

Les enjeux juridiques de l'assistance médicale à la procréation: La recherche d'un équilibre entre impératifs éthiques et évolution de la filiation

Sous la direction de Madame la Professeure Johanne Saison



**Mémoire réalisé dans le cadre du Master 2 Droit et politiques de santé
par MOREL Gauthier**

Année universitaire 2019 - 2020

Les opinions émises dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université de Lille.

Remerciements

Je tiens à remercier ici Madame la Professeure Johanne Saison, ma directrice de mémoire, pour le temps et l'attention qu'il a su me consacrer et les conseils qu'il ma délivrés.

Je tiens également à remercier Monsieur et Madame Morel, mes parents, ainsi ma soeur Pauline pour leur relecture minutieuse, leur temps et leur soutien.

Enfin, je remercie tout particulièrement Caroline De Bonville, mon amie, à la fois pour sa relecture, ses précieuses suggestions, sa patience et son temps.

Sommaire

- Première partie: L'éthique biomédicale, une condition à la manipulation de l'embryon.
- Chapitre 1: L'assistance médicale à la procréation, un cadre légal vieillissant face à la réalité sociétale
- Chapitre 2: Vers un droit de l'enfant à naître en bonne santé, mis en oeuvre par l'élargissement des recherches sur l'embryon
- Deuxième partie: Une révolution tardive de la filiation, limitée à l'élargissement de l'assistance médicale à la procréation en France
- Chapitre 1: L'établissement de la filiation en évolution, les juridictions françaises face au tourisme procréatif
- Chapitre 2: L'élargissement de l'assistance médicale à la procréation, comme recours envisagé à l'infertilité sociale

Introduction

« La procréation, constituée par les différentes « pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel »¹, reste donc un thème crucial des lois de bioéthique. Celles-ci doivent tenir compte des avancées scientifiques, médicales, techniques ainsi que de l'évolution des pratiques et des idées. Ceci se fait par une prise en considération du débat éthique sans cesse renouvelé par les réflexions des communautés scientifiques et médicales et de celles des membres de la société. »²

C'est dans un contexte de progrès scientifiques, biologiques et médicaux, notamment en matière de manipulation de la vie, de l'Homme et de ses éléments, que le droit s'est trouvé dans l'obligation de réguler ces activités, notamment par des règles morales afin de ne plus connaître à nouveau les atrocités scientifiques perpétrées sous le régime nazi. Cette volonté d'un encadrement normatif des pratiques scientifiques, principalement des activités biomédicales, s'est ainsi appuyée sur des considérations individuelles et collectives. Ce sont ces dernières qui ont permis l'émergence d'une branche du droit à part entière, le droit de la bioéthique par le biais de trois lois de juillet 1994, respectivement relatives au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé³, au respect du corps⁴ ainsi qu'au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal⁵. Dès lors, le droit de la bioéthique intervient dans des domaines variés, du commencement de la vie à la mort, de la procréation au prélèvement et don d'organes en passant par les recherches sur les vivants.

Toutefois, la notion de bioéthique peut sembler vague, pas assez représentative de la réalité des pratiques biomédicales et de leurs enjeux, ce qui justifie parfois l'emploi de la notion d'éthique

¹ Article L. 2141-1 du Code de la santé publique

² B. Bévière, *Quelques propositions de réflexions sur l'évolution législative de l'assistance médicale à la procréation, notamment avec tiers donneur(s)*, Revue générale du droit médical, n°28, 2008, p.44

³ Loi n° 94-548 du 1 juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

⁴ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain : JO 30 juill. 1994

⁵ 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 : JO 30 juill. 1994

biomédicale. Or celle-ci n'a pas été retenue par le législateur car pouvant apparaître trop restrictive. On retient alors par bioéthique la conception exprimée par André Hellegers ensuite reprise par T.W Reich. Dès lors, la bioéthique serait définie comme l'encadrement par des valeurs et principes moraux du comportement humain dans les domaines de la biologie et de la médecine⁶. Cette définition apparaît cependant trop restrictive pour le Comité consultatif national d'éthique. Celui-ci se déclare en faveur d'une « extension du domaine de ce qu'il est convenu d'appeler bioéthique, dans une perspective plus large que le seul vivant humain, en considérant la place de l'espèce humaine dans la biodiversité et en tenant compte des évolutions technologiques intervenues depuis la dernière révision. »⁷ Force est d'admettre que la définition apportée à la bioéthique se veut évolutive, tout comme les valeurs et principes inhérents à nos sociétés modernes.

Le domaine de la procréation ne se retrouve pas dépourvu de l'application des principes d'éthique biomédicale, ou plus généralement de bioéthique. On retient ainsi deux principes directeurs fondamentaux à la matière, l'inviolabilité du corps humain et la non patrimonialité de celui-ci énoncés à l'article 16-1 du Code civil. En découlent alors le principe de respect de l'intégrité du corps humain mais également de l'espèce humaine respectivement prévus aux articles 16-3 et 16-4 du même code. Ainsi certaines pratiques médicales, en opposition avec les principes précités ont fait l'objet d'une prohibition expresse du législateur, comme c'est le cas de la gestation pour autrui⁸ ou encore des pratiques eugéniques⁹.

Dès lors, l'assistance médicale à la procréation s'inscrit irrémédiablement dans le respect de ces principes comme cela a été rappelé par le législateur à l'article L.2141-1 du Code de la santé publique. Constitue alors l'assistance médicale à la procréation les « 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. La liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'Agence de la biomédecine. »¹⁰ De plus, la finalité même de cette assistance

⁶ T.W Reich, *Encyclopedia of Bioethics*, Macmillan Publishing, New York, 1978

⁷ Comité consultatif national d'éthique, Avis n°105, Questionnement pour les États généraux de la bioéthique, 9 octobre 2008, p.9

⁸ Article 16-7 du Code civil

⁹ Article 16-4 du Code civil

¹⁰ Article L.2141-1 du Code de la santé publique

consiste à « 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. »¹¹ C'est donc cette diversité dans les techniques et pratiques inhérentes à la procréation artificielle qui justifie son encadrement strict par le législateur, souhaitant notamment se prévenir de toutes dérives eugéniques potentielles.

L'assistance médicale à procréation est d'autant plus au centre des débats de la réforme du droit de la bioéthique enclenchée depuis 2018, prévue par la loi de bioéthique de 2011¹², dans le cadre des États généraux de la bioéthique. Les grands enjeux de cette réforme sont alors de deux ordres. Il s'agit d'abord des conséquences d'un enjeu davantage technique et scientifique que juridique, celui de la bonne santé de l'enfant à naître suite à une procédure d'assistance médicale à la procréation, pouvant être assimilé à un véritable droit. Cet enjeu attire notamment au développement de techniques innovantes dans le but de garantir une « qualité » de l'enfant à naître, toujours dans les limites posées par la loi, notamment s'agissant de l'interdiction des modifications germinales ayant des effets sur la descendance.¹³ Parmi elles, on retient principalement la fécondation in vitro à trois parents ou encore la méthode Crispr-Cas9, pouvant être résumée comme une paire de ciseaux programmable¹⁴ permettant « de supprimer un gène ayant muté naturellement et ayant entraîné une maladie génétique. On peut le remplacer par un gène non muté pour reconstituer la séquence d'ADN. »¹⁵

Le second enjeu demeure, quant à lui, bien plus juridique, en ce qu'il revient « à un droit à l'enfant. »¹⁶ Celui-ci apparaît dans la lignée même de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe¹⁷, dans la conception traditionaliste du mariage, où la fondation d'une famille en est la suite logique. Ainsi, au regard des dispositions récemment votées par l'Assemblée nationale le 3 août dernier dans le cadre du projet de loi de révision bioéthique, on

¹¹ Article L.2141-2 du Code de la santé publique

¹² Article 47, I de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique: « La présente loi fait l'objet d'un nouvel examen d'ensemble par le Parlement dans un délai maximal de sept ans après son entrée en vigueur. »

¹³ Article 16-4 du Code civil

¹⁴ Sabouhi (A.), « Crispr-Cas 9 à l'épreuve de la démocratie », *Sciences et avenir*, 26 juillet 2016.

¹⁵ Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Etude de faisabilité de la saisine sur « les enjeux économiques et environnementaux des biotechnologies à la lumière des nouvelles pistes de recherche », transmise le 11 février 2015 par la commission du développement durable de l'Assemblée nationale, p. 18.

¹⁶ Legros B. Avant-propos, *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 12

¹⁷ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

retient la future ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux femmes célibataires et aux couples de femmes. Cela laisse alors augurer une importante remise en cause de filiation, néanmoins déjà mise à mal par un contentieux important s'agissant du refus longtemps systématique des juridictions françaises de transcription des actes d'état civil établis à l'étranger, pour les enfants nés par de pratiques interdites en France comme la gestation pour autrui.

Suite à ce constat concernant les enjeux de l'assistance médicale à la procréation, deux questions se posent. Comment les considérations éthiques, biologiques et médicales influent-elles sur le cadre d'exercice de l'assistance médicale à la procréation et a fortiori sur la manipulation de l'embryon humain? En outre, de quelle manière l'élargissement des conditions d'accès à cette assistance impliquerait-il une remise en cause de la conception classique de la filiation?

Il convient alors d'admettre que la manipulation de l'Homme et de ses éléments, en amont du commencement de la vie d'un point de vue purement juridique, nécessite indubitablement un cadre normatif dicté par la morale. Toutefois, de telles pratiques ne sauraient s'en tenir à un simple encadrement moral. Dès lors, sous couvert d'une éthique propre à la matière, la biologie médicale, l'assistance médicale à la procréation s'est vue être dotée d'un véritable cadre légal insufflé par une éthique biomédicale (Partie 1). Par ailleurs, cette pratique ne se contente pas d'un encadrement juridique se limitant à son accès ou à ses activités. L'assistance médicale à la procréation impliquant des effets juridiques concernant l'état des personnes, notamment sur la filiation, cette dernière se trouvera nécessairement révolutionnée eu égard à l'ouverture de cette assistance aux femmes seules et aux couples de femmes (Partie 2).

Première partie: L'éthique biomédicale, une condition à la manipulation de l'embryon

L'éthique biomédicale est l'une des conditions essentielles à la manipulation de l'embryon et plus généralement à la manipulation du matériel génétique humain. Le droit positif actuel consacre ainsi un certain nombre de dispositions relatives, à la fois, à l'assistance médicale à la procréation, mais également encadrant strictement de régime applicable aux recherches effectuées sur l'embryon. Toutefois, il est à noter une dissonance marquante entre les cadres juridiques de ces deux domaines. En effet, le premier, régissant le accès et l'exercice de l'assistance médicale à la procréation, apparait aujourd'hui vieillissant, en décalage avec l'évolution de notre société (Chapitre 1). Le second, pour sa part, aurait au contraire tendance à s'élargir, à devenir plus permissif, au bénéfice des enfants conçus via cette assistance avec l'émergence d'un droit à naître en bonne santé (Chapitre 2).

Chapitre 1: L'assistance médicale à la procréation, un cadre légal vieillissant face à la réalité sociétale

Les premières dispositions juridiques encadrant l'assistance médicale à la procréation ont été introduites par les deux lois du 29 juillet 1994 relatives au respect du corps humain, au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal¹⁸. En plus d'introduire la notion d'assistance médicale à la procréation dans le Code civil par le biais de la filiation, ces lois ont doté le Code de la santé publique d'un chapitre entièrement consacré à cette notion. Il est toutefois à noter que ces dispositions n'ont pas à vocation d'encadrer la procréation en tant que telle mais plutôt les pratiques médicales qui en découlent.¹⁹ Il est dès lors possible de distinguer ces dispositions selon leur objet, d'une part les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation apparaissant parfois obsolète, en décalage avec les attentes de notre société (Section 1), et d'autre part l'encadrement juridique des activités qui y sont liées répondant à des exigences non seulement sanitaires mais également éthiques (Section 2).

Section 1: L'accès à l'assistance médicale à la procréation: des conditions inadaptées à l'évolution de la société, dans l'attente d'une nouvelle réforme bioéthique

Bien que les conditions médicales permettant l'accès aux couples à l'assistance médicale à la procréation soient largement admises et peu discutées par la communauté scientifique (I), il en est tout à fait autrement s'agissant des conditions civiles garantissant cet accès eu égard à leurs dissonances avec la réalité sociétale (II).

I/ Les conditions médicales: critères primordiaux d'accès à l'assistance médicale à la procréation

Ces indications médicales ouvrant aux couples l'accès à l'assistance médicale à la procréation sont expressément prévues par le Code de la santé publique à l'article L.2141-2, « elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué

¹⁸ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et 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 : JO 30 juill. 1994

¹⁹ Étude d'impact, Projet de loi AN, n° 2911, 20 oct. 2010, relatif à la bioéthique, p. 74

ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. »²⁰ Ce sont donc de ces conditions primordiales que découlent l'ensemble des autres conditions d'accès à cette assistance médicale²¹. Bien que ne souffrant plus d'aucune hiérarchisation entre elles ²², l'infertilité pathologique apparaît tout de même comme la raison majeure du recours à l'assistance médicale à la procréation²³ (A), tandis que l'indication tirée d'un risque de transmission d'une pathologie d'une particulière gravité apparaît plus rare (B).

A/ L'infertilité pathologique, justification majoritaire du recours à l'assistance médicale à la procréation

Il est tout d'abord essentiel de mentionner la modification opérée par la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique²⁴ à l'article L.2141-2 alinéa 1er. Le législateur est ici venu préciser que l'infertilité pathologique du couple souhaitant recourir à une assistance médicale à la procréation devait dorénavant être médicalement diagnostiquée. Néanmoins il est aussi important de ne pas confondre infertilité et stérilité. Ainsi comme l'ont expliqué Pierre Murat et Laurence Cimar, « le terme d'infertilité est sans doute préférable à celui de stérilité dans la mesure où pour un certain nombre de cas, on ignore les raisons exactes pour lesquelles le couple ne peut pas avoir d'enfant. »²⁵ Dès lors, l'infertilité ne saurait être manifestement constatée qu'après l'écoulement d'un délai de deux ans durant lequel le couple vivant ensemble et ayant des rapports sexuels non protégés, n'aura fait l'objet d'aucune grossesse. Cela demeure malgré tout théorique car selon le Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, la constatation de l'infertilité pathologique d'un couple apparaît variable en considération de l'âge mais également de l'état de santé de la

²⁰ Article L. 2141-2 CSP modifié par la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique - Art 24 JORF 7 août 2004

²¹ A. Dionisi-Peyrusse, La protection de la vie humaine dans la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011 : RJPF sept. 2011, p. 10

²² Dans sa rédaction initiale issue de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (1), le risque de transmission d'une pathologie grave apparaissait subsidiaire vis-à-vis de l'infertilité pathologique: "Elle a pour objet de remédier à l'infertilité (...). Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission (...)." Cette rédaction a ensuite été modifiée par la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

²³ Agence de la biomédecine, Rapport d'activité annuel d'assistance médicale à la procréation - Activité 2016, p. 22

²⁴ Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique

²⁵ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 40, 30 juin 2012 mis à jour le 26 juin 2016, p. 20-21

femme souhaitant avoir recours à une telle assistance²⁶. Il s'agira alors de distinguer l'infertilité pathologique, de l'infertilité pathologique indirecte impliquant l'auto-conservation des gamètes.

S'agissant d'abord de l'infertilité pathologique directe, celle-ci doit bien évidemment découlée d'une pathologie et ne doit donc pas être le résultat du vieillissement physiologique du corps humain telle que la ménopause chez les femmes, ou encore être le résultat d'une pratique artificielle telle que la vasectomie chez les hommes. Se pose néanmoins la question de l'assistance médicale à la procréation pour les grossesses tardives. En effet, il ressort du rapport d'information de l'Agence de la biomédecine à destination du Parlement et du Gouvernement d'avril 2010²⁷, que le recours à cette assistance à la procréation serait moins efficiente à partir d'un certain âge chez les femmes malgré une demande croissante de ce type de recours à cette assistance²⁸. Le caractère délicat de cette question est d'autant plus mis en exergue que les femmes ne sont pas toutes égales face à la manifestation de la ménopause, comme illustration du déclin de leur fécondité. Il serait alors concevable de déterminer un âge moyen de survenance de la ménopause chez la femme, afin de considérer comme pathologique l'apparition précoce de celle-ci chez une femme²⁹.

S'agissant maintenant de l'infertilité pathologique indirecte, celle-ci résulte en général d'un événement extérieur comme un accident ou encore comme l'effet secondaire d'un traitement à une maladie déjà existante. Ainsi contrairement à la précédente, cette infertilité indirecte peut, dans certains cas, être prévisible notamment lorsqu'il s'agit d'effets secondaires néfastes connus et potentiels. Les loi du 29 juillet 1994 avaient ainsi prévu la possibilité de conservation de gamètes uniquement pour les couples déjà engagés dans une procédure d'assistance médicale à la procréation dans le but donc de développer un projet parental. Une pratique s'est cependant développée dans le silence de la loi, à savoir l'auto-conservation de gamètes en prévision d'une infertilité potentielle, malgré l'absence de projet parental³⁰. Il aura ainsi fallu attendre 2008 et une

²⁶ Agence de la biomédecine, avis du Conseil d'orientation, « *Comment informer sur la baisse de la fertilité avec l'âge* », Délibération du 10 juillet 2009

²⁷ Agence de la biomédecine, Rapport d'information au Parlement et au Gouvernement, avr. 2010, 2.1.2

²⁸ H. Leridon, L'espèce humaine a-t-elle un problème de fertilité ? : Population et Sociétés, INED, n° 471, oct. 2010.

²⁹ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 40, 30 juin 2012 mis à jour le 26 juin 2016, p. 22 en ce sens, V. J.-J. Lemouland, *Procréation médicalement assistée et droit de la filiation* : ALD 1995, p. 15)

³⁰ C. Taglione, Le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'épreuve de la révision des lois bioéthiques : LPA 17 juin 2003, p. 8

ordonnance du 22 mai 2008³¹ modifiant la loi du 6 août 2004 pour que soit reconnu la conservation de ses gamètes à des fins autologues³² dès lors que la personne voit sa fertilité remise en cause que se soit par sa prise en charge ou son traitement médical, ou si celle-ci « risque d’être prématurément altérée.³³ » Ainsi bien que certains professionnels reconnaissent dans cette nouvelle disposition, la possibilité pour la femme d’anticiper un désir de maternité future sans à avoir à se soucier à moindre mots du déclin de sa fertilité, comme l’a justement souligné le Docteur Decanter, « toute femme voit sa fertilité prématurément altérée, à tout le moins par rapport à celle de l’homme. Ainsi le contexte légal français, souvent décrié concernant l’auto- conservation des ovocytes, s’avère bien moins restrictif qu’annoncé.³⁴ » Toutefois, cette modification de l’article L.2141-11 du Code de la santé publique par l’ordonnance de 2008 semble contrevenir à l’essence originelle de l’assistance médicale à la procréation, qui est de remédier à une infertilité pathologique, en excluant ce dernier critère, « *toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d’altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d’être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d’une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité.* »³⁵ Il est dès lors possible pour un homme, allant subir une vasectomie, ou pour une femme, allant subir une ligature des trompes, d’anticiper ces prises en charge en demandant la conservation de leurs gamètes malgré cette stérilisation volontaire.

Enfin, il est à noter que malgré l’hostilité des sénateurs en février dernier concernant l’élargissement de l’auto-conservation des gamètes en dehors de tout motif médical, les représentants à l’Assemblée nationale s’y sont montrés favorables en deuxième lecture le 31 juillet dernier³⁶.

³¹ Ordonnance n° 2008-480 du 22 mai 2008 transposant en matière de don de gamètes et d’assistance médicale à la procréation la directive 2004/23/ CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004

³² Selon la définition du dictionnaire Larousse, Autologue: se dit d’une substance organique, d’une greffe lorsque le donneur et le receveur sont le même individu (par opposition à hétérologue).

³³ Article L.2141-11 du Code de la santé publique

³⁴ C. Decanter, « Assistance médicale à la procréation chez la femme célibataire : quelles propositions pour quelles demandes ? » *Gynécologie obstétrique & fertilité*, 44 (2016), p. 294

³⁵ Article L.2141-11 du Code de la santé publique

³⁶ <https://www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-bioethique-pma> consulté le 10 août 2020

Bien que la prépondérance de l'infertilité pathologique directe ou indirecte demeure la motivation majeure au recours à l'assistance médicale à la procréation, cela ne délaisse pas son recours en cas de risque de transmission d'une pathologie d'une particulière gravité.

