

A S S E M B L É E N A T I O N A L E

X V ^e L É G I S L A T U R E

Compte rendu

Mission d'information de la Conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique

- Audition de Mme Frédérique Dreifuss-Netter, conseillère
à la chambre criminelle de la Cour de cassation..... 2
- Présences en réunion..... 13

Jeudi

13 septembre 2018

Séance de 9 heures 15

Compte rendu n° 8

SESSION EXTRAORDINAIRE DE 2017-2018

**Présidence de
Mme Caroline JANVIER,**
vice-présidente



MISSION D'INFORMATION DE LA CONFÉRENCE DES PRÉSIDENTS SUR LA RÉVISION DE LA LOI RELATIVE À LA BIOÉTHIQUE

Jeudi 13 septembre 2018

(Présidence de Mme Caroline Janvier, vice-présidente de la Mission)

La Mission d'information de la conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique procède à l'audition de Mme Frédérique Dreifuss-Netter, conseillère à la chambre criminelle de la Cour de cassation

L'audition débute à neuf heures vingt.

Mme Caroline Janvier, présidente. Nous accueillons Mme Frédérique Dreifuss-Netter, que je remercie d'avoir bien voulu accepter notre invitation.

L'objectif de cette mission est de nous préparer au débat en nous informant sur les enjeux liés à la bioéthique. Vous êtes, madame, conseillère à la chambre criminelle de la Cour de cassation, et vous avez été membre du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) entre 2008 et 2016. À l'occasion d'un cycle consacré à la bioéthique organisé par la Cour de cassation, vous avez mis l'accent sur les tournants décisifs des dispositions juridiques encadrant la bioéthique. Mentionnant l'adaptation traditionnelle du droit aux innovations technologiques, vous avez aussi souligné l'enjeu lié à « *la perception des valeurs qui sous-tendent les principes juridiques* » de la bioéthique. Nous reviendrons sur ces questions avec vous.

Mme Frédérique Dreifuss-Netter, conseillère à la chambre criminelle de la Cour de cassation. Je suis honorée d'intervenir devant vous, même si mes fonctions actuelles à la chambre criminelle de la Cour de cassation m'éloignent un peu de la bioéthique.

J'ai choisi de vous parler d'une question quelque peu technique, liée à mon activité de rapporteure au sein de la première chambre civile lors des premiers arrêts relatifs à la gestation pour le compte d'autrui (GPA) rendus en 2011 et en 2013 et, ce faisant, appeler votre attention sur la vie de la loi au fil de la jurisprudence – une jurisprudence qui fait parfois s'interroger sur la pérennité du texte.

J'aborderai ensuite l'extension éventuelle de l'assistance médicale à la procréation (AMP) aux couples de femmes et aux femmes seules ; l'avis du CCNE concernant cette question a été rendu après mon départ, mais j'avais participé aux travaux du groupe de préparation.

Pour une meilleure compréhension, je rappellerai rapidement l'évolution de la jurisprudence relative à la GPA, dont vous connaissez les grandes lignes. En 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation a eu à statuer sur l'affaire des époux Mennesson, dont on peut citer le nom puisqu'ils ne recherchent pas du tout l'anonymat. Nous avons estimé que les actes de naissance de leurs filles, qui avaient été établis à la suite de jugements rendus par des tribunaux américains, ne pouvaient être transcrits en droit français parce qu'ils indiquaient comme mère légale Mme Mennesson, la « mère d'intention » pour employer le langage de la GPA, laquelle n'avait manifestement pas accouché. Ces actes de naissance méconnaissaient donc le principe *Mater semper certa est* qui fonde l'établissement de la filiation maternelle en droit civil français.

En 2013, nous avons rendu une deuxième série d'arrêts, concernant cette fois des hommes qui demandaient la transcription d'actes de naissance établis en Inde. Il n'y avait pas de jugement préalable ; ces actes de naissance indiquaient comme mère une femme indienne et comme père un Français, le demandeur, qui avait reconnu l'enfant. Les circonstances étaient tout à fait différentes et les actes de naissance n'étant pas rédigés de la même façon, nous ne pouvions utiliser la même jurisprudence que précédemment. Estimant que la naissance était « *l'aboutissement d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui* », nous avons refusé la transcription au motif qu'il s'agissait d'une fraude à la loi française.

Vous savez que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a condamné la France pour cette jurisprudence. En statuant, le 26 juin 2014, sur deux affaires dont celle des époux Mennesson, la Cour a estimé qu'il avait été porté atteinte à la vie privée des enfants, en premier lieu parce que, tout en reconnaissant qu'ils étaient considérés comme les enfants du couple aux États-Unis, la France leur avait refusé cette identité, ce qui portait atteinte à leur intérêt et à leur intégration au sein de la société française. D'autre part, la Cour a estimé que la jurisprudence française, en interdisant « *totalement l'établissement du lien de filiation des enfants avec leur père biologique* », allait « *au-delà de ce que permet l'ample marge d'appréciation que reconnaît la Cour aux États dans leurs décisions relatives à la GPA* ». « *Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'identité de chacun* », lit-on dans l'attendu de la CEDH, « *on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature* ».

