

Thèmes

Commentaires

Actes

# LA PROCRÉATION POUR TOUS ?

Sous la direction d'Astrid Marais

DAJLOZ

# **La procréation pour tous ?**

# La procréation pour tous ?

Sous la direction de :  
**Astrid Marais**

Avec les contributions de :

Véronique Amice	Petra Hammje
Damien Beauvillard	Stéphanie Hennette-Vaucher
Nathalie Blanc	Astrid Marais
Yann Favier	Denis Mazeaud
Christèle Fraïssé	Caroline Mecary
Inès Gallmeister	Sophie Paricard
Philippe Guez	Morgane Piraud
Florence G'Sell	Gildas Roussel

**DALLOZ**

2015



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20 rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

# DALLOZ

31-35 rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 315-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© ÉDITIONS DALLOZ – 2015  
ISBN : 978-2-247-15242-1

# Sommaire

## **1 Présentation des techniques de l'assistance médicale à la procréation**

*Véronique Amice, Médecin, praticien hospitalier, responsable de la Biologie de la reproduction et de l'Aide médicale à la procréation et membre du comité d'éthique du CHU de Brest*  
*Damien Beauvillard, Médecin, assistant hospitalo-universitaire en Biologie de la reproduction, Service de cytogénétique et BDR du CHU de Brest*  
*et Morgane Piraud, Juriste, administratrice de l'Espace régional éthique de Bretagne, CHU de BREST*

## Première partie. **L'insémination artificielle ouverte à toutes les femmes ?**

### **13 L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes : en droit de la bioéthique... la révolution n'aura pas lieu**

*Sophie Paricard, Maître de conférences HDR à l'Université Toulouse 1-Capitole, CUFJF J-F Champollion, Albi, Institut de droit privé (EA 1920)*

### **31 Ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : la boîte de Pandore ?**

*Inès Gallmeister, Maître de conférences à l'Université de Bretagne Sud*

### **43 La procréation *post mortem* ouverte aux veuves ?**

*Nathalie Blanc, Professeur à l'Université Paris 13 – Paris Nord, Sorbonne Paris Cité*

- 55 Procréation et filiation : déconstruction dans le droit de la parenté**  
Yann Favier, *Professeur à l'Université Jean-Monnet (Saint-Étienne), Centre de recherche critique sur le droit (CNRS, UMR 5137)*
- 69 L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé**  
Philippe Guez, *Professeur à l'Université de la Polynésie française, directeur-adjoint du département droit-économie-gestion, membre du GDI (laboratoire Gouvernance et développement insulaire – EA 4240) et du CEJEC (Centre d'études européennes et comparées – EA 2320, Université Paris Ouest – Nanterre – La Défense)*
- 87 Réflexion psychosociale sur les recherches en psychologie concernant les enfants élevés en contexte homoparental**  
Christèle Fraïssé, *Maître de conférences en psychologie sociale à l'Université de Brest, Centre de recherches en psychologie, cognition et communication (CRPCC, EA1285)*

## Deuxième partie. **La maternité pour autrui ouverte à tous les couples ?**

- 101 Légaliser la gestation pour autrui au nom de la dignité ?**  
Caroline Mecary, *Avocate au barreau de Paris, Ancien membre du Conseil de l'Ordre*
- 121 Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ?**  
Astrid Marais, *Professeur à l'Université de Bretagne occidentale (UBO)*
- 143 Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui**  
Stéphanie Hennette-Vauchez, *Professeur de droit public à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense, Centre de théorie et analyse du droit – CREDOF (UMR 7074)*
- 163 Sanctionner le tourisme procréatif ?**  
Gildas Roussel, *Maître de conférences à l'Université de Bretagne occidentale, Centre de recherche en droit privé (EA 3881)*

- 175 Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui**  
**Aspects de droit international privé**  
*Petra Hammje, Professeur à l'Université de Nantes, Institut de recherche en droit privé (IRDP)*
- 195 La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis**  
*Florence G'ssell, Professeur à l'Université de Lorraine*

### Troisième partie. **Propos conclusifs**

- 219 Rapport de synthèse**  
*Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)*

# L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes : en droit de la bioéthique... la révolution n'aura pas lieu

Sophie Paricard  
Maître de conférence HDR  
à l'Université Toulouse 1-Capitole,  
CUFR J-F Champollion, Albi,  
Institut de droit privé (EA 1920)

Le tourisme procréatif<sup>1</sup> est aujourd'hui au cœur du débat juridique et devrait y rester au regard de l'effondrement de l'adoption internationale<sup>2</sup> si la loi relative à l'assistance médicale à la procréation n'est pas assouplie. C'est en effet la rigueur de la législation française qui est à l'origine de ce tourisme, quelle que soit finalement la qualification juridique attribuée aux comportements refusant de s'y soumettre. Et ce tourisme procréatif semble difficile à endiguer tant le désir d'enfant est violent et tant la décision d'en punir les acteurs directs que sont les parents semble vouée à l'échec<sup>3</sup>.

Lorsqu'on relit la thèse de Vidal, la fraude, le contournement de la loi, est une « offense au droit<sup>4</sup> » et les naturalisations suisses faites pour divorcer à une époque où le divorce était interdit étaient véritablement vécues comme telle par l'ensemble des protagonistes. Aujourd'hui, le désir d'enfant, moteur de ce comportement, apparaît tellement légitime dans notre société que son carac-

---

1. J.-J. Lemouland, « Le tourisme procréatif », *LPA* 28 mars 2011, p. 24. L'expression a depuis été utilisée par la doctrine. V. not. F. Monéger, « Rapport de synthèse », in F. Monéger, *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, Société de législation comparée, coll. « Colloques », 2011, p. 19 ; H. Fulchiron, « Du tourisme procréatif », in R. Sève, *La famille en mutation*, *Archives phil. dr.*, t. 57, 2014, p. 329.

2. V., Ined, « L'adoption internationale dans le monde : les raisons du déclin », *Populations et Sociétés* févr. 2015, n° 519.

3. V. la contribution de G. Roussel dans le présent ouvrage, « Sanctionner le tourisme procréatif ? ».

4. J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, 1957, p. 11.



tère transgressif est quasiment inexistant. La décision d'accomplir un tel voyage relève même certainement plus d'une réflexion personnelle au regard de sa propre conscience que d'un raisonnement fondé sur la normativité du comportement. En Occident, grâce à une planification rationalisée des enfants, « la montée en puissance de la naissance désirée [...] devient la norme sociale de reproduction de l'espèce humaine<sup>5</sup> » et le droit positif applicable en la matière devient quasiment une donnée secondaire. On est là au cœur de la problématique selon laquelle l'activité technique, notamment celle liée au désir d'enfant, ne semble connaître que des limites précaires.

La Cour européenne des droits de l'homme alimente cette sensation de légitimité. Elle décide en effet de déclarer conventionnelles des législations prohibitives en matière d'avortement<sup>6</sup> ou d'assistance médicale à la procréation<sup>7</sup> en se fondant sur le fait que ces législations n'interdisent pas à leurs ressortissants de se rendre dans un autre pays plus permissif. Le voyage pour assouvir son désir par rapport à l'enfant, que ce soit un désir de ne pas en avoir ou d'en avoir, est par là même légitimé puisque sa possibilité est une condition de la conventionnalité d'une législation interdisant de l'assouvir.

