

2013 - Avis de l'ORK sur le projet de loi 6568 portant réforme de la filiation

Projet déposé le 18 avril 2013

Par lettre du 23 avril 2013, Monsieur le Ministre Biltgen a soumis pour avis le projet de loi sous rubrique à l'Ombudscomité pour les droits de l'Enfant.

1) L'ORK félicite le législateur d'abolir enfin la différenciation obsolète et régulièrement critiquée sur le plan international entre enfants légitimes et enfants naturels. Il comprend que ce fut un travail fastidieux, pointilleux et difficile, comme il fallait retrouver tous les points dans le code civil ou dans une loi, qui retenait cette distinction et qui en faisait découler des différences de traitement.

2) L'ORK félicite également le législateur qu'il envisage de régler les conséquences juridiques d'un enfant né avec l'assistance médicale à la procréation afin de lui assurer une certaine sécurité juridique.

Dans ses rapports annuels 2005 et 2012, l'ORK avait effectivement rendu le gouvernement attentif plus en détail aux problématiques liés à ce vide juridique. Nous nous permettons de citer ci-après un passage du rapport 2012, qui est notamment explicite sur l'importance de la levée de l'anonymat pour l'enfant:

« Environ un couple sur six a des difficultés pour avoir des enfants. Les problèmes de fertilité peuvent être du côté de l'homme ou de la femme. Selon les problèmes, différentes techniques médicales peuvent être utilisées pour aider à la procréation. Ces dernières années, l'évolution de la science a permis une véritable révolution au niveau de la procréation médicalement assistée (PMA). Ni notre bon Code Napoléon, qui date tout de même de 1804, ni nos textes législatifs actuels ne nous permettent de faire face aux difficultés légales qui se posent : les praticiens opèrent dès lors dans un quasi-vide juridique.

Ce vide juridique a déjà incité l'OMBUDSCOMITE FIR D'RECHTER VUM KAND dans son rapport de 2005 à adresser « une recommandation au Ministre de la Santé afin de bien vouloir réserver une priorité à l'élaboration d'un cadre légal sur la procréation médicalement assistée ».

Dans son programme de 2009, le gouvernement avait annoncé que « pour éviter des dérapages », il y aurait lieu de fixer un cadre légal « à la fois cohérent et assez flexible pour (...) réglementer la procréation médicalement assistée ». Pour le moment cette déclaration est restée sans suites. L'ORK réitère donc sa recommandation de légiférer en la question en tenant compte des réflexions suivantes :

La Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 20 novembre 1989, approuvée par la loi luxembourgeoise du 20 décembre 1993, consacre le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » et dans ses articles 7 et 8 le droit « dans la mesure du possible », de connaître ses parents, de préserver son identité et de ne pas être illégalement privé des éléments constitutifs de son identité. La législation actuellement en vigueur, pour la détermination de l'identité de l'enfant conçu par PMA se limite aux dispositions suivantes :

D'après l'article 314 du Code civil luxembourgeois, la filiation est légitime si l'enfant a été conçu ou est né à un moment où ses père et mère étaient liés entre eux par le lien du mariage. En vertu de l'article 312 du Code civil luxembourgeois, le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant. Il ne s'agit cependant que d'une présomption réfragable

dont la preuve contraire peut être rapporté par le présumé père.

Cette action en désaveu de paternité est toutefois irrecevable s'il peut être démontré, par tous moyens de preuve, que l'enfant a été conçu par voie d'insémination artificielle avec l'accord écrit du mari, peu importe que le donneur de sperme fut le mari de la mère ou un tiers.

Cet article n'interdit cependant pas à la mère de contester la paternité de son mari dans l'hypothèse où le donneur de sperme était un tiers. On peut se demander si cette disparité de traitement ne viole pas le principe d'égalité.

Le droit de connaître ses origines n'est donc pas reconnu à l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée au Luxembourg. Les enfants n'ont pas les mêmes droits et obligations, notamment dans leurs relations avec ses parents.

En outre, le droit de connaître ses origines reste à un stade purement théorique tant que les parents ne révèlent pas à leur descendance qu'il / elle est issu(e) d'une PMA.

