DU DROIT À L'AVORTEMENT À LA PMA POUR LES COUPLES LESBIENS ET LES PERSONNES CÉLIBATAIRES : LES FIGURES DE L'AUTONOMIE DES FEMMES ?

RIGHT TO ABORTION TO MEDICAL ASSISTED PROCESSING FOR LESBIANS COUPLES AND SINGLES PEOPLE: FIGURES OF AUTONOMY OF WOMEN?

Par Karine BRÉHAUX*

« On voyage pour changer non de lieu mais d'idée. »
Hyppolite Taine

RÉSUMÉ

Hier, Simone Veil, figure emblématique des droits de la femme, nous a quittée. Le 27 juin 2017, le CCNE rend un avis sur les demandes sociétales de recours à l'aide médicale à la procréation. Le CCNE quant à lui reste hostile à l'autoconservation des ovocytes, qui permet à une femme, grâce à la congélation, de tenter de décaler une grossesse dans le temps et rejette la légalisation de la gestation pour autrui. Au même moment, l'Académie Nationale de Médecine reconnait être en faveur de la conservation des ovocytes par la femme à des fins personnelles. Certains y verront une reconnaissance plus accrue de la femme dans notre société en matière d'émancipation sexuelle voire professionnelle, de contrôle des désirs, d'autres y voient le risque de réification voire d'une transgression du corps féminin, un détournement de la naturalité de la procréation permissible par le progrès médical, mais aussi les limites des techniques médicales sur le registre d'une grossesse possible avec un ovocyte précédemment congelé.
Quels arguments en présence justifient ces positions institutionnelles, individuelles et collectives différentes ?
Lors du débat sur l'avortement, les motifs de détresse humaine, d'atteinte à l'intégrité de la personne (viol) et des arguments d'ordre socio-économique constituaient les mobiles (intentionnalité) ouvrant la voie à une dépénalisation (loi Veil de 1975) puis une légalisation (loi de 2002 sous Elisabeth Guigou) de l'Interruption Volontaire de Grossesse.
Ici dans notre débat actuel autour de l'ouverture de la PMA vers les couples lesbiens et les personnes célibataires, quelles cristallisations des acteurs pouvons-nous observer, quelles valeurs morales, mobiles et normes sont évoquées ?

MOTS-CLÉS

Avortement, Gestation pour Autrui, Procréation Médicalement Assistée, droit de l'enfant, légalisation, progrès médical.

ABSTRACT

Yesterday, Simone Veil, emblematic figure of the rights of the woman, left us. On June 27, 2017, CCNE issued an opinion on societal requests for recourse to medically assisted reproduction. At the same time, the National Academy recognizes that it is in favor of the conservation of the oocytes

* Docteur de science politique de l'Institut d'Etudes de Paris et titulaire d'un Diplôme d'Etudes Approfondies de Philosophie, kbrehaux@gmail.com

15-23 JML-Droit_E_04-2018_article02_Brehaux.indd 15 10/01/2019 11:31

by the woman for personal purposes. The CCNE remains hostile to the self-preservation of oocytes, which allows a woman, through freezing, to try to shift a pregnancy over time and rejects the legalization of pregnancy for others. Some will see a greater recognition of women in our society in terms of sexual or even professional emancipation, control desires, others see the risk of "reification" or even a transgression of the body, a diversion of naturalness of procreation permissible by medical progress, but also the limitations of medical techniques on the register of a possible pregnancy with a previously frozen oocyte.

Which arguments legitimate these institutional, individual and collective positions? During the abortion debate, motives of human distress, violation of the person's integrity (rape) and socio-economic arguments were the arguments (intentionality) opening the way to decriminalization (law Veil of 1975) then a legalization (law of 2002 under Elisabeth Guigou) of the abortion.

Here in our current debate around the opening of the PMA towards lesbian couples and single persons, what crystallizations of the actors can we observe, which moral values, mobiles and norms are evoked?

KEYWORDS

Abortion, surrogacy, assisted reproduction, right to child, legalization, medical progress.

* * *

INTRODUCTION

Aujourd'hui, Simone Veil, figure emblématique des droits de la femme, nous a quittée. Le 27 juin 2017, le CCNE rend un avis sur les demandes sociétales de recours à l'aide médicale à la procréation. Le CCNE quant à lui reste hostile à l'autoconservation des ovocytes, qui permet à une femme, grâce à la congélation, de tenter de décaler une grossesse dans le temps et rejette la légalisation de la gestation pour autrui. Au même moment, l'Académie Nationale de Médecine reconnait être en faveur de la conservation des ovocytes par la femme à des fins personnelles.