La loi du 17 mai 2013 participe évidemment à cette dynamique. En ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et par voie de conséquence leur accès à la parenté *via* le mécanisme de l'adoption de l'enfant du conjoint, cette loi encourage incontestablement les pratiques transfrontières<sup>8</sup>. Ce risque que l'adoption de l'enfant du conjoint n'incite à la délocalisation procréative a d'ailleurs constitué l'un des griefs du recours parlementaire devant le Conseil constitutionnel. Mais cet argument fut balayé par celui-ci qui affirma que « l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité<sup>9</sup> ».

Certes, pendant longtemps, la Cour de cassation a refusé de donner effet à ce voyage pour avoir un enfant, en invoquant, alternativement ou ensemble, les éléments protecteurs de l'ordre juridique, la fraude, les principes essentiels de l'ordre public international, l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes<sup>10</sup>. Mais, outre l'adoption de cette loi nouvelle qui change la donne juridique, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné cette position, inversant la perspec-

5. J.-P. Pierron, « Procréation, filiation et civilisation technologique, Introduction », in H. Fulchiron et J. Sosson (dir.), *Parenté, Filiation, Origines*, Bruylant, 2013, p. 13.

6. CEDH 16 déc. 2010, A, B, C *c/ Irlande*, *Dr. fam.* 2011, n° 36, p. 29.

7. CEDH 3 nov. 2011, S. H. et autres *c/ Autriche*, *AJDA* 2012. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske ; *AJ fam.* 2011. 608, obs. A. Mirkovic ; *RTD civ.* 2012. 283, obs. J.-P. Marguénaud, la Cour, si elle n'a pas condamné l'Autriche, a néanmoins retenu que : « 114. [...] À cet égard, la Cour observe que le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche. »

8. L. Brunet, J. Sosson, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in *Parenté, Filiation, Origines*, *op. cit.*, p. 41.

9. Cons. const. 17 mai 2013, *AJ fam.* 2013. 332, étude F. Chénéde.

10. V., M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris, Fayard, 2013.

tive<sup>11</sup>. Plutôt que de protéger la cohérence d'un ordre juridique, la Cour européenne observe l'intérêt de l'enfant et condamne la position française sur ce fondement. Elle incite la France à faire évoluer sa position afin de se conformer à l'intérêt de l'enfant, relativisant l'ensemble des principes autrefois invoqués.

C'est ainsi qu'après une période de flottement judiciaire après l'adoption de la loi du 17 mai 2013, dans deux avis du 22 septembre 2014<sup>12</sup>, la Cour de cassation permet l'adoption de l'enfant du conjoint, mais uniquement dans le cadre d'un couple de femmes. L'adoption de l'enfant du conjoint simplement conçu à l'étranger est donc aujourd'hui possible et deux femmes mariées ensemble peuvent ainsi établir un double lien de filiation matrilineaire avec l'enfant issu de leur projet parental réalisé à l'étranger, au plus près, en Espagne, en Belgique ou aux Pays-Bas<sup>13</sup>.

Il peut alors sembler « hypocrite d'autoriser l'adoption et non l'accès à l'AMP pour les couples de femmes<sup>14</sup> ». Il paraît en tout cas légitime dans un tel contexte de se demander si le temps n'est pas venu d'assouplir la législation française en ce sens. Cette réforme avait d'ailleurs été évoquée au moment des débats sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. Même s'il n'était pas prévu d'élargir l'accès à l'AMP lors du dépôt à l'Assemblée nationale du projet de loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe, des amendements avaient été annoncés par certains, telle la sénatrice Esther Benbassa qui avait déposé le 27 août 2012 une proposition de loi pour permettre notamment l'accès de l'AMP aux couples de femmes<sup>15</sup>.

Et là, un débat récurrent se profile qu'il convient d'éclaircir. La procréation artificielle constitue-t-elle « un moyen subsidiaire de remédier médicalement à une déficience naturelle ou au contraire représente-t-elle un mode alternatif de reproduction que la technique moderne offrirait à la libre décision des individus<sup>16</sup> » ?

Voilà déjà la question que posait Mme Labrusse-Riou au fameux colloque « Génétique, procréation et droit » tenu en 1985 à la demande du gouvernement afin de réfléchir sur les questions posées par l'immense progrès des sciences en ce domaine.

Cette question nous ramène à cette problématique fondamentale posée par M. Hamburger lors de cette même manifestation. La plus belle audace de l'homme a été de se révolter contre les lois de la nature qui ont pour but unique la survie de l'espèce, en prônant la défense de l'individu, « ces lois, dont le succès fut basé en

11. CEDH 26 juin 2014, *M. c/ France*, RDSS 2014. 887, note C. Bergoignan-Esper ; CEDH 26 juin 2014, *Labassée c/ France*, AJ fam. 2014. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD civ. 2014. 617, obs. J. Hauser.

12. Avis n° 15011 et 15010 du 22 sept. 2014, D. 2014. 1876, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

13. Sur ces pratiques, M. Gross, « Ouvrir l'AMP aux couples de femmes ? », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, EHESS, 2013, p. 103 s.

14. A.-M. Leroyer, « L'enfant d'un couple de femmes », D. 2014. 2031.

15. Proposition de loi visant à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe et à l'ordonnement des conditions de leur parenté, Sénat, n° 745, session 2011-2012, 27 août 2012.

16. C. Labrusse-Riou, in *Actes du colloque « Génétique, procréation et droit »*, Actes Sud, 1985, p. 40.

définitive sur une amoralité totale<sup>17</sup> ». Il s'agit alors de s'interroger : « Quelle ambition finale est la nôtre dans cette rébellion contre les lois naturelles ? » Quant à la procréation médicalement assistée, il s'agit ainsi de poser la limite au désir d'enfant que la médecine permet désormais de satisfaire à l'égard de tous.

Tandis que l'ouverture de l'AMP aux femmes célibataires, aux veuves, et l'autorisation de la gestation pour autrui constituent des questions largement débattues au sein de ce colloque<sup>18</sup>, celle de l'ouverture de la procréation aux couples de femmes est rarement évoquée, la demande apparaissant alors relativement marginale<sup>19</sup>. M. David expose ainsi que seuls trois couples de femmes homosexuelles ont formulé une demande d'AMP auprès des Cecos depuis leur création en 1973<sup>20</sup>. Et M. Robert est le seul juriste à envisager de telles demandes pour rapidement les exclure, considérant avec méfiance le refus de la procréation naturelle avec un homme<sup>21</sup>. Ouvrir l'AMP à tous ne suppose alors absolument pas de l'ouvrir aux couples de même sexe. Pourtant, déjà, par le biais des questions précitées et notamment l'ouverture aux femmes célibataires, la frontière entre une AMP médicale et une AMP de convenance est déjà largement présente. Le fameux droit à l'enfant est déjà dénoncé en ce qu'il impliquerait « que toute personne soit libre, en toutes circonstances, de faire naître un enfant sans père ou sans mère<sup>22</sup> ».