B/ Le risque de transmission d'une pathologie d'une particulière gravité, indication au recours à l'assistance médicale à la procréation

Cette indication de l'assistance médicale à la procréation n'apparaît évidente au plus grand nombre, pour qui, l'objectif fondamental est de remédier à l'infertilité. Toutefois, l'assistance médicale à la procréation dans le but d'éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité n'est pas à exclure. Elle concerne ainsi les couples dont l'un ou les membres sont déjà atteints d'une pathologie de cette nature. Dès lors, l'objectif de cette procédure peut être double, peut avoir comme but d'effacer le risque de transmission de la maladie soit à l'autre membre du couple, comme par exemple le VIH ou une hépatite, soit à l'enfant lui-même. Dans ce dernier cas, l'un ou les deux parents sont atteints d'une maladie d'une particulière gravité, ou encore après examen de leur patrimoine génétique, ce dernier révèle de grandes chances que l'enfant soit atteint d'une maladie héréditaire grave³⁷.

Se pose alors la question de l'appréciation du caractère particulièrement grave d'une telle maladie. Le choix du législateur, et en particulier du Sénat, s'est dans un premier temps dirigé vers la notion d'affection incurable en plus de ce caractère de gravité³⁸. Cette notion a cependant été abandonnée, le législateur préférant se référer à la notion de la particulière gravité déjà présente dans les textes, notamment ceux relatifs à l'interruption de grossesse³⁹ et au diagnostic préimplantatoire⁴⁰.

Dès lors, l'appréciation du caractère particulièrement grave de cette affection demeure à la discrétion pleine et entière de l'équipe médicale réalisant la procédure d'assistance médicale à la procréation. Ainsi comme l'a justement souligné Guy Raymond, de telles affections constitueront

³⁷ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 40, 30 juin 2012 mis à jour le 26 juin 2016, p. 29

³⁸ JO Sénat CR 18 janv. 1994, p. 238

³⁹ Article L. 2213-1 du Code de la santé publique

⁴⁰ Article L. 2131-4 du Code de la santé publique

vraisemblablement des maladies « très peu nombreuses qui peuvent handicaper de façon sévère un enfant et qui confrontent les couples à un choix : soit renoncer définitivement à une descendance, soit avoir recours à l'assistance médicale à la procréation. »⁴¹ Enfin, le Comité consultatif national d'éthique semble pour sa part, avoir adopté une appréciation bien plus large de cette notion en matière de diagnostic préimplantatoire, mais largement transposable en l'espèce. Cette appréciation par le Comité apprécie alors évidemment la notion de gravité d'un point de vue objectif et purement médical, telles que des « *anomalies de développement du fœtus* » ou encore « *des maladies mettant en jeu le pronostic vital chez l'enfant ou l'adulte* », mais également d'un point de vue plus subjectif et sociologique, se rapportant à « *la souffrance attendue de l'enfant à naître* » et « *aux regards portés par la société, l'entourage proche, et les futurs parents.* »⁴²

Ainsi, bien que ces conditions médicales d'accès à l'assistance médicale à la procréation demeurent des critères primordiaux, l'élargissement de cette procédure semble aujourd'hui déterminé par ses conditions civiles.

II/ Les conditions civiles: critères de plus en plus en marge de la réalité sociétale

Même s'il est dorénavant admis que ces conditions civiles peuvent apparaître comme subsidiaires au regard des conditions médicales précédemment, elles n'en sont pas moins des critères d'accès à l'assistance médicale à la procréation. Bien que certaines d'entre elles apparaissent comme le prolongement logique de la démarche de recours à cette procédure, comme l'expression du projet parental (B), il ne saurait en être de même s'agissant des conditions relatives à l'exigence d'un couple hétérosexuel (A) qui apparaît aujourd'hui en décalage avec les attentes de notre société, notamment la promulgation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe⁴³.

⁴¹ G. Raymond, L'assistance médicale à la procréation [après la promulgation des "lois sur la bioéthique"] : JCP G 1994, I, 3796, n° 21

⁴² Comité consultatif national d'éthique, Avis n° 107, 19 avril 2012, p. 15

⁴³ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

A/ Des conditions tenant à la structure familial: le couple hétérosexuel

Ces conditions ne peuvent faire l'objet que de très peu d'interprétations à la lecture de l'article L.2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique. Ce dernier dispose alors que l'assistance médicale à la procréation est ouverte à « *l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer.* »⁴⁴ Dès lors, le critère du couple hétérosexuel comme condition d'accès à ce processus ne saurait connaître d'exception, tellement les termes de la loi sont clairs et précis. On en déduit donc l'interdiction du recours à l'assistance médicale à la procréation par une personne seule, homme ou femme. Le législateur a ainsi « entendu couper court aux demandes de pure convenance de femmes seules désireuses d'avoir un enfant. »⁴⁵, s'attachant au modèle classique de la famille, une père et une mère. Ce n'est cependant qu'avec l'entrée en vigueur de la loi de bioéthique de 2011⁴⁶, que le législateur a entendu se détacher des critères de preuve ainsi que de stabilité du couple demandeur, précédemment exigés dans les dispositions de la loi de 2004.⁴⁷ Il est dorénavant admis que la démonstration de la stabilité s'illustre par la démarche même de recourir à l'assistance médicale à la procréation, et le cas échéant, par la constatation de leur infertilité⁴⁸.

Concernant l'exigence d'un couple hétérosexuel, il est loisible de considérer la prudence du législateur en 1994 vis-à-vis des revendications des couples homosexuels voulant fonder une famille⁴⁹. On constate cependant un changement partiel de paradigme s'agissant de la prohibition des couples homosexuels dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, déjà initié par l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même dont les enjeux principaux en découlant étaient l'établissement d'une filiation, que ce soit par l'adoption ou par ce processus d'assistance médicale. Les premières pierres de ce changement ont ainsi reprises par le Comité consultatif national d'éthique en 2017, se prononçant en faveur d'une extension de l'assistance médicale à la

⁴⁴ Article L. 2141-2 alinéa 2 modifié par la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique

⁴⁵ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 40, 30 juin 2012 mis à jour le 26 juin 2016, p. 31

⁴⁶ Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique

⁴⁷ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique

⁴⁸ Rapport Sénat n° 637, CMP, 15 juin 2011, p. 25 s.

⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1994, n° 92-16.774 : *JurisData* n° 1994-000512 ; D. 1995, p. 197, note E. Monteiro ; somm. p. 116, obs. F. Granet-Lambrechts ; somm. p. 131, obs. D. Bourgault-Coudeville. – Adde J.-P. Gridel, « est nécessairement contraire à l'ordre public la prétention de soustraire un enfant aux effets légaux de sa filiation établie » : D. 1995, chron. p. 275

procréation aux femmes célibataires et aux couples de femmes dans la mesure où « *l'autonomie des femmes s'exerce déjà dans leur accès à la parentalité par d'autres moyens.* »⁵⁰ Le Comité a cependant énoncé certaines réserves principalement en ce qui concerne la charge financière du processus de procréation. Sur ce point, la confirmation de ce changement de paradigme semble davantage appuyé et confirmé eu égard de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation, inscrite dans le projet de loi bioéthique récemment voté par l'Assemblée nationale.

Enfin, s'agissant des conditions tenant à la structure familiale, le législateur a, depuis les premières lois bioéthiques de 1994⁵¹, exigé un couple vivant faisant ainsi obstacle à toute insémination post mortem. Cette interdiction déjà existante en 1994 a été réaffirmé de manière bien plus explicite en 2004: « Le décès d'un des membres du couple (fait) obstacle à l'insémination artificielle ou au transfert d'embryon. »⁵² Le législateur traite ici de manière similaire, tout comme le juge judiciaire, deux situations pourtant bien distinctes, l'insémination et le transfert d'embryon, qui contrairement à la première implique une fécondation in vitro. Cette absence de distinction à même conduit le Comité consultatif national d'éthique à se pencher sur cette question: « le fait que la fécondation de l'ovocyte ait lieu avant ou après la mort de l'homme faisant partie du couple change-t-il la nature de la demande et de l'acte ainsi que ses conséquences ? »⁵³

En la matière le contentieux judiciaire était préexistant à l'entrée en vigueur des premières lois de bioéthique de 1994, notamment marqué par l'affaire *Parpalaix*⁵⁴, qui a longuement constituée la seule décision en faveur de la restitution à une veuve du matériel génétique de son époux défunt. Le juge de première instance s'étant fondé sur la licéité du contrat conclu entre l'époux et le centre d'étude et de conservation des oeufs et du sperme humains lors du dépôt de son

⁵⁰ Comité consultatif national d'éthique, Avis n° 126, Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation, 15 juin 2017

⁵¹ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et 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

⁵² P. Egea, La "condition foetale" entre "procréation et embryologie", du titre VI de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 : RD sanit. soc. 2005, p. 236

⁵³ Comité consultatif national d'éthique, Avis n° 113 du 10 février 2011, La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple

⁵⁴ TGI Créteil, 1^{er} août 1984, affaire *Parpalaix*, JurisData n° 1984-041539, *Gaz. Pal.* 1984, 2, p. 560, concl. Lesec et doct. p. 401, comm. X. Labbé ; RTDCiv. 1984, p. 703, obs. J. Rubellin-Devichi.

matériel génétique. En effet jusqu'à cette décision du Conseil d'État du 31 mai 2016⁵⁵, l'ensemble des veuves requérantes se sont vues opposé leur demande de restitution de matériel génétique. Cette dernière décision a marqué un tournant important en matière de procréation post mortem. Il s'agissait en l'espèce d'un couple italo-espagnol ayant conservé les gamètes de l'époux en France, car habitant en France, du fait d'un traitement pouvant potentiellement altérer sa fertilité. Or eu égard à l'aggravation de l'état de santé de l'époux, le couple avait décidé de déménager en Espagne afin de pouvoir y conserver également des gamètes mâles, tout en ayant connaissance que l'insémination post mortem est possible en Espagne dans un délai d'un an suivant le décès de l'époux. Toutefois, ce dernier décéda avant d'avoir emménagé en Espagne mais après l'échec d'un processus d'assistance médicale à la procréation réalisé en France. Etant elle-même espagnole, la veuve s'est installée en Espagne peu de temps après. Suite à sa demande de restitution du matériel génétique de défunt époux afin de procéder à une insémination post mortem en Espagne, l'Agence de la biomédecine s'y est opposée se fondant sur l'interdiction d'une telle pratique en France. Après la confirmation de ce refus par le tribunal administratif de Paris, le Conseil d'État a eu la charge de se prononcer en cassation.

La haute juridiction administrative a tout d'abord rappelé la marge d'appréciation laissée aux Etats concernant l'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, relatif au respect de la vie privée et familiale. Dès lors, les juridictions françaises peuvent légitimement refuser le transfert des embryons vers l'Espagne en vue d'une pratique demeurant interdite sur le territoire national. Toutefois, le Conseil d'État s'est attaché à rechercher un caractère frauduleux dans la demande de la requérante. S'appuyant alors sur l'échec d'une tentative précédemment effectuée en France, le juge administratif en a déduit d'une atteinte excessive au respect de sa vie privée et familiale, fondé sur l'article 8 de la convention précitée. Cette décision du Conseil d'État n'apparaît cependant ni comme un arrêt de principe ou encore *contra legem*. Celle-ci apparaît d'autant plus « particulièrement opportune car elle permet *in fine* de mettre en œuvre le principe de subsidiarité du contrôle de l'application des droits de l'Homme dans l'ordre juridique interne. »⁵⁶

⁵⁵ CE, 31 mai 2016, req. n° 396848.

⁵⁶ F. Le Boujet-Thomas, « *La saisine a priori des juridictions françaises aux fins de déroger à la loi française ou l'évolution vers un droit de devenir parent?* », in *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 47-48

La question de la procréation post mortem emporte nécessairement la question du consentement dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation s'illustrant à travers le projet parental.

B/ Des conditions tenant à l'expression de la volonté: le projet parental

Cette expression de « projet parental » ne présente aucun caractère juridique, bien qu'elle ait d'abord mentionner par le Conseil d'État dans un rapport⁵⁷ ayant abouti à la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales⁵⁸. Cette notion n'a néanmoins pas été retenue par le législateur.

Dès lors le projet parental apparaît comme l'illustration de la volonté du couple à entreprendre ce processus long et continu⁵⁹ que constitue l'assistance médicale à la procréation, allant de la conception des embryons jusqu'à leur sort définitif sans oublier leur conservation⁶⁰. Ce projet demeure alors « la finalité et l'étendue de tout projet qui est, par définition, un acte régissant l'avenir »,⁶¹ et est donc « l'expression de deux volontés concordantes, celles de l'homme et de la femme formant le couple demandeur. »⁶²

L'assistance médicale à la procréation ne fait pas exception à la règle en matière de consentement mais au contraire constitue un cas particulier. Comme il l'est communément admis, tout acte médical, prise en charge nécessite le consentement de l'intéressé⁶³. La particularité de cette intervention thérapeutique tient au fait même de sa finalité, donner un enfant à un couple, mais également en ce qu'elle constitue « *une opération triangulaire entre les deux membres du couple et*

⁵⁷ Conseil d'État, Rapport « De l'éthique au droit, 1988.

⁵⁸ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales

⁵⁹ P. Egea, La "condition fœtale" entre "procréation et embryologie", du titre VI de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 : RD sanit. soc. 2005, p. 236

⁶⁰ Dictionnaire permanent de Bioéthique et biotechnologies, Bull. spécial n° 140, La loi relative à la bioéthique, p. 6793

⁶¹ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 40, 30 juin 2012 mis à jour le 26 juin 2016, p. 55

⁶² *Idid.*

⁶³ Article 16-3 du Code civil: « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »

l'équipe médicale. »⁶⁴ C'est donc dans ce sens que le législateur a explicitement exigé non pas le seul consentement du couple mais plus légitimement les consentements cumulés de l'homme et de la femme, comme le précise l'article L. 2141-2 alinéa 2⁶⁵. De plus, comme cela l'est exigé depuis la loi Kouchner⁶⁶, le consentement doit être libre et éclairé⁶⁷. S'agissant d'abord du caractère éclairé du consentement, celui-ci est apporté par une information claire, loyale et appropriée découlant de l'obligation déontologique d'information de chaque praticien⁶⁸. On retiendra également dans ce sens les recommandations de bonnes pratiques cliniques: « information loyale, claire et appropriée sur toutes les étapes de la prise en charge. »⁶⁹ De plus cette information, dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, se manifeste également sous la forme de la remise systématique d'un dossier-guide au couple demandeur constituant le support écrit de l'information. Ce dossier doit alors obligatoirement comporter: "a) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation ; b) Un descriptif de ces techniques ; c) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet. »⁷⁰

Comme il vient de l'être rappelé, l'assistance médicale à la procréation constitue un processus long et continu dont la finalité est loin d'être anodine, que ce soit pour le couple mais aussi pour l'enfant à naître en cas de succès de la thérapeutique. Pour veiller à la continuité du consentement du couple, le législateur a ainsi chargé les équipes médicales clinicobiologiques pluridisciplinaires de procéder à des entretiens particuliers avec les couples requérant une assistance médicale à la procréation⁷¹. Toutefois, ces entretiens n'aboutissent pas immédiatement au lancement du processus d'assistance médicale à la procréation. En effet, la loi exige la tenue d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien, avant que le couple ne donne son consentement

⁶⁴ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès » *in JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 40, 30 juin 2012 mis à jour le 26 juin 2016, p. 55

⁶⁵ Article L. 2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique: « 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. »

⁶⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (1)

⁶⁷ Article L.1111-4 du Code de la santé publique

⁶⁸ Article R. 4127-35 du Code de la santé publique

⁶⁹ Arrêté du 2 juin 2014 modifiant l'arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation: JORF n°0134 du 12 juin 2014

⁷⁰ Article L.2141-10 alinéa 2 3° Code la santé publique

⁷¹ *Ibid* alinéa 1er

par écrit pour débiter cette thérapeutique⁷². Ces entretiens ont ainsi un objectif triple: informer le couple au mieux sur ce processus, également l'humaniser en atténuant son caractère purement technique et scientifique mais aussi filtrer les demandes de recours ne s'attardant que sur les plus sérieuses⁷³. Parmi cette équipe médicale pluridisciplinaire, le couple ayant recours à l'assistance médicale à la procréation pourra, selon son besoin, bénéficier d'une entretien avec un psychologue ou un psychiatre.

Il appartient enfin à cette équipe pluridisciplinaire de s'assurer, lors des multiples entretiens préliminaires au processus d'insémination artificielle ou de transfert d'embryon, du consentement mutuel des deux membres du couple et donc de l'absence de consentement contraint. On retient ainsi comme exemple le cas d'une femme ayant subi des pressions de la part de son époux afin d'avoir un enfant, malgré son consentement à la thérapeutique⁷⁴.

Il est néanmoins essentiel de noter que la volonté et le consentement du couple demandeur ne demeure pas une cause l'unique condition au lancement d'une procédure d'assistance médicale à la procréation, dans la mesure où il incombe à chaque organisme ou établissement réalisant des inséminations ou des transferts d'embryons de s'assurer de la légalité de cette procédure. En effet, si l'une de ses dernières est effectuée au bénéfice d'un couple ne remplissant pas l'entièreté des conditions légales d'accès à l'assistance médicales à la procréation, l'établissement ou l'organisme pourrait se voir retirer son autorisation de procéder à ces activités⁷⁵, en plus de potentielles poursuites pénales, à savoir cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende⁷⁶. Il est cependant naturel de s'interroger sur la compétence de l'équipe médicale s'agissant de l'appréciation des conditions civiles d'accès à cette pratique. En effet, dans quelle mesure un professionnel de santé serait compétent pour apprécier ces conditions civil, d'ordre public normalement soumises au contrôle de l'ordre judiciaire?⁷⁷

⁷² *Ibid.* alinéas 3 et 4

⁷³ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès » in *JurisClasseur Civil Code* > Art. 16 à 16-4, fascicule 40, 30 juin 2012 mis à jour le 26 juin 2016, p. 55

⁷⁴ Cour d'appel d'Amiens, 24 novembre 2010, n° 10/00185

⁷⁵ Articles L.2142-1 et L2141-3 du Code de la santé publique

⁷⁶ Article L. 2162-5 du Code de la santé publique, reprenant l'article 511-24 du Code pénal

⁷⁷ B. Feuillet-Le Mintier, *Les pouvoirs consacrés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation*, in *Les lois Bioéthiques à l'épreuve des faits*, ouvr. coll. : PUF 1999, p. 193 et 202

Il appartient également aux équipes médicales pluridisciplinaires en charge de procéder à l'assistance médicale à la procréation d'effectuer un véritable contrôle d'opportunité de ce processus lors des entretiens menés avec le couple demandeur, prévu par l'article L.2141-10 du Code de la santé publique, octroyant la possibilité au médecin, « après concertation au sein de l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire » de laisser un « délai de réflexion supplémentaire (...) aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître » s'il l'estime nécessaire. Cela suppose alors la possibilité pour l'équipe pluridisciplinaire de refuser l'ouverture du processus d'assistance médicale à la procréation à un couple demandeur, dans leur intérêt ou celui de l'enfant à naître.⁷⁸ Ce refus sera par exemple justifié dans le cas d'un couple demandeur alcoolique, l'intérêt de l'enfant à naître étant alors remis en cause⁷⁹.

Bien que certains auteurs comme Brigitte Feuillet-Le Mintier⁸⁰, militent en son sens, il n'existe en France aucun moyen de recours expressément prévu face au refus d'accès à l'assistance médicale à la procréation. On distingue néanmoins deux situations distinctes. Dans la première, si le refus est justifié par l'équipe médicale par l'absence d'une condition essentielle à l'accès à la thérapeutique ou une impossibilité de réussite, le couple pourrait alors saisir le juge sur le fondement du refus de soins⁸¹. Dans la seconde hypothèse, dans laquelle l'intérêt de l'enfant serait au coeur du refus de l'équipe médicale, le couple demandeur pourrait légitimement saisir les juridictions ordinaires⁸². S'agissant de cette dernière hypothèse, on retiendra cependant la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire Dickson contre Royaume-Uni⁸³. En l'espèce, une femme s'est vue refusé l'accès à l'assistance médicale à la procréation sur le fondement de l'intérêt de l'enfant, au vu de la gravité du crime commis par son époux. La Cour a, dans un premier arrêt en 2006, admis le refus des juridictions britanniques, avant de rendre une décision contraire en 2007 suite au renvoi de l'affaire devant la grande chambre. Les juges

⁷⁸ P. Demay de Goustine, Procréation médicalement assistée et pouvoir médical : RD sanit. soc. 1996, p. 3

⁷⁹ B. Feuillet-Le Mintier, *Les pouvoirs consacrés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation*, in Les lois Bioéthiques à l'épreuve des faits, ouvr. coll. : PUF 1999, p. 206

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ A.-M. Ceretti, L. Albertini, Bilan et proposition de réforme de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, févr. 2011, p. 28

⁸² J. Belaïsh-Allart, Sommes-nous, vraiment, les plus mauvais ? Résultats sur l'AMP : Gynécologie Obstétrique & Fertilité 2007, vol. 35, p. 289

⁸³ Cour européenne des droits de l'Homme, 18 avril 2006, n° 44362/04, Dickson c/ R.U. et CEDH, Grande chambre, 4 décembre 2007, n° 44362/04

européens ont alors estimé que le refus des juridictions nationales fondé sur l'intérêt de l'enfant portait une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée et familiale du couple requérant.

