



ACCES A LA PARENTE

ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCRÉATION
ET ADOPTION

GENEVIÈVE DELAISI DE PARSEVAL
VALÉRIE DEPADT-SEBAG

présidentes du groupe de travail de *Terra Nova*
sur la bioéthique

ACCÈS À LA PARENTÉ
ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION ET ADOPTION

Pour une révision progressiste de la loi bioéthique

Geneviève Delaisi de Parseval
Valérie Depadt-Sebag

Présidentes du groupe de travail de Terra Nova sur la bioéthique

© Terra Nova, la fondation progressiste
66, avenue des Champs-Élysées
75008 Paris

 01 58 36 15 20
contact@tnova.fr

www.tnova.fr

ACCÈS À LA PARENTÉ ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION ET ADOPTION

Pour une révision progressiste de la loi relative à la bioéthique

Rapport des présidentes du groupe de travail
de *Terra Nova* sur la bioéthique

Présidentes Geneviève Delaisi de Parseval
Valérie Depadt-Sebag

Rapporteur Valérie Depadt-Sebag

**Membres
du groupe de travail** Anne Cadoret
Monique Cerisier ben Guiga
Sylvie Epelboin
Véronique Fournier
Christine Frey
Martine Gross
Juliette Guibert
Serge Hefez
Dominique Mennesson
Jacques Milliez
Vincent Moisselin
Marie-France Morel
Dominique Neuman
Irène Théry
Pierre Verdier

**Animatrices
du groupe de travail** Aurélia Bardon
Eleonora Bottini

Sommaire

Avant-propos - <i>Olivier Ferrand, président de Terra Nova</i>	6
Remerciements	11
Préface - <i>Geneviève Delaisi de Parseval</i>	13
INTRODUCTION	19
L'accès à la parenté face à l'évolution sociétale	20
Le rôle de l'Etat en matière d'accès à la parenté	22
La filiation en droit français : filiation par procréation ou filiation adoptive	25
L'assistance médicale à la procréation (AMP) entre filiation charnelle et filiation adoptive	26
CHAPITRE 1	
OUVRIRE LES CONDITIONS D'ACCÈS A LA PARENTÉ	29
L'accès à la parenté dans le domaine de l'AMP	29
La suppression de l'exigence de vie commune pour les couples non mariés	30
Le débat sur l'exigence d'un couple formé d'un homme et d'une femme	31
L'admission du transfert <i>post-mortem</i>	31
L'accès à la parenté dans le domaine de l'adoption	35
La coexistence des deux modes d'accès	38
CHAPITRE 2	
LEVER L'ANONYMAT DU DONNEUR DANS L'AMP	41
Le droit positif	41
Les raisons du droit positif	42
Les fondements d'une réforme	44
Le principe d'anonymat à l'extérieur de nos frontières	48
Les effets de la réforme	49
CHAPITRE 3	
INSTITUER UN NOUVEAU DROIT DE LA FILIATION PAR AMP	53
Les raisons juridiques de la révision du système d'établissement de la filiation des enfants nés d'une AMP avec donneur	54
L'élaboration d'un système de filiation inspiré de la filiation adoptive	60
Les effets du régime proposé	65

CHAPITRE 4	
LÉGALISER LES TECHNIQUES ILLICITES	69
La gestation pour autrui (GPA)	69
L'historique de la GPA en France	69
La GPA : une forme d'AMP destinée à pallier certaines formes de stérilité féminine	71
La GPA à l'extérieur de nos frontières	75
Une proposition de loi	78
La situation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger	84
Le double don de gamètes	88
Une interdiction difficile à admettre pour les couples receveurs	88
La légitimité du double don	90
 CHAPITRE 5	
OUVRIR LE DÉBAT SUR L'ACCÈS DES COUPLES DE MÊME SEXE A L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION	91
A terme - <i>Geneviève Delaisi de Parseval</i>	91
Le principe de l'accès à la parenté des couples de même sexe	91
La question de la GPA au bénéfice d'un couple d'hommes	94
Pour la révision de 2010 - <i>Valérie Depadt-Sebag</i>	101
 RÉSUMÉ DES PROPOSITIONS DE MODIFICATION DE LOI	104
 CONCLUSION - <i>Geneviève Delaisi de Parseval</i>	107
 ANNEXES	111
Annexe 1- Composition du groupe de travail	111
Annexe 2 - Eléments de bibliographie	118
 TERRA NOVA	119
Présentation	119
Rapport et essais	120

Avant-propos

Olivier Ferrand, président de Terra Nova

Les questions bioéthiques interrogent l'avenir de nos sociétés, jusqu'au cœur de notre identité humaine et de la vie, que nous sommes désormais capables de manipuler. Elles passionnent les Français et embarrassent les politiques.

Un nouveau débat national est prévu pour 2010, à l'occasion de la révision de la loi bioéthique. La loi encadre l'ensemble des techniques biomédicales appliquées à l'être humain. Son adoption en 1994, tout comme sa première révision en 2004, avaient donné lieu à des polémiques intenses. Nul doute que ce sera encore le cas avec le débat qui s'ouvre.

Terra Nova a souhaité préparer ce débat, dans le cadre d'un groupe de travail pluridisciplinaire. Geneviève Delaisi de Parseval et Valérie Depadt-Sebag nous ont fait l'honneur et l'amitié de présider ce groupe. Spécialistes renommées de la bioéthique, elles ont apporté leurs regards croisés de psychanalyste et de juriste. Quinze personnalités issues des mondes scientifique (pédiatrie, gynécologie, psychiatrie, psychologie, anthropologie, ethnologie, sociologie), politique, administratif et associatif ont accepté d'y participer. Nous les en remercions tous chaleureusement.

Les travaux du groupe ont démarré en octobre 2008. Ils ont duré plus d'un an. Ce rapport en est le fruit, et il est remarquable. Il s'adresse à tous les publics. Aux politiques et aux parlementaires : ils y trouveront des pistes de réforme, ainsi que leur traduction juridique dans la loi. Mais aussi à tous les citoyens : ils bénéficieront là, dans un texte alliant simplicité de l'écriture et clarté de l'argumentaire, du meilleur des accès aux enjeux bioéthiques d'aujourd'hui.

Le rapport ne traite pas de toutes les questions bioéthiques. Il est centré, à notre demande, sur ce qui sera le cœur du débat, l'accès à la parenté. Comment, et dans quelles limites, répondre aux projets parentaux des familles contemporaines ? Comment notre société permet-elle de devenir parents à des couples qui ne peuvent pas donner naissance à un enfant par le processus naturel de la procréation ?

Face à ces questions, le rapport a une première vertu : poser les enjeux, initier le débat.

Débattre, c'est le propre de la démocratie. Or en matière bioéthique, c'est souvent difficile, les arguments tournent vite au passionnel. Nous l'avons vécu au sein même de Terra Nova, où une note sur la Gestation pour autrui (GPA) que nous avons publiée il y a quelques mois, signée par les deux co-présidentes de ce rapport, a suscité de très vifs débats au sein de notre conseil scientifique.

Le rapport permet d'aborder le sujet de manière rationnelle, en partant de l'état du droit français. Et il interroge ce droit au regard des éléments nouveaux apparus ces dernières années.

Les nouvelles connaissances que nous apportent la médecine et la psychanalyse, tout d'abord. L'Assistance médicale à la procréation (AMP) avec don (don de gamètes ou d'embryon) repose sur l'anonymat des donneurs. Or les enfants nés des premières AMP avec don sont aujourd'hui adultes. Ils font état de leur souffrance de ne pas connaître leur histoire personnelle. Ne faut-il pas faire droit à leur demande en levant, pour l'avenir, l'anonymat du donneur ?

Les nouvelles techniques médicales, ensuite. L'AMP peut désormais se faire par « don de gestation » : c'est la Gestation pour autrui (GPA) – les « mères porteuses ». La GPA a été interdite en France à partir de 1991, à la suite du scandale « *Alma Mater* », une association qui commercialisait le ventre des mères porteuses. Ne faut-il pas la légaliser aujourd'hui, à l'instar de nombreux pays étrangers ?

Les nouvelles demandes sociales, enfin. La volonté des couples homosexuels de fonder une famille en fait notamment partie. On le leur interdit aujourd'hui. Ils n'ont accès ni à l'adoption (sauf à mentir sur la réalité de leur couple), ni à la GPA. Ne faut-il pas revenir sur ces interdictions ?

Mais le rapport, bien sûr, ne se contente pas de poser les questions. Il y apporte des réponses fortes et originales. Au cœur du rapport, il y a l'émergence d'un droit nouveau : l'accès à la parenté, le « droit à fonder une famille ».

Ce droit est posé dans son principe à l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « l'homme et la femme (...) ont le droit de se marier et de fonder une famille ». Mais son exercice est limité pour les couples stériles. Et il n'est pas reconnu pour les couples homosexuels.

Ce droit est et sera contesté : la société n'a pas à faire droit au « désir d'enfant ». On ne fait pas un enfant comme on achète un sac à main !

Ce droit nouveau fait pourtant sens. Il répond à une demande sociale qui, d'un point de vue anthropologique, est légitime. Les besoins humains fondamentaux, après la survie individuelle, passent par assurer une descendance. C'est pourquoi il n'est pas absurde que fonder une famille relève des droits de base de nos sociétés modernes. Ce droit s'inscrit également dans l'intérêt de l'enfant. Il ne s'agit pas de donner libre cours à un désir superficiel et passager, mais de faire droit à un projet parental, une décision profonde et souvent mûrie de longue date. N'est-il pas dès lors dans l'intérêt de l'enfant de naître dans une famille aimante, une famille dont il est le projet ?

Le groupe de travail n'a pas abouti à un consensus sur l'étendue de ce droit nouveau. Ses deux co-présidentes présentent deux vues différentes, mais non divergentes :

elles s'articulent en réalité dans une réponse graduée en fonction de l'échelle de temps. Valérie Sebag, en juriste, propose une réforme du cadre législatif, à court terme, dans la perspective de la révision de 2010.

Une réforme réaliste : il est contre-productif, sur ces sujets, de faire des propositions qui vont très au-delà de ce que la société est prête à accepter. Elles seront d'autant plus ignorées que la classe politique est plus conservatrice en la matière que les Français.

Mais une réforme dynamique : il est possible, même dans ce cadre contraint, de faire des propositions volontaristes. Le débat public fait bouger les lignes, la parole politique peut convaincre. Le débat sur le « mariage homosexuel », en 2003, en témoigne. Lancé par Dominique Strauss-Kahn, relayé pendant plusieurs semaines par les médias, il avait convaincu les Français : à l'issue du débat, ils se déclaraient favorables au mariage pour les couples du même sexe dans un rapport de 60-40, alors qu'au départ, ils étaient contre, dans la même proportion de 60-40.

Les propositions pour la révision de 2010, portées par Valérie Depadt-Sebag, s'inscrivent dans cet équilibre. Elles forment un « droit à fonder une famille » pour les couples stériles.

Du côté réalisme, il y a le maintien de l'AMP au service des seuls couples. C'est une affirmation forte du rapport : la psychanalyse montre que l'enfant a besoin de deux parents afin de structurer au mieux son identité (« triangulation psychique »). L'ouverture de l'AMP aux célibataires serait contraire à l'intérêt de l'enfant.

Du côté réalisme, il y a aussi le maintien de l'AMP dans la logique du droit existant, une logique strictement médicale. L'AMP est destinée à remédier à la stérilité des couples, pas à répondre au désir d'enfant. C'est pourquoi Valérie Sebag ne propose pas d'ouvrir l'AMP aux couples homosexuels.

Du côté dynamique, la réforme proposée permet de couvrir les demandes de projet parental de tous les couples infertiles. Elle passe par une facilitation des conditions d'accès à la parenté dans ses deux modalités : l'AMP, fondée sur la conservation d'un lien corporel avec l'enfant, et qui répond au « désir d'hérédité » souvent exprimé par les parents ; et l'adoption, réalisée hors du processus procréatif et fondée sur la seule volonté des parents.

La proposition centrale est une refonte du droit de la filiation, visant à rapprocher la filiation par AMP de la filiation adoptive. Aujourd'hui, la procréation médicale assistée avec don est assimilée à la procréation naturelle. L'intervention du tiers donneur est niée, couverte par l'anonymat. Le secret est gardé sur l'existence de l'AMP : rien n'est indiqué dans l'acte de naissance. Il y a là un « mensonge légal », qui crée de la souffrance chez les enfants, en recherche

de leur vérité biographique. Pour constituer leur identité, et pouvoir se figurer leur propre narratif, ils ont besoin d'accéder à l'identité de leurs géniteurs. Ne pas y accéder leur est d'autant plus insupportable que l'information n'a pas été détruite : elle existe, conservée dans les CECOS¹, mais elle leur est refusée.

C'est pourquoi le rapport propose de reconnaître l'existence des tiers donneurs en rapprochant le droit de l'AMP par don du modèle de la filiation adoptive : autorisation du don par décision judiciaire indiquant l'identité du ou des donneurs, et conservée dans le registre de l'état civil, accessible à l'enfant (fin de l'anonymat) ; mention du jugement autorisant le don dans l'acte de naissance (fin du secret).

La proposition la plus polémique est l'extension de l'AMP pour y intégrer le don de gestation. La gestation pour autrui permet en effet de pallier certaines formes de stérilité féminine (pathologies utérines), aujourd'hui non traitées.

Les réticences collectives autour de la GPA sont intenses. Elles dénoncent une technique de confort pour *career women* qui n'ont plus de temps à consacrer à la grossesse, ou pour stars qui veulent garder le ventre plat. Une commercialisation du corps humain, un nouvel asservissement des pauvres qui louent leur ventre pour l'enfantement des enfants des riches. Une aliénation du corps de la femme, dont l'utérus est instrumentalisé et ravalé au rang de couveuse. La négation de la grossesse et du lien fondamental créé entre la femme et l'enfant à naître qu'elle porte. Enfin, au plan moral, la violation de l'ordre naturel et la manipulation de la vie. Les dérives constatées aux Etats-Unis montrent que ces réticences sont légitimes.

Ce qui est proposé ici est une reconnaissance limitée et encadrée de la GPA. La GPA serait dédiée, comme toutes les techniques d'AMP en France, à un objet strictement médical, pour pallier la stérilité utérine. Elle bannirait la commercialisation : il n'y a là aucune fatalité, la plupart des pays étrangers où elle a été légalisée ne révèlent aucune dérive mercantile. Elle s'inscrirait dans un protocole médical sécurisant le bien-être psychologique de la mère porteuse. Les travaux des psychanalystes étrangers sur les mères porteuses montrent que, sous certaines conditions (avoir déjà eu un enfant, ne pas être aussi la mère génétique de l'enfant...), ces femmes peuvent être heureuses de leur grossesse : elles aident des couples en détresse, souvent des amis ou des parents, dont elles sont le dernier espoir, là où la médecine a échoué, et elles en tirent une forte valorisation personnelle. Le lien entre la mère porteuse et l'enfant est reconnu, avec la suppression de l'anonymat.

Une autre proposition forte est l'ouverture de l'adoption à tous les couples. Aux

¹ CECOS : Centre d'études et de conservation des œufs et du sperme humains.

couples non mariés, pour aligner le droit de l'adoption sur celui de l'AMP, déjà ouvert aux concubins. Mais aussi aux couples homosexuels. La logique de cette ouverture, refusée pour l'AMP, est que l'adoption ne permet pas seulement à un couple infertile de fonder une famille ; elle permet aussi de donner une famille à un enfant qui n'en a pas. L'adoption par des couples homosexuels est conforme à l'évolution des mentalités et à la conception diversifiée de la famille dans notre société. La psychanalyse confirme qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant : le fait que le couple soit composé de deux personnes du même sexe n'est pas un obstacle à son épanouissement dès lors que ce couple a accompli le travail psychique de ce que la psychanalyse appelle la parentalité.

Voilà pour la révision du cadre législatif pour 2010. Au-delà, l'autre co-présidente, Geneviève Delaisi de Parseval, en psychanalyste, offre une vision à plus long terme. Elle esquisse un droit global, le « droit des couples à fonder une famille ».

Il permettrait un accès à la parenté aux couples qui ne peuvent pas avoir d'enfant par voie naturelle, non seulement pour cause de stérilité, mais aussi du fait de leur orientation sexuelle.

Cela signifie, au-delà des réformes déjà proposées, l'accès à l'AMP pour les couples homosexuels. La gestation pour autrui permettrait, notamment aux couples gays de devenir parents. L'AMP sortirait donc du strict remède à la stérilité, pour servir de support technique au projet parental de parents qui souhaitent conserver un lien corporel avec leur enfant. L'argument est que la médecine de la reproduction, et notamment l'AMP, ne guérit pas les couples infertiles. Pour ces couples aussi, il s'agit de répondre à un projet parental, de prendre en compte le besoin de « faire famille » de nos contemporains. Pourquoi, dès lors, le refuser aux couples homosexuels ?

On voit bien les objections éthiques majeures que ne manquera pas de susciter une telle vision. En particulier vis-à-vis du droit à créer un enfant *de novo* pour les hommes. Elle ne dérive en revanche en aucun cas ni vers la marchandisation du corps, ni vers une quelconque « médecine de confort » : seuls les couples ne pouvant pas procréer naturellement y auraient accès – ni les *career women* pressées, ni les femmes ménopausées, encore moins les célibataires qui voudraient « faire des enfants tout seuls ».

*

Vers un droit à fonder une famille ? De nombreux pays prennent cette direction. La France n'en est pas encore là. Pour Terra Nova, l'enjeu prioritaire de ce rapport était de susciter le débat, et de donner à chacun les moyens de se forger un jugement personnel. Le pari est, nous l'espérons, tenu.

Remerciements

Nos remerciements vont à la Fondation Terra Nova, à son président Olivier Ferrand, à Floran Augagneur « grand organisateur », à Romain Prudent, qui a veillé au bon accouchement de ce texte. Également à « nos doctorantes » Aurélia Bardon et Eléonora Bottini, qui ont fait d'excellents comptes rendus des séances du séminaire. Enfin à Monique Cerisier ben Guiga, sénatrice PS, membre du groupe, qui nous a accueillis au Sénat pendant un an.

Nous tenons également à remercier chaleureusement les membres du groupe qui ont participé à ce travail : Anne Cadoret, Monique Cerisier ben Guiga, Sylvie Epelboin, Véronique Fournier, Christine Frey, Martine Gross, Juliette Guibert, Serge Hefez, Dominique Mennesson, Jacques Milliez, Vincent Moisselin, Marie-France Morel, Dominique Neuman, Irène Théry et Pierre Verdier.

*Geneviève Delaisi de Parseval
Valérie Depadt-Sebag*

Préface

Geneviève Delaisi de Parseval

Vous allez lire un rapport pas tout à fait comme les autres. C'est en effet un texte aussi complet que possible qui traite de manière prospective des différents aspects du sujet étudié : la photographie de la manière dont la famille se constitue en 2010 quand elle doit être aidée par la médecine (cas de l'AMP²) et par la loi (cas de l'adoption).

Mais il reste cependant ouvert. Il ne sait – ni ne dit – en effet « tout sur tout » car la réalité qu'il analyse est particulièrement évolutive. Par exemple, l'AMP de 1972 se limitait à l'époque à une méthode relativement simple, au plan technique en tous cas : l'IAD³. Actuellement, on en est à envisager d'accepter, après une fécondation *in vitro*, de faire un transfert d'embryon chez la veuve en cas de mort du père s'il reste des embryons congelés ! Autres exemples : la procréation se dissocie de plus en plus du temps, en raison notamment du recul de l'âge de la maternité, ce qui conduit souvent des patientes à faire appel à un don d'ovocyte venant d'une autre femme ; la procréation par AMP est d'autre part souvent clivée de la relation sexuelle, la fécondation ayant lieu par insémination ou *in vitro*.

Ces bouleversements sont entrés petit à petit dans le quotidien des Français ; tout un chacun connaît dans son entourage des bébés nés à la suite d'une fécondation *in vitro* ou des enfants adoptés. Nous entendons proposer dans ce rapport une réponse à la question de savoir comment penser, comment se représenter ces manières de « faire famille ». Ces nouvelles familles sont elles des exceptions ou faut-il les voir comme de simples variantes d'une famille-type composée d'un père et d'une mère vivant ensemble et ayant des enfants « de leur chair » ?

Il convient ainsi de considérer ce rapport comme une épure, un « hors d'eau » avec des murs et un toit, mais sans les cloisons, passerelles ou escaliers qui seront nécessaires à l'avenir, et qui restent à dessiner. Il a été écrit avec grand talent par Valérie Depadt-Sebag, formulé en grande partie en termes juridiques parce que c'est en ces termes que les discussions sur la révision de la loi bioéthique vont se jouer en 2010. Mais nous sommes toutes deux en accord sur sa ligne directrice – fil rouge de ce travail – qui consiste à reconstruire toute l'architecture de la filiation avec des tiers procréateurs sur le modèle de la filiation adoptive.

² AMP : Assistance médicale à la procréation, appelée PMA (procréation médicalement assistée) à sa création.

³ IAD : Insémination artificielle avec sperme de donneur anonyme.

Sur un point cependant – en clair, sur la question de l’ouverture de l’AMP aux couples de même sexe, en particulier à propos de la gestation pour autrui – nos positions respectives sont en décalage. Nous avons préféré le faire apparaître clairement et argumenter nos deux points de vue. Ce qui est à l’image même d’un débat démocratique.

Le rôle du groupe, ainsi que des experts qui ont bien voulu apporter leur contribution au séminaire⁴, a consisté à donner davantage de « chair » à cette architecture, quelque peu formelle par définition. Les membres du groupe⁵ ont non seulement pris sur leur temps pour participer activement à ce séminaire du lundi soir pendant un an (de novembre 2008 à octobre 2009), mais ils ont, de surcroît, accepté d’échanger avec nous sans relâche, tant sur le fond que sur la forme, d’octobre 2009 à janvier 2010. Ce rapport leur est largement redevable.

