

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA LOI ET LA BIOETHIQUE*

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2013) [\*La loi et la bioéthique\*](#). Revue française de droit administratif (RFDA) (5). p. 970.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LA LOI ET LA BIOETHIQUE<sup>(1)</sup>

À l'Assemblée nationale, en avril 2013, M<sup>me</sup> Christiane Taubira affirmait qu'« il ne revient pas à la puissance publique de dire ce qui est le bien ou ce qui est le mieux, il lui revient d'organiser ». Voilà qui révèle bien l'esprit de cette loi dite « *mariage pour tous* » : renoncer à toute « fonction anthropologique » du droit dans le domaine de l'engendrement. Pour la ministre, il s'agit de nier la force prescriptive du politique s'exprimant sous forme de loi. La loi serait dictée par l'état des moeurs, pour institutionnaliser l'existant. Les choix observés dans la société, même sans être la norme (au sens d'une pratique sociale dominante), seraient donc normatifs (au sens d'une contrainte pour le législateur). Il n'en est rien car, en réalité, cette loi, comme toute autre loi, crée, modifie et valorise. Elle fait un choix politique fort, à défaut d'être incontestable.

Il est intéressant de rapprocher cette démarche de celle des lois « de bioéthique ». Car il semble que celles-ci aient procédé à l'inverse dans le domaine de la procréation : en suivant un modèle, si ce n'est « naturel », au moins politiquement conservateur des représentations sociales acquises, celle du couple hétérosexuel en âge de procréer<sup>(3)</sup>. D'ailleurs, début janvier 2013, au grand désespoir des groupes de pression « LGBT »<sup>(4)</sup>, les députés du parti socialiste ont renoncé à inclure, dans le projet de loi sur le mariage pour tous, un amendement relatif à la procréation médicalement assistée. Le gouvernement a renvoyé à une future loi sur la famille le soin de trancher entre les différentes conséquences possibles de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe<sup>(5)</sup>. La bioéthique n'était ainsi plus directement concernée par cette loi, bien que l'opinion des citoyens à son propos se fasse pour beaucoup sur ses conséquences sur le terrain de l'assistance médicale à la procréation<sup>(6)</sup>. Les opposants les plus déterminés à la loi sur le mariage ne conçoivent pas en effet que l'on puisse séparer ces deux dimensions, le mariage étant, pour eux (mais aussi pour nombre de partisans de la loi), le cadre légal de la procréation, de la filiation, et *in fine* de la famille. La Garde des Sceaux a donc différé, mais, comme le souligne Jean Hauser, « il n'est pas concevable, en pure logique et par hâte, qu'on laisse de côté l'accès à la procréation médicalement assistée »<sup>(7)</sup>.

Parallèlement, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) s'est autosaisi, fin janvier 2013, de la question globale de l'assistance médicale à la procréation (demande d'assistance médicale à la procréation par des couples de femmes, par des femmes célibataires, par des couples d'hommes, gestation pour autrui, autoconservation des ovocytes, demande de la levée de l'anonymat des donneurs de gamètes, remboursement de l'assistance médicale à la procréation par l'assurance-maladie) ; et le Premier ministre, Jean-Marc Ayrault, a estimé qu'il était « la moindre des choses » d'attendre son avis prévu pour l'automne 2013 (8). Une telle réforme devrait être précédée de l'intervention des états généraux de la bioéthique (art. L. 1412-1-1 CSP) (9) quand bien même le législateur ne serait pas sanctionné pour cet « oubli » par le Conseil constitutionnel (10). Les précédents états généraux, tenus en 2009, avaient conclu favorablement à l'adoption par les homosexuels mais défavorablement à l'accès à l'assistance médicale à la procréation.

Le paysage éthique et juridique de la reproduction achève sa décomposition, évolution marquée par différentes ruptures symboliques que la législation a entérinées : rupture entre la sexualité et la fécondation, entre la sexualité et la grossesse, entre la sexualité et la parentalité. « La troisième rupture se produira au niveau de la filiation, par la naissance d'enfants dans des couples homosexuels » (11). En 2011, lors de la révision de la loi sur la bioéthique, les députés avaient refusé une disposition adoptée par le Sénat qui permettait aux femmes homosexuelles de recourir à l'assistance médicale à la procréation. La rencontre des deux textes semble ainsi acquise.

Certes, d'un point de vue légistique, les éléments que le code civil pose quant au mariage relèvent bien d'une logique propre et d'un cadre codifié distinct de la partie relevant des « lois de bioéthique » proprement dites, qu'il s'agisse de procréation bien sûr mais aussi de don d'organes, éléments et produits du corps, à l'évidence. Néanmoins, pour l'heure, la notion de « couple hétérosexuel » (marié ou non) demeure un point central du chapitre relatif à l'assistance médicale à la procréation. Tout ce qui affecte la notion de couple ou de famille a, juridiquement, un impact sur la législation bioéthique (12), non pas nécessairement qu'il s'agisse de la même notion juridique, mais parce que les principes d'égalité et de non-discrimination s'opposent à ce que des couples, considérés comme égaux ici, ne le soient pas là. Si la bonne foi du gouvernement est réelle quand il entend disjoindre les deux domaines, il n'en demeure pas moins que les deux législations connaissent une forme d'interdépendance. Il demeure difficile néanmoins de prévoir le degré de dépendance de l'une à

l'autre, que l'on situe l'analyse au plan des principes ou que l'on essaie d'imaginer ce que les juges constitutionnel et européen en penseraient dans leurs cadres contentieux propres. Il s'agira donc ici de déterminer quel pourra être l'effet de cette loi relative au mariage sur le dispositif de « biodroit » (13).

Ce faisant, on aura à coeur de ne pas alimenter le débat qui a pesé récemment, au sein de l'Université, à propos de l'existence ou non d'un principe fondamental reconnu par les lois de République relatif à l'hétérosexualité du mariage, sur les postures doctrinales (14), si ce n'est en rappelant que la loi de *Hume* (15), à condition de la considérer comme un impératif moral pour le chercheur, ne s'applique qu'au moment où le scientifique décrit et constate l'état du droit et pas lorsque l'opinion doctrinale conseille le jurislatureur ou tente de prédire ses choix. Nous autres juristes avons la chance et la responsabilité d'une posture qui passe, parfois trop insensiblement il est vrai, d'une description critique à une prescription sans contrainte. Il ne s'agira donc pas, dans les lignes qui suivent, de juger de la loi d'un point de vue moral ou politique mais bien de savoir, au plan de la cohérence et en passant au plan des concepts, quel impact la modification d'un régime législatif peut avoir sur un autre qui utilise les mêmes termes (16).

Ainsi, nous ne pensons pas du tout, comme l'a écrit malheureusement le Conseil constitutionnel, que les conditions d'accès à une institution comme le mariage (donc son régime) soit étranger aux droits fondamentaux (la liberté du mariage en l'occurrence) (17). Une institution, au sens juridique du terme, se conçoit comme la réunion de conditions d'existence et d'effets subséquents, autrement dit un complexe de normes liées entre elles par des effets de droit. Une notion en droit se comprend donc autant par son régime d'existence que par les conséquences, les effets juridiques, que la réunion de ces éléments entraîne pour les destinataires de la norme. Ainsi, les conditions pour être déclarés mariés étaient, jusqu'à la loi, d'être deux (un couple, au minimum et au maximum) et de sexe différent, à quoi une condition d'âge, exigence de majorité, s'ajoute. Tout statut exclut ainsi, par définition, ceux qui ne remplissent pas les conditions pour l'obtenir. Changer ces conditions, c'est instituer autre chose. Or ici le principe d'égalité lui-même, fusionné avec le principe de non-discrimination, conduit au nivellement des situations, à l'abolition des distinctions inhérentes à toute institution. L'hétérosexualité ayant disparu, il ne s'agit plus de la même institution, quand bien même les obligations des mariés entre eux, envers la société ou celles de la société envers eux

seraient inchangées (ce qui n'est pas le cas d'ailleurs) (18). Les partisans de l'engendrement par les couples homosexuels restent parfois attachés à l'idée que le mariage demeure une « institution » (qui implique des effets pour les tiers, notamment les futurs enfants, et non un simple contrat).