Enfin s'agissant de la révocation du consentement des membres du couple, celui-ci n'était pas expressément prévu par le législateur avant la loi du 6 août 2004. Dorénavant le législateur a entendu préciser qu'aucune procédure ne saurait aboutir à son terme en cas de « révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation. »⁸⁴ On suit donc ici le prolongement logique de la nécessité d'un consentement écrit avec l'exigence d'une révocation du consentement elle aussi écrite.

Cette révocation du consentement n'est cependant pas nécessairement partagée entre les membres du couple. Lorsque cette dernière est propre à un seul des membres du couple, cette révocation sera qualifiée de révocation unilatérale, dans la mesure où « La volonté individuelle prend alors l'ascendant sur la volonté conjointe, traduction de la liberté de consentir ou non à la procréation. »⁸⁵ Ayant eu à statuer sur la responsabilité du conjoint révoquant unilatéralement son consentement au processus d'assistance médicale à la procréation, la Cour d'appel de Paris a estimé, dans un arrêt du 1^{er} septembre 2003, que la responsabilité du conjoint ne saurait être engagée au titre de l'article 1382 du Code civil⁸⁶. On retient également une décision équivalente ainsi que des faits équivalents au niveau européen avec la décision du 7 mars 2006 de la Cour européenne des droits de l'Homme, *Evans contre Royaume-Uni*⁸⁷, dans laquelle la Cour n'a pas retenu d'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale du fait pour le Royaume-Uni de prohiber l'assistance médicale à la procréation pour les femmes seules mêmes lorsque le consentement de l'autre membre du couple a été révoqué unilatéralement. La Cour laissait ici une marge d'appréciation aux États dans l'encadrement de l'assistance médicale à la procréation.

Bien que l'ouverture à l'assistance médicale à la procréation demeure largement encadrée par le législateur et guidée par des attentes sociétales, l'encadrement des activités qui lui sont propres demeure pour sa part dicté par des exigences sanitaires mais également éthiques.

⁸⁴ Article L.2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique

⁸⁵ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès » *in JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 40, 30 juin 2012 mis à jour le 26 juin 2016, p. 64

⁸⁶ Cour d'appel de Paris, 25^e ch., sect. B, 12 septembre 2003, n° 2002/01767

⁸⁷ Cour européenne des droits de l'Homme, 7 mars 2006, n° 6339/05, *Evans c/ R.U* et Cour européenne des droits de l'Homme, gr. ch., 10 avril 2007, n° 6339/05

Section 2: L'encadrement des activités relatives à l'assistance médicale à la procréation non seulement sanitaire mais aussi éthique

Le législateur, dès 1994 et les premières lois de bioéthiques, avait compris que les seuls enjeux de l'assistance médicale à la procréation ne résultaient pas uniquement en son accès aux couples désireux d'avoir des enfants. Il est donc à noter en parallèle de ces enjeux, d'autres tenant davantage à l'aspect technique et scientifique de ce processus qui sont également à encadrer. Ces derniers répondent alors des exigences à la fois sanitaires (I) mais également éthiques (II).

I/ La sécurité sanitaire: point d'orgue de l'encadrement des activités liées à l'assistance médicale à la procréation

Le législateur a bien évidemment entendu procurer un cadre strict aux activités liées à l'assistance médicale à la procréation. Il impose pour cela une exigence particulière de sécurité sanitaire au sein des établissements concernés (B) tout en exigeant d'eux et de leurs praticiens un agrément (A).

A/ L'obligation d'autorisation des établissements et d'agrément des praticiens exerçant des activités d'assistance médicale à la procréation

La nécessité pour le Gouvernement d'encadrer l'activité liée à l'assistance médicale à la procréation est apparue à la fin des années 80 notamment par la multiplication non encadrée des établissements dédiés à celle-ci⁸⁸. Sont alors entrés en vigueur deux décrets du 8 avril 1988⁸⁹. Ils créèrent respectivement un régime d'autorisation pour les établissements souhaitant entreprendre des activités liées à l'assistance médicale à la procréation assorti de ses conditions d'éligibilité, puis également la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal (CNMBRDP), chargée d'encadrer cette réglementation nouvelle. Toutefois, l'intervention du législateur a été inévitable principalement dans la mesure où il n'existait alors aucune distinction d'agrément entre les établissements à but lucratif ou non concernant la commercialisation des

⁸⁸ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Activités » *in JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 42, 30 juin 2012 mis à jour le 24 juin 2016, p. 2

⁸⁹ Décret n° 88-327, 8 avril 1988 et Décret n° 88-328, 8 avril 1988 : JO 9 avr. 1988

gamètes⁹⁰. C'est donc dans ce contexte que la loi du 31 décembre 1991⁹¹ est venue modifier cette procédure d'autorisation, a minima en prévision de l'entrée en vigueur des premières lois de bioéthique.

La loi du 29 juillet 1994⁹² assortie de deux décrets du 6 mai 1995⁹³, sont néanmoins venus se substituer à cette réglementation en lui apportant un véritable cadre légal, et notamment un nouveau contrôle administratif, d'une part des établissements par le biais d'autorisation mais aussi d'autre part des praticiens, par le biais d'agrément. La loi du 6 août 2004 a ensuite consolidé l'encadrement administratif de ces acteurs, tout en intégrant la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal à l'Agence de la biomédecine nouvellement créée.

S'agissant d'abord de l'agrément des praticiens, jusqu'en 2011, tout praticien devait avoir reçu un agrément délivré par le directeur général de l'Agence de la biomédecine afin de pouvoir exercer toutes activités liées à l'assistance médicale à la procréation, et ce pour une durée de cinq. Cet agrément est alors devenu un agrément individuel, ne liant plus le praticien à l'établissement dans lequel il exerçait, il pouvait exercer ces activités dans d'autres établissements. Toutefois, ce régime d'agrément du praticien a été abandonné avec l'entrée en vigueur de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. Le législateur laisse désormais toute appréciation aux établissements autorisés à exercer ce type d'activités pour « aire appel à des praticiens en mesure de prouver leur compétence. »⁹⁴

S'agissant maintenant du régime d'autorisation des établissements à exercer des activités liées à l'assistance médicale à la procréation, c'est ici que le contrôle administratif de la structure est le plus strict. Cette autorisation bien que délivrée, pour une durée de cinq, par le directeur de l'Agence régional de santé, celle-ci nécessite l'avis de l'Agence de la biomédecine mais également d'une commission spécialisée de la conférence régionale de santé et de l'autonomie. Les conditions

⁹⁰ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Activités » in *JurisClasseur Civil Code* > Art. 16 à 16-4, fascicule 42, 30 juin 2012 mis à jour le 24 juin 2016, p. 2

⁹¹ Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social

⁹² Article 20 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (*JO 30 juill. 1994*)

⁹³ Décret n° 95-560 du 6 mai 1995 (*JO 7 mai 1995*) et décret n° 95-558 du même jour (*JO 7 mai 1995*)

⁹⁴ Article L2142-1 alinéa 5 du Code de la santé publique

de ce régime ont été prévu par plusieurs décrets successifs⁹⁵. Il est cependant important de considérer qu'une telle autorisation n'autorise pas un établissement à exercer toute les activités liées à l'assistance médicale à la procréation. En effet, chaque autorisation mentionne les activités pouvant être exercées par l'établissement concerné, parmi celles prévues par les articles R.2142-1 et R.2142-6 du Code de la santé publique, ce dernier mentionnant les activités devant être réunies pour constituer un centre d'assistance médicale à la procréation. Enfin, ces autorisations peuvent être retirées, temporairement ou de manière permanente, par le directeur général de l'Agence régionale de santé, après avis de l'Agence de la biomédecine, en cas de violation « des prescriptions législatives et réglementaires applicables à l'assistance médicale à la procréation (...) des prescriptions fixées par l'autorisation ou si le volume d'activité ou la qualité des résultats sont insuffisants. »⁹⁶

Bien que ces exigences administratives d'autorisations des activités liées à l'assistance médicale à la procréation contribue à un gage de qualité de la structure, la qualité des actes effectués en son sein demeurent davantage soumise à une sécurité sanitaire suffisante eu égard à la technicité de l'activité.

B/ L'encadrement des actes de mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation, dicté par l'exigence de sécurité sanitaire

L'exigence de sécurité sanitaire dans le cadre des activités liées à l'assistance médicale à la procréation se justifie ainsi par les enjeux liés à la manipulation de ce matériel génétique, notamment s'agissant de la transmission potentielle de certaines maladies et infections. Cette exigence demeure tout de même dorénavant particulièrement garantie par la mise en oeuvre d'une veille sanitaire propre à l'assistance médicale à la procréation.

L'un des enjeux principaux de cette sécurité sanitaire se caractérise ainsi par le dépistage des maladies transmissibles, s'il s'agit de maladies infectieuses ou génétiques. Concernant d'abord, la garantie de la sécurité sanitaire de ces actes d'assistance médicale à la procréation à l'égard des maladies infectieuses, celle-ci se manifeste principalement lorsque le couple à recours un tiers

⁹⁵ Décret n° 2006-1660 du 22 décembre 2006, modifié par le décret n° 2008- 588 du 19 juin 2008 et le décret n° 2010-344 du 31 mars 2010

⁹⁶ Article L2142-3 du Code de la santé publique

donneur ou lorsqu'il s'agit d'assistance médicale à la procréation inter-conjugale. C'est donc toujours dans le contexte de l'émergence du VIH que le législateur a exigé le dépistage systématique des maladies infectieuses, tel que le VIH ou encore les hépatites B et C par exemple, chez les donneurs de sperme ou d'ovocytes⁹⁷. C'est donc sans surprise que tout résultat positif à l'un de ses dépistages serait rédhibitoire à toute insémination artificielle ou transfert d'embryon chez la femme. Toutefois, le législateur, voulant se prémunir face aux potentiels cas de séroconversion, impose un second dépistage six mois suivant le don afin de garantir la négativité du donneur à ces infections. Dès lors, tout matériel génétique recueilli par voie de don ne pouvait être transféré ou inséminé dans un délai de six mois.

Concernant maintenant des risques de transmissions de maladies génétiques, le législateur a entendu mettre en oeuvre un dépistage génétique, similaire à celui effectué dans le cadre du diagnostic préimplantatoire, mais se limitant cette fois à une enquête génétique non pas sur l'embryon comme lors des fécondation in vitro mais uniquement sur les gamètes. Se pose tout de même sur la notion de donneur acceptable suite à ce dépistage génétique, dans la mesure où un donneur potentiel peut ignorer être porteur d'une anomalie génétique? ⁹⁸La doctrine a dans un premier semblait retenir un consensus concernant la non recevabilité des donneurs portant une maladie héréditaire dominante ou d'une anomalie du caryotype⁹⁹. Toutefois le pouvoir réglementaire a apporté certaines précisions quant aux maladies génétiques à l'article R. 1211-25 du Code de la santé publique, obligeant les praticiens d'exclure « *les donneurs de gamètes à risque potentiel de transmission de la maladie de Creutzfeldt-Jakob ou d'autres encéphalopathies spongiiformes, notamment ceux qui déclarent avoir eu dans leurs antécédents familiaux des proches décédés de ces affections [causes génétiques], ou qui déclarent avoir reçu des produits extractifs humains susceptibles d'avoir été contaminants ou avoir subi des explorations chirurgicales invasives.* » Les précisions sur la question de la sélection des donneurs suite aux enquêtes génétiques ont enfin été apportées par les bonnes pratiques cliniques de 2010 « Toute suspicion d'anomalie incite à compléter le bilan avec l'accord du donneur, dans le respect des dispositions réglementaires

⁹⁷ Article R. 1211-25 du Code de la santé publique

⁹⁸ F. Laroche-Gisserot, La responsabilité du médecin en matière de procréation médicalement assistée : LPA 22 sept. 1999, p. 47

⁹⁹ J. Lansac, Application des lois sur la bioéthique concernant l'assistance médicale à la procréation : problèmes et solutions : Médecine et droit 1994, p. 125

relatives aux examens des caractéristiques génétiques à des fins médicales. »¹⁰⁰ Dès lors, la logique pratique semble tendre vers une enquête génétique plus poussée en cas de doute persistant de transmission d'une maladie génétique pour le donneur, or si cela relève de l'impossible pour le praticien et qu'un doute persiste, il sera privilégié de pas recourir à l'insémination artificielle ou au transfert de l'embryon.

On retient enfin, qu'à défaut d'une faute durant le processus d'assistance médicale à la procréation, constituée notamment par une violation des dispositions et recommandations précitées mettant en cause la sécurité sanitaire, la responsabilité du praticien ou de l'établissement ne saurait être engagée en cas de survenance d'un dommage.¹⁰¹ L'engagement potentiel de la responsabilité du praticien fait nécessaire écho à la jurisprudence Perruche de la Cour de cassation¹⁰², notamment en matière d'assistance médicale à la procréation, qui demeure un domaine technique dans lequel il n'est malheureusement pas rare d'assister à des grossesses multiples suite à un transfert d'embryons. Ainsi quelles auraient pu être les conséquences si cette jurisprudence s'était éternisée?¹⁰³ Aurions-nous assister à l'engagement de la responsabilité des praticiens par les enfants nés via l'assistance médicale à la procréation ayant subi des préjudices physiques ou moraux du fait de leur naissance ou même encore par les parents eux-mêmes, comme victimes par ricochets? Ou aurions-nous assister à un déclin progressif de l'assistance médicale à la procréation, les praticiens devenus frileux à l'idée de voir leur responsabilité engagée en cas de réalisation d'un risque, même sans faute? Ainsi fort heureusement tout cela relève de la fiction juridique, et le domaine de l'assistance médicale à la procréation demeure considérablement épargnée en la matière au regard de l'absence de jurisprudence dans ce domaine. Cela peut notamment se justifié par la grande complexité de la matière, domaine dans lequel la survenance des risques apparaît plus élevés que dans d'autres matière médicales.¹⁰⁴

¹⁰⁰ BPC 2010, Arrêté n° SASP1011922A, 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation : JO 11 sept. 2010

¹⁰¹ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Activités » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 42, 30 juin 2012 mis à jour le 24 juin 2016, p. 12

¹⁰² Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701 : JurisData n° 2000-006884 ; JCP G 2000, II, 10438, note F. Chabas ; D. 2001, p. 332, note D. Mazeaud ; RTD civ. 2001, p. 149, obs. P. Jourdain ; Dr. famille 2001, comm. 11, P. Murat

¹⁰³ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Activités » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 42, 30 juin 2012 mis à jour le 24 juin 2016, p. 12

¹⁰⁴ A. Bateur, Assistance médicale à la procréation et responsabilité civile de droit privé : LPA 26 juin 2002, p. 5

A titre subsidiaire car moins aléatoire et plus contrôlable, l'un des enjeux de la sécurité sanitaire en la matière illustre par l'interdiction pour les praticiens d'utiliser du sperme frais ou mélangé. Ces pratiques sont expressément prohibées par le législateur depuis 1994¹⁰⁵. Cela c'est ainsi justifié, une fois encore dans un contexte lié à l'épidémie du VIH à la fin des années 80. En procédant à une insémination artificielle avec du sperme frais, il en effet impossible de réaliser un dépistage du donneur afin de s'assurer de l'absence d'infections transmissibles à l'enfant ou d'infections sexuelles transmissibles à la femme. De plus, tout praticien se rendant coupable de telles pratiques s'expose à des sanctions pénales particulières du fait de cette infraction¹⁰⁶ mais également à des qualifications pénales plus générales telle que la mise en danger d'autrui ou l'administration de substances nuisibles.¹⁰⁷

L'utilisation de sperme mélangé pose quant à elle une problématique toute autre. En effet, comment déterminer la parenté biologique d'un enfant dont la mère a été l'objet d'une insémination artificielle avec du sperme mélangé, celui de son conjoint et celui d'un donneur?¹⁰⁸

Enfin, sous l'impulsion de l'Union européenne et sa directive du 31 mars 2004 dite « tissus-cellules »¹⁰⁹, le législateur français a été contraint de mettre en oeuvre un dispositif de vigilance sanitaire en matière d'assistance médicale à la procréation, AMP-vigilance, défini à l'article L.2142-3-1 du Code de la santé publique¹¹⁰. Ce dispositif impose dès lors la nomination au sein de chaque établissement exerçant des activités d'assistance médicale à la procréation, d'une personne « chargée de veiller au respect des dispositions législatives et réglementaires relatives à la qualité et à la sécurité des gamètes, des tissus germinaux et des embryons. »¹¹¹ Il aura cependant dû

¹⁰⁵ L. 1244-3 du Code de la santé publique: "l'insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don et le mélange de spermes sont interdits"

¹⁰⁶ Article 511-12 du Code pénal: « Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 1244-3 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. »

¹⁰⁷ Cass. crim., 29 juin 2010, n° 09-81.661

¹⁰⁸ CA Paris, 3 mars 2011, n° 09/12439

¹⁰⁹ Directive du 31 mars 2004, 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au don, à l'obtention et au contrôle de tissus et de cellules d'origine humaine

¹¹⁰ Issu de l'ordonnance n° 2008-480 du 22 mai 2008 modifiée par l'ordonnance n°2017-28 du 12 janvier 2017, article 2

¹¹¹ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Activités » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 42, 30 juin 2012 mis à jour le 24 juin 2016, p.18

attendre le décret du 19 juin 2008¹¹², pour connaître précisément l'objectif de ce dispositif de vigilance qui, « *a pour objet la surveillance des incidents relatifs aux gamètes, aux tissus germinaux et aux embryons utilisés à des fins d'assistance médicale à la procréation ou à des fins de préservation de la fertilité, ainsi que des effets indésirables observés chez les donneurs de gamètes ou chez les personnes qui ont recours à l'assistance médicale à la procréation.* »¹¹³ Ce dispositif illustre alors la volonté de garantir une sécurité mais aussi une qualité optimales des activités résultant de l'assistance médicale à la procréation.

Le dispositif AMP-vigilance repose donc sur le signalement et l'information sans délai de tout incident ou effet indésirable. Ces deux notions ont été définies par l'article R.2142-40 du Code de la santé publique. On entend par incident, « *tout accident ou erreur susceptible d'entraîner un effet indésirable chez un donneur ou chez une personne qui a recours à l'AMP ou toute perte de gamètes, tissus germinaux ou embryons sans disparition des chances de procréation.* » La gravité, quant à elle s'apprécie en ce qui est « *susceptible d'entraîner des effets indésirables graves, ou d'occasionner une erreur d'attribution ou une perte de gamètes, tissus germinaux ou embryons avec disparition des chances de procréation.* » Pour sa part, l'effet indésirable s'entend comme « *toute réaction nocive survenant chez un donneur ou chez une personne qui a recours à une AMP ou susceptible d'être liée aux activités* ». Enfin, on considérera comme un effet indésirable grave, celui « *susceptible d'entraîner la mort ou de mettre la vie en danger, d'entraîner une invalidité ou une incapacité, de provoquer ou de prolonger une hospitalisation ou tout autre état morbide ou susceptible de se reproduire chez un ou plusieurs donneurs ou personnes qui ont recours à l'AMP.* »

114

Ainsi malgré l'encadrement strict des activités liées à l'assistance médicale à la procréation au regard de la sécurité et de qualité, certaines dérives ont nécessité d'être encadrées par des exigences éthiques.

¹¹² Décret n° 2008-588 du 19 juin 2008 transposant en matière de don de gamètes et d'assistance médicale à la procréation la directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004

¹¹³ Article R.2142-39 du Code de la santé publique

¹¹⁴ Article R.2142-41 du Code de la santé publique et BPC 2010, Arrêté n° SASP1011922A, 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation : JO 11 sept 2010

II/ Un encadrement éthique des pratiques liées à l'assistance médicale à la procréation, nécessité au regard des dons de matériel génétique

Face à une pénurie de plus en plus importante en matière de don de gamètes, le législateur n'a, depuis les premières lois de bioéthiques en 1994, eu de cesse d'assouplir les conditions de recourir à tiers donneurs (A), tout en demeure ferme sur les principes inhérents à tout don d'éléments et de produits du corps humain que sont la gratuité du don et l'anonymat réciproque entre le donneur et le receveur (B).