Nous souhaitons nous unir pour défendre ce rapport dans le débat public. Même si tous ne sont pas forcément d’accord sur l’ensemble des points abordés, il nous a semblé que ce qui nous réunit est plus important que ce qui nous divise et il ne s’agit pas ici d’une banale figure de rhétorique. Chacun a été en effet invité à faire connaître par écrit son point de vue en cas de divergence notable concernant tel ou tel dénominateur commun dégagé de nos échanges. Un seul exemple : un consensus s’est manifesté dans le groupe en faveur d’une acceptation encadrée de la gestation pour autrui. Seule l’historienne Marie-France Morel a émis un avis opposé : elle l’a fait savoir dans un long texte qui argumente sa position, texte soumis au groupe qui l’a à son tour discuté. De toute façon chacun des membres du groupe est libre d’exprimer son point de vue personnel où il veut ; et personne ne s’en prive !

J’ai, personnellement, apprécié au plus haut point dans nos échanges la façon dont nous nous sommes adressés les uns aux autres, avec ouverture, respect d’autrui, attention à ne pas caricaturer nos propos respectifs. J’espère que ce rapport sera perçu et reçu comme l’image de nos conversations, parfois vives mais toujours cordiales.

Avant de le lire, un recul historique me semble nécessaire pour situer le contexte actuel dans lequel il paraît, moment - en 2010 - où la loi bioéthique est en passe d’être révisée. Pour ce faire, il convient de revenir à l’année 1972, année de tous les paradoxes. Cette année s’est en effet trouvée être celle de la réforme du Code

⁴ Les professeurs Françoise Dekeuwer-Defossez et Brigitte Feuillet-Liger, Madame Sabine Prokhoris, les docteurs Françoise Shenfield et Pauline Tiberghien, le professeur Luc Roegiers, les professeurs Peter Kemp (philosophe, directeur du Centre « Éthique et Droit » de l’Université de Copenhague) et Gérard Duru (professeur à l’Université Lyon 1) nous ont accordé des auditions privées dont nous les remercions.

⁶ Dont les noms sont cités en début de rapport. A l’exception de Marie-France Morel et de Sylvie Epelboin, ils ont approuvé la majorité des propositions de ce rapport.

Civil menée par le doyen Carbonnier. Or, à peine quelques mois plus tard, on assista à la création des deux premiers CECOS (association loi 1901 à l'époque), à Bicêtre et à Necker, institutions médicales qui, en fonction de leur déontologie propre, décidèrent de fonder la filiation d'un homme stérile qui aurait recours à une IAD sur l'expression du seul consentement de ce dernier. Organisant, pour ce faire, une disparition du personnage-clé de ce montage filiatif : l'homme qui a donné son sperme qu'on a rendu anonyme - réduit à l'état de fournisseur de paillettes congelées, numérotées, remboursées par la Sécurité Sociale à l'instar d'un médicament. Ceci au moment même où, par un hasard ou un pied de nez de l'histoire, le Code civil était réformé, instaurant le principe d'égalité des filiations et donnant un coup de boutoir à la présomption de paternité héritée du droit romain (« *pater si est quem nuptiae demonstrant* »). Ce qui signifiait, pour prendre ce seul exemple, qu'un amant aurait autant de droits que le mari en cas de conception adultérine. Il n'y a plus de « bâtards » : un enfant dit « naturel » pourra être reconnu par son père même si ce dernier ne l'a pas conçu avec son épouse. Il pourra porter son nom, hériter de lui etc. (en revanche, les enfants adultérins ont dû attendre 2001 pour voir leurs droits successoraux alignés sur ceux des enfants légitimes ou naturels). Le droit reconnaissait ainsi le critère génétique comme l'un des éléments fondateurs de filiation. Cette situation ubuesque, dans laquelle deux critères de filiation ont « cohabité » tant dans le droit que dans les représentations, a duré plus de deux décennies au cours desquelles ont été conçus par AMP avec des dons de gamètes et d'embryons des dizaines de milliers d'enfants nantis d'une histoire mensongère⁶.

Pour clore cette remarque chronologique, on sait qu'à la suite de moult rapports parlementaires et congrès, la France a fini par voter, en 1994, une loi spécifique relative aux questions soulevées par l'AMP. Après un débat aussi passionnant que passionné, notre pays s'est finalement doté d'un système législatif qui, en matière d'AMP avec dons, a confirmé la position du CECOS et fait de la vérité biologique de la conception un secret désormais juridiquement protégé par la loi⁷. On a assisté, on le voit, à un changement du droit de la filiation dans la loi bioéthique : en cas d'AMP avec dons de gamètes ou d'embryons, l'histoire de l'enfant se tisse sur un mensonge officiel alors qu'est conservé dans les coffres des centres médicaux un état civil biologique parallèle des enfants conçus ainsi. Suivant cette même logique, la loi bioéthique a fait le choix de rattacher la filiation des enfants nés avec la participation des donneurs de gamètes à la filiation charnelle, et non – ce qui était l'autre option envisagée avant le vote de

⁶ En France, on compte environ 50 000 enfant conçus par IAD depuis 1973, et 3 000 au moins par don d'ovocyte, plus une centaine à la suite d'un d'accueil d'embryon.

⁷ Cf. *infra* note 12, l'article 311-20 du Code Civil.

la loi – à la filiation fondée sur la volonté des parents, avec un jugement, telle la filiation adoptive. Cette seconde option avait été pourtant défendue avec force par de nombreuses voix, notamment celles de professeurs de droit⁸. Elle a été finalement écartée.

Nous l'avons remise sur le métier. Car quinze ans plus tard, on en reste en effet à cette situation paradoxale qui fait régulièrement débat dans la société. C'est à ce « bloc de déni » que nous nous sommes attaquées dans ce rapport. Ce travail nous a amenées – on le verra très concrètement à la lecture – à proposer une solution juridique et humaine plus digne et respectueuse de tous les protagonistes de ces nouvelles procréations qui impliquent plusieurs personnes : les parents de naissance dans l'adoption, les donneurs et donneuses de gamètes dans les AMP avec dons, les parents donneurs et receveurs d'embryons dans le protocole d'accueil d'embryon, les différents partenaires de la gestation pour autrui enfin. Et surtout évidemment – mais cette évidence n'existait pas au début de l'AMP, les bébés étant à peine nés ! – en tenant compte des enfants conçus ainsi, grands oubliés de la loi bioéthique. Comme l'avaient été aussi les donneurs de gamètes, surtout d'ailleurs les donneuses d'ovocytes. Nous avons considérablement bénéficié sur ce point des discussions avec la sociologue Irène Théry, membre du groupe, qui, à propos des familles recomposées, avait, il y a quelques années, montré les peurs que suscitait la multiplicité des figures parentales, comme si on craignait que ce qui était donné à l'un soit enlevé à l'autre⁹.

La solution qui se dégage de ce rapport tient, on le verra, dans la proposition d'une seule filiation pour les différents modes d'accès à une parenté « aidée », que ce soit par adoption ou par AMP. Avec l'établissement d'un jugement qui, comme c'est le cas pour l'adoption, rende cette filiation à la fois publique et irréfragable ; résolvant par le fait même et la question de l'anonymat des donneurs et la bombe empoisonnée des secrets de famille. Autrement dit, les droits et devoirs afférents à la filiation sont les mêmes, quelle que soit la modalité d'établissement du lien (adoption ou AMP). En spécialiste de droit privé, Valérie a développé ce point d'une manière très complète.

Il faut remarquer qu'un malentendu, courant tant dans le public que chez les spécialistes, a toujours embrouillé les débats : il tient au fait que ce qu'on appelle à tort « filiation biologique » relève en réalité de la seule histoire ou ascendance génétique ou biologique. Il n'existe en effet qu'une filiation, celle qu'institue tel ou tel système de parenté, telle ou telle loi ; il n'y a de filiation que sociale. Pour nous cependant – et ce point est essentiel on le verra – cela ne signifie pas qu'il

⁸ Notamment, les Prs Catherine Labrusse-Riou et Claire Neirinck.

⁹ Dans son rapport rendu au Gardé des Sceaux de l'époque, Elisabeth Guigou. Elle a repris et développé ce débat à propos de l'AMP, notamment dans un récent dossier dans la livraison de mai 2009 de la revue *Esprit*.

faillie pour autant tenir pour négligeable – ou, pire, qu’il soit nécessaire de gommer définitivement – l’ascendance génétique ou corporelle de l’histoire des enfants conçus par AMP avec dons, béance qui ne peut que rejaillir sur les générations suivantes.

Comme psychanalyste, je ne pense pas qu’il soit bénéfique à qui que ce soit – pas plus aux donneurs qu’aux receveurs ni bien sûr aux enfants – de faire l’impasse sur le « don de corps » dont ont bénéficié les sujets conçus par l’une ou l’autre des déclinaisons d’AMP. Car, en bonne logique analytique, on ne pourra qu’assister à un mécanisme bien connu en psychanalyse : celui du retour du refoulé ; soit par le biais de questions qui resteront forcément sans réponse dans ce cas, soit par l’apparition de symptômes ou par des manifestations psychosomatiques. Pour la psychanalyse, le corps n’est pas un morceau de chair ; c’est parce que l’individu est un sujet parlant qu’il peut habiter son corps, que ses organes, ses gamètes mêmes, ont un sens. Sinon, aussi bien les donneurs de gamètes que les enfants nés grâce à ces dons ne seraient que des « machines à faire valoir le projet parental » d’adultes en mal d’enfant. Pour moi, pour nous, le corps est un moyen *privilegié* d’« entrer en filiation ». On ne peut en aucun cas en faire abstraction et fonder la filiation sur la seule volonté d’un individu ou d’un couple.

Il nous a semblé possible, ce rapport le montre d’une façon très concrète, de sortir « par le haut » du dilemme génétique/volonté. Nous avons ainsi dégagé une troisième voie pour penser la filiation en AMP avec dons (ce que nous appelons une « filiation mixte »). Et, pour peu qu’on veuille retenir la notion de « projet parental », sésame français de l’accès à l’AMP, il ne peut s’agir dans cette optique que d’un projet qui reconnaisse la composante volontaire, mais aussi charnelle, des liens entre parents et enfants. D’un projet qui soit, en particulier, capable d’inclure le « don d’hérédité » dont ont bénéficié ces enfants¹⁰. Non dans l’idée d’établir un quelconque lien de filiation entre les donneurs et l’enfant, mais pour respecter l’humanité de ces conceptions et ne pas nier le fait que ces enfants sont nés de géniteurs et de génitrices identifiés – parents eux-mêmes la plupart du temps, en France en tout cas – et non de la seule volonté de sujets qui ont décidé d’avoir un enfant.

L’opposition frontale entre ces deux courants de pensée s’avérant sans issue, nous estimons que l’on n’arrivera à rien de viable, de sain, tant que les deux composantes de la filiation, biologique et volontaire, ne seront pas prises en compte toutes les deux dans les histoires des enfants conçus ainsi. Le défi conceptuel auquel il faut se colleter devient donc de « *penser* » cette scission tant en termes juridiques qu’en termes d’anthropologie de la parenté, qu’en termes métapsychologiques enfin. Il s’agit, concrètement, de donner une place,

¹⁰ L’expression revient au Doyen Carbonnier qui l’a précisément employée pour les dons de sperme.

de trouver un statut pour ces « sujets vecteurs biologiques de parenté », ces porteurs de ce que le philosophe Jacques Derrida avait appelé « suppléments de père et de mère »¹¹.

Nous nous revendiquons ainsi d'une position tierce qui considère nocif, voire pathogène, le déni de l'ascendance biologique ou génétique qui est pour nous – ne serait-ce qu'au niveau médical – une composante fondamentale de la vérité biographique d'un individu. Il s'agissait alors de relever le défi afin d'imaginer un statut juridique et symbolique à des relations génétiques présentes mais non « activées », à ces « relations d'un troisième type » portées par les différents donneurs de gamètes et d'embryon. Ainsi qu'à la « fonction génésique » très particulière de la mère porteuse dans les histoires de gestation pour autrui pour reprendre l'excellente expression d'Antoinette Fouque¹². Il est très intéressant de reconnaître pleinement la « fonction génésique » des femmes et leur droit de la partager. Il ne s'agit pas alors de payer cette gestatrice et de la renvoyer dans ses foyers, mais de lui reconnaître une place horizontale dans la fonction matricielle et une place verticale dans la filiation ; l'enfant né ainsi est le fruit de cette figure matricielle. Antoinette Fouque ajoute avec justesse : « Il ne faut ni forclorre la femme porteuse dans l'anonymat, ni banaliser son don. Il y a un parent de plus et non pas une gestation en moins ». C'est bien le fil rouge du débat sur la GPA.

Bonne lecture.

¹¹ J'emprunte cette expression à Jacques Derrida dans le chapitre « Familles désordonnées » de l'ouvrage *De quoi demain... Dialogue avec Elisabeth Roudinesco*, Fayard 2001.

¹² Dans *Le Débat*, n°157, nov-décembre 2009, p. 154.

INTRODUCTION

Ce groupe de travail a été initié à la demande de la Fondation Terra Nova dans l'objectif d'établir une proposition doctrinale en vue de la prochaine réforme législative relative à l'Assistance médicale à la procréation (AMP), prévue dans le courant de l'année 2010. Il s'agit de prendre en considération l'évolution de la demande sociale et du constat de l'application du droit positif, afin d'y adapter la loi nouvelle de la façon la plus cohérente possible, dans le respect des droits fondamentaux des personnes, y compris de la personne à venir, c'est-à-dire de l'enfant à naître.

Il n'était pas question de traiter des aspects techniques de l'AMP, mais d'envisager cet ensemble de techniques en tant que mode d'accès à la parenté. L'AMP se trouve actuellement régie par une loi du 6 août 2004, la loi « relative à la bioéthique », qui encadre l'ensemble des techniques biomédicales appliquées à l'être humain, parmi lesquelles l'AMP.

Parce que la bioéthique est un domaine de réflexion interdisciplinaire où se retrouvent, entre autres spécialistes, des philosophes, des anthropologues, des psychanalystes, des médecins et des juristes, le groupe de travail dont les échanges et les conclusions ont nourri ce rapport était composé de représentants de ces différentes disciplines.

Aussi la réflexion a-t-elle été d'ordre multidisciplinaire avant d'être juridique, les propositions juridiques trouvant leurs fondements dans la réflexion bioéthique.

Comment notre société permet-elle de devenir parents à des couples qui se trouvent dans l'impossibilité de donner naissance à un enfant par le processus naturel de la procréation ? Quelles solutions leur sont-elles proposées ? A ces questions la réponse est double : l'adoption ou le recours à l'AMP.

C'est pourquoi nous avons décidé de joindre dans le titre de ce rapport deux notions qui, *a priori*, diffèrent tant par leur nature que par leur place dans l'ordonnement du droit.

Du point de vue de leur nature, l'adoption est une institution juridique dont le but est de donner des parents à un enfant qui n'en a pas, tandis que l'AMP consiste en un ensemble de techniques médicales destinées à permettre à un couple infertile d'avoir un enfant. Mais, au-delà de son aspect institutionnel, l'adoption est un moyen pour des couples infertiles de devenir parents, alors qu'au-delà de son aspect scientifique, l'AMP, notamment lorsqu'elle est réalisée à l'aide d'un don de gamètes ou d'embryon(s), peut entraîner des conséquences sur les grandes institutions juridiques que sont l'état des personnes ou le droit de la famille.

Du point de vue de l'ordonnancement du droit, l'AMP et l'adoption sont traitées dans des lois différentes, l'AMP relevant des lois dites « bioéthiques », transposées à l'intérieur du Titre I du Livre premier du Code civil, réservé aux personnes, ainsi que du code de la santé publique ; l'adoption relevant de diverses lois transcrites dans le Code civil à l'intérieur du Titre VIII du Livre premier. Mais nous constaterons, tout au long de ce rapport, que les interférences entre ces deux institutions portent à leur mise en parallèle, notamment ce qui concerne les conditions d'accès tant à l'AMP qu'à l'adoption, ainsi que l'établissement de la filiation des enfants adoptés ou issus d'une technique d'AMP avec donneur.

Et de fait, dès la première réunion du groupe, la discussion autour de l'AMP a conduit à sa mise en perspective avec cet autre mode d'accès à la parenté qu'est l'adoption, des problématiques et des questions identiques se retrouvant dans les deux domaines. C'est pourquoi, bien qu'il n'entre pas dans l'objectif de ce rapport de refondre le droit de l'adoption, celui-ci sera abordé de façon incidente, à l'occasion de ses coïncidences avec l'AMP. Ainsi, AMP et adoption seront, sur certains points, inclus dans un même débat, afin d'une part que les questions communes aux deux secteurs bénéficient de l'ensemble des idées avancées à propos de l'un ou de l'autre, d'autre part que puisse être préservée la cohérence générale du droit de la filiation, directement concerné tant par l'AMP que par l'adoption.

L'accès à la parenté face à l'évolution sociétale

A l'aube de la seconde réforme des lois relatives à la bioéthique, le regard porté sur l'AMP s'est modifié au gré de l'évolution des mœurs et du recul acquis par quinze ans d'application des premières lois de 1994. Des questions anciennes se posent en termes nouveaux, en même temps qu'apparaissent des préoccupations nouvelles.

Le régime de l'adoption se révèle également sur certains points mal adapté aux mœurs contemporaines et à l'état d'esprit des candidats, en même temps que discordant par rapport à celui de l'AMP. Ainsi, certaines différences entre les conditions d'accès à l'adoption et à l'AMP apparaissent comme autant d'illogismes. Pourquoi admettre l'accès à l'AMP aux couples non mariés et refuser à ces derniers celui à l'adoption ? Pourquoi une personne seule est-elle en droit d'adopter un enfant, alors qu'un couple de concubins ne l'est pas ? Ces différences que rien ne justifie représentent un exemple de la nécessité de traiter dans une même réflexion certains aspects de l'AMP et de l'adoption.

Le mariage n'est plus nécessairement le premier acte de la fondation d'une famille. Bien souvent, du point de vue social et juridique, le projet parental préexiste au projet matrimonial ou existe indépendamment de ce dernier. L'enfant vient au monde avant ou en dehors de l'union légale de ses parents et c'est alors le lien de filiation qui crée la famille. Le projet parental peut également être formé et aboutir sans que les parents soient unis par des sentiments d'amour, comme en témoigne le développement des familles monoparentales ou des formes de co-parentalité dans les familles homoparentales. Le développement de la notion de parentalité, apparue dans les années 1960, atteste de ce phénomène sociétal.

La parentalité désigne le processus qui mène à l'état de parent, en faisant primer l'engagement sur le lien biologique. Il insiste sur la construction psychologique par laquelle un adulte accède à l'état de parent, construction reposant sur le désir, sur les sentiments, sur la volonté qui le conduit à assumer la responsabilité d'un enfant, c'est à dire de son éducation au sens large du terme. C'est dans cet esprit que les couples s'engagent dans le processus de l'AMP avec donneur ou encore dans celui de l'adoption, la filiation découlant du jugement d'adoption représentant pour eux la consécration du lien affectif. Dans les familles recomposées ou homoparentales, la parentalité s'étend aux liens qui peuvent unir une ou plusieurs personnes à un enfant.

Cette nouvelle approche de la parenté se retrouve dans certaines revendications. Parmi elles, on peut citer celle des couples homosexuels de bénéficier des techniques d'AMP ou du régime de l'adoption, ou encore celle des couples non mariés de pouvoir accéder à l'adoption dans les mêmes conditions que les couples mariés ou les célibataires.

Les enfants nés des premières années d'application des techniques d'AMP avec dons de gamètes ou d'embryons sont aujourd'hui adultes et parfois eux-mêmes parents. La voix qu'ils font entendre au sujet des modalités qui ont entouré le processus médical de leur conception doit être écoutée. Le législateur de demain ne peut ignorer leur volonté d'accéder à la totalité de leur histoire par la connaissance de l'identité de leurs géniteurs. Or là encore apparaît le lien entre ces deux institutions que sont l'adoption et l'AMP. La reconnaissance du droit de chacun à connaître ses parents d'origine, consacrée par la création du CNAOP (Conseil national d'accès aux origines personnelles) dans le cadre de la loi sur l'accouchement sous X, apparaît difficilement conciliable avec l'impossibilité qui est faite à l'enfant né d'un don de gamètes ou d'embryon d'accéder à l'identité de ses géniteurs, sauf à considérer que l'origine n'est pas partie de l'histoire d'une ou plusieurs personnes.

Ainsi, la question examinée a exigé une double approche des textes de loi relatifs

tant à l'AMP qu'à l'adoption, au travers d'une part de la loi de 2004 dans ses dispositions relatives à l'assistance médicale à la procréation ainsi que du régime de l'adoption, d'autre part du droit de la filiation.

Le rôle de l'Etat en matière d'accès à la parenté

Aujourd'hui, le principe de la nécessité de l'intervention du législateur en matière d'encadrement des pratiques biomédicales est acquis. Face à l'ampleur des enjeux scientifiques et techniques, laquelle dépasse largement le domaine thérapeutique, il est généralement reconnu que la règle adéquate se trouve être la règle légale, en tant qu'elle se trouve soumise au débat démocratique, votée par le Parlement, lui-même garant de la représentation populaire et du respect du fait majoritaire.

Dans l'ensemble des lois relatives à la bioéthique, on peut distinguer deux types de règles. Le premier consiste en l'énoncé des principes fondamentaux relatifs au corps humain. Il a été intégré dans le Code civil aux articles 16 à 16-9. Le second, plus pratique, consiste en une réglementation précise des secteurs spécifiques de la biomédecine que sont la recherche sur les personnes, la génétique, le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain ou l'AMP. Il a été inséré dans le code de la santé publique. Cette coexistence des grands principes et de règles d'ordre pratique traduit le polymorphisme de la loi, faite de dispositions techniques, mais aussi et d'abord de principes fondamentaux qui, trouvant leurs fondements dans la bioéthique, expriment les choix politiques du législateur.

