



**HAL**  
open science

## Encadrement de l'accès à la filiation par “ greffe médicale ”

Marion Girer

► **To cite this version:**

Marion Girer. Encadrement de l'accès à la filiation par “ greffe médicale ”. Revue juridique de l'Océan Indien, 2014, 18, pp.145-159. hal-02545784

**HAL Id: hal-02545784**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02545784>**

Submitted on 17 Apr 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

### Encadrement de l'accès à la filiation par "greffe médicale"

**Marion GIRER**

*Maître de conférences HDR en droit privé, Ifross, Université Lyon III*

Résumé :

*L'évolution des connaissances et des techniques médicales a permis d'importants progrès en matière d'assistance médicale à la procréation, faisant naître de nouvelles questions juridiques, éthiques et morales relatives à l'accès à la filiation par « greffe médicale » et à l'acceptabilité sociale de la procréation artificielle. Des limites doivent être fixées, en recherchant un équilibre entre désir des adultes, intérêt de l'enfant et valeurs de la société. Si la loi favorise l'accès à la filiation par « greffe médicale » en assouplissant les conditions d'accès et en élargissant les techniques médicales autorisées, à l'inverse elle refuse parfois cet accès en rejetant la parentalité médicalement assistée pour les femmes seules et les couples homosexuels et en interdisant le recours à la maternité de substitution. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe risque de bouleverser, à brève échéance, les frontières établies entre le scientifiquement possible et le juridiquement souhaitable.*

Summary :

*The evolution of medical knowledge and techniques enabled momentous progress in matters of medically-assisted procreation, giving birth to new legal, ethical and moral questions relative to filiation through "medical transplant" and to the social acceptability of artificial procreation. Limits that balance the adults' desires, the child's interests and society's values have to be set. On the one hand, law facilitates the access to filiation through "medical transplant" by making it easier to prospective parents to resort to the procedure. On the other hand, it sometimes prevents single women and same-sex couples to use "medical transplantations" all the while prohibiting surrogacy. Authorizing same-sex couples to marry is likely to turn the established frontiers between what is scientifically possible and legally desirable upside down.*

La révision des lois de bioéthique en 2004<sup>1</sup> puis en 2011<sup>2</sup> a été l'occasion d'engager de nombreux débats quant à la notion de parentalité et à la prise en charge médicale des cas de stérilité de certains couples. Le recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) interroge la conception de la parentalité dans notre société contemporaine ainsi que ses valeurs fondamentales. L'évolution des techniques médicales dans le domaine de la procréation a fait naître de nouvelles questions éthiques, morales et juridiques. La principale difficulté réside dans la détermination des frontières : jusqu'où peut-on aller pour permettre à un couple, ou à un individu seul, de réaliser son désir d'enfant grâce à une aide médicalisée qualifiée ici de « greffe médicale » ? L'acceptabilité éthique et sociale de la procréation artificielle ne va pas de soi et des limites doivent être « assignées à l'immixtion de la technique dans l'acte de génération des personnes »<sup>3</sup>, notamment pour préserver l'intérêt de l'enfant à naître. Comment trouver un équilibre entre désir des adultes et intérêt de l'enfant et, plus largement, de la société ?

Comme l'expose J.-R. BINET<sup>4</sup>, face au développement continu des techniques d'assistance médicale à la procréation, le législateur a deux options : soit « consacrer et accompagner une évolution des structures de la filiation vers un modèle largement fondé sur l'artifice et la prise en compte des volontés individuelles », autrement dit faire prédominer le désir des adultes d'avoir un enfant ; soit « considérer que l'intrusion de l'artifice dans la procréation doit ménager les structures essentielles de la filiation pour assurer à l'enfant une filiation crédible », autrement dit faire au maximum comme si l'enfant avait été conçu sans assistance médicale et faire prédominer l'intérêt de l'enfant.

La fascination pour l'AMP, parfois entretenue à dessein par des médias à sensation, ne doit pas occulter le fait qu'il s'agit de l'une des techniques médicales les plus encadrées par la loi. Ainsi, si la loi du 7 juillet 2011 a parfois facilité l'accès à la filiation par « greffe médicale » en faisant prévaloir le désir des adultes (I), elle a à l'inverse dans certains cas refusé cet accès en tenant compte de l'intérêt supposé de l'enfant (II).

---

<sup>1</sup> Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *J.O.R.F.* n° 182 du 7 août 2004, p. 14040. Pour une étude détaillée de la loi, v. not. *RTD civ.* 2004, p. 787, comm. F. BELLIVIER ; M. BORGETTO, « La révision des lois bioéthiques », *RDSS* 2005, p. 183 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 : vers la fin de "l'exception bioéthique" », *RDSS* 2005, p. 185.

<sup>2</sup> Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *J.O.R.F.* du 8 juillet 2011, p. 11826. Pour une analyse détaillée de la loi, v. not. J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Paris, LexisNexis, 2012 ; A. CHEYNET DE BEAUPRE, « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.* 2011, 2217 ; D. VIGNEAU, « Les dispositions de la loi "bioéthique" du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *D.* 2011, 2224 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE et J.-J. LEMOULAND (dir.), *La révision des lois de bioéthique. Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011*, Paris, L'Harmattan, 2011 ; B. LEGROS, *Droit de la bioéthique*, Les Études Hospitalières, 2013.

<sup>3</sup> J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique, op.cit.*, n° 108, p. 46.

<sup>4</sup> *Id.*

## I.- L'accès à la filiation par « greffe médicale » facilité : la prééminence du désir des adultes

Selon l'article L.2141-1 du code de la santé publique (CSP), « *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* ». Il s'agit de « *techniques qui permettent la conception d'un être humain en dehors du processus naturel, c'est-à-dire en dehors de l'union sexuelle de l'homme et de la femme* »<sup>5</sup>.

