

Audition au Comité Consultatif National d'Éthique Vendredi 4 mai 2018

Intervenants :

Guillaume DRAGO
Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas Paris II
Président de l'Institut Famille & République

Geoffroy de VRIES
Avocat à la Cour
Secrétaire général de l'Institut Famille & République

Pauline CORLAY
Agrégée des Facultés de droit
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

I. Aspects de droit international : AMP et Mères porteuses.

L'un des principaux arguments pour pousser à l'admission tant de l'AMP au profit de femmes seules ou de couples de femmes, que de la GPA, est que ces pratiques sont reconnues ailleurs, si bien qu'il conviendrait d'en prendre acte et, pour empêcher des abus, élaborer des règles juridiques internationales visant à les encadrer. Le fait accompli ne peut cependant être en soi source de droit, alors même qu'il s'agit de questions particulièrement sensibles, et eu égard à la vigueur des traditions et cultures nationales dans ce domaine.

1.- Référence à l'intérêt supérieur de l'enfant par les textes internationaux.

a.- Dans le Droit véritablement international

Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant (Convention de New-York) du 20 novembre 1989 ; v. art. 3, art. 7, art. 9 ; principe de subsidiarité : art. 18

Conférence de La Haye : en matière d'adoption internationale, conventions des 5 octobre 1961 et 19 octobre 1996 confirmant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect des ordres publics internationaux nationaux V. également Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993, entrée en vigueur en France le 1er octobre 1998.

b.- En droit européen

L'Union européenne (UE) n'a pas de compétence propre en matière familiale. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. Or, le droit de la famille n'est pas visé dans les compétences exclusives ou partagées prévues aux articles 3 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). On constate cependant l'émergence d'un ordre

public familial – sinon même d'un droit de la famille européen¹. Ainsi, en particulier, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : art. 7, 21-1 (Droits de l'enfant) et art ; 24.

Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) : aucun article de la Convention ne peut être interprété comme garantissant le droit de procréer (Cour EDH : *Šidakova and others v. « the former Yugoslav Republic of Macedonia »* n° 67914/01, 6 mars 2003, § 3 ; *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, décision sur la recevabilité du 15 novembre 2007, § 4 ; « *les Etats ne sont nullement tenus de légiférer en matière de procréation artificielle ni de consentir à son utilisation* » (*S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, 1^{er} avril 2010, § 74) ; le droit à la protection de la vie privée et familiale ne protège pas le simple désir de fonder une famille (*Paradiso et Campanelli c/ Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janv. 2017, § 141 ; v. également : Cour EDH, 8 février 2018, *Charron et Merle Montet c. France*).

2.- Emergence d'un droit à l'enfant ?

a.- La Cour EDH oblige à la reconnaissance de décisions et situations créées à l'étranger : l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* : les juridictions luxembourgeoises ne peuvent passer outre « *un statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention* » : Cour EDH, 28 juin 2007, n° 76240/01 ; *Menesson* n°65192/11 et *Labassée* n°65941/11 26 juin 2014 : les enfants, qui ne pouvaient établir ou voir reconnaître en France leur filiation à l'encontre de leur père biologique et d'intention, ont subi une atteinte à leur droit au respect de leur vie privée. Ainsi le « fait établi » à l'étranger, même contraire à l'ordre public, s'il a duré, ne peut être remis en cause. D'où la nécessité d'un traitement rapide des situations.

b.- Projet de convention de La Haye sur la Filiation / « Maternité de substitution ».

Orientation encore mal connue mais les rapports rendus laissent entendre : la création de règles uniformes concernant le droit applicable en matière de filiation, y compris la manière dont celles-ci s'appliqueraient aux actes publics qui consignent la filiation ; la consécration de la GPA, la prochaine réunion ayant pour objet **d'examiner la possibilité de lui appliquer les règles générales de droit international privé en matière de filiation.**

Une telle convention ne serait cependant pas directement applicable en France, sans signature et ratification ; l'UE – qui peut signer de telles conventions internationales, art. 216 TFUE, pourrait se voir limitée par l'article 81 TFUE, dès lors qu'en matière de droit de la famille les règles transfrontières ne peuvent être adoptées que par la procédure législative spéciale et l'unanimité.

II. Les droits des malades et des personnes en fin de vie.

1.- Revenir dès aujourd'hui sur la loi Leonetti-Claeys n'est pas raisonnable ; il est douteux que cela réponde à une véritable « attente sociétale », la société ne connaissant pas véritablement le contenu de la loi nouvelle, et n'ayant encore aucun recul sur celle-ci, le développement des soins palliatifs et la possibilité de demander un droit à une sédation profonde.

