



# États généraux de la bioéthique : quels enjeux pour nos exercices professionnels ?

*La France s'est dotée depuis 1994 d'une législation dite « bioéthique » révisée régulièrement à la lumière des progrès et découvertes médicales ; celles-ci sont depuis les années 1970 considérables notamment dans le domaine de la reproduction. Si dans un premier temps, ce champ a été laissé aux mains du monde médical, celui-ci, désireux de trouver des « guide line » a souhaité un encadrement. Il a été entendu par le législateur, qui après 10 ans de débats, a adopté deux textes fondateurs de notre conception française de la bioéthique le 29 juillet 1994.*



par **Caroline Mercary**  
SAF Paris

## 1994

La loi du 29 juillet 1994 définit les règles relatives au respect du corps humain. Elle pose sur trois fondements éthiques : **l'inviolabilité** du corps humain, **l'impossibilité** pour le corps humain d'être l'objet d'un droit patrimonial évaluable en argent et l'exigence d'un **consentement**<sup>1</sup>.



La seconde loi du même jour pose les règles relatives aux dons, à l'utilisation des éléments et produits du corps, ainsi qu'à l'assistance médicale à la procréation (AMP) ou procréation médicalement assistée (PMA<sup>2</sup>) et au diagnostic prénatal (consentement préalable ou présumé et révocable à tous moments, gratuité, anonymat, respect des règles de sécurité sanitaire)<sup>3</sup>.

#### 2004

Ces dispositions ont été modifiées par la loi du 6 août 2004 qui a :

- ◆ créé l'Agence de la Biomédecine (ABM) qui remplace l'établissement français des greffes;
- ◆ interdit le clonage ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée, ou encore à visée reproductive ;
- ◆ créé la qualification criminelle de **crime contre l'espèce humaine** ;
- ◆ créé une qualification délictuelle pour le clonage à visée thérapeutique ;
- ◆ ouvert de manière limitée la recherche sur les embryons ;
- ◆ interdit le diagnostic préimplantatoire avec de possibles exceptions (objectif d'apporter un espoir de traitement à un aîné atteint d'une maladie<sup>4</sup>).

#### 2011

Le 7 juillet 2011, le législateur a autorisé le don croisé d'organes intervenant en cas d'incompatibilité entre proches. Une nouvelle définition des modalités et des critères permettant l'accès aux techniques d'AMP a été formulée; les compétences de l'Agence de biomédecine sont étendues. C'est ce texte qui pose le principe d'une révision septennale de la réglementation<sup>5</sup>.

#### 2013

Par une loi du 6 août 2013, le Parlement est venu modifier l'article L2151-5 du code de la santé publique en mettant fin au régime

de l'interdiction de la recherche sur l'embryon pour instaurer un système d'autorisation encadrée. Les recherches peuvent être menées à partir d'embryons surnuméraires ne faisant plus l'objet d'un projet parental, après information et consentement écrit du couple concerné. La recherche sur ces embryons est limitée à cinq ans et doit avoir pour seul objectif de permettre des progrès thérapeutiques<sup>6</sup>.

#### 2018 – LES ÉTATS GÉNÉRAUX

La loi de juillet 2011 a prévu une révision du texte dans un délai de sept ans en imposant préalablement un débat public sous forme d'état généraux. Ceux-ci sont organisés par le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE).

Les états généraux de la bioéthique ont débuté le 18 janvier 2018. Ils se déroulent à la fois à l'occasion de rencontres réelles entre « sachants » et citoyens, par le biais d'un site internet et la mise en place d'un comité de 22 personnes issues de la société civile qui ont choisi d'approfondir la question de la fin de vie et la médecine génomique<sup>7</sup>. Ces outils sont conçus comme des lieux de recueil d'une parole citoyenne sur des thèmes présélectionnés<sup>8</sup> ; il semble que sur les questions sensibles, comme l'élargissement de la PMA ou la fin de vie, ces outils soient phagocytés par les plus conservateurs de nos concitoyens<sup>9</sup>.

En tout état de cause, à l'issue de ces débats réels et virtuels, le Comité Consultatif National d'Éthique dit CCNE devrait remettre un rapport de synthèse au début de l'été 2018, ce qui permettra au gouvernement d'élaborer un projet de loi que le Parlement sera amené à examiner entre fin 2018 et début 2019.

