figure symbolique de la famille hétérosexuelle reproductrice comme structure à la fois individuelle et sociale: derrière chaque famille lesbienne on doit trouver la figure masculine « rassurante » du géniteur.

De surcroit, cette dérogation du droit commun de la filiation pour les couples de femmes risque de devenir la règle. Comme le note l'Etude d'impact du projet de loi du 29 juillet 2019 : « Cette exigence pourrait conduire à repenser le droit de la filiation non seulement au regard de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, mais également au regard du droit de tous les enfants issus d'un don à connaître leurs origines, ce qui *de facto* ne limiterait pas l'adaptation du droit de la filiation aux seuls enfants nés au sein d'un couple de femmes, mais amènerait également à inclure dans la réflexion tous les enfants issus d'un don, qu'ils soient nés dans un couple hétérosexuel, dans un couple de femmes, ou d'une femme seule ».

Comme le notent les spécialistes du droit de la famille, les origines personnelles entretiennent en réalité un lien étroit avec la filiation et que ce droit d'accès «est dans le prolongement du rôle du biologique en matière de filiation (…) derrière l'accès aux origines, se reconstitue

un « ersatz » ou un « dérivé » de filiation, puisant sa force dans l'élément biologique, et qui risque bien d'être revendiqué un jour sur le terrain même de la filiation »[2]. La Cour suprême d'Australie a reconnu cette année, dans l'affaire *Massson v. Parsons,* la paternité du donneur de sperme.

Conclusion

La filiation est, depuis le droit romain, une construction sociale dans laquelle le sang, la volonté et les présomptions constituent la trame permettant de tisser la parenté. Dorénavant, celle-ci devrait se fonder sur un invariant d'un type nouveau : le droit de connaître la vérité sur sa conception. Dès lors qu'elle est inscrite dans l'acte de naissance de l'enfant issu d'un couple de femmes, le principe d'égalité est atteint. La justification de la vraisemblance biologique, invoquée par le Conseil d'Etat ne me semble pas en mesure de résister le contrôle constitutionnel. Il est ainsi probable que l'inscription du don à l'état civil soit élargie à l'ensemble des couples ce qui produira un véritable bouleversement du droit de la filiation laquelle serait conçue désormais davantage comme un événement naturalisable (l'accès aux origines) que comme l'expression de la volonté individuelle ou de celle du couple (le projet parental). Grâce à la loi permettant l'adoption pour les couples de même sexe, le droit ne peut plus faire comme si les parents d'intention coïncidaient avec le couple procréatif comme c'était le cas lorsque seulement les couples hétérosexuels

[2] C. Pérès, « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *Recueil Dalloz* 2019 p.1184

pouvaient adopter. Mais, plutôt que d'assumer la dimension conventionnelle de la filiation et considérer que le fondement de la parenté se trouve dans la volonté, le projet de loi va refonder la filiation homoparentale sur la base de la vérité des origines. Cette même logique permettra sans doute demain d'aller plus loin en abandonnant la notion de vraisemblance biologique (considéré comme mensongère) pour les usagers hétérosexuels de l'AMP avec donneur au profit de la vérité génétique. Ainsi, le droit n'aurait plus besoin de la vraisemblance biologique pour construire le nouvel ordre de la parenté, la vérité de l'engendrement lui permet d'ancrer la filiation sans ambiguïté dans une assise biologique. Loin d'être bannie (comme à l'époque du Pacs), l'homoparenté joue désormais un rôle capital dans le nouveau dispositif. Elle devient ainsi la « fiction raisonnable » contre les mensonges de l'AMP et l'adoption plénière hétérosexuelles. L'homoparenté constitue de ce fait une « fiction crédible » puisqu'incapable de gommer les origines. L'association de la question des origines biologiques à la filiation n'est nullement fortuite. Rapprocher la question de l'engendrement d'une réforme de l'AMP dévoile cette entreprise consistant à établir une sorte de « filiation de souche » qui renvoie à la reproduction, tandis 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 et à l'inscription du don dans l'acte de naissance. Dans ce contexte, la question des origines ne fait que réactiver les vieux mécanismes de l'ordre naturel consistant à fonder les institutions juridiques non pas

sur la délibération démocratique mais sur certains fondements, prétendument invariables, et auxquels la volonté doit impérativement se soumettre sous peine de compromettre la vie sociale par un supposé relativisme individualiste.

Proposition

Plutôt que de créer un mode de filiation par déclaration anticipée, je propose de suivre le modèle catalan : depuis la loi du 29 juillet 2010, tous les couples, mariés ou non, de même sexe ou de sexes différents ayant recours à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur sont soumis au même régime : l'enfant est celui de la femme qui accouche et de l'homme ou de la femme qui a consenti expressément avec elle à l'AMP. La présomption de paternité est ainsi abandonnée pour le mari, lorsqu'il y a recours à une AMP avec tiers donneur.

Enfin, concernant le don, c'est aux parents de gérer cette information. L'Etat n'a pas à interférer dans une décision relevant de la vie privée. Exiger la transparence me semble aussi insupportable qu'imposer le secret. Pour faciliter l'accès aux origines personnelles, un compromis entre le droit à l'identité de l'enfant et secret de la vie privée du donneur pourrait se mettre en place sous le modèle de la CNAOP. De même, l'accès aux origines en tant que droit à l'identité ne peut plus être réservé aux enfants issus d'un don mais devrait s'élargir à tous les individus qu'ils soient issus d'une PMA, d'une adoption, ou d'une GPA.