Il subsiste pourtant un secteur de la biomédecine dans lequel l'intervention du législateur se voit parfois remise en cause : celui de la procréation assistée. Au nom du droit au respect de la vie privée, ainsi que du droit à fonder une famille, certains contestent l'immixtion du droit dans le domaine de la procréation. De fait, le droit de fonder une famille s'inscrit sous la catégorie des libertés fondamentales - notamment de l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), de l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale (1950) et de l'article 23 du Pacte international des droits civils et politiques (1966) - et la décision d'exercer ce droit relève en principe de la vie privée dans sa sphère la plus intime.

Mais la procréation est une affaire privée, relevant du droit à fonder une famille, dans la mesure où elle n'implique que le couple qui, par le processus naturel, décide d'avoir un enfant. Il en est autrement dès lors que la conception et la

venue au monde d'un enfant se font grâce aux moyens fournis par l'Etat qui met en place les structures médicales nécessaires à l'application des techniques d'AMP et prend en charge leur coût d'application, ainsi qu'à l'intervention de tiers qui acceptent de faire don de leurs forces reproductives. Comme l'indique sa terminologie, la médecine, ainsi autorisée et soutenue par les pouvoirs publics, vient « assister » le couple afin de lui permettre de procréer.

La PMA est définie par l'article L. 2141-1 du code de la santé publique comme s'entendant « des 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, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de la biomédecine ».

Le domaine de l'assistance médicale à la procréation s'inscrit dans le domaine du droit à la santé, la santé se trouvant définie par la Constitution de l'OMS (Organisation mondiale de la santé) comme « un état de complet bien-être physique, mental et social, qui ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». De même, son développement et sa prise en charge par les organismes de sécurité sociale relèvent de l'obligation d'accès aux soins à laquelle l'Etat se trouve tenu en vertu de différents textes nationaux et internationaux, notamment du Préambule de la Constitution de la IV^e République auquel renvoie celui de la Constitution du 4 octobre 1958 ou de la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 (cette dernière devrait être tout prochainement ratifiée par la France).

Ainsi, le domaine de la procréation assistée, comme celui de l'adoption, relève en partie du domaine public, plus précisément de l'ordre public. L'Etat se doit d'assurer à chacun le meilleur état de santé possible et à ce titre, fournit aux couples confrontés à la stérilité la possibilité de recourir aux techniques d'AMP afin de pallier leur déficience. Mais en contrepartie, il se trouve responsable des conséquences qui pourraient être celles de l'application de ces techniques aux différents niveaux que représentent les institutions et l'humanité tout entière.

Les techniques d'AMP ont été rendues possibles par la maîtrise des différents stades de la procréation, de la fécondation à l'accouchement, et l'application de ces techniques nécessite un découpage séquentiel des protocoles. Or cette maîtrise du processus procréatif permet de reproduire le processus naturel, mais aussi de le modifier et par là, d'intervenir sur l'évolution de l'espèce humaine. Ainsi, la mise en œuvre du Diagnostic préimplantatoire (DPI) - technique qui consiste en une sélection des embryons fécondés *in vitro* avant leur implantation dans l'utérus maternel - permet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie particulièrement grave, mais elle laisse poindre le spectre de l'eugénisme. A

l'extrême limite des possibilités scientifiques apparaît le clonage reproductif, qui permettrait la reproduction à l'identique d'une personne par la duplication de son capital génétique.

Le recensement, même partiel, des possibilités offertes par la science en matière de procréation permet de comprendre comment l'application des techniques d'AMP, si elle se faisait en toute liberté ou dans une logique purement scientifique, sans autre limite que celle de la science, pourrait aboutir à une modification de l'espèce humaine par l'intervention de l'homme sur le génome ou encore à la fin de la diversité humaine.

Sans aller jusqu'à développer les thèmes d'une heuristique de la peur, il faut reconnaître que la mise en œuvre des techniques d'AMP, si elle se faisait en dehors de toute organisation légale, pourrait tout d'abord menacer le respect de certains principes essentiels du droit des personnes. Parmi les principaux risques de dérives, on dénonce la commercialisation des éléments du corps humain, voire du corps humain lui-même. Ensuite, il faut bien voir aussi que seraient menacés par ces dérives les principes qui régissent l'état des personnes et le droit de la famille, plus précisément celui de la filiation. Or les règles qui régissent ces pratiques, en ce qu'elles intéressent l'ordre public, sont de caractère impératif. Il apparaît donc que le secteur de l'AMP, s'il peut à première vue sembler appartenir à la sphère de la vie privée, dépasse en réalité les intérêts privés.

Pas plus que l'AMP, l'adoption ne peut être envisagée comme une affaire relevant de la vie privée des couples ou des célibataires porteurs d'un projet parental. La fonction primordiale de l'adoption est de donner une famille à un enfant qui n'en a pas et cette « attribution d'une famille à un enfant » se fait sous le contrôle de l'Etat, car les enfants sans parents ou abandonnés sont placés sous la responsabilité de l'Etat, en charge de la protection de leur intérêt. C'est donc en fonction de cet intérêt, supérieur à celui des parents potentiels, que la loi fixe les conditions d'accès à l'adoption, notamment par la détermination de certains critères comme l'âge des adoptants et leur situation socio-familiale. De plus, elle exige des candidats à l'adoption qu'ils obtiennent des services sociaux l'agrément qui, délivré à la suite d'une enquête sociale, atteste de leur aptitude à accueillir un enfant dans leur foyer.

L'adoption connaît un cadre juridique précis également en raison des dangers qu'elle peut présenter. Le désir d'enfant des couples candidats à l'adoption, aussi légitime soit-il, peut entraîner certaines dérives, parmi lesquelles celle de la création d'un « marché » dont l'enfant deviendrait l'objet, au mépris de sa dignité.

L'AMP et l'adoption sont donc les deux moyens dont disposent les couples

infertiles pour devenir des parents. Par des mécanismes parfois différents (les possibilités scientifiques qui peuvent représenter un danger en matière d'AMP n'existent pas en matière d'adoption), parfois comparables (les risques de marchandisation existent tant dans le domaine de l'AMP que dans celui de l'adoption, même si leurs objets diffèrent), elles contiennent en elles-mêmes d'une part un risque de dérives au regard des droits fondamentaux, d'autre part la possibilité d'une modification de l'ordre socio-familial établi à partir des valeurs de notre société. Ces valeurs ne sont certes pas intangibles et peuvent connaître quelques variations, mais le pouvoir de les effectuer est de la seule compétence du législateur.

Pour ces raisons, les deux voies d'accès à la parenté que sont l'adoption et l'AMP ne peuvent être assimilées à la procréation naturelle dans son élément de liberté. Elles impliquent la société et, par là, relèvent de la responsabilité de l'Etat, donc du fait législatif.

La filiation en droit français : filiation par procréation ou filiation adoptive

Du fait de leur implication dans l'ordre public familial, il importe ici de replacer les deux institutions que sont l'AMP et l'adoption dans le cadre plus large de la filiation, qui, du point de vue juridique, représente l'accès à la parenté.

La filiation peut être définie comme le lien juridique par l'établissement duquel le droit unit l'enfant à ses parents, ce lien produisant ses effets tant à l'égard de l'enfant que des parents. Au statut de parent se trouve attaché un certain nombre de droits et devoirs qui se traduisent à travers l'exercice de l'autorité parentale, l'obligation d'entretien et d'éducation de l'enfant ou la responsabilité civile du fait de l'enfant. De façon plus exceptionnelle, le droit impose à l'enfant devenu adulte certains devoirs vis-à-vis de ses parents. Par la transcription de sa filiation à l'état civil, l'enfant se verra attribuer une place unique dans sa famille, mais aussi dans la société. Ainsi, la filiation n'est pas une affaire privée, elle relève de l'organisation de la société.

Le droit français connaît deux types de filiations. Le premier consiste en la filiation charnelle, résultant de la procréation et consistant en la reconnaissance par le droit du lien biologique entre l'enfant et les parents. Le second est celui de la filiation adoptive, réalisée hors du processus procréatif, fondée sur la volonté des parents et constituée par jugement. Du point de vue étymologique, adopter, c'est « prendre par choix ».

La filiation par procréation, ou charnelle, s'établit pour la mère à partir du

certificat de naissance et pour le père soit à partir de la présomption de paternité lorsque le couple est marié, soit sur le fondement d'une reconnaissance lorsqu'il ne l'est pas. Ainsi, tout en se fondant sur un lien biologique, plus souvent présumé que prouvé en ce qui concerne la paternité, la loi laisse place à la volonté des parents dans l'établissement de la filiation. La femme qui a accouché peut refuser de voir ce lien établi en accouchant sous X ou en refusant de révéler son identité à l'état civil, de même que le mari peut accepter de laisser jouer la présomption de paternité tout en sachant ne pas être le géniteur de l'enfant.

L'adoption est un mode de filiation particulier en ce qu'il ne se fonde pas sur le rattachement charnel entre l'enfant et ses parents. Il est entièrement créé par le droit, en réponse à la volonté des couples candidats à l'adoption. En matière d'adoption, l'établissement du lien de filiation suppose nécessairement l'intervention de l'autorité publique, laquelle se réalise sous la forme d'une décision judiciaire. Le juge, avant de rendre son jugement, vérifie que les conditions légales sont remplies. Il s'assure ainsi du bien fondé de l'adoption au regard de l'intérêt primordial de l'enfant et du respect de ses droits, tels qu'ils sont inscrits notamment dans la Convention de New-York. Le jugement est ensuite transcrit sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté.

L'assistance médicale à la procréation entre filiation charnelle et filiation adoptive

Le secteur de l'AMP connaît deux grandes catégories de techniques. La première, dite endogène, rassemble les différents protocoles qui permettent à un couple de procréer par ses seules forces génétiques et biologiques, en cela « aidé » par les moyens médicaux. La seconde, dite exogène ou hétérologue, rassemble les divers procédés impliquant un apport de gamètes (masculins ou féminins) ou d'embryons par un ou des tiers, une (ou des) personne(s) extérieures au couple.

Il est aujourd'hui possible de faire naître un enfant dont une partie, voire la totalité, du patrimoine génétique ne sera pas issue des forces génétiques de ceux qui seront reconnus comme ses parents. Il est ainsi possible pour une femme d'accoucher d'un enfant dont le patrimoine génétique a été fourni par une autre qu'elle et selon que la dissociation résulte d'un don d'ovule ou don de gestation – ce dernier étant actuellement interdit en France –, cette femme pourra ou non être reconnue comme la mère de l'enfant.

En ces cas, l'établissement du lien juridique cesse d'être la reprise par le droit

du lien biologique. La question se pose alors de décider à quelles règles doit répondre l'établissement de la filiation d'un enfant conçu dans le cadre du projet parental de ses parents d'intention, mais à l'aide du capital génétique d'un tiers s'il s'agit d'un don de gamètes, de tiers s'il s'agit d'un don d'embryon. Or il appartient à la responsabilité de l'Etat d'organiser les rapports entre le couple souhaitant un enfant et le ou les tiers qui lui permettront de réaliser ce désir, car de la traduction juridique de ces rapports découlera le lien de filiation dont il a été dit précédemment qu'il relève de l'ordre public.

La détermination de ces règles, qui a trait à l'état civil des personnes, relève donc de la compétence exclusive du législateur. Ce dernier, depuis 1994, a choisi d'ignorer ce fait inhérent à la conception de l'enfant en le rattachant à ses parents sur le modèle de la filiation charnelle. De cette façon, l'établissement de la filiation aura pour effet l'effacement du donneur de l'histoire de l'enfant, tout se passant « comme si » l'enfant était né des forces reproductives de ses parents. En l'état actuel de la loi, l'enfant né d'un don de gamètes ou d'embryon sera reconnu comme celui de ses parents d'intention, sans qu'aucune trace de son histoire *ante* natale ne soit inscrite dans son état civil. Même dans le cas où les parents informeraient l'enfant des circonstances de sa naissance, le verrou des articles 16-8 du Code civil et L. 1211-5 du code de la santé publique feraient barrage à toute recherche de l'enfant quant à ses origines.

L'établissement de la filiation des enfants nés d'une technique d'AMP endogène ne pose guère de questions. Leur filiation sans conteste se rattache à la filiation charnelle, nonobstant les modalités techniques de leur conception (problèmes liés à la congélation et à une éventuelle demande de transfert *post-mortem*).

Mais quel type de filiation attribuer à un enfant né grâce à l'intervention d'un tiers ? On peut ici d'ores et déjà citer le cas des enfants nés grâce à un don de sperme, que nous examinerons ultérieurement de façon plus détaillée. La situation de ces enfants emprunte à la filiation par procréation, dans la mesure où l'enfant se trouve, d'un point de vue génétique et biologique, lié à sa mère. Mais elle emprunte également à la filiation adoptive, dans la mesure où l'enfant se trouve relié à son père par la volonté de ce dernier, à l'exclusion de tout lien génétique.

L'AMP est un mode nouveau de procréation qui, lorsqu'il implique le recours à un tiers donneur, crée un type de filiation original, entre filiation charnelle et filiation adoptive. Si le législateur d'hier, face à cette problématique inédite, a pu faire l'économie d'une telle réalité, celui de demain devra la prendre en compte et l'intégrer dans le droit de la filiation, tant pour répondre aux attentes des principaux intéressés, les enfants nés d'une AMP avec donneur, que pour solidifier l'édifice des lois dans le sens d'une meilleure cohérence.

Les rapports de fait qui unissent les donneurs, les receveurs et les enfants nés d'un don de gamètes ou d'embryon, voire de gestation en cas de légalisation de la Gestation pour autrui (GPA), doivent être repris par la loi. Conformément au principe fondamental de la dignité humaine, la loi doit reconnaître l'existence, assurer le respect et définir les obligations de chacun des intervenants dans le processus d'accès à la parenté par l'AMP, afin de garantir les droits des enfants.

C'est en référence à ces premières réflexions que nous réexaminerons les modes d'entrée dans la parenté des couples infertiles.

- CHAPITRE 1 -

OUVRIR LES CONDITIONS D'ACCES A LA PARENTE

Les conditions d'accès à l'AMP relèvent des lois relatives à la bioéthique réparties entre le Code civil et le code de la santé publique, tandis que les conditions d'accès à l'adoption relèvent de la loi sur l'adoption dont les dispositions figurent dans le Code civil. Cependant, l'AMP et l'adoption représentant deux façons d'accéder à la parenté, leur coexistence sur la scène socio-juridique implique une certaine harmonie.

L'accès à la parenté dans le domaine de l'AMP

Selon l'article L. 2141-2 du code de la santé publique :

« L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple.

Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité.

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la 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. »

Ainsi la loi définit-elle les conditions générales d'accès à l'AMP. Deux d'entre elles paraissent devoir être remises en cause : l'ancienneté du couple et le fait que les deux membres du couple soient vivants. La mise en cause d'une troisième condition, celle de la définition du couple, mérite d'être discutée.

La suppression de l'exigence de vie commune pour les couples non mariés

Par les conditions de mariage ou de durée de deux ans, le législateur a voulu s'assurer de la stabilité du couple, souhaitable au regard de l'intérêt de l'enfant. Or, du fait de l'évolution des mentalités et des mœurs, ces conditions semblent ne plus remplir leur rôle et ne constituer, en certains cas, qu'un obstacle facile à contourner. C'est pourquoi leur suppression apparaît opportune, tant sur le plan des principes que de la pratique.

Sur le plan des principes, de nos jours, le fait de vivre ensemble ou de contracter un PACS représente dans bien des cas le même degré d'engagement de l'un envers l'autre que le mariage. Le mariage témoigne certes d'une certaine stabilité du couple, mais celui-ci peut être formé depuis moins de deux ans. Bien des divorces sont prononcés moins de deux ans après que le couple ne se soit rencontré !

Le délai de deux ans est parfois défendu comme correspondant au temps nécessaire pour constater l'infertilité d'un couple. L'argument n'est guère convaincant, car il est de nombreux cas dans lesquels le temps n'est pas pour le couple un facteur de chances de procréer naturellement. Certaines pathologies qui empêchent la procréation naturelle peuvent être diagnostiquées sans délai, comme par exemple l'obturation tubaire chez la femme ou l'azoospermie chez l'homme. De plus, on sait que les couples se forment de plus en plus tard, et l'exigence d'un délai de deux ans pour un couple dont la femme approche ou a dépassé la quarantaine risque de coûter cher en termes de chances de réussite du recours à l'AMP.

Sur le plan de la pratique, on peut douter de l'efficacité de cette exigence. En vertu de la liberté de la preuve des faits juridiques, la preuve d'une vie commune ancienne de deux ans peut être apportée par tous moyens, comme des quittances, des déclarations fiscales ou des attestations. Or les certificats de concubinage et autres preuves s'obtiennent très facilement et il n'entre pas dans les attributions du médecin d'opérer un tel contrôle, dont il n'a par ailleurs pas les moyens.

Les conditions de mariage ou d'ancienneté de deux ans de vie commune ont été inscrites dans la loi en tant que garanties de stabilité du couple. Or le projet parental lui-même apparaît comme la meilleure preuve de la stabilité du couple. C'est pourquoi, dans la mesure où le 1er alinéa de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique y fait référence, nous proposons la suppression pure et simple des critères de mariage ou d'ancienneté du couple. L'alinéa 3 du texte disposerait alors que : « *L'homme et la femme formant le couple doivent être en âge de procréer et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination* ».

Le débat sur l'exigence d'un couple formé d'un homme et d'une femme

A propos de cette condition, les points de vue psychanalytique et juridique sont sensiblement différents. Ils seront exposés et discutés à l'intérieur du chapitre 5.

L'admission du transfert d'embryons post-mortem

La loi en son état actuel dispose que le couple « doit être vivant ». En formulant cette exigence, le législateur interdit à la fois l'insémination de la femme avec le sperme de son mari défunt et le transfert d'embryons *post-mortem*. L'interdiction est d'ailleurs expressément formulée à l'article L.1241-2, au terme duquel le décès d'un des membres du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons.

La question de l'admission du transfert *post-mortem* se présente comme particulièrement délicate en ce qu'elle oppose la prise en considération de la volonté de la femme, parfois déjà engagée dans un protocole d'AMP, aux difficultés de diverses natures qu'une telle modification de la loi actuelle ne manquerait pas de soulever.

Indéniablement, l'admission du transfert *post-mortem* pose divers problèmes. Le premier est lié au consentement de l'époux ou du compagnon décédé. Le second a trait à l'intérêt de l'enfant, dont on s'accorde à penser qu'il est probablement mieux assuré par un couple que par une femme seule, *a fortiori* dans ce type de situation où le projet parental, initialement formé par un couple, s'est transformé en projet monoparental au cours du protocole d'AMP, en raison de circonstances extrêmement malheureuses totalement indépendantes de la volonté du couple. Enfin, l'éventualité d'une naissance qui ne pourrait intervenir que plus de neuf mois après le décès du père pose le problème des règles relatives à l'ouverture de la succession. Il ne peut être question de considérer un embryon non implanté comme un héritier potentiel, car l'embryon n'est pas une personne et au regard de la cohérence du droit, il est impossible de le considérer comme tel dans ce type de situations, et de lui refuser ce statut dans d'autres.

Néanmoins, le droit positif apparaît particulièrement sévère envers la femme. A la douleur de la perte de son époux ou de son compagnon il faudra ajouter celle du renoncement à l'espoir de devenir mère, cela alors que la mise en œuvre de l'AMP implique un projet mûrement réfléchi. Dans ce contexte, elle devra alors décider de l'avenir de l'embryon congelé en optant pour l'une des solutions que lui propose le droit. Ces solutions, énoncées à l'article L. 2141-4 du code

de la santé publique, sont au nombre de trois : faire accueillir l'embryon par un autre couple, le donner à la recherche ou demander sa destruction.

Les raisons qui ont conduit le législateur de 2004 à ne pas retenir la proposition faite dans l'avant-projet de la loi d'admettre le transfert des embryons *post-mortem*, à l'exclusion de l'insémination *post-mortem*, n'apparaissent cependant pas comme définitives. C'est pourquoi, nous proposons d'admettre le transfert *post-mortem* d'embryons formés au moment du décès.

Cette interdiction repose sur trois raisons respectivement liées au consentement du défunt, à l'intérêt de l'enfant et au droit des successions.

Il est possible pour l'homme qui recourt à une AMP de faire connaître, de son vivant, sa volonté au cas où il viendrait à décéder avant l'implantation des embryons dans l'utérus maternel. Ainsi, les pays qui admettent le transfert ou l'insémination *post-mortem*, tels la Belgique, le Royaume-Uni ou l'Espagne, les subordonnent à un accord exprès du mari ou du compagnon de la future mère.

Concernant l'intérêt de l'enfant, il faut ici remarquer que la femme qui a perdu son conjoint ou son compagnon peut, en tant que célibataire, adopter un enfant. On peut donc conclure de cette mesure, à notre connaissance non remise en cause, que l'intérêt de l'enfant a été reconnu comme pouvant être assuré par une femme seule. Certes, il s'agit alors d'un enfant déjà né que les circonstances de la vie ont amené à se trouver dépourvu de parents. Mais la situation de la femme devenue veuve au cours d'un protocole d'AMP ne relève-t-elle pas également des circonstances malheureuses de la vie ? Il ne s'agit pas ici de « prévoir » la naissance d'un orphelin de père, en déclenchant le protocole d'AMP en pleine connaissance de cause, car cela reviendrait à ouvrir l'AMP aux femmes célibataires, chose que nous ne pensons pas souhaitable dans la mesure où la clinique psychanalytique démontre qu'un enfant, pour se développer harmonieusement, a besoin de deux parents. Il s'agit de permettre à la femme de continuer seule le projet dont la réalisation était en cours lors du décès de son mari ou de son compagnon, et de lui éviter un choix particulièrement douloureux quant au devenir des embryons déjà conçus.