Le même mécanisme sera (sans doute) transposé à l'assistance médicale à la procréation. « On passe de la tolérance à l'égalité », avait ainsi résumé Christiane Taubira, le 12 avril, avant de réaffirmer que l'assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui ne faisaient pas partie du texte relatif au mariage (mais sans indiquer pour autant qu'il convenait d'y renoncer) : « Car, on le sait, l'ouverture du mariage aux homosexuels rendra nécessaire, à court ou moyen terme, la réforme du droit de la filiation et une réflexion profonde sur les modes de procréation médicalement assistée. Faire l'économie de ces réformes risque de conduire à un mariage à deux vitesses et à admettre que le mariage n'a pas pour objectif de constituer une famille mais seulement d'unir deux êtres, par un engagement qui finira par devenir davantage un contrat qu'une institution. Certes, pourquoi pas ? Mais ne faut-il pas aller plus loin et nous demander si la question d'un droit à l'enfant qui serait ouvert à tous doit être nécessairement liée au mariage et non, plus largement, au couple, hétérosexuel ou non ? » (19). Ainsi se pose la question de ce lien entre réforme du mariage et réforme de la bioéthique.

La présente contribution à une analyse juridique des termes du débat se présente donc beaucoup comme une tentative d'anticipation ou de prédiction, fortement promise à l'erreur. Il convient, pour ne pas trop se tromper, d'indiquer ce que la loi relative au mariage pour tous a apporté comme nouveaux éléments au statut des personnes que l'on retrouve dans les lois de bioéthique. Si la loi sur le mariage pour tous ne dit encore rien de la bioéthique, elle affecte certains de ses fondements : les notions de couple et de filiation.

Comme le montre le professeur Fulchiron (20) : « en consacrant une nouvelle conception du mariage, conçu comme un simple statut du couple (quitte, paradoxalement, à le « refamiliariser » en lui attachant l'adoption par les époux de même sexe), il conduit à repenser l'articulation du mariage avec les autres modes de conjugalité. Quant à la consécration d'une double parenté monosexuée dans le cadre d'une filiation dés sexuée, voire d'une procréation dés sexualisée, elle exige une refonte globale du droit de la filiation charnelle et de l'adoption ». Désormais en effet, le couple

et la filiation ne dépendent plus du tout de l'identité sexuelle, de la différence sexuelle. Chacun de ces éléments et les principes qui en sont le fondement (non-discrimination, liberté personnelle), auront certainement un impact argumentatif fort sur les textes relatifs à la bioéthique, essentiellement l'accès à l'assistance médicale à la procréation, mais pas seulement.

Ces deux éléments centraux que sont le couple et la filiation et leurs évolutions peuvent être successivement abordés, l'un conditionnant l'autre.

### ***Un couple sexuellement indifférencié***

La loi du 17 mai 2013 légitime et institutionnalise les couples de même sexe bien au-delà de l'acquis du pacte civil de solidarité (PACS). Cette fois, ce n'est plus essentiellement le mode d'institutionnalisation du couple qui se trouve modifié mais la notion juridique de « couple » elle-même. Il s'agit en effet non plus de créer un statut pour reconnaître les couples homosexuels mais de modifier le statut du mariage pour les y admettre. Cela aura un impact, non seulement sur l'accès à l'assistance médicale à la procréation, qui évoque toujours, et jusqu'à nouvel ordre, un couple hétérosexuel (21), mais aussi sur d'autres « moments bioéthiques » qui mettent en scène le « couple ».

### ***La légitimité du couple sexuellement indifférencié***

Le nouveau couple ne se fonde plus sur la différence des sexes mais sur une relation bilatérale de deux personnes qui entendent avoir entre elles des relations matrimoniales et, sans doute, affectives voire familiales, communauté de vie ou de projet vécue « de l'intérieur » et qui demande à être consacrée par la société. On donnerait ainsi volontiers raison à Gilles Raoul-Cormeil pour lequel, « en fondant le mariage sur l'amour partagé plutôt que sur un engagement reconnu d'utilité publique, la loi renverse le sens de l'union matrimoniale » (22). Explicitement, il s'agit pour la loi de satisfaire le principe d'égalité, ici confondu avec la non-discrimination.

### *Le nouveau « couple » (23)*

Dans certains domaines, il était déjà acquis que le couple soit homosexuel puisqu'on admettait qu'il renvoie aux personnes mariées, aux personnes vivant en concubinage ou aux personnes liées par un pacte civil de solidarité (24). C'est le cas dans le domaine de l'aide au logement ou de la fiscalité. Mais il s'agissait alors de questions patrimoniales qui ne bouleversaient pas les lois de la famille. Désormais, il faut voir le couple ainsi composé comme l'expression d'une nouvelle cellule d'intimité reconnue et protégée. Dans le cadre de la législation bioéthique, cela affecte deux éléments : le don d'organes et le rôle du conjoint dans la relation médicale.

Concernant le don d'organes d'abord. Se mariant, les couples de même sexe ouvrent de nouvelles possibilités dans le domaine des dons d'organes entre vifs. Aux termes de l'article L. 1231-1, alinéa 2 du code de la santé publique : « Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, (...) ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur ». Jusqu'ici, un couple homosexuel ne pouvait recourir à ce dispositif qu'en amenant la preuve de deux ans de vie commune. Désormais, cette condition n'est plus à satisfaire. En outre, s'il s'agit d'un second mariage, les parâtre et marâtre sont susceptibles de faire un don d'organe entre vifs à l'enfant du conjoint ou de la conjointe.

Pour la relation médicale, l'admission du mariage désigne les époux comme proche ou personne de confiance incontestable par la famille, évitant ainsi des conflits qui existent parfois, les familles n'acceptant pas nécessairement une communauté de vie homosexuelle. L'existence d'un mariage sera vis-à-vis des institutions de soins un élément institutionnalisé légitimant.

## ***L'interdit de la discrimination***

La limitation du mariage aux couples de sexes différents a souvent été interprétée comme une discrimination. On sait qu'aucun juge ne l'a ainsi abordée. Les juges considèrent ainsi que la différence de sexe est un motif légitime quand il s'agit de mariage. Seul le principe d'égalité peut ainsi servir de cadre et non le principe de non-discrimination, les couples étaient ainsi traités différemment en raison d'une situation objectivement différente. La Cour européenne des droits de l'homme l'a ainsi jugé dans une affaire *Schalk et Kopf c. Autriche* (25), admettant que la Cour constitutionnelle autrichienne rejette le recours des requérants au motif que le mariage s'analyse comme une institution ayant pour cause la procréation et que la loi sur le concubinage officiel vise à offrir aux couples de même sexe un mécanisme formel permettant de reconnaître leurs relations et de donner juridiquement effet à celles-ci. La Cour constate qu'aucun consensus ne se dégage parmi les États membres du Conseil de l'Europe sur la question du mariage homosexuel.

Dans la même perspective, le Conseil constitutionnel, sans que cela le mène à se substituer au législateur, admet que les couples de sexes différents ne se trouvent pas dans des situations identiques. Dans sa décision du 28 janvier 2011(26), il pose que la règle réservant le mariage aux couples hétérosexuels n'était contraire ni au droit de mener une vie familiale normale, ni à la liberté du mariage, ni surtout au principe d'égalité en raison de « la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme », qui « peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille » (§ 9).

Logiquement, cette approche se prolonge dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation. La Cour européenne admet que les couples homosexuels et les autres puissent être traités différemment. L'affaire *Gas et Dubois c. France* a été l'occasion pour elle d'indiquer que « l'insémination artificielle avec donneur anonyme n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes (partenaires homosexuelles) ». L'infertilité des uns ne serait pas l'infertilité des autres. Mais la Cour n'a guère été explicite sur ce point. Encore faut-il afficher un motif légitime de traitement différencié. Ouvrant l'adoption aux couples de même sexe, il sera à l'avenir difficile de justifier d'un tel motif(27). Ce n'est donc bien qu'au titre d'une volonté d'application du principe d'égalité que le



législateur de 2013 a changé la situation et pour le même motif qu'il ouvrira probablement l'accès à l'assistance médicale à la procréation.