Or, en tant que praticiens du droit, nous sommes confrontés depuis la fin des années 1990 aux conséquences de l'utilisation par des justiciables des techniques de PMA telles celles qui sont possibles en France pour les couples hétérosexuels : insémination artificielle avec donneur anonyme (IAD), fécondation in vitro



(FIV), voire un don d'embryon<sup>10</sup>, comme celles qui ne le sont pas, telle la gestation pour autrui, légalisée à l'étranger.

## NOS PRATIQUES PROFESSIONNELLES ET LA PMA

Nous voyons ainsi dans nos pratiques professionnelles des couples de femmes qui ont souhaité fonder une famille. Ces couples de femmes ont recours à une PMA et comme la loi française a réservé l'accès de la PMA aux seuls couples hétérosexuels souffrant d'une infertilité, les couples de femmes ont deux possibilités. Elles peuvent solliciter un ami ou passer par un site internet pour « bénéficier » hors de tout encadrement médical d'un don de gamètes masculines qui va permettre à l'une d'elle d'être enceinte. Elles peuvent aussi voyager et se rendre dans l'un des 14 pays européens qui a ouvert la PMA aux couples de femmes<sup>11</sup>. Dans les deux cas l'une des femmes donnera naissance à un enfant, en deviendra légalement la mère par la « magie » de l'article 311-25 du code civil, tandis que sa conjointe devra déposer une requête en adoption de l'enfant du conjoint, à la condition d'être mariée à la mère. Dans ce cas de figure, la PMA pratiquée à l'étranger n'est pas considérée comme un obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant du conjoint si les conditions légales sont réunies et que l'intérêt de l'enfant est assuré, comme l'a indiqué la Cour de cassation dans deux avis rendu le 22 septembre 2014<sup>12</sup>.

Depuis, à de rares exception près – TGI de Versailles principalement mais vite réformé par la Cour d'appel de Versailles<sup>13</sup> – les adoptions de l'enfant du conjoint pour les couples de femmes sont prononcées... mais il faut en passer par l'adoption, ce qui signifie que l'enfant ne dispose pas, dès sa naissance, de deux parents qui assurent légalement sa protection.

Qui plus est, il est des situations où l'adoption n'a pu être prononcée car le couple parental s'est séparé avant même de se marier et l'on sait dans ce cas que la Cour de cassation n'admet pas l'adoption de l'enfant de la concubine lorsqu'il n'y a pas de mariage<sup>14</sup>, alors que cette même Cour de cassation accepte depuis le 8 juillet 2010 l'exéquatur de l'adoption de l'enfant de la concubine prononcée à l'étranger<sup>15</sup>. En outre dans une telle situation il paraît difficile de recourir à la possession d'état, du moins si l'on en croit le dernier avis rendu par la Cour de cassation le 7 mars 2018 qui a estimé que : « *Le juge d'instance ne peut délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie* »<sup>16</sup>.

Ainsi dans une telle situation où le lien de filiation demeure « impossible » à établir, il ne restera à l'enfant que la possibilité de voir ses deux « mères » être d'accord pour une délégation partage de l'autorité parentale, technique validée par la Cour de cassation depuis un arrêt de principe du 24 février 2006, pour un couple de femmes non séparé<sup>17</sup>, puis appliquée aux couples d'hommes, puis aux couples séparés<sup>18</sup>.

En revanche si la mère légale – ou le père légal – est en conflit avec la mère sociale (ou le père social<sup>19</sup>), l'enfant devra alors espérer une application juste par le juge de l'article 371-4 du code

civil qui permet au juge de maintenir le lien entre l'enfant et un « tiers ». En pratique les tribunaux de grande instance acceptent relativement régulièrement le maintien des liens entre l'enfant et son parent social, mais il n'est pas rare de voir les cours d'appel supprimer ce maintien des liens lorsque la mère légale alimente le conflit. Dans ce cas, le plus souvent les juges d'appel préfèrent sortir l'enfant du conflit en supprimant le maintien du lien avec le parent social et comme les Cours d'appel apprécient souverainement la situation... l'enfant et sa mère sociale n'ont plus que leurs yeux pour pleurer<sup>20</sup>.