Le choix opéré dans les lois dites « bioéthiques » de 1994, inspiré du rapport Braibant<sup>23</sup>, fut de s'inscrire dans la continuité des règles de bonnes pratiques érigées par les Cecos et de calquer les conditions d'accès à l'AMP sur celles régissant la procréation naturelle. L'AMP est en conséquence présentée comme une réponse médicale à un problème médical et sa finalité première est de pallier la stérilité d'un couple. Les conditions sociales requises par rapport à ce couple sont ainsi déterminées en lien avec cette indication médicale : les membres du couple doivent être de sexe différent, vivants et en âge de procréer.

La cause médicale de l'assistance médicale à la procréation (AMP) est très marquée dans le texte, notamment par la redondance des termes à connotation médicale : remédier, infertilité<sup>24</sup>, caractère *pathologique médicalement diagnostiqué*.

Cette surenchère médicale autour de l'AMP s'explique justement par la volonté de refuser la procréation dite « de convenance » répondant non aux lois de la nature, mais à celle du désir des individus. La perspective du tendancieux « droit à l'enfant » dénoncé par le rapport Braibant<sup>25</sup> a effrayé les parlementaires :

17. J. Hamburger, *ibid.*, p. 39.

18. V. l'intervention de M. Forni, *ibid.*, p. 66.

19. V., G. David qui évoque rapidement les demandes de quelques couples de femmes lorsqu'il retrace l'histoire des Cecos, *ibid.*, p. 33.

20. G. David, « Don et utilisation du sperme », *ibid.*, p. 223.

21. J. Robert, *ibid.*, p. 371.

22. Rapp. Braibant, Études du Conseil d'État, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit, notes et études documentaires*, Doc. fr., 1988, n° 4855, p. 52.

23. *Ibid.*

24. Le terme d'« infertilité » a en effet été préféré à celui de « stérilité » pour sa plus forte connotation médicale. M. Mattéi estimait en effet que le terme de « stérilité » était plus littéraire.

25. Rapp. préc., p. 52.

« Prenons garde à ne pas dériver vers une assistance médicale à la procréation de convenance ! » s'exclama par exemple un député<sup>26</sup>.

On en veut pour preuve que le projet de loi initial prévoyait bien en conséquence que la procréation médicalement assistée devait avoir pour objet exclusif de remédier à la stérilité médicalement constatée d'un couple<sup>27</sup>. Mais M. Kouchner, alors ministre de la Santé et de l'Action humanitaire, a insisté lors des débats parlementaires : il fallait « essayer d'éliminer les procréations médicalement assistées par convenance<sup>28</sup> ». Le gouvernement a alors présenté un sous-amendement qui fut adopté afin de renforcer le caractère médical des indications de la procréation médicalement assistée. Aucune modification de fond n'est apportée au texte, mais le changement de vocabulaire est révélateur de cette volonté d'écarter la convenance personnelle : il est substitué à l'expression « médicalement constaté » les mots « dont le caractère pathologique a été médicalement constaté<sup>29</sup> ».

Et c'est en effet le caractère médical de l'AMP qui a été dégagé pour éviter cette fameuse procréation de convenance. On a ainsi pu écrire, par la seule vertu du raisonnement, que, « qualifiée d'acte médical, la fécondation *in vitro* ne peut être accordée que sur indication médicale, ce qui exclut *a priori* les indications de convenance<sup>30</sup> » ou déduire de l'examen de la cause médicale que « la procréation assistée de convenance est donc, pour l'heure, écartée<sup>31</sup> ».

Mais, depuis la reconnaissance sociale du couple homosexuel par le biais du pacte civil de solidarité en 1999, ce droit à l'enfant est également revendiqué par les couples homosexuels. Le rapport rendu cette année-là par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur l'application de la loi du 29 juillet 1994 évoque ainsi cette nouvelle demande, mais pour l'écarter également, invoquant là encore la convenance personnelle : « Ces conditions excluent la satisfaction de demandes de pure convenance personnelle, celle de personnes seules notamment ou bien encore de couples homosexuels<sup>32</sup>. » Car, bien évidemment, l'infécondité du couple homosexuel n'est pas pathologique puisqu'elle est inhérente à l'orientation sexuelle des intéressés, et « on retrouve inévitablement la question clé, qu'on peut brutalement poser [à propos de l'AMP] : thérapeutique ou convenance<sup>33</sup> ? ».

26. M. Périssol, Ass. nat., 2<sup>e</sup> séance du 13 avr. 1994, JOAN, p. 814.

27. Ass. nat., 2<sup>e</sup> séance, JOAN 25 nov. 1992, p. 5966.

28. Ass. nat., *ibid.*, p. 5973.

29. Un auteur a aussi souligné cette volonté législative d'écarter la convenance personnelle : v., I. Florentin, « Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître », in C. Labrusse-Riou (dir.), *Le droit saisi par la biologie*, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », 1996, n° 16, p. 115.

30. I. Florentin, art. préc., n° 10, p. 113.

31. F. Terré, D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1996, rééd. 1999, n° 958, p. 806.

32. *L'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rapp. par A. Clayes et C. Huriet, OPECST, 1999.

33. J. Hauser, « L'assistance médicale à la procréation, Libres propos », in *La famille en mutation*, *op. cit.*, n° 4, p. 376.

C'est alors pour renforcer encore le caractère médical de l'AMP et endiguer ces demandes dites « de convenance » émanant cette fois-ci de couples de même sexe et notamment de couples de femmes que le législateur est encore intervenu par la loi du 7 juillet 2011. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 2141-2 qui énonçait depuis 1994 que l'AMP « est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple » a en effet été considéré comme ouvrant une brèche vers le droit à l'enfant<sup>34</sup>, et en conséquence abrogé. Cette réforme a été faite en accord avec les propositions de rapport final des états généraux de la bioéthique selon lesquelles l'AMP devait être d'abord considérée comme « une réponse médicale à l'infertilité naturelle<sup>35</sup> ». L'objectif ainsi réaffirmé de l'AMP est « de remédier à une infertilité médicale et non à une infertilité sociale qui donnerait une assise à un droit à l'enfant<sup>36</sup> ».

L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes est alors souvent présentée comme une profonde mutation de l'AMP en ce que le changement d'objet de l'AMP serait majeur et radical<sup>37</sup>. Il constituerait une « rupture avec l'indication médicale de l'assistance médicale à la procréation<sup>38</sup> ». Ce serait la disparition du caractère thérapeutique, ce ne serait plus une « assistance à », mais « un mode alternatif de procréation<sup>39</sup> ». Il n'y aurait là « aucune infertilité mais seulement un désir d'enfant<sup>40</sup> » et « il serait donc demandé [...] de mettre la technique scientifique [...] au service d'aspirations individuelles liées à un mode de vie et non à une impossibilité de procréer<sup>41</sup> ».

S'il n'est pas question de nier ce changement fondamental qui ouvrirait l'AMP au couple de femmes en droit de la famille en ce qu'il créerait un double lien de filiation matrilineaire détaché de l'adoption et participerait à déssexualiser la filiation, il convient tout de même de le relativiser en droit de la bioéthique. Il ne s'agit pas de la révolution annoncée. Si l'on s'attache en effet à préciser ce qu'il faut entendre par convenance, le constat semble aller dans le sens que la procréation de convenance existe déjà et qu'il n'y aurait pas donc pas là une évolution fondamentale (I). Mais surtout, le modèle d'AMP choisi en 1994 et affiné au cours des réformes successives ne serait pas fortement ébranlé par cette réforme (II).