Car les critiques de notre système actuel d'assistance médicale à la procréation mettent en cause la légitimité du choix de « copier » le modèle dit « naturel ». Pour ceux qui revendiquent l'ouverture du système aux célibataires, veufs et couples de même sexe, la loi crée une discrimination en « inventant » l'idée de couple hétérosexuel pour l'ériger en horizon indépassable. Comme l'écrit D. Borillo : « La notion de stérilité du couple n'a aucune base scientifique. En effet, seuls les individus sont stériles et non pas les couples. Cette fiction du couple infertile permet d'exclure les couples de même sexe et de justifier le remboursement des frais médicaux uniquement aux familles hétérosexuelles. Ce choix politique, présenté sous la forme d'un acte médical, perpétue une discrimination, cachée derrière une supposée raison thérapeutique 🏠(28)». Cette analyse, au final assez injuste (en ce que le dispositif n'a pas été conçu pour exclure mais pour s'adapter aux couples alors demandeurs), n'est pas tout à fait inexacte en ce que la loi résulte d'un contexte où toute intervention sur le corps ne se justifiait que par des motifs thérapeutiques. Il apparaissait alors logique de parler de traitement de la stérilité alors que, bien sûr, il ne s'agit que de la contourner, de la dépasser, d'en pallier les conséquences. En dépit du mal que les pouvoirs publics se donnent pour que des campagnes d'information en faveur du don de gamètes le fasse ressembler à un don d'organes, il faut bien reconnaître que le don d'organes sauve des vies, mais que le don de gamètes ne fait que participer à un montage qui permet à un couple d'avoir un enfant qui ne soit pas totalement « exogène » à leur famille. Rien qui soigne la stérilité, toujours là. De là naît la revendication de pallier la « stérilité sociale ».

### *L'accès de convenance à l'assistance médicale à la procréation*

Le législateur, en 2011, a recentré la définition de l'assistance médicale à la procréation (AMP) (29) en supprimant la mention de « la demande parentale du couple » pour insister sur l'aspect pathologique. Dès lors, « d'une part, l'opportunité d'une concordance entre les conditions du mariage, de l'adoption, et de l'AMP n'est pas démontrée et une telle concordance n'existe pas

aujourd'hui. D'autre part, l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe conduirait à dissocier l'AMP de l'infertilité pathologique, ce qui devrait logiquement entraîner une refonte globale de la législation relative aux conditions d'accès à l'AMP et pose la délicate question du rôle des sexes dans la conception d'un enfant » (30). L'objet de la procréation médicalement assistée est de répondre à une finalité thérapeutique dans une double direction. L'AMP doit d'abord « remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué » ou « éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ». En contrepartie, a été supprimée l'exigence d'une durée de deux ans de vie commune des concubins, les époux n'en ayant pas besoin (31). Pour ouvrir l'assistance à la procréation aux couples de même sexe, il suffirait d'entendre « infertilité » autant comme un phénomène naturel que comme un phénomène social sans qu'il soit besoin de modifier l'article L. 2141-2 du code de la santé.

« Seul le droit de la filiation charnelle est inapplicable aux couples de personnes de même sexe, ce qui montre bien que tous les mariages ne produiront pas les mêmes effets » (32). La loi relative au mariage pour tous pourrait ainsi n'être que le prélude à l'abandon pur et simple de cette ligne pour consacrer une sorte d'engendrement libérée de toute référence à la différence sexuelle. On ne devrait pas, selon les partisans d'une telle solution, parler d'insémination « artificielle » mais d'insémination « alternative », un mode de reproduction n'étant jamais pleinement naturel mais le fruit d'un construit social (33). Portée, en philosophie, par les tenants d'une « éthique minimaliste » (34) et, en politique, en 2011, par les plus libéraux (35), la demande d'ouverture de l'assistance médicale à la procréation hors couple hétérosexuel et hors indication médicale y voit, à l'anglo-saxonne, un service proposé à toute personne en mal d'enfant. Le projet parental semble être ainsi un point commun entre l'univers juridique du mariage et celui de la procréation.

### ***Le couple, titulaire du « droit à l'enfant »***

Du point de vue des droits étrangers, C. Bernard-Xemard note que, selon des modalités différentes, parfois en Europe « l'assistance médicale à la procréation est accessible aux couples de lesbiennes. En revanche, le recours, par un couple *gay*, aux services d'une mère de substitution est soit formellement interdit, soit non explicitement envisagé dans les textes » (36). Au-delà de

l'Europe, au Québec, depuis 2002, la loi autorise l'inscription, dans l'acte de naissance de l'enfant issu d'une fécondation *in vitro* avec donneur dans le cadre d'un couple de lesbiennes, d'une double filiation maternelle dite « d'origine ». La conjointe de celle qui accouche n'a qu'à signer la déclaration de naissance de l'enfant pour devenir la co-mère. Existe aussi une présomption de comaternité, lorsque la naissance a lieu durant le mariage ou l'union civile ou dans les trois cent jours de sa dissolution, sans formalité.

Du point de vue du Conseil de l'Europe, alors qu'il semblait que l'article 8 de la Convention européenne ne permettrait pas d'exiger de l'État qu'il donne à toute personne les moyens de fonder une famille (37), la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne met à la charge de l'État, souvent au nom du refus de la discrimination, des obligations positives qui vont bien au-delà. La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de ranger le « droit de procréer », en l'occurrence le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous les auspices de l'article 8. Outre l'affaire *Evans c. Royaume-Uni* (38), l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* (39), traite du cas d'un couple dont l'homme était détenu après une condamnation à perpétuité avec une période de sûreté de quinze ans et qui voulait recourir à une insémination artificielle. La Cour a estimé que l'administration pénitentiaire doit permettre de recourir à la procédure d'assistance médicale à la procréation, même en prison et même quand l'un des partenaires n'élèvera pas l'enfant. Dans une autre affaire (40), la Cour a adopté une formulation qui évoque « le droit d'un couple de concevoir un enfant et de faire usage de la procréation médicalement assistée [...] ». Si « les États contractants jouissent d'une marge d'appréciation », la Cour a estimé injustifiées les différences de traitements existant dans la loi autrichienne quant à l'accès au don de sperme ou au don d'ovules. Elle précise que « les préoccupations fondées sur des considérations morales ou sur l'acceptabilité sociale ne sont pas en elles-mêmes des raisons suffisantes pour une interdiction totale d'une technique spécifique [...] ».

« Même la finalité médicale de la procréation médicale pour autrui (PMA) n'y résistera pas, car l'ouverture de celle-ci à des couples homosexuels qui, d'un point de vue pathologique, n'ont rien d'infertile, ôtera toute légitimité aux conditions médicales actuellement imposées aux couples hétérosexuels » (41). C'est sans doute que la loi sur le mariage pour tous intervient dans un contexte déjà favorable à la reconnaissance juridique, surtout au plan européen, de droits subjectifs dans le

domaine de la reproduction, au point d'évoquer un « droit à l'enfant » qui dépasse la simple liberté spontanée pour exiger une « normalisation du droit interne » qui aboutisse à une prestation de l'État, matérielle et financière (42). D'ailleurs, la lecture du code de la santé révèle que peu de modifications seraient nécessaires pour accueillir la demande des couples homosexuels, à condition d'entendre pas « couple » deux personnes de même sexe. Bien sûr, il faudrait systématiquement recourir à un donneur mais là aussi l'article L. 2141-7 du code de la santé publique est utilisable, en l'état (43). L'intervention d'un tiers donneur a perdu depuis 2004 son caractère subsidiaire, non seulement lorsque la procréation avec les gamètes du couple demandeur est impossible, mais également lorsque ce dernier renonce à y recourir. La fécondation *in vitro* peut d'ailleurs avoir été effectuée à l'étranger ; il suffira alors d'une adoption par l'épouse (44). D'ailleurs, on pourrait à terme parvenir à créer un embryon à partir d'un ovule et de cellules souches, brassant le patrimoine génétique de deux mères ou de deux pères.