En ce qui concerne les règles relatives à la liquidation de la succession, des aménagements, qui pourraient être instaurés sans pour autant bouleverser les principes directeurs de la matière, sont tout à fait envisageables.

De fait le transfert *post-mortem* d'embryons, s'il était admis, nécessiterait la mise en place de dispositions spécifiques justifiées par le caractère exceptionnel de la situation. Ces dispositions devraient traiter du consentement du défunt, de l'intérêt de l'enfant - lequel dépend en partie de la situation morale et matérielle de sa mère -, ainsi que des conditions d'ouverture et de liquidation de la

succession de la personne décédée :

- L'assurance d'un consentement

L'article 2141-10 du Code civil organise la procédure d'information et de consentement du couple. Il pourrait y être prévu que lors de la confirmation de sa demande, qui doit être faite par écrit, l'homme fasse état de sa volonté qu'il soit ou non procédé au transfert des embryons au cas où il viendrait à décéder.

- Un avis

Une prise en charge psychologique de la femme peut s'avérer nécessaire en raison de sa fragilité liée à la disparition du défunt. Cette prise en charge serait systématiquement proposée, mais non imposée, et financée dans le cadre de la poursuite de l'AMP.

- Un délai de réflexion

Il est également nécessaire, en amont du transfert éventuel, que la femme dispose d'un délai de réflexion afin de surmonter le choc de la disparition et de pouvoir affirmer sa volonté de poursuivre seule le protocole d'AMP. Le délai, prévu de trois mois dans la première version du projet de la loi du 6 août 2004, devrait être discuté. Six mois de réflexion semble un minimum pour dépasser l'état de choc lié au décès.

- L'obtention d'une seule grossesse

Cette limitation, également prévue dans la première version de la loi du 6 août 2004, apparaît souhaitable. Une seconde grossesse serait trop éloignée de l'époque du consentement donné par le défunt. On peut également penser que la décision que la femme devra prendre vis-à-vis des embryons restants sera rendue moins douloureuse par la naissance d'un enfant né du protocole de fécondation *in vitro*.

- Un délai de transfert

Le droit des successions connaît un principe fondamental selon lequel seules les personnes nées lors du décès peuvent avoir la qualité d'héritier. Ce principe supporte cependant une dérogation au bénéfice de l'enfant conçu, mais pas encore né lors du décès. L'article 725 du Code civil, fondé sur la maxime « *Infans conceptus pro (jam) nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », prévoit que l'enfant simplement conçu peut être considéré comme déjà né lorsqu'il y va de son intérêt et à condition qu'il soit né vivant et viable.

Ce texte date d'une époque où la conception n'était entendue que dans le cadre du processus naturel. Mais sa portée paraît pouvoir être aujourd'hui étendue au cas de l'enfant conçu *in vitro*. Dès lors qu'un enfant naîtrait de l'implantation

d'un embryon fécondé *in vitro* du temps où l'époux ou le concubin était encore en vie, il serait réputé né dès sa conception lorsque son intérêt serait en jeu.

L'application de cet adage ne porte pas à reconnaître l'embryon comme une personne, elle permet de reconnaître de façon rétroactive des droits à un enfant né postérieurement au décès de son père.

La date de référence doit être celle de la conception, non de l'implantation, car la règle de l'article 275 fait référence à l'enfant « simplement conçu ». Si on se réfère à la date de l'implantation, aucune règle de droit positif ne permet de reconnaître certains droits à l'enfant né postérieurement au décès de son père. Or il n'est pas question ici de bouleverser le droit des successions, mais d'adapter ses règles à ce type de situations.

Il faudrait également prévoir un délai pendant lequel la femme est en droit de demander le transfert des embryons. Plusieurs raisons concourent à poser une telle condition. Tout d'abord, comme il l'a été vu précédemment, il serait illusoire de maintenir au delà d'une certaine limite de temps le consentement de la personne décédée (le *de cuius*). Ensuite, la fixation d'un délai empêcherait qu'une femme décide l'implantation des embryons bien après qu'elle ait dépassé l'âge de procréer, voire même d'être mère. Enfin, ce délai devra être envisagé au regard de la liquidation de la succession de la personne décédée qui, de façon générale, se réalise dans le délai moyen d'une année.

Un délai de dix-huit mois entre le décès et le transfert semble raisonnable au regard de la situation de la femme, qui, dans la période allant de six mois à dix huit mois après le décès, pourrait procéder, le cas échéant, à plusieurs tentatives d'implantation des embryons conservés, ainsi qu'au regard de la durée de liquidation de la succession.

Les raisons relatives au projet parental qui justifient le transfert *post-mortem* peuvent être en partie transposées au cas de l'insémination, dans l'hypothèse où les gamètes du conjoint auraient été prélevés et congelés. Néanmoins, les embryons, en ce cas, ne sont pas formés. La femme empêchée de mener jusqu'à son terme le projet du couple ne se trouvera pas dans la situation de celle qui se trouve obligée de décider du sort d'embryons déjà conçus. De plus, en ce qui concerne l'insémination *post-mortem*, l'enfant n'étant pas conçu au moment du décès, il semble n'exister dans le droit positif aucun moyen juridique d'aménager le droit des successions afin de le reconnaître comme l'héritier de son père. L'admission de cette pratique imposerait la création d'un régime dérogoratoire aux grands principes de la matière.

Ainsi, plusieurs raisons contribuent à envisager le transfert *post-mortem* à l'exclusion de l'insémination. Tout récemment, une ordonnance rendue par le

Tribunal de grande instance de Rennes a rejeté la requête d'une femme veuve faite auprès d'un CECOS en restitution des gamètes de son mari afin de pratiquer une insémination à l'étranger¹³.

Il semble que si cette pratique trouvait un jour application, elle devrait être entourée de nombre de précautions qui seraient autant de conditions, relatives notamment au souhait de l'homme décédé ou au délai dans lequel l'insémination pourrait être pratiquée. En ces cas, le recours à l'insémination devrait être autorisé par une commission spécialisée, multidisciplinaire, traitant les demandes au cas par cas. Effectivement, l'âge de la femme, la présence d'enfants déjà nés de son union avec le défunt, la durée d'ancienneté du projet parental sont des données qui modifient, parfois de façon radicale, les enjeux, les bénéfices et les risques d'une insémination pratiquée dans un tel contexte.

Il convient par ailleurs de ne pas oublier que ces demandes liées à la congélation du sperme et des ovocytes sont réactionnelles au phénomène de la congélation, technique créée par la médecine. Le jeu avec le temps créé par la technique de la congélation induit à l'évidence des demandes qui ne se seraient pas manifestées autrement : il convient donc d'y réfléchir et de ne pas rejeter trop rapidement une demande cohérente.

L'accès à la parenté dans le domaine de l'adoption

Alors que l'AMP est autorisée aux couples en concubinage, l'adoption, au terme des articles 343 et 343-1 du Code civil, peut être demandée par une personne seule ou par un couple marié, à l'exclusion d'un couple uni par un PACS ou en concubinage.

Il faut ici préciser que l'ouverture de l'adoption aux célibataires relève d'une loi de circonstances. Après la Seconde guerre mondiale, beaucoup de femmes seules avaient élevé des orphelins. Une vingtaine d'années plus tard, la loi est venue apporter une solution à ces femmes qui souhaitaient pouvoir instituer ces enfants comme leurs héritiers.

Quant à l'exclusion des couples non mariés, elle est aujourd'hui non seulement injustifiée, mais également incohérente. Elle est injustifiée car, comme il l'a été précédemment exposé à propos de l'AMP, le concubinage peut représenter un engagement moral aussi fort que celui du mariage qui, au regard du nombre de divorces, a cessé de constituer une garantie de stabilité du couple. Elle est incohérente dans la mesure où le recours à l'AMP est ouvert aux couples non mariés.

¹³ TGI Rennes, ord. réf., 15 octobre 2009, RG 09/00588.

Le PACS est un contrat qui permet l'organisation de la vie commune. Il représente une forme d'engagement de ses partenaires, mais il est sans incidence sur l'état civil ou la filiation. Ainsi, sauf à le modifier dans ses fondements, il est logique qu'il ne soit pas pris en compte et n'entraîne aucune incidence sur le régime de l'adoption.

Il apparaît donc nécessaire de modifier le régime de l'adoption afin de l'ouvrir aux couples non mariés. Le mariage a été exigé en tant que gage de la stabilité du couple, cette stabilité représentant certainement un facteur de bien-être pour l'enfant. Mais comme il a été relevé à propos de l'AMP, le projet parental en lui-même garantit cette stabilité. De plus, en matière d'adoption, l'enquête sociale nécessaire à la délivrance de l'agrément permettra aux services sociaux d'apprécier la stabilité du couple.

Le refus de l'adoption aux couples homosexuels n'apparaît plus adapté ni à l'évolution des mentalités ni à celle du droit, la seconde n'étant que la reprise sur le plan des institutions de la première.

Les objections qui peuvent être soulevées à propos de l'ouverture de l'AMP aux couples homosexuels ne valent pas en matière d'adoption. Notamment, l'adoption respecte le principe d'égalité, dans la mesure où elle pourrait être ouverte dans les mêmes conditions aux couples gays ou lesbiens, ce qui n'est pas le cas, et pour cause, dans le cadre de l'AMP. De même, l'adoption par les couples homosexuels n'implique pas d'intervention sur le processus d'apparition de la vie ; elle ne relève pas du droit à la santé, mais du droit de la famille. Ainsi, elle correspond à une nouvelle conception, diversifiée, de la famille dans notre société.

Le fait que le couple soit composé de deux personnes du même sexe n'est pas un obstacle à l'épanouissement de l'enfant, dès lors qu'il y a un couple et que ce couple a accompli le travail psychique de ce qu'on appelle, en psychanalyse, la parentalité. L'enfant a besoin de deux parents afin que la triangulation psychique puisse se structurer, mais il n'est pas nécessaire que les deux parents soient un homme et une femme.

On trouve dans le droit positif plusieurs signes de cette évolution, qui laissent penser que la société est prête à ce changement, amorcé dans de nombreux pays voisins.

Ainsi, par une décision du 22 janvier 2008, la Cour européenne des Droits de l'homme a condamné la France pour avoir refusé l'agrément en vue de l'adoption en raison de l'orientation sexuelle du demandeur, en l'espèce une femme homosexuelle. Cette décision remet certainement en cause la position de la Cour de cassation, qui, par un arrêt du 20 février 2007 rendu par la 1^{re} chambre, avait refusé l'adoption simple de l'enfant de la concubine de même sexe. Par un jugement du 10 novembre 2009, le Tribunal administratif de

Besançon a déclaré illégal un refus d'agrément en vue de l'adoption opposé à une femme homosexuelle.

La délégation volontaire d'autorité parentale, modifiée par une loi du 4 mars 2002, permet aux parents de saisir le juge afin de déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale à un tiers, qui peut être un membre de la famille comme les grands-parents, un proche comme un beau-père ou une belle-mère, un établissement agréé pour le recueil des enfants ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance. La délégation est prononcée par jugement, à la demande soit des deux parents, soit de l'un d'entre eux lorsqu'il est le seul titulaire de l'autorité parentale. La délégation partielle aboutit à un partage de l'exercice de l'autorité parentale entre déléguant et délégataire.

Par une décision du 24 février 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation a admis qu'une mère, en l'espèce seule titulaire de l'autorité parentale, en délègue partiellement l'exercice « à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Cette solution, plusieurs fois confirmée, traduit la volonté du juge de reconnaître les couples homosexuels comme des parents.

Les droits accordés par le déléguant demeurent cependant précaires. D'une part, la délégation opère le transfert des attributs de l'autorité parentale, mais non de l'autorité elle-même. Ainsi l'article 377-3 du Code civil dispose que le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué. D'autre part, elle est provisoire. Il peut y être mis fin par un nouveau jugement, lorsque des circonstances nouvelles justifient la demande.

Le moment semble donc venu pour le législateur de prendre en considération l'évolution des mentalités et des pratiques, dont la reconnaissance est déjà amorcée par la jurisprudence et la loi de 2002 relative la délégation d'autorité parentale, en supprimant l'obligation de mariage pour les couples candidats à l'adoption, de même qu'en permettant expressément l'adoption par des couples homosexuels. Ces derniers trouvent une solution de fortune dans la possibilité pour l'un des membres du couple d'adopter en tant que célibataire, puis de demander une délégation partielle d'autorité parentale. Mais l'intérêt de l'enfant commande de renforcer les droits de celui ou de celle qui ne se voit attribuer qu'une délégation partielle d'autorité par l'établissement d'une véritable filiation, qui permettrait un véritable partage de l'autorité parentale elle-même, non plus de ses attributs, et la reconnaissance à chacune des deux personnes qui élèvera l'enfant des droits et des obligations inhérents à la filiation, notamment des droits patrimoniaux.

La coexistence des deux modes d'accès

AMP et adoption sont souvent présentées comme opposées en ce sens que l'objectif de l'adoption est de donner des parents à un enfant qui n'en a pas, alors que celui de l'AMP est de donner un enfant à des parents qui ne peuvent en avoir par le processus naturel. Or cette opposition ne correspond pas à la réalité. Dans les faits, l'adoption est aussi un moyen pour des couples infertiles d'avoir un enfant.

Cette opposition affichée produit des conséquences dans la pratique, notamment dans la politique des services sociaux en charge de l'agrément pour l'adoption, qui tendent à refuser l'agrément aux couples engagés dans une procédure d'AMP, au motif que ces derniers n'ont pas fait leur deuil d'un enfant biologique. Les couples qui, en même temps qu'ils recourent à l'AMP, engagent une procédure d'adoption, se trouvent donc contraints de « cacher » aux services sociaux leur parcours d'AMP en cours.

A l'inverse, le fait d'être engagé dans une procédure d'adoption n'empêche aucunement l'accès à l'AMP, pas plus que le fait d'avoir déjà des enfants. Le refus de l'agrément aux couples engagés dans une procédure d'AMP doit donc être dénoncé en tant qu'il est en contradiction avec l'esprit de l'adoption, tel qu'il devrait être. Il fait apparaître l'adoption comme un second choix, qui ne pourrait intervenir qu'après le renoncement à l'AMP. Or l'AMP et l'adoption sont deux modes d'accès à la parenté qui ne connaissent aucune hiérarchie. Présenter l'adoption comme l'ultime recours, impliquant le deuil de l'enfant « biologique », non seulement relève d'une conception particulièrement biologisante de la filiation, mais aussi représente une atteinte à la dignité des parents et des enfants qui trouveront une famille par la voie de l'adoption.

La pratique s'avérant pourtant ancrée dans le paysage contemporain, il semble que l'intervention du législateur soit le seul moyen d'y mettre fin de façon rapide et efficace.

L'article L. 2141-10 du code de la santé publique expose les modalités de l'information qui doit être délivrée au couple avant la mise en œuvre de l'AMP. Il dispose que celle-ci doit être précédée d'entretiens particuliers, au cours desquels les membres de l'équipe médicale doivent notamment : « *Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption* ». Cette phrase pourrait être ainsi complétée : « *en précisant que le fait d'entreprendre une assistance médicale à la procréation n'empêche en aucune façon d'entreprendre ou de poursuivre une démarche en vue d'adoption* ». Il conviendrait également d'informer les services sociaux, par exemple par voie de circulaire, que le fait pour les couples candidats à l'adoption

de s'engager ou d'être déjà engagé dans un protocole d'AMP ne doit en aucune façon constituer un obstacle à la délivrance de l'agrément.

- CHAPITRE 2 -

LEVER L'ANONYMAT DANS L'AMP

Le principe de l'anonymat des donneurs de gamètes et d'embryons, en ce qu'il fait l'objet de vives polémiques, représente l'un des points les plus sensibles du régime de l'AMP.

Le droit positif

Le domaine de l'assistance médicale à la procréation comprend diverses méthodes. Parmi ces dernières, il faut ici rappeler la distinction entre les techniques homologues ou endogènes, c'est-à-dire réalisées à l'intérieur du couple, et les techniques hétérologues ou exogènes, réalisées à l'aide de l'apport génétique ou biologique d'une personne extérieure au couple, un tiers.

Dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation avec donneur (exogène), les deux grands types de techniques employées sont l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro*. La première, réalisée à l'aide du sperme d'un tiers donneur, permet de remédier à la stérilité masculine. La seconde consiste à féconder un ovule en laboratoire avant de l'implanter dans l'utérus de la femme. L'intervention du donneur se fait sous la forme d'un don à personne indéterminée et ce don peut être soit un don de gamètes masculins ou féminins, soit, de façon exceptionnelle, un don d'embryon.

Quel que soit leur objet, ces dons sont soumis à la règle de l'anonymat, au même titre que l'ensemble des dons d'organes ou de produits du corps humain.

Le principe d'anonymat est inscrit à l'article 16-8 du Code civil, parmi les grands principes relatifs au corps humain. On le retrouve dans le Code de la santé publique tout d'abord à l'article L. 1211-5, relatif à l'ensemble des dons d'éléments et des produits du corps humain, ensuite à l'article L. 2141-5, alinéa 3, spécifique au don d'embryon. L'article 511-10 du code pénal, reproduit à l'article L. 1273-3 du code de la santé publique, dispose que « *le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

Cette redondance des textes, ainsi que les sanctions pénales qui leur sont associées, attestent du caractère fondamental de ce principe en matière d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur. Une exception est cependant prévue à l'article L. 1244-6 du code de la santé publique. L'accès à des informations non identifiantes est prévu en faveur des médecins en cas de nécessité thérapeutique.

En l'état actuel du droit, tandis que les techniques endogènes respectent l'identité des filiations biologiques et socio-familiales, l'application des techniques exogènes entraîne une dissociation entre le lien biologique et la filiation. Alors que du point de vue génétique, l'enfant pourra n'être celui que de l'un de ses deux parents, voire d'aucun en cas de don d'embryon, du point de vue juridique, il sera l'enfant du couple infertile auquel il sera rattaché de la même façon que s'il était né d'une procréation naturelle ou d'une technique d'AMP endogène. La loi assimile donc le don de gamètes ou d'embryons au don de n'importe quel autre produit du corps humain, en tant que tel dépersonnalisé.

Les raisons du droit positif

Ce choix de l'anonymat n'est pas surprenant au regard de la tradition française de l'accouchement sous X et du secret de l'adoption. Ainsi, le livret de famille de l'enfant adopté indique qu'il est né de ses parents adoptifs, ce qui occulte un pan de son histoire, celui des circonstances réelles de sa naissance.

Il faut cependant insister sur la distinction entre le secret de la conception et l'anonymat. En effet, la décision de révéler à un enfant né par AMP le secret de sa conception relève de la vie privée, et donc d'un choix personnel des parents, alors que l'anonymat est le fait de la loi. Il faut donc distinguer le cas de l'enfant qui ne connaît pas les circonstances de sa conception de celui qui sait être né d'une AMP, mais qui se heurte au principe de l'anonymat.

On constate toutefois que dans les faits, les deux notions de secret et d'anonymat se rejoignent, dans la mesure où l'institution médicale se trouve garante du secret de l'anonymat.

L'inscription du principe d'anonymat dans le Code civil, à la suite de l'article 16, signifie qu'il représente, au même titre que la gratuité, une déclinaison du principe de dignité, principe fondateur des lois de 1994 et de 2004.

L'anonymat est souvent invoqué comme le corollaire et la garantie d'un autre grand principe des lois relatives à la bioéthique, celui de non patrimonialité : en

empêchant toute relation entre les donneurs et les receveurs, il permet d'éviter l'installation de relations financières entre les uns et les autres et par là, le développement d'un marché dont les produits du corps humain seraient l'objet. Or les médecins qui pratiquent l'AMP dénoncent l'inefficacité partielle de la loi, notamment en matière de dons d'ovocytes. En dépit de l'article L. 1244-7 du Code de la santé publique, lequel interdit de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la présentation par le couple d'une donneuse, on assiste au développement de la pratique du « don croisé ». Cette dernière, également dénommée de la « double liste », avait été déjà dénoncée dans le rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur la révision des lois de 1994. Elle permet à une femme en attente d'un don d'ovocyte de gagner des places sur la liste en amenant une donneuse. Le don de cette dernière ira à un autre couple, anonyme, d'où les expressions de « don croisé » ou de « double liste ». Or cette pratique, en principe interdite, mène les couples en attente d'un don à faire pression sur leurs proches afin de les inciter à devenir des donneuses et cette pression peut être d'ordre moral, sentimental ou financier. Les médecins expliquent recevoir des femmes qui, si elles ne sont pas les employées des femmes en attente, sont souvent en tractation financière avec elles.

Le législateur de 1994 a estimé que le principe d'anonymat s'imposait pour la protection des donneurs et des receveurs.

Il s'agissait de rassurer les donneurs quant à la portée de leur don, qui devait être limitée au don lui-même, en dehors de toute conséquence ultérieure. Il fallait être en mesure de les assurer d'une part qu'aucun lien juridique ne pourrait être établi entre eux et l'enfant, d'autre part qu'ils ne pourraient encourir aucune responsabilité du fait du don. Ainsi l'article 311-19, alinéa 1er du Code civil dispose qu'« aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation », tandis que l'article 311-19, alinéa 2 précise qu'« aucune action en responsabilité n'est recevable contre le donneur ».

On craignait qu'une autre solution ne décourage les donneurs et n'entraîne une raréfaction des dons, dont le nombre était déjà insuffisant.

Il s'agissait également de rassurer les futurs parents contre l'immixtion du tiers donneur au sein de leur famille. Les receveurs craignaient que la simple connaissance par l'enfant de l'identité du donneur ne les fragilise dans leur rôle de parent et se sentaient protégés par l'anonymisation du donneur, qui, si on y ajoute le fait de l'effacement du don dans l'histoire de l'enfant, se trouvait ramené à l'état de matériau génétique, dépersonnalisé, anonymisé et donc réifié.