34. V. ainsi « Étude d'impact », Projet de loi AN, n° 2011, 20 oct. 2010 relatif à la bioéthique, p. 74.

35. États généraux de la bioéthique, Rapp. final, p. 42.

36. B. Legros, *Droit de la bioéthique*, Les Études Hospitalières, 2013, n° 274.

37. V., H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homoparentale : étude d'impact », D. 2013. 100.

38. S. Gerry-Vernières, « L'assistance médicale à la procréation : continuité ou rupture », in *La famille en mutation*, op. cit., n° 10, p. 321.

39. F. Dekeuwer-Défossez, « L'extension du mariage aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* 2012/98, n° 4872, p. 56.

40. A. Mirkovic, « L'assistance médicale à la procréation, quelles modalités ? », in *La famille en mutation*, op. cit., n° 4, p. 447.

41. H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homoparentale », art. préc.

## I. UNE SIMPLE CONSOLIDATION D'UNE RÉALITÉ DÉJÀ PRÉSENTE, L'AMP DE CONVENANCE

Maury a utilisé l'image de la chaîne des motifs pour expliquer la cause en droit des obligations et cette métaphore permet de bien comprendre la notion de convenance personnelle<sup>42</sup>. En effet, sur cette chaîne de motifs, se trouvent logés entre les motifs légitimes, fondés sur un rapport objectif de nécessité, et les motifs coupables, les motifs relevant des désirs personnels, subjectifs par essence<sup>43</sup>. Ces motifs sont en principe indifférents au droit en ce qu'ils ne sont ni punissables, ni créateurs de bénéfices juridiques.

La convenance personnelle désigne donc « les motivations d'un comportement non coupable mais non nécessaire et [...] correspond à un désir personnel<sup>44</sup> ». Si l'on s'en tient à cette approche, l'AMP de convenance existe déjà doublement au sein de la législation actuelle. D'abord l'indication médicale de l'AMP, rempart affiché contre l'AMP de convenance, est aujourd'hui largement dévoyée. Mais surtout, plus structurellement, l'AMP n'est pas un acte médical thérapeutique. C'est déjà fondamentalement un acte médical répondant à un désir personnel, le désir d'enfant.

### A. LE DÉSIR D'ENFANT, FONDEMENT DE L'AMP

Le motif spécifique du recours à la procréation médicalement assistée semble se trouver uniquement dans un motif de santé, le motif légitime par excellence en ce qu'il est totalement extérieur à la volonté du sujet de droit<sup>45</sup>. Le recours à l'AMP n'apparaît pas ainsi être une alternative, un choix, mais une nécessité<sup>46</sup>, et par un raisonnement faussé répondrait ainsi aux lois de la nature. Pourtant, le recours à l'AMP ne se justifie fondamentalement pas par un motif de santé.

Le motif de santé conduit à l'acte médical traditionnel, c'est-à-dire un acte diagnostique ou curatif ayant pour finalité de guérir ou d'améliorer l'état de santé de la personne. L'effraction du corps, l'atteinte à l'intégrité physique de la personne, est alors traditionnellement une décision prise par le médecin ou une équipe médicale,

---

42. J. Maury, *RID comp.* 1951. 493. L'expression « chaîne de mobiles » est aussi utilisée en droit pénal, v. A. Yotoploulos-Marangopoulos, *Les mobiles du délit. Étude de criminologie et de droit pénal suisse et comparé*, LGDJ, 1974, n° 7, p. 20. Sur la figure de style qu'est la métaphore, v. M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF, coll. « Thémis Droit privé », 2001, p. 422 s., spéc. p. 425 : « La métaphore a ceci de particulier qu'elle permet de "condenser" une analogie. »

43. V. notre thèse, *La convenance personnelle*, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. de thèses », vol. 28, 2003, n° 341, p. 304.

44. *Ibid.*, n° 664, p. 562.

45. *Ibid.*, n° 290, p. 258.

46. *Ibid.*

en concertation avec le patient, en vertu de la liberté thérapeutique du médecin à partir d'une indication médicale précisément identifiée.

L'assistance médicale à la procréation n'est pas un acte médical traditionnel en ce qu'elle ne soigne pas la stérilité<sup>47</sup>. Ce n'est pas un acte thérapeutique et ne pourra jamais l'être. C'est un acte médical produisant un résultat tout autre que la guérison ou l'amélioration de la santé, c'est un acte produisant un enfant<sup>48</sup>. Et elle est d'ailleurs qualifiée depuis les débuts de « médecine de convenance ». Réserver l'enfant au couple hétérosexuel stérile n'est pas en effet substituer au désir d'enfant la nécessité d'un enfant, mais réserver la procréation médicale à ceux qu'une pathologie empêche de procréer ensemble. C'est réduire l'accès à l'AMP, mais non évincer son fondement, le désir d'enfant.

On en veut pour preuve que le désir d'enfant ne peut d'ailleurs que difficilement faire l'objet d'un contrôle de légitimité. Un enfant n'est jamais objectivement, c'est-à-dire médicalement, économiquement ou professionnellement nécessaire. Le rapport de nécessité étant absent, le contrôle sur les motivations de l'individu est impossible. La décision est trop intime pour être objectivement évaluée. On peut utilement rapprocher la convenance personnelle du *right of privacy*. Tous deux tendent à la même finalité : « *the right to be alone* », selon la formulation du juge Cooley<sup>49</sup>, le droit d'être protégé des regards indiscrets par l'opacité des motivations, c'est-à-dire le droit de prendre seul les décisions entrant dans cette sphère d'autonomie, sans aucun contrôle ni *a priori* ni *a posteriori*. C'est la convenance personnelle de l'individu qui prime<sup>50</sup>. Même les aptitudes éducatives des parents ne sont pas vérifiées. Aucune décision sociale ne vient donc sanctionner ce désir d'enfant qui ressort en conséquence de la convenance personnelle.

Or l'examen du droit positif met bien en lumière cette réalité au sein de la législation relative à l'AMP.

La loi a bien posé comme condition préalable un entretien précédant la décision de recourir à l'AMP entre les demandeurs et les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire du centre qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social (assistantes sociales et auxiliaires). Ces derniers doivent notamment vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple<sup>51</sup>, ce qui invite à penser que, contrairement à l'interruption volontaire de grossesse de convenance où le médecin n'a pas la mission de contrôler les motivations de la femme enceinte qui peuvent rester secrètes, les motifs peuvent être contrôlés. C'est ainsi que « l'assistance médicale à la procréation ne peut être mise en œuvre [...] lorsque le méde-

47. V., I. Théry, A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelles ? Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la famille*, O. Jacob, 2014, p. 190.

48. C. Labrusse-Riou, J.-L. Baudouin, *Produire l'homme : de quel droit ?*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1987.

49. Cooley on Torts, 2<sup>e</sup> éd., 1888, p. 29 ; 3<sup>e</sup> éd. mise à jour par J. Lewis, t. 1, 1906, p. 33.

50. V. *La convenance personnelle*, th. cit., n° 372 s.

51. CSP, art. L. 2141-10-1°.

cin, après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître ».