Certains y verront une reconnaissance plus accrue de la femme dans notre société en matière d'émancipation sexuelle voire professionnelle, de contrôle des désirs, d'autres y voient le risque de réification du corps féminin, un détournement de la naturalité de la procréation permissible par le progrès médical, mais aussi les limites des techniques médicales sur le registre d'une grossesse possible avec un ovocyte précédemment congelé.

Quels arguments en présence justifient ces positions institutionnelles différentes ?

Lors du débat sur l'avortement, les motifs de *détresse humaine*, *d'atteinte à l'intégrité de la personne* (viol) et des *arguments d'ordre socio-économique* constituaient les mobiles (intentionnalité) ouvrant la voie à une dépénalisation (loi Simone Veil de 1975) puis une loi relative à la légalisation de l'Interruption Volontaire de Grossesse de 2002 sous Elisabeth Guigou.

La femme disposait de son corps en ce sens où elle était libre d'assumer ou pas le choix de la maternité (finalité). Se définissent en parallèle les droits de l'embryon représentés par la mère, les droits du fœtus (sujet d'un projet parental) et in fine la définition de la Personne Potentiellement Humaine du CCNE de 1991.

Dans son avis sur les demandes sociétales de recours à l'aide médicale à la procréation, le CCNE ouvre la technique de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules souhaitant procréer sans partenaire masculin (intentionnalité) grâce au don de sperme (moyen), s'inscrivant dans l'application du mariage pour tous (reconnaissance de couples homosexuelles féminins) et dans l'externalisation assumée de l'acte de reproduction sexuelle via le recours à un père tiers anonyme en vue de la réalisation d'un projet parental (finalité). Cette situation est loin d'être inédite, des techniques médicales et génétiques liées à l'AMP à des fins d'apporter une réponse médicale à un problème d'infertilité de personnes vivant en couple, de sexes différents, ne parvenant pas à procréer spontanément ou porteurs de maladies génétiques ouvrent cette voie du possible (« l'enfant a trois parents », la découverte du CRISP-Cas9, DPI...).

La nouveauté réside dans cette revendication de liberté et d'égalité (y compris dans sa *dimension économique)*, dans l'accès aux techniques médicales pour répondre à un désir d'enfant, de femme(s), pour *des motifs de détresse face à l'infécondité pathologique ou résultant d'orientations personnelles*. La figure du féminisme se dévoile en filigranes, à travers le choix d'une sexualité affirmée et d'un contrôle de la procréation à des fins personnelles voire professionnelles. Avec le bémol, d'un possible détournement de ces fins professionnelles à d'autres fins plus pragmatiques, comme l'affaire Google récente où l'employeur proposait et prenait à sa charge financière cette technique pour ses employées souhaitant différer leurs maternités.

L'argument techniciste devient *le levier* permettant la ré-interprétation d'un projet parental dû notamment à la dissociation sexualité/procréation, la révision du droit à la filiation (définition de la notion de couple : hétérosexuel établi depuis 2 ans, homosexuelle féminin ou d'une femme seule, la reconnaissance par adoption

15-23 JML-Droit_E_04-2018_article02_Brehaux.indd 16 10/01/2019 11:31

d'un enfant conçu par GPA), la refonte des lois bioéthiques et *le frein* (protocole lourd et contraignant de la procédure d'autoconservation des ovocytes de précaution à des fins individuelles, la disponibilité relative de gamètes masculins). Le débat de nature sociétale pose aussi en filigranes des questions de genre et de parité, mais aussi de droit relatives aux droits et à l'intérêt de l'enfant, des risques de dérives sur le marché du travail pour les femmes. L'assertion cartésienne selon laquelle la science rendrait « l'homme maitre et possesseur de sa nature » se décline-t-elle au féminin ?

AU REGARD DE NOS LOIS ?