2.- La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) n'impose pas aux Etats la pratique de l'euthanasie ou du suicide assisté (Cour EDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02 (§ 76)). On observe cependant une certaine évolution vers un contrôle uniquement de proportionnalité (Cour EDH 20 janv. 2011, *Haas c/ Suisse*, n° 31322/07, § 51, 53, 55 et 61.). Ce qui laisse entendre que si une majorité d'Etat partie à la Convention prévoyait de telles règles, la Cour européenne serait prête à l'imposer en application de l'article 8 de la Convention, soit du respect de la vie privée. La Suisse a ainsi été condamnée, dans un arrêt du 14 mai 2013, (*Gross c/ Suisse*, n° 67810/10), § 66-67) pour violation de cette disposition, lui étant reproché le caractère trop vague de sa loi dans un cas où

¹ Fulchiron et Bideaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2014.

une personne s'est vu refuser l'assistance au suicide dès lors que sa mort n'était pas imminente. Les institutions telles que *Dignitas* ou *Exit* (les deux associations principales exerçant cette activité) proposent désormais le suicide assisté sans condition de « fin de vie ». L'Allemagne a elle-même été condamnée sur le plan procédural, en raison du refus des juridictions internes d'examiner la contestation par le requérant du refus d'autorisation de se procurer une dose létale de médicaments - violation de l'art. 8 Conv. EDH (Cour EDH 19 juill. 2012, *Koch c/ Allemagne*, n° 419/09.) Il paraît assez contradictoire que la Cour européenne, instituée pour protéger la vie, puisse ainsi peu à peu protéger un droit à la mort. Il n'empêche que les décisions de la Cour européenne s'imposant à la France, il convient d'une part de ne pas venir renforcer le camp des « pro-euthanasie » qui conduirait la Cour européenne à exercer un contrôle plus lourd, d'autre part de songer, sur de telles questions de principes, à la façon dont on peut se départir de telles décisions.

3.- Dans l'ensemble des pays étrangers qui ont adopté le suicide assisté (Suisse, Québec, Canada) ou l'euthanasie (Pays-Bas, en Belgique, au Luxembourg), et malgré les « garde-fous » posés par les textes législatifs, on constate non seulement une augmentation exponentielle de cas mais encore une assise de plus en plus large de personnes concernées (enfants) qui ne sont pas nécessairement en fin de vie (handicapés, personnes souffrant de troubles psychologiques – dépression, etc.. ; personnes ayant atteint un certain âge les rendant dépendantes). Ceci en raison de la « pression sociale » exercée (sans doute inconsciente) : sentiment d'inutilité et d'être « à la charge » des autres.

Il convient donc de davantage faire connaître la loi Leonetti Claeys, en faveur du développement des soins palliatifs.

Pauline Corlay

III. Procréation : propositions relatives à la GPA et à la PMA.

1. GPA : aller au bout de la logique d'interdiction

Si l'article 16-7 du Code civil interdit en France la gestation pour autrui (GPA), son application effective fait défaut en pratique et ses conséquences sont même reconnues du fait de décisions de justice récentes (notamment deux arrêts de la Cour de cassation du 3 juillet 2015) ayant reconnu des liens de filiation créés à l'étranger entre l'enfant né d'une mère porteuse et ses parents dits « d'intention ».

Dans son avis n°126 du 15 juin 2017, le CCNE affirme clairement son attachement « *aux principes qui justifient la prohibition de la GPA (...) [et] souhaite le maintien et le renforcement de sa prohibition, (...)* ». Cependant, il semble que le CCNE pourrait tirer toutes les conséquences de ses propres conclusions en recommandant davantage que « *l'élaboration d'une convention internationale pour l'interdiction de la GPA* », certes primordiale.

Afin de renforcer la prohibition en France de la GPA, ou plutôt de s'en assurer, il est proposé de :

- **sanctionner les auteurs d'une GPA** en créant une infraction spéciale de recours à la GPA, que les faits soient accomplis en France ou à l'étranger. Si la GPA est interdite en France, rien n'empêche cependant des Français d'y avoir recours à l'étranger, notamment aux États-Unis et en Inde. Dès lors que la GPA n'est pas illégale dans le pays où elle a été commise, elle n'est pas, en l'état actuel du droit, punissable pénalement en France. **Il y a ainsi une sorte d'hypocrisie à interdire une pratique en France sans pour autant sanctionner les auteurs qui y ont recours à l'extérieur de nos frontières ;**
- **demander au Parquet d'engager systématiquement des poursuites** contre les sociétés étrangères qui démarchent sur le territoire français des clients en vue d'organiser une GPA en violation du Code pénal (article 227-12).

2. PMA : tirer les conséquences des constatations

Actuellement réservée aux couples qui présentent une infertilité pathologique, il est envisagé d'élargir la PMA aux femmes seules et aux couples de femmes.

Dans son avis n°126 du 15 juin 2017, le CCNE dresse la liste des inconvénients liés à cette pratique, tant pour les enfants (privation de père) que pour la société (bouleversement des principes bioéthiques), mais ne tire pas les conséquences de ses propres constatations et, au contraire, recommande même l'élargissement de la PMA au nom du désir « *des femmes qui souhaitent accéder à la maternité* ».

L'attention du CCNE est attirée sur une erreur de raisonnement et deux conséquences néfastes de l'élargissement de la PMA.