On sait que parfois des couples d'hommes et des couples de femmes s'entendent pour engendrer, à quatre, un ou plusieurs enfants qu'ils élèveront en couples. Le nouveau couple reconnu par le mariage pourrait ainsi, sans difficulté, bénéficier de l'article L. 2141-6 relatif au don d'embryon. Solution évitant justement l'absence de gamètes de l'autre sexe « lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple y renonce. L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que le couple receveur est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. Cette officialisation viserait d'abord les couples de femmes sans difficulté et ne pourrait s'appliquer aux hommes qu'en cas d'admission parallèle de la gestation pour autrui.

Concernant les autres conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation, elles aussi tournées vers le respect d'un certain « donné » biologique, l'extension aux couples de même sexe conduirait à certaines difficultés. La condition relative à l'âge de la procréation tout d'abord, s'agissant d'un point déjà sujet à controverses dans le cadre actuel. Elle donne en effet aux médecins des différents centres un certain pouvoir, notamment dans la détermination de l'âge limite. Les différentes équipes se donnent des standards (en principe autour de 42 ans pour la femme et 55 ans

pour l'homme selon la Fédération des Centres d'études et de conservation des oeufs et du sperme humains [CECOS]). S'agissant de couples qui n'ont pas vocation « naturelle » à procréer, le point de comparaison est difficile à trouver. Pour un couple de femmes, on regardera l'âge de celle qui portera l'enfant, mais sera-t-on indifférent à l'âge de la conjointe, au risque de créer une discrimination, positive cette fois, au regard des maris. Pour un couple d'hommes, cette condition n'aurait d'autre motivation que de ne pas engendrer un enfant dont les pères, trop âgés, n'assureraient pas son éducation. D'ores et déjà, ce sont des questions qui se posent dans des couples hétérosexuels d'âges très déséquilibrés. Ici, le rôle de centres de fécondation s'accroît : l'article L. 2141-10, alinéa 6 CSP indique que l'assistance médicale à la procréation « ne peut être mise en oeuvre (...) lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître ». L'intérêt de l'enfant, devenu la clef du système, ne saurait se définir *a priori*. Enfin, tout cela suppose réglée la question du recours à la gestation pour autrui.

### ***Le problème du recours à la gestation pour autrui pour les couples d'hommes ou les couples de femmes dont aucune ne peut (ou ne veut) porter l'enfant***

Rappelons que l'article 16-7 du code civil (ajouté par la loi du 29 juill. 1994) dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » (45). En avril 2010, le Comité consultatif national d'éthique a publié un avis concluant au maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui. Selon l'opinion la plus couramment entendue : « la gestation pour autrui rencontre des objections majeures que l'on ne saurait balayer d'un revers de la main au nom de l'exigence d'égalité entre les couples d'hommes et les couples de femmes. Le principe d'égalité n'impose en rien qu'un même désir doive toujours être satisfait sans considération des moyens nécessaires pour y parvenir. Or, la nature est ainsi faite que les couples d'hommes ne peuvent se doter d'un enfant de la même manière que les couples de femmes. Il faut, pour les premiers, une convention de gestation, laquelle peut être combattue au nom du principe de la dignité de la femme et de l'indisponibilité du corps humain : l'admission du mariage pour tous laisse toute sa valeur à l'article 16-7 du code civil, qui énonce que « toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour autrui est nulle » (46). Le législateur pourrait à la fois revenir sur l'exclusion des couples homosexuels de l'assistance médicale à la procréation (47) et introduire

une différence entre ces couples pour en exclure le sexe masculin au motif que, si l'on a inventé la fécondation *in vitro* avec don de sperme, il n'existe pas encore d'utérus artificiel (48). L'invocation de la nature fait ici sourire car en réalité il ne s'agit que d'un manque technique, un défaut de notre science appliquée et non une différence de « nature » car deux femmes ne peuvent non plus avoir d'enfant seules, sauf à recourir à des techniques de clonage. Pour l'heure, l'article L. 2141-3 CSP dispose qu'« un embryon ne peut être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-1. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple ». Les couples de femmes qui ne peuvent ou ne veulent pas porter l'enfant ne pourraient pas non plus recourir à la gestation pour autrui, faute d'avoir droit à un donneur, ce qui priverait l'enfant de tout lien génétique avec ses mères. En définitive, la discrimination entre les couples de même sexe, hommes ou femmes, est encore plus naturelle que juridique.

Le principe de non-discrimination interdit formellement toute différence volontaire fondée sur le sexe - lequel sexe n'entre parmi les critères légitimes de traitement différent que dans de rares cas où il est le déterminant même de l'action, comme pour l'accès à certaines professions. Or le sexe, voilà très exactement ce que la loi sur le mariage pour tous efface volontairement. N'y aurait-il pas quelque contradiction à réactiver une « impossibilité naturelle » fondée sur le sexe, quand les débats parlementaires ont eu tant de mal à la faire disparaître (consécration du principe d'égalité introduite dans le titre préliminaire du code civil : « le texte va bien au-delà d'un principe d'égalité, puisqu'il induit une neutralité de l'incidence du sexe » (49)) ?

En définitive, l'alternative pour le législateur serait désormais la suivante. Soit on maintient l'interdit de l'assistance médicale à la procréation pour tous les couples homosexuels, pour éviter de discriminer en raison du sexe, et on maintient ainsi une discrimination, admise car existante, entre couples hétérosexuels et autres, soit on permet aux couples d'hommes de louer les services d'un « utérus naturel ».

La discrimination entre couples hétérosexuels et couples homosexuels repose le critère de l'orientation sexuelle quand la discrimination qui oppose les couples d'hommes ou de femmes se fonde sur le genre. Il serait sans doute hasardeux d'imaginer une hiérarchie entre ces deux critères

illégitimes qui finalement seraient en conflit. Serait-il moins inconstitutionnel ou in conventionnel de discriminer sur le genre que sur l'orientation sexuelle ? On serait tenté de répondre que, s'agissant d'engendrement (on n'ose plus écrire « reproduction »), le sexe serait un critère plus pertinent que l'orientation sexuelle, ce qui conduirait à admettre le *statu quo* actuel. « L'ouverture de la PMA au profit des couples homosexuels créerait une situation inégalitaire sans qu'aucune instance supranationale n'ait la volonté ni le pouvoir d'y remédier. En effet, la Cour de Strasbourg accorde aux États une large marge d'appréciation en l'absence de consensus européen en matière de gestation pour autrui et l'Union européenne n'est pas compétente pour se prononcer sur une telle question » (50).

Il reste que les couples d'hommes seront sans doute plus tentés que d'autres d'avoir recours à une mère porteuse à l'étranger. L'enfant qui en sera issu bénéficiera de la nationalité française (51). L'établissement de sa filiation restera des plus compliqués, même si on soulèvera l'argument selon lequel l'intérêt de l'enfant conduit à ce que soit établie sa filiation à l'égard de ses parents d'intention dont le genre est devenu indifférent.

### ***Une filiation sexuellement indifférenciée***

La loi du 17 mai 2013 étend sa protection aux familles que les couples homosexuels fondent. Elle innove surtout en matière de filiation adoptive et reconnaît « le bienfait que constitue dans la vie d'un enfant l'établissement et le maintien de relations avec autrui : la parentalité fait son entrée officielle dans le droit de l'autorité parentale » (52). L'adoption et sa réforme seront invoquées à l'appui de l'idée que la filiation ne doit rien à la différence des sexes et que l'AMP devrait suivre ce raisonnement. Les mots « père et mère » sont remplacés par le mot « parent » dans nombre de dispositions. La question de l'établissement du lien de filiation ne dépend plus de la composition du couple et l'intérêt de l'enfant plaide pour la revendication de ceux qui se projettent comme ses parents.