Je passe sur les autres arrêts de la CEDH rendus à la suite de celui-là. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a tenu compte de cette condamnation par deux arrêts du 3 juillet 2015 et la première chambre civile a complété cette jurisprudence par cinq arrêts rendus le 4 juillet 2017. Il en résulte qu'actuellement, la jurisprudence est fixée comme il suit : dans l'acte de naissance d'un Français dressé à l'étranger après une GPA, la filiation paternelle doit être transcrite, mais pas la filiation maternelle.

La Cour de cassation a statué sur le fondement de l'article 47 du code civil, selon lequel tout acte d'état-civil étranger doit être transcrit sauf si « *cet acte est irrégulier, falsifié, ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». La première chambre civile a estimé que la paternité biologique pouvait être considérée comme correspondant à la réalité, tandis que la maternité d'une femme qui, telle Mme Mennesson, n'a pas accouché, n'est pas conforme à la réalité, si bien que la filiation maternelle ne peut être transcrite.

S'il m'a paru utile d'exposer tout cela, c'est que les choses bougent. Le 21 septembre prochain, l'assemblée plénière de la Cour de cassation sera amenée à statuer à nouveau dans l'affaire des époux Mennesson, à la suite d'une décision de la Cour de réexamen des décisions civiles. Cette Cour a été instituée par une loi de 2016 pour les justiciables qui ont obtenu une décision favorable de la CEDH ; ils peuvent désormais faire réexaminer leur pourvoi précédent. Les époux Mennesson ont utilisé cette procédure et, à l'occasion de ce réexamen, un mémoire a été déposé par les avocats au Conseil, par lequel ils invitent l'assemblée plénière à revenir sur sa jurisprudence de 2015 et demandent la transcription de la totalité de la filiation, filiation maternelle comprise. À titre subsidiaire, ils engagent l'assemblée plénière, pour le cas où elle ne suivrait pas cette demande, à appliquer un texte encore plus récent – le protocole additionnel n°16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entré en vigueur le 1^{er} août dernier et qui permet à la Cour de cassation de demander un avis à la CEDH sur une question de principe – en la circonstance, un avis sur la question de la filiation maternelle.

J'ignore évidemment ce que décidera l'assemblée plénière dont, bien sûr, je ne fais pas partie – pour des raisons d'impartialité objective, tous les collègues ayant siégé dans l'une des affaires sont *a priori* récusés – mais je trouve cette évolution problématique, et je tenais à appeler votre attention sur la réduction de la marge d'appréciation du législateur français pour fixer des limites non seulement à la GPA mais à toute autre technique d'AMP, notamment au motif de la vie privée ou de l'intérêt de l'enfant.

Certes, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, qui est d'application directe en droit français, dit en son article 3, paragraphe 1, que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants (...), l'intérêt supérieur doit être une considération primordiale* ». Cette obligation s'applique au législateur, mais je m'interroge. Si l'intérêt de l'enfant se comprend très bien lorsqu'il s'agit de choisir entre deux options également conformes à la loi – par exemple quand on se demande si l'enfant doit résider chez son père, chez sa mère ou chez les deux –, il y a une difficulté lorsque l'intérêt de l'enfant conduit à consacrer une solution que le Parlement a jugé illicite. Si vraiment la CEDH nous obligeait à transcrire systématiquement des actes de naissance faisant suite à des GPA qui, parfois, se déroulent dans des conditions éthiques épouvantables comme nous l'avions vu en Inde à l'époque, je me demande ce qui subsisterait de la prohibition en droit français. Les partisans de la GPA ne pourraient qu'être écoutés lorsqu'ils diraient que mieux vaut organiser en France de manière à peu près correcte ce qui est de toute façon pratiqué à l'étranger dans les pires conditions. J'avais à cœur d'appeler votre attention sur ce point.

J'en viens à l'extension de l'assistance médicale à la procréation. Ce changement de société aura forcément des conséquences éthiques – « *Il n'est point d'acte qui n'engage autrui* » écrivait Saint-Exupéry. Il serait naïf de croire qu'il n'y aura aucune différence dans l'éducation et la psychologie d'un enfant selon qu'il sera élevé par un couple formé d'un homme et d'une femme, d'un couple de deux hommes ou de deux femmes, ou qu'il sera élevé par une femme seule.

Toutefois, je suis de l'opinion majoritaire du CCNE, qui a estimé qu'en dépit des « points de butée » qu'il a identifiés, c'est-à-dire des divergences et des problèmes qui subsistent, il n'existe pas de raison majeure d'interdire l'accès au don de gamètes aux couples de femmes et aux femmes seules. Il me semble qu'à certains moments, plutôt que de s'opposer aux demandes sociales et aux évolutions de la société, mieux vaut essayer de les accompagner. Le bien-être et l'intérêt d'un enfant dépendent de multiples facteurs d'ordre sociaux, économiques, culturels et affectifs très difficiles à apprécier par avance ; à titre personnel, je ne suis donc pas opposée à l'extension de l'AMP aux couples de femmes – et je ne vois pas comment, dans cette hypothèse, on pourrait l'interdire aux femmes seules.

Mes réflexions portent sur la filiation, question que vous avez déjà abordée avec l'une de mes anciennes collègues universitaires. Je suis réservée sur l'opinion exprimée par le Conseil d'État, qui estime pouvoir éviter de modifier fondamentalement le droit de la filiation en créant un mode d'établissement spécifique qui, si j'ai bien compris, prendrait la forme d'une déclaration commune anticipée réservée aux couples de femmes et qui figurerait dans l'acte de naissance.