L'anonymat empêche l'enfant cependant à tout jamais de connaître ses origines, malgré une demande croissante de levée de l'anonymat formulée par les enfants issus de PMA.

Ces derniers témoignent aujourd'hui de leur souffrance d'ignorer leurs origines biologiques. Cette détresse rappelle celle des enfants adoptés suite à un accouchement anonyme.

Dans ce contexte, on peut à nouveau dissenter à l'infini sur l'importance ou le poids respectif du biologique et de l'affectif dans la filiation. On peut même privilégier l'un ou l'autre, et au pire les opposer. Or la filiation est multiple : affective, sociale, charnelle et bien sûr biologique. C'est un tout. En verrouillant l'accès à

la filiation génétique, ce sont les partisans de l'anonymat qui donnent à la biologie une importance démesurée et un caractère obscur car secret. La filiation génétique est une réalité. La filiation biologique participe à l'histoire de chacun. Un don de gamètes est un don spécifique : il ne peut pas être assimilé à un autre don de cellule. C'est un don d'hérédité qui fait de chacun d'entre nous un être unique. Cette vérité ne mérite d'être diabolisée ni sacralisée.

Le fait d'être issu d'un don de gamète implique nécessairement pour l'enfant de savoir dissocier l'affectif du biologique. Cette dissociation ne pose pas de problème si elle est dite. On estime que près des trois quart des personnes ayant emprunté le chemin du don ne l'auraient jamais révélé à leur progéniture, et que les enfants qui sont issus d'un don et qui sont élevés par des parents qui les ont intensément désirés, sont souvent frustrés par le voile de l'anonymat, mais craignent de blesser leurs parents sociaux s'ils expriment leur malaise. En effet, le secret de la filiation biologique confortait le couple receveur dans son rôle de parent à part entière. Mais les parents sont ceux qui aiment, ceux qui élèvent, c'est un fait que personne ne conteste. La vérité biologique ne doit pas faire peur : les enfants ne cherchent pas des parents. Ils veulent juste avoir le choix de pouvoir accéder à leur histoire complète, sans mensonge et sans manipulation.

En effet, l'anonymat ne répare rien. La blessure de l'infertilité demeure. Les couples infertiles se persuadent qu'une grossesse va effacer leurs problèmes, mais ils se trouvent, au fil des années, bien souvent pris au piège de leur propre secret. Car le secret n'efface rien : ni la blessure de l'infertilité, ni l'omniprésence du donneur d'hérédité sans qui leur enfant n'aurait pas vu le jour. L'anonymat ajoute à la rupture de la filiation biologique, le poids d'un secret. Aujourd'hui on sait que ce secret est une violence faite à l'enfant, qui se matérialise

lise notamment au moment de la levée du secret : le fait de découvrir que la personne en qui ils avaient confiance les a trompés a beaucoup plus d'importance que ce qu'ils ont découvert. « Nier quelque chose ne fait qu'accentuer le poids de ce que l'on cache. »

Même si les parents ont le courage et l'honnêteté d'expliquer à leur enfant son mode de conception, ils ne peuvent pas répondre à toutes les questions de leur enfant et se trouvent impuissants, pris au piège de l'anonymat.

La tendance internationale actuelle va inévitablement vers une levée de l'anonymat : la Suède en 1984, l'Autriche en 1992, la Suisse en 1998, les Pays-Bas et l'Angleterre en 2004.

Cette levée de l'anonymat est cependant souvent accompagnée :

- d'une diminution (au moins temporaire) des donneurs de gamètes et donc d'enfants conçus par IAD (Insémination artificielle avec don de spermatozoïdes),
- d'un allongement des délais d'attente pour les couples demandeurs et
- d'un exode des couples demandeurs vers des pays ayant maintenu l'anonymat.

En effet, au Luxembourg un soupçon de début de réglementation existe déjà. La loi du 1er août 2007 relative aux tissus et cellules humains destinés à des applications humaines prévoit en son article 12 le principe de la gratuité du don et instaure en ses articles 4 et 14 ce qu'on pourrait a priori considérer comme une levée au moins partielle de l'anonymat.

Le temps de l'anonymat est révolu et que nous devons protéger le droit de l'enfant de connaître toutes ses origines, tant les biologiques que les sociales, éléments constitutifs de sa personne et de sa personnalité.