L'AMP a été encadrée de manière stricte par la loi du 29 juillet 1994<sup>6</sup>, qui a implicitement refusé de consacrer un prétendu « droit à l'enfant ». Les lois de bioéthique qui se sont ensuite succédées n'ont que peu fait évoluer ce cadre juridique et n'ont pas remis en cause les principes structurants fondamentaux adoptés en 1994. Cette évolution dans la continuité a toutefois conduit à un assouplissement des conditions d'accès (A) et à un élargissement des techniques médicales autorisées (B).

### A.- L'assouplissement des conditions d'accès

« À chacun sa famille, à chacun son droit »<sup>7</sup>. Cette célèbre formule du Doyen Carbonnier « *s'effrite peu à peu sous l'effet des récentes réformes du droit de la famille. Si l'unification du droit de la filiation et l'alignement progressif des droits des partenaires liés par un pacte civil de solidarité sur ceux des époux y ont contribué, la réforme des lois de bioéthique s'inscrit elle aussi dans cette tendance* »<sup>8</sup>. La loi du 7 juillet 2011 suit les évolutions récentes du droit de la famille afin de faciliter l'accès à la parentalité au plus grand nombre : l'accès à l'AMP est facilité par la disparition de l'exigence d'une preuve de la stabilité du couple.

#### 1/ Le régime antérieur

Le régime juridique de l'AMP tel qu'il résultait de la loi de 1994, réformée par celle de 2004, limitait la possibilité de solliciter une PMA au couple marié ou

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>6</sup> 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, *J.O.R.F.* n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11060.

<sup>7</sup> J. CARBONNIER, « Essai sur les lois », Paris, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p.181.

<sup>8</sup> C. MALPEL-BOUYJOU, « L'assistance médicale à la procréation, évolution ou révolution ? », in V. LARRIBAU-TERNEYRE et J.-J.LEMOULAND (dir.), *La révision des lois de bioéthique. Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 145 et s., spéc. p. 155.

en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans<sup>9</sup>. La loi opérait une distinction entre d'une part, les couples mariés, qui n'avaient pas à faire la preuve de leur durée de vie commune, et d'autre part les couples non mariés, qui devaient établir une durée de vie commune de deux ans. La loi exigeait une condition de stabilité, présumée pour les couples mariés et devant être prouvée pour les autres, envisagée comme « *un gage de stabilité du couple dans l'intérêt de l'enfant* »<sup>10</sup>. Une telle distinction pouvait se justifier, dans la mesure où « *le mariage et le concubinage ou le PACS n'offrent pas les mêmes perspectives de stabilité à l'enfant à venir, en raison de l'engagement ou l'absence d'engagement qui les caractérise* »<sup>11</sup>.

## 2/ Le régime issu de la loi du 7 juillet 2011

La loi du 7 juillet 2011 a supprimé cette condition de stabilité, élargissant ainsi la possibilité de recours à l'AMP. L'article L. 2141-2 al.3 CSP dispose désormais que « *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination* ». Il n'est plus nécessaire ni d'être marié, ni d'apporter la preuve d'une quelconque durée de vie commune. Initialement, le projet de loi prévoyait seulement d'aligner le PACS sur le mariage : l'AMP était réservée aux couples mariés, liés par un PACS, ou en mesure d'attester d'une durée de vie commune d'au moins deux ans. Mais finalement, la condition de durée a été purement et simplement supprimée, quelle que soit la situation conjugale du couple. Ce choix, opéré par la commission spéciale de l'Assemblée nationale, a été guidé par l'intérêt des couples et la difficulté, pour les médecins, de vérifier la condition de deux ans de vie commune.

La suppression de cette condition de vie commune de deux ans a suscité des débats animés. D'aucuns craignent que la disparition de ce gage de stabilité du couple ne soit pas réellement conforme à l'intérêt de l'enfant, car « *les deux ans de vie commune exigés des couples non mariés garantissent à l'enfant un minimum de stabilité* »<sup>12</sup>. Certes, il est impossible pour le législateur de garantir dans tous les cas à l'enfant que le couple formé par ses parents est et sera stable, mais il prenait dans le dispositif antérieur un minimum de précautions en ce sens. Il n'est cependant pas certain que la suppression de cette condition modifie réellement la situation, dans la mesure où, « *hormis les cas d'une stérilité avérée, le délai pour diagnostiquer l'infertilité est généralement fixé à deux ans* »<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> V. ancien art. L. 2141-11 CSP : « *l'homme et la femme formant le couple, vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins 2 ans et consentant* ».

<sup>10</sup> Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 39.

<sup>11</sup> A. MIRKOVIC, « Première lecture du projet de loi bioéthique : l'intérêt de l'enfant sacrifié à l'impatience des adultes ? », *D.* 2011, 892.

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> V. en ce sens C. MALPEL-BOUYJOU, *op.cit.*, spéc. p. 156.

En définitive, face à la suppression de cette condition de stabilité, il reste à déterminer les critères qui permettront aux professionnels de santé d'identifier l'homme et la femme sollicitant un recours à l'AMP comme un véritable couple, uni par une « *communauté de toit et de lit* »<sup>14</sup>. L'existence d'un couple demeure une exigence essentielle : le recours à l'AMP n'est pas un droit individuel, mais bien un droit du couple. Dès lors que ce couple existe, l'accès à la filiation est clairement favorisé par le législateur, qui a fourni de louables efforts pour offrir un enfant à une famille. L'élargissement des techniques médicales autorisées est une illustration supplémentaire de cette volonté.

## **B.- L'élargissement des techniques médicales autorisées**

Il faut rappeler à titre liminaire que la finalité de l'assistance médicale à la procréation est restée inchangée depuis 1994 : il s'agit toujours d'une finalité exclusivement thérapeutique. L'AMP n'est qu'un procédé de procréation subsidiaire à la procréation naturelle<sup>15</sup>. L'AMP ne peut avoir pour objet que de remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant « *ou à l'un des membres du couple* » – c'est une nouveauté de la loi du 6 août 2004 – d'une maladie d'une particulière gravité<sup>16</sup>. Dans tous les cas, le recours à l'AMP est réservé aux couples dont un seul des membres est touché par une stérilité, la pratique du « double don » de gamètes étant strictement prohibée<sup>17</sup>.