En premier lieu, je ne suis pas favorable à ce que les actes de naissance se présentent différemment selon les personnes concernées. Surtout, même si le droit peut tout faire et tout défaire, sa cohérence n'est pas un gadget : elle construit la cohésion de la société et, quand il s'agit de la filiation, la construction de l'individu et sa place dans la société. Aussi, je ne vois pas comment on peut dire que faire figurer d'emblée deux mères dans un acte de naissance ne

remet pas en cause l'ensemble du droit de la filiation. Tout d'abord, pour la première fois, la mère de naissance pourrait être celle qui n'a pas accouché : c'est forcément un changement puisqu'il s'agirait d'une maternité purement volontariste. Étant donné ce que je viens de vous exposer à propos de la GPA, comment conciliera-t-on cette conception purement volontariste de la filiation avec celle que nous impose la CEDH et qui repose, je le rappelle, sur le biologique ? Il y a là une première incohérence. On remarquera également que dans le droit de la filiation actuel, s'agissant de la paternité supposée, toute une série d'actions contraignent un homme à devenir père même quand il a exprimé une volonté résolument contraire : les tribunaux vont jusqu'à ordonner l'exhumation pour permettre la réalisation de tests d'ADN pour faire ensuite produire à la filiation tous ses effets successoraux et familiaux.

Une autre incohérence apparaîtrait d'ailleurs très rapidement, car dans l'hypothèse où l'on autoriserait le don de gamètes pour les couples de femmes, certaines préféreront, pour des raisons tout à fait honorables, faire des arrangements avec des personnes de leur connaissance pour que l'enfant ait une véritable relation avec son géniteur – et alors il faudra bien appliquer le droit commun de la filiation. En outre, d'autres femmes, si la loi française leur apparaît trop restrictive, continueront d'aller à l'étranger : devra-t-on, comme pour la GPA, transcrire des actes de naissance contraires à ce que le législateur français aura décidé, par exemple des AMP avec rémunération du donneur ?

Selon moi, la seule solution – dont je ne dis pas que c'est celle que vous devrez adopter parce que je comprends qu'il y a des implications d'ordre politique au sens large – qui ne modifierait pas l'ordre juridique de la filiation, c'est l'adoption, c'est-à-dire la solution actuellement consacrée par la Cour de cassation, puisque dans les arrêts de 2017 que j'ai mentionnés, la première chambre civile a expressément indiqué qu'en matière de GPA, l'enfant pourrait être adopté par le parent d'intention. La même solution pourrait être utilisée en matière d'AMP. Elle a pour avantage de s'appliquer aussi bien en cas d'insémination artificielle avec donneur, si elle était autorisée, qu'en cas d'arrangement individuel.

L'inconvénient, entend-on dire, est que les parents – les deux femmes – ne seraient pas à égalité à l'égard de l'enfant ; on met aussi en avant la période de latence avant que l'adoption soit mise en œuvre, pendant laquelle l'enfant n'a pas de sécurité juridique. On observe enfin que l'adoption n'est actuellement ouverte qu'aux couples mariés, ce qui constituerait une atteinte à la liberté individuelle. À ce sujet, comme on ne peut comparer l'adoption dans cette hypothèse avec l'adoption d'un enfant confié à l'aide sociale à l'enfance, pour lequel l'État a la responsabilité de trouver la meilleure famille possible, on pourrait simplifier et raccourcir la procédure d'adoption et, pourquoi pas ? réfléchir à la nécessité de toujours exiger un mariage dans de tels cas – et, plus largement, à la nécessité de continuer à faire du mariage l'une des conditions de l'adoption. Est-ce encore une garantie de stabilité du couple ? Cette disposition n'est-elle pas archaïque, alors que l'on n'a pas besoin d'être marié pour avoir un enfant par AMP ? Il doit y avoir d'autres manières de vérifier la stabilité du couple des candidats à l'adoption. Quant à l'inégalité, elle demeurera quoi que l'on fasse, parce que même si la filiation est établie par un mode égal pour les deux femmes, l'une aura accouché et l'autre pas.

En résumé, je pense que le législateur pourrait s'en tenir à la solution actuelle, celle de l'adoption, qui ne demande pratiquement pas de modifications législatives autres que marginales. Sinon – parce que je sais bien que personne ne veut de cette solution, l'adoption ayant mauvaise presse –, pourquoi ne pas simplement étendre la « présomption de paternité » qui existe actuellement pour les couples hétérosexuels, en instituant une « présomption de maternité » ? On me dira que cela n'est pas vraisemblable ; mais, déjà, lorsqu'il y a un

donneur de gamètes, la présomption de paternité est une fiction puisque, par hypothèse, pour que le couple ait accès au don de sperme, l'homme doit avoir fait la preuve de son infertilité. On pourrait donc pousser la fiction un peu plus loin et permettre aussi l'établissement automatique de la filiation maternelle dans le mariage, et la reconnaissance dans les autres cas. Cela aurait pour avantage de ne pas créer de distinction entre les couples hétérosexuels et les couples de femmes.