A/ L'assouplissement des conditions relatives à la qualité de donneur de gamètes

La philosophie originelle du législateur en 1994 reposait pour l'essentiel sur les pratiques menées par les centres d'études et de conservation des oeufs du sperme humains. Ainsi dans sa rédaction de 1994, l'article L1244-2 du Code de la santé publique exigeait du donneur de gamètes, aussi bien d'ovocytes que de sperme, « que le donneur devait faire partie d'un couple ayant procréé. »¹¹⁵ Toutefois, conscient de la pénurie de dons à en la matière, le législateur s'est décidé à assouplir une première ces conditions relatives aux donneurs, en retenant dorénavant comme seule exigence que le donneur devait avoir déjà procréé¹¹⁶, délaissant alors le critère que le donneur devait encore constitué le membre d'un couple, ouvrant ainsi le don de gamètes aux personnes célibataires ayant déjà eu des enfants.

Encore et toujours confronté à la pénurie du don de gamètes, le législateur est apparu comme témoin désabusé du tourisme procréatif à l'étranger des couples français en attente de don dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation. Il a en effet été rapporté que la durée d'attente de don d'ovocytes pouvait s'étendre jusqu'à cinq ans¹¹⁷. L'Agence de la biomédecine a ainsi justifié ce tourisme procréatif par le fait que nos pays voisins n'avaient pas hésité à lever la condition d'une procréation préalable afin de favoriser les dons de gamètes¹¹⁸. Elle suggère donc au

¹¹⁵ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Activités » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 42, 30 juin 2012 mis à jour le 24 juin 2016, p.22

¹¹⁶ Article L. 1244-2 du Code de la santé publique modifié par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique

¹¹⁷ J.-F. Mattéi, Rapport d'information AN n° 2235 p. 88

¹¹⁸ Inspection générale des affaires sociales, Rapport n°RM 2011-024T, *L'état des lieux et§ perspectives du don d'ovocytes en France*, février 2011, Tome 1, p. 117

législateur français d'en faire de même, en prévoyant néanmoins certaines restrictions notamment eu égard à l'âge des potentielles donneuses d'ovocytes pour lesquelles à un tel don, par la stimulation ovarienne, présente des risques d'infertilité future¹¹⁹. Dès lors, le législateur a consenti à la levée de cette condition, tout en garantissant tout de même une possibilité de recueil et de conservation pour le donneur gamètes, entrant dans le cadre de l'auto-conservation des gamètes sans motif médical¹²⁰. Sans toutefois écarter cette possibilité au bénéfice des donneurs de gamètes mâles, le législateur a ainsi visé implicitement les donneuses d'ovocytes du fait de leur rareté et des risques encourus par leur don.

On note enfin, l'interdiction persistante du double don de gamètes voulue par le législateur, exigeant qu'un embryon « ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple. »¹²¹ Cette disposition semble cependant ambiguë au regard de la procédure d'accueil d'embryons à laquelle ont recours les couples doublement infertiles grâce au don d'un embryon par un tiers donneur, dont les finalité biologique apparaissent semblables, l'enfant ainsi né ne partageant aucun lien de parenté génétique avec les bénéficiaire d'un double don de gamètes ou d'embryons. Malgré la position favorable du Comité consultatif national d'éthique, le législateur semble justifier son choix, d'une part, par un objectif de garantir un « stock acceptable » de gamètes eu égard à la pénurie prolonger en la matière réservé au couple dont un seul des membres présente une infertilité, et d'autre part, par la quantité suffisante d'embryons disponibles pouvant faire l'objet d'un accueil par un couple doublement infertile¹²².

S'agissant maintenant du consentement du donneur de gamètes, celui-ci doit nécessairement être écrit et, est révocable à tout moment par le donneur dès lors que les gamètes n'ont pas été utilisées¹²³. Celui-ci est alors recueilli à l'issue d'un entretien préalable avec l'équipe médicale

¹¹⁹ Agence de la biomédecine, Rapport d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004, p.40

¹²⁰ Article L.1244-2 du Code de la santé publique modifié par la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique: « *Lorsqu'il est majeur, le donneur peut ne pas avoir procréé. Il se voit alors proposer le recueil et la conservation d'une partie de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, dans les conditions prévues au titre IV du livre Ier de la deuxième partie. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement du donneur.* »

¹²¹ Article L. 2141-3 du Code de la santé publique

¹²² 122 J.-F. Mattéi, Rapport d'information AN n° 2235 p. 115

¹²³ Article L. 1244-2 du Code de la santé publique alinéa 1er

pluridisciplinaire¹²⁴ pouvant être assorti d'un entretien psychologique.¹²⁵ Les questions du formalisme et de la révocation du consentement des donneurs n'ayant pas procréé, les donneurs nullipares, apparaît néanmoins floue au regard de la formulation retenue par le législateur: « ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement du donneur. »¹²⁶ Ainsi le consentement du donneur nullipare nécessite-t-il un écrit, et est-il révocable dans les mêmes conditions que celles énoncées précédemment? ¹²⁷

En revanche, concernant le don d'embryons, ce dernier est assorti du consentement des deux membres du couple eu égard à l'objet de ce don. Cela implique que chaque année, le couple soit interrogé par écrit sur le maintien de leur projet parental. Dès lors, si ce dernier n'est pas maintenu, le couple pourra ainsi consentir au don de ses embryons conservés au bénéfice d'un autre couple demandeur, à ce qu'ils fassent l'objet de recherches ou encore à la fin de leur conservation¹²⁸. Dans le cas particulier où l'un des membres du couple est décédé, le membre survivant consentira seul du sort des embryons parmi les hypothèses vues précédemment, l'insémination post mortem étant prohibée.

Bien que les conditions de recevabilité des donneurs sont particulières et inhérentes à la matière, l'assistance médicale à la procréation, ces dons ne dérangent en aucun cas aux principes communs aux dons d'éléments et produits du corps humains, que sont la gratuité et l'anonymat du donneur.

B/ La mise en oeuvre des principes de gratuité du don et d'anonymat du donneur en matière d'assistance médicale à la procréation

Le principe de la gratuité du don de gamètes ou d'embryons sont doublement et expressément prévus à la fois par le Code civil à l'article 16-6 mais aussi par le Code de la santé publique aux articles L1211-4 concernant les gamètes, L1244-7 pour les ovocytes et L2141-6 alinéa

¹²⁴ Article R. 1244-2 du Code de la santé publique

¹²⁵ BPC 2010, Arrêté n° SASP1011922A, 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation : JO 11 sept. 2010

¹²⁶ Article L. 1244-2 du Code de la santé publique alinéa 3

¹²⁷ P. Murat et L. Cimar, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Activités » in *JurisClasseur Civil Code* > Art. 16 à 16-4, fascicule 42, 30 juin 2012 mis à jour le 24 juin 2016, p.27-28

¹²⁸ Article L2141-4 du Code de la santé publique

5 en ce qui concerne l'accueil d'embryon. Dès lors, la cession de ce matériel génétique contre paiement constitue une infraction au sens du droit pénal¹²⁹.

Toutefois, certains auteurs anticipent des exceptions à ce principe en matière d'assistance médicale à la procréation, eu égard à la pénurie de don de gamètes, en étendant les activités de recul et de conservation du matériel génétique au secteur privé lucratif.¹³⁰ Or une telle conception constituerait une désunion avec le régime général du don d'élément et produits du corps humain, et impliquerait à minima une soumission de cette activité aux lois du marché¹³¹.

On retient tout de même, pour encourager le don, le principe de défraiement des donneurs pour leurs frais engagés, comme des frais de transports, d'hébergement allant jusqu'à l'indemnisation d'une perte de rémunération, prévu par l'article R. 1211-2 du Code de la santé publique. On peut cependant s'interroger sur la possibilité d'une forme d'indemnisation des dons, principalement en ce qui concerne les ovocytes qui demeurent les marqués par la pénurie. Toute forme de commercialisation est de toute évidence à proscrire selon le principe de non-commercialisation des produits du corps humains, garanti par la Convention d'Ovidéo¹³², à laquelle la France est partie. Le législateur français pourrait ainsi s'inspirer des pratiques de ses pays voisins, comme l'Espagne offrant une compensation financière en contrepartie d'un don d'ovocytes. Le droit français pourrait donc, a minima, adopter une « indemnisation solidaire » toutefois assimilable à une rémunération, jetant alors le doute sur les réelles motivations des potentielles donneuses¹³³.

Pour sa part, le principe de l'anonymat réciproque entre donneurs et receveurs demeure fonder sur l'article 16-8 du Code civil, disposant qu'aucune « information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci. » Ainsi les gamètes, aussi bien mâles que

¹²⁹ Articles 511-9 et 511-15 du Code pénal

¹³⁰ B. Bevière, Quelques propositions de réflexions sur l'évolution législative de l'AMP notamment avec tiers donneur(s) : Rev. générale de droit médical 2008, p. 51

¹³¹ J.-F. Mattéi, Rapport d'information AN n° 2235 p. 88

¹³² Article 21 de la Convention sur les droits de l'Homme et la Biomédecine, Oviédo le 4 avril 1997: « *le corps humain est ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit.* »

¹³³ J.-F. Mattéi, Rapport d'information AN n° 2235 p. 91-92

femelles, en tant que produits du corps humain se trouve soumises au régime de l'anonymat. Ce principe est d'autant plus réaffirmé par le Code de la santé publique, aux articles 1211-5 et 1244-7 en ce qui concerne le don d'ovocytes.

On note tout du moins que ce principe d'anonymat ne demeure absolu qu'en ce qui concerne le donneur et le receveur. Ainsi, pour des raisons évidentes de traçabilité et de suivi médical, le médecin, et plus généralement peuvent avoir accès à certaines informations sur le donneur notamment, en cas de nécessité thérapeutique. La question se pose cependant sur la nature même de ces informations. Il existe, en effet, une dualité en ce qui concerne les informations sur le donneur pouvant être recherchées par l'équipe médicale. Le code civil pour sa part mentionne des « informations permettant l'identification », alors qu'à contrario le code de la santé fait, lui, référence particulièrement s'agissant de l'assistance médicale à la procréation, à « des informations non identifiantes ». On comprend dès lors que, compte tenu de la particularité inhérente à l'assistance médicale à la procréation, l'essentiel demeure les informations médicales sur le donneur, son identification apparaît donc secondaire. Il en est de même lorsque s'il s'agit d'un don d'embryon.

Enfin, ce principe de l'anonymat n'a eu de cesse d'être remis en cause aussi bien par la doctrine, s'arguant de la nécessité pour l'enfant de connaître ses origines génétiques. Ce point de réflexion fera cependant l'objet d'un développement futur lorsqu'il s'agira d'apprécier la levée de l'anonymat des donneurs en matière d'assistance à la procréation, au cœur du présent projet de loi de réforme bioéthique.

Chapitre 2: Vers un droit de l'enfant à naître en bonne santé, mis en œuvre par l'élargissement des recherches sur l'embryon

La question des recherches sur les embryons humains a, depuis l'essor de la génétique, toujours été très discutée que ce soit par la communauté scientifique et médicale ou par les professionnels du droit. Tandis que la première motive ces recherches dans un objectif de progrès scientifique, pour une compréhension du génome humain plus poussée ou encore des causes de stérilité, les autres se targuent de principes éthiques, tel que le respect de l'intégrité de la personne humaine et de prohibition de l'eugénisme, afin de limiter l'étendue de ce types de recherches, mais redoutent aussi les potentielles dérives de scientifiques jouant aux apprentis sorciers avec le génome humain. C'est donc dans ce contexte que s'est développé un régime strict des études, puis des recherches sur l'embryon, de plus en plus souple (Section 1). Ainsi, ce sont les progrès dans ce domaine qui ont, aujourd'hui, conduit à s'interroger sur l'existence pour les enfants, d'un droit à naître en bonne santé bâti sur une acceptation d'un eugénisme individualisé (Section 2).

Section 1: L'encadrement strict des recherches sur l'embryon, un régime mis à mal

Avec les progrès dans le domaine de la génétique dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, s'est posée la question de l'encadrement des recherches sur les embryons humains. A titre préliminaire, il est essentiel de distinguer deux d'embryons, d'une part ceux ayant vocation à être transférés chez la femme, et d'autre part les embryons dépourvus de cette finalité. Cette distinction a été apportée, à défaut de cadre législatif, par le Comité consultatif national d'éthique dès 1986.¹³⁴Le conseil a également introduit une seconde distinction, cette fois, sur la nature des études pouvant être entreprises sur le embryons, entre celles présentant un bénéfice direct ou non pour le couple. De plus, toute étude était nécessairement soumise au consentement expresse de ce dernier. Toutefois, malgré l'absence de force obligatoire de ses avis et recommandations, le Conseil avait, notamment, posé par principe l'interdiction de « toutes recherches visant à la thérapie génique germinale c'est-à-dire toute modification artificielle du génome humain par transgénèse (ou production de chimères) transmissible à la descendance.»¹³⁵ C'est donc dans ce contexte que le législatif s'est trouvé dans l'obligation d'apporter un véritable cadre législatif à ces recherches,

¹³⁴ Comité consultatif national d'éthique, Avis n°8 relatif x recherches et à l'utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques, 15 décembre 1986

¹³⁵ *Ibid.* p. 12

relevant ainsi de l'exception, suivant toujours un objectif de protection du génome humain (I). Ainsi bien que demeurent encore un régime dérogatoire, celui-ci a connu des assouplissements successifs afin de permettre des progrès scientifiques dans le domaine de la compréhension du génome humain (II).

I/ L'encadrement législatif progressif des recherches sur l'embryon, limité par le principe de protection du génome humain

Comme il vient de l'être rappelé précédemment, le cadre juridique relatif aux recherches sur l'embryon humain a tout d'abord été absent, ce qui apparaît surprenant eu égard à l'intervention du législateur en 1988¹³⁶ s'agissant de la protection des personnes en matière de recherches biomédicales¹³⁷, l'embryon ne pouvant être qualifié de personne par le droit (A). Dès lors, le législateur, à l'occasion des premières lois de bioéthique, a entendu lui conférer un statut particulier, car support des recherches sur le génome humain soumises à autorisation (B).

A/ Le statut de l'embryon: à défaut d'une personne juridique, une chose sacrée

Ce choix du législateur, bien qu'étonnant, apparaît néanmoins justifié par l'absence de statut juridique de l'embryon humaine, encore d'actualité bien que déplorable par la doctrine¹³⁸. Ainsi à la lecture a contrario de l'article 16 du Code civil: « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », l'embryon ne saurait être doté de la personnalité juridique, demeurant alors une chose au regard du droit. La jurisprudence de la haute juridiction judiciaire a largement admis un tempérament à cette conception, l'infans conceptus tiré de l'adage latin¹³⁹. Sera alors réputé comme né tout enfant conçu dans la mesure où il en va de son intérêt propre, pouvant donc acquérir certains droits¹⁴⁰.

¹³⁶ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, dite loi Huriot

¹³⁷ D. Thouvenin, La loi du 20 décembre 1988, loi visant à protéger les individus, ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ? : ALD 1989, p. 89

¹³⁸ M.-A. Gillet-Hauquier, La recherche d'un statut juridique de l'embryon humain : RGDM 2005, n° 15, p. 125 s

¹³⁹ *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*

¹⁴⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 10 décembre 1985, n°84-14.328

Or ce tempérament mis à part et de manière plus général, l'embryon humain demeure une chose, mais une chose particulière, bien que certaines juridictions l'aient assimilé à un simple matériau dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation.¹⁴¹ Ainsi la notion juridique de chose renvoie indéfectiblement à celle de propriété, « porteuse de la toute puissance du propriétaire qui peut vendre son bien et même le détruire. »¹⁴² Une telle notion de la propriété ne serait cependant applicable à l'embryon humain, eu égard au principe de non-patrimonialité du corps humain garanti par l'article 16-5 du Code civil: « les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles. » On en déduit donc l'extra-patrimonialité du corps humain, l'individu ne pouvant disposer librement, comme tout bien matériel, de son corps en plus particulièrement ici de ses éléments et produits.

Il n'en demeure pas moins que l'embryon humain nécessite une protection supplémentaire, en comparaison avec d'autres éléments et produits du corps humains tels que les cheveux ou le sang, eu égard aux conséquences qu'il implique pour le génome humain. Ces considérations ont mené certains auteurs à qualifier l'embryon de chose sacrée. Ici la notion de sacralisé doit être dénuée de tout rapport avec le religieux ou le spirituel, mais plutôt générale et transcendante¹⁴³. Ainsi selon Xavier Labbé, la sacralisation de l'embryon se fonderait davantage sur le respect inhérent au corps humain et à son inviolabilité¹⁴⁴, la renvoyant à la nécessité de préserver l'intégrité de l'embryon en tant que chose.

C'est donc cette chose particulière de l'embryon humain qui a conduit le législateur à le doter d'une protection tout autant spécifique en matière de recherches scientifiques et médicales, et ce depuis les premières lois de bioéthiques en 1994.

¹⁴¹ TA Amiens, 9 mars 2004, n° 021451

¹⁴² X. Labbé, « Respect et protection du corps humain - L'enfant conçu « ex utero » chose sacrée? » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 52, 27 aout 2012, p. 4

¹⁴³ E. Poulat, Une relation d'incertitude : sacré, religieux et politique : *Géopolitique* 2001, n° 73, p. 12)

¹⁴⁴ X. Labbé, « Respect et protection du corps humain - L'enfant conçu « ex utero » chose sacrée? » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 52, 27 aout 2012, p. 6

B/ Le régime dérogatoire des recherches sur l'embryon, conditionné à une pertinence scientifique

La position du législateur en matière de recherches sur l'embryon humain semble à première vue d'une limpidité rare: « toute expérimentation sur l'embryon est interdite. »¹⁴⁵, abandonnant par la même occasion la conception du Comité consultatif national d'éthique. Or il ne s'agira ici que du principe, ce dernier étant assorti d'une dérogation majeure. En effet, le code de la santé publique prévoit ainsi la possibilité pour un couple de consentir, par écrit, à ce que « des études soient menées sur leurs embryons » ayant une « finalité médicale » sans toutefois « porter atteinte à l'embryon.¹⁴⁶ » Dans ce cadre, il appartenait à la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal d'autoriser de telles études par un avis conforme. Néanmoins face à l'inquiétude de la doctrine face à l'absence de définition des termes utilisés par la loi¹⁴⁷, s'agissant notamment de la finalité médicale, l'intervention du pouvoir réglementaire a paru indispensable. Dès lors, seules deux finalités médicales ont été admises: celle présentant « un avantage direct pour l'embryon concerné notamment en vue d'accroître les chances de la réussite de son implantation » et celle contribuant « à l'amélioration des techniques d'assistance médicale à la procréation, notamment par le développement des connaissances sur la physiologie ou la pathologie de la reproduction humaine. »¹⁴⁸

Le principe fondamentale des recherches sur l'embryon ainsi que le régime dérogatoire ont été largement maintenus par la loi du 6 août 2004, substituant le terme de recherches à celui d'études. L'apport notable de cette loi réside, de plus, dans l'interdiction expresse du clonage, même thérapeutique¹⁴⁹. On retient également l'encadrement législatif, et non plus seulement réglementaire, des exceptions à la prohibition de ces recherches devant dorénavant être autorisées par l'Agence de la biomédecine. Dès lors, « les recherches peuvent être autorisées sur l'embryon et les cellules embryonnaires lorsqu'elles sont susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques

¹⁴⁵ Article L.2148-8 du Code de la santé publique en sa rédaction issue de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ C. Neirinek, L'encadrement juridique de la recherche sur l'embryon, in *L'embryon humain. Approche multidisciplinaire*: CRJO, Colloque 9 et 10 novembre 1995, p. 149

¹⁴⁸ Article R.2141-14 du Code de la santé publique dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur du Décret n° 2016-273 du 4 mars 2016 relatif à l'assistance médicale à la procréation

¹⁴⁹ Article L.2151-2 du code de la santé en sa rédaction issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique

majeurs, et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable en l'état des connaissances scientifiques. »¹⁵⁰ Enfin, il a également été précisé que de telles recherches ne pouvaient être uniquement menées sur des embryons surnuméraires issus d'une assistance médicale à la procréation, dont le projet parental aura été abandonné¹⁵¹.