Selon l'article L. 2141-1 du code de la santé publique : l'assistance médicale à la procréation (AMP), appelée également procréation médicalement assistée (PMA), s'entend « des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle ». En application de cet article, la liste des procédés biologiques utilisés est fixée par arrêté du ministre de la santé après avis de l'agence de la biomédecine. L'assistance médicale à la procréation est dite « endogène » ou « homologue », lorsque seuls les gamètes du couple sont utilisés. Elle est dite « exogène » ou « hétérologue » lorsqu'elle fait intervenir un tiers à travers un don de spermatozoïdes, d'ovocytes ou d'embryon. Plusieurs techniques peuvent être utilisées. L'insémination artificielle : cette technique d'AMP, la plus simple et la moins coûteuse, consiste à injecter les spermatozoïdes directement dans l'utérus durant la période d'ovulation. Il peut s'agir de ceux du partenaire ou de spermatozoïdes fournis par une banque de sperme (insémination artificielle avec don de sperme par exemple). Le plus souvent, la femme suit préalablement un traitement hormonal (stimulation ovarienne) pour obtenir le développement de plusieurs follicules matures, susceptibles d'être fécondés. La fécondation se fait donc naturellement, à l'intérieur du corps de la femme.

La fécondation in vitro (FIV) : cette technique consiste à provoquer la rencontre d'un ovule et d'un spermatozoïde en laboratoire. Dans la plupart des cas, il s'agit des gamètes des deux conjoints. La FIV peut également être réalisée avec le ou les gamètes de donneurs (spermatozoïde ou ovocyte) lorsque cela est nécessaire. La fécondation in vitro avec ICSI (« intracytoplasmic sperm injection ») représente désormais 63 % des FIV. Cette technique consiste à injecter directement un spermatozoïde dans l'ovocyte. Elle a résolu la grande majorité des problèmes d'infertilité masculine puisque seuls quelques spermatozoïdes mobiles sont nécessaires. La fécondation a ensuite lieu in vitro, c'est à dire à l'extérieur du corps de la femme. Les spermatozoïdes sont déposés au contact des ovocytes. Après la fécondation, le ou les embryons sont transférés dans l'utérus de la femme. Quand le nombre d'embryons obtenus est supérieur au nombre d'embryons transférés, les embryons surnuméraires peuvent être congelés en vue d'un transfert ultérieur.

Hors de ces situations, l'assistance médicale à la procréation est exclue. En particulier, elle n'est pas permise pour les femmes seules ou pour les couples de femmes. Cette prohibition a été réaffirmée à l'occasion de l'examen de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, le législateur estimant que l'assistance médicale à la procréation ne pouvait être mise en œuvre pour répondre à des situations purement sociales et à des demandes de convenance exprimant un désir d'enfant.

RAPPORT D'INFORMATION NUMÉRO 409 DU 17 FÉVRIER 2016 SUR L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION (AMP) ET LA GESTATION POUR AUTRUI

Le rapport d'information sur l'assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui a été élaboré par les sénateurs Yves Détraigne et Catherine Tasca. L'enjeu de ce rapport est de prendre la mesure des conséquences des nouvelles jurisprudences et des réformes qu'elles appellent. Actuellement, la législation relative à l'AMP et la GPA est fixée par les lois de bioéthique du 29 juillet 1994 (loi numéro 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et des produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal). Le régime retenu est un encadrement strict pour la première et une prohibition absolue pour la seconde. Or ce cadre juridique est mis en échec par le recours des techniques à l'étranger. Au retour en France, les couples lesbiens ayant eu recours à la GPA veulent la transcription de la filiation d'intention à l'état civil français. Le droit français se retrouve confronté à des situations légales qu'il n'autorise pas. Face à de nouvelles demandes issues des progrès touchant aux modes de la procréation, le Conseil de l'Europe tente sur un plan général d'harmoniser ladite législation. Ainsi la commission des questions sociales et de santé du Conseil de l'Europe a rejeté, le mardi 15 mars 2016, à 16 voix contre 15 le projet de rapport sur la gestation par autrui présenté par Petra de Sutter. Ce dernier recommandait la Gestation Pour Autrui tout en commandant la Gestation Pour Autrui commerciale.

Qu'en est-il des questions relatives à la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui ou d'une Assistance Médicale à la Procréation faites à l'étranger ? Les

15-23 JML-Droit_E_04-2018_article02_Brehaux.indd 17 10/01/2019 11:31

recommandations ne vont pas dans le sens d'une refonte du droit interne de la filiation. 2 lignes se dessinent : l'une tendant à accepter la filiation issue de l'Assistance Médicale à la Procréation tout en préservant intact le droit relatif à cette pratique, et l'autre cherchant à renforcer la prohibition de la GPA sans porter atteinte aux enfants et familles concernées.