Lors de la révision de la loi de bioéthique en 2011, la vision de l'AMP comme étant « *une réponse médicale à un problème médical* »<sup>18</sup> a été maintenue, conduisant au refus de prendre en compte une finalité plus large, visant à ouvrir l'AMP à des personnes touchées par une infertilité sociale (femmes célibataires, couples de personnes de même sexe). En ce sens, la loi du 7 juillet 2011 a supprimé la notion de « demande parentale d'un couple » qui existait depuis 1994 dans la définition des objectifs de l'AMP. La demande parentale n'est plus l'élément essentiel du recours à l'AMP, elle ne pourra pas permettre une extension à la prise en charge d'une « infertilité sociale » ou d'une demande « de confort ». Ainsi, « *en supprimant la référence à la demande parentale d'un couple et en*

---

<sup>14</sup> J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique*, op.cit., n° 145, p. 65.

<sup>15</sup> L'AMP est donc réservée « *aux couples qui, naturellement, devraient être en mesure de procréer, mais qui ne le peuvent en raison d'une pathologie* » : A. DIONISI-PEYRUSSE, « Brèves remarques sur la question de l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe », *AJ famille* 2013, p. 127.

<sup>16</sup> V. article L. 2141-2 CSP. De plus, le recours à l'AMP peut se justifier afin d'anticiper sur une éventuelle stérilité future : article L. 2141-11 CSP.

<sup>17</sup> V. article L. 2141-3 CSP.

<sup>18</sup> A. CLAEYS, J. LÉONETTI, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, Assemblée Nationale, 20 janvier 2010, p. 9. V. aussi A. DIONISI-PEYRUSSE, préc. ; J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique*, op.cit., n° 111, p. 47 ; H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013, 100 : l'assistance médicale à la procréation « *est, depuis l'origine, construite comme une assistance à des personnes qui, pour des raisons médicales, ne peuvent avoir d'enfant* ».

*faisant de l'infertilité pathologique un élément de la définition de l'AMP, la loi du 7 juillet 2011 consacre un recul de la prééminence du désir et, par effet mécanique, un épanouissement de la dimension médicale de l'AMP »<sup>19</sup>.*

Mais si le législateur de 2011 a réaffirmé la finalité thérapeutique de l'AMP, il a également mis en place plusieurs techniques visant à faciliter l'accès à la filiation, en autorisant la vitrification ovocytaire (1) et en favorisant le don de gamètes (2).

### **1/ L'autorisation de la vitrification ovocytaire**

Le don d'ovocytes, comme le don de sperme, est autorisé par la loi<sup>20</sup>. Mais *« son développement est considérablement entravé par les difficultés que pose la cryoconservation des gamètes féminins. La vitrification ovocytaire constitue à cet égard une évolution technique salutaire et porteuse d'espoir pour de nombreuses femmes »*<sup>21</sup>. L'autorisation de la vitrification ovocytaire par la loi du 7 juillet 2011<sup>22</sup> permet désormais d'offrir à la femme une possibilité de conservation de ses gamètes, notamment lorsqu'elle sera soumise à des traitements présentant un risque pour sa fertilité. Elle pourrait également constituer une alternative à la congélation des embryons et permettre une augmentation du don d'ovocytes<sup>23</sup>.

Ce progrès technique et l'autorisation de son application en France jouent indéniablement en faveur d'une amélioration de l'accès à la filiation pour les femmes dont la stérilité est liée à l'absence d'ovaires (don d'ovocytes) ou à leur mauvais fonctionnement (autoconservation). Certains craignent cependant une dérive vers un risque de développement d'une conservation d'ovocytes de convenance... mais serait-ce réellement une atteinte à l'éthique que d'autoriser une femme à congeler ses ovocytes, en dehors de toute justification médicale ? Le Collège national des gynécologues et obstétriciens français (CNGOF) vient d'ailleurs de se déclarer favorable à l'autoconservation sociétale des ovocytes, dans un communiqué en date du 12 décembre 2012<sup>24</sup>. Selon cette instance, l'autorisation de cette conservation permettrait de remédier plus efficacement à l'infertilité après 40 ans et offrirait une alternative au don d'ovocytes. Il serait cependant nécessaire de mener une réflexion sur l'âge limite jusqu'auquel *« il serait acceptable qu'une grossesse puisse être induite par ce procédé »*. Une fois de plus, notre conception sociétale de la maternité est interrogée.

---

<sup>19</sup> J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique, op.cit.*, n° 118, p. 51.

<sup>20</sup> V. article L. 1244-1 CSP.

<sup>21</sup> C. MALPEL-BOUYJOU, « L'assistance médicale à la procréation, évolution ou révolution ? », *op.cit.*, spéc. p. 150.

<sup>22</sup> Article L. 2141-1 CSP : « la technique de congélation ultrarapide des ovocytes est autorisée ».

<sup>23</sup> V. en ce sens C. MALPEL-BOUYJOU, *op.cit.*, p. 150 et s.

<sup>24</sup> Communiqué de presse du 12 décembre 2012, cf. site internet du CNGOF. V. aussi A. DIONISI-PEYRUSSE, « Actualités de la bioéthique », *AJ famille* 2013, p. 74.

## 2/ Le don de gamètes favorisé

L'AMP nécessite parfois « *le recours à des forces génétiques extérieures* »<sup>25</sup> et à un « *don d'engendrement* »<sup>26</sup>. La PMA hétérologue, c'est-à-dire avec recours à un tiers donneur, est ainsi dépendante des dons de gamètes, qui ne sont à l'heure actuelle pas suffisants pour faire face à la demande. Pour remédier à cette pénurie, le don de gamètes est doublement encouragé.