### *Une famille renouvelée (53)*

Contre la tendance conservatrice du droit en matière familiale (54), désormais en bioéthique comme dans d'autres domaines (droit des incapacités), toutes les personnes qui entretiennent des liens étroits et stables avec l'intéressé sont traitées comme des membres de la famille. Le cercle de famille, des personnes appelées à être légitimement solidaires, s'élargit, sans que l'on puisse toujours applaudir à grands cris, comme dans le poème d'Hugo (55). Le mariage, plus que le concubinage ou le pacte civil de solidarité, crée, non seulement une solidarité entre deux personnes, mais aussi entre deux familles ; ce que l'on nomme en doctrine l'« alliance » (56). Toute solidarité familiale, patrimoniale ou personnelle, et tous interdits familiaux joueront désormais en biodroit quel que soit le sexe des époux (57).

### *La famille d'intention : « famille de fait-famille de droit » (58)*

Sous le concept de « parentalité » (59), la parenté pourrait désormais se fonder autant sur la seule volonté d'élever un enfant que sur l'engendrement biologique (60). Le « droit à l'enfant » connaîtrait ainsi deux voies alternatives de même valeur : adopter ou fabriquer. La confusion entre ces deux voies dans le grand public est si forte qu'il est vain de rappeler que l'adoption était une « institution » poursuivant l'idée de donner une famille à un enfant « déjà là » alors que l'assistance médicale à la procréation tente de donner un enfant à un couple désormais sans qualité particulière. *A priori*, rien à voir entre les deux, mais dans l'imaginaire collectif, tout tourné qu'il est vers la satisfaction des « besoins d'enfant », adoption et assistance médicale à la procréation sont devenus des moyens d'en « avoir un ». On argumentera, encore une fois, sur le terrain de l'égalité entre les deux procédures et on exigera que les facilités de l'une (qui se justifient encore une fois d'abord par l'intérêt de l'enfant) soient ouvertes à l'autre.

La Cour européenne a préparé le terrain juridique en consacrant une notion de famille très généreuse, s'appuyant sur une sorte de « possession d'état » très large. Elle peut englober d'autres liens « familiaux » *de facto* lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage (61). L'arrêt *S. H. et autres c. Autriche* (62) a été l'occasion pour la CEDH de censurer une interdiction de recourir au don de gamètes pour une fécondation *in vitro*. L'État prétendait pourtant que le recours aux



ovules d'une donneuse créerait des relations familiales inhabituelles. La Cour lui répond que les relations familiales ne s'inscrivent pas dans le schéma classique parent-enfant reposant sur un lien biologique direct. La Cour européenne met d'ailleurs les couples homosexuels et les autres sur un pied d'égalité s'agissant d'adoption (63). Dans l'affaire *Gas et Dubois* (64), deux femmes, vivant en concubinage depuis 1989, ont, en 2002, conclu un PACS. En 2000, l'une d'elles a donné naissance en France à une fille conçue en Belgique par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme. Sa partenaire forma en 2006 une requête en adoption simple de l'enfant, rejetée par les tribunaux français. La Cour conclut qu'il n'y a pas eu en l'espèce de violation de l'article 14 de la Convention car les conséquences du transfert de l'autorité parentale à la partenaire, entraînant la perte de l'autorité parentale de la mère, auraient été contraires à l'intérêt de l'enfant. Ce n'est donc pas la composition du couple qui posait problème.

Dans l'affaire *X et autres c. Autriche* (65), deux femmes vivant ensemble une relation homosexuelle stable se plaignaient du refus des juridictions autrichiennes de faire droit à la demande de l'une d'elles d'adopter le fils de l'autre sans pour autant rompre les liens juridiques entre la mère et l'enfant. Dans cette affaire, l'enfant de la compagne était né d'une relation hétérosexuelle, le père ayant reconnu son fils, placé cependant sous l'autorité parentale exclusive de sa mère. La Cour a estimé que la différence de traitement opérée entre les requérantes et un couple hétérosexuel non marié était fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes. Elle a jugé que le gouvernement n'avait pas fourni de raisons convaincantes propres à établir que la différence de traitement litigieuse était nécessaire à la préservation de la famille ou à la protection de l'intérêt de l'enfant, sans que cela oblige les États à étendre l'adoption coparentale aux couples non mariés. En revanche, la Cour a conclu, à l'unanimité, à la non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. « S'il est contraire aux exigences égalitaires de la Convention EDH de refuser aux couples homosexuels non mariés ce qui, du point de vue de l'adoption de l'enfant de l'autre, est accordé aux couples hétérosexuels non mariés, il serait *a fortiori* anti conventionnel de refuser aux couples homosexuels mariés ce qui serait accordé aux couples hétérosexuels mariés ou non mariés » (66).

Les choix effectués par notre législateur en attestent aussi. Il est donc important d'évoquer

brièvement ce que la loi du 17 mai apporte en matière d'adoption, car cela servira de « modèle » pour l'accès à l'assistance médicale à la procréation.

### ***Réforme de l'adoption : fonder l'enfant dans le couple (67)***

Notre loi suit l'évolution européenne en la matière. Les Pays-Bas depuis le 1<sup>er</sup> avril 2001, la Suède depuis juin 2002, l'Espagne depuis une loi du 30 juin 2005, la Belgique depuis le 20 avril 2006, la Norvège depuis juin 2008 et le Danemark depuis une proposition de loi adoptée le 17 mars 2009 permettent, en plus du mariage homosexuel, l'adoption par un couple de même sexe. En Grande-Bretagne, la Chambre des Lords a adopté, le 5 novembre 2002, un amendement à la loi sur l'adoption qui permet aux couples non mariés, y compris homosexuels, d'avoir accès à l'adoption. En revanche, en Allemagne, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, et en Finlande depuis la loi du 15 mai 2009, l'adoption homoparentale est limitée au cas où l'adopté est un descendant d'un des deux parents (68).

En France, selon le nouvel article 6-1 du code civil : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du Livre 1<sup>er</sup> du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ». Désormais, l'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard. Comme l'avait admis la Cour européenne, l'adoption ne conduit plus nécessairement à l'effacement des premiers liens de filiation (69).

L'ouverture de l'adoption à l'enfant du nouvel époux, de la nouvelle épouse, du couple homosexuel, a été pensée, non point tant dans l'intérêt de l'enfant, qui dispose déjà d'une filiation, que dans celui du conjoint qui devient ainsi parent par mariage. Cette évolution n'avait pas été mise en oeuvre pour les couples hétérosexuels ; il a fallu attendre le mariage pour tous, preuve qu'il s'agit plus d'une volonté d'accès à la parentalité que de souci de l'intérêt de l'enfant. En tant qu'effet du

mariage, l'autorité parentale est exercée par les deux époux, quel que soit leur sexe. Avant la loi, la jurisprudence accordait une délégation-partage de l'autorité parentale, mais refusait l'adoption simple de l'enfant du partenaire de même sexe pour des motifs tirés de règles de l'autorité parentale. La Cour de cassation a cassé les décisions du fond refusant d'accorder l'*exequatur* d'un jugement d'adoption américain accordant l'autorité parentale à la compagne de la mère d'une petite fille en qualité de « parente », estimant que « le refus d'*exequatur* fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant » (70). Le même jour, elle a rappelé que si l'article 377, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant (71).

Enfin, comme le note Isabelle Corpart, « l'un des effets collatéraux de la réforme *Mariage pour tous* qui facilite l'adoption de l'enfant du conjoint conduit malencontreusement à inciter les demandeurs à contourner la loi française. En effet, une fois enceinte grâce à un don de sperme obtenu illicitement à l'étranger, la mère pourra consentir à l'adoption de son enfant par son épouse. Cette adoption permettra au couple de mener à bien son projet parental en deux temps, même si la première étape contrevient à l'ordre public (72) ».