Le droit à connaître ses origines est à distinguer du droit à relations personnelles ou du droit à l'éducation, du droit au soutien financier.

Si le législateur admet à l'enfant né d'une PMA de connaître l'identité exacte du donneur de gamètes, il lui incombe ensuite de régler les questions relatives au droit ou non aux relations personnelles, à l'éventuel établissement de la filiation biologique et au soutien financier.

La filiation doit donc être clairement établie et tous doivent reconnaître que les parents de l'enfant sont ceux qui l'ont élevé et dont il porte le nom d'état civil. L'accès aux origines par l'enfant issu d'une PMA doit autoriser aucune revendication et aucun droit autre que l'accès à ses origines auprès de son « géniteur », ni inversement. Le droit d'accès à ses origines peut se faire à la majorité ou avant avec l'accord des parents.

L'ORK propose au législateur de s'inspirer de la solution retenue au Canada. Pour déterminer la qualité de parents d'un enfant issu d'une procréation assistée, la loi canadienne a décidé d'attribuer ce statut aux parents qui ont formé le projet parental commun. Il s'agit de la décision d'avoir un enfant en utilisant le sperme ou l'ovule d'une autre personne. Cette autre personne doit savoir que sa participation dans le projet n'ira pas plus loin que le don. Cette procédure permet de prouver l'intention de la mère et permet d'éviter à l'enfant d'avoir 2 pères. Il est donc tout à fait utile de faire précéder toute tentative par un document signé où tout le monde reconnaît l'existence du projet parental.

L'ORK propose ensuite qu'un organisme indépendant conserve les données identifiables et non identifiables sur les donneurs. Il n'est en effet pas de la responsabilité des médecins de définir ces informations, voire de décider s'ils doivent ou non les communiquer. Cela ne re-

lève pas de leurs attributions. Cet organisme aurait également la responsabilité de conserver et d'analyser les informations médicales émanant régulièrement des donneurs et des familles receveuses afin de mettre en place une procédure d'informations génétiques en cas de pathologies graves transmissibles. Cet organisme pourrait être le même que celui qui collecterait les informations relatives aux accouchements sous X pour les enfants adoptés.

Le don d'hérédité est un don spécifique. Un don de vie. L'enfant issu d'un don de gamètes devient un jour adulte, avec une santé, une sexualité et des questions. La possibilité pour un donneur d'être identifié des enfants issus de son don engendrera obligatoirement une prise de conscience. Les donneurs sont ainsi responsabilisés. Le donneur ne devra cependant avoir aucun droit à obtenir des informations sur l'enfant, ni durant sa minorité, ni durant sa majorité, sauf peut-être en cas d'urgence vitale et seulement avec l'accord de l'enfant majeur ou du juge des tutelles mineurs.

En effet, le donneur connaît les conditions de son don, mais l'enfant naît dans des conditions qu'il ne choisit pas.

L'ORK est en outre favorable à une intervention du législateur tant sur le plan structurel.

En effet, la réglementation des structures, les critères de qualité des établissements pouvant proposer des techniques de PMA, les différentes techniques de PMA admises, la formation du médecin et du personnel pouvant procéder à de telles interventions, les qualifications des receveurs etc. sont des problèmes qui nécessitent une réponse rapide et adéquate du législateur.

Pourquoi ne pas s'inspirer des règles que le CHL s'est déjà donné en la matière, sinon de l'excellent travail réalisé par la Commission

national d'éthique en 2001 sur la Procréation médicalement assistée ? »¹

Après ce petit rappel historique de ses arguments, l'ORK se tourne plus concrètement vers le texte du projet et se permet de soumettre quelques réflexions/observations:

L'ORK félicite le législateur d'avoir retenu l'idée d'un « projet parental » en son article 313-2, qui est à remettre par les « parents » au président du tribunal d'arrondissement, à son délégué ou au notaire. Les conséquences juridiques de la « déclaration conjointe » retenues sont justes et élaborées et conformes aux revendications de l'ORK. On a clarifié les droits à une relation personnelle, à l'éducation, au soutien financier. Il est clair qu'aucun lien de filiation ne doit être établi entre un enfant issu de la procréation et le tiers donneur.