En premier lieu, la loi du 7 juillet 2011 incite au don de gamètes<sup>27</sup> en utilisant tant la voie d'un renforcement de l'information<sup>28</sup> que celle d'une autorisation du don pour les personnes n'ayant pas déjà donné naissance à un enfant. Le don de gamètes par une personne qui n'a pas encore procréé est désormais rendu possible par l'article L. 1244-2 al.3 CSP et permet une extension du cercle des donneurs potentiels. Certains craignent que cet élargissement aux femmes nullipares ne soit utilisé pour leur permettre d'organiser temporellement leur maternité grâce à la conservation de leurs ovocytes en dehors de toute justification médicale<sup>29</sup>. Même si ce n'est pas le but poursuivi par le législateur, il semble bien avoir organisé un mécanisme d'incitation. Le CNGOF avait à ce propos souligné, dans son communiqué précité du 12 décembre 2012, que l'autorisation de l'autoconservation à la suite d'un don d'ovocytes est un « *chantage éthiquement inacceptable* ».

En second lieu, le législateur a souhaité maintenir l'anonymat du don de gamètes. L'article 311-20 al.2 du Code civil interdit tout établissement d'un lien de filiation entre l'enfant issu d'une AMP et l'auteur du don. Pour autant, cette interdiction n'implique pas *ipso facto* l'anonymat du donneur de gamètes : il pourrait être connu, sans qu'aucun lien juridique de filiation ne puisse être établi à son égard avec le ou les enfants issus du don.

Le don de gamètes n'est pas comparable à un don de sang ou un don d'organe, « *parce qu'une cellule reproductrice est à l'origine de la conception et de la venue au monde d'une personne humaine* »<sup>30</sup>. Lorsque le législateur a admis le don de gamètes, il a repris pour l'essentiel les règles qui existaient déjà en matière de don de sang, notamment celle concernant l'anonymat du donneur, érigée en principe général en matière de don et d'utilisation des éléments et produits du corps humain<sup>31</sup>. Mais les gamètes ne peuvent pas être assimilés aux autres produits du corps, car ils permettent la naissance d'un enfant. La possibilité

---

<sup>25</sup> C. MALPEL-BOUYJOU, *op.cit.*, spéc. p. 153.

<sup>26</sup> Selon les termes employés par I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, EHESS, 2010.

<sup>27</sup> Cette incitation doit cependant être relativisée par l'interdiction de toute publicité en faveur du don d'éléments et produits du corps humain et par la prohibition de toute rémunération.

<sup>28</sup> V. articles L. 1244-1-1 et L. 1244-1-2 CSP.

<sup>29</sup> V. en ce sens J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique, op.cit.*, n° 155, p. 70-71.

<sup>30</sup> Propos de X. BRETON, AN, 1<sup>e</sup> séance, 10 février 2011, J.O.A.N. du 11 février 2011, p. 971.

<sup>31</sup> V. articles 16-8 du Code civil et L. 1211-5 CSP.

d'accès à cette origine génétique est parfois fondamentale pour ces « *enfants du secret* »<sup>32</sup>. La question du maintien ou de la levée de l'anonymat des donneurs de gamètes a été largement discutée, aussi bien au sein d'instances spécialisées<sup>33</sup> que dans la société dans son ensemble<sup>34</sup>.

Lors de la révision de la loi de bioéthique en 2011, le Gouvernement a pris en compte la volonté de lever le secret entourant l'identité du donneur pour permettre à un enfant de connaître ses origines, admise par de nombreux États. Le projet de loi prévoyait une possible levée de l'anonymat du donneur, si celui-ci y consent, et l'accès à des données non identifiantes après la majorité de l'enfant (âge, état de santé, situation familiale, catégorie socioprofessionnelle, motivations du don...). Mais en première lecture, tant l'Assemblée nationale que le Sénat ont rejeté cette ouverture. Le secret et l'anonymat demeurent la règle, protégés par un contrôle strict de la Commission nationale de l'informatique et des libertés<sup>35</sup>. La légitimité de cette règle est cependant sujette à discussion, tant au regard du droit interne en raisonnant par analogie avec les règles instaurées en 2002 en matière d'adoption<sup>36</sup>, qu'au regard de la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la notion d'origines personnelles<sup>37</sup>. La jurisprudence française semble toutefois maintenir de manière stricte l'anonymat des donneurs de gamètes et le Conseil d'État a même affirmé récemment que les règles interdisant au receveur et à l'enfant né d'un don de gamètes d'accéder aux données permettant d'identifier le donneur sont compatibles avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>38</sup>. L'anonymat demeure « *un principe cardinal encadrant le don des éléments et produits du corps humain, pour assurer la gratuité du don et éviter une relation ambiguë entre donneur et*

---

<sup>32</sup> C. MALPEL-BOUYJOU, *op.cit.*, spéc. p. 160.

<sup>33</sup> Pour le maintien de l'anonymat, v. not. Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, avis n° 90 du 24 novembre 2005, « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation » ; A. CLAEYS, J. LÉONETTI, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, préc., p. 106 et s. Contre le maintien de l'anonymat : v. not. A. CLAEYS, J.-S. VIALATTE, *La loi bioéthique de demain*, Rapport d'information de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, n° 107, 2008, tome I, p. 133 et s.

<sup>34</sup> V. not. G. DELAISI DE PARSEVAL et V. DEPADT-SEBAG, *Rapport du groupe de travail de la fondation Terra Nova. Accès à la parenté, assistance médicale à la procréation et adoption*, 2010.

<sup>35</sup> V. article L. 1244-6 CSP.

<sup>36</sup> V. articles L. 147-1 et s. du Code de l'action sociale et des familles, issus de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, *J.O.R.F.* du 23 janvier 2002, p.1519. V. P. VERDIER, « La loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines ? », *AJ famille* 2003, p. 92.