### *Une filiation déconnectée de l'engendrement ?*

Pour le professeur Marguénaud, « (...) l'accès aux PMA est interdit aux couples homosexuels pour des raisons faisant obstacle à la comparabilité des situations ne tenant pas au statut privilégié découlant du mariage (73) ». Néanmoins, on peut penser que le terme de l'évolution, lorsque l'institution de couples de même sexe rencontre le mécanisme adoptif comme principe est la déconnection entre filiation et engendrement (74).

## ***Le triomphe annoncé du « projet parental »***

Le code civil ne contient pas de définition de la famille mais on peut rapprocher entre elles les différentes mentions du terme dans les textes pour faire apparaître l'idée de solidarité entre personnes liées par des mécanismes de filiation (75). La filiation étant, depuis fort longtemps, issue de l'engendrement biologique et par exception, si nécessaire pour l'enfant, de l'adoption. Ce qui ressort des débats relatifs au mariage pour tous est sans conteste la réduction de la filiation à la figure de l'adoption et au-delà... Comme l'écrit Anne-Marie Leroyer : « Une logique propre devrait encore être trouvée pour l'établissement de la filiation issue d'une assistance médicale à la procréation, au lieu et place de la reconnaissance et de la présomption de paternité. Ces modes d'établissement, choisis par mimétisme avec la filiation biologique, sont inadaptés à cette filiation volontaire. (...) L'idée serait plutôt de prévoir un mode d'établissement *sui generis*, volontaire et déclaratif, qui pourrait être fait, comme la reconnaissance, devant l'officier d'état civil ou le notaire (au moment où le consentement est donné), et qui, à l'inverse de la reconnaissance, ne serait pas censé traduire la vérité biologique » (76). Le projet parental, qui n'existait que dans le champ de l'assistance médicale à la procréation et dans le droit à l'interruption de grossesse, devient aussi le maître mot du droit de la famille. Cela éclaire quelques situations.

On ne sera pas étonné d'abord que les auteurs qui plaident pour l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de même sexe argumentent aussi en faveur de l'implantation *post-mortem* des embryons conçus dans une procédure d'assistance médicale à la procréation commencée avant le décès, voire en faveur d'une insémination avec le sperme du défunt conservé de manière préventive en cas de guérison d'une maladie (77).

On comprendra ensuite que, dans l'hypothèse du recours à une gestation pour autrui à l'étranger, on imagine possible l'adoption de l'enfant par le membre du couple qui n'a pas donné ses gamètes (la femme du couple hétérosexuel, un des hommes du couple homosexuel), voire à l'égard des deux femmes qui auraient recours à une troisième, faute d'une filiation établie à l'égard de la porteuse.

Ce triomphe de « l'intention » a cependant sa limite. La parenté biologique, génétique, n'a pas disparu pour autant et fait au contraire son retour sous la plume de la Cour européenne des droits

de l'homme (78). La Cour de cassation estime d'ailleurs toujours qu'il s'agit d'un bon moyen de sécuriser les relations familiales et l'accorde « de droit » (79).

### ***La limite incertaine de l'intérêt de l'enfant (80)***

L'adoption repose en principe, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la présente loi (81), sur la recherche de l'intérêt de l'enfant. Pourtant, la pleine satisfaction de la demande des couples de même sexe en matière d'assistance médicale à la procréation va de pair avec une volonté de « débiologiser » la parenté. Or cela heurte de front la revendication des enfants, souvent minorée ou réduite à un caprice d'adolescent, de vouloir connaître leurs origines « biologiques », avec ce sentiment de « n'être pas né de rien. » Les tenants de la procréation sans engendrement rejettent le droit à la connaissance des origines. Le rejet de tout référent biologique pour établir une filiation entraînera celui de l'accès aux origines biologiques. Le fait de « formater » le mariage et la filiation pour des couples de même sexe conduit ainsi à refuser aux enfants issus d'assistance médicale à la procréation avec donneur l'accès à leur lignée. Il ne s'agit donc pas d'un acte sans incidence sur la vie d'autrui comme l'ont affirmé ses sectateurs. À l'inverse, il serait urgent pour les tenants du modèle naturel de défendre les intérêts des enfants adoptés ou issus d'un don de gamète en faveur de la levée de l'anonymat des géniteurs. Ils souhaitent inscrire dans la loi la différence des sexes au fondement de la procréation (82).

La Cour européenne, comme certains droits nationaux (83), a assez largement ouvert son prétoire à ces demandes et a consacré au nom de la vie privée un droit à connaître ses origines (84). Certes la marge nationale d'appréciation demeure en la matière fort large et la Cour ne va pas jusqu'à imposer une levée de l'anonymat du parent biologique (accouchée sous X ou donneur-donneuse de gamètes), lequel constituerait d'ailleurs en lui-même une violation du droit au respect de la vie privée (85). Au-delà, le droit à une vie familiale normale (qui implique qu'une filiation soit complètement établie) et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant n'affecteront pas sensiblement les solutions car on voit mal des juges aujourd'hui déclarer que vivre dans une famille homoparentale nuit à ses intérêts ou ne serait pas « normal ». Ces standards adoptent les contenus que lui donne la sensibilité sociale.

En conclusion, on retiendra que les choix opérés ne doivent pas être minorés. L'impact des mutations juridiques sur la représentation sociale de l'engendrement et des identités ne peut encore être mesuré mais n'en sera pas moins réel (86). « Les lois d'aujourd'hui dessinent notre univers mental de demain. Des générations nouvelles naîtront et grandiront dans ces mots. Qui seront-elles ? Car le droit ne fait pas que régir des rapports d'altérité supposés donnés et inlassablement renaissants ; il est aussi au nombre des (rares) discours, culturellement construits, qui fondent et structurent les sujets humains, dans leurs représentations d'eux-mêmes et des autres, dans l'élaboration de lois d'altérité qui aménagent des espaces de relation et non de confusion (87) ».

(1) Dans son numéro 5/2013, la RFDA a publié un dossier intitulé « La loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et le droit public » qui comporte, outre cet article, les contributions suivantes :

- l'article de Pierre Delvolvé, Constitution et société, p. 923 ;
- l'article de Jean-Eric Gicquel, La loi et la procédure parlementaire, p. 927 ;
- l'article de Guillaume Drago, La loi et l'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel, p. 936 ;
- l'article d'Agnès Roblot-Troizier, La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, p. 945 ;
- l'article de Ferdinand Mélin-Soucramanien, La loi et le principe d'égalité, p. 952 ;
- l'article de Jean-Jacques Zadig, La loi et la liberté de conscience, p. 957 ;
- l'article d'Olivier Gohin, La loi et les problèmes propres à l'outre-mer, p. 979 ;
- l'article d'Hubert Alcaraz, Le mariage entre personnes de même sexe dans la jurisprudence constitutionnelle étrangère, p. 986.

(2) Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et au code de procédure civile, le décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 et l'arrêté du même jour fixant le modèle de livret de famille ainsi que la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du code civil).

(3) Et même ayant déjà procréé quand il s'agissait, avant 2004, de donner des gamètes.

(4) « Lesbiennes, *gays*, bisexuels et transgenres » pour désigner les personnes non hétérosexuelles.

(5) Notamment, lors du vote final le 19 avr. 2013.

(6) Art. L. 2141-1, al. 1<sup>er</sup> (modif. par la loi du 7 juill. 2011) : « L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle ».

(7) J. Hauser, JCP G, n° 44, 29 oct. 2012, doct. 1185.

(8) Ce qui n'a pas été fait pour la loi du 6 août 2013 relative à la recherche sur l'embryon au motif qu'il s'agissait d'une proposition parlementaire.

(9) Question publiée au JO le 2 juill. 2013, p. 6834, J.-Fr. Poisson.

(10) Cons. const., 1<sup>er</sup> août 2013, n° 2013-674 DC, *Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires*, Comm. X. Bioy, Constitutions 2013. 3.

(11) B. Kanovitch, *L'éthique biomédicale : danger* », *La bioéthique pour quoi faire ?*, par les membres du CCNE, coord. A. Benmakhlouf, PUF, 2013, p. 207.