LES ORIENTATIONS ENVISAGÉES PAR LA MISSION D'INFORMATION QUANT À L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

La proposition relative à l'autorisation parentale et à l'intérêt de l'enfant a été adoptée en première lecture à l'Assemblée Nationale le 27 juin 2014 (proposition de loi numéro 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, enregistrée au 1er avril 2014). L'article 2141-2 du Code de Santé publique, non modifié par la loi du 17 mai 2013, a pour objet de remédier à une infertilité pathologique médicalement diagnostiquée ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à l'un des membres du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Ces dispositions ouvrent donc l'accès à l'Assistance Médicale à la Procréation à tous les couples composés d'un homme et d'une femme (l'exigence d'un couple hétérosexuel est rappelée dans la loi numéro 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : l'Assistance Médicale à la Procréation ne doit pas répondre à des situations sociales ou à des demandes de convenance). Le Conseil Constitutionnel a à ce titre déclaré que « ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant l'Assistance Médicale à la Procréation et la gestation pour autrui. Par conséquent, les couples lesbiens ayant un désir d'enfant vont à l'étranger, ceci engendrant des divergences jurisprudentielles quant à l'établissement de la filiation de l'enfant. Certaines juridictions acceptent l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère (TGI de Nanterre, 8 juillet 2014, numéro 13:14804), tandis que d'autres restent réticentes sur le fondement de la fraude à la loi (TGI de Versailles, 29 avril 2014, numéro 2014-013012, numéro 2014-013015, numéro 14-70.007) que ledit rapport d'information va baser ses orientations.

Les juges déclarent le 22 septembre 2014 que le recours à l'insémination artificielle avec donneur ne fait pas obstacle à l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et que cette dernière est conforme à l'intérêt de l'enfant.

La Cour de cassation estime que le recours à l'Assistance Médicale à la Procréation à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel au droit français. Face à ce double avis qui est facultatif, les juridictions ne sont pas tenues de suivre l'orientation énoncée par la Cour de Cassation. Toutefois le dit rapport d'information fait état de l'impossibilité de faire échec à la demande d'adoption de l'enfant, mais aussi de l'ouverture de l'Assistance Médicale à la Procréation aux couples lesbiens. Cette demande, représentée par la proposition numéro 1 « Approuver la solution dégagée par le Cour de cassation dans ses deux avis du 22 septembre 2014 qui permet, de manière pragmatique, d'admettre la demande d'adoption de l'enfant conçu par Assistance Médicale à la Procréation à l'étranger, déposée par l'épouse de sa mère, sans remettre en cause le droit applicable en matière d'AMP et sans bouleverser les règles d'établissement de la filiation en vigueur. » n'accorde l'accès à ce genre d'adoption que pour les couples lesbiens mariés tandis que les couples de sexe différent peuvent recourir à l' Assistance Médicale à la Procréation qu'ils soient époux ou pas. Les rapporteurs envisagent donc ici de faire perdurer la discrimination sur l'orientation sexuelle quant au droit à fonder une famille. Toutefois, ils acceptent la filiation des enfants nés d'Assistance Médicale à la Procréation à l'étranger et donc une acceptation implicite de l'accès à l'AMP aux couples lesbiens.

Depuis la loi de 2013, un enfant peut donc avoir juridiquement deux mères ou deux pères, mais le législateur a limité cette possibilité à la filiation adoptive, la filiation biologique et la présomption de paternité demeurant réservées aux seuls couples hétérosexuels. Il avait estimé que la différence entre un couple constitué d'un homme et d'une femme, et un couple constitué de deux hommes ou de deux femmes pouvait être jugée pertinente pour ce qui intéresse le biologique, mais sans effet en ce qui concerne l'exercice des droits parentaux ou l'établissement d'une filiation adoptive conjointe. Dans la décision n° 2013-669 du 17 mai 2013, rendue à propos de cette loi, le Conseil constitutionnel a validé cette construction, écartant la consécration d'un droit pour l'enfant à une filiation hétérosexuée défendu par les requérants. Il a considéré qu'« en tout état de cause, doit être écarté le grief tiré de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de "caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle" ; qu'il en va de même du grief tiré de la méconnaissance d'un principe constitutionnel garantissant le droit de tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère ».

Cette question de la modification des conditions d'accès à l'AMP avait été renvoyée à l'examen d'un futur projet

15-23 JML-Droit_E_04-2018_article02_Brehaux.indd 18 10/01/2019 11:31

de loi sur la famille, qui devait être précédé d'un avis du comité consultatif national d'éthique (CCNE). Nous allons y revenir.

Dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel a considéré que « ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant l'assistance médicale à la procréation ou la gestation pour autrui. Pour répondre au grief soulevé par les requérants selon lequel, compte tenu notamment des difficultés que rencontreraient les couples de personnes de même sexe pour adopter, la possibilité d'un établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe inciterait ces couples à recourir à l'étranger à la procréation médicalement assistée en fraude à la loi française, le Conseil constitutionnel a jugé « que l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entachait pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartenait aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques ».

AUTORISATION DU RECOURS À L'ADOPTION POUR LES COUPLES HOMOSEXUELS DANS L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a autorisé le recours à l'adoption pour les couples homosexuels, sans pour autant modifier les règles applicables à l'assistance médicale à la procréation. Elle n'a pas non plus institué de contrôle sur la conception de l'enfant adopté. Dans sa décision n° 2013-669 du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel a élevé l'intérêt de l'enfant, en matière d'adoption, au niveau constitutionnel, en considérant que l'exigence selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant résultait du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (considérant n° 54). L'intérêt de l'enfant est une notion de fait, appréciée par les juges du fond (Source : rapport de Mme Rachel Le Cotty, conseiller référendaire à la Cour de cassation, sur les demandes d'avis n° 1470006 et 1470007). En matière d'adoption, en particulier, l'article 21 de la Convention prévoit que « les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière ». Il est également intégré comme norme de référence par la Cour européenne des droits de l'homme. De jurisprudence constante, la Cour considère qu'en matière d'adoption, l'intérêt de l'enfant doit « constituer la considération déterminante » dans la recherche de l'équilibre entre les différents intérêts en présence. Il résulte de la jurisprudence de la Cour que, « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille ».

Schéma de la fraude à la loi :

— Un élément légal : une loi normalement applicable au rapport de droit en cause : limite le recours à l'AMP à certaines situations comme l'infertilité pathologique d'un couple hétérosexuel et l'article 6-1 du code civil crée par la loi du 17 mai 2013 excluant l'application aux couples de même sexe des règles de filiation par procréation y compris celles qui concernent l'établissement de la filiation à l'égard d'un enfant né d'une assistance médicale à la procréation.

— Un élément matériel : une modification volontaire de ce rapport de droit par l'une au moins des parties, permettant par des moyens tout à fait licites (changement de nationalité, de domicile, transports de biens meublés à l'étranger…) de le soumettre à l'empire d'une autre loi : internationalisation artificielle d'une situation juridique purement interne puisque les affaires soumises aux juridictions concernaient des femmes françaises domiciliées en France qui n'avaient aucun lien avec l'Espagne ou la Belgique.

— Un élément moral ou intentionnel (un but exclusif à cette manœuvre, la soustraction, inspirée par des fins illégitimes, du rapport de droit à la compétence de la loi normalement applicable) : il découle de l'intention du couple de femmes de se rendre à l'étranger dans l'unique but de bénéficier d'une législation qui lui est plus favorable.

La sanction de la fraude consiste à priver la loi de son efficacité *(fraus omnia corrumpit)* afin de préserver l'autorité de la loi fraudée. Bien que la sanction de la fraude à la loi consiste à priver d'effet un tel procédé, les auteurs s'accordent à considérer que le lien de la filiation à l'égard de la mère qui a accouché de l'enfant ne pourrait être remis en cause. Seuls les professionnels de santé encourent une sanction pénale.

DEUX ARGUMENTATIONS CONTRAIRES REPOSANT SUR DES CONTREPOIDS DE CONCEPTS JURIDIQUES ISSUS DES DROITS DE L'HOMME (CEDH)

Les Tribunaux de grande instance de Poitiers et d'Avignon ont saisi la Cour de Cassation sur le fondement de l'article L 44-1 du code de l'organisation judiciaire

15-23 JML-Droit_E_04-2018_article02_Brehaux.indd 19 10/01/2019 11:31

« avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de Cassation ».

2 questions : savoir si le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger, par un couple de femmes, constituait une fraude à la loi française qui l'interdit, empêchant le prononcé de l'adoption par l'épouse de la mère. Le Tribunal de Grande Instance de Poitiers avait posé une autre question : l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale n'exigeaient-ils pas de faire droit à la demande d'adoption ?

Raisonnement autour de la fraude à la loi : oui c'est une fraude à la loi dans la mesure ou le recours à l'insémination artificielle à l'étranger par deux femmes est interdit. Fraude atténuée par l'absence de gravité telle qu'elle empêcherait le prononcé de l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère.