Mme Caroline Janvier, présidente. Je vous remercie, madame, pour ces éléments éclairants. La solution, proposée par le Conseil d'État, d'une déclaration commune anticipée ne vous paraît pas satisfaisante car, pour vous, elle modifie notre conception de la filiation. Vous lui préférez soit une adoption à la procédure modifiée soit l'institution d'une « présomption de maternité ». Sur le plan symbolique et donc politique, l'adoption diffère de la filiation classique ; c'est pourquoi cette alternative, même si elle est possible techniquement et peut-être souhaitable, me semble compliquée à mettre en place. D'autre part, vous avez évoqué lors du cycle organisé par la Cour de cassation l'enjeu que représente la perception des valeurs qui sous-tendent les principes juridiques de la bioéthique ; quelles conséquences cela pourrait-il avoir sur le contenu et la portée de la loi de bioéthique ? Comment, tout en le révisant, préserver le modèle français de bioéthique et les valeurs qui le sous-tendent ?

Mme Frédérique Dreifuss-Netter. Sur le premier point, je suis tout à fait d'accord avec vous puisque j'ai dit la difficulté qu'il y a à intégrer l'adoption dans la représentation qu'on se fait de la filiation. Je le regrette, puisque la filiation adoptive, permettant l'établissement d'un lien entre des personnes qui n'ont pas de lien biologique et produisant les mêmes effets que tout autre filiation, me paraît totalement adaptée.

Dans les principes consacrés par le législateur figure au premier chef la non-rémunération du don, c'est-à-dire la gratuité des éléments et des produits du corps humain. Si l'on en vient à un système généralisé d'accès à l'AMP, le principe de la gratuité du don étant déjà posé, cela ne changera pas grand-chose. La question de l'anonymat a été largement développée par d'autres que moi ; je dirai à ce sujet qu'il faut distinguer le secret et l'anonymat et je suis d'accord avec ce que vous a dit ma collègue Valérie Depadt. Pour des raisons tenant à l'autonomie et la liberté individuelle, je ne vois pas comment on peut obliger les couples formés d'un homme et d'une femme à révéler à l'enfant qu'il est issu d'une insémination artificielle avec donneur ; il serait beaucoup mieux qu'ils le disent mais on ne peut les y contraindre. Quand il s'agit de couples de femmes, la question ne se pose pas : le secret tombe de lui-même et c'est heureux. D'autre part, je suis personnellement toujours réservée à l'idée que la suppression de l'anonymat vaudrait pour tous les dons de gamètes et aussi pour l'accouchement anonyme. Mon opinion personnelle est que non seulement la suppression de l'anonymat ne résoudra pas tous les problèmes psychologiques actuels des personnes concernées mais qu'elle en créera peut-être d'autres – mais je crois que l'on ne pourra pas éviter la levée possible de l'anonymat, non pas, comme l'a dit Mme Depadt, entre le couple et le donneur, mais à l'égard de l'enfant. Aussi, si l'on établit que la levée de l'anonymat peut avoir lieu à dater de la majorité légale de l'enfant, il faudra prévoir des mesures transitoires, sans quoi il faudra encore attendre dix-huit ans pour que l'anonymat soit levé ; je ne crois pas que c'est ce que veut la société, et il faudra donc s'y résoudre.

M. Jean-Louis Touraine, rapporteur. Je vous remercie, madame, pour cet exposé très clair. Vous ne siégiez pas au CCNE quand ont été élaborées les premières lois de bioéthique, mais vous avez sûrement pris connaissance de la transcription des débats de l'époque ; pouvez-vous relater comment a été perçue la nécessité de développer des lois garantissant qu'au moins dans notre pays il n'y aurait pas de transgressions ? Le CCNE a été

créé en 1983 et les premières lois de bioéthique ont été votées onze ans plus tard seulement. Certains professionnels étaient réticents à l'idée de légiférer sur ces questions ; ils préféraient garder une certaine latitude d'actions ; d'autres, comme moi, ont au contraire souligné dès les années 1980 la nécessité d'un encadrement légal pour éviter certains risques.

Vous avez plusieurs fois évoqué les principes. Nous serons tous d'accord pour dire que ces principes peuvent être utiles, mais qu'ils sont moins importants que les valeurs. Il faut d'ailleurs distinguer les principes internationaux et constitutionnels, qui ont une force particulière, des principes nationaux qui sont, eux, sujets à révision. Les deux principes qui ont sous-tendu les premières lois étaient l'anonymat et la gratuité du don. Ils semblaient de bon sens, mais l'évolution a fait que l'un et l'autre sont en partie bafoués. Il faut dire que le véritable objectif de l'anonymat, en matière de procréation, était en réalité de dissimuler la stérilité du père légal. Malheureusement, on s'est rendu compte que l'anonymat du don de sperme a été à l'origine d'énormes frustrations chez les enfants nés avec le concours d'un tiers donneur, ce qui nous oblige à reconsidérer la question afin de rendre possible l'accès aux origines pour tous ceux qui sont nés au terme d'une AMP avec tiers donneur.

Pour les transplantations d'organes, l'anonymat n'existe pas pour le donneur vivant : donneur et receveur se connaissent, et contrairement aux craintes qui avaient été exprimées, l'absence d'anonymat n'a généré ni trafic ni rémunération illicite.

Le principe de la gratuité du don est largement transgressé. Certes, le don de sang est gratuit en France, et les transfusions ont lieu dans notre pays grâce à des donneurs qui reçoivent une compensation mais qui ne sont pas payés ; mais tous les dérivés sanguins – immunoglobuline, plasma... – que nous achetons à l'étranger sont produits par des firmes étrangères qui rétribuent les donneurs. C'est une forme d'hypocrisie.