<sup>37</sup> L. BRUNET, « Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité », in P. JOUANNET et R. MIEUSSET (dir.), *Donner et après... La procréation par don de spermatozoïdes avec ou sans anonymat ?*, Springer, 2010, p. 235 et s. V. aussi Cour EDH, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, req. n° 423226/98, *JCP éd. G.* 2003, I, 120, note Ph. MALAURIE ; *ibid.*, I, 148, note J. RUBELLIN-DEVICHI ; *ibid.*, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *L.P.A.* 3 octobre 2002, p. 6, note L. ROY ; *RDSS* 2003, p. 219, note MONEGER ; *RTD civ.* 2003, p. 276, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, p. 375, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *D.*2003, p. 1240, note B. MALLET-BRICOUT.

<sup>38</sup> CE, avis du 13 juin 2013, n° 362981, *A.J.D.A.* 2013, p. 1246, obs. R. GRAND.

receveur »<sup>39</sup>. La vérité sociologique prend le pas sur la vérité biologique dans ce processus exceptionnel qui déroge au droit commun. « *Il y a un mensonge ostensible du législateur dans le cadre d'un processus d'ensemble voulu et encadré, assurant dès lors la protection de l'enfant : il aura une famille et deux parents* »<sup>40</sup>.

Si la loi du 7 août 2011 a suivi les évolutions récentes du droit de la famille et des techniques médicales afin de faciliter l'accès à la parentalité au plus grand nombre, elle trouve cependant ses limites dans le refus de reconnaître un « droit à l'enfant » au profit de tous, faisant prévaloir dans certains cas l'intérêt présumé de l'enfant.

## **II.- L'accès à la filiation par « greffe médicale » refusé : la prééminence de l'intérêt supposé de l'enfant**

L'AMP fait parfois surgir un conflit entre désir des adultes, intérêt de l'enfant et permission de la loi, conflit qui a engendré de nombreuses oppositions entre l'Assemblée nationale et le Sénat lors de l'adoption de la loi du 7 juillet 2011. Il a fallu réunir une commission mixte paritaire pour tenter de trouver un équilibre entre ces intérêts antagonistes. Cette recherche de compromis a conduit à rejeter les principales évolutions problématiques, afin de faire prévaloir l'intérêt supposé de l'enfant sur le désir des adultes. La loi a ainsi exclu tant les formes particulières de parentalité médicalement assistée (A) que la maternité de substitution (B).

### **A.- L'exclusion des formes particulières de parentalité médicalement assistée**

Deux dispositions témoignent du refus d'élargir l'accès à l'AMP à certaines catégories de personnes : le rejet de l'homoparentalité médicalement assistée (1) et le rejet de la monoparentalité médicalement assistée (2). Les états généraux de la bioéthique<sup>41</sup> sont d'ailleurs parvenus à une telle conclusion : l'AMP doit demeurer une réponse médicale à une infertilité d'origine pathologique, dans une certaine forme de « *respect des lois de la nature* »<sup>42</sup>, voire même pour certains d'« *écologie de la procréation* »<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> A. MIRKOVIC, « Don de gamètes : pas de levée de l'anonymat en justice », obs. sous TA Montreuil, 4<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> chambres, 14 juin 2012, n° 1009924, *D.* 2012, 1618.

<sup>40</sup> A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.* 2011, 2217.

<sup>41</sup> V. *Rapport final des états généraux de la bioéthique*, 1<sup>er</sup> février 2009, [www.etatsgenerauxdelabioethique.fr](http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr), spéc. p. 42 et s.

<sup>42</sup> A. DIONISI-PEYRUSSE, « L'assistance médicale à la procréation dans la loi du 7 juillet 2011 », préc.

<sup>43</sup> Selon les termes d'A. MIRKOVIC, « Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine : la procréation *post mortem* en question », *RLDC* 2010, n° 76.

## 1/ Le rejet de l'homoparentalité médicalement assistée

Selon l'article L. 2141-2 al. 2 CSP, le recours à l'AMP n'est ouvert qu'à un homme et une femme vivants formant un couple. Ce texte interdit, *de facto*, le recours à l'AMP pour les couples formés de deux personnes du même sexe, dans la mesure où la filiation repose, en droit français, « *sur la différence des sexes* »<sup>44</sup>. Or ces couples peuvent désirer avoir des enfants et les techniques d'AMP pourraient conduire à une homoparentalité médicalement assistée<sup>45</sup>.

Lors de la révision de la loi de bioéthique en 2011, le Sénat avait proposé de supprimer la référence au couple formé par un homme et une femme et de la remplacer par la simple mention des personnes formant le couple : « *les personnes formant le couple doivent être vivantes, en âge de procréer et consentir* ». La neutralité des termes employés ne doit pas masquer le fait qu'une telle modification aurait conduit à ouvrir l'accès à l'AMP aux couples de personnes de même sexe. En réalité, ce sont uniquement les couples de femmes qui auraient pu en bénéficier, car l'interdiction de la gestation pour autrui rendait impossible la PMA au sein des couples d'hommes<sup>46</sup>. Cette disposition n'a cependant eu qu'une durée de vie éphémère, car l'Assemblée nationale a réintroduit l'exigence d'un diagnostic d'une infertilité pathologique<sup>47</sup>.

Cependant, l'ouverture du mariage à tous les couples, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels, par la loi du 17 mai 2013<sup>48</sup>, a remis à l'ordre du jour la réflexion quant aux revendications des couples homosexuels de devenir parents<sup>49</sup>. Or, « *le concept de parents de même sexe déconnecte (...) la parenté de*

---

<sup>44</sup> H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP éd. G.* 2013, 658.

<sup>45</sup> V. sur ce point A. MIRKOVIC, « Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et la filiation », *Dr famille* sept. 2010, étude 21.

<sup>46</sup> Pour une analyse plus détaillée, v. J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique, op.cit.*, n° 136, p. 59-60.