Mais la pratique permet de mesurer la portée de ces dispositions. En réalité, les médecins, comme le juge ou le notaire lorsque ces derniers doivent recueillir le consentement d'une insémination artificielle avec donneur<sup>52</sup>, se sentent mal à l'aise pour vérifier les motivations d'« un choix d'un couple parmi les plus importants de son existence [et] se trouver face à l'intimité la plus intime d'un couple, et en sa présence<sup>53</sup> ». Les médecins n'exercent pas de véritable contrôle de la motivation.

Même dans le cadre d'un don de gamètes, alors que des professionnels du droit sont sollicités, aucun contrôle réel n'est exercé sur le couple. Le juge ou le notaire ne font que recueillir son consentement à l'AMP et l'informer des conséquences de leur acte au regard de la filiation. Ces professionnels n'ont qu'un rôle d'information et d'enregistrement de la volonté des deux membres du couple, comme cela ressort parfaitement des travaux préparatoires<sup>54</sup>.

Le désir d'enfant n'est en aucun cas examiné, pesé, apprécié. L'État ne s'immisce pas dans la décision de mettre au monde un enfant. Le seul fondement du désir d'enfant est la relation sentimentale qui unit le couple dont l'enfant doit être la matérialisation<sup>55</sup>. L'indication médicale de l'AMP n'est donc qu'une façon de cantonner l'accès à l'AMP sans évincer la convenance personnelle. D'ailleurs, même dans le rôle qu'on veut lui faire jouer – réserver l'AMP à des couples stériles –, l'indication médicale échoue, tant le désir d'enfant est difficile à endiguer.

## B. LE DÉVOIEMENT DE L'INDICATION MÉDICALE

Quand se termine le domaine de la maladie dont il faut corriger les effets et quand commence celui de la convenance personnelle ? La frontière officiellement posée par la loi, et déjà fortement remise en cause par les raisonnements précédents, n'est pas aussi étanche qu'elle paraît<sup>56</sup>.

52. Pour une démonstration de ce malaise et finalement de l'inutilité d'une telle procédure, voir la deuxième enquête contenue in M. Gobert (dir.), *Médecine, bioéthique et droit. Questions choisies*, Economica, 1999, « Le consentement du couple en cas de procréation médicalement assistée avec donneur », p. 115 s, not. p. 133 s.

53. M. Gobert, in *Médecine, bioéthique et droit. Questions choisies, op. cit.*, préface, p. VIII. Cet auteur utilise cette expression à propos de l'insémination artificielle avec don de sperme mais nous ne croyons pas dénaturer son propos en l'élargissant à la technique même de fécondation *in vitro*.

54. M. Mattéi, Ass. nat., séance du 19 avr. 1994, JOAN 20 avr. 1994, p. 951.

55. En n'exigeant aucun statut matrimonial particulier, la loi offre l'accès à l'AMP à toutes sortes de couples, bien sûr au couple adultérin et, plus gravement, au couple incestueux. En ce sens, C. Neirinck, « Le couple et la procréation médicalement assistée », LPA 13 août 1999, p. 7 ; B. Le Feuillet-Mintier, *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, Actes des journées d'études des 5 et 6 déc. 1996 organisées par le LERADP, LGDJ, 1997, p. 221.

56. V. déjà A.-M. Leroyer, « L'accès à l'assistance médicale à la procréation. Quelles modalités », in *La famille en mutation, op. cit.*, n° 11, p. 432.



L'AMP a d'abord beaucoup évolué depuis ses débuts, connaissant une progression sans précédent. En vingt ans, entre 1986 et 2005, le nombre de cycles de fécondations *in vitro* a été multiplié par 5, passant de 10 000 à 50 000<sup>57</sup>. C'est notamment le développement d'une nouvelle technique depuis 1996, l'ICSI, qui explique ce phénomène. Constituant une nouvelle étape dans l'AMP en ce qu'elle transperce la membrane cytoplasmique pour introduire le spermatozoïde au cœur de l'ovule, cette méthode aujourd'hui majoritairement utilisée a renforcé l'efficacité de la fécondation *in vitro* et donné un espoir à de nombreux hommes stériles, à tel point que l'on a pu évoquer « la fin de la stérilité masculine<sup>58</sup> ». Les chiffres sont éloquentes. Actuellement, 15 % des couples en âge de procréer consultent pour infertilité<sup>59</sup> et le chiffre des enfants nés d'une AMP ne cesse de progresser : alors qu'un enfant sur 100 naissait d'une AMP en 1994<sup>60</sup>, un enfant sur 35 en est issu en 2012<sup>61</sup>.

Cette formidable progression de l'AMP cache une mutation plus discrète, celle de ses indications. L'indication de l'AMP n'est plus totalement médicale.

L'infertilité au fondement de l'AMP devrait être reliée au diagnostic d'une pathologie, comme l'imposent les termes mêmes du texte, mais ce n'est pas toujours le cas, bien au contraire. La notion même d'infertilité utilisée dans le texte contient en germe une dérive dans l'application du texte. Il y a évidemment des causes pathologiques d'infertilité qui sont diagnostiquées avec précision chez l'un des membres du couple et anéantissent tout espoir de grossesse, comme l'endométriose chez la femme ou le syndrome de Kartagener chez l'homme. Ce sont là de véritables infertilités pathologiques médicalement diagnostiquées. Mais tel n'est pas toujours le cas : dans un certain nombre de cas, l'infertilité n'est pas diagnostiquée chez l'un ou l'autre des membres du couple. Il s'agit plus exactement d'une hypofertilité ou même d'une infertilité inexplicite.

L'infertilité peut en effet se définir comme « l'incapacité pour un homme et une femme en couple d'obtenir une naissance (vivante) souhaitée<sup>62</sup> ». Donc, même si l'infertilité est un état qui existe indépendamment des tentatives effectuées pour concevoir, elle se détecte à partir de tentatives restées infructueuses. Et c'est ainsi que « la définition "médicale" la plus fréquente d'infertilité est le fait de ne pas avoir eu de conception après 12 ou 24 mois de tentatives<sup>63</sup> ».

La définition de l'infertilité a donc « l'inconvénient d'englober [...] une majorité de cas d'hypofertilité, c'est-à-dire de couples ayant des chances réduites – mais

57. Rapp. d'activité annuel, AMP, Agence de la biomédecine, 2012, p. 50.

58. « L'ICSI : la fin de la stérilité masculine ? », in *Médecine, bioéthique et droit*, dir. M. Gobert, *op. cit.*, p. 3.

59. Inserm, Agence de la biomédecine, *Les troubles de la fertilité. État des reconnaissances et pistes pour la recherche*, 2012, p. 53.

60. « Avis sur l'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation », Rapp. du CCNE, avis n° 42, 30 mars 1994.

61. Rapp. d'activité annuel, AMP, préc., p. 9.

62. Inserm, Agence de la biomédecine, Rapp. préc., p. 29.

63. *Ibid.*

non nulles – d'obtenir une grossesse<sup>64</sup> ». Il est ainsi intéressant de relever « que la proportion de couples restant sans grossesse au bout d'un an est actuellement de l'ordre de 15 à 20 %<sup>65</sup> » tandis qu'« on pourrait estimer à 3 % la proportion de couples totalement stériles<sup>66</sup> », chiffre jugé proche des estimations faites sur « des populations anciennes réputées normales<sup>67</sup> ». D'ailleurs, un nombre significatif de couples ayant bénéficié d'une AMP procréée naturellement par la suite<sup>68</sup>.