On a aussi estimé, à l'époque, que le principe d'anonymat favoriserait la construction et l'élaboration de la famille autour du triptyque traditionnel père,

mère et enfant. De fait, à supposer que l'on ait à un moment donné envisagé de laisser apparaître l'intervention du tiers dans la conception de l'enfant, la question se serait posée de sa place, de son statut et de son rôle. Ces interrogations en auraient entraîné d'autres, relatives au lien de filiation, constitué par application de règles d'ordre public. Autant de questions délicates que l'anonymat, conforme au désir des parents, a permis d'éluider.

Dix ans plus tard, le législateur de 2004 a maintenu le principe d'anonymat dans les mêmes termes que l'avait fait celui de 1994.

Les fondements d'une réforme

L'évolution de la famille s'est traduite ces dernières années par le recul d'une conception étroitement matrimoniale de la filiation, mise en échec par la multiplication des modèles familiaux, née du nombre grandissant de familles recomposées ou monoparentales. Dans ces familles, des adultes participent à l'éducation des enfants sans en être les parents. C'est le cas des beaux-pères, des belles-mères, de la compagne ou du compagnon dans des couples homosexuels dont l'un des partenaires a des enfants d'une précédente union ou a adopté en tant que célibataire. C'est encore le cas du parrain, de la marraine ou de toute autre personne choisie par les parents dans les familles monoparentales.

Cette diversité nouvelle des structures familiales a fait émerger la notion de parentalité, qui implique la reconnaissance du rôle affectif et éducatif tenu par ces tiers auprès de l'enfant. Elle n'a pas échappé au législateur qui, par la loi du 4 mars 2002, a rénové la procédure de délégation de l'autorité parentale par l'instauration d'une possibilité de délégation partielle, que nous avons eu l'occasion d'évoquer dans le chapitre précédent. On trouve aussi la marque de la reconnaissance des nouvelles configurations familiales et de la notion de parentalité dans l'attribution des droits de visite. L'article 371-4 du Code civil dispose que : « *Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non* ». Ce texte permet au juge de prendre en compte l'attachement entre ces tiers et les enfants en accordant un droit de visite à l'ex-conjoint qui, du temps de l'union, s'est occupé des enfants de sa compagne.

La question de la place des tiers dans l'éducation de l'enfant a conduit à se poser celle de leur place dans la conception. Parallèlement, d'autres facteurs ont fourni de nouvelles données à la discussion sur le principe d'anonymat dans le domaine de l'AMP.

En matière d'accouchement sous X, les personnes nées dans l'anonymat, réunies en associations, ont fait connaître publiquement la souffrance morale qu'entraîne pour elles l'ignorance de leurs origines sociales, culturelles, mais aussi biologiques, et ont ainsi largement initié le mouvement qui a abouti au vote de la loi du 22 janvier 2002. Cette loi prévoit un système autonome de droit, destiné à atténuer la rigueur de l'article 326 du Code civil - permettant à la mère, lors de l'accouchement, de demander que soit préservé le secret de son admission et de son identité -, en incitant la femme qui accouche à livrer des renseignements susceptibles de permettre à la personne majeure de retrouver ses origines. Elle a également favorisé le caractère réversible du secret de l'identité demandé par la mère lors de l'accouchement lorsque Ségolène Royal a créé le Conseil national pour l'accès aux origines (CNAOP).

La situation des enfants nés d'une technique d'assistance médicale à la procréation avec donneur n'est pas assimilable à celle des enfants nés sous X, mais elle implique également l'ignorance des origines génétiques. C'est pourquoi, sans pour autant confondre ces situations, on ne peut ignorer les réactions que la pratique des accouchements sous X a engendrées.

Le mouvement actuel en faveur de la levée de l'anonymat s'inscrit dans une volonté de transparence plus générale, volonté que traduit également la loi de 2009 qui a supprimé la fin de non-recevoir que constituait l'accouchement sous X en matière de recherche de maternité. Au-delà de cette disposition nouvelle, l'accouchement sous X est dénoncé par nombre de spécialistes du droit de la filiation comme contraire à l'intérêt de l'enfant et pour cette raison, il est supprimé dans la plupart des législations européennes, lesquelles exigent que la mère indique son nom ainsi que celui du père à l'état civil.

On peut d'ailleurs penser, au regard des nombreux travaux parus sur la question, que le régime de l'adoption connaîtra dans les temps futurs une refonte dans laquelle la transparence et la transmission tant des pouvoirs que des responsabilités vis-à-vis de l'enfant remplaceront le secret de la naissance et la rupture inhérente à l'adoption plénière.

De fait, nombre d'enfants conçus à l'aide de l'intervention d'un tiers donneur, aujourd'hui devenus des adultes, demandent la levée du secret de l'identité de leurs géniteurs. Ce faisant, ils exposent très clairement l'objet de leur demande. Ils ne contestent en aucune façon la désignation juridique de leurs parents, ils ne sont en aucune façon à la recherche d'un père ou d'une mère, mais de leur identité narrative au sens où l'entendait le philosophe Paul Ricoeur. Ainsi, un courant psychanalytique très fort explique comment l'identité de chacun se construit par la capacité qu'il peut avoir de mettre en intrigue son passé, de traduire son histoire sous forme de récit. Mais pour cela, il faut que l'histoire

ait un début, que la vérité de son histoire soit rendue au sujet.

Apparaît ici la distinction entre engendrement et filiation, longtemps liés dans la présomption de paternité du mari de la mère et la règle selon laquelle la femme qui accouche est la mère. Mais dans les situations d'adoption et d'assistance médicale à la procréation avec donneur, la distinction apparaît avec évidence. Ainsi, du point de vue tant sociologique qu'anthropologique, il apparaît souhaitable de reconnaître cette pluralité de liens qui unissent l'enfant à ceux qui sont inscrits dans son histoire, soit parce qu'ils l'ont engendré, soit parce qu'ils ont assumé la charge de son éducation. Dans cette optique, la connaissance des origines ne constitue une menace pour aucun des intervenants, et il n'y a aucun risque de confusion entre les rôles. Tout au contraire, elle permet de reconnaître le sens de l'action de ceux qui font un « don de corps ».

Les raisons qui justifient l'abandon du principe d'anonymat dans les dons de gamètes ou d'embryons ne sont pas seulement sociales, elles sont également d'ordre sanitaire.

L'ignorance par une personne de ses origines biologiques peut s'avérer néfaste d'un point de vue strictement médical. Depuis plusieurs décennies, la recherche s'oriente vers la prévention et le dépistage. Ainsi, la prévention utilise l'arbre généalogique des personnes afin de déterminer les sujets à risque. De même, en matière de greffe, on sait que l'existence de liens génétiques entre donneurs et receveurs augmente les chances de compatibilité. Cette considération n'a d'ailleurs pas échappé au législateur de 1994, puisque les articles L. 1244-6 et L. 2141-6 du code de la santé publique, relatifs l'un aux dons de gamètes, l'autre à l'accueil d'embryons, permettent aux médecins d'accéder « aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique ». Cependant, ces textes risquent de ne pas s'avérer suffisants pour éviter de défavoriser l'enfant issu d'un don de gamètes ou d'embryon, car la « nécessité thérapeutique » exclut le recours préventif. De ce point de vue, l'anonymat porte atteinte au principe constitutionnel de protection de la santé.

A l'intérieur du strict domaine médical, le principe d'anonymat se révèle en contradiction avec d'autres dispositions légales. Dans le cas où l'état de santé d'une personne née d'un don de gamètes ou d'embryon nécessite un don de produit ou d'élément du corps humain, aucune disposition ne permet d'accéder à l'identité du donneur, les articles précités ne permettant d'accéder qu'aux données non identifiantes. On peut alors se demander pourquoi la loi, qui, au travers de l'article L. 1211-5 du code de la santé publique, permet de déroger au principe d'anonymat des dons d'éléments et de produits du corps humain, est plus stricte en matière de dons de gamètes ou d'embryon, pour lesquels elle ne permet l'accès qu'aux données non identifiantes. L'explication réside

probablement dans la crainte de voir s'installer entre l'enfant et son géniteur une véritable relation, source éventuelle de perturbations familiales.

Par ailleurs, en matière de dons d'éléments et de produits du corps humain, à supposer que le géniteur identifié accepte de venir en aide à la personne malade, il ne figure pas sur la liste des donneurs autorisés par l'article L. 1231-1 du Code de la santé publique. Au terme de ce texte, pour être autorisé à se prêter à un prélèvement d'organes, le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur, de fils ou de fille, de frère ou de sœur. La loi de 2004 a étendu cette catégorie « au conjoint du receveur, à ses frères ou sœurs, à ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles et tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi qu'au conjoint du père et de la mère du receveur ou bien encore à toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ». Or le géniteur n'entre dans aucune de ces catégories.

Le maintien du principe d'anonymat s'avère également peu compatible avec la loi du 2 mars 2002, qui prévoit le droit d'accès de chacun à son dossier médical. Certes, on peut objecter à cette remarque que l'enfant qui n'est pas encore né ne dispose pas de ce droit. Mais l'adage selon lequel l'enfant né et viable est réputé conçu chaque fois qu'il y va de son intérêt, qui fonde l'article 725 en droit des successions, pourrait ici trouver une nouvelle application, afin de permettre à l'enfant devenu adulte d'accéder à son dossier.

On peut également objecter contre l'accès au dossier médical que celui détenu par les CECOS est celui du couple. Mais on retrouve là la caractéristique première du don de gamètes, qui est de concerner le couple receveur ainsi qu'une troisième personne, à savoir l'enfant né du don d'un tiers dans le cadre de l'application d'une technique d'assistance médicale à la procréation. Or celui-ci ne dispose pas d'autre dossier que celui de ses parents, qui, par conséquent, est également le sien.

On peut donc s'attendre à un recours prochain devant les juges, et notamment devant la Cour européenne, de la part d'enfants nés de géniteurs inconnus, pour « perte de chance de prévenir ou de guérir une maladie ».

Ce type d'actions aura d'autant plus de chances d'aboutir que le principe d'anonymat contrevient à l'article 10 de la Convention d'Oviedo, que la France s'appête à ratifier, en vertu duquel toute personne a droit d'obtenir des renseignements sur sa santé.

Le principe d'anonymat à l'extérieur de nos frontières

On constate que d'une façon générale, l'ensemble des pays qui pratiquent l'assistance médicale à la procréation avec donneur s'accorde sur la nécessité de révéler à l'enfant les circonstances de sa naissance, sans pour autant s'accorder sur le maintien ou la suppression du principe d'anonymat et, le cas échéant, sur les modalités de sa levée¹⁴.

Le principe d'anonymat a longtemps prévalu dans la majorité des pays qui pratiquent l'assistance médicale à la procréation avec donneur. Cependant, il se trouve que depuis quelques années, un bon nombre d'entre eux est « revenu » sur ce principe, de diverses façons que nous exposerons ici.

Le fait de la modification du droit chez nos voisins n'est certainement pas en soi une raison de procéder à l'identique à l'intérieur de nos frontières, mais il constitue une donnée du débat en ce qu'il permet d'analyser et d'évaluer l'ampleur du mouvement qui conduit à contester ce principe, de même qu'il fournit divers exemples de la façon d'organiser l'accès à son histoire prénatale par l'enfant né d'une AMP avec tiers donneur.

La Suède a organisé les conditions d'accès aux informations relatives aux donneurs de gamètes en même temps qu'elle a légiféré sur le principe de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, en 1985 pour le don de sperme et en 2003 pour le don d'ovocytes. Les donneurs s'engagent à être connus de l'enfant lorsque celui-ci, ayant atteint l'âge de la majorité, en fait la demande.

En Suisse, le principe selon lequel « toute personne a accès aux données relatives à son ascendance » a été inscrit en 1992 dans la Constitution fédérale. La loi fédérale sur l'assistance médicale à la procréation, votée en 1998, est applicable depuis le 1er janvier 2001.

La Nouvelle Zélande a voté la levée de l'anonymat à la fin de l'année 2004.

Au Royaume-Uni, une loi de 2004 a organisé la levée de l'anonymat. Depuis 2005, les donneurs s'engagent à donner leur identité à l'enfant si celui-ci, âgé d'au moins 18 ans, le souhaite. En ce qui concerne les enfants nés entre 1991 et 2005, ils ne peuvent accéder à la connaissance de leurs origines que si les donneurs acceptent de s'inscrire sur le registre créé à cet effet par la loi nouvelle.

La Norvège, qui n'autorise que le don de sperme, a voté en 2003 une loi organisant la levée de l'anonymat.

¹⁴ V° « Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international », sous la direction du Professeur B. Feuillet-Ligier, Bruylant 2008.

Les Pays-Bas connaissaient le système du double guichet. Ils l'ont abandonné par une loi votée en 2002, applicable aux dons réalisés à partir du 1er juin 2004, qui permet à l'enfant d'obtenir des informations sur le don de gamètes.

A l'instar des Pays-Bas, la Finlande pratiquait le système du double guichet. Depuis une loi adoptée le 15 octobre 2006, elle permet à l'enfant ayant atteint l'âge de la majorité de connaître l'identité du donneur.

L'Allemagne n'autorise que le don de sperme, à l'exclusion du don d'ovocyte ou d'embryon. Le régime du don de gamètes est tout à fait original en ce que la loi admet la possibilité pour l'enfant d'établir un lien de filiation entre lui et le donneur. En pratique, ce système aboutit à ce que les médecins et les couples s'entendent pour ne pas informer l'enfant des circonstances de sa naissance, afin qu'il ne cherche pas à établir un lien de filiation avec le donneur. Cette réaction indique que lorsque la loi est établie sans que la société ne soit prête, cette dernière s'organise pour rejeter le système légal.

La Belgique connaît un système mixte, dans la mesure où elle admet le don d'ovocyte « direct », c'est-à-dire à personne déterminée. Par une loi du 15 août 2007, elle a instauré le principe du double guichet qui permet d'opter pour le don anonyme ou le don nominatif. Le don d'embryon reste en revanche anonyme.

Les effets de la réforme

L'abandon du principe d'anonymat doit se comprendre comme la possibilité pour l'enfant d'accéder à une information qui le concerne directement. Dès lors, il apparaît comme la mise en conformité du droit au fait, et, par là, comme le moyen de mieux respecter la dignité de chacun des intervenants : le couple de futurs parents, le donneur et l'enfant.

L'état civil d'une personne lui donne une place dans la famille et la société, et aussi, lui indique qui sont ses auteurs. Or le droit, lorsqu'il établit la filiation d'un enfant né grâce à un tiers donneur, ignore l'intervention de ce dernier. Ainsi, au regard de son état civil, l'enfant que ses parents n'informent pas des circonstances de sa naissance sera porté à croire qu'il leur est génétiquement rattaché. On assiste ainsi à la création d'une catégorie de personnes en quelque sorte « trompées » sur la vérité de leurs origines. Certes, l'adoption d'un enfant né sous X ou certaines circonstances de la vie privée comme l'adultère de la femme mariée aboutissent au même résultat, mais en matière d'assistance médicale à la procréation, celui-ci est le fait de la loi. La levée de l'anonymat

permettrait aux personnes conçues dans le cadre d'une technique d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur de sortir de ce cercle pour disposer des mêmes informations que l'immense majorité des personnes quant à leurs origines.

Le principe même de dignité est fondé sur l'impératif catégorique qui impose de traiter l'autre comme une fin et jamais seulement comme un moyen. Mais l'enfant trompé sur ses origines ou privé de l'accès à l'identité de ses géniteurs ne devient-il pas d'abord un moyen au service de la société qui a organisé cette situation, moyen de permettre aux parents légaux de disposer du statut de parents/géniteurs ?

La levée de l'anonymat s'avère souhaitable également au regard de la dignité du donneur ou de la donneuse, voire du couple donneur en cas de don d'embryon. Ces derniers interviennent afin d'aider un couple à avoir un enfant, ils ne souhaitent en aucune façon participer à la conception d'un enfant qui serait reconnu comme le leur. Tout au contraire, leur démarche tout entière tend à venir en aide à un couple placé dans l'impossibilité de procréer sans un apport extérieur de forces biologiques. Leur acte, dès lors qu'on reconnaît sa place dans le processus d'apparition de la vie, prend un sens et une valeur dont la reconnaissance participe de la dignité du donneur. Or en effaçant le don de l'état civil de l'enfant, on réifie l'auteur du don, le ramenant à l'état de produit, l'empêchant ainsi d'assumer cet acte envers celui qui, bien que n'étant ni donneur ni receveur, se trouve directement concerné par lui, à savoir l'enfant.

La reconnaissance du donneur n'est en rien une menace pour les parents. Tout au contraire, la transparence du parcours prénatal de l'enfant signifie également la réaffirmation de la filiation, alors débarrassée de sa part d'ombre. En reconnaissant à chacun sa place et sa complémentarité dans le processus de procréation, on solidifie les statuts respectifs. L'établissement de la filiation confère au couple receveur le statut de parent de l'enfant né du don, peu important sa part dans la procréation au sens physique du terme.

En l'état actuel du droit, le lien de filiation s'avère en pratique fragilisé par la dissimulation d'un tiers donneur. Lorsque les parents décident de se séparer, l'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale revient au juge. Or lorsque les parents décident de ne pas informer le juge des circonstances de la naissance de l'enfant, une action en désaveu de paternité aboutit à faire tomber la filiation, démontrant ainsi les limites de la fiction légale.

C'est pourquoi nous proposons la levée totale de l'anonymat, c'est-à-dire d'admettre l'accès de l'enfant à l'identité de ses géniteurs.

Dans cette optique, la mise en place d'un organisme d'aide à l'information, du type CNAOP (Conseil National pour l'accès aux origines personnelles),

apparaît souhaitable afin d'organiser cet accès dans les meilleures conditions possibles pour les personnes concernées. Cela permettrait de ne pas laisser les enfants, les parents et les tiers donneurs seuls dans une problématique aussi complexe.

En vertu du principe de non-rétroactivité de la loi, la loi nouvelle ne pourrait concerner que les enfants nés à partir de sa promulgation. Pour les autres, on pourrait organiser un système inspiré de la législation britannique, l'anonymat pouvant être levé dans les cas où les tiers donneurs ayant agi sous l'empire de la loi ancienne accepteraient de s'inscrire sur une liste prévue à cet effet.

Il faut enfin préciser qu'il ne s'agit en aucune façon d'imposer à l'enfant la connaissance de ses géniteurs, mais de la lui proposer en toute confidentialité. La levée de l'anonymat doit se traduire par la reconnaissance d'un droit, non d'une obligation. C'est d'ailleurs ainsi que la conçoivent les pays qui ont procédé à la levée de l'anonymat.

- CHAPITRE 3 -

INSTITUER UN NOUVEAU DROIT DE LA FILIATION PAR AMP

Face à la question de la filiation des enfants nés d'un don de gamètes ou d'embryon, le législateur de 1994 a opté pour un système ne laissant aucune trace de l'intervention du tiers dans la conception de l'enfant, système que nombre de psychanalystes, d'anthropologues et de sociologues ont dénoncé pour ses effets négatifs sur l'enfant, dont on entend aujourd'hui la parole. Or si l'anonymat et le secret du mode de conception ont pu apparaître dans un premier temps comme une garantie de bien-être des parents et de sécurisation des donneurs, on sait aujourd'hui que bien au contraire, tant le secret que l'anonymat constituent des facteurs de risque physique et psychique pour l'enfant.

Alors que le chapitre précédent traite de l'anonymat, nous nous intéresserons ici au secret qui entoure le mode de conception de l'enfant. Car si ces deux notions se complètent dans le droit positif dans la mesure où l'anonymat corrobore le secret du mode de conception de l'enfant, elles ne doivent pas être confondues. L'anonymat des donneurs n'implique pas nécessairement le secret relatif au mode de conception de l'enfant conçu par AMP avec donneur. On pourrait tout à fait concevoir un système dans lequel l'enfant connaîtrait les circonstances de sa conception, sans pour autant pouvoir accéder à l'identité de ceux qui ont contribué à la constitution de son patrimoine génétique. Un tel système ne nous apparaît certainement pas souhaitable au regard de notre position sur le principe d'anonymat, mais il est envisageable.

Nous avons également indiqué dès le premier chapitre que l'AMP relève du droit à la santé des couples demandeurs. Mais un droit qui laisse primer le confort des parents sur celui de l'enfant institue un droit à l'enfant qui ne doit en aucun cas être admis, même sous couvert du droit à la santé. De plus, il n'est guère raisonnable d'opposer comme contradictoires l'intérêt des parents et celui des enfants, car ceux-ci sont étroitement liés et le malaise aujourd'hui ressenti par les enfants met à mal ce qu'on a cru être le bien-être des parents. C'est pourquoi il apparaît, de multiples points de vue, que la prochaine réforme devra intégrer dans la loi la prise en compte de données nouvelles, fruits du recul dont nous disposons aujourd'hui sur l'application de la loi relative à la bioéthique, inhérentes à un intérêt autre que celui des parents, à savoir celui de l'enfant à naître. A cet enfant, le législateur se doit d'assurer les meilleures conditions possibles de bien-être physique, social et mental, pour reprendre la définition

de la santé telle qu'elle figure dans la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé.

Au-delà du point de vue psychanalytique, sociologique, anthropologique et aussi médical (cf. chapitre 2), certains juristes ont également démontré les dangers d'un tel système au regard du droit de la filiation.

Les raisons juridiques de la révision du système d'établissement de la filiation des enfants nés d'une AMP avec donneur

Du point de vue strictement juridique, l'établissement de la filiation d'un enfant conçu par assistance médicale avec tiers donneur repose sur les principes d'anonymat et d'effacement total de l'intervention du tiers donneur dans la conception de l'enfant. Dans cette logique, les règles du secret de la conception et de l'anonymat des donneurs se complètent afin de taire le mode de conception de l'enfant.