Malgré un cadre légèrement plus apéritif des recherches sur l'embryon, les dispositions issues de la loi du 6 août 2004 ont été largement discutées à l'occasion de la révision bioéthique de 2011, certains acteurs militant pour une ouverture totale de la recherche dans ce domaine.

II/ La confirmation du caractère dérogatoire des recherches l'embryon, comme frein aux progrès scientifiques

En prévision de la révision bioéthique de 2011, le maintien et les résultats du cadre législatif des recherches sur l'embryon a été largement remis en doute. En cause, l'absence de progrès notables en la matière, justifiée en partie par les auteurs par un encadrement trop restrictif¹⁵², souhaitant aussi une « libéralisation totale de la recherche, conditionnée au seul contrôle de l'Agence de la biomédecine. »¹⁵³ Cette conception a été cependant contrebalancée par d'autres en faveur d'une interdiction stricte de ces recherches¹⁵⁴.

Toutefois, le législateur a plus que tenu sa position dans le domaine, en élargissant cette prohibition aux recherches sur « les cellules souches embryonnaires » et « lignées de cellules souches qui en sont dérivées »¹⁵⁵. De plus, la compétence de l'agence de la biomédecine demeure inchangée quant au contrôle des protocoles de recherches¹⁵⁶ qui lui sont soumis, bien que ses avis nécessitent d'être motivés. Ces avis peuvent également faire l'objet de recours devant les

¹⁵⁰ Article L2151-5 du code de la santé publique en sa rédaction issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² J-R Binet, Recherches sur l'embryon: la science rattrapée par la loi? : Sociologie et sociétés, Montréal 2010, p. 93 à 113.

¹⁵³ X. Labbé, « Respect et protection du corps humain - L'enfant conçu « ex utero » chose sacrée? » in *JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4*, fascicule 52, 27 août 2012, p. 40

¹⁵⁴ J.-F. Mattéi, Rapport d'information AN n° 2235 p. 308

¹⁵⁵ Article L2151-5 du Code de la santé publique

¹⁵⁶ *Ibid.*

juridictions administratives, pouvant sanctionner un défaut de motivation des avis de l'agence, par la nullité¹⁵⁷. Pour sa part, les critères essentiels de l'autorisation de la recherche demeurent toujours la pertinence scientifique, le respect des « principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires » ainsi que l'objectif de « progrès médicaux majeurs »¹⁵⁸.

De plus, malgré la nécessité persistante et évidente du consentement du couple aux recherches menées sur ses embryons surnuméraires, la conception d'embryons in vitro dédiés à la recherche restant prohibé¹⁵⁹, celui-ci semble être à distinguer du consentement du couple à recourir à l'assistance médicale à la procréation. On retient en ce sens l'article L2141-3 du code de la santé publique qui dispose que: « Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons (...). Une information détaillée est remise aux membres du couple sur les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental. Les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons, non susceptibles d'être transférés ou conservés, fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5. » Ce consentement devant toujours être écrit et assorti d'un délai de réflexion de trois mois, et expressément révocable sans motifs.

On retient également la compétence de l'agence de la biomédecine en cas de recherches menées en violation des dispositions précédentes, allant du défaut d'autorisation, de l'absence de consentement jusqu'au dépassement d'autorisation. Dans ce dernier cas, l'agence sera compétente, d'un point de vue administratif, pour suspendre et même retirer l'autorisation au promoteur des recherches. Toutefois, des atteintes illicites à l'embryon effectuées lors de telles recherches seront

¹⁵⁷ Cour d'appel de Paris, 10 mai 2012, n°10PA05827, inédit

¹⁵⁸ Article L2151-5 du Code de la santé publique

¹⁵⁹ Article L2151-2 du Code de la santé publique

sanctionner tant sur le terrain civil¹⁶⁰, qu'en matière pénale¹⁶¹ dans la mesure où certaines expérimentations génétiques peuvent être qualifiées de crime contre l'espèce humaine¹⁶².

Toutefois l'état actuel du droit français en matière demeure, malgré les apports successifs du législateur, particulièrement floue concernant pratiques. C'est notamment le cas des recherches consistantes en une modification du génome, tenant donc à la transgénèse. Ce type de pratique a été ainsi défini par le Conseil d'État comme « une technique de génie génétique (au sens) de la directive du 12 mars 2001¹⁶³ et consiste à insérer dans le génome un ou plusieurs nouveaux gènes issus d'espèces proches ou séparées. »¹⁶⁴ Bien que cette définition aie été apporté par le juge administratif dans le domaine du droit de l'environnement, elle n'en demeure pas moins pertinente d'un point de vue purement scientifique. Dès lors, la modification du génome peut être de plusieurs types selon l'origine du matériel génétique, tenant intégralement de l'espèce humaine comme c'est le cas lors d'une fécondation in vitro à trois parents, ou bien chimérique lorsqu'il s'agit de croiser des cellules humaines avec des cellules animales¹⁶⁵. Pour l'heure ces techniques et pratiques ne sont pas encadrées par le législateur, mais ont vocation à être discutées car pose certains questionnements d'un point de vue éthique. A titre d'exemple, la conception d'embryons chimériques, celle-ci sera indubitablement étudiée lors des débats portant sur la révision bioéthique à venir, eu égard à la légitimation de cette dernière aux États-Unis et au Japon¹⁶⁶.

S'agissant plus particulièrement de la prohibition constamment admise des modifications germinales, celles-ci ont toujours inquiété, en raison de leurs conséquences sur le génome humain.

¹⁶⁰ Article 16-2 du code civil: « Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci »

¹⁶¹ Article 511-18 du code pénal: « Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherche est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende » et Article 511-19 du code pénal: « Le fait de procéder à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. »

¹⁶² Article 511-1 du code pénal: « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée. »

¹⁶³ Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil

¹⁶⁴ Conseil d'État, 3 octobre 2016, Confédération paysanne et autres, n°388649

¹⁶⁵ X. Bioy, *Le droit et les recherches sur l'enfant à naître*, in *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 281

¹⁶⁶ E. Allier, Le Japon autorise la création d'embryons mi-homme mi-animal, *Le figaro.fr*, <https://sante.lefigaro.fr/article/le-japon-autorise-la-creation-d-embryons-mi-homme-mi-animal/>, consulté le 3 aout 2020

En effet, même le Comité consultatif national d'éthique, pourtant favorable aux recherches sur l'embryons, s'est fermement opposé à de telles pratiques: « limiter les possibilités de thérapie génique aux seules cellules somatiques, et d'interdire formellement toute tentative de modification délibérée du génome des cellules germinales et toute thérapie génique comportant le risque d'une telle modification. »¹⁶⁷ Une conception équivalente a également été retenue par le Conseil de l'Europe, estimant que ces pratiques franchiraient « des limites jugées éthiquement inviolables. »¹⁶⁸ Demeure néanmoins, un flou juridique autour de la finalité des recherches menées dans ce sens. En effet, comme le souligne Xavier Bioy, il est nécessaire de faire un distinguo entre recherche et soin, dans la mesure où cette distinction apparaît absente en matière d'embryon, seule persiste ce que l'auteur mentionne comme l'intention du manipulateur, la volonté de transférer un embryon pour une naissance ou non. Sur ce point, le droit français actuel prohibe ces recherches dans le but d'un transfert, faudrait-il donc en déduire a contrario qu'il n'existe aucune prohibition des modifications germinales dans le cadre des recherches pures?¹⁶⁹ Certaines évolutions seraient alors envisageables et envisagées par l'Académie nationale de médecine. Cette dernière réaffirme sa volonté d'interdire de toute intervention sur la structure même de l'ADN, mais envisage le développement de technologies rendant réalisable des modifications génériques ciblées¹⁷⁰ afin de prévenir à plus grande échelle certaines maladies génétiques héréditaires, comme c'est notamment le cas par le biais du diagnostic préimplantatoire ou du procédé de fécondation in vitro à trois parents.

La présente révision bioéthique, encore en discussion par les chambres parlementaires, pourrait ouvrir les portes de ces pratiques, non plus dans un but purement scientifique de compréhension du génome, mais bien plus thérapeutique afin de garantir un nouveau droit à l'enfant à naître, un droit à naître en bonne santé.

¹⁶⁷ CCNE, avis sur l'application des procédés de thérapie génique somatique, rapport n° 36, 22 juin 1993, p.1

¹⁶⁸ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 2115, Le recours aux nouvelles technologies chez les êtres humains, 12 octobre 2017

¹⁶⁹ X. Bioy, *Le droit et les recherches sur l'enfant à naître*, in *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 281-282

¹⁷⁰ Académie nationale de médecine, Rapport « Modifications du génome des cellules germinales et de l'embryon humain », 12 avril 2016

Section 2: L'acceptation d'un eugénisme individuel, comme premiers pas vers un droit à l'enfant à naître en bonne santé

Bien que, de part son caractère systématique et collectif, l'eugénisme fait l'objet d'une interdiction totale (I), certaines pratiques tendent à se généraliser mettant à mal cette interdiction par principe. Ces dernières s'illustrent notamment par la volonté d'un élargissement du diagnostic préimplantatoire, particulièrement en matière d'assistance médicale à la procréation, allant même jusqu'à une généralisation potentielle d'un dépistage génétique (II).

I/ Une prohibition des pratiques eugéniques institutionnalisées jamais remise en cause

Avant même de s'interroger sur la notion et les enjeux de l'eugénisme, il est impératif dimensionner le principe d'intégrité de l'espèce dont découle la prohibition des pratiques eugéniques. Ainsi, le Code civil prévoit l'interdiction « d'atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine »¹⁷¹ depuis l'entrée en vigueur des premières lois de bioéthique en 1994¹⁷², renvoyant alors au génome humain. Toutefois, cette notion d'intégrité de l'espèce humaine est apparue en rupture avec la sémantique utilisée au niveau international, mentionnant le patrimoine génétique. On retient dans ce sens l'article 1er de la Déclaration universelle sur le génome et les droits fondamentaux de l'UNESCO: « Le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité. »¹⁷³ Cette notion a également été reprise plus tard dans le cadre de la Convention d'Oviédo de 1997¹⁷⁴, et plus particulièrement par le protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales¹⁷⁵. En effet, en droit interne, une telle notion de patrimoine génétique

¹⁷¹ Article 16-4 alinéa 1er du Code civil

¹⁷² Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et 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

¹⁷³ Article 1er de la Déclaration universelle sur le génome et les droits fondamentaux de l'UNESCO du 11 novembre 1997

¹⁷⁴ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997

¹⁷⁵ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, entré en vigueur le 1er juillet 2018, Article 4.1 : "Toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne, en tant qu'individu ou en tant que membre d'un groupe, en raison de son patrimoine génétique, est interdite".

s'opposerait impérativement au principe de non-patrimonialité du corps humain¹⁷⁶ et insufflerait alors une caractère économique et mercantile au génome¹⁷⁷. Cette rupture est d'autant plus marquée que le Conseil constitutionnel lui-même, a estimé « qu'il n'existe aucune disposition, ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité. »¹⁷⁸ Il a ainsi entendu définir l'intégrité de l'espèce humaine comme le principe visant « à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. »¹⁷⁹

Comme cela l'a été rappelé en introduction, l'eugénisme se définit comme le domaine scientifique ayant pour objectif l'amélioration de l'espèce humaine¹⁸⁰. Cette science renvoie pourtant, pas sans effroi d'ailleurs, aux théories de suprématie raciale et eugéniques menées par le régime nazi lors de la seconde Guerre mondiale. Or selon certains auteurs estiment de leur côté, que les pratiques eugéniques ne sont pas à réduire aux abominations nazies et seraient ainsi victimes d'une diabolisation non moins regrettable¹⁸¹. D'autres estiment encore que l'eugénisme, en tant que science, ne serait pas condamnable en soi, mais plutôt ses excès et modalités de mise en oeuvre. ¹⁸² Même si ces thèses ne reflètent pas l'opinion de la majorité, elles posent a minima les fondations d'un débat de fond s'agissant de leur interdiction.¹⁸³

La prohibition des pratiques eugéniques est posée par l'article 16-4 alinéa 2, selon lequel: « toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. » Dès lors, l'eugénisme peut être de deux formes, positif ou négatif. Le caractère positif de l'eugénisme se présente notamment comme l'amélioration de l'espèce en se sélectionnant que les individus jugés les meilleurs d'un point de vue génétique. A contrario, l'eugénisme consiste en une suppression

¹⁷⁶ Article 16-5 du Code civil: « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles. »

¹⁷⁷ F. Bellivier, L. Boudouard-Brunet, Ressources génétiques et patrimoine, in *Le droit saisi par la biologie* : LGDJ 1996, n° 90, p. 179

¹⁷⁸ Cons. const., déc. n° 94-343-344 DC, 27 juillet 1994

¹⁷⁹ *Ibid*, considérant n°18.

¹⁸⁰ M. Morange, *Eugénisme*, in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la direction de M. Canto-Sperber : PUF, Quadrige 2004.

¹⁸¹ P.-A. Taguieff, *Sur l'eugénisme : du fantasme au débat* : Pouvoirs 1991, n° 56, p. 23.

¹⁸² A. Langaney, *La philosophie... biologique* : Belin 1999, p. 148

¹⁸³ J-R Binet, « Respect et protection du corps humain - La génétique humaine. - L'espèce » in *JurisClasseur Civil Code* > Art. 16 à 16-4, fascicule 30, 2 mars 2014, p. 22

d'individus jugés inférieurs aussi bien avant qu'après leur naissance.¹⁸⁴ Cette interdiction est d'autant renforcée du fait de sa consécration par le droit de l'Union européenne, et plus particulièrement par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ¹⁸⁵: « Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés (...) l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes. »¹⁸⁶

La portée de cette prohibition peut néanmoins paraître relative. En effet, malgré la mention par le législateur de « toute pratique », l'interprétation donnée par le Comité consultatif national d'éthique semble plus permissive. Le Comité définit alors la pratique eugénique par trois caractéristiques, il doit s'agir d'une pratique négative, collective et institutionnalisée.¹⁸⁷ Dès lors, selon le Comité ne constituerait pas en une pratique eugénique, une pratique individuelle, isolée et non systématique qui, même répétée et largement admise par le plus grand nombre n'en deviendrait pas pourtant autant collective, comme ce qui existe déjà avec le dépistage systématique de la trisomie 21.¹⁸⁸

Enfin, pour sa part, le Code pénal retient comme incrimination « le fait de mettre en oeuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes. »¹⁸⁹ le législateur en fait ici aucune distinction entre eugénisme positif et eugénisme négatif, toute pratique eugénique est alors condamnable, et non les recherches dans le domaine ou encore les théories eugéniques. ¹⁹⁰

Ainsi malgré la prohibition des pratiques eugéniques, certaines pratiques, en matière d'assistance médicale à la procréation caractérisée par une sélection aboutissant à l'amélioration de l'espèce, semblent largement admises, le diagnostic prénatal et le diagnostic préimplantatoire.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Dont la valeur juridique est identique à celle des traités en vertu de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne: « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. »

¹⁸⁶ Article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000

¹⁸⁷ Comité consultatif national d'éthique, Avis n°66, Réponse du CCNE aux saisines du Président du Sénat et du Président de l'Assemblée Nationale sur l'allongement du délai d'IVG

¹⁸⁸ M. Fabre-Magnan, De la sélection à l'eugénisme, in M. Fabre-Magnan et Ph. Moullier (ss dir.), La génétique, science humaine : Belin, Débats, 2004, p. 188-214, spécialement p. 193

¹⁸⁹ Article 214-1 du Code pénal

¹⁹⁰ J-R Binet, « Respect et protection du corps humain - La génétique humaine. - L'espèce » in *JurisClasseur Civil Code* > Art. 16 à 16-4, fascicule 30, 2 mars 2014, p. 23

II/ De l'élargissement du diagnostic préimplantatoire dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, à un dépistage génétique généralisé

Il est tout d'abord essentiel de rappeler que le diagnostic prénatal doit être entendu comme « les pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité. »¹⁹¹ Ces pratiques médicales peuvent également être parfois plus poussées allant jusqu'à des prélèvements de liquide amniotique ou à l'analyse des marqueurs sériques du sang maternel.¹⁹² C'est ainsi, en cas de diagnostic d'une affection d'une particulière gravité ou de risque pour la vie de la future mère, que peut être envisagée une interruption volontaire de grossesse, comme prévue à l'article L. 2213-1 du code comme précité. Toutefois, une telle alternative doit expressément être autorisée par le centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal vers lequel la femme ou le couple a été dirigé. De plus, la haute juridiction judiciaire s'est montrée ferme sur la mise en œuvre de cette possibilité, rappelant que « la mise en œuvre d'une interruption volontaire de grossesse pour motif médical, requiert que les conditions prescrites par l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique soient réunies. »¹⁹³

Il semble dès lors utile de s'interroger sur les conséquences et enjeux éthiques et eugéniques d'un tel procédé. En effet, il est également important de rappeler que le recours au diagnostic prénatal a été à l'origine fortement encouragé afin de détecter de potentiels cas de trisomie 21, dont les risques d'apparition de l'affection augmentent avec l'âge de la mère.¹⁹⁴ Dès lors, selon l'Agence de la biomédecine, la détection d'une trisomie 21 mènerait dans 80% des cas à une interruption de la grossesse pour la femme¹⁹⁵. Il apparaît alors opportun de s'interroger sur la finalité même cette pratique généralisée, s'agit-il ici d'une pratique eugénique négative aboutissant à « l'élimination »

¹⁹¹ Article L2113-1 du Code de la santé publique

¹⁹²J-R Binet, « Respect et protection du corps humain - La génétique humaine. - L'espèce » in *JurisClasseur Civil Code* > Art. 16 à 16-4, fascicule 30, 2 mars 2014, p. 23

¹⁹³Cass. 1re civ., 9 juill. 2009, n° 08-12.457

¹⁹⁴ S. Paricard, « De l'anticipation temporelle du DPN à l'élargissement du DPI en France » in *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 209

¹⁹⁵ Agence de la biomédecine, Rapport d'activité annuel de diagnostic prénatal 2015

de futurs individus à la viabilité rare¹⁹⁶, ou s'agirait-il plutôt d'une pratique ayant pour objectif de garantir un droit de vivre en bonne santé pour l'enfant à naître?

Pour sa part, le diagnostic préimplantatoire, et contrairement au diagnostic prénatal, demeure un procédé propre à l'assistance médicale à la procréation. Il consiste en « diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro*. »¹⁹⁷ Il intervient ainsi lorsqu'il existe un risque avéré qu'une pathologie grave et incurable soit transmise à l'enfant. Il n'en demeure pas moins exceptionnel.¹⁹⁸ Une difficulté persiste néanmoins en ce que risque avéré soit connu par les membres du couple, que les gènes causant l'affection soient identifiables et qu'enfin, qu'ils puissent être manipulables par le biologiste.

De plus, apparaît que le législateur ait entendu restreindre toute dérive eugénique, par la manipulation des gènes, en limitant la recherche et l'intervention du diagnostic préimplantatoire à la seule affection connue¹⁹⁹. Toutefois, cette dernière exigence législative pourrait être remise en cause ultérieurement et élargir à ce procédé à certaines affections graves et incurables faisant déjà l'objet de dépistage comme la trisomie 21²⁰⁰, mais cette fois d'un point de préventif. Cette possibilité serait d'abord envisageable au regard du faible nombre de diagnostics préimplantatoires effectués, 582 en 2015²⁰¹ et 199 naissances suites à ces diagnostics en 2016²⁰², dans les cinq centres nationaux de diagnostics préimplantatoires. De plus, ce contexte particulier du recours au diagnostic préimplantatoire, notamment eu égard à la difficulté pour les couples concernés à procréer, comment admettre que leur enfant à naître puisse être atteint d'autres affections d'origine génétique dans la mesure où elle n'a été recherchée? Cette dernière considération pousse ainsi certains

¹⁹⁶ Selon S. Paricard, 85% des grossesses dont le fœtus est atteint de trisomie 21 n'arriverait pas à terme: S. Paricard, « De l'anticipation temporelle du DPN à l'élargissement du DPI en France » *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 208

¹⁹⁷ Article L.2131-4 alinéa 1er du Code de la santé publique.

¹⁹⁸ Article L.2131-4 alinéa 2 du Code de la santé publique.

¹⁹⁹ Article L.2131-4 alinéa 6 du Code de la santé publique

²⁰⁰ Comité consultatif national d'éthique, Avis n°107, Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI) du 15 octobre 2009

²⁰¹ Agence de la biomédecine, Rapport d'activité annuel de diagnostic prénatal 2015, 2016, Tableau DPI 13.