Or cette hypofertilité ne cesse de progresser, tant chez les hommes que chez les femmes. Chez les hommes, elle est principalement liée à la baisse de la qualité du sperme, attestée par de nombreuses études depuis le début des années 1990<sup>69</sup>, mettant en évidence une « diminution significative de la concentration spermatique<sup>70</sup> ». Et si la surveillance des indicateurs d'infertilité féminine est beaucoup moins avancée, « l'impact du recul de l'âge de la première maternité sur la prévalence de l'infécondité est unanimement reconnu<sup>71</sup> ». Il n'y a pas de critère d'âge défini par les textes mêmes relatifs aux conditions de l'AMP, ceux-ci se contentant d'évoquer « un couple en âge de procréer », mais l'assurance maladie rembourse le traitement contre l'infertilité jusqu'au jour anniversaire des 43 ans de la femme. Or la chute de la fertilité chez la femme est très importante après l'âge de 35 ans. On sait ainsi que la fécondité naturelle du couple est de 25 % pour un âge féminin de 25 ans, et que ce taux baisse de moitié après 35 ans et des trois quarts à 42 ans avec, en prime, 50 % de fausses couches spontanées à cet âge<sup>72</sup>.

Or, selon les derniers tableaux publiés par l'Agence de la biomédecine, 38,3 % des femmes qui bénéficient d'une IA intraconjugale ont plus de 35 ans<sup>73</sup>. En FIV en intraconjugal hors ICSI, 49,8 % des femmes ont plus de 35 ans<sup>74</sup>, tandis qu'en ICSI en intraconjugal, 44 % des femmes ont plus de 35 ans<sup>75</sup>. On peut donc estimer qu'en moyenne plus de 40 % des femmes qui recourent à l'AMP ont plus de 35 ans.

Et c'est ainsi que les causes le plus fréquemment évoquées pour expliquer l'augmentation du nombre de couples consultant pour infertilité sont l'âge plus tardif de l'homme et surtout de la femme désirant un enfant<sup>76</sup>. Cette évolution n'est pas endiguée, bien au contraire : la condition de durée de la vie commune autrefois imposée pour les couples non mariés demandeurs d'une AMP a été supprimée par

---

64. *Ibid.*

65. *Ibid.*, p. 34.

66. *Ibid.*

67. *Ibid.*

68. *Ibid.*, p. 64.

69. *Ibid.*, p. 37.

70. Cette baisse est de l'ordre de 1,9 % par an pour un homme de 35 ans dont la concentration moyenne est passée de 73 à 50 millions de spermatozoïdes/ml. V., Inserm, Agence de la biomédecine, Rapp. préc., p. 37.

71. *Ibid.*, p. 44.

72. P. Merviel et al., « Pour la pratique des inséminations intra-utérines après l'âge de 35 ans chez les femmes », *Gyn, Obst et Fert.* 2010, p. 283-289.

73. Agence de la biomédecine, Rapp. d'activité annuel, préc., tableau, p. 20.

74. *Ibid.*, tableau, p. 22.

75. *Ibid.*, tableau, p. 26.

76. Inserm, Agence de la biomédecine, Rapp. préc., p. 53.

la loi du 7 juillet 2011 notamment parce qu'elle posait des difficultés lorsque la femme approchait ou dépassait 40 ans<sup>77</sup>.

De plus, les causes de stérilité non identifiées dites « idiopathiques » n'ont cessé de progresser ces dernières années. Selon les études les plus récentes, l'infertilité reste inexpliquée dans 20 à 30 % des couples<sup>78</sup>, et il apparaît alors que c'est le couple lui-même qui est infertile en tant que tel, l'infertilité résultant d'une hypofertilité de la femme associée à une hypofertilité de l'homme<sup>79</sup>.

Au-delà, dans la mesure où « en consultation, le médecin ne s'aventure pas fréquemment sur le terrain de la sexualité du couple<sup>80</sup> », certaines causes seraient liées à des troubles sexuels, voire à une abstinence sexuelle<sup>81</sup> fort éloignée de toute stérilité pathologique. Une étude estime ainsi que 10 % des infertilités masculines pourraient être dues au moins en partie à une défaillance sexuelle<sup>82</sup>.

On peut donc affirmer que dans plus de la moitié des couples recourant à l'AMP, aucun des membres du couple ne souffre d'une infertilité pathologique médicalement diagnostiquée, mais qu'ils n'ont simplement pas conçu ensemble un enfant. L'infertilité médicale semble avoir laissé une place à une autre forme d'infertilité qui n'est plus médicale. Certains ont ainsi légitimement pu imaginer accéder à l'AMP tel un faux couple hétérosexuel en réalité formé d'un homme et d'une femme homosexuels désirant un enfant<sup>83</sup>.

L'assistance médicale en prison est l'illustration parfaite et pourtant relativement officielle du dévoiement de cette indication médicale. L'assistance médicale à la procréation a en effet toujours été acceptée avec une certaine bienveillance, alors même qu'il n'était démontré aucune infertilité, et l'Académie de médecine continue de s'interroger en 2012 sur le point de savoir si elle doit être autorisée ou non, alors que cette pratique est manifestement contraire aux conditions médicales de l'AMP<sup>84</sup>.

Ce qui importe finalement dans le droit positif actuel est le désir d'enfant d'un couple hétérosexuel.

Le désir, la convenance personnelle est donc déjà au cœur de la législation actuelle. Il paraît donc acquis que l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes

77. V., B. Legros, *op. cit.*, n° 271.

78. V. Inserm, Agence de la biomédecine, Rapp. préc., p. 53.

79. Ainsi une étude réalisée par l'OMS dans les années 1990 parmi 8 500 couples infertiles a-t-elle retrouvé une étiologie féminine dans 37 % des cas, une étiologie masculine dans 8 % des cas, et une étiologie à la fois masculine et féminine dans 35 % des cas, v. Rapp., p. 53. Une autre étude française plus récente arrive à un chiffre proche (étiologie d'origine mixte dans 39 % des cas), v. Rapp., *ibid.*

80. S. Salama et al., « Sexualité et infertilité », *Gyn., Obst.et Fert.* 2012, n° 40, p. 780-783.

81. Ce qui concernerait 1 % de la population, *ibid.*

82. *Ibid.*

83. V., B. de Boysson, « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. fam.* 2013. Étude 25, n° 22.

84. Académie de médecine, « L'assistance médicale à la procréation en prison », Rapp. 12-10, *Bull. Acad. Natle Méd.* 2012, n° 196, n° 7, p. 1397-1421, séance du 23 oct. 2012.

ne constituerait pas la consécration de l'AMP de convenance, mais seulement sa consolidation. Cette réforme constituerait également une seule évolution du modèle d'AMP retenu par la loi en ce qu'elle ne le bouleverserait pas.

## II. LA PERMANENCE DU MODÈLE D'AMP RETENU PAR LA LOI

Le modèle d'AMP retenu par la loi repose sur deux aspects, le modèle parental (qui a accès à l'AMP ?) et le modèle technique (comment pratiquer l'AMP ?).