La filiation des enfants conçus par AMP avec donneur est ainsi intégrée à la filiation charnelle, mais c'est la forcer à entrer dans un lit de Procuste et les faits, qui sont têtus, imposent non seulement de revenir sur le principe d'anonymat (cf. chap. 2) mais aussi sur celui du secret de l'assistance médicale à la procréation, cela en raison des incohérences auxquelles il conduit lorsqu'on l'analyse à l'aune du droit commun de la filiation.

Ainsi, l'impossibilité pour l'enfant conçu grâce à l'intervention d'un tiers d'accéder aux informations relatives à sa conception et, par conséquent, à la connaissance de l'identité de ce tiers, s'accorde mal de lois récentes comme celle du 22 janvier 2002 qui incite la femme accouchant sous X à fournir à l'enfant certaines indications relatives à sa naissance ou encore celle du 16 janvier 2009 qui, ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005, supprime l'interdiction de toute action en recherche de maternité à l'encontre de la femme qui a accouché sous X. Elle s'accorde également tout aussi difficilement du régime de l'action en recherche de paternité selon cette même loi, dont le principe de liberté de la preuve conduit à l'emploi de moyens scientifiques comme l'examen comparé des sangs ou la méthode des empreintes génétiques.

Mais l'inadéquation des règles établies en 1994 et reprises en 2004 ne se limite pas à quelques points de contradiction avec certaines dispositions récentes du droit commun. Au-delà des questions posées par le principe de l'anonymat, le secret qui entoure le mode de conception de l'enfant conçu à l'aide d'un tiers conduit à la transgression d'un principe reconnu comme impératif français, à savoir celui de l'indisponibilité de l'état des personnes.

L'état d'une personne marque son individualisation dans la société par plusieurs éléments qui la distinguent des autres comme son nom, sa date de naissance, ou sa filiation... Les éléments pris en considération sont ceux qui permettent de l'identifier, de la repérer dans la société et au sein de sa famille. Pour autant, l'état de la personne n'est pas statique, il évolue au gré des événements qui jalonnent la vie tels le mariage, le divorce, la paternité ou la maternité. A ces événements correspond un statut auquel la loi attache certaines charges et obligations. Il en est ainsi pour la qualité d'enfant, d'époux, de père ou de mère.

En raison de son importance pratique, l'état des personnes relève de l'ordre public. Il échappe à toute convention passée entre les personnes, qui, le cas échéant, serait entachée de nullité absolue.

Les règles relatives au consentement spécifiques aux techniques d'assistance médicale à la procréation hétérologues concernent à la fois les donneurs et les receveurs. Lorsque le donneur fait partie d'un couple, le consentement de l'autre membre du couple est également requis. Ces consentements, précédés d'entretiens assurant l'information des candidats au don, sont recueillis par l'équipe médicale et peuvent être révoqués à tout moment.

Le consentement du couple qui recourt à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, dont l'exigence est inscrite à l'article 311-20 du Code civil, est recueilli dans des formes particulièrement strictes, prévues à l'intérieur du Code de procédure civile. Il doit être donné en la forme authentique devant un juge ou un notaire, après que ceux-ci ont informé le couple des conséquences du recours à la procréation assistée avec tiers donneur au regard de la filiation. Les alinéas suivants énoncent ces conséquences.

Tout d'abord, le consentement à l'assistance médicale à la procréation, dès lors qu'il a été donné de façon régulière, « interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation ». Le texte prévoit deux exceptions à ce principe : lorsque qu'il est « soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet ». L'alinéa suivant énonce les cas dans lesquels le consentement est privé d'effet : « en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de l'AMP ».

Comme celui du donneur, le consentement du couple demandeur peut être révoqué à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes ou l'implantation de l'embryon, puisque le consentement est également privé d'effet « lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance ».

Ensuite, l'homme qui, « après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant ». Le texte prévoit également qu'« en outre, sa paternité est judiciairement déclarée ».

L'article 311-20 du Code civil en son alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « les époux ou les concubins qui pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire ». L'article 1152-2 du Code de procédure civile, qui énonce les conditions de forme relatives au recueil du consentement, dispose que « la déclaration est recueillie par acte authentique hors la présence de tiers » et que l'« expédition ou copie de l'acte ne peut être délivrée qu'à ceux dont le consentement a été recueilli ». Par ces dispositions, le secret du consentement, et par là, de l'intervention du tiers donneur, se trouve organisé et garanti par la loi.

L'enfant ne pourra accéder au document constatant le consentement des parents, seule trace des circonstances de sa naissance. De cette façon, il se trouve dans une situation davantage verrouillée que celle de l'enfant adopté, car ce dernier, s'il doute de la nature de sa filiation, peut demander à consulter les registres de l'état civil sur lesquels se trouve transcrit le jugement d'adoption.

A aucun moment, le fait même du don n'apparaît dans la procédure qui mène à l'établissement de la filiation de l'enfant. Le principe même de l'intervention d'un tiers dans la conception de l'enfant reste ignoré des registres de l'état civil. Mais il est une institution qui détient l'information relative au recours à l'assistance médicale à la procréation, de même que celle relative à l'identité du donneur, c'est l'institution médicale. Celle-ci se voit conférer la charge d'identifier les donneurs et de conserver ces informations que nul autre ne détiendra. Cette charge peut également s'évaluer en termes de pouvoir, illustrée par la technique de l'appariement qui consiste, pour les centres d'AMP, à choisir des donneurs dont les traits physiques correspondent à ceux des receveurs, dans l'objectif de « parfaire l'illusion ». On notera ici que le décret du 24 février 2009, paru au Journal officiel du 25 février, relatif au remboursement des frais engagés à l'occasion du prélèvement d'éléments ou de la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques, a supprimé l'anonymat des donneurs vis-à-vis de la sécurité sociale.

La filiation des enfants conçus par AMP avec tiers donneur est donc organisée de façon à ce que la situation de l'enfant soit comparable à celle qui serait la sienne s'il était né d'une procréation naturelle ou de l'application d'une technique d'assistance médicale à la procréation intraconjugale.

Or ce système d'établissement de la filiation s'avère tout à fait inédit dans le paysage juridique. Ce dernier connaît deux ordres de filiation : la filiation charnelle et la filiation adoptive. La filiation dite charnelle ne doit cependant pas être comprise comme une filiation exclusivement biologique. Le droit établit le lien de filiation à partir du lien biologique lorsqu'à celui-ci vient s'ajouter un acte authentique comme le mariage ou la reconnaissance, desquels il déduit la volonté d'assumer le rôle de parent. La filiation adoptive, elle, est fondée sur la volonté des parents et instituée par jugement. Qu'elle soit charnelle ou adoptive, la filiation est instituée par l'autorité de l'Etat, elle n'est en aucun cas convenue entre des personnes.

Or en matière d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, le lien de filiation repose sur le consentement du couple receveur, consentement simplement constaté par le juge. Ce consentement émanant d'une personne privée entraînera l'établissement par l'administration publique d'une filiation de type charnel qui ne correspond pas à la réalité des faits. Dès 1995, le Professeur F. Dekeuwer écrivait que « le consentement du donneur et des receveurs suffit, en effet, à créer de toutes pièces un état factice pour l'enfant¹⁵ ». C'est donc bien un acte de disposition de l'état des personnes que la loi a institué, alors qu'en principe les éléments de cet état échappent à la volonté des sujets de droit. En cela la reconnaissance par le père de l'enfant conçu à l'aide d'un don de sperme peut être comparée à une déclaration de complaisance, par laquelle le conjoint ou le compagnon d'une femme reconnaît comme sien l'enfant dont il sait ne pas être le géniteur. Mais dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, il s'agit d'une déclaration de complaisance ordonnée par la loi qui, au surplus, veille à ce qu'elle ne puisse être contestée.

Afin de rendre incontestable cette filiation pour le moins particulière, l'article 311-19 du Code civil exclut toute possibilité d'établir un lien de filiation, volontaire ou judiciaire, entre l'enfant conçu par AMP avec donneur et le tiers donneur. Cette négation de la filiation biologique apparaît comme la première étape de l'établissement de la filiation de l'enfant, comme la condition *sine qua non* de son rattachement à ses parents d'intention.

Ainsi, au terme du même article 311-20 du Code civil, « le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action "aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation" à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet ». Cette disposition s'imposait dans la logique de l'anonymat, puisque, par définition, le père n'est pas le géniteur de l'enfant.

¹⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », Revue trimestrielle de droit civil, avr.-juin 1995, p. 262.

Néanmoins, elle atteste, si besoin était, de la difficulté de concilier les règles d'établissement de la filiation d'un enfant né de l'intervention d'un tiers avec le droit commun de la filiation. Le clou est enfoncé avec le dernier alinéa de l'article 311-20, en vertu duquel la paternité de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant, voit sa paternité judiciairement déclarée.

Il résulte des termes de la loi que l'homme qui n'est lié à l'enfant par aucun lien biologique ni affectif peut se voir imposer d'en être le père au sens du droit. Ces dispositions, dont on peut comprendre la logique, reflètent les limites du système quant à l'intérêt de l'enfant. Comme l'a fait valoir une partie de la doctrine, la mise en jeu de la responsabilité de l'homme qui, à l'origine de la conception de l'enfant, refuse d'en assumer la paternité, aurait suffi à assurer l'intérêt patrimonial de l'enfant, son intérêt extrapatrimonial ne pouvant être satisfait par une paternité judiciairement établie, à titre de sanction, contre le père d'intention défaillant.

A cela il faut ajouter que le but poursuivi, à savoir la stabilité de la filiation de l'enfant, n'est pas atteint. Dès lors que les parents s'entendent pour taire les circonstances de la naissance de l'enfant, ce que leur permet le secret de AMP, le droit commun retrouve son empire et la filiation pourra être contestée comme n'importe quelle autre. Il est arrivé que dans le cadre d'un divorce, la mère a prétendu que l'enfant n'était pas né de l'AMP, mais des relations qu'elle avait eues avec son amant. Cela s'étant avéré exact, l'amant en droit de contester la filiation paternelle de l'enfant en fut reconnu comme le père, l'ex-mari se voyant octroyer un simple droit de visite. Dans d'autres cas, le père a pu contester sa paternité au motif que le consentement à l'AMP lui avait été « extorqué » par son épouse désirant être enceinte. Il faut savoir que d'après les statistiques, deux tiers des couples ayant recouru à l'AMP avec tiers donneur divorcent.

Qu'il s'agisse d'établir ou de détruire le lien de filiation, l'enfant se trouve soumis à la volonté de ses parents, volonté qui peut s'avérer changeante. Or c'est bien l'occultation des véritables circonstances de la naissance de l'enfant qui fragilise sa filiation et entraîne l'impuissance du juge, démuné de pouvoir car démuné de la vérité que seuls les parents et le centre d'AMP détiennent.

La procédure d'accueil d'embryon se trouve soumise à un formalisme plus rigoureux. L'article L. 2141-6 du code de la santé publique prévoit que cet accueil est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, laquelle reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de la conception. Le juge recueille également le consentement du couple demandeur. Il vérifie que ce couple remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-6 du code de la santé publique, relatif aux conditions générales d'accès à l'assistance médicale à la

procréation. Il fait également procéder à toutes les investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que le couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur le plan familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans. Le texte prévoit que tout comme dans le cas du don de gamètes, le couple qui accueille l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

La loi ne prévoit aucune disposition spécifique à la filiation de l'enfant né d'un don d'embryon. On peut donc penser que les règles relatives à la filiation de l'enfant né d'un don de gamètes trouvent à s'appliquer car, bien que la procédure se rapproche de celle de l'adoption plénière, la filiation n'est pas établie par jugement. Elle s'établit là encore de la même façon que si l'enfant était né d'un processus de procréation naturelle ou de procréation assistée endogène.

En l'état actuel du droit, l'établissement de la filiation des enfants conçus par AMP avec donneur apparaît donc comme un corps étranger au sein du droit de la filiation. Cet établissement obéit à un système particulier dont les principes de base ne sont pas compatibles avec ceux du droit commun, sur lequel ils influent dans le sens où ils le déstructurent. A l'heure de l'égalité des filiations, ce système crée une catégorie de personnes à la filiation « originale » en tant qu'elle est fondée sur la dissimulation des faits et l'impossibilité de rétablir leur réalité. Or cette situation est à l'opposé de la volonté du législateur lorsqu'il a élaboré les lois relatives à la bioéthique, l'anonymat du donneur et le secret de la filiation étant apparus comme les moyens les plus sûrs de ne pas singulariser ces enfants.

L'heure semble venue pour le droit d'intégrer la réalité de l'assistance médicale à la procréation avec donneur, mais de l'intégrer dans le respect des différents intervenants que sont les donneurs et les receveurs. Ces derniers sont porteurs du projet parental, les premiers souhaitent apporter leur aide à la réalisation de ce projet sans se substituer aux parents dans l'avenir. Il revient donc au législateur de veiller au respect de la place qui doit revenir à chacun d'entre eux au travers d'un réaménagement des règles relatives à l'établissement de la filiation d'un enfant conçu par AMP avec donneur.

L'élaboration d'un système de filiation inspiré de la filiation adoptive

En tant que science, le droit qualifie, définit les notions qu'il intègre et les catégorise afin que des faits qui, du point de vue du droit, s'avèrent similaires,

soient effectivement inclus dans une même catégorie et bénéficient des mêmes règles. Le respect des catégories est un élément essentiel de la cohérence logique d'une institution juridique, celle-ci étant entendue comme un ensemble de règles relatives à la même fin. La catégorisation ne relève donc pas uniquement de la pédagogie, lui sont attachés des effets pratiques qui veulent qu'à telle catégorie correspondent telles règles. Ainsi, l'institution de la famille connaît deux catégories de filiations : charnelle et adoptive. A chacune correspondent des règles différentes d'établissement.

L'occultation du rôle joué par le tiers donneur dans la conception de l'enfant, de même que l'organisation du secret, aboutissent à intégrer dans la catégorie de la filiation charnelle des réalités qui ne correspondent pas à sa définition. La situation d'un enfant né de la volonté de ses parents, mais qui ne leur est pas totalement rattaché biologiquement, ne correspond pas à la catégorie de la filiation charnelle. Cette situation ne correspond pas non plus à celle de l'adoption telle qu'elle est conçue et réglementée par le droit positif, puisque l'adoption suppose la rupture ou l'inexistence des liens de l'enfant avec sa famille d'origine, ce qui n'est pas le cas de l'enfant conçu grâce à l'intervention d'un tiers donneur.

Il convient donc de réorganiser l'établissement de la filiation d'un enfant né avec tiers donneur(s) au sein du droit de la filiation, en référence aux deux types de filiations actuellement institués.

Or, si l'on reprend l'essence de chaque type de filiation, la solution s'impose d'elle-même.

Les deux types de filiations comportent une composante volontaire, affective et sociale qui leur est commune. Notamment, le rôle joué par la possession d'état atteste de l'importance de la dimension sociale et affective présente dans l'établissement du lien de filiation. Mais c'est dans leur différence que se trouve la raison d'être de leur catégorisation.

Alors que la filiation charnelle s'établit en considération des liens biologiques qui unissent l'enfant à ses parents, la filiation adoptive relève de la volonté des parents d'accueillir comme étant le leur un enfant dont ils ne sont pas les géniteurs.

Le droit de la filiation a connu de nombreuses évolutions.

Concernant la filiation charnelle, les règles ont été modifiées au gré de l'évolution sociale. Ainsi, la loi du 6 janvier 2009 a finalisé l'entreprise d'unification des filiations légitime et naturelle. De même, la loi du 3 décembre 2001 a abrogé les dispositions discriminatoires à l'encontre des enfants adultérins. Mais le fondement du droit est resté le même : le lien de filiation

traduit le rattachement de l'enfant à ceux qui sont ses géniteurs, ou sont présumés l'être. La refonte du droit de la filiation par la loi de 1972 avait posé un principe de vérité, confirmé en 1993, sur le fondement duquel les possibilités de contestation d'un lien de filiation non conforme à la vérité biologique avaient été accrues. Le maintien de la présomption de paternité, de même que le recours aux expertises scientifiques en cas de litige, continuent de traduire cette idée.

L'institution de l'adoption a, elle aussi, au cours de son histoire, connu de nombreux remaniements, mais les réformes qui les ont amenés ne visaient que les conditions de forme ou des aménagements qui ont laissé intact le sens profond de l'institution. Celle-ci consiste pour le droit à établir un lien de filiation entre un enfant et un ou des adultes auxquels il n'est pas biologiquement rattaché.

La filiation de l'enfant né avec donneur est une filiation de type mixte. Elle n'implique pas de lien de rattachement d'une autre nature que ceux reconnus par le droit de la filiation, à savoir le lien biologique ou la volonté, car ceux-ci ne laissent pas de place à un autre critère. Et de fait, le lien qui unit l'enfant au couple demandeur est dans la grande majorité des cas pour partie biologique, pour partie volontaire. C'est pourquoi nous pensons que l'établissement du lien de filiation doit, d'une part, épouser la courbe des faits en intégrant les particularités de l'AMP avec donneur du point de vue du rattachement de l'enfant à ses parents d'intention, et d'autre part respecter le principe selon lequel la volonté individuelle ne suffit pas à créer la filiation.

Le régime de l'établissement de la filiation vis-à-vis du parent qui n'est pas le géniteur doit être inspiré de celui de la filiation adoptive. Cependant, il ne s'agit pas de le recopier purement et simplement, car les différences qui existent entre les deux situations feraient de cette démarche un échec.

Ainsi, l'adoption, en tant qu'elle marque la rupture totale ou partielle des liens de l'enfant avec sa famille d'origine, ne vaut que pour l'avenir, elle ne produit pas d'effet rétroactif, alors que dans la filiation charnelle, l'enfant né vivant et viable est rétroactivement considéré comme celui de ses parents dès sa conception.

L'institution de l'adoption, depuis sa réforme globale par la loi du 11 juillet 1966, connaît deux modalités qui sont l'adoption simple et l'adoption plénière.

Dans l'adoption simple, l'enfant conserve certains liens avec sa famille d'origine. Sa filiation adoptive, qui confère aux adoptants l'ensemble des droits liés à l'autorité parentale, s'ajoute à sa filiation d'origine.

L'adoption plénière, elle, aboutit à un lien de filiation semblable à celui de la

filiation charnelle. Elle implique la rupture totale et définitive de l'enfant avec sa famille d'origine. Il acquiert une filiation nouvelle qui, le cas échéant, se substitue à sa filiation d'origine. A l'inverse de la filiation adoptive, la filiation plénière est irrévocable.

La filiation d'un enfant né d'un don de gamètes ou d'embryon s'apparente à la filiation plénière, dans la mesure où les parents seront reconnus comme tels dès l'établissement de la filiation. La coexistence des filiations, qui caractérise l'adoption simple, n'a ici aucune raison d'être, puisqu'il n'est en aucune façon question d'établir un quelconque lien de filiation entre l'enfant et son (ou ses) géniteur(s) qui n'est (ou ne sont) pas en même temps ses parents d'intention.

Le régime que nous suggérons en matière d'AMP avec donneur(s) s'apparenterait à une sorte d'adoption *ante* natale dans la mesure où la première démarche en vue de la conception de l'enfant, à savoir le recueil des consentements, porterait ses conséquences sur la filiation de l'enfant à naître. On se souvient que dans l'avant-projet des lois de 1994 présenté en 1988, le consentement donné à l'assistance médicale à la procréation valait reconnaissance.

Il n'est pas pour autant question d'instituer l'adoption de gamètes ou d'embryon, car on ne peut « adopter » au sens strict du terme qu'une personne déjà née, mais de judiciariser la procédure du don afin de l'inscrire officiellement dans l'histoire prénatale de l'enfant, de façon à ce que cette information lui soit accessible. C'est en ce sens que le régime de l'adoption est employé comme référence.

Les deux traits fondamentaux de l'adoption doivent être conservés, à savoir l'intervention du juge dans l'exercice de son pouvoir judiciaire et la possibilité pour l'enfant d'accéder à son histoire.

Dans notre proposition, le consentement reste la première étape de la procédure, mais son recueil fait l'objet d'un jugement constitutif de l'autorisation soit de faire don, soit de recevoir un don. Qu'il s'agisse d'un don de gamètes masculins ou féminins, le consentement requis devra émaner des deux membres du couple receveur, car le projet parental relève d'une démarche commune du couple, l'AMP étant « destinée à répondre à la demande d'un couple » aux termes de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique. La même disposition apparaît souhaitable vis-à-vis du donneur ou de la donneuse, si ceux-ci vivent en couple. Comme aujourd'hui, les consentements seront précédés de l'information la plus complète possible, notamment en ce qui concerne le lien de filiation, le donneur devant être assuré qu'il ne sera jamais, vis-à-vis de l'enfant, détenteur d'un quelconque droit ou tenu d'une quelconque charge afférant à un lien de filiation, lequel ne pourra en aucune façon être établi.

Le consentement des donneurs et des receveurs en eux-mêmes ne suffira plus, il n'aura de valeur effective qu'une fois entériné par le juge agissant dans l'exercice de son pouvoir judiciaire, donc au nom de l'Etat.

Il semble souhaitable que le consentement des donneurs soit également recueilli et l'acte de don autorisé par le juge, car dans le cadre de la levée de l'anonymat que nous préconisons, le sens du don prend une autre dimension et notamment, il met fin à la déshumanisation du donneur. La levée de l'anonymat signifie sa réhabilitation en tant que personne ayant participé à la conception de l'enfant et ce statut de donneur entraînera pour lui l'obligation, née de son propre engagement, de communiquer son identité à l'enfant si ce dernier, devenu adulte, le souhaite. D'une façon comparable à celle par laquelle les parents par le sang peuvent consentir à l'adoption de leur enfant, le donneur ou le couple donneur consentirait officiellement à faire don à un couple demandeur de gamètes ou d'embryon(s) qui lui permettront d'avoir un enfant.