²⁰² Agence de la biomédecine, Rapport d'activité annuel, 2017, p. 78

auteurs comme Sophie Paricard à imaginer un droit reconnu à l'enfant à naître, celui de naître en bonne santé.²⁰³

Dans le même esprit, une pratique propre à l'assistance médicale à la procréation s'est développée mais demeurant encore expérimentale, la fécondation in vitro à trois parents. Elle consiste en la conception d'un embryon « avec le matériel génétique de deux femmes et d'un homme (...) (permettant) de prévenir certaines maladies génétiques portées par l'ADN mitochondrial de la mère. »²⁰⁴ Ainsi pour les professionnels de la biologie génétique, cette technique pourrait s'apparenter à une « décontamination germinale. »²⁰⁵ Cette technique implique dès lors une modification de l'ADN, assimilable à une forme d'eugénisme pouvant parfois même être transmissible à la descendance pourtant prohibé au sens de l'article 16-4 du Code civil. Cette technique bien qu'encore expérimentale constitue-t-elle, aux mots de la loi, une pratique eugénique ou se limite-t-elle à une « correction génétique de la bio-injustice »²⁰⁶?

²⁰³ S. Paricard, « De l'anticipation temporelle du DPN à l'élargissement du DPI en France » *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018

²⁰⁴ C-G Hounsa, « La FIV à trois parents », *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 237

²⁰⁵ Katz-Benichou (G.), « Le tamisage des naissances », *Cités*, vol. 4, n° 28, 2006, p. 90.

²⁰⁶ C-G Hounsa, « La FIV à trois parents », *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 247

Partie 2: Une révolution tardive de la filiation, limite à l'élargissement de l'assistance médicale à la procréation en France.

En matière d'assistance à la procréation, l'établissement de la filiation n'est, par principe, pas à démontrer, le lien de parenté étant établi d'office entre l'enfant né et son et sa mère, quand bien même sa conception ayant fait l'objet d'un don de gamètes. Toutefois, l'établissement de la filiation a fait l'objet d'un contentieux abondant, aussi bien devant les juridictions françaises que devant les juges européens, devant la Cour européenne des droits de l'Homme et devant la Cour de justice de l'Union européenne. En cause, le refus systématique de la transcription des actes d'état civil établis à l'étranger pour des enfants conçus via des procédés d'assistance médicale à la procréation interdits en France. En effet, les juridictions françaises ont fait face à une recrudescence de ce type demandes en raison d'une hausse d'un tourisme procréatif vers l'étranger. On retient ainsi une évolution de la filiation nécessaire enclenchée par les juridictions nationales en réaction à l'essor de ce tourisme procréatif (Chapitre 1). Cette évolution apparaît d'autant plus inévitable au regard de l'élargissement à venir de l'assistance à la procréation aux femmes seules et aux couples de femmes, comme recours à l'infertilité sociale (Chapitre 2).

Chapitre 1: L'établissement de la filiation en évolution, les juridictions françaises face au tourisme procréatif

Il est ici à considérer que l'établissement de la filiation en France a été largement remis en question du fait notamment des restrictions d'accès à l'assistance médicale à la procréation, réservé aux couples hétérosexuels. Il a donc été inévitable de constater d'un essor considérable du tourisme procréatif, vers certains États plus permissifs en la matière que ce soit l'Espagne ou les États-Unis (Section 1). Dès lors, les juges français se sont vus saisis d'un contentieux nouveau, celui de la transcription des actes d'état civil d'enfants nés à l'étranger par des pratiques de procréation médicamenteuse interdites en France. Ainsi malgré le refus des juridictions françaises d'une transcription systématique de ces actes, la jurisprudence semble s'orienter vers leur reconnaissance de plus en plus fréquente (Section 2).

Section 1: Le recours grandissant au tourisme procréatif, conséquence de l'accès réservé aux couples hétérosexuels à l'assistance médicale à la procréation

On entend par tourisme procréatif le tourisme dont l'objectif est de recourir à des méthodes médicales de procréation interdites dans son État d'origine. Celui-ci a ainsi été facilité en Europe par la libre circulation des personnes et la constitution de l'espace Schengen, mais également dans le monde entier par le phénomène de mondialisation. Il s'agira alors de s'intéresser à deux destinations, privilégiées d'un part du fait d'accès élargi à l'assistance médicale à la procréation comme c'est le cas en Espagne (I), et d'autre part du fait de la reconnaissance des conventions de gestation pour autrui, notamment dans certains États fédéraux américains (II).

I/ L'Espagne, destination du phare du tourisme procréatif en Europe: un accès à l'assistance médicale à la procréation plus permissive

Il n'est plus contestable de considérer l'Espagne comme la destination européenne privilégiée lorsque l'on parle de tourisme procréatif. Cela se justifie d'abord par une législation bien plus permissive dès son origine²⁰⁷. En effet, dès 1988²⁰⁸, le droit espagnol a entendu ouvrir

²⁰⁷ M. B. Andreu Martinez, « L'Espagne face au tourisme procréatif », in *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 105

²⁰⁸ Loi 35/1988 du 22 novembre 1988 (Loi espagnole)

l'assistance médicale à la procréation non pas uniquement aux couples hétérosexuels, mais aussi aux femmes seules. Le droit espagnole a plus récemment également ouvert la possibilité d'une procréation artificielle aux couples de femmes²⁰⁹, le législateur espagnole reconnaissant ainsi un véritable droit à la procréation à distinguer d'une liberté de procréer²¹⁰.

Toutefois une ouverture aussi massive à l'assistance médicale à la procréation implique nécessairement la question du matériel génétique utilisé et notamment son recueil. Il a dès lors été question d'encourager le don de gamètes et en particulier le don d'ovocytes qui, comme il l'a déjà été mentionné demeure risqué en comparaison avec le don de sperme. Ainsi comment l'Espagne peut-elle concentrer la moitié des dons d'ovocytes effectués en Europe?²¹¹

Tout comme en France, le don de gamètes est par principe gratuit en Espagne²¹². Le droit français et le droit espagnol se distinguent alors d'un point de vue pécuniaire. Le législateur français, dans un souci de ne pas contrevenir au principe de non-patrimonialité du corps humain et de ses éléments, se limite à une prise en charge des frais engagés par la personne afin d'effectuer le don. Le législateur espagnol a, quant à lui, opté pour une compensation du don, « pour les désagréments physiques et les dépenses occasionnées par le déplacement et d'emploi. »²¹³ Cette compensation s'élève ainsi en moyenne à 1000 euros, eu égard notamment aux risques encourus par la donneuse et la complexité du don.²¹⁴ Dès lors, bien que le don repose par principe sur un caractère de gratuité, une telle compensation financière du don d'ovocytes ne pourrait-il pas s'assimiler à une rémunération, ou tout du moins s'apparenter à une publicité en sa faveur, expliquant alors le volume de tels dons en Espagne? Ce constat laisse néanmoins demeurer un doute quant à la motivation d'un tel don, non dénué de risques présents et futurs pour le corps de la femme. Résulte-il alors d'un geste purement altruiste et désintéressé, ou bien d'une motivation essentiellement financière? Il s'agirait ainsi pour le législateur espagnol d'offrir une compensation

²⁰⁹ Loi 14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée (Loi espagnole)

²¹⁰ Vela Sánchez A. J., « La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia », *Diario La Ley*, no 8927, 2017, p. 4

²¹¹ European Society of Human Reproduction and Embryology, Fact sheets 3, Egg donation, Janvier 2017, p.2

²¹² Loi 14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée (Loi espagnole)

²¹³ M. B. Andreu Martinez, « L'Espagne face au tourisme procréatif », in *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 109

²¹⁴ *Ibid.*

moindre en contrepartie de ce type de don²¹⁵. Nous sommes alors bien loin du principe de non-patrimonialité du corps humain²¹⁶ existant en droit français, pouvant alors laisser à craindre une exploitation des personnes les plus pauvres²¹⁷, attirés par l'argent « facile »

Ce sont donc cette législation, l'une des plus libérales d'Europe en matière d'assistance médicale à la procréation, ainsi qu'un « stock » conséquent de gamètes qui ont permis à l'Espagne de devenir la destination phare d'un tourisme d'un nouveau genre.

Bien que l'Espagne apparait comme l'un des États les plus permissif d'Europe en ce qu'il s'agit de l'accès à l'assistance médicale à la procréation, la péninsule ibérique n'en demeure pas strict sur la prohibition de la gestation pour autrui.

II/ L'essor des conventions de mères porteuses aux États-Unis, une pratique illégale en France

On entend par convention de mère porteuse celle « par laquelle une ou plusieurs personnes désirant un enfant, appelée(s) parent(s) d'intention loue(nt), parfois contre rémunération, les services d'une personne humaine afin qu'elle assure la gestation d'un embryon, autrement dit son développement embryonnaire et foetal. »²¹⁸ On parle alors de gestation pour autrui. Celle-ci peut alors être de deux ordres. Elle peut résulter d'un transfert d'embryon sans être la donneuse de l'ovocyte. Il s'agira alors « uniquement » d'une gestation pour autrui, la femme porteuse ne partageant aucun lien de parenté biologique avec l'enfant à naître. On en déduit donc a contrario, que la gestation pour autrui peut aussi être assortie d'un don d'ovocyte et les gamètes mâles

²¹⁵ Gonzalez Carrasco C., « Real Decreto 318/2016, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de autorización para la realización de actividades de promoción y publicidad de la donación de células y tejidos humanos », in *CESCO Publicaciones Jurídicas*, 2016, p. 4

²¹⁶ Casado M, « Gratuité ou prix ? Du corps humain comme ressource » in Casado (M.), dir., *De la solidaridad al mercado*, Universitat de Barcelona, Barcelone, 2017, p. 18-24,

²¹⁷ Brunetti-Pons C., « Le tourisme procréatif » porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère?, *Les cahiers de la justice*, 2016

²¹⁸ Gisclard T., « Les conventions de mères porteuses aux États-Unis ou les dérives de la liberté contractuelle dont les femmes et les enfant sont devenus les objets », in *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 95

pouvant être celles d'un membre du couple demandeur, alternative souvent privilégiée par les couples d'hommes. On parlera ainsi d'une procréation pour autrui.²¹⁹

Certains États ont dès lors largement accueilli cette alternative dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, comme les États-Unis (dans certains États fédéraux) ou encore la Russie. La position française en la matière reste stricte et ferme, le régime d'une prohibition d'ordre public subsiste, de telles conventions étant frappées d'une nullité absolue.²²⁰ Cette prohibition demeure cependant d'origine jurisprudentielle, le législateur n'ayant pu anticipé ces potentielles dérives de l'insémination artificielle.

On retient dans ce sens l'affaire Alma Mater, dans laquelle la haute juridiction judiciaire a eu à prononcer la dissolution d'une association, Alma Mater, favorisant la conclusion de conventions de mères porteuses. La Cour a alors fondé cette interdiction sur le principe de l'indisponibilité du corps humain. Elle estime ainsi que « ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elle ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère. L'activité de l'association qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu. »²²¹ Cette solution a, plus tard, été réaffirmé par l'Assemblée plénière à l'occasion de la même affaire suite à un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Elle a ainsi posé comme principe que « a convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. »²²²

Ce n'est alors qu'en 1994, avec les premières lois de bioéthiques que le législateur est venu consacré cette interdiction: « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le

²¹⁹ Cathelineau-Roulaud A., Les discordances du droit français en matière de GPA, Les petites affiches n°138, 10 juillet 2020, p. 20

²²⁰ Article 16-7 du Code civil

²²¹ Cass. 1re Civ. 13 décembre 1989, n°88-15655

²²² Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20105

compte d'autrui est nulle. »²²³ Cette interdiction est également assortie d'une sanction pénale²²⁴, ne concernant que les intermédiaires d'une telle convention comme l'association Alma Mater dans l'affaire du même nom, exemptant donc de toute poursuite pénale des femmes et des hommes pouvant se trouver en état de détresse, s'étant résolus à mener cette pratique illégale.²²⁵

On notera enfin, l'essor de telles conventions dans certains États fédéraux américains, comme la Californie. Cette dérive contractuelle est une conséquence directe d'une large liberté contractuelle. Toutefois, s'agissant du droit de l'État californien, toute convention de mère porteuse est soumise à certaines mentions obligatoires. Parmi ces mentions, sont à retenir l'identité des donneurs de gamètes et des parents d'intention. On retiendra aussi la couverture des frais médicaux de la mère porteuse notamment par le biais d'une assurance santé.²²⁶ De plus, une telle convention implique nécessairement la « renonciation de la mère porteuse à ses droits vis-à-vis de l'enfant à naître. »²²⁷

Les effets de cette pratique illégale en France, et généralement mercantile, ne se limite pas à l'établissement de filiation de l'enfant né dans l'État dans lequel elle a pu être conclue. En effet, une transcription de l'état civil de l'enfant est nécessaire pour la nationalité française lui soit reconnue. Néanmoins, cette transcription a longtemps été refusée par les juridictions françaises, eu égard au caractère illicite de ce mode de procréation.

²²³ Article 16-7 du Code civil

²²⁴ Article 227-12 du Code pénal: « Est puni des peines prévues au deuxième alinéa (le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double. La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines ».

²²⁵ Deletre N. « La maternité pour autrui: état des lieux à la veille de la révision des lois de bioéthique », RDS, n°29, 2009, p.221-222

²²⁶ Gisclard T., « Les conventions de mères porteuses aux États-Unis ou les dérives de la liberté contractuelle dont les femmes et les enfant sont devenus les objets », *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 100

²²⁷ *Ibid.*, p. 101

Section 2: Vers la reconnaissance non systématique des filiations établies à l'étranger par le juge français

L'établissement de la filiation des enfants nés par des procédés d'assistance médicale à la procréation a donné lieu à un abondant contentieux eu égard à la transcription des actes d'état civils de ces enfants nés à l'étranger, via des protocoles illicites dans notre pays, principalement par gestation pour autrui. Ce contentieux a d'abord été marqué par le refus systématique des juridictions françaises arguant une fraude à la loi (I). On assiste cependant au potentiel revirement de la Cour de Cassation, faisant dorénavant prévaloir une notion floue, l'intérêt de l'enfant (II).

I/ La fraude à la loi, fondement justificatif du refus de transcription de l'état civil nés à l'étranger de pratiques illégales en France

A titre préliminaire, il est essentiel de rappeler que le refus ou la contestation de la filiation d'un enfant né dans les circonstances évoquées précédemment résultent d'abord d'une pratique administrative²²⁸. On retient dans ce sens une circulaire de 2013 favorisant l'entrée sur le territoire français de ces enfants ainsi que la reconnaissance de leur nationalité, la nationalité française.²²⁹

Il convient dès lors de s'interroger sur le long refus de la Cour de cassation de transcrire ces actes d'état civil étranger. La haute juridiction judiciaire a dans un premier appuier son refus sur la notion d'ordre public international²³⁰. On retient alors par ordre public international « les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme dotés de valeur internationale absolue. »²³¹ La Cour fait également réitérer ce raisonnement juridique dans les devenues célèbres affaires Menesson et Labassée, affirmant alors « est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque cette décision heurte des principes essentiels du

²²⁸ Rass-Masson L., « La saisine a posteriori des juridictions aux fins de légitimer les pratiques illégales en France réalisées à l'étranger: le regard du juriste international », *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Édition, 2018, p. 26

²²⁹ Circulaire N° CIV/02/13 - NOR JUSC 1301528 C Délivrance des certificats de nationalité française - convention de mère porteuse - Etat civil étranger du 25 janvier 2013

²³⁰ Cass Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468

²³¹ Cass. Civ 1^{re}., 25 mai 1948, pourvoi no 37.414

droit français. »²³² Toutefois, ce fondement retenu par la Cour a exposé ses décisions à de vives critiques de la part de certains auteurs, dénonçant le raisonnement balbutiant de cette dernière, « Quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une solution boiteuse inadmissible. »²³³ Ainsi, victime de ces critiques, la haute juridiction judiciaire ne fera plus de référence expresse à cet ordre public international afin de justifier le refus d'une telle transcription, elle s'appuiera alors sur la fraude à la loi.

Dès lors, la Cour de cassation a semblé hésitant lorsqu'il a fallu réitérer son refus. Elle a ainsi retenu un raisonnement proche de celui énoncé précédemment, à savoir la fraude à la loi française. On retient alors qu'est « justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public. »²³⁴ Ce raisonnement apparaît cependant controversé, ne seraient pas en cause ici l'acte de naissance en lui-même, mais plutôt l'intention des parents de contourner la loi française, qualifiant ainsi selon la Cour, la filiation de frauduleuse. Une part de la doctrine a ainsi estimé que ces décisions juridictionnelles avaient des effets dramatiques pour les enfants. Ainsi, par ce raisonnement, comment leur acte de naissance bien valable au regard de la loi, ne saurait produire d'effet juridique sur le territoire français²³⁵, la Cour se prévalant de l'intérêt supérieur de l'enfant.²³⁶

Néanmoins, cette conception de la Cour de cassation, relative au refus de transcription des actes d'état civil d'enfants nés à l'étranger de pratiques illégales en France, a nécessairement dû être abandonnée eu égard à aux condamnations de l'État français par la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière.

²³² Cass Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n^{os} 09-66.486 et n^o 10-19.053

²³³ Farge M., « Les jumelles X... issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une solution boiteuse inadmissible, Dr. Fam. 2010, étude 23

²³⁴ Cass Civ 1^{re}, 13 septembre 2013, n^o12-30.138 et n^o12-18.315

²³⁵ Fulchiron H., Bidaud-Garon C., « L'enfant de la fraude... ». *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, pp.905.

²³⁶ Article 3§ 1 de la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989

II/ L'intérêt de l'enfant: une notion floue en faveur de la transcription quasi-systématique de l'acte d'état civil

C'est donc aux regards des nombreuses condamnations de l'État français s'agissant du refus de transcription des actes d'état civil d'enfants nés à l'étranger de pratiques illégales en France que la Cour de cassation a posé une question préjudicielle à la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière, à l'occasion des affaires Menesson et Labassée.

On retient alors de l'avis consultatif de la Cour européenne que le refus de la transcription du parent d'intention, a fortiori la mère intention car en matière gestation pour autrui l'acte d'état civil mentionne obligatoirement le père biologique, ne porte pas atteinte au respect de la vie privée et familiale²³⁷ de l'enfant dans la mesure où un lien de filiation peut être établi entre ce parent et l'enfant par le biais de l'adoption.²³⁸

Cette solution a ainsi été adoptée par la Cour de cassation dans ces mêmes affaires Menesson et Labassée²³⁹. Or, eu égard à la particulière longueur de l'affaire des jumelles Menesson devenues majeures, la Haute juridiction judiciaire a donc, à titre exceptionnel, admis la transcription intégrale de l'acte de naissance de ces jumelles, se prévalant une fois encore de l'intérêt supérieur de l'enfant. En l'espèce, les jumelles étant majeures au jour de la décision, leur adoption par la mère d'intention, mentionnée sur l'acte d'état civil californien, n'aurait pu être possible.

Toutefois, la Cour de cassation fera ensuite de cette exception²⁴⁰, alors propre aux circonstances de l'affaire Menesson, la règle en admettant « la transcription de l'acte de naissance étranger (comme) la voie normale voire le mode unique de reconnaissance de la filiation. »²⁴¹ Ainsi, la reconnaissance de plein droit de la filiation en France de ces enfants pourtant nés des pratiques illicites est admise dès lors que l'acte d'état civil étranger apparaît dépourvu de tout caractère fabuleux ou irrégulier.

²³⁷ Article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

²³⁸ Cour européenne des droits de l'Homme, grde ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001

²³⁹ Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19053

²⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-12327

²⁴¹ Cathelineau-Roulaud A., Les discordances du droit français en matière de GPA, Les petites affiches n°138, 10 juillet 2020, p. 23

On assiste alors au développement d'une jurisprudence en opposition flagrante avec la loi. En effet, ces décisions de décembre 2019 concernaient en l'espèce des couples d'hommes ayant eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger. Il n'est donc pas utile de rappeler la stricte position du législateur en la matière, étant celle de l'interdiction. De plus, contrairement à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation envisagée pour projet de loi de bioéthique actuellement t'en discussion, la légalisation de la gestion pour autrui apparaît toujours aussi inconcevable par le législateur, en accord avec le Comité consultatif national d'éthique.²⁴² Cette position demeure ainsi justifiée par l'impossible conception d'une gestation pour autrui éthique, faisant primer le respect de la personne humaine et l'indisponibilité du corps humain sur la « réification de l'enfant. »²⁴³

Enfin, cette instrumentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant en devient contestable²⁴⁴, la Cour usant de cette notion d'abord pour affirmer son refus de la transcription des actes d'état civil, puis dans un second temps pour justifier la transcription systématique de ces mêmes actes. La Cour a dès lors mis à mal les principes inhérents à la filiation en France, « La portée des règles d'ordre public se trouve réduite par un rôle tout puissant donné aux volontés individuelles en la matière. L'instrumentalisation de la notion d'intérêt de l'enfant se traduit par une confusion manifeste entre l'intérêt des parents d'intention et celui de l'enfant. »²⁴⁵ Le droit de la filiation et l'interdiction, par principe, de la gestation pour autrui en deviennent ainsi largement remis en question, en faveur d'une liberté à la procréation et de revendications individuelles d'un droit à l'enfant.²⁴⁶

Reste donc à attendre si le législateur entend bien asseoir sa position sur le recours à la gestion pour autrui à l'étranger en croyant un cadre législatif à la transcription de ces actes d'état civil, affirmant alors la reconnaissance ou non de cette filiation a posteriori.