(12) *La famille que je veux, quand je veux ?*, sous la dir. de C. Neirinck, 2003, Erès.

(13) O. Cayla, « Ouverture : bioéthique ou biodroit ? », *Droits*, n° 13, 1991, p. 3 ; C. Neirinck (Dir.), *De la bioéthique au biodroit, Droit et société*, LGDJ, 1994 ; S. Hennette-Vauchez, *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, LGDJ, série éthique n° 43, 2006 ; X. Bioy, *Biodroit, De la biopolitique au droit la bioéthique*, LGDJ-Lextenso éd., Coll. Systèmes, à paraître, 2013.

(14) V. notamment, B. Pauvert, « Sur une *disputatio* contemporaine et brûlante - Considérations sur la reconnaissance de l'altérité sexuelle des époux comme principe fondamental reconnu par les lois de la République », *Dr. fam.*, janv. 2013, dossier 10 ; G. Drago, « Mariage entre personnes de même sexe : problématiques de constitutionnalité » : *LPA* 11 févr. 2013, p. 4 ; P. Delvolvé, « Un homme, une femme » : *Le Figaro*, 8 nov. 2012 ; D. Roman et X. Dupré de Boulois, « Le mariage, Napoléon et la Constitution » : *Le Figaro*, 8 nov. 2012 ; A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *Revue des droits fondamentaux*, 21 janv. 2013 ; J. Roux « Le «mariage pour tous» et la Constitution : la méthode et le fond (Réponse à A. Viala) », *Revue des droits fondamentaux*, 6 févr. 2013 ; A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à A. Viala », *Revue des droits fondamentaux*, 4 févr. 2013 (<http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/>); V. Champeil-Desplats, « Les grandes lois de la République », *La Revue des droits de l'homme* n° 3, juin 2013, <http://wp.me/P1Xrup-1Rv>.

(15) D. Hume, *Traité de la nature humaine*, III, I, I, trad. P. Folliot. Loi selon laquelle « de ce qui est on ne peut déduire ce qui doit être » ; loi reprise par Moore et Poincaré.

(16) Et pourtant l'auteur a forcé son opinion qui influe sur son interprétation du texte (sorte de cercle vertueux de l'herméneutique).

(17) Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, consid. 21, D. 2013. 1643, chron. F. Dieu ; *AJ fam.* 2013. 332, étude F. Chénéde ; *Constitutions* 2013. 166, obs. A.-M. Le Pourhiet.



(18) N'est-ce pas ce que M<sup>me</sup> Taubira déclarait elle-même au Sénat en avril : « Désormais, la puissance publique n'établit plus de différences selon la sexualité. Le mariage devient une institution universelle ? ». On osera une nuance puisque la polygamie n'est pas encore autorisée au titre du « mariage pour tous ».

(19) É. Mulon, Mariage pour tous, enfants pour tous ?, Gaz. Pal., 5 janv. 2013, n° 5, p. 3.

(20) « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », D. 2013. 100.

(21) Art. L. 2141-2, (modifié par loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011 - art. 33) : « L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer (...) ».

(22) G. Raoul-Cormeil, art. préc.

(23) C. Méric, « Le couple miroir de la famille », CURAPP, *Questions sensibles*, PUF 1998, p. 208 et s. ; C. Brunetti-Pons, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », RTD civ. 1999. 27 et *La notion juridique de couple*, Actes du colloque de Reims, Economica 1998.

(24) H. Fulchiron, « Du couple homosexuel à la famille recomposée ? Réflexions sur l'homoparentalité », AJ fam. 2006. 392 s. ; H. Moutouh, « La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme », D. 1998. 369.

(25) CEDH 24 juin 2010, *Schalk, Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, D. 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2010. 333 ; RFDA 2011. 987, chron. H. Labayle et F. Sudre ; Constitutions 2010. 557, obs. L. Burgorgue-Larsen ; RTD civ. 2010. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 765, obs. J. Hauser.

(26) Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, *M<sup>me</sup> Corinne C. et autre*, D. 2011. 297, édito. F. Rome ; *ibid.* 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2011. 157, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2011. 326, obs. J. Hauser.

(27) G. Escudey, « La procréation médicalement assistée face aux droits européens : un dilemme insurmontable ? », Revue des droits fondamentaux, <http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=3607>, consultation, 7 août 2013.

(28) *Bioéthique*, Dalloz, 2011, coll. À savoir, pp. 68-69.

(29) « Pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle », L. 2141-2 CSP.

(30) A. Dionisi-Peyrusse, « Brèves remarques sur la question de l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe », AJ fam. 2013. 127.

(31) L. n° 2011-814, art. 33, 2°.

(32) Gilles Raoul-Cormeil, art. préc.

(33) B. Pulman, « Les scènes originaires de l'assistance médicale à la procréation », in E. Hirsch (Dir.), *Traité de bioéthique*, Vol. II, *Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Erès, 2010, p. 563.

(34) R. Ogien, *La vie, la mort, l'État : le débat bioéthique*, Grasset, 2009 et *L'État nous rend-il meilleurs ?*, Gallimard, Folio essais, 2013.

(35) Rapp. AN n° 2235, 20 janv. 2010, p. 347 ; A. Mirkovic, « AMP pour les femmes célibataires

et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et la filiation », Dr. fam. 2010, étude 21.

(36) Pays-Bas, Espagne, Suède, Danemark, Belgique : « La famille homosexuelle en Europe », RLDC 2013. 201298.

(37) CEDH 26 févr. 2002, *Fretté c. France*, n° 36515/97, AJDA 2002. 401, étude I. Poirot-Mazères ; D. 2002. 2024, et les obs., obs. F. Granet ; *ibid.* 2569, obs. C. Courtin ; AJ fam. 2002. 142, et les obs. ; RDSS 2002. 347, obs. F. Monéger ; RTD civ. 2002. 280, obs. J. Hauser ; *ibid.* 389, obs. J.-P. Marguénaud ; JCP G 2002, II, 10074, comm. A. Gouttenoire et F. Sudre.

(38) CEDH, gde ch., 10 avr. 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, D. 2007. 1202, obs. C. Delaporte-Carré ; *ibid.* 2008. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; RDSS 2007. 810, note D. Roman ; RTD civ. 2007. 295, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 545, obs. J. Hauser.

(39) CEDH, gde ch., 4 déc. 2007, n° 44362/04, AJDA 2008. 978, chron. J.-F. Flauss ; D. 2008. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ pénal 2008. 47, obs. M. Herzog-Evans ; RSC 2008. 140, obs. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; RTD civ. 2008. 272, obs. J. Hauser.

(40) CEDH, 1<sup>er</sup> avr. 2010, *S.H et a. c. Autriche*, n° 57813/00, AJDA 2012. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2011. 2870, et les obs. ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2011. 608, obs. A. Mirkovic ; RTD civ. 2012. 283, obs. J.-P. Marguénaud.

(41) J.-J. Lemouland et D. Vigneau, « Droit des couples », D. 2013. 1089.

(42) N. Bettio, « Le « Droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », préc. : « Le désir d'enfant et les questions de procréation ne sont plus ainsi simplement analysés en une manifestation de liberté individuelle, une question d'intimité impliquant un droit de résistance aux intrusions, mais se concrétisent elles-mêmes dans un droit de procréer, un droit impliquant une action positive ».

(43) Art. L. 2141-7 CSP (loi n° 011-814 du 7 juill. 2011 - art. 36) : « L'assistance médicale à la

procréation avec tiers donneur peut être mise en oeuvre (...) lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple ».

(44) Art. L. 2141-9 CSP.

(45) M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013, 124 p.

(46) M. Grimaldi, Brèves réflexions sur la loi instituant un mariage pour tous, *Deffrénois*, 15 juill. 2013 n° 13-14, P. 719.

(47) L. Brunet, « La gestation pour autrui ou les vertus heuristiques de l'épreuve des limites », *Revue politique et parlementaire* 2009, n° 1050, p. 76 et s., v. p.81.