J'exprimerai sur la question de la filiation un point de vue légèrement différent du vôtre. J'espère pour ma part que, le 21 septembre, la Cour de cassation aura la sagesse d'entendre davantage la CEDH. Je trouve plutôt humiliant que l'on veuille se dresser contre la CEDH qui, à mon sens, a raison de considérer que cela n'a pas de sens de demander à une mère – mère à tous les sens du terme et reconnue comme telle dans le pays où elle a eu un enfant après que ses ovocytes ont été fécondés dans son utérus ou dans celui d'une autre femme, qu'importe – d'abdiquer sa situation de mère reconnue dans tous les autres pays pour, ensuite, adopter son enfant. Il me paraît insensé que, pour pouvoir adopter en France, une mère doive commencer par récuser sa propre maternité. Cette anomalie doit être rapidement corrigée et je ne pense pas qu'il faille s'arc-bouter sur une erreur commise dans le passé. Mieux vaut progresser.

Vous vous élevez contre le fait que l'intérêt de l'enfant conduirait à consacrer une solution illicite, mais il n'est pas illicite pour un couple français d'aller faire une GPA à l'étranger ; ce qui l'est, c'est d'en faire une en France. On ne peut donc dire que l'intérêt de l'enfant est en conflit avec la loi puisque nulle loi française n'interdit à un couple d'aller faire une GPA ailleurs. Ensuite, on considère évidemment l'intérêt de l'enfant, qui est d'avoir deux parents qui l'élèvent, l'aiment et pourvoient à son éducation.

Pour ce qui est de l'extension de l'AMP, il est important que les règles soient identiques pour les enfants nés de couples homosexuels et de couples hétérosexuels. L'avis du Conseil d'État, qui propose un système différent pour ces deux situations, pourrait générer à l'avenir des frustrations chez certains enfants ; il serait préférable d'instituer un système identique pour tous les enfants, qui ne sont pas responsables des conditions de leur

procréation et qui doivent avoir la plénitude de leurs droits. Quelles que soient les conditions dans lesquelles ils ont été conçus et sur lesquelles on peut avoir des avis différents, les enfants n'ont pas à en porter la responsabilité.

Enfin, vous avez, à raison, mentionné plusieurs fois les différences entre la France et l'étranger. C'est un sujet de préoccupation réel de constater que, dans presque tous les domaines couverts par la loi de bioéthique, des Français se rendent à l'étranger : pour des tests génétiques, puisqu'en France on n'a pas le droit d'en réaliser hors indication rédigée par un médecin ; pour la procréation ; pour la fin de vie ; pour des transplantations, ce qui est très triste parce qu'elles confortent souvent des trafics d'organes. Ils allaient aussi à l'étranger pour se procurer des lignées de cellules souches. C'est moins le cas maintenant, puisqu'il est enfin possible de développer des lignées de cellules souches embryonnaires mais, jusqu'à une date récente, il était interdit en France de faire de la recherche sur les cellules souches et de développer des lignées – mais tous les chercheurs avaient le droit d'acheter les lignées de cellules souches fabriquées en Suède, en Angleterre ou ailleurs, ce qui était une autre forme d'hypocrisie. J'aimerais connaître votre avis, madame, sur la manière de traiter une disparité aussi considérable entre les règles de bioéthique en vigueur dans des pays européens dont la culture est assez voisine de la nôtre et celles qui valent en France, disparité qui amène de nombreux Français à se rendre à l'étranger faire ce qu'ils ne peuvent faire dans leur pays. Ne vous méprenez pas ; je n'encourage quiconque, en aucune façon, à se rendre à l'étranger pour résoudre les problèmes que nous n'avons pas résolus en France mais, je constate le développement objectif de ce phénomène.

Mme Frédérique Dreifuss-Netter. Nous sommes de la même génération, monsieur le rapporteur, et j'ai suivi comme vous l'évolution des lois de bioéthique depuis le départ, alors que, jeune assistante à la faculté de droit de Strasbourg, j'ai eu la chance d'assister en 1985 au premier colloque « Génétique, procréation et droit ». Il est étonnant de constater que pratiquement aucune des questions qui se posaient à l'époque n'a été résolue.

Vous êtes un peu sévère en disant, comme le font certains auteurs, que l'anonymat du don de gamètes tenait uniquement à dissimuler la stérilité de l'homme. Cette donnée a effectivement été prise en compte, mais l'anonymat du don de sperme n'était d'abord que la déclinaison de l'anonymat général concernant tous les éléments et produits du corps humain, qui tendait à éviter les trafics liés à la non-patrimonialité du corps. Il avait aussi pour fonction de faciliter l'intégration de l'enfant dans sa famille juridique, sa seule famille puisque le donneur n'a jamais été considéré comme un père. Il était prudent de procéder ainsi à l'époque, alors que l'on se lançait dans une nouvelle forme de famille, inexistante jusqu'alors et assez mal vue par une partie de la société. Peut-être pourrait-on raisonner autrement aujourd'hui mais, comme je l'ai dit, la levée de l'anonymat résoudra le problème de certains mais en posera peut-être d'autres, notamment en termes d'intégration dans les familles si quelque chose ne se passe pas bien. Quand on fait un changement, on s'expose à des conséquences que l'on n'avait pas nécessairement envisagées – il en est ainsi pour chaque modification.