²⁴² Comité consultatif national d'éthique, Avis 129: Contribution du CCNE à la révision de la loi bioéthique 2018-2019, 25 septembre 2019

²⁴³ Cathelineau-Roulaud A., Les discordances du droit français en matière de GPA, Les petites affiches n°138, 10 juillet 2020, p. 23

²⁴⁴ Leroyer V., L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant en matière de GPA. Cass. 1^{re} civ, 12 sept. 2019 : RTD civ. 2019, p. 838

²⁴⁵ Cathelineau-Roulaud A., Les discordances du droit français en matière de GPA, Les petites affiches n°138, 10 juillet 2020, p. 23

²⁴⁶ Neirinck C., « Réforme de l'assistance médicale à la procréation. Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle », JCP G 2019

Chapitre 2: L'élargissement de l'assistance médicale à la procréation comme recours envisagé à l'infertilité sociale

L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules a cristallisé une grande partie des débats des deux chambres parlementaires à l'occasion de la révision du droit de la bioéthique à venir. Ainsi, malgré la réticence apparente des sénateurs à celle-ci, entendant limiter le remboursement de cette procédure pour ces catégories de personnes, le droit français se dirige vraisemblablement vers un tel élargissement (Section 1). Néanmoins, l'ouverture de cette alternative à la procréation impliquerait alors un recours croissant au don de sperme alors qu'en parallèle, le législateur discute d'une levée de l'anonymat des donneurs de gamètes, faisant alors peser le risque de la pénurie de ce matériel génétique (Section 2).

Section 1: Vers l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules

Bien qu'au regard des actuelles discussions parlementaires, l'ouverture future de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules ne fait plus de place au doute, ont cependant été exclus des débats les couples d'hommes eu égard à l'interdiction de la gestation pour autrui (I). Cette alternative à la procréation étant ainsi élargie, se pose alors la question de revoir la notion même de maternité (II).

I/ Une prise en considération de l'infertilité sociale des couples d'hommes limitée par la prohibition de la gestation pour autrui

La question de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation est tout sauf nouvellement appréhendée à l'occasion de cette révision du droit de la bioéthique. Son sort avait été plus récemment discuté lors des débats autour de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. En effet, on retient traditionnellement comme découlant du mariage, le fait de fonder une famille. L'enjeu principal de cette loi, en plus reconnaître la faculté des couples de même sexe de se marier, fut la constitution de la famille. Toutefois, face à la forte opposition de la société civile, le législateur a abandonné l'idée d'un tel élargissement de l'assistance médicale à la procréation, favorisant ainsi la faculté des ces couples à l'adoption.

Cette opposition s'est notant cristallisé autour d'un slogan, dorénavant connu de la majorité, prônant une vision traditionaliste de la famille « un papa une maman »²⁴⁷ soutenu par le mouvement de la Manif pour tous. Or comme l'a justement rappelé le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de constitutionnalité a priori de la loi précédemment citée, le droit français ne retient qu'aucun principe de filiation obligatoirement établi entre un homme et une femme²⁴⁸. A contrario, le Conseil n'en a pas pour autant déduit un principe de double filiation, laissant cette charge à l'appréciation du législateur.

Parallèlement, d'un point de vue purement juridique²⁴⁹ et éthique²⁵⁰, aucune considération ne faisant obstacle à l'élargissement de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes, et ce sans considération de leur orientation sexuelle ou de leur statut conjugal²⁵¹.

Dès lors, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation, comme alternative à une infertilité plus non pathologique²⁵² mais sociale, implique alors que le don de gamètes ne soit plus uniquement réservé aux seuls couples hétérosexuels. Une telle conception s'oppose néanmoins à certains principes sur lesquels le législateur a toujours demeuré ferme, la prohibition stricte de la gestation pour autrui. De ce fait, les couples d'hommes se voient de facto écartés de toute procréation alternative en France, bien que par fiction juridique pouvant bénéficier d'un don de gamètes. Ces couples ne se voient néanmoins pas privés d'un droit à l'enfant, a minima, dans la mesure où l'adoption leur est dorénavant ouverte, malgré le choix de certains couples à recourir quand bien même à la gestation pour autrui à l'étranger. Dans ce sens, par extension, on retient

²⁴⁷ Mouillard S., « «Un papa, une maman», deux ans de slogans de la Manif pour tous », Libération, 3 octobre 2014, consulté le 16 aout 2020 https://www.liberation.fr/societe/2014/10/03/un-papa-une-maman-deux-ans-de-slogans-de-la-manif-pour-tous_1113401

²⁴⁸ Conseil constitutionnel, décision n°2013-669 DC, 13 mai 2013

²⁴⁹ Comité consultatif national d'éthique, Avis n°129 et Conseil d'État, section du rapport et des études, étude à la demande du Premier ministre, « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? » 28 juin 2018

²⁵⁰ Comité consultatif national d'éthique, Avis n° 126 sur les demandes sociétales de recours à l'AMP du 15 juin 2017

²⁵¹ Haut conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes, contribution du débat sur l'accès à la PMA, 26 mai 2015

²⁵² Article L2141-2 du Code de la santé publique

l'avis de la Cour de cassation²⁵³ reconnaissant l'adoption d'un enfant, par la conjointe de la mère biologique, né d'un don de sperme à l'étranger²⁵⁴

Ainsi comme l'a souligné Laurence Brunet, eu égard à cette nouvelle dynamique en matière de procréation, « ne doit-il pas faire une place à maternité d'intention, ou sociale, pour celle qui s'est engagée à faire naître un enfant au même titre que sa partenaire, qui va le porter et sera seule considérée comme sa mère légale une fois celui-ci né? »²⁵⁵

II/ La nécessité d'une maternité plus adaptée à la réalité sociale

Comme l'a mentionné le Comité consultatif national d'éthique en 2017²⁵⁶, une évolution de la procréation, et plus particulièrement de la maternité, était nécessaire notamment en considération des réclamations sociétales vues précédemment. Le Comité a d'autant plus affirmé cette future ouverture de l'assistance médicale à la procréation en estimant qu'il était parfaitement possibles de calquer les techniques et procédures existantes en la matière pour d'autres finalités. Il fait ici référence aux couples de femmes et aux femmes pour lesquelles, à défaut d'une infertilité pathologie, ces alternatives répondront alors à une infertilité sociale. Une telle conception de l'assistance médicale à la procréation appliquée à ces couples est d'autant plus compréhensible car largement adoptée dans des États voisins comme l'Espagne ou la Belgique pour ne citer qu'eux.

De plus, la persistance du régime actuel de l'assistance médicale à la procréation est également apparu désuet par le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, recommandant un tel élargissement²⁵⁷. Cet avis, ainsi dépourvu de toutes considérations éthiques ou juridiques, s'appuie sur un caractère discriminatoire fondé sur la situation conjugale et l'orientation sexuelle de ces personnes, afin de justifier leur exclusion de ces procédures de procréation alternative.

²⁵³ Cour de cassation, Avis n° 15011 du 22 septembre 2014 (Demande n° 1470006)

²⁵⁴ Chénéde F., Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA. *Actualité juridique. Famille*, Dalloz, 2014, pp.555.

²⁵⁵ Brunet L., Les familles formées par les couple de femmes ou l'agence de repenser la maternité, *Revue générale du droit médical* n°70, mars 2019, p.3

²⁵⁶ Comité consultatif national d'éthique, Avis n° 126 sur les demandes sociétales de recours à l'AMP du 15 juin 2017

²⁵⁷ Haut conseil à l'égalité entre femmes et hommes, Communiqué du 1er juillet 2015 ; AFP, 1er juill. 2015)

Enfin, le législateur aurait d'autant plus motivé son volonté d'ouvrir les procédures d'assistance médicale à la procréation en réaction au tourisme procréatif croissant ces dernières années, des couples de femmes allant à l'étranger afin de se faire inséminer. Cela se justifie notamment du point de vue de la sécurité sanitaire, cette exigence pouvant ne pas être aussi stricte dans d'autres États. Dès lors, les couples de femmes et les femmes seules bénéficieront d'une sécurité et qualité propre à notre système de santé.

Ainsi l'élargissement de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules implique irrémédiablement une demande croissante de gamètes mâles. Or, une pénurie de ce matériel génétique saurait être à craindre eu égard à la volonté du législateur de lever l'anonymat du donneur.

Section 2: La levée discutée de l'anonymat du donneur, vers une nouvelle potentielle pénurie de gamètes

La question de levée de l'anonymat du donneur de gamètes n'en est pas ses premiers débats, elle s'est naturellement posée au regard de nos pays voisins, certains d'entre eux s'arguant d'un droit à la connaissance de ses origines biologiques (I), son effectivité demeurant cependant à déterminer (II).

I/ Vers un droit de l'enfant de connaître ses origines biologiques, justificatif à la levée de l'anonymat du tiers donneur

En matière de don, quel qu'en soit l'objet, le principe demeure celui de l'anonymat du donneur à l'égard du donneur mais aussi du receveur vis à vis du donneur. Ce principe a été réaffirmé par le législateur à l'article L1211-5 du Code de la santé publique, ce régime juridique n'est donc pas propre au don de gamètes. Ainsi en matière d'assistance médicale à la procréation, l'anonymat du donneur est alors garanti à l'égard du donneur, des bénéficiaires du don mais également aussi à l'égard de l'enfant conçu grâce à ce don. Dès lors, seuls l'équipe médicale du centre d'études et de la conservation des oeufs et du sperme humain ont connaissance des données relatives au donneur, pouvant alors l'identifier.

La question du maintien de cet anonymat est donc récurrente à chaque révision bioéthique. Toutefois, « L'anonymat n'est pas une question comme les autres parce qu'elle joint deux questions cruciales pour tout débat sur la bioéthique, celle des droits fondamentaux de la personne et celle du sens et de la valeur que nous donnons aujourd'hui à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur⁷. »²⁵⁸

Il s'agit alors ici de s'interroger sur la compatibilité du principe d'anonymat appliqué à l'assistance médicale à la procréation avec « le droit au respect à la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit à la reconnaissance de ses origines biologiques. »²⁵⁹ Cet enjeu est d'autant plus appuyé que l'on constate une croissance constante des recours à des tests génétiques, notamment américains, afin d'identifier ce tiers donneur, ou géniteur, pratiques bien qu'interdites en France²⁶⁰.

Le droit à la reconnaissance de ses origines biologiques est en effet justifié au regard de l'article 7-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant selon lequel: « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. » La notion de parents biologiques est alors largement appréciée, englobant ainsi les géniteurs en matière d'assistance médicale à la procréation ayant eu recours à un tiers donneur, l'intérêt supérieur de l'enfant étant alors en jeu.

Toutefois, en l'état du droit interne, ce droit à la reconnaissance de ses origines biologiques n'est uniquement reconnu que pour les orphelins et pupilles de l'État.²⁶¹ Il ne saurait d'autant plus être élargi aux enfants nés à partir d'un don de gamètes²⁶². On retient enfin, une vive opposition du corps médical à la levée de cet anonymat, comme l'a notamment exprimé Jean-Philippe Wolf, les

²⁵⁸ They I. et Padis M-O., « Bioéthique et anonymat des dons : le projet Bachelot esquivé l'essentiel », *Esprit*, n° 369, novembre 2010, p. 171-175.

²⁵⁹ El Mahjoubi K., Les interrogations entourant la levée de l'anonymat des donneurs en France, *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018, p. 160

²⁶⁰ Article 16-10 du Code civil: « L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. »

²⁶¹ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat,

²⁶² Cour européenne des droits de l'Homme, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, D., 2003, 1240

enfants conçus dans le cadre de cette alternative à la procréation avec un tiers donneur « ne régleront pas tous leurs problèmes en rencontrant leur géniteur. »²⁶³

Il a dès lors été nécessaire pour le législateur de trancher s'agissant de la levée du principe d'anonymat en matière d'assistance médicale à la procréation, privilégiant à prime à abord, une levée partielle à une levée totale.

II/ L'effectivité de la levée de l'anonymat du donneur de gamètes

L'application d'un tel principe d'anonymat n'est pas homogène en Europe,. Cette question a en effet largement appréhendé dans les nos États voisins, la législation française étant particulièrement en retard ici. On retient alors la position innovante de la Suède en la matière, levant ce principe dès 1984 pour les donneurs de sperme. Est également à prendre en considération, le droit belge en faveur d'un régime à la discrétion du donneur s'agissant de son anonymat.

Il ressort alors des débats parlementaires, une préférence du législateur pour une levée partielle du principe d'anonymat²⁶⁴, à l'instar de la Belgique. Cette solution a en effet, encouragée par le Conseil d'État dans son rapport de 2009 relatif à la révision des lois de bioéthique²⁶⁵.

Enfin, aucun effet sur la filiation se serait à prévoir du fait de la levée du principe d'anonymat du donneur en matière d'assistance médicale à la procréation. En effet, dans ce cas particulier, du recours à un tiers donneur, la filiation résulte d'une fiction juridique, compte tenu de l'absence de prise en compte de ce donneur dans l'établissement de l'acte d'état civil. La filiation demeure ainsi d'abord juridique et non pas biologique.²⁶⁶ De plus, la théorie voudrait que le donneur de gamètes n'exprime la volonté d'un rôle à jouer dans la vie de l'enfant conçu grâce à son matériel génétique, le don étant par principe un geste purement altruiste et désintéressé.

²⁶³ Wolf J.-P., « Les enfants ne régleront pas tous leurs problèmes en rencontrant leur géniteur », *Le Monde*, [en ligne], 18 janvier 2018 ; https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/01/19/don-de-gametes-les-enfants-ne-regleront-pas-tous-leurs-problemes-en-rencontrant-leur-geniteur_5243787_3232.html consulté le 16 aout 2020

²⁶⁴ Le Monde, « Le Sénat vote la PMA pour toutes, mais limite son remboursement », https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/01/23/loi-sur-la-bioethique-le-senat-vote-l-ouverture-de-la-pma-a-toutes-les-femmes_6026896_823448.html consulté de le 16 aout 2020

²⁶⁵ Conseil d'État, Rapport, La région des lois de bioéthique, 6 mai 2009

²⁶⁶ El Mahjoubi K., Les interrogations entourant la levée de l'anonymat des donneurs en France, *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018

Sont toutefois à craindre certains effets néfastes eu égard à une telle levée, principalement un baisse considérable des dons de gamètes surtout de gamètes mâles, le don d'ovocytes demeurant rare. Cette baisse a notamment été constatée au Royaume-Uni et aux Pays-Bas dans les débuts de cette nouvelle législation.²⁶⁷

²⁶⁷ *Ibid.*

Conclusion

Il ressort de la présentation qui précède que les considérations éthiques et scientifiques ont un effet non négligeable sur le cadre juridique de l'assistance médicale à la procréation. Ces considérations ne se limitent pas uniquement à guider le législateur dans l'élaboration du régime juridique de cette procréation alternative que ce soit dans son accès ou même encore dans la régulation de ses activités, elles se doivent de constituer le miroir de notre société, de ces attentes, des valeurs qu'elle défend.

C'est donc dans cet esprit que l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation s'est vue nécessaire, dans le prolongement logique du mariage entre personnes du même sexe, reconnaissance au-delà de l'adoption, du droit de fonder une famille. Il s'agit alors de concevoir autrement la maternité et la filiation dans leur ensemble, n'étant plus seulement biologiques mais davantage juridiques. Un parallèle peut donc être fait entre cette conception et les causes de recours à ces alternatives procréatives, celles-ci ne se limitant ainsi plus à la seule infertilité pathologique, mais comprenant dès lors une infertilité sociale.

Toutefois, les considérations éthiques inhérentes à notre société se montrent également comme des garde-fous contre des scientifiques jouant aux apprenties créateurs de la vie, contre des régimes autoritaires prônant et recherchant la supériorité d'une population sur l'autre, et plus globalement contre des dérives eugéniques. Or la frontière apparaît toujours plus mince entre la pratique eugénique et la recherche pour un enfant en bonne santé, dénué de toutes affections d'une particulière gravité, seules leur finalités les diffèrent.

On peut donc en déduire que le droit de la bioéthique, à travers l'assistance médicale à la procréation, ne restera pas figé s'adaptant toujours davantage à la société. Il sera alors temps de s'interroger sur une procréation alternative pour les couples d'hommes eu égard au futur de la gestation pour autrui.

Bibliographie

I - Ouvrages

A - Ouvrages généraux

- Andorno R., La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, thèse Paris XII : *LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 263, préface de CHABAS F., 1996.*
- Beignier B. et Binet J-R, Droit des personnes et de la famille : *LGDJ, 3e éd. 2017.*
- Bévière B., La protection de la personne dans la recherche biomédicale : *Les études hospitalières, coll. Thèses, 2001.*
- Binet J-R., Droit de la bioéthique : *LGDJ, coll. Manuel, 2017.*
- Binet J-R., Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine : Presses Universitaires de France, *Préface Labrusse-Riou C., postface BINET J-R., 2002.*
- Binet J-R., La réforme de la loi bioéthique : *LexisNexis, collection Actualité, préface de Leonetti J. , 2012.*
- Binet J-R., Droit médical (COURS) : *Montchrestien lextenso editions, collection dirigée par Beignier B., 2010.*
- Binet J-R., Le nouveau droit de la bioéthique : Commentaire et analyse de la loi n°2004-800 du 6 août relative à la bioéthique: *Litec, Lexisnexis collection Carré droit , 2005.*
- Binet J-R. (dir), Droit et vieillissement de la personne : *Litec, lexisnexis , collection colloques et débats, 2008.*
- Byk C., Traité de bioéthique : *Les études hospitalières, 2011.*
- Catto M-X., Le principe d'indisponibilité du corps humain : *LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 299, préface de Champeil-Desplats V. , 2018.*
- Decocq A., Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, thèse Paris : *LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, préface. Levasseur G., tome XXI, 1960.*
- Folschied D., Feuillet - Le Mintier B. et Matteï J-F., Philosophie, éthique et droit de la médecine : *PUF, coll. Thémis, 1997.*
- Genicot G., Droit médical et biomédical : *Larcier, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2e éd. 2016.*

- Hennette-Vauchez S., Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps: *thèse Paris I, 2000, préface PICARD E., L'Harmattan, 2004.*
- Labbé X., La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort : *thèse Lille, Presses Universitaires de Lille, 1990.*
- Labrusse-Riou C., Écrits de bioéthique : *PUF, coll. Quadrige 2007.*
- Laude A., Mathieu B., et Tabuteau D., Droit de la santé : *PUF, coll. Thémis, 3e éd, 2012.*
- Legros B., Droit de la bioéthique : *Les études hospitalières, 2013.*
- Memeteau G. et Girer M. , Cours de droit médical : *Les études hospitalières, 2016.*
- Mirkovic A., L'essentiel de la bioéthique : *Gualino Lextenso, coll. Carrés Rouge, 2013.*
- Moine I., Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique : *thèse Dijon, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, préface de Loquin E., t. 271, 1997.*
- Monier S., Les comités d'éthiques et le droit éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique : *L'Harmattan, Logiques juridiques, préface de Mathieu B., 2006.*
- Neyret L., Atteintes au vivant et responsabilité civile : *thèse Orléans, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, préface de Thibierge C., t. 468, 2006.*
- Poisson J-F., Bioéthique, éthique et humanisme, les lois françaises de 1994 : *Les études hospitalières, "Thèses", 2003.*
- Prieur S., La disposition par l'individu de son corps : *Les études hospitalières, collection thèses, 1999.*
- Supiot E., Les tests génétiques. Contribution à une étude juridique : *thèse sous la direction de Noiville C., Paris I, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015.*