Dans son avis du 22 septembre 2014, la Cour de Cassation a estimé que « le recours à la procréation médicalement assistée sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. » Silence de la loi… Inefficacité de la loi de bioéthique ?

Par son texte, le CCNE intervient dans le champ du législateur en opérant un renversement de la charge de la preuve de la fraude à la loi : La fraude à la loi n'est caractérisée que lorsque l'on cherche à obtenir ce que la loi française prohibe, par des moyens détournés et formellement légaux, que ce soit en France ou à l'étranger. Il s'agit donc d'une violation de la loi qui s'abrite derrière les règles de droit elles-mêmes, pour prétendre à une régularité formelle. Comme le rappelle la Cour de Cassation de manière constante, il appartient au juge de rechercher « si les parties n'ont pas volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de se soustraire à la loi normalement compétente. ». La fraude à la loi est un concept particulièrement développé en droit international privé. L'arrêt fondateur en la matière est l'arrêt de la Princesse de Bauffremont du 18 mars 1878 du nom de la princesse qui en 1876 avait établi son domicile en Saxe-Altembourg et obtenu la nationalité de cet Etat « dans le seul but d'échapper à la loi française » prohibant à l'époque le divorce. Cette théorie s'est développée ces dernières années car une personne soumise à une loi qui ne lui convient pas dispose aujourd'hui de certaines facilités pour se placer sous l'empire d'une loi qui lui est plus favorable.

FÉMINISME ?

Parallèlement, en 2013, la ministre en charge de la famille a confié à Iréne Théry et Anne-Marie Lenoyer un groupe de travail chargé de nourrir la réflexion préalable à un projet de loi abordant les nouvelles protections, les nouvelles sécurités et les nouveaux droits pour les enfants. Ce rapport « Filiation, origines, parentalités – le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle a été publié en 2014, il préconisait l'accès de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes en abandonnant l'exigence d'un diagnostic du caractère pathologique de l'infertilité. La filiation serait ensuite établie à l'égard des deux parents par l'institution d'une « déclaration commune anticipée de filiation » transmise à l'officier d'état civil et portée sur l'acte de naissance de l'enfant. L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation s'inscrirait dans le prolongement de la loi du 17 mai 2013 qui a permis à un enfant d'avoir une double filiation maternelle par l'adoption. Elle permettrait ainsi de ne pas limiter cette possibilité à l'enfant déjà né et de l'étendre à l'enfant à naitre.

LES RACINES SOCIOLOGIQUES DU DÉBAT

L'assertion cartésienne selon laquelle la science rendrait « l'homme maitre et possesseur de sa nature » se décline-t-elle au féminin ?

Cibler la problématique de l'accès à la procréation médicalement assistée pour les couples de femmes réinterroge les questions liées :

- au féminisme (droit à l'autonomie, auto-contrôle du corps, droit à une sexualité libre),
- au genre (la reconnaissance paritaire des libertés sexuelles des femmes et la configuration officialisée des rapports homme/femme avec une réification masculine à la reproduction comme contre-effet),
- à la place de la femme dans le foyer (conception hégélienne moderne, de l'homme dédié aux affaires de la guerre et de la femme au foyer, in *Phénoménologie du droit*),
- à l'accès aux soins à une catégorie ciblée.

Ce débat n'est pas sans lien avec les combats menés par les provie et les prochoix autour des controverses éthico-professionnelles de la fin de vie, de l'euthanasie, de l'avortement. La première partie du droit dans sa conceptualisation européenne nous renvoie aux logiques argumentatives provie-prochoix ou le droit au respect de la vie privée et familiale (au contrôle des corps selon Michel Foucault), dans leurs double interprétation conservatrice et libérale nous permet cette cristallisation des acteurs :

15-23 JML-Droit_E_04-2018_article02_Brehaux.indd 20 10/01/2019 11:31

- les associations de parents gays et lesbiens (exemple : l'affaire Mennesson),
- les organisations de professionnels de santé (les ordres notamment),
- les élites intellectuelles,
- les organes étatiques en fonction des couleurs politiques (clivage gauche/droite),
- les militants,
- les individus triomphants quittant la sphère de l'intimité pour la scène publique pour mieux revendiquer des droits individuels et transgresser les libertés publiques établies.