Je n'interviens pas devant vous au titre de la Cour de cassation, dont l'assemblée plénière décidera souverainement et collégialement, après délibération, de l'interprétation qu'elle fera de la jurisprudence de la CEDH. Cela étant précisé, je ne pense pas que l'on puisse affirmer de façon certaine, comme vous le faites, que pour la CEDH, il est évident que même la maternité doit être transcrite et la reconnaissance de la maternité établie à l'étranger immédiatement reconnue en droit français – ne serait-ce que parce que, depuis lors, la CEDH a rendu l'arrêt *Paradiso*, qui concerne l'Italie. Il s'agit d'un enfant conçu par GPA, sans lien biologique ni avec le père d'intention ni avec la mère d'intention ; la CEDH, loin de

condamner l'Italie, a au contraire validé le fait que le juge italien n'avait pas reconnu cette filiation. Il faut donc ne pas s'avancer dans un sens ou dans l'autre, et attendre de prendre connaissance de l'interprétation de l'assemblée plénière de la Cour de cassation et voir si elle demande l'avis de la CEDH.

Sur le fait que certaines pratiques sont autorisées ailleurs en Europe et interdites en France, je pense comme vous que la liberté de circulation au sein de l'Union européenne fait que l'interdiction pénalement sanctionnée de recourir à des tests à l'étranger est dépassée et ridicule – en premier lieu parce qu'il ne faut pas maintenir un texte assorti de sanctions pénales quand on n'est pas capable de le faire respecter. En revanche, je ne crois pas que, au motif de l'hypocrisie, terme que vous avez souvent utilisé, on puisse s'aligner systématiquement sur le moins-disant, qu'il s'agisse des autres pays européens ou qu'il s'agisse des transgressions. Je ne suis absolument pas d'accord avec l'idée que le fait qu'une règle soit transgressée devrait systématiquement conduire le législateur à l'abandonner. Mais je reconnais que, comme vous le dites, un véritable problème se pose.

Enfin, je n'ai pas dit qu'il était illicite de se rendre à l'étranger pour recourir à une GPA, puisque ce ne l'est pas. Mais chacun comprendra que si l'on reconnaît en France les conséquences des GPA réalisées à l'étranger en les validant systématiquement, on fragilise la prohibition de la GPA dans notre pays.

Mme Annie Vidal. Votre exposé, Madame, montre toute la complexité de ces questions. Le juge doit certes appliquer la loi voulue par le législateur mais les tribunaux font face à des situations qui dépassent largement le cadre de dispositions générales et impersonnelles. On le voit avec la question de l'accès aux origines, qui avait déjà fait débat lors de la précédente révision de la loi relative à la bioéthique. Dans plusieurs décisions, la CEDH a estimé que la connaissance des origines correspond à un besoin fondamental. C'est une remise en cause potentielle du principe de l'anonymat du don de gamètes. Pour se conformer à cette jurisprudence, quelle législation la France pourrait-elle adopter ? L'absence de réponse législative peut, me semble-t-il, entraîner une insécurité juridique si des personnes se présentent pour cette raison devant un tribunal. D'autre part, les dons de sperme et d'ovocytes, parce qu'ils aboutissent à la conception d'un être humain, diffèrent des dons d'organes, de sang ou de dérivés sanguins. Les dons de gamètes ne devraient-ils pas, pour cette raison, faire l'objet d'une mesure législative particulière ?

Mme Frédérique Dreifuss-Netter. Je ne peux que souscrire à vos propos. Nous, juges, regrettons souvent que le législateur « botte en touche » dans certains domaines, nous laissant la responsabilité de questions de principe capitales qui auraient dû être tranchées avant. Ainsi, si les dispositions relatives à l'anonymat des dons doivent être modifiées, elles doivent l'être par le législateur. Par quelle législation ? Je n'entrerai pas dans les détails, mais si le législateur a pu le faire pour l'accouchement anonyme en créant le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), il est capable de le faire pour les dons de gamètes. La difficulté sera de prévoir des dispositions transitoires. En effet, si l'on dit que l'enfant aura le droit de connaître l'identité du donneur à sa majorité, on ne peut pas attendre dix-huit ans sans s'exposer à trois changements de législation entre-temps. Dans le même temps, les donneurs qui ont fait un don de gamètes dans la période précédente l'ont fait en ayant confiance dans une loi qui préservait leur anonymat. Il y a là une difficulté et je souhaite vivement que le législateur prenne ses responsabilités et tranche.

Mme Élise Fajgeles. Vous considérez l'adoption comme une solution adaptée aux couples de femmes qui ont un enfant par PMA. Mais c'est un mécanisme auquel on recourt

pour donner une famille à un enfant qui n'en a pas ; ce n'est manifestement pas le cas en l'espèce puisque l'enfant considéré a bel et bien une famille – un couple de mères. Ne serait-ce pas un dévoiement complet de l'adoption, ou en tout cas une évolution significative ? Pourquoi remettre en cause le principe de l'adoption plutôt que celui de la filiation ? La question se pose d'autant plus qu'en optant pour l'adoption pour les couples de femmes, on introduit forcément une discrimination entre les couples. La semaine dernière, M. Pierre Le Coz nous disait qu'en bioéthique il y a forcément un équilibre entre des valeurs en tension et des insatisfactions, et qu'il faut faire des choix. Pourquoi, en choisissant l'option de l'adoption, consacrer une discrimination liée à l'orientation sexuelle ?