Comme il en est le plus souvent en matière d'adoption, mais ici de façon systématique, le consentement serait un consentement général, en ce sens que les donneurs ne choisiraient pas les receveurs, pas plus que les receveurs ne choisiraient les donneurs. Au regard de ce non-choix, la procédure du don, lors de cette étape, resterait identique à celle de n'importe quel produit du corps humain, respectant les principes de gratuité et d'anonymat entre donneurs et receveurs. Ces principes sont effectivement unanimement reconnus comme bénéfiques en matière de dons de produits du corps humain en général. L'impossibilité de contact entre la famille du donneur et le receveur permet d'éviter toute relation nécessairement empreinte de sentiments de redevabilité, voire de culpabilité, de la part du receveur. On sait que la dépersonnalisation du donneur, l'objectivisation de son corps est une condition pour le receveur de la conservation de son identité et lui permet de mieux accepter cet élément qui, provenant du corps de l'autre, lui permet de continuer à vivre dans le meilleur état de santé possible. Mais ces considérations ne valent que pour les relations entre donneur et receveur, alors que le don dans l'AMP implique une troisième personne, l'enfant né du don. En ce domaine, elles ne peuvent en outrepasser une autre, primordiale, celle de l'intérêt de l'enfant.

Le jugement autorisant le don par le (ou les) donneur(s) ainsi que celui autorisant le recours au don par les receveurs seront transmis à l'équipe médicale en charge de l'assistance médicale à la procréation. Cette dernière se verra tenue d'informer le juge en cas de grossesse déclarée, afin que ce dernier puisse transcrire le jugement sur un fichier consultable par l'officier d'état civil qui dressera l'acte de naissance. L'obligation de vérification à la charge de l'officier d'état civil peut ici être comparée à celle des agents de la police de l'air et des

frontières qui, avant de permettre la sortie d'un enfant du territoire français, sont tenus de vérifier que l'enfant ne figure pas sur le fichier des oppositions à sortie du territoire.

Dans le secteur de l'AMP, le principe d'anonymat s'avère problématique moins d'ailleurs vis-à-vis des donneurs ou des receveurs que pour l'enfant issu de l'AMP. C'est pourquoi il doit être modifié, mais uniquement à l'égard de l'enfant. Ce n'est qu'envers celui-ci ayant atteint l'âge de la majorité que le donneur s'engagerait à lever l'anonymat.

Du point de vue de l'anonymat, la procédure connaîtrait donc deux phases. Dans la première, celle du consentement au don et de l'engagement à révéler son identité, le principe d'anonymat demeure car le donneur ne s'engage que pour un avenir déterminable dans le temps, celui où l'enfant arrivera à l'âge de la majorité. Ce temps sera celui de la seconde phase, au cours de laquelle le donneur fera connaître son identité à l'enfant qui le lui demande. Il est certainement souhaitable qu'un organisme du genre CNAOP se charge d'établir les relations entre les donneurs et les enfants qui en feraient la demande, car on peut craindre qu'un face à face sans préambule n'entraîne des réactions émotives imprévisibles.

Ce jugement ne serait pas constitutif de la filiation comme il l'est en matière d'adoption : il serait constitutif de l'autorisation donnée au couple d'intention de recourir à l'aide d'un tiers pour avoir un enfant. Il ne serait pas non plus précédé des formalités qui précèdent le jugement d'adoption. Ces dernières ont comme objectif d'assurer l'intérêt d'un enfant déjà né et placé sous la responsabilité de l'Etat. Or ici l'enfant n'est pas encore né, ni même conçu. Ce que le juge autorise, c'est l'entente des donneurs et des receveurs dans le processus de procréation, afin d'empêcher ce que nous avons dénoncé comme une entrave au principe d'indisponibilité des personnes. Le recours à un tiers donneur resterait un acte de volonté privé, mais soumis au contrôle et à l'autorisation du juge, également chargé de vérifier que demandeurs et receveurs remplissent les conditions de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique.

Le jugement sera conservé dans le registre de l'Etat civil et mentionné dans la copie intégrale de l'acte de naissance, comme c'est actuellement le cas en matière d'adoption plénière. Ainsi, l'enfant renseigné sur les circonstances de sa naissance sera en mesure, s'il le souhaite, d'accéder à la connaissance de ses origines.

En matière d'adoption plénière, l'enfant est en droit de prendre connaissance du jugement d'adoption conservé dans les registres de l'état civil, en demandant une copie intégrale de son acte de naissance. Par l'intermédiaire du CNAOP, il peut ensuite demander à consulter son dossier. L'information de l'enfant adopté

s'avère fort incomplète dans le cas où la mère, ayant accouché sous X, n'a fourni aucune indication destinée à l'enfant. Cette imperfection, qui résulte des circonstances de la vie, notamment de l'état de détresse de la mère, n'est pas admissible dans l'hypothèse de l'assistance médicale à la procréation car ici, l'information de l'enfant est le fait de la loi. Or, dans la mesure où on connaît aujourd'hui l'importance de cette information pour l'enfant qui souhaite y accéder, il revient au législateur de la rendre accessible et complète.

L'inscription du nom des donneurs sur l'état civil de l'enfant serait un moyen plus direct d'assurer à l'enfant l'accès à la totalité des éléments qui composent son histoire. Mais une telle mesure apparaît de nos jours trop radicale pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la connaissance de son ou de ses géniteurs doit rester un choix pour l'enfant, elle ne doit pas lui être imposée et lorsqu'il souhaite y accéder, l'accès doit se faire dans la confidentialité. De plus, elle risquerait de conduire à la stigmatisation des enfants conçus à l'aide de tiers donneurs. Enfin, l'intervention d'un organisme spécialisé dans ce type de rapprochement permettra certainement d'optimiser les circonstances de la révélation de cette information et, lorsque l'enfant en exprimera la volonté, de la rencontre. C'est pourquoi, du point de vue de la transcription du jugement autorisant le don, le régime proposé est identique à celui qui existe en matière d'adoption.

Les effets du régime proposé

Le régime proposé, s'il suscitait l'assentiment du législateur, marquerait la fin de la déshumanisation des donneurs et mettrait en lumière la générosité qui préside aux relations entre donneurs et receveurs. L'enfant ainsi conçu l'est par l'apport de personnes extérieures au couple de ses parents, mais grâce à la volonté de l'ensemble des acteurs, receveurs et donneurs confondus dans le même projet : volonté d'avoir un enfant pour les uns, volonté d'aider à l'accomplissement de ce désir pour les autres.

Le don de produits réalisé dans le cadre de l'AMP se distinguerait de l'ensemble des dons de matériaux et de produits du corps humain pour devenir ce que l'on pourrait appeler, par traduction de l'expression anglaise « *third party reproduction* », la « procréation avec tiers ». Cette expression présente l'avantage d'inclure tous les types de dons, non seulement de gamètes ou d'embryon, mais aussi de gestation.

Actuellement, la filiation de l'enfant se trouvant organisée au cours du protocole

médical d'assistance médicale à la procréation, on assiste à une véritable « saisie » de la filiation par la médecine, procréation et filiation se trouvant confondues dans une même procédure de nature médicale. Or la procréation relève de la médecine, la filiation du droit. Par une nouvelle répartition des rôles, chacune des institutions retrouverait le rôle qui doit être le sien dans l'ordre de notre société, la prise en charge médicale, en d'autres termes la procréation, pour l'institution médicale, le rattachement juridique de l'enfant à ses parents, c'est à dire la filiation, pour l'institution juridique. L'établissement médical, CECOS ou centre agréé pour les dons d'ovules ou d'embryons, détiendrait les données relatives au donneur dans un objectif médical, tandis que l'Etat ferait siennes ces données pour les traduire en termes de filiation.

La levée de l'anonymat associée au système de filiation précédemment proposé permettrait de délier l'institution médicale de pouvoirs exorbitants également du fait qu'en l'état actuel du droit, les centres agréés pour les activités de recueil des dons se trouvent seuls détenteurs du secret de l'identité des donneurs ainsi que du mode de conception de l'enfant. Ce monopole s'explique par la réglementation actuelle de l'AMP, en vertu de laquelle ils sont chargés de recueillir les dons et d'accueillir les demandes des receveurs. Ils sont également tenus de conserver les informations relatives au donneur au cas où des nécessités d'ordre thérapeutique imposeraient de connaître certaines caractéristiques des donneurs, à l'exclusion de leur identité. Le juge, lorsqu'il recueille le consentement des receveurs, n'en conserve aucune trace.

La situation de monopole que détiennent actuellement les centres médicaux dans l'histoire de la conception des enfants conçus par AMP avec tiers donneur est particulièrement mal vécue par ces derniers. Dans la pratique, c'est auprès de ces centres que se rendent aujourd'hui les enfants en quête de l'identité de leurs géniteurs, et le refus qui leur est opposé apparaît souvent comme particulièrement frustrant, voire insupportable.

Un système d'établissement de la filiation qui instaurerait une certaine publicité relative aux circonstances de la conception de l'enfant, notamment en ce qui concerne le don, permettrait d'atteindre plus efficacement l'objectif des articles 311-19 et 311-20 du Code civil, c'est-à-dire de rendre irrévocable la filiation de l'enfant en empêchant les parents de s'entendre pour taire le recours à l'AMP et soumettre au droit commun la filiation de l'enfant, par exemple par le biais d'une action en contestation de paternité.

Quelques années plus tard....

Acte de naissance

Copie intégrale

N° 000001/ 2011 CETELLE Aimée Désirée

« Par transmission en date du 06 juin 2011, le Procureur de la République près le Tribunal de Grande instance de Paris a requis de Nous, la transcription du dispositif d'un jugement d'autorisation de recours à l'AMP avec don de gamètes masculins prononcé le 02 février 2011, par le Tribunal de Grande instance de Paris.

De ce jugement, dont la transcription tiendra désormais lieu d'acte de naissance, il résulte que le 23 décembre 2011 à dix huit heures quarante cinq minutes en notre commune est né un enfant du sexe féminin prénommé Aimée Désirée, fille de CETELLE Rodolphe, né à Lille (Nord) le 14 janvier 1980, ingénieur, et de Juliette RADIGUET, née à Paris 17^e, le 26 mars 1982, secrétaire, son épouse, domiciliés à Paris 9^e, 15 rue Caumartin.

Transcrit par nous, Jacqueline PRIEUR, chef de bureau à la Mairie de Neuilly sur Seine, Officier de l'Etat civil par délégation, le 24 juin 2012 à 9 heures 15 minutes.

Le 24 avril 2015

Pour copie conforme,

L'Officier de l'Etat civil délégué

- CHAPITRE 4 -

LÉGALISER LES TECHNIQUES ILLICITES

Parmi les techniques d'AMP envisageables sur un plan tant éthique que scientifique, deux sont actuellement interdites par la loi française : la gestation pour autrui et le double don de gamètes.

La gestation pour autrui

La question de la gestation pour autrui (GPA) a fait son apparition dans l'actualité française dans les années 1980, sous la dénomination de pratique des mères porteuses.

En France, le passé de la gestation pour autrui induit une perception faussée de la GPA contemporaine. C'est pourquoi il est important de rappeler l'origine de l'interdiction formulée par le législateur de 1994.

L'histoire de la GPA en France

Il importe ici d'exposer précisément en quoi consiste la GPA, car elle recouvre des situations différentes et bien souvent confondues.

La forme la plus ancienne de GPA, dite « maternité de substitution », désigne la pratique par laquelle une femme, afin de remédier à la stérilité d'un couple, accepte d'être inséminée avec le sperme de l'époux ou du compagnon, puis de porter et de mettre au monde l'enfant ainsi conçu, pour le remettre à la naissance au couple receveur. Dans ces situations, la femme qui fait don de l'ovocyte et de ses capacités gestationnelles remplace totalement les capacités reproductives de la femme infertile, d'où l'expression de « maternité » de substitution utilisée par nombres d'auteurs pour désigner ce processus.

De fait ce processus, par lequel une femme conçoit puis porte un enfant pour une autre, aboutit à dissocier la maternité génétique et biologique de la maternité socio-affective, puisqu'une femme aura à la fois fourni l'ovocyte - donc une partie du capital génétique de l'enfant - et assuré la phase de gestation, tandis qu'une autre sera reconnue juridiquement et socialement comme la mère de cet enfant.

Ce premier type de GPA, appelé *traditional surrogacy*, en français « GPA

traditionnelle », a existé en France dans les années 1980. Tant qu'a perduré cette pratique, c'est-à-dire jusqu'à sa condamnation par la Cour de cassation en 1991, la filiation de l'enfant était établie par une manipulation habile du système légal. La technique instaurée consistait, pour la femme qui accouchait, à abandonner l'enfant dès la naissance. Celui-ci, déclaré sans indication de filiation maternelle, était accueilli dans son foyer par le père qui, de son côté, avait fait une reconnaissance *ante* natale. Quelques temps plus tard, l'épouse du père formait une demande en adoption plénière.

Le rapprochement des couples porteurs du projet parental et des femmes candidates à la maternité de substitution était à l'époque assuré par des associations à but lucratif dont les plus connues étaient « Les cigognes » ou en encore « *Alma Mater* ». Au-delà de la mise en rapport des personnes, ces associations intervenaient aux diverses étapes de la procédure, notamment celle des démarches juridiques.

A travers deux décisions retentissantes, relatives l'une à l'activité des associations créées afin de servir d'intermédiaires en matière de maternité pour autrui, l'autre à l'adoption des enfants nés grâce à l'intervention d'une mère de substitution, la Cour de cassation mit fin à ces pratiques.

Dans une décision du 13 décembre 1989, elle déclara illicite l'association *Alma mater*, créée dans le but de faciliter la mise en contact des couples décidant de recourir à la maternité de substitution et des femmes qui, moyennant une indemnisation, acceptaient de remplir le rôle de la mère de substitution¹⁶.

Le 31 mai 1991, l'Assemblée plénière condamna le recours à la maternité pour autrui en censurant un arrêt qui avait prononcé l'adoption, par l'épouse du père, d'un enfant né d'une mère de substitution¹⁷.

La Haute Cour fonde sa décision sur l'illicéité de la convention de gestation pour autrui. Elle estime que ce procédé représente une entrave aux principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, et que l'activité de l'association constituait une incitation à l'abandon d'enfant ainsi qu'un détournement de l'adoption.

En ce qui concerne l'indisponibilité du corps humain, la vacuité de l'argument, qui par ailleurs ne figure pas dans la loi, ne fait aucun doute si on en juge au regard du nombre de dérogations que connaît le principe, notamment au travers

¹⁶ Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989, Bull.civ. n°387, D. 1990, 273, rapport Massin ; JCP 1990, II, 21526, note A. Sériaux.

¹⁷ Ass. plén., 31 juillet 1991, Bull. civ., n°4, M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », R.T.D.C, 1991, p. 489 et suiv. ; D. 1991, p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; JCP 1991, II, 21752, note DONTENWILLE, Defrénois, 1991, I, 1267, obs.J.-L. AUBERT.

du don de produits et d'éléments du corps humain. En effet, la loi encadre de nombreux actes qu'une personne est en droit de consentir directement sur son corps et seules les conventions qui confèrent au corps humain une valeur patrimoniale sont interdites aux articles 16-1, alinéa 3, 16-5 et 16-6 du Code civil.

Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes est un motif certainement plus convaincant, car, à l'occasion de ces pratiques, les parties aux conventions de maternité pour autrui, à savoir les parents d'intention et la mère porteuse, disposaient en privé de l'état de l'enfant à venir. C'est ici l'occasion de rappeler ce que nous avons développé dans le chapitre précédent, à savoir que seul le juge est en droit de modifier l'état des personnes, comme il le fait en matière d'adoption.

Il faut comprendre qu'en 1991 la Cour de cassation a condamné la pratique de la GPA en tant qu'elle s'inscrivait dans un processus qui visait, d'une part à monnayer auprès de la mère porteuse ses capacités gestationnelles, d'autre part à permettre à des particuliers de contrevenir au principe d'indisponibilité de l'état des personnes. On comprend alors que la formulation de l'article 16-7 du Code civil, par lequel le législateur consacre la jurisprudence, ne vise pas directement le principe de la procréation ou de la gestation pour autrui, mais les conventions qui s'y rapportent, en énonçant que « toute **convention** portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

Ainsi, le passé socio-judiciaire de la GPA conduit à brouiller les choses et occulter la place qui devrait aujourd'hui lui revenir dans le domaine des thérapies de l'infertilité féminine.

La GPA

une forme d'AMP destinée à pallier certaines formes de stérilité féminine

Bien éloignée des affaires « *Alma mater* » et autres, la GPA par fécondation *in vitro*, à savoir la *gestational surrogacy*, la « GPA gestationnelle » en français, désigne la pratique par laquelle une femme assure la gestation d'un embryon qui lui est étranger du point de vue génétique. Ainsi, on distingue deux catégories de GPA gestationnelle. Dans la première, correspondant au cas où la mère d'intention possède des fonctions ovocytaires normales, mais ne se trouve pas en mesure d'assurer la phase de gestation en raison d'une pathologie utérine, l'embryon est conçu avec les gamètes du couple d'intention. Dans la seconde, lorsque la mère d'intention présente également une altération de sa fonction ovocytaire, l'embryon transféré dans l'utérus de la gestatrice est conçu avec l'ovocyte d'une autre femme et un spermatozoïde du père. Remarquons que dans cette dernière forme de GPA, la gestatrice n'est jamais la mère génétique de l'enfant.

La GPA, dans sa forme contemporaine, permet de pallier certaines formes de stérilité féminine causées par une déficience de la fonction utérine entraînant une stérilité irréversible comme l'hystérectomie, l'agénésie utérine congénitale telle que le syndrome MRKH, voire certaines pathologies comme le « *DES syndrom* » (à la suite de prise de distilbène par la mère de la patiente pendant sa grossesse), qui induit dans l'une de ses formes la plus grave l'impossibilité de mener à terme une grossesse¹⁸.

La bioéthique, dont relève le domaine de la maternité pour autrui, est définie dans la Convention d'Oviedo, que la France s'apprête à ratifier, comme « 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 ». C'est donc en considération de cet objectif que doivent être déterminés les termes du débat sur la GPA.

Ainsi, les questions qui nécessitent d'être posées en amont d'une éventuelle suppression de l'interdiction actuelle sont celles de l'intérêt des personnes concernées, c'est-à-dire de la femme qui assurera la gestation et de l'enfant à naître. L'intérêt des futurs parents ne nécessite pas d'examen particulier dans la mesure où le protocole qui leur serait proposé serait quasi-identique à celui de la fécondation *in vitro*, la grossesse en moins.

Concernant la gestatrice, pour les psychanalystes, la question centrale posée par la GPA consiste à analyser l'élaboration mentale d'une mère gestatrice vis-à-vis d'un fœtus qu'elle porte mais qu'elle ne désire pas, puisqu'il n'est pas le sien et qu'elle s'apprête, depuis le début de la grossesse, à remettre dès la naissance au couple animé du projet parental. Or les travaux des psychanalystes étrangers sur le vécu de la gestatrice – sujet sur lequel l'expérience française est quasiment inexistante du fait de l'interdiction de la GPA – nous enseignent que ces femmes vivent leur grossesse de façon très différente de celle qui a été la leur lorsqu'elles ont porté leurs propres enfants. Ces femmes expliquent être sensibles à la détresse des couples infertiles et font part de leur volonté de les aider, conscientes qu'elles sont en mesure de le faire alors que la médecine même la plus sophistiquée ne le peut pas. Elles font part du sentiment d'accomplissement, de valorisation d'elle-même, voire de forte gratification que leur procure l'acte de gestation, sentiment bien supérieur à la motivation financière¹⁹.

Si la situation psychologique de la femme qui se propose de porter l'enfant

¹⁸ Dans un arrêt du 24 septembre 2009, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en décidant d'inverser la charge de la preuve au profit de la victime, dans une affaire opposant une femme atteinte d'une grave pathologie aux laboratoires commercialisant du distilbène : Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2009, n° 08-16.305

¹⁹ On peut se référer aux remarquables travaux de l'équipe espagnole, par exemple à Casado et Egozcue in G. Orotbig et C Salazar, « The gift of motherhood : egg donation in a Barcelona Infertility clinic, *Ethnos*, 2005, n°70-71.

d'une autre n'apparaît pas comme à risque pour elle dès lors que son consentement a été donné de façon parfaitement libre et éclairée, il en va peut être de manière plus complexe du risque physique, non négligeable, qu'entraînent pour elle une grossesse et un accouchement. Mais, sous la réserve des actes admissibles au regard de nos droits fondamentaux, la prise de risques ne relève-t-elle pas de la volonté de chacun ? Une remarque s'impose ici : au regard du grand nombre d'actes auxquels une personne est en droit de consentir sur son propre corps, non seulement la loi de 1994 ne reprend pas le principe de l'indisponibilité, mais elle reconnaît de façon implicite le principe de disposition de soi-même.

Du point de vue du droit de disposer de son corps et des éléments qui le composent, le don de gestation peut être - et se voit souvent - comparé au don d'organe entre personnes vivantes. A l'occasion de cette comparaison, se trouve fréquemment avancé l'argument selon lequel le don d'organe est justifié en ce qu'il sauve une vie, ce qui n'est pas le cas d'un don de gestation. Certes. Mais le recours au don de gestation ne se fait pas à la légère, il est souvent l'aboutissement d'un long parcours médical et psychologique, jalonné d'espoirs et de déceptions. La femme qui fait don de ses capacités gestationnelles ne sauve pas une vie au sens biologique du terme, elle sauve une existence, c'est-à-dire le sens d'une vie : en participant à donner la vie, elle participe à l'accomplissement, pour ceux qu'elle aide, du sens de leur vie. Et les femmes qui ont pratiqué la GPA l'ont bien compris lorsqu'elles font part du sentiment de gratification narcissique qu'elles ont retiré de leur don. La décision d'une femme de prendre le relais d'une autre dans un processus aussi fondamental que celui de la procréation, dès lors qu'elle agit de façon parfaitement libre et éclairée, a le sens d'un acte de générosité et de liberté que la loi, peut-être, se doit de reconnaître et de protéger.