Le choix du juge comme personne réceptionnant la « déclaration conjointe » est incontestablement le choix le plus neutre, mais « pédagogiquement peut-être pas le plus habilité... ». Les autres pays, comme le Canada, recourent plutôt à une personne de confiance dans le secteur médical qui s'occupe de l'intervention.

L'ORK déplore cependant que l'article 313-1 limite clairement le recours à la PMA aux époux et aux partenaires au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenaires.

Malheureusement l'ORK comprend, en lisant le nouvel article 313-1 du projet de loi, que le législateur limite la procréation assistée par don entre une femme et un homme. La réalité est telle que des couples de même sexe recourent également à la PMA. L'hypothèse d'une PMA par des parents de même sexe ne semble pas envisagée par le présent projet de loi, puisque le texte parle « de paternité » et non pas de deuxième « maternité » ou de « parentalité »². L'ORK suggère de changer les termes,

¹ Fin de la citation

² Alinea 5 du même article

puisque'il faut bien admettre que de tels enfants existent. La nouvelle loi sur la réforme du mariage a clairement supprimé les notions de « père » et « mère » et les a remplacé par « parents ». Avec ce texte, il n'est pas clair qu'en cas de crise et séparation d'un couple de femmes, la deuxième femme qui n'a pas porté l'enfant, puisse continuer à exercer sa responsabilité envers l'enfant levé ensemble.

L'ORK estime que depuis l'adoption du projet de loi 6172A sur la réforme du mariage il faut faire attention de ne pas faire de différence entre enfants adoptés et enfants issus d'une PMA.

Dans le même ordre d'idées les articles 342-6 et suivant prévoient en détail une action à fins d'aliments à l'encontre d'un père, mais non pas à l'encontre d'une deuxième mère pex.

3) L'ORK félicite le législateur qu'il retient enfin le principe de la recherche de maternité dans son article 333. Nous rappelons que ce principe n'aura cependant aucun effet aussi longtemps qu'on ne prévoit pas une structure, respectivement une procédure permettant/facilitant à tout enfant de connaître ses origines. Cet organisme pourrait être le même pour les enfants nés d'une PMA que celui qui collecterait les informations relatives aux accouchements sous x pour les enfants adoptés. L'ORK rejoint dans cet ordre d'idées l'avis complémentaire du Conseil du 4 juin 2013 sur le projet 6172A, qui recommande de procéder à une réforme globale de l'adoption et de réfléchir sur le maintien de la dualité des régimes d'adoption. Le régime de l'adoption plénière ne va pas à l'encontre de la levée de l'anonymat revendiquée par l'ORK depuis de nombreuses années pour les raisons décrites et citées dans son rapport de 2012. L'ORK approuve de ce fait la proposition du Conseil d'Etat³ de mettre en place, à l'instar de la loi française n°2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, un dispositif permettant à l'adopté de lever le secret sur les origines.

4.) L'ORK regrette ensuite que le projet de loi ne prévoit pas de régime juridique pour les enfants nés « d'une mère porteuse ». La déclaration de nullité d'une telle convention de gestation pour autrui retenue dans l'article 342-11 ne résout pas le problème, puisque de tels enfants existent. Cette nullité d'ordre public est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. La nullité empêche d'établir un lien de filiation tant par le moyen de l'adoption que par celui de la transcription d'un acte de naissance valablement établi dans un pays étranger. L'enfant est de ce fait privé d'acte d'état civil indiquant son lien de filiation, y compris celui de son père biologique. Est-ce que le couple pourrait-il tenter une action en possession d'état pour établir la filiation ? Notons que la Jurisprudence française est très stricte en la matière. L'insécurité juridique autour d'un tel enfant peut avoir des conséquences dramatiques pour son développement futur. Notons qu'avec le texte ainsi proposé, la femme qui accouche d'un enfant, que celui-ci soit ou non issu de ses propres gamètes, est juridiquement considéré comme la mère. Quant à la filiation paternelle, elle dépend de l'état civil de la mère porteuse. Si celle-ci n'est pas mariée, le père d'intention peut reconnaître l'enfant avec l'accord de son épouse. Si la mère porteuse est mariée, le conjoint n'est heureusement plus considéré comme le père de l'enfant.