Mme Marie-George Buffet. Vous nous dites, madame, de ne pas « botter en touche » lors des prochaines lois concernant la bioéthique ; je partage pleinement votre point de vue. Votre commentaire de l'évolution de la jurisprudence de la CEDH pour les couples ayant utilisé la GPA à l'étranger est particulièrement préoccupant puisque l'interdiction de cette pratique, que nous avons voulue pour éviter la marchandisation du corps, peut ainsi être progressivement remise en cause. Dans ce contexte, faut-il inscrire dans la loi des dispositions relatives à l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes ? Jusqu'où faut-il aller au niveau législatif ?

Mme Frédérique Dreifuss-Netter. Quand on parle d'adoption, on pense à l'enfant confié au service de l'aide sociale à l'enfance (ASE) ou à une œuvre privée et à qui il s'agit de donner une famille – ce qui suppose un processus pré-judiciaire de sélection et de délivrance de l'agrément pour être sûr que la famille sera capable de s'occuper d'un enfant. Mais il y a d'autres formes d'adoption car cette technique juridique a aussi d'autres objectifs. Ainsi de l'adoption de l'enfant du conjoint, qui n'a rien de nouveau – une femme qui a eu un enfant seule peut très bien faire adopter cet enfant par son futur conjoint ; actuellement, cela n'est possible que dans le cadre du mariage. C'est une fonction de l'adoption un peu différente de celle décrite précédemment. De même, on sait très bien que l'adoption simple peut être utilisée à des fins purement successorales, dans l'intérêt d'une personne qui veut transmettre ses biens et éviter qu'ils ne tombent en déshérence ou soient alloués à sa famille éloignée. C'est donc exprimer une vision réductrice de l'adoption de dire qu'il s'agit dans tous les cas de donner une famille à un enfant.

L'argument de la discrimination est valide, mais encore faut-il savoir ce que l'on entend par « discrimination ». Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel en donnent une définition juridique : c'est « traiter de façon différente des personnes qui sont dans la même situation », et encore peut-on traiter de façon différente des personnes qui sont dans la même situation lorsque la loi poursuit un but légitime et que la différence est proportionnée. La discrimination est donc une affaire beaucoup plus compliquée que de dire simplement : « On les traite différemment, donc c'est de la discrimination ». On peut penser qu'il y aurait une discrimination liée à l'orientation sexuelle et il est possible que le Parlement parvienne à cette conclusion, mais on peut très bien admettre que les couples formés de deux femmes sont, pour des raisons biologiques, dans une situation différente de celles des couples formés d'un homme et d'une femme.

Il est délicat, Madame Buffet, de dire jusqu'où aller dans la législation, car la loi ne pourra jamais prévoir toutes les possibilités et, quel que soit le texte adopté, il existera toujours des couples placés dans une situation qui les amènera à devoir le transgresser ; on va déplacer le curseur, mais des gens, parce qu'ils trouveront la loi française encore trop restrictive, continueront de la transgresser et d'aller à l'étranger. Cette question ne peut avoir

de réponse parce que la loi, générale et impersonnelle, ne peut pas prévoir toutes les situations individuelles et que les gens veulent toujours aller plus loin que ce qui est autorisé.

Mme Laëtitia Romeiro Dias. Le dépistage néonatal est pratiqué en France sur tous les nouveau-nés afin de dépister cinq maladies rares et graves à expression néonatale : leurs symptômes et leurs conséquences s'expriment dès le plus jeune âge. Le code de la santé publique ne permet pas d'étendre le dépistage néonatal aux maladies qui peuvent s'exprimer plus tard dans la vie de l'individu. Certains chercheurs plaident en faveur de l'extension du dépistage à d'autres maladies pédiatriques graves qui pourraient être dépistées de façon fiable durant la période néonatale mais qui n'ont pas d'expression chez le nouveau-né. Selon eux, l'identification précoce de certaines de ces pathologies ouvrirait la possibilité d'un traitement pré-symptomatique permettant d'éviter des complications ultérieures, voire la mort de l'enfant. Quelle est votre position sur l'éventuelle évolution de la législation en ce sens ?

Mme Laurence Vanceunebrock-Mialon. J'aimerais revenir sur les questions de filiation. La libre circulation en Europe implique une adaptation de la pratique française et nos juges sont confrontés à l'existence d'enfants français nés grâce à une AMP réalisée à l'étranger auxquels il faut reconnaître des droits et une protection, et donc une filiation complète. Le Conseil d'État, dans son étude du 28 juin dernier sur le cadrage juridique préalable au réexamen de la loi relative à la bioéthique, a proposé différentes options. Le législateur ne doit-il pas faire en sorte qu'en matière de filiation tous les enfants de la République soient égaux en droit, qu'ils soient ou non nés au terme d'une AMP et que leurs parents soient hétérosexuels, homosexuels ou célibataires ? Vous avez évoqué l'idée que la filiation repose sur la biologie ; cela ne me semble pas tout à fait juste puisqu'il est déjà possible à un père stérile de transmettre sa filiation, comme ce l'est pour deux parents stériles qui ne transmettent pas non plus leur patrimoine génétique et biologique mais à qui il est permis d'établir une filiation avec l'enfant. Que pensez-vous de cette petite tromperie relative à la filiation biologique ?