<sup>47</sup> V. en ce sens J. LÉONETTI, Rapport AN n° 3403, p. 97 : « *l'AMP est un procédé de réparation d'une infertilité, pas un vecteur juridique de légitimation d'unions ou de modes de vie. Elle n'est pas une solution à tous les désirs d'enfants ni aux infertilités sociales* ».

<sup>48</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe, *J.O.R.F.* n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253. Pour une étude générale, v. not. A.-M. LEROYER, « La loi n° 2013-404 du 14 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013, 1697.

<sup>49</sup> Pour une étude détaillée de cette question, v. not. I. CORPART, « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », *RJPF* 2012, 4/7 ; H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », préc. ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* 2012, p. 98 ; I. CORPART, « Le *Mariage pour tous* et ses incidences sur le sort des enfants », *AJ famille* 2013, p. 340 ; J. HAUSER, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP. éd. G.* 2012, 1185 ; A. MIRKOVIC, « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Dr famille* janvier 2013, dossier 5 ; B. DE BOYSSON, « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr famille* juillet 2013, dossier 25 ; C. NEIRINCK, « Accorder le mariage aux

toute référence à l'engendrement de l'enfant – lequel exige un père et une mère – pour redéfinir la parenté par le vécu (parenté sociale) ou la volonté (parenté intentionnelle) »<sup>50</sup>. Cette modification du droit du mariage aura sans nul doute des conséquences collatérales sur la question de l'accès à l'AMP des couples de même sexe<sup>51</sup>. C'est tout le droit de la filiation qui en serait modifié, entraînant dans son sillage un bouleversement des règles de recours à la « greffe médicale » (AMP) et à la « greffe affective » (adoption). Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs souligné, lors du contrôle de la loi du 17 mai 2013, que l'altérité sexuelle, dans le mariage comme dans la filiation, ne compte pas parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>52</sup>. Si l'exigence d'une altérité sexuelle disparaît dans ces domaines essentiels du mariage et de l'adoption, pourquoi ne disparaîtrait-elle pas dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation<sup>53</sup> ? La question de l'établissement d'une « égalité procréative »<sup>54</sup> entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels est désormais posée. Elle doit faire l'objet de débats juridiques, éthiques et sociaux ; elle est d'ailleurs soumise à avis du Comité consultatif national d'éthique, qui doit se prononcer avant la fin de l'année 2013. Nul doute que la discussion sera animée, car l'extension de l'AMP aux cas d'infertilité sociale conduirait à la détacher tant de la procréation charnelle que de sa finalité thérapeutique<sup>55</sup>. Les enjeux sont identiques en matière de monoparentalité médicalement assistée.

## 2/ Le rejet de la monoparentalité médicalement assistée

Si le rejet de l'accès à l'AMP pour les couples de même sexe a été largement débattu lors de la réforme de 2011, la question de cet accès par une femme seule n'a pas été spécifiquement envisagée. La notion de couple a toujours été retenue, que ce soit par l'Assemblée nationale ou le Sénat. Les deux problématiques sont cependant liées, car, évidemment, ouvrir l'accès à l'AMP à une femme seule aurait conduit, *de facto*, à l'ouvrir aux couples de femmes. Mais les conséquences en termes de filiation auraient été très différentes, puisque la filiation n'aurait été

---

personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr famille* janvier 2013, dossier 2 ; H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP. éd. G.* 2013, 658.

<sup>50</sup> A. MIRKOVIC, « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Dr famille* janvier 2013, dossier 5.

<sup>51</sup> Il est d'ailleurs fort intéressant de relever que sur quinze pays ayant ouvert le mariage aux couples de même sexe, quatorze ont aussi admis le recours à l'AMP : Rapport de la commission des lois sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe par E. BINET, Rapport AN n° 628, 17 janvier 2013.

<sup>52</sup> Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *AJ famille* 2013, p. 332, étude F. CHÉNÉDÉ.

<sup>53</sup> Sur la différence entre adoption et assistance médicale à la procréation, v. not. F. DREIFUSS-NETTER, « Adoption ou assistance médicale à la procréation, quelles familles ? », *D.* 1998, p. 100 ; A. MIRKOVIC, « Don de gamètes : pas de levée de l'anonymat en justice », obs. sous TA Montreuil, 4<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> chambres, 14 juin 2012, n° 1009924, *D.* 2012, 1618 ; I. CORPART, « Le *Mariage pour tous* et ses incidences sur le sort des enfants », *AJ famille* 2013, p. 340.

<sup>54</sup> Selon les termes de J.-C. GALLOUX, « Droits et libertés corporels », *D.* 2013, p. 663.

<sup>55</sup> V. en ce sens Y. BERNAND, « La place du tiers géniteur », *Dr famille* juillet 2013, dossier 26.

établie qu'à l'égard de la seule femme ayant recours à l'AMP et non à l'égard des deux membres du couple. L'accès à la filiation par une femme seule, grâce aux techniques d'AMP, n'est pas autorisé. Le recours à l'AMP n'est pas un droit individuel, mais bien un droit du couple<sup>56</sup>.

La question de l'admission d'une monoparentalité médicalement assistée s'est également posée à propos du transfert *post mortem* d'embryon<sup>57</sup>, point sensible de la réforme de 2011. En droit français, l'homme et la femme qui forment le couple doivent être en vie pour que l'insémination et le transfert d'embryon soient possibles<sup>58</sup>. Ainsi, le décès du père empêche à la fois l'insémination et le transfert des embryons dans l'utérus de la mère. La loi du 7 juillet 2011 a maintenu cette interdiction<sup>59</sup>. Si la question de l'insémination *post mortem* n'a pas été discutée lors de la réforme de la loi de bioéthique, en revanche la possibilité d'un transfert des embryons conçus dans le cadre d'une fécondation *in vitro* lorsque l'un des membres du couple est décédé a fait l'objet de débats importants. « *L'hypothèse est différente, car, cette fois-ci, il ne s'agit plus de concevoir sciemment des orphelins* »,<sup>60</sup> mais de décider si un enfant, déjà conçu, va naître. Les différentes instances consultées apparaissaient divisées sur ce point<sup>61</sup>, mais le législateur a fait le choix d'un maintien de l'interdiction. En conséquence, les femmes engagées dans des procédures d'AMP ayant conduit à la conservation d'embryons surnuméraires et dont le conjoint décède se trouvent dans une situation particulièrement difficile, puisqu'elles devront choisir entre demander la destruction des embryons, les donner à la recherche ou permettre leur accueil par un autre couple. Le législateur semble estimer que l'intérêt de l'enfant était soit de ne pas naître, soit d'être élevé par un autre couple : il n'existe pas de « *droit à un orphelin de père par procréation post mortem* »<sup>62</sup>.