B - Ouvrages collectifs

- Bellivier F. et Noiville C., Contrats et vivant, Traité des contrats sous la direction de Ghestin J. introduction par Labrusse-Riou C.: *LGDJ, 2006*
- De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018

C - Encyclopédies

- Binet J-R, « Respect et protection du corps humain - La génétique humaine. - L'espèce » *in JurisClasseur Civil Code > Art. 16 à 16-4, fascicule 30, 2 mars 2014*

- Foyer J., Filiation - Conflits de lois dans le temps, Répertoire de droit international, Juillet 2015 (Actualisation Juillet 2020)
- Labbé X., « Respect et protection du corps humain - L'enfant conçu « ex utero » chose sacrée? » in *JurisClasseur Civil Code* > Art. 16 à 16-4, fascicule 52, 27 août 2012
- Murat P. et Cimar L., « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès » in *JurisClasseur Civil Code* > Art. 16 à 16-4, fascicule 40, 30 juin 2012 mis à jour le 26 juin 2016
- Murat P. et Cimar L., « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Activités » in *JurisClasseur Civil Code* > Art. 16 à 16-4, fascicule 42, 30 juin 2012 mis à jour le 24 juin 2016,
- Reich T.W, Encyclopedia of Bioethics, Macmillan Publishing, New York, 1978
- Dictionnaire permanent de Bioéthique et biotechnologies, Bull. spécial n° 140, La loi relative à la bioéthique
- Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, sous la direction de M. Canto-Sperber : PUF, Quadrige 2004

II - Textes

A - Droit international

- Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989
- Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997
- Déclaration universelle sur le génome et les droits fondamentaux de l'UNESCO du 11 novembre 1997

B- Droit européen

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 et entré en vigueur le 3 septembre 1953
- Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000

- Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil
- Directive du 31 mars 2004, 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au don, à l'obtention et au contrôle de tissus et de cellules d'origine humaine
- Cour européenne des droits de l'Homme, 13 février 2003, *Odièvre c/ France, D.*, 2003, 1240
- Cour européenne des droits de l'Homme, 7 mars 2006, n° 6339/05, *Evans c/ R.U* et Cour européenne des droits de l'Homme, gr. ch., 10 avril 2007, n° 6339/05
- Cour européenne des droits de l'Homme, 18 avril 2006, n° 44362/04, *Dickson c/ R.U. et CEDH*, Grande chambre, 4 décembre 2007, n° 44362/04
- Cour européenne des droits de l'Homme, grde ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001
- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 2115, Le recours aux nouvelles technologies chez les êtres humains, 12 octobre 2017

C- Droit interne

- Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales
- Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social JORF n°3 du 4 janvier 1992
- Loi n° 94-548 du 1 juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
- Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et 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 : JO 30 juill. 1994
- Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat
- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (1) JORF du 5 mars 2002
- Loi n°2004-800 du 6 aout 2004 relative à la bioéthique JORF 7 aout 2004

- Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique JORF n°0157 du 8 juillet 2011
- Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe JORF n°0114 du 18 mai 2013
- Ordonnance n° 2008-480 du 22 mai 2008 transposant en matière de don de gamètes et d'assistance médicale à la procréation la directive 2004/23/ CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004
- Ordonnance n° 2008-480 du 22 mai 2008 modifiée par l'ordonnance n°2017-28 du 12 janvier 2017
- Décret n° 88-327, 8 avril 1988 et Décret n° 88-328, 8 avril 1988 : JO 9 avr. 1988
- Décret n° 95-560 du 6 mai 1995 (*JO 7 mai 1995*) et décret n° 95-558 du même jour (*JO 7 mai 1995*)
- Décret n° 2006-1660 du 22 décembre 2006, modifié par le décret n° 2008- 588 du 19 juin 2008 et le décret n° 2010-344 du 31 mars 2010
- Décret n° 2008-588 du 19 juin 2008 transposant en matière de don de gamètes et d'assistance médicale à la procréation la directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004
- Arrêté du 2 juin 2014 modifiant l'arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation: JORF n°0134 du 12 juin 2014
- Circulaire N° CIV/02/13 - NOR JUSC 1301528 C Délivrance des certificats de nationalité française - convention de mère porteuse - Etat civil étranger du 25 janvier 2013
- Conseil constitutionnel, déc. n° 94-343-344 DC, 27 juillet 1994
- Conseil constitutionnel, décision n°2013-669 DC, 13 mai 2013
- Conseil d'Etat, 31 mai 2016, req. n° 396848
- Conseil d'État, 3 octobre 2016, Confédération paysanne et autres, n°388649
- TA Amiens, 9 mars 2004, n° 021451
- Cass. Civ 1re ., 25 mai 1948, pourvoi no 37.414
- Cass. Civ. 1^{re}, 10 décembre 1985, n°84-14.328
- Cass. 1^{re} Civ. 13 décembre 1989, n°88-15655
- Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20105
- Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1994, n° 92-16.774

- Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701
- Cass Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468
- Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, n° 08-12.457
- Cass. crim., 29 juin 2010, n° 09-81.661
- Cass Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n°s 09-66.486 et n° 10-19.053
- Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19053
- Cour d'appel de Paris, 25^e ch., sect. B, 12 septembre 2003, n° 2002/01767
- Cour d'appel d'Amiens, 24 novembre 2010, n° 10/00185
- Cour d'appel de Paris, 10 mai 2012, n°10PA05827, inédit
- CA Paris, 3 mars 2011, n° 09/12439
- TGI Créteil, 1^{er} août 1984, affaire *Parpalaix*, JurisData n° 1984-041539

III - Articles et revues

- M. B. Andreu Martinez, « L'Espagne face au tourisme procréatif », *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018
- Bateur A., Assistance médicale à la procréation et responsabilité civile de droit privé : LPA 26 juin 2002
- Belaish-Allart J., Sommes- nous, vraiment, les plus mauvais ? Résultats sur l'AMP : Gynécologie Obstétrique & Fertilité 2007, vol. 35
- Bellivier F., Boudouard-Brunet L., Ressources génétiques et patrimoine, *in* (dir. Labrusse-Riou C.) Le droit saisi par la biologie : LGDJ 1996, n° 90
- Bévière B., *Quelques propositions de réflexions sur l'évolution législative de l'assistance médicale à la procréation, notamment avec tiers donneur(s)*, Revue générale du droit médical, n°28, 2008
- Binet J-R, Recherches sur l'embryon: la science rattrapée par la loi? : Sociologie et sociétés, Montréal 2010
- Bioy X., *Le droit et les recherches sur l'enfant à naître*, *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018

- Brunet L., Les familles formées par les couples de femmes ou l'agence de repenser la maternité, *Revue générale du droit médical* n°70, mars 2019
- Brunetti-Pons C., « Le tourisme procréatif » porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère?, *Les cahiers de la justice*, 2016
- Casado M, « Gratuité ou prix ? Du corps humain comme ressource » in Casado (M.), dir., *De la solidaridad al mercado*, Universitat de Barcelona, Barcelone, 2017
- Cathelineau-Roulaud A., Les discordances du droit français en matière de GPA, *Les petites affiches* n°138, 10 juillet 2020, p. 20
- Ceretti A.-M., Albertini L., Bilan et proposition de réforme de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé,, févr. 2011
- Chénéde F., Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA. *Actualité juridique. Famille*, Dalloz, 2014, pp.555.
- Decanter C., « Assistance médicale à la procréation chez la femme célibataire : quelles propositions pour quelles demandes ? » *Gynécologie obstétrique & fertilité*, 44 (2016)
- Deletre N. « La maternité pour autrui: état des lieux à la veille de la révision des lois de bioéthique », *RDS*, n°29, 2009, p.221-222
- Demay de Goustine P., Procréation médicalement assistée et pouvoir médical : *RD sanit. soc.* 1996
- Dionisi-Peyrusse A., La protection de la vie humaine dans la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011 : *RJPF* sept. 2011
- Egea P., La "condition fœtale" entre "procréation et embryologie", du titre VI de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 : *RD sanit. soc.* 2005
- Fabre-Magnan M., De la sélection à l'eugénisme, in M. Fabre-Magnan et Ph. Moullier (ss dir.), *La génétique, science humaine* : Belin, Débats, 2004
- Farge M., « Les jumelles X... issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une solution boiteuse inadmissible, *Dr. Fam.* 2010, étude 23
- Feuillet-Le Mintier B., *Les pouvoirs consacrés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation*, in *Les lois Bioéthiques à l'épreuve des faits*, ouvr. coll. : PUF 1999
- Fulchiron H., Bidaud-Garon C.,« L'enfant de la fraude... ». *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, pp.905.

- Gillet-Hauquier M.-A., La recherche d'un statut juridique de l'embryon humain : RGDM 2005, n° 15
- Gisclard T., « Les conventions de mères porteuses aux États-Unis ou les dérives de la liberté contractuelle dont les femmes et les enfant sont devenus les objets », *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018
- Gonzalez Carrasco C., « Real Decreto 318/2016, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de autorización para la realización de actividades de promoción y publicidad de la donación de células y tejidos humanos », *in* *CESCO Publicaciones Jurídicas*
- Hounsa C-G, « La FIV à trois parents », *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018
- Katz-Benichou G., « Le tamisage des naissance », *Cités*, vol. 4, n° 28, 2006
- Lambert-Garrel L., « Les prémisses d'une reconnaissance des mères porteuses? », *RDS*, n°22, 2007, p.243 à 244
- Langaney A., *La philosophie... biologique* : Belin 1999
- Lansac J., *Application des lois sur la bioéthique concernant l'assistance médicale à la procréation : problèmes et solutions* : Médecine et droit 1994
- Laroche-Gisserot F., *La responsabilité du médecin en matière de procréation médicalement assistée* : LPA 22 sept. 1999
- Le Boujet-Thomas F., « *La saisine a priori des juridictions françaises aux fins de déroger à la loi française ou l'évolution vers un droit de devenir parent?* », *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018
- Lemouland J-J. , *Procréation médicalement assistée et droit de la filiation* : *ALD* 1995
- Leridon H., *L'espèce humaine a-t-elle un problème de fertilité ?* : Population et Sociétés, INED, n° 471, oct. 2010
- Leroyer V., *L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant en matière de GPA*. Cass. 1^{re} civ, 12 sept. 2019 : *RTD civ.* 2019, p. 838
- Neirinck C., *L'encadrement juridique de la recherche sur l'embryon*, *in* *L'embryon humain. Approche multidisciplinaire*: CRJO, Colloque 9 et 10 novembre 1995
- Neirinck C., « Réforme de l'assistance médicale à la procréation. Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle », *JCP G* 2019

- Paricard S., « De l'anticipation temporelle du DPN à l'élargissement du DPI en France » *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018
- Poulat E., Une relation d'incertitude : sacré, religieux et politique : *Géopolitique* 2001, n° 73
- Rass-Masson L., « La saisine a posteriori des juridictions aux fins de légitimer les pratiques illégales en France réalisées à l'étranger: le regard du juriste international », *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018
- Raymond G., L'assistance médicale à la procréation [après la promulgation des "lois sur la bioéthique"] : *JCP G* 1994, I, 3796
- Sabouhi A., « Crispr-Cas 9 à l'épreuve de la démocratie », *Sciences et avenir*, 26 juillet 2016
- Sznajer Y. « Vers le dépistage génétique généralisé avant la conception en Belgique », *in* De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, sous la direction de B. Legros, LEH Edition, 2018
- Taglione C., Le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'épreuve de la révision des lois bioéthiques : *LPA* 17 juin 2003
- . Taguieff P.-A, Sur l'eugénisme : du fantasme au débat : *Pouvoirs* 1991, n° 56.
- They I. et Padis M-O., « Bioéthique et anonymat des dons : le projet Bachelot esquivé l'essentiel », *Esprit*, n° 369, novembre 2010, p. 171-175.
- Thouvenin D., La loi du 20 décembre 1988, loi visant à protéger les individus, ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ? : *ALD* 1989
- Vela Sánchez A. J., « La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia », *Diario La Ley*, no 8927, 2017

IV - Rapports et avis

- Académie nationale de médecine, Rapport « Modifications du génome des cellules germinales et de l'embryon humain », 12 avril 2016
- Agence de la biomédecine, Rapport d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004
- Agence de la biomédecine, avis du Conseil d'orientation, « *Comment informer sur la baisse de la fertilité avec l'âge* », Délibération du 10 juillet 2009
- Agence de la biomédecine, Rapport d'information au Parlement et au Gouvernement, avril. 2010

- Agence de la biomédecine,, Rapport d'activité annuel de diagnostic prénatal 2015
- Agence de la biomédecine, Rapport d'activité annuel d'assistance médicale à la procréation - Activité 2016
- Agence de la biomédecine, Rapport d'activité annuel, 2017
- Assemblée nationale, Rapport d'information, J-F Mattéï, n°2235 du 20 janvier 2010
- Assemblée nationale, Étude d'impact, Projet de loi, n° 2911, 20 oct. 2010, relatif à la bioéthique
- Comité consultatif national d'éthique, Avis n°8 relatif x recherches et à l'utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques, 15 décembre 1986
- Comité consultatif national d'éthique, avis sur l'application des procédés de thérapie génique somatique, rapport n° 36, 22 juin 1993
- Comité consultatif national d'éthique, Avis n°105, Questionnement pour les États généraux de la bioéthique, 9 octobre 2008
- Comité consultatif national d'éthique, Avis n°107, Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI) du 15 octobre 2009
- Comité consultatif national d'éthique, Avis n° 113 du 10 février 2011, La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple
- Comité consultatif national d'éthique, Avis n° 107, 19 avril 2012
- Comité consultatif national d'éthique, Avis n° 126, Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation, 15 juin 2017
- Comité consultatif national d'éthique, Avis 129: Contribution du CCNE à la révision de la loi bioéthique 2018-2019, 25 septembre 2019
- Conseil d'État, Rapport « De l'éthique au droit, 1988.
- Conseil d'État, Rapport, La région des lois de bioéthique, 6 mai 2009
- Conseil d'État, section du rapport et des études, étude à la demande du Premier ministre, « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? » 28 juin 2018
- Cour de cassation, Avis n° 15011 du 22 septembre 2014 (Demande n° 1470006)
- European Society of Human Reproduction and Embryology, Fact sheets 3, Egg donation, Janvier 2017
- Haut conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes, contribution du débat sur l'accès à la PMA, 26 mai 2015

- Inspection générale des affaires sociales, Rapport n°RM 2011-024T, *L'état des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, février 2011, Tome 1
- Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Etude de faisabilité de la saisine sur « les enjeux économiques et environnementaux des biotechnologies à la lumière des nouvelles pistes de recherche », transmise le 11 février 2015 par la commission du développement durable de l'Assemblée nationale
- Sénat Rapport n° 637, CMP, 15 juin 2011

V - Sitographie

- <https://www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-bioethique-pma> consulté le 10 aout 2020
- E. Allier, Le Japon autorise la création d'embryons mi-homme mi-animal, Le [figaro.fr](https://sante.lefigaro.fr/article/le-japon-autorise-la-creation-d-embryons-mi-homme-mi-animal/), <https://sante.lefigaro.fr/article/le-japon-autorise-la-creation-d-embryons-mi-homme-mi-animal/>, consulté le 3 aout 2020
- Le Monde, « Le Sénat vote la PMA pour toutes, mais limite son remboursement », https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/01/23/loi-sur-la-bioethique-le-senat-vote-l-ouverture-de-la-pma-a-toutes-les-femmes_6026896_823448.html consulté de le 16 aout 2020
- Mouillard S., « «Un papa, une maman», deux ans de slogans de la Manif pour tous », Libération, 3 octobre 2014, consulté le 16 aout 2020 https://www.liberation.fr/societe/2014/10/03/un-papa-une-maman-deux-ans-de-slogans-de-la-manif-pour-tous_1113401
- Wolf J.-P., « Les enfants ne régleront pas tous leurs problèmes en rencontrant leur géniteur », *Le Monde*, [en ligne], 18 janvier 2018 ; https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/01/19/don-de-gametes-les-enfants-ne-regleront-pas-tous-leurs-problemes-en-rencontrant-leur-geniteur_5243787_3232.html consulté le 16 aout 2020

Tables des matières

Remerciements.....	4
Sommaire.....	5
Introduction.....	8
Partie 1: L'éthique biomédicale, une condition à la manipulation de l'embryon.....	12
Chapitre 1: L'assistance médicale à la procréation, un cadre légal vieillissant face à la réalité sociale.....	14
Section 1: L'accès à l'assistance médicale à la procréation: des conditions inadaptées à l'évolution de la société, dans l'attente d'une nouvelle réforme bioéthique.....	14
I/ Les conditions médicales: critères primordiaux d'accès à l'assistance médicale à la procréation.....	14
A/ L'infertilité pathologique, justification majoritaire du recours à l'assistance médicale à la procréation.....	15
B/ Le risque de transmission d'une pathologie d'une particulière gravité, indication au recours à l'assistance médicale à la procréation.....	18
II/ Les conditions civiles: critères de plus en plus en marge de la réalité sociale.....	19
A/ Des conditions tenant à la structure familial: le couple hétérosexuel.....	20
B/ Des conditions tenant à l'expression de la volonté: le projet	23
Section 2: L'encadrement des activités relatives à l'assistance médicale à la procréation non seulement sanitaire mais aussi éthique.....	24
I/ La sécurité sanitaire: point d'orgue de l'encadrement des activités liées à l'assistance médicale à la procréation.....	28
A/ L'obligation d'autorisation des établissements et d'agrément des praticiens exerçant des activités médicale à la procréation.....	28
B/ L'encadrement des actes de mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation, dicté par l'exigence de sécurité sanitaire.....	30
II/ Un encadrement éthique des pratiques liées à l'assistance médicale à la procréation,	

nécessité au regard des dons de matériel génétique.....	34
A/ L'assouplissement des conditions relatives à la qualité de donneur de gamètes.....	35
B/ La mise en oeuvre des principes de gratuité du don et d'anonymat du donneur en matière d'assistance médicale à la procréation	37
 Chapitre 2: Vers un droit de l'enfant à naître en bonne santé, mis en oeuvre par l'élargissement des recherches sur l'embryon.....	40
Section 1: L'encadrement strict des recherches sur l'embryon, un régime mis à mal.....	40
I/ L'encadrement législatif progressif des recherches sur l'embryon, limité par le principe de protection du génome humain.....	41
A/ Le statut de l'embryon: à défaut d'une personne juridique, une chose sacrée.....	41
B/ Le régime dérogatoire des recherches sur l'embryon, conditionné à une pertinence scientifique.....	43
II/ La confirmation du caractère dérogatoire des recherches l'embryon, comme frein aux progrès scientifiques.....	44
Section 2: L'acceptation d'un eugénisme individuel, comme premiers pas vers un droit à l'enfant à naître en bonne santé.....	48
I/ Une prohibition des pratiques eugéniques institutionnalisées jamais remise en cause.....	48
II/ De l'élargissement du diagnostic préimplantatoire dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, à un dépistage génétique généralisé.....	51
 Partie 2: Une révolution tardive de la filiation, limitée à l'élargissement de l'assistance médicale à la procréation en France.....	54
 Chapitre 1: L'établissement de la filiation en évolution, les juridictions françaises face au tourisme procréatif.....	56
Section 1: Le recours grandissant au tourisme procréatif, conséquence de l'accès réservé aux couples hétérosexuels à l'assistance médicale à la procréation.....	56
I/ L'Espagne, destination du phare du tourisme procréatif en Europe: un accès à l'assistance médicale à la procréation plus permissive.....	56

II/ L'essor des conventions de mères porteuses aux États-Unis, une pratique illégale en France....	58
Section 2: Vers la reconnaissance non systématique des filiations établies à l'étranger par le juge français.....	61
I/ La fraude à la loi, fondement justificatif du refus de transcription de l'état civil nés à l'étranger de pratiques illégales en France.....	61
II/ L'intérêt de l'enfant: une notion floue en faveur de la transcription quasi-systématique de l'acte d'état civil.....	63
Chapitre 2: L'élargissement de l'assistance médicale à la procréation comme recours envisagé à l'infertilité sociale.....	65
Section 1: Vers l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules.....	65
I/ Une prise en considération de l'infertilité sociale des couples d'hommes limitée par la prohibition de la gestation pour autrui.....	65
II/ La nécessité d'une maternité plus adaptée à la réalité sociale.....	67
Section 2: La levée discutée de l'anonymat du donneur, vers une nouvelle potentielle pénurie de gamètes.....	68
I/ Vers un droit de l'enfant de connaître ses origines biologiques, justificatif à la levée de l'anonymat du tiers donneur.....	68
II/ L'effectivité de la levée de l'anonymat du donneur de gamètes.....	70
Conclusion.....	72
Bibliographie.....	73