- **Le principe d'égalité ne peut pas justifier l'élargissement de la PMA** car l'égalité ne signifie pas traiter tout le monde de la même manière mais seulement ceux qui sont dans une situation identique ou équivalente et ainsi des situations différentes peuvent être réglées de manière différente². Ainsi, les couples hétérosexuels fertiles et les couples âgés n'ont pas accès à la PMA et ne subissent pas pour autant une discrimination. Au regard de la procréation, un couple homme/femme n'est pas dans une situation équivalente à celle d'une femme seule ou d'un couple de femmes³. En revanche, élargir ainsi la PMA créerait une inégalité bien réelle entre les enfants selon qu'ils auraient ou non une filiation paternelle.
- L'élargissement de la PMA aboutirait à **priver l'enfant, dès l'origine, légalement et délibérément, de père**, en violation de la Convention internationale des droits de l'enfant de l'ONU qui pose, à son article 7, le droit pour tout enfant, dans la mesure du possible, « *de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ».
Cet effacement du père causera à l'enfant un préjudice psychologique, moral et juridique. Il est certain que dans les prochaines décennies, des enfants issus d'une telle PMA tenteront de retrouver leur père en utilisant des techniques nouvelles comme les banques de données d'ADN puis d'établir alors un lien de filiation au moyen de recours en justice... D'ailleurs, la Cour de cassation a encore récemment admis qu'un enfant puisse obtenir réparation du préjudice d'affection causé par le décès accidentel de son père survenu avant sa naissance, admettant ainsi un préjudice pour « *l'enfant conçu privé de père* »⁴...
- L'élargissement de la PMA aux femmes seules et aux couples de femmes conduira inévitablement à la **légalisation de la GPA**, notamment pour les hommes seuls ou les couples d'hommes, au nom du principe d'égalité. Comment pourrons-nous demain ne pas accepter la GPA pour les hommes qui la revendiqueront au nom de l'égalité, si on accepte aujourd'hui, également au nom de l'égalité, la PMA pour les femmes ?

Geoffroy de Vries

² Selon la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel.

³ Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 15 mars 2012, n° 25951/07).

⁴ Arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2017 (Cass. 2^e civ., 14 déc. 2017, n°16-26.687, JCP G, n°8 du 19 février 2018).

IV. La liberté de conscience des personnels de santé : réflexions et propositions.

Les questions qui se posent dans le cadre des futures lois bioéthiques, au regard de la liberté et de l'objection de conscience, sont les suivantes :

1. Possibilité d'élargissement de la clause de conscience à d'autres professionnels de santé, en particulier les pharmaciens, à raison de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et d'un alignement de leurs garanties sur celles des médecins.
2. Reconnaissance explicite dans la loi d'une clause de conscience et d'un droit de retrait pour les professionnels de santé, en cas d'assistance médicale à la procréation (AMP) et de gestation pour autrui (GPA), si celle-ci était reconnue en droit français, pour des raisons d'objection de conscience.
3. Meilleur équilibre à trouver entre les exigences du service public, de santé en particulier, et les garanties des personnels en termes de liberté et d'objection de conscience. La question actuellement posée est celle de la participation potentielle, directe ou indirecte, de personnels de santé à des actes (ex. IVG, ...) contraires à leur liberté de conscience, du fait même de l'organisation et des missions de l'établissement de santé dont ils sont membres, particulièrement pour les chefs de service hospitalier. L'accès des usagers au service public de santé ne doit pas postuler la mise à l'écart de la liberté et de l'objection de conscience, qui, si elle est personnelle, peut se trouver contrainte par l'organisation même du service.
4. Dans la logique des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme 2011 (*R. R. c/ Pologne et Bayatyan...*), la Cour s'attache à présent à vérifier que *l'État a lui-même agi suffisamment pour assurer l'équilibre entre ces prétentions*, en organisant le système de santé pour que, d'une part, les professionnels de santé souhaitant exercer leur droit à l'objection de conscience le puissent et que, d'autre part les patients aient accès aux services de santé auxquels ils ont droit selon la législation applicable. Il s'agit donc de trouver, dans la législation et/ou par les décisions juridictionnelles un équilibre satisfaisant entre les exigences du service public et la reconnaissance légitime de l'objection de conscience. A cet égard, on peut s'en tenir aux exigences posées par l'article 9, § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon lequel la manifestation des convictions en son sein peut faire l'objet de restrictions, à la condition toutefois qu'elles soient « *prévues par la loi* » et qu'elles « *constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».
5. On doit poser la question de savoir si le contrôle de proportionnalité est adapté au contrôle de l'exercice de la liberté de conscience. En effet, la défense de la liberté de conscience, et son corollaire, l'objection de conscience, constituent en quelque sorte des libertés indérogeables dont l'exercice libre est immédiatement atteint par une mesure contraire. L'utilisation d'un contrôle vérifiant si les atteintes à la liberté de conscience sont proportionnées aux exigences d'un service public, hospitalier par exemple, conduit en réalité à nier la liberté de conscience dans son essence même.

Guillaume Drago