Le bouleversement annoncé repose sur le fait que le modèle parental retenu par le législateur serait profondément altéré en ce qu'il se détacherait du modèle de la procréation naturelle. Or ce modèle parental retenu par la loi ne repose pas uniquement sur la différence de sexe des demandeurs à l'AMP. D'autres éléments fondamentaux ont été érigés qui devraient persister (A).

De plus, tandis que certaines techniques d'AMP sont prohibées comme la gestation pour autrui ou le clonage, l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes a l'immense mérite par rapport à son ouverture aux couples d'hommes de s'inscrire justement dans les techniques déjà autorisées (B).

### A. UNE SEULE ÉVOLUTION DU MODÈLE PARENTAL

Le modèle de l'AMP est présenté aujourd'hui comme étant celui offrant à l'enfant un père et une mère sur le modèle de la nature. Mais ce n'est pas la seule idée qui compose le modèle parental proposé par la législation actuelle. D'autres idées fondamentales sous-tendent aujourd'hui l'AMP, qui ne devraient pas être remises en cause, mais au contraire même être renforcées par son ouverture aux couples de femmes.

La première idée, fondamentale, est que la femme qui accouche est la mère de l'enfant. Cette considération explique d'ailleurs que le don d'ovule n'ait aucun impact sur la filiation maternelle de l'enfant<sup>85</sup>. Et c'est évidemment cette idée fondamentale qui est relayée par la nullité de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui posée à l'article 16-7 du Code civil.

La deuxième idée au fondement de l'AMP est que l'enfant ou plus exactement l'embryon qui est à son origine doit pouvoir être rattaché biologiquement au couple demandeur à l'AMP, le rattachement biologique au couple se définis-

---

85. V. *infra*.

sant comme l'existence d'un lien biologique de l'embryon avec l'un quelconque des deux membres du couple.

C'est ainsi que dès lors que l'embryon ne peut être rattaché au couple parental, non seulement sa conception est interdite par le biais de la prohibition du double don de gamètes<sup>86</sup>, mais son importation s'il a été conçu à l'étranger également<sup>87</sup>. Dans 95 % des AMP, ce rattachement de l'embryon au couple est d'ailleurs maximal puisque les tentatives sont réalisées avec les gamètes des deux membres du couple<sup>88</sup>.

De plus, dès lors que l'embryon est susceptible de se rattacher biologiquement au couple, la demande d'AMP apparaît légitime tandis qu'en contrepoint l'absence de rattachement biologique au couple dans le cadre de la procédure exceptionnelle d'accueil d'embryon<sup>89</sup> jette immédiatement la suspicion sur la légitimité de la demande du couple<sup>90</sup>.

L'ouverture à un couple de femmes ne modifierait pas cette approche dans la mesure où la femme qui en accouche est la mère biologique de l'enfant. Le don d'ovule serait simplement dans cette hypothèse interdit.

La troisième idée qui sous-tend l'AMP est que l'enfant doit avoir deux parents. C'est ainsi que le couple, dans le cadre de ce projet d'enfant, est envisagé comme une entité indivisible. Les parents ne sont jamais envisagés spécifiquement dans leur individualité. Aucun entretien séparé avec l'un des membres du couple n'est envisagé par les textes alors même que le consentement à l'AMP est personnel et ne doit être suspecté d'aucun vice.

Cette réalité ressort particulièrement des textes actuels régissant le don de gamètes. Puisque la situation des deux membres du couple y est différente au regard de la vérité biologique du lien de filiation, seul le parent infertile devrait être concerné par ce processus, et même seulement le père infertile puisque la mère est toujours celle qui accouche. Le don d'ovule est à cet égard transparent juridiquement. Pourtant, les deux membres du couple sont invités à consentir ensemble à l'AMP devant un juge ou un notaire qui doit les avoir préalablement informés ensemble des conséquences de leur consentement sur la filiation. Et ces dispositions

---

86. CSP, art. L. 2141-3.

87. Seuls les embryons conçus avec les gamètes de l'un au moins des membres d'un couple et dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du Code civil peuvent entrer sur le territoire ou en sortir. Ces déplacements d'embryons sont exclusivement destinés à permettre la poursuite du projet parental de ce couple ; ils sont soumis à l'autorisation de l'Agence de la biomédecine (CSP, art. L. 2141-9).

88. Agence de la biomédecine, Rapp. préc., p. 3.

89. Cette procédure reste assez rare : seuls 136 transferts d'embryon ont été réalisés en 2012 en vue d'un accueil d'embryon, v. Agence de la biomédecine, Rapp. préc., p. 5.

90. L'accueil d'un embryon par un couple receveur fait en effet l'objet de conditions plus exigeantes et notamment d'une décision de justice. C'est le juge qui est investi du pouvoir de désigner le couple comme receveur. De plus, le juge ne rend sa décision qu'au terme d'une investigation « permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique ». Enfin, l'autorisation d'accueil n'est délivrée que pour une durée de trois ans renouvelable.

consacrant cette fiction du couple indivisiblement infertile devraient bien évidemment perdurer et même être confortées par l'ouverture aux couples de femmes.

La volonté du législateur de donner deux parents à l'enfant a d'ailleurs été fermement rappelée à l'égard de l'interdiction du transfert d'embryon *post mortem* par la loi du 6 août 2004<sup>91</sup>.

L'ouverture aux femmes célibataires ou la pluri-parenté ne semblent pas ainsi s'inscrire dans l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes. Bien au contraire, le mythe du couple<sup>92</sup>, cette cellule sociale de deux personnes fondée sur le seul lien affectif qui les unit, créé par la loi de 1994, en sortira revigoré<sup>93</sup>.

Outre la persistance d'un modèle parental, l'élément évidemment fondamental de cette réforme qui garantit la pérennité du modèle technique d'AMP est qu'elle n'implique pas la mise en œuvre d'une méthode de procréation assistée jusque-là interdite comme pour les couples d'hommes. Elle s'inscrit dans les méthodes déjà autorisées.

## B. UNE INSCRIPTION DANS LES MÉTHODES AUTORISÉES

Le recours au don de sperme est le seul élément technique nécessaire à la procréation au sein d'un couple de femmes, la fécondation pouvant se réaliser *in vitro* mais aussi plus simplement par une insémination artificielle. Cette technique est déjà autorisée par la loi et dans cette perspective l'utilisation de cette technique par les femmes à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français, comme l'a précisé le communiqué de presse des avis du 22 septembre 2014 exposant les raisons qui ont conduit les juges à admettre que l'épouse de la mère puisse adopter l'enfant conçu à l'étranger. L'atteinte à l'ordre public qui en résulte n'a pas été jugée si grave, à l'inverse de celle résultant de la gestation pour autrui, interdite en France<sup>94</sup>.

L'AMP entre femmes s'inscrit même dans le modèle de don retenu par la loi, le don de sperme<sup>95</sup>. Le don de sperme a en effet été pratiqué dès le début des années 1970 et réglementé très tôt au sein des Cecos, appelés d'ailleurs originaire-

91. Cette loi a renforcé cette prohibition en ajoutant à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique un alinéa qui dispose de manière explicite que « [fait] obstacle à l'insémination ou au transfert d'embryon le décès d'un des membres du couple ».