Mme Frédérique Dreifuss-Netter. Je n'ai pas les connaissances scientifiques suffisantes pour vous répondre sur le dépistage néonatal ; je suppose que vous entendrez, à ce sujet, des professionnels de la santé. Ce que je puis dire est que le dépistage néonatal est fondé sur le fait que le dépistage est fiable et qu'il existe des possibilités thérapeutiques. J'ignorais que certaines maladies se révélaient plus tardivement mais pour lesquelles une thérapeutique adaptée pourrait être mise en œuvre, sinon dès la naissance du moins un peu plus tard. Si c'est le cas, il faut effectivement réfléchir à l'extension du dépistage néonatal à d'autres pathologies, à condition qu'il s'agisse de maladies identifiées de façon fiable, soit susceptibles d'un traitement, soit dont on estime que la présence fait que la naissance doit être évitée.

Ayant été membre du conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, où j'ai côtoyé votre rapporteur, et du CCNE, j'ai été frappée par la manière très satisfaisante dont fonctionnent le diagnostic prénatal et le diagnostic préimplantatoire grâce, notamment, au centre de diagnostic pluridisciplinaire, et je ne comprends pas les reproches d'eugénisme parfois faits à notre législation. Lorsque j'étais membre du CCNE, nous avons rendu un avis dans lequel nous proposons un petit élargissement du dépistage qui fait penser à ce que vous proposez ; cela a provoqué une levée de boucliers et le CCNE a été accusé de tendances eugénistes. Qu'avions-nous proposé ? En l'état actuel du droit, une famille qui a recours à un diagnostic pré-implantatoire – ce qui signifie en général qu'elle compte déjà un enfant atteint d'une maladie létale, si bien que le couple de parents a droit au diagnostic préimplantatoire pour éviter la naissance d'un autre enfant atteint de la même maladie – ne peut en profiter pour faire diagnostiquer en même temps une éventuelle trisomie 21. Il en résulte que la

femme enceinte devra, alors qu'il est extrêmement compliqué d'être enceinte après un diagnostic préimplantatoire, repasser par le même processus que toutes les autres femmes – prises de sang, éventuelle amniocentèse... Nous avons proposé que la loi soit modifiée sur ce point et nous nous sommes heurtés à de très vives réticences.

On peut affirmer que tous les enfants, quelle que soit la situation juridique considérée, doivent être égaux en droit. Mais une fois ce principe affirmé, on est bien obligé de reconnaître que cela pose des problèmes au regard de la législation votée par le Parlement ; qu'ils aient tous les mêmes droits est une possibilité, mais ce doit être une décision du législateur.

Je n'ai jamais dit que, pour moi, la filiation est fondée sur le biologique – au contraire, puisque la jurisprudence de la CEDH sur ce point, qui fait prévaloir la filiation biologique, me paraît tout à fait regrettable. La filiation n'est évidemment pas uniquement fondée sur le biologique et ma défense de l'adoption, que je considère comme une vraie filiation, en elle la preuve.

Mme Bérengère Poletti. Il existe des cas d'action en désaveu de paternité dans les couples hétérosexuels. Qu'en serait-il à ce sujet dans un couple ayant eu recours à une AMP si le parent qui n'est pas le parent biologique prenait une initiative de ce type ? Quelle est la solution juridique la plus sûre pour l'enfant dans une telle situation ?

Mme Frédérique Dreifuss-Netter. Lorsqu'on délibérait, dans les années 1980, sur la nécessité de légiférer en matière d'AMP, l'une des raisons qui ont poussé le législateur à intervenir était l'insécurité juridique dans laquelle se trouvaient les enfants issus de don de sperme – à l'époque, il n'y avait que celui-là. En effet, certains pères, après avoir consenti à l'AMP, intentaient une action en désaveu de paternité à laquelle les tribunaux étaient bien obligés de faire droit. C'est pourquoi la filiation après don de gamètes doit être précédée d'une déclaration devant un juge ou un notaire – en pratique, elle a presque toujours lieu devant un juge. Après que cette déclaration a été faite, aucun des membres du couple ne peut plus avoir recours à l'action en désaveu – car il se produisait aussi qu'à l'occasion d'un divorce, la mère intente une action contre son mari pour contester sa paternité. Cela n'est plus possible aujourd'hui puisque la filiation est incontestable – sauf, dit la loi, s'il est allégué que l'enfant n'est pas issu de l'AMP. Je pense que si l'on admet l'extension de l'AMP aux couples de femmes, il faudra procéder de la même manière parce que l'on ne peut exclure l'hypothèse que la femme qui a accouché ait en réalité eu des relations avec un homme.

Mme Caroline Janvier, présidente. Madame, je vous remercie, au nom de mes collègues, pour la clarté et la précision de vos réponses

L'audition s'achève à dix heures vingt-cinq.

Membres présents ou excusés

Mission d'information de la conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique

Réunion du jeudi 13 septembre 2018 à 9 h 15

Présents. – Mme Emmanuelle Anthoine, M. Joël Aviragnet, Mme Blandine Brocard, Mme Marie-George Buffet, Mme Samantha Cazebonne, M. Guillaume Chiche, Mme Élise Fajgeles, M. Jean-Carles Grelier, Mme Caroline Janvier, Mme Bérengère Poletti, Mme Mireille Robert, Mme Laëtitia Romeiro Dias, M. Jean-Louis Touraine, Mme Laurence Vanceunebrock-Mialon, Mme Annie Vidal

Excusés. – Mme Gisèle Biémouret, M. Xavier Breton

Assistait également à la réunion. – M. Thibault Bazin