A cette dimension juridique européenne s'ajoute la vision internationale avec la convention internationale des droits de l'enfant et le rappel à l'intérêt de l'enfant. La délimitation vie privée-vie publique est balayée, et se substitue à la sphère de l'intimité ou le mobile de la souffrance de ne pas pouvoir construire un projet parental à deux devient le principe passerelle de cette discussion habermassienne entre les parties prenantes. L'éthique de la discussion semble mise en échec et les rapports de forces entre les acteurs deviennent les règles du jeu du traitement de cette controverse sociétale. Comment sortir de ce dissensus naturel et sociétal ? Le législateur est à nouveau pris à parti et délègue la délibération impossible à ses auxiliaires historiques : communautés médiales et autorités administratives indépendantes. Questions récurrentes en théorie politique : Au nom de quoi puis-je transgresser une loi établie et en légitimer une autre ? Au nom de qui ? L'exceptionnalité des cas peut-elle constituer une règle dérogatoire ? Débat déjà vécu avec la proposition du CCNE relative à l'euthanasie en 2000 et ses propositions d'engagement solidaire et d'exception d'euthanasie (avis n° 63). Quelques affaires traitées ont mis en avant ces possibles inégalités de droit entre des requérants (les conséquences du contrôle de conventionalité in concreto du juge administratif). Poussé par de nouvelles situations factuelles (requérante française partie en Espagne réclamant le transfert de gamètes de son mari défunt récemment), le Conseil d'Etat s'affranchit de l'article L. 2141-11-1 du Code de la santé Publique en opérant un changement de jurisprudence : « il appartient au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive ». Ce raisonnement nouveau permet au juge du référé administratif d'enjoindre à l'AP-HP de Paris et à l'Agence de Biomédecine « de prendre toutes les mesures nécessaires afin de permettre l'exportation de gamètes – du défunt – vers un établissement de santé espagnol autorisé à pratiquer des procréations médicalement assistées dans un délai de 7 jours ». La requérante pourra ainsi bénéficier d'une insémination post-mortem. Le Conseil d'Etat lui permet de déroger à notre réglementation.

Le CCNE tranche et défend une position progressiste modérée avec l'ouverture de la Procréation Médicalement Assistée aux couples de femmes mais ne se prononce pas en faveur d'une procréation de convenance car refusant l'autoconservation des ovocytes. Il accepte de prendre part au débat et s'aligne avec d'autres pays européens ayant fait ce choix.

À l'étranger

L'ensemble des pays qui ont ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe (Portugal, Pays-Bas, Danemark, Belgique, Espagne, Suède et Angleterre) ont ouvert l'adoption conjointe aux époux de même sexe ainsi que l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes. Ces pays, à l'exception de la Suède, autorisent également les femmes seules à recourir à l'Assistance Médicale à la Procréation (Sources : étude de législation comparée du Sénat « Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité », n° 229, novembre 2012 et étude de législation comparée du Sénat « L'accès à l'assistance médicale à la procréation », n° 193, janvier 2009). Mais ils encouragent une prise de décision démocratique en invitant le peuple à s'exprimer sur ces questions. En quête d'une nouvelle méthodologie de participation démocratique, nous oscillons entre des rapports de forces entre acteurs professionnels et politisés, et un peuple minoritairement concerné par cette question. Qui doit l'emporter ? Peut-on demandé à la médecine de répondre à toutes les demandes de la société ? N'est-ce pas dénaturer l'objectif même de la médecine ?

PERSPECTIVES PHILOSOPHIQUES

Maxime kantienne : Traites toujours Autrui comme une fin et non comme moyen !

Quelle sont les finalités invoquées par les différents acteurs pour légitimer ou rejeter l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes ?

Le Défenseur des droits considère que la procréation médicalement assistée est une réponse à un projet parental et non plus une alternative à la condition d'infertilité : « Le fait que la procréation médicalement assistée ne soit accessible aux femmes que si le projet parental est construit avec un homme, constitue *une inégalité, d'une part, entre femmes et couples hétérosexuels*

15-23 JML-Droit_E_04-2018_article02_Brehaux.indd 21 10/01/2019 11:31

et femmes en couples homosexuels et d'autre part, entre femmes célibataires et femmes en couples ».