92. Sur le mythe du couple, v. F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit civil », *RTD civ.* 1995. 251.

93. Le mot couple entre en effet pour la première fois expressément dans le droit civil par la loi du 29 juill. 1994 prévoyant que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple », disposition insérée à l'article L. 2141-2 du CSP. Sur la genèse du mot « couple », lire P. Malaurie, « Couple, procréation et parenté » (Colloque sur *La notion juridique de couple*, Reims, 20-21 juin 1997), *D.* 1998. Chron. 127, n° 6.

94. V. les rapp. de Mme Rachel Le Cotty sur les deux demandes d'avis.

95. « En effet, en France, certes sous certaines conditions, cette pratique médicale est autorisée : dès lors le fait que des femmes y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français », v. le communiqué de presse des avis du 22 sept. 2014.

ment « Centres d'études et de conservation du sperme », tandis que le don d'ovocytes n'a commencé à être mis en œuvre qu'en 1982. Le don de sperme est le seul don auquel font allusion les textes du Code civil sur la filiation puisqu'il est le seul don à avoir un impact sur la filiation de l'enfant dans la mesure où la mère est celle qui accouche. On retrouve ainsi dans ces textes du Code civil une référence constante au sexe du parent permettant d'identifier celui qui bénéficie du don comme étant l'homme. L'article 311-20, alinéa 4 précise ainsi que « celui qui [...] ne reconnaît pas l'enfant engage sa responsabilité envers la mère » tandis que l'alinéa suivant dispose que « sa paternité est judiciairement déclarée ». Une simple refonte des textes serait nécessaire afin d'ôter la référence à la qualité paternelle de la filiation pour la neutraliser.

La mise en œuvre du don de sperme est d'autant plus légitime que, contrairement au don d'ovule, l'enfant conserve une mère qui est complètement la sienne dans la mesure où elle est gestatrice, mais également génitrice de l'enfant. C'est ainsi que le don d'ovule est plus contesté et parfois même interdit dans certains pays<sup>96</sup> en ce qu'il dissocie la maternité et pourrait être jugé contraire à l'intérêt de l'enfant privé de tout lien avec sa ligne génétique maternelle<sup>97</sup>.

Bref, l'AMP entre femmes ne bouleverserait pas le modèle actuel du don de gamètes. Le seul véritable changement serait l'augmentation de la demande de don de sperme, alors même qu'en France le nombre de donneurs de sperme a chuté : 400 en 2009, 235 en 2012<sup>98</sup>. Mais des mesures significatives ont déjà été prises, dont certaines en rupture totale avec la philosophie initiale du don de sperme, ce qui démontre que là encore, la révolution a déjà eu lieu.

D'abord, le nombre d'enfants pouvant naître d'un don de sperme a été doublé par la loi du 6 août 2004 qui l'a étendu de cinq à dix<sup>99</sup>. Mais surtout, les conditions relatives au don de sperme ont été fondamentalement modifiées.

À l'origine de la réglementation par la loi du 29 juillet 1994, la condition était double : le donneur de sperme « doit faire partie d'un couple ayant procréé<sup>100</sup> » et l'autre membre du couple doit consentir. C'est donc le consentement d'un couple ayant procréé qui était exigé par la loi<sup>101</sup>. La philosophie héritée des Cecos était

---

96. L'Allemagne interdit le don d'ovocytes, v. F. Furkel, « L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique », in B. Feuillet-Liger, M.-C. Crespo Brauner (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruylant, coll. « Droit, bioéthique et société », 2014. L'Autriche également. Sur la position de la CEDH à propos de l'interdiction du don d'ovocytes, v. CEDH, gr. ch., 3 nov. 2011, préc.

97. V., F. Furkel, art. préc., p. 28.

98. Agence de la biomédecine, Rapp. préc., p. 12.

99. CSP, art. L. 1244-4.

100. CSP, anc. art. L. 1244-2. Le vocabulaire renvoie plus à la reproduction qu'au lien de filiation, mais le texte semble exiger que l'homme ait un lien de filiation avec un enfant issu du couple consentant au don.

101. Les Cecos utilisaient d'ailleurs la notion de « couple donneur », v. G. David, rapp. préc., in *Actes du colloque « Génétique, procréation et droit »*, op. cit., p. 212.

que le don de sperme devait être un « don de couple à couple [...] c'est un couple fécond qui décide de venir en aide à un couple stérile<sup>102</sup> ».

Ensuite, le texte a évolué, exigeant que le donneur de sperme ait simplement procréé<sup>103</sup>. Les hommes divorcés ou simplement séparés de la mère de leur enfant peuvent donc désormais être donneurs de sperme. Le consentement de l'autre parent de l'enfant n'est plus exigé dès lors qu'il est séparé du donneur. Le mythe du couple fécond qui aide un couple stérile a volé en éclats.

En revanche, est considéré l'autre membre du couple, si le donneur « fait partie d'un couple<sup>104</sup> », alors même que le couple peut ne pas avoir procréé ensemble. Ce qui importe désormais n'est plus le couple parental auquel appartient le donneur, mais le couple qu'il forme au moment du don. La dimension parentale du donneur est sérieusement mise à mal.

C'est ce que confirme la dernière révision des lois bioéthiques, qui témoigne par ailleurs de la mauvaise qualité de la loi. Le premier alinéa précisant que « le donneur doit avoir procréé » n'a pas été modifié. En revanche, il a été ajouté un troisième alinéa disposant que « lorsqu'il est majeur, le donneur peut ne pas avoir procréé<sup>105</sup> », sans qu'une articulation ait été prévue avec le premier alinéa<sup>106</sup>.

La stricte analyse juridique conduit alors à voir dans le premier alinéa un principe et dans le troisième alinéa une exception. Mais alors la situation est ubuesque, puisque seul un mineur auteur d'un don de sperme devrait avoir procréé, ce qui limite considérablement, voire totalement, cette exigence dans la mesure où il est extrêmement rare qu'un mineur donne son sperme ! On en déduit que l'exigence de procréation a tout simplement disparu et qu'en conséquence un majeur n'ayant pas procréé peut faire un don.

C'est donc l'esprit même de la loi de 1994 qui a été effacé en ce que seul pouvait donner la vie par paillettes interposées celui qui avait déjà donné la vie et était accompagné dans ce don par le parent de son enfant. Pourtant, même si l'on peut adhérer au fait que le parent de son enfant ne soit plus considéré dès lors que le donneur de sperme s'en est séparé, en revanche le fait d'être déjà parent d'un enfant paraît essentiel au processus psychologique du don.

L'observation de cette évolution importante ainsi que les développements précédents peuvent raisonnablement amener à penser que la révolution que constituerait l'ouverture de l'AMP aux femmes ne sera certainement pas aussi forte que prédit en droit de la bioéthique.

---

102. J. Robert, « La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit », in *Actes du colloque « Génétique, Procréation et Droit »*, *op. cit.*, p. 370.

103. CSP, art. L. 1244-2, al. 1<sup>er</sup> modifié par L. n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO 7 août 2004.

104. *Ibid.*

105. CSP, art. L. 1244-4 modifié par L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique, JO 11 juill. 2011.

106. Il faut d'ailleurs relever que manquent les décrets d'application du texte.