(48) H. Atlan, *L'utérus artificiel*, Seuil, La librairie du XXI<sup>e</sup> siècle, 2005.

(49) A. Bateur, « La révolution du droit de la famille et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux personnes du même sexe », *Petites affiches*, 4 juill. 2013 n° 133, p. 3.

(50) G. Escudey, « La procréation médicalement assistée face aux droits européens, préc.

(51) Circulaire du 25 janv. 2013.

(52) L. Frossard, « L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité », *Petites affiches*, 4 juill. 2013 n° 133, p. 37.

(53) I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, 1998, éd. O. Jacob ; *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, sous la dir. de F. Dekeuwer-Défossez, 1999, Doc. fr. ; *Droit de la famille, rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques*, sous la dir. de F. Terré, 2001.

(54) E. Millard, *Famille et droit public*, LGDJ, 1995, Bibliothèque de droit public.

(55) « Lorsque l'enfant paraît », Les Feuilles d'automne, XIX, 1831.

(56) G. Raoul-Cormeil « Le rayonnement de l'alliance après la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », Petites affiches, 4 juill. 2013 n° 133, p. 59.

(57) La loi n'a pas remis en cause l'interdiction créée par l'art. 161 du code civil d'épouser les ascendants ou descendants d'un exconjoint, quand bien même la Cour européenne a pu juger, à l'égard du Royaume-Uni, que cela restreint trop la liberté du mariage (CEDH 13 sept. 2005, *B. L. c. United Kingdom*, n° 36536/02, RTD civ. 2005. 735, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 758, obs. J. Hauser : Dr. fam. 2005, comm. 234, note A. Gouttenoire et M. Lamarche).

(58) Futuribles, n° 395, Juill. 2013, Le couple et le mariage vus par les Européens.

(59) H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité. Parenté-Parentalité*, Dalloz, 2009.

(60) F. Dreifuss-Netter, Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ?, D. 1998. 100 ; C. Neirinck, Le couple et l'assistance médicale à la procréation, Petites affiches, août 1999, n° 161, p. 3.

(61) CEDH 18 déc. 1986, *Johnston et autres c. Irlande*.

(62) CEDH, 1<sup>er</sup> avr. 2010, n° 57813/00, Constitutions 2010. 430, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2010. 291, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 774, obs. J. Hauser.

(63) A. Gouttenoire et F. Sudre, note sous CEDH, gde ch., 22 janv. 2008, *E.B. c. France*, préc., pp. 36-37.

(64) CEDH 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, AJDA 2012. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2012. 1241, obs. I. Gallmeister, note A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* 2013. 663, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 798, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2012. 220, obs. C. Siffrein-Blanc ; *ibid.* 163, point de vue F. Chénéde ; RTD civ. 2012. 275, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 306, obs. J. Hauser.

(65) CEDH, gde ch., 19 févr. 2013, *X et autres c. Autriche*, n° 19010/07, D. 2013. 502, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2013. 227, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2013. 329, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 363, obs. J. Hauser ; J. Ferrero, « L'homoparentalité devant la CEDH : éventuelles répercussions de la loi française ouvrant le mariage aux couples de même sexe », D. 2013. 1286.

(66) J.-P. Marguénaud, « Petit guide européen de l'accèsion à l'homoparentalité », RTD civ. 2013. 329.

(67) J. Hauser, Un nouveau-né : l'enfant conventionnel, D. 1996. 182 ; A. Bateur, « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », Petites affiches, 4 juill. 2013 n° 133, p. 29.

(68) In N. Bettio, « Le « droit à l'enfant » nouveau droit de l'homme ? », RD publ. 2010. 2.

(69) CEDH 13 déc. 2007, *Emonet et autres c. Suisse*, JCP G 2008. I. 110, n° 9 obs. F. Sudre, AJDA 2008. 978, chron. J.-F. Flauss ; AJ fam. 2008. 76, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2008. 255, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 272, obs. J. Hauser.

(70) Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010.

(71) D'ailleurs certains juges (Paris, 20 oct. 2011, n° 11/04042, AJ fam. 2011. 604 ; *ibid.* 605, obs. A. Mirkovic) se bornent à relever qu'il est de « l'intérêt supérieur [des enfants], dépourvus de filiation paternelle, que la compagne de leur mère puisse, dans le cadre de la délégation-partage de l'autorité parentale, continuer à exercer [son] rôle éducatif » sans motivation à l'égard du caractère

« indispensable de la délégation » pourtant prévu (Civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 2006 : Bull. civ. I, no° : « l'art. 377, al. 1<sup>er</sup> du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent »).

(72) « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », AJ fam. 2013. 340.

(73) « Petit guide européen de l'accession à l'homoparentalité », préc.

(74) En ce sens : Ch. Beaudouin, « La loi française peut-elle contribuer au renversement du consensus européen ? », AJ fam. 2013. 366.

(75) J.-J. Lemouland, *Répertoire de droit civil*, entrée « Famille », Dalloz, art.1, sect. 1, « notion de famille ».

(76) La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur, D. 2013. 1697.

(77) D. Borillo, préc.p. 102.

(78) Dans l'arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 27 oct. 1994, la Cour a reconnu le droit fondamental d'un père naturel à combattre la présomption de paternité légitime. Dans l'affaire *Pascaud c. France*, CEDH 16 juin 2011, n° 19535/08 (D. 2011. 1758, et les obs. ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1432, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2011. 429, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2011. 526, obs. J. Hauser), la Cour a condamné la France dans le cas d'un individu n'ayant pu faire établir sa filiation biologique véritable car son père a été placé sous sauvegarde de justice puis est décédé. Ces éléments n'auraient pas dû empêcher l'expertise génétique. La Cour refuse néanmoins de faire de l'accès aux tests génétiques un vrai droit. Lors d'une affaire concernant un homme contestant sa paternité (CEDH 6 déc. 2011, *Lyilik c. Turquie*, n° 2899/05, D. 2012. 1432, obs. F. Granet-Lambrechts), la Cour « rappelle avoir déjà jugé que la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque

analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ».

(79) Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 103 ; D. 2000. 731, note T. Garé.

(80) Cl. Huriet, « Droit à l'enfant contre droit de l'enfant », Revue politique et parlementaire 2009, n° 1050, p. 131 et s.

(81) Préc., consid. n° 52, « que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de reconnaître aux couples de personnes de même sexe un « droit à l'enfant ».

(82) D. Borillo, La bioéthique, préc., p. 73.

(83) Sénat, *L'anonymat du don de gamètes*, Étude de législation comparée n° 186, 4 sept. 2008 ; H. Gaumont-Prat, « Le secret médical et secret des origines : le cas de l'assistance médicale à la procréation », Revue politique et parlementaire, 2009, n° 1050, p. 93 et s.

(84) CEDH 7 juill. 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, série A, vol. 160 ; CEDH 18 mars 2013, *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, D. 2012. 2309, et les obs. ; *ibid.* 2013. 798, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1235, obs. REGINE ; *ibid.* 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2012. 554, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2013. 104, obs. J. Hauser.

(85) CEDH, 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, AJDA 2003. 603, chron. J.-F. Flauss ; D. 2003. 739, et les obs. ; *ibid.* 1240, chron. B. Mallet-Bricout ; RDSS 2003. 219, note F. Monéger ; RTD civ. 2003. 276, obs. J. Hauser ; *ibid.* 375, obs. J.-P. Marguénaud ; CEDH 10 janv. 2008, *Kearns c. France*, n° 35991/04, D. 2008. 415, obs. P. Guiomard ; AJ fam. 2008. 78, obs. F. Chénéde ; RDSS 2008. 353, note C. Neirinck ; RTD civ. 2008. 252, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 285, obs. J. Hauser.

(86) E. Todd, *La diversité du monde, Famille et modernité*, 1997, Le Seuil, L'histoire immédiate.



(87) M. Vacquin, « Déchaînement épistémophilique et risque anthropologique », in E. Hirsch (Dir.), *Traité de bioéthique*, vol. 1, Fondements, principes, repères, Erès, 2010, p. 390.