Ces situations juridiques, dont on mesure la complexité, devraient nous conduire à nous interroger sur la pertinence de la limitation de la PMA aux seuls couples de personnes de sexe différents infertiles. Notre réflexion peut être alimentée par la position qui a été prise par des autorités indépendantes. Ainsi en juin 2017, le CCNE a rendu un avis favorable à l'ouverture de

certaines techniques d'AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires<sup>21</sup> ; deux ans auparavant, le 27 juin 2015 le [Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes](#) et le 3 juillet 2015 le Défenseur des droits ont aussi rendu un avis favorable à l'ouverture des techniques de PMA à tous les couples ainsi qu'aux femmes célibataires. Le caractère discriminatoire de la législation actuelle n'a en effet pas échappé à ces autorités indépendantes.

C'est d'ailleurs en raison de cette discrimination qu'un couple de femmes a saisi la CEDH en mai 2015<sup>22</sup>. Après 30 mois de procédure et d'échange d'arguments la CEDH a, le 8 février 2018, botté en touche en considérant que le couple de femmes aurait dû saisir les juridictions internes ce qui évitait à la Cour de se prononcer sur une discrimination par trop évidente. Le couple de femmes a donc saisi le tribu-

nal administratif d'un recours en annulation et en parallèle un mémoire de QPC a été déposé ; il est en attente d'examen.

Outre la question de savoir s'il convient d'ouvrir la PMA à toutes les femmes dans les mêmes conditions que celles qui existent aujourd'hui pour les couples hétérosexuels, nous pourrions nous interroger sur une évolution des modalités techniques de l'établissement du lien de filiation. Sur ce point, des pays comme la Belgique, le Royaume-Uni ou la province de Québec offre un éclairage intéressant. Schématiquement dans ces trois pays, le couple de femmes qui souhaite fonder une famille via une PMA est, dès le début du processus de PMA engagé irrémédiablement (en France le couple hétéro est lui aussi irrémédiablement engagé), de sorte que dès la naissance de l'enfant, sa filiation est établie à l'égard des deux femmes<sup>23</sup>. Ainsi plus besoin de procédure d'adoption de l'enfant du conjoint qui ne protège pas l'enfant dès sa naissance. Avec un tel dispositif l'enfant à légalement deux parents dès sa venue au monde. Ce faisant, la question de la levée de l'anonymat mérite d'être posée, tout en rappelant que la levée de l'anonymat n'a évidemment pas pour conséquence de remettre en question le lien de filiation de l'enfant qui a été établi auparavant. Stabilité totale de la filiation et respect de l'histoire de l'enfant, voilà ce que pourrait être la levée de l'anonymat du don de gamètes.

NOTRE EXPÉRIENCE  
DE CES SITUATIONS HUMAINES  
COMPLEXES AVEC DES  
IMPLICATIONS JURIDIQUES  
PARFOIS COMPLIQUÉES, DEVRAIT  
NOUS CONDUIRE À ÉLABORER  
DES SOLUTIONS LÉGALES QUI  
RESPECTENT TOUTES LES  
PERSONNES PARTIE PRENANTE  
DE CETTE NAISSANCE.



## NOS PRATIQUES PROFESSIONNELLES ET LA GPA

La question de la légalisation de la GPA en France ne se pose pas aujourd'hui car cette technique d'assistance à la reproduction – reconnue comme telle par l'OMS – n'a pas été incluse dans le champ des états généraux de la bioéthique. Cependant en tant que professionnels du droit nous y sommes confrontés, car même si le contrat de GPA conclu sur le sol français est civilement nul, dans un mode où tout circule, les couples vont à l'étranger et fondent une famille avec l'aide d'une femme qui porte leur enfant.

Nous sommes alors saisis de ces situations, que ce soit à l'occasion du retour sur le sol français de l'enfant, de la demande de transcription de l'acte de naissance étranger sur le registre de l'état civil de Nantes, ou des refus de passeport et autres pièces d'identité opposés à nos clients. Nous sommes confrontés aux conséquences de la GPA qui est au premier chef l'existence d'un enfant, sujet de droit ; et notre expérience de ces situations humaines complexes avec des implications juridiques parfois compliquées, devrait nous conduire à élaborer des solutions légales qui respectent toutes les personnes partie prenante de cette naissance.