---

<sup>56</sup> Cf. *supra.*, I. A.

<sup>57</sup> Pour une étude détaillée, v. not. V. DEPADT-SEBAG, « La procréation *post mortem* », *D.* 2011, 2213 ; A. MIRKOVIC, « Le transfert *post-mortem* : comment sortir de l'impasse ? », *Dr. famille* 2009, étude 23 ; P. MORIN, « L'interdiction opportune de l'implantation *post-mortem* d'embryon », *Defrenois* 2004, p. 355.

<sup>58</sup> V. Civ.1<sup>e</sup>, 9 janvier 1996, « *Pirès* », n° 94-15.998, *D.* 1996, juris. p. 376, note F. DREIFUSS-NETTER ; *JCP. éd. G.* 1996, II, 22472, note C. NEIRINCK ; *RDSS* 1996, p. 623, note A. TERRASSON DE FOGÈRES ; *RTD civ.* 1996, p. 359, obs. J. HAUSER. Et en droit européen : Cour EDH, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, *D.* 2007, juris. p. 1202, obs. C. DELAPORTE-CARRÉ ; *D.* 2008, juris. p. 1443, obs. J.-C. GALLOUX ; *JCP éd. G.* 2007, II, 10097, note B. MATHIEU ; *RDSS* 2007, p. 810, note D. ROMAN ; *RTD civ.* 2007, p. 295, obs. J.-P. MARGUÉNAUD & p. 545, obs. J. HAUSER.

<sup>59</sup> Art. L. 2141-2 al.2 CSP : « *Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple (...)* ».

<sup>60</sup> J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique, op.cit.*, n° 131, p. 57.

<sup>61</sup> V. not. Conseil d'État, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 44 et s. ; Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 38 et s. – OPECST, *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, 2008, tome 1, p. 127 et s. ; Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, avis n° 113, 10 février 2011.

<sup>62</sup> D. MANAI, *Droits du patient et biomédecine*, Bern, Stämpfli Editions, 2013, p. 319.

L'analyse des travaux parlementaires et de la loi du 7 juillet 2011 montre que le législateur a souhaité exclure ces cas particuliers de parentalité médicalement assistée pour faire prévaloir l'intérêt supposé de l'enfant. Ce même argument est également à l'origine de l'interdiction de la maternité de substitution.

## **B.- L'exclusion de la maternité de substitution**

La maternité de substitution ou maternité pour autrui consiste à porter un enfant en vue de le remettre à un autre couple (ou même à une personne seule ou à un couple de personnes de même sexe). Il convient de distinguer d'une part la procréation pour autrui, lorsque la femme qui porte l'enfant est aussi la génitrice, c'est-à-dire la mère génétique de l'enfant, et d'autre part la gestation pour autrui, hypothèse dans laquelle l'enfant est conçu à partir de l'ovocyte de la mère d'intention ou d'une tierce personne donneuse : la gestatrice n'est alors pas la mère génétique de l'enfant, elle ne fait que le « porter » pour autrui. Dans tous les cas, il est prévu que l'enfant soit remis à sa naissance aux parents d'intention. Pour que le système fonctionne, un lien de filiation doit être établi à l'égard de ces parents commanditaires. Plusieurs pays admettent ou tolèrent la pratique de la gestation pour autrui (Royaume-Uni, Grèce, certains États des États unis et provinces du Canada...), plus rarement celle de la procréation pour autrui, et instaurent un lien de filiation soit légal, soit contractuel.

En France, c'est d'abord la Cour de cassation qui a prononcé l'illicéité des conventions dites « de mère porteuse », qui « *contreviennent tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* »<sup>63</sup>. L'interdiction de la maternité de substitution a ensuite été consacrée par le législateur dans la loi du 29 juillet 1994, codifiée à l'article 16-7 c.civ. : « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* » et ces dispositions sont d'ordre public.

L'admission de cette pratique dans plusieurs pays étrangers a donné naissance à une sorte de « tourisme procréatif » ou « *usage transnational de l'AMP* »<sup>64</sup>, des couples français se rendant à l'étranger pour en bénéficier. Une difficulté juridique fondamentale surgit lors de leur retour en France, lorsque ces nouveaux parents souhaitent faire transcrire sur les registres de l'état civil français les actes de naissance et de filiation établis à l'étranger. Suite à un contentieux jurisprudentiel nourri et à une résistance des juges du fond souhaitant faire prévaloir l'intérêt supérieur des enfants, la Cour de cassation a tranché la question

---

<sup>63</sup> Ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991, juris. p. 417, rapp. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; *D.* 1991, somm. p. 318, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1992, somm. p. 59, obs. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ ; G.A.J.C., 12<sup>e</sup> éd., p. 351 ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; *RTD civ.* 1992, p. 88, obs. J. MESTRE.