Le droit à l'intérêt de l'enfant peut-il être englobé dans le droit à l'autodétermination (article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme) et auquel le respect du droit à devenir parents est inclus dans le concept de l'autonomie ? (Arrêt Evans c/Royaume uni : la Cour européenne a reconnu que « le droit à l'autodétermination reconnu sur le fondement de la vie *privée suppose le respect du droit à devenir parents, amenant à analyser l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme comme incluant un droit à l'enfant. »* Les figures féminines de l'autonomie…

Hors des fins, parlons de moyens : Le parti écologiste des Verts a fait la proposition suivante le 6 mai 2014 : de prendre en charge financièrement les demandes d'Assistance Médicale à la Procréation des couples de femmes à l'égal des demandes de conjoints souffrant d'infertilité. Car actuellement elles sont suivies et prises en charge médicalement à leurs retours de l'Etranger. Nous n'avons aucun recul, ni de projections actuel du nombre de demandes d'enfantement assisté par des couples lesbiens en France, ce qui constitue un frein à l'évaluation médico-économique.

Nous observons des lieux communs avec le débat autour de l'avortement :

- Le débat autour d'une sexualité libre est dissous dans la loi du mariage pour tous.
- La clandestinité des pratiques est toujours d'actualité pour les femmes, avec cette même volonté de vouloir et pouvoir maitriser sa capacité d'enfantement.
- Les médecins menacés, non protégés, « hors la loi » dans leurs pratiques professionnelles, transgression légale et solidarité.
- Droit à un projet de vie : conception de bien-être immatériel mise en avant mais conditionné par des ressources financières propres.
- Accepter les changements et de nouvelles configurations de familles : qu'est-ce qu'une famille ?

CONCLUSION : LE MÊME ET LE DIFFÉRENT

S'inscrivant dans la continuité du débat relatif à l'autonomie et aux questions de genre, cette demande sociétale reste isolée par le faible nombre de personnes concernées et le manque d'évaluation médico-économique sur les parcours de soins globaux d'Assistance Médicale à la Procréation et des suivis de grossesses des femmes désirant être mère seule ou en couple. Cependant, ces minorités silencieuses questionnent le statut de l'enfant à naitre et en amont de ses droits de « création », les possibilités fantastiques de la médecine techniciste dans ce champ et de la place des professionnels de santé face à ces demandes. Du point de vue philosophique, le socle des droits individuels et des libertés publiques tel que nous le concevons aujourd'hui en France peut effectivement être restructuré dans l'émergence de tiers invisibles dans le processus d'élaboration du vivant conditionnant de nouvelles figures de la féminité, de la maternité, de la paternité, de la famille. ■

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Académie Nationale de Médecine, rapport sur la conservation des ovocytes, 13 juin 2017, www.academie-medecine.fr

CCNE, avis 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP), www.ccne-ethique.fr

CCNE, Avis numéro 121 Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir, http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_121_0.pdf

Code de la santé publique, site de légifrance.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html

Conseil constitutionnel, décision n° 2013-669 du 17 mai 2013, rendue à propos de Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html

Cour de Cassation Avis du 22 septembre 2014 (Demande n° 1470006) - ECLI:FR:CCASS:2014:AV15011, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/avis_classes_date_239/2014_6164/22_septembre_2014_1470006_6868/15011_22_30158.html

Etude de législation comparée du Sénat « L'accès à l'assistance médicale à la procréation », n° 193, janvier 2009, https://www.senat.fr/notice-rapport/2008/lc193-notice.html

Étude de législation comparée du Sénat « Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité », n° 229, novembre 2012, https://www.senat.fr/notice-rapport/2012/lc229-notice.html

Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024323102

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&categorieLien=id

Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et des produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549618

Proposition relative à l'autorisation parentale et à l'intérêt de l'enfant, Assemblée Nationale le 27 juin 2014 (proposition de loi numéro 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, enregistrée au 1er avril 2014). http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0371.asp

15-23 JML-Droit_E_04-2018_article02_Brehaux.indd 22 10/01/2019 11:31

Rapport d'information n° 409 du 17 février 2016 sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA) de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel du Règlement et d'administration générale du Sénat sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la Gestation pour Autrui, http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/rapport-dinformation-n-409-du-17-fevrier-2016-sur-lassistance-medicale-a-la-procreation-amp-et-la-gestation-pour-autrui-gpa-de-la-commission-des-lois-constitutionnelles-de/

Théry Irène, Lenoyer Anne-Marie, Rapport « Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité », Ministère des affaires sociales et de la santé ; FRANCE. Ministère de la famille, http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000203/index.shtml

15-23 JML-Droit_E_04-2018_article02_Brehaux.indd 23 10/01/2019 11:31