Le débat actuel sur la révision des lois bioéthiques mérite d'être alimenté par notre savoir particulier pour tenter de trouver à chaque question une ou des réponses qui tracent un équilibre entre les progrès scientifiques extraordinaires que nous vivons et les évolutions sociétales, elles aussi permanentes. Il est temps pour le SAF de s'emparer de ce débat.

1 Voir <https://www.legifrance.gouv.fr>

2 L'expression « procréation médicalement assistée » (PMA) est celle retenue par le législateur mais on utilise fréquemment l'expression d'« assistance médicale à la procréation » (AMP). Dans les deux cas il s'agit de l'ensemble des pratiques médicales permettant la procréation en dehors d'un processus dit naturel.

3 Voir <https://www.legifrance.gouv.fr>

4 Voir <https://www.legifrance.gouv.fr>

5 Voir <https://www.legifrance.gouv.fr>

6 Voir <https://www.legifrance.gouv.fr>

7 Voir <https://etatsgenerauxdelabioethique.fr>

8 Voici la liste des thèmes soumis à débat

- Cellules souches et recherches sur l'embryon ;
- Examens génétiques et médecine génomique ;
- Dons et transplantations d'organes ;
- Neurosciences ;
- Données de santé ;
- Intelligence artificielle et robotisation ;
- Santé et environnement ;
- Procréation et société ;
- Prise en charge de la fin de vie.

9 Les anti PMA en force Le Monde du 31 mars 2018

10 L'article L2141-2 code de la santé publique dispose que : « L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation ».

11 Autriche, Belgique, Croatie, Danemark, Espagne, Finlande, Islande, Irlande, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède

12 Cass, avis 15010, 22 septembre 2014

13 CA, Versailles, 15 février 2018, RG n°17/05286 et RG 17/05285

14 Cass, 20 février 2007, RG 06-15647 et RG 06-15676 ; CEDH, Gas et Dubois / France, 15 mars 2012 req. 25951/07 ; Cass, 28 février 2018, RG 17-11069. Seul le TGI de Paris, dans une décision définitive, du 27 juin 2001 a admis l'adoption simple des 3 enfants de la concubine

15 Cass, 8 juillet 2010, RG 08-21740

16 Cass, Avis n°15003 du 7 mars 2018

17 Cass, 24 février 2006, RG 04-17090

18 CA, Paris 1<sup>er</sup> décembre 2011, revue personnes et famille, Mai 2012 ; voir aussi CA Paris 16 juin 2011, RG 10/22338

19 Mère sociale ou père social ou parent social par opposition au parent légal

20 Cass, 23 octobre 2013, RG 12-20560 ; Pour un contre exemple, Cass, 13 juillet 2017, RG 16-24084

21 Avis du CCNE

22 CEDH, Charron et Merle /France, req.22612/15

23 **Québec** : L'article 115 du Code civil québécois dispose : « La déclaration de naissance énonce le nom attribué à l'enfant, son sexe, les lieux, date et heure de la naissance, le nom et le domicile des père et mère et du témoin, de même que le lien de parenté du déclarant avec l'enfant. **Lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas** ».

L'article 538.1. du Code civil québécois dispose :

« **La filiation de l'enfant né d'une procréation assistée s'établit, comme une filiation par le sang, par l'acte de naissance.** À défaut de ce titre, la possession constante d'état suffit ; celle-ci s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre l'enfant, la femme qui lui a donné naissance et, le cas échéant, la personne qui a formé, avec cette femme, le projet parental commun. Cette filiation fait naître les mêmes droits et obligations que la filiation par le sang ».

**Royaume-Uni** : La section 42 de Human Fertilisation and Embryo Act 2008 dispose :

« Si au moment de l'introduction de l'embryon ou du sperme et des ovules ou de son insémination artificielle, la femme était partie à une union civile [ou un mariage avec une autre femme], l'autre partie au partenariat civil [ou mariage] **doit être traitée comme un parent de l'enfant** à moins qu'il ne soit démontré qu'elle n'a pas consenti à la mise en l'introduction de l'embryon ou du sperme et des ovules ou à son insémination artificielle (selon le cas) ».