<sup>64</sup> L. BRUNET, « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS* 2012, p. 828.

en refusant la transcription de ces actes de naissance à l'état civil français<sup>65</sup>. Ces actes heurtent l'ordre public international français, car une atteinte est portée au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Le lien de filiation ne peut donc pas être établi entre l'enfant et la femme du couple d'intention (qui peut pourtant être la mère biologique si elle a été à l'origine du don d'ovocytes), qu'il s'agisse d'une adoption, d'une reconnaissance ou de l'établissement de la filiation par la possession d'état. Le Ministère de la Justice a cependant réagi face à ces difficultés par une circulaire du 25 janvier 2013<sup>66</sup> : lorsque les conditions sont réunies, il doit être fait droit à la demande de délivrance d'un certificat de nationalité française dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du Code civil. Dans cette hypothèse, le seul soupçon de recours à une convention de gestation pour autrui conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française, refus justifié seulement si l'acte d'état civil étranger n'est pas probant.

La question de la légalisation de la maternité de substitution a été abordée lors de la révision de la loi de bioéthique en 2011, mais après de vifs débats, la loi du 7 juillet 2011 a finalement maintenu l'interdiction. Le droit demeure inchangé : l'accès à la filiation pour les couples privés de la possibilité de donner naissance à un enfant en raison d'une malformation ou d'une absence d'utérus de la femme n'est pas possible par la « greffe médicale ». Ce refus introduit une certaine forme de discrimination entre les différents types de stérilité, mais il est justifié par la différence de nature entre les techniques d'AMP et la maternité de substitution. La légalisation de la maternité de substitution fait cependant l'objet de nouveaux débats à la suite de l'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe. Si tous les couples, qu'ils soient composés de personnes de sexe différent ou de même sexe, sont placés sur un pied d'égalité quant au mariage et à l'adoption, doivent-ils également être placés à égalité en termes de procréation ? Cela nécessiterait à la fois d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes et de légaliser la maternité de substitution pour permettre aux couples d'hommes de procréer. Il y aurait un « effet domino » qui ne peut être ignoré. Le « *feuilleton de la gestation pour autrui n'est pas encore terminé (...)* »<sup>67</sup> et il sera certainement, dans les mois à venir, le théâtre d'affrontements des valeurs fondamentales de notre société : « la

---

<sup>65</sup> Civ.1<sup>e</sup>, 6 avril 2011, 3 arrêts, *D.* 2011, 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET ; *AJ famille* 2011, 262, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *JCP éd. G.* 2011, 441, note F. VIALLA et M. REYNIER ; *RTD civ.* 2011, p. 340, obs. J. HAUSER ; *RCDIP* 2011, p. 722, note P. HAMMJE ; *Dr famille* 2011, étude 14, C. NEIRINCK.

<sup>66</sup> Ministère de la Justice, circulaire n° NOR JUSC1301528C, 25 janvier 2013, relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger. Cette circulaire a pu être jugée comme étant « *une source de confusion supplémentaire* », qui « *donne effet à une fraude à la loi (...)*. Le fait de conforter le “moins-disant éthique” pratiqué par certains pays étrangers ne peut qu'affaiblir l'ensemble du droit biomédical difficilement construit depuis trois décennies en France, voire à le rendre arbitraire aux yeux du public » : J.-C. GALLOUX, « Droits et libertés corporels », préc.

<sup>67</sup> J.-C. GALLOUX, « Droits et libertés corporels », préc.

*liberté contre l'indisponibilité, l'égalité contre la dignité... »<sup>68</sup>. La question d'une égalité procréative est posée et nul doute que l'argument de discriminations potentielles sera farouchement débattu.*

## Conclusion

En définitive, la loi du 7 juillet 2011 n'a pas « *consacré de véritables bouleversements* »<sup>69</sup> en matière d'assistance médicale à la procréation. La recherche d'un équilibre introuvable entre les droits de l'enfant et un « droit à l'enfant » (le désir des adultes) s'est soldée par une réforme *a minima*. Dans les dispositions relatives à l'AMP posées par la loi du 7 juillet 2011, l'enfant à naître reste finalement « *le grand absent* »<sup>70</sup> et la place qui lui est accordée est relativement restreinte<sup>71</sup>.

De profonds changements pourraient cependant voir le jour prochainement en empruntant la voie tracée par l'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe. Finalement, « *la question posée, par la bioéthique et par le droit de la bioéthique, est celle du risque, vrai ou supposé, d'un gouvernement du technique et du scientifique. Le rôle du droit est alors posé avec acuité. Le domaine qui nous préoccupe pose, de fait, la question de la confrontation entre le possible – scientifiquement – et le souhaitable – juridiquement* »<sup>72</sup>. L'accès de tous à la filiation par « greffe médicale » est peut-être déjà et sera sans nul doute possible scientifiquement, mais est-il pour autant souhaitable, socialement et juridiquement ? À l'heure actuelle, il n'existe pas de droit à pouvoir bénéficier d'une assistance médicale à la procréation en toutes circonstances. Mais qu'en sera-t-il à l'avenir ?

---

<sup>68</sup> F. CHÉNEDÉ, « ... Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr famille* juillet 2013, dossier 27.

<sup>69</sup> M. BORGETTO, « La bioéthique en questions », *RDSS* 2012, p. 785. V. aussi en ce sens A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « La révision de la loi relative à la bioéthique », préc.

<sup>70</sup> Selon les termes de C. HURIET, Audition du 20 janvier 2009, *in Rapport de l'Assemblée nationale n° 2235*, par J. LÉONETTI au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 20 janvier 2010, cité p. 44.

<sup>71</sup> V. en ce sens A. DIONISI-PEYRUSSE, « L'assistance médicale à la procréation dans la loi du 7 juillet 2011 », préc. V. aussi A. MIRKOVIC, « Première lecture du projet de loi bioéthique : l'intérêt de l'enfant sacrifié à l'impatience des adultes ? », préc. À noter cependant que l'intérêt de l'enfant a récemment acquis le statut d'« exigence à valeur constitutionnelle » : Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, cons. 53 et 54.

<sup>72</sup> F. VIALLA, post-face *in* V. LARRIBAU-TERNEYRE et J.-J. LEMOULAND (dir.), *La révision des lois de bioéthique. Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011*, Paris, L'Harmattan, 2011.