La pratique de la gestation pour autrui existe déjà dans de nombreux pays, incitant quantité de couples de notre pays au tourisme procréatif. Du fait des variations de législations, le tourisme procréatif pose le problème, comme indiqué plus haut, de la transcription sur les actes d'état civil, d'actes de naissance effectués à l'étranger. Ce tourisme procréatif ne pose pas que des problèmes juridiques mais aussi des problèmes éthiques concernant les méthodes utilisées par certaines agences lors de ces gestations pour autrui. En Belgique ; il existe un projet de décret qui oblige le couple d'intention et la gestatrice de négocier une convention qui les liera devant le notaire et avec la présence des avocats. Cette convention va mettre en place tous les droits et devoirs de chaque partie. Elle réglera aussi le problème administratif de

³ Avis complémentaire 6172A5

l'enfant. En effet, en permettant le recours à un accouchement sous X dans le cas de la GPA, le projet de décret considère le couple d'intention comme étant les parents légaux de l'enfant à naître sans toutefois oublier la gestatrice en créant un nouveau statut dans l'acte de naissance, celui de gestatrice. Ce même projet de décret prévoit également des moyens pour éviter les dérives. Il condamne l'une ou les deux parties en cas de fraudes ou pratiques illégales et encadre les différents cas particuliers qu'une GPA pourrait entraîner, telles que les grossesses multiples, les pathologies fœtales graves ou maternelles.

L'ORK ne pense pas seulement aux intérêts généalogiques et successoraux, mais surtout à ses aspects génétiques. Il est dommage que le législateur n'ait pas profité de l'occasion pour modifier et simplifier les procédures d'adoption pour de telles situations.

5) Le nouvel article 324 reprend la condition de « viabilité pour l'ouverture d'une action en filiation. L'ORK rend attentif au fait qu'il n'existe toujours pas de définition unanime de la notion « viable ». Selon les critères de l'OMS (Organisation Mondiale de la Santé) un enfant est viable à partir de 20 semaines de grossesse ou 22 semaines d'aménorrhée et selon la loi luxembourgeoise sur la protection de la femme enceinte du 20.06.1977 il faut une gestation supérieure à 6 mois. Les différences d'interprétations avaient porté problème en matière d'inscription sur les registres de l'état civil, lorsque des officiers d'état civil avaient refusé de donner un nom à un bébé décédé. Monsieur Luc FRIEDEN, ministre de la Justice, avait répondu à la question parlementaire n°2775 du 25 août 2008 de Monsieur le Député Gilles ROTH : « Vu le libellé très large, cette inscription est possible pour tous les enfants morts-nés, y compris le fœtus de 16 à 22 semaines. »

6) En dernier lieu, l'ORK félicite le législateur d'avoir introduit un article conforme à l'esprit de la Convention Internationale de l'Enfant et qui illustre bien le changement de mentalité tant réclamé. Le nouveau article 342-5 prévoit que le tribunal « peut, dans l'intérêt de l'enfant, fixer les modalités des

relations de celui-ci avec la personne qui l'élevait, y compris accorder un droit de visite à cette personne. »

En effet, l'ORK est régulièrement saisi pour des problèmes d'exécution du droit de garde et des droits de visite pour un enfant entre parents séparés. Un couple de même sexe pex, qui a élevé un enfant ensemble, constitue pour l'enfant sa famille. Aujourd'hui le parent qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant, est écarté facilement de la vie d'un enfant.

L'ORK estime que le cadre légal doit suivre l'évolution de la société, là où la famille se conjugue au pluriel, au-delà des schémas traditionnels. Les recommandations relatives au projet de loi peuvent donc être résumées ainsi :

-Le recours à la PMA devrait être possible pour tous les couples, hétérosexuels, homosexuels, mariés, pacsés ou non.

-L'anonymat quant à l'origine biologique devrait être levé pour les enfants issus d'une PMA et d'un accouchement sous X. Cette levée devrait bien sûr être réglementée dans le respect des droits de toutes les parties, parents et enfants.

-Tout enfant a droit à une identité et donc même un enfant né d'une gestation pour autrui. L'ORK ne peut tolérer la simple nullité d'une telle convention selon le principe que la fraude corrompt tout.