En ce qui concerne la situation de l'enfant à venir, les travaux menés par des psychanalystes et des anthropologues exerçant dans des pays qui pratiquent la GPA nous fournissent un enseignement précieux. On sait par ailleurs que les émotions de la fin de la grossesse, qu'il s'agisse d'euphorie ou de dépression, secrètent des molécules qui franchissent le filtre placentaire : le bébé hérite non seulement des gènes de la mère génétique, mais aussi d'une partie de l'histoire de la mère gestatrice. Il n'est donc pas question de nier le rôle de chacune, particulièrement de la gestatrice, au regard de l'équilibre de l'enfant, mais d'éviter toute mythification des rapports entretenus par la gestatrice et l'enfant qu'elle a porté durant neuf mois. Pendant ces neuf mois, elle a eu avec lui des échanges variés, physiologiques et psychologiques. Mais sans ignorer ou minimiser ces réalités, nous savons aujourd'hui, tant d'après les données de la psychopathologie périnatale que d'après celles de l'adoption, qu'un enfant porté

par une femme qui n'est pas la mère d'intention sera capable, par déplacement, de faire un transfert sur d'autres adultes, à condition que ceux-ci s'y prêtent de façon adéquate. Or c'est exactement ce qui se passe dans une GPA gestationnelle bien accompagnée qui est, en somme, un protocole médical de maternité partagée.

Les situations, tant de la gestatrice que de l'enfant, apparaissent à faible risque médical et psychique, à condition que l'ensemble du protocole se déroule dans les conditions qui minimiseront ce risque. C'est pourquoi la GPA, si elle est autorisée, doit l'être dans un cadre strictement défini et contrôlé.

On reproche à la GPA de répondre à une vision biologisante de la filiation, de correspondre à la théorie du « tout génétique », en ce qu'elle permet à un couple d'avoir un enfant dont la totalité ou la moitié du patrimoine génétique sera fourni par le couple d'intention. Nous réfutons le caractère péjoratif de ces accusations. On ne peut ignorer la volonté d'un couple de transmettre, en partie ou pour totalité, son histoire familiale, ce qui se traduit de manière habituelle par l'idée d'hérédité (rappelons que le Doyen Carbonnier appelait « donneurs d'hérédité » les donneurs de sperme dans le cadre de l'insémination avec donneur). Nous n'insinuons en aucune façon qu'il existe une hiérarchie des modes d'accès à la parenté, que ceux qui permettent une transmission génétique sont supérieurs aux autres, voire au recours à l'adoption. Ce que nous affirmons, c'est que lorsqu'un couple est empêché pour des raisons médicales de procréer naturellement, il lui revient de choisir parmi les solutions que la loi permet à la médecine de lui proposer celle qui lui paraît préférable au regard de son histoire. Les femmes concernées qui se sont exprimées sur le sujet ne s'y trompent pas. Elles connaissent les limites de la génétique et l'importance de l'apport socioculturel. Pour elles, dans la majorité des cas, la GPA leur permet, au delà de la transmission du patrimoine génétique, une participation corporelle : « qui induit, même si elle est aléatoire, la question de la ressemblance physique qui d'ailleurs envahit la procréation en général. Les demandeurs souhaitent pouvoir se reconnaître dans leurs enfants et que leurs enfants se reconnaissent dans les traits physiques de leurs parents²⁰ ». N'est-ce pas d'ailleurs pour répondre à ce désir que les médecins pratiquent la technique de l'appariement en matière de dons de gamètes ou d'embryons ?

Rappelons que le droit de la filiation a toujours tenté d'instaurer un équilibre satisfaisant entre le biologique et le socio-affectif et que l'origine génétique continue de jouer un rôle primordial en matière de filiation paternelle. Cette dernière se prouve et se conteste par tous moyens, ces derniers résidant aujourd'hui essentiellement dans l'expertise génétique ordonnée

²⁰ La loi bioéthique de demain, Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Tome 2 : auditions, p. 311.

par le juge. La Cour de cassation a rappelé que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder²¹».

La GPA à l'extérieur de nos frontières

Qu'une technique interdite par notre droit soit légalisée dans d'autres pays n'est certainement pas en soi une raison de modifier la loi nationale, mais le droit international est une donnée incontournable du débat, essentiellement en ce qu'il nous fournit des exemples qui sont matière à réflexion et qu'il nous permet de bénéficier de l'expérience des pays qui encadrent cette pratique. C'est pourquoi, sans chercher à établir un panorama complet de la législation comparée, ce travail ayant déjà été fait par d'autres, nous exposerons ici les caractéristiques des régimes de la GPA dans certains états où cette technique est autorisée.

En Belgique, la GPA n'étant ni interdite ni autorisée par la loi, elle se pratique en dehors de tout cadre juridique et le rattachement filial de l'enfant à ses parents d'intention se fait par le recours aux règles de l'adoption.

Au Danemark, la GPA est autorisée à l'exclusion de toute activité d'entremise entre les candidates à la gestation et les couples animés d'un projet parental, à l'exclusion également de toute contrepartie financière et en dehors du cadre de l'assistance médicale à la procréation. Comme en Belgique, seul le recours à la procédure de l'adoption permet d'établir la filiation de l'enfant vis-à-vis de ses parents d'intention.

Au Royaume-Uni, la GPA est encadrée par deux lois datant respectivement de 1985 et de 1990. Et depuis la loi de 2008, elle est ouverte aux couples non mariés, hétérosexuels ou homosexuels. D'après la législation en vigueur, l'enfant est remis aux parents d'intention dès sa naissance, par application de la présomption de parenté. Mais comme, au regard de la loi, la femme qui a accouché est la mère, elle doit donner son accord dans un délai de six semaines après la naissance. Une fois ce délai expiré, les parents intentionnels peuvent alors demander (jusqu'à six mois après la naissance) que l'enfant soit déclaré sous leur nom au moyen d'un « *parental order* » délivré par un juge. Rien n'interdit que la mère de substitution ne fournisse ses propres ovocytes, ni qu'elle soit parent du couple d'intention.

La loi anglaise interdit que cette pratique soit source de bénéfices pour les médecins, sans pour autant interdire un « dédommagement raisonnable » de la

²¹ Ass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n°07-15.037.

gestatrice, dédommagement dont le montant est apprécié par les tribunaux. Depuis 1990, seuls deux couples n'ont pas obtenu le « *parental order* » en raison d'un dédommagement trop important. On estime qu'une centaine de couples par an recourent à la GPA²².

Au Canada, la loi fédérale du 29 mars 2004 interdit explicitement la gestation pour autrui à titre onéreux, ainsi que toute activité d'intermédiaire, mais elle autorise implicitement les contrats de gestation pour autrui à titre gratuit au travers de son article 6, alinéa 4 et 5. Au terme de l'alinéa 4 : « *Nul ne peut induire une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, ni lui conseiller de le devenir, ni pratiquer un acte médical pour aider une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, s'il sait ou s'il a des motifs de croire qu'elle a moins de vingt et un ans* ». De même, aux termes de l'alinéa 5 : « *Le présent article ne porte pas atteinte à la validité, en vertu du droit provincial, de toute entente aux termes de laquelle une personne accepte d'être mère porteuse* ».

En ce qui concerne l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une GPA, la législation de certaines provinces du Canada s'avère particulièrement intéressante. Ainsi, dans l'Etat d'Ontario, la loi distingue selon que les gamètes proviennent ou non du couple qui recourt à ce procédé. Dans le premier cas, le nom de la gestatrice figure sur l'acte de naissance de l'enfant, mais celui-ci est rattaché à ses parents de la même façon que s'il avait été conçu par le processus naturel. Dans le second cas, l'établissement de la filiation passe par un jugement d'adoption en vertu duquel les parents d'intention sont reconnus comme ceux de l'enfant et là encore, les noms de la gestatrice et de la donneuse d'ovocyte sont mentionnés dans l'acte de naissance.

En Australie, la GPA est admise et encadrée par la loi dans la majorité des Etats, selon des règles proches de la Grande-Bretagne, mis à part le contrôle de l'indemnité de la gestatrice qui obéit à des critères particulièrement strictes.

En Israël, l'accord entre la gestatrice et les parents d'intention doit être entériné par un comité de sept personnes, parmi lesquels des médecins, un psychologue, une assistante sociale, un juriste et un représentant de la religion des parties concernées. L'ovule peut provenir d'un don, mais celui-ci ne doit pas être le fait de la gestatrice. En outre, la gestatrice (comme la donneuse d'ovocyte si don il y a) doit être célibataire, veuve ou divorcée, jamais mariée, sinon l'enfant serait considéré comme adultérin.

²² Sur les questions de législation comparées en matière d'AMP, nous renvoyons à l'ouvrage dirigé par Brigitte FEUILLET-LIGIER, *op cit.* ainsi qu'au Rapport du Sénat, n°421, 2008 : « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui ».

Fort différente est la position américaine. La libéralisation de l'AMP y est presque totale et n'est que très partiellement réglementée, avec des différences importantes d'un Etat à l'autre. Les banques de sperme fonctionnent comme des banques ordinaires, les dons de gamètes étant en outre soumis aux règles de l'offre et de la demande. Aux États-Unis, les femmes seules ou homosexuelles peuvent concevoir par insémination avec donneur, fécondation *in vitro* ou toute autre méthode. Les banques de sperme garantissent la qualité du sperme fourni et, en parallèle, accompagnent les dons d'une description détaillée des sujets qui les font (ce sont le plus souvent des étudiants), incluant traits physiques, origines ethniques, détails sur les études poursuivies, activités et loisirs.

Une chercheuse française, Ilana Löwy, a remarqué que, contrairement à une idée largement répandue sur le comportement soi-disant eugéniste des Américains, aux États-Unis le remplacement de la personne par ses gamètes a été normalisé au point que certains observateurs remarquent que les acheteuses ne cherchent pas à améliorer le sort de leur enfant grâce à un capital de gènes « supérieurs » – en recherchant le sperme d'un mathématicien de génie ou d'un sportif de très haut niveau par exemple –, mais choisissent le sperme d'individus correspondant à leur vision du conjoint idéal²³. De ce point de vue, la transaction autour des gamètes obéit, au contraire de ce que l'on dit souvent, à une fantasmagorie personnelle et familiale. Certains couples américains peuvent choisir pour donneuse d'ovocyte une amie, une parente, ou une femme de même origine ethnique afin de reconstruire une continuité de filiation symbolique. Certains autres qui sont passés par une GPA associent la gestatrice à leur famille en lui accordant un rôle de sœur ou d'amie du couple. La GPA est autorisée et encadrée par plus de la moitié des Etats Américains ; la filiation est établie au moyen d'un « jugement en parenté » par lequel le juge vérifie le respect des règles locales. Ces dernières portent principalement sur le consentement des parties qui doit être libre et éclairé, sur le respect des limitations relatives aux indemnités des frais liés à la grossesse et sur l'existence d'un projet parental exprimé par les parents intentionnels avant le commencement du processus médical. La filiation de l'enfant envers les parents intentionnels se trouve fondée sur l'intérêt de l'enfant à vivre avec ceux qui ont eu l'intention de devenir ses parents et qui ont initié la démarche d'assistance médicale à la procréation. Dans d'autres Etats, la gestation pour autrui relève du régime de l'adoption. Dans d'autres encore, elle est prohibée.

Le législateur grec, de manière originale, considère que la GPA, appelée « maternité intercalée » se situe dans le droit fil de la pratique de la FIV et du

²³ Référence, *Tumultes*, 2006.

don d'ovocytes. Il n'existe ainsi aucune raison, selon ce point de vue, de traiter différemment une stérilité due à un déficit ovarien, à laquelle on peut pallier par un don d'ovocytes, de celle qui résulte d'un problème utérin, pour laquelle une GPA représente une solution envisageable. La loi grecque a ainsi créé une « présomption de maternité » selon laquelle la mère d'intention, c'est-à-dire la femme qui a déclaré devant le juge vouloir l'enfant, est présumée en être la mère. L'originalité de cette législation tient donc aux règles relatives à la filiation de l'enfant : portant exception au principe « *mater semper certa est* », la femme bénéficiaire de l'autorisation judiciaire est réputée être la mère légale de l'enfant et est inscrite comme telle dans l'acte de naissance dès l'origine.

Mais la contestation est possible si la gestatrice prouve que l'enfant qu'elle a mis au monde est le sien du point de vue génétique, ce qui relèverait d'une fraude à la loi ou d'une grossesse accidentelle (dans le cas d'une conception, non par FIV, mais avec son conjoint). En ce cas, elle serait en droit d'exercer une action en contestation de maternité pendant un délai de six mois après la naissance. Cette contestation lui permettrait de faire tomber la présomption de maternité et de devenir, de façon rétroactive, la mère légale de l'enfant, son compagnon en devenant du même coup le père. Il faut préciser qu'il n'existe à ce jour aucun cas connu de contestation de maternité.

Une proposition de loi

La majorité des dangers dénoncés en matière de GPA, parmi lesquels la mercantilisation du corps de la femme (sous forme d'achat d'ovocytes par exemple) existe depuis qu'il est techniquement possible de dissocier les différentes phases de la maternité et de recourir au don de gamètes ou d'embryons. Or le recul que nous avons sur l'application des lois de 1994 prouve que la réglementation en vigueur s'avère efficace pour empêcher les dérives liées aux pratiques des dons d'éléments du corps humain ou à l'application des techniques d'assistance médicale à la procréation. C'est pourquoi, forts de ce constat, il semble aujourd'hui possible de se détacher du spectre de l'affaire « *Alma Mater* » et d'abandonner cette jurisprudence, dont l'article 16-7 du Code civil constitue la consécration, pour admettre une forme de gestation pour autrui qui ne contredirait aucun de nos droits fondamentaux.

La GPA doit intégrer le domaine de l'AMP afin que les femmes chez qui se trouve diagnostiquée une impossibilité pathologique d'assurer la gestation puissent en bénéficier.

Comme nous l'avons remarqué quelques paragraphes plus haut, la GPA constitue cependant une technique très particulière dont l'application ne peut

être admise qu'entourée d'un nombre maximum de précautions. C'est pourquoi son application devra se faire sous le contrôle d'un comité d'experts, nécessairement pluridisciplinaire, composé au minimum d'un médecin, d'un psychologue ou psychanalyste, d'un juriste et d'un représentant d'association de patients. Le comité traitera de l'ensemble des demandes afférant à la GPA, tant celles qui relèvent des « candidatures » de femmes proposant de devenir gestatrices que celles émanant des parents porteurs d'un projet parental. Chaque demande sera examinée dans ses aspects médicaux, psychologiques et sociaux.

Relativement aux conditions, les conditions générales de l'article L. 2 141-2 du code de la santé publique seront applicables, y compris en ce qui concerne la limite d'âge du couple. Outre son rôle de décision que nous allons exposer, le Comité sera chargé de veiller au respect de ces conditions, ainsi que de l'information tant du couple demandeur que de la gestatrice.

Certaines autres conditions devront venir s'ajouter à celle de l'information et du consentement.

Tout d'abord, l'un des parents devra être le parent génétique de l'enfant, car, comme nous l'avons déjà exposé, c'est la volonté légitime de participation corporelle du couple demandeur qui justifie le recours à cette technique. Peu importe alors que la participation vienne du père ou de la mère, car le couple demandeur doit être considéré infécond au delà de la situation médicale de l'homme ou de la femme. La gestatrice, quant à elle, ne doit pas fournir son propre ovocyte. Se pose enfin la question de savoir quelle femme sera autorisée à entrer dans un parcours de gestatrice : toute femme ne pourra être candidate à la GPA qu'à la condition d'être déjà mère. Des raisons d'ordre à la fois psychologique et médical justifient cette exigence.

Sur un plan psychologique, il apparaît indispensable que la femme qui s'engage sache en quoi consiste la phase de gestation. Or ici comme en bien d'autres domaines, l'expérience vaut toutes les explications théoriques. De plus, le fait d'être mère, d'avoir antérieurement porté un enfant en tant que sien lui permettra de faire la part des choses entre les deux situations et d'éviter toute confusion psychologique quant à la raison d'être de la gestation qu'elle accomplit pour une autre. Cette condition existe en matière de don de sperme ou d'ovocyte, l'article L. 1244-2 du code de la santé publique disposant que « *le donneur doit avoir procréé* ».

Du point de vue médical, cette exigence relève d'une anticipation des risques liés à la grossesse et à l'accouchement. Il serait particulièrement désastreux qu'une femme qui n'a pas d'enfant lorsqu'elle devient gestatrice soit ensuite empêchée de

devenir mère en raison des séquelles de la gestation qu'elle aura assurée pour une autre.

Si la femme candidate à la gestation est en couple, le conjoint ou le compagnon devra également donner son accord à l'acte de gestation. Le don de gestation est un acte grave, qui s'étend sur période de neuf mois et implique nécessairement la famille de la gestatrice. Il est nécessaire que cette dernière bénéficie de conditions de vie propices à son bien-être, ce qui ne peut exister sans le soutien de son mari ou de son compagnon. Ici encore, cette condition rejoint celle de l'article L. 1244-2 qui, en matière de don de gamètes, impose, le cas échéant, l'accord de l'autre membre du couple.

Se pose également la question de la situation de la donneuse vis-à-vis du couple receveur. Deux situations sont envisageables.

Dans la première, on pourrait établir la liste des personnes autorisées à porter l'enfant conçu par le couple infécond à partir de celle des personnes qui sont autorisées à faire don d'un organe de leur vivant : une mère, une sœur, une tante ou une cousine. La disposition issue de la loi de 2004 étendant la catégorie des donneurs vivants à « *toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur* » ne présentant ici aucune utilité, il serait envisageable, en matière de GPA, d'utiliser le texte initial du projet de loi, selon lequel pouvait se porter candidat au prélèvement de ses organes toute personne justifiant vis-à-vis du receveur « *d'un lien étroit de nature à garantir le respect des principes généraux* ».

Cependant, le cercle des donneurs ainsi désigné ne fait pas l'unanimité, notamment chez les psychanalystes, car il soulève le problème des dettes trop lourdes et des pressions, conscientes ou non, qui peuvent être faites entre des personnes liées par des liens affectifs. De plus, le fait pour les couples demandeurs de devoir « recruter » une gestatrice, auquel s'ajouterait la difficulté de contrôler le « lien étroit » les unissant, risque d'ouvrir la brèche d'une dérive mercantile habillée de sentiments d'affection.

Dans la seconde situation, les parents d'intention et la gestatrice seraient étrangers l'un à l'autre. Le choix de la gestatrice (ou des parents d'intention selon le point de vue duquel on se place) relèverait de la décision du Comité d'experts, qui se baserait sur des critères dont certains objectifs comme l'ordre des demandes et des propositions ou la situation géographique des uns et des autres, et d'autres plus subjectifs propres aux couples receveurs et à la gestatrice. En effet, l'anonymat ne peut être raisonnablement envisagé en matière de GPA, pour des raisons d'ordre pratique, mais aussi psychologique. La qualité des liens que tisseront entre eux le couple d'intention et, soit la gestatrice si elle est célibataire, soit le couple de la gestatrice, est un gage important de GPA

« heureuse », notamment du point de vue de la gestatrice. Les propos rapportés par des femmes qui ont porté l'enfant d'une autre rendent compte du fait que la psycho-dynamique en jeu chez elles repose avant tout sur l'accueil, le soutien et l'empathie du couple des parents d'intention.

La GPA ne peut être conçue qu'en tant qu'ultime recours des couples infertiles. Sa mise en œuvre devra intégrer des données particulières à chacun de ses intervenants et sur lesquelles nous ne disposons, à l'intérieur de nos frontières, d'aucun recul. C'est pourquoi il paraît préférable de nuancer autant qu'il est possible le caractère général de la loi en n'excluant, dans un premier temps, aucune des deux solutions. Dans les cas où les parents d'intention feraient part de leur souhait que l'enfant à naître soit porté par une personne de leur entourage, il reviendrait au Comité d'experts de décider d'agréer leur demande ou de les orienter vers une autre femme.

Il paraît également souhaitable que la gestatrice ne puisse faire don de ses capacités gestationnelles qu'à l'égard d'un seul couple, soit une seule fois, soit deux au maximum, cela pour plusieurs raisons. La première a trait à la qualité des liens entre elle et le couple d'intention, qui ne peuvent être dupliqués. La deuxième est d'ordre médical : la grossesse est un acte fatigant pour le corps, qui demande une période de récupération plus ou moins longue. Cette limitation permettra de protéger la santé de la gestatrice. La dernière raison tend à empêcher la professionnalisation de la gestation pour autrui, qui doit rester un acte exceptionnel dans la vie d'une femme. Le dédommagement de la gestatrice, qui couvrirait les dépenses liées à l'état de grossesse non prises en charge par la Sécurité Sociale (alimentation, vêtements, déplacements...) ne doit pas se transformer en source régulière de revenus. On peut s'inspirer ici utilement des visions des lois britannique et grecque sur la notion de dédommagement raisonnable fixé par les tribunaux. Il est clair que nous nous élevons contre toute idée de « location d'utérus » ou d « achat du service » dans le processus de GPA, comme d'ailleurs pour la circulation des gamètes. La question est celle du don et du contre-don, d'un contre-don nécessaire pour apurer la dette d'une femme envers l'autre²⁴.

Se pose enfin la question des décisions afférant à la grossesse. En vertu du principe fondamental de liberté, qui ne peut souffrir aucune exception, la gestatrice sera en droit d'interrompre sa grossesse pendant le délai légal et au-delà dans l'hypothèse où les conditions d'une interruption médicale de la grossesse (IMG) seraient réunies, quelle que soit la volonté des parents. Dans l'hypothèse inverse où les parents souhaiteraient l'arrêt de la grossesse, la

²⁴ Nous renvoyons à nombre de travaux de Geneviève Delaisi de Parseval sur ce point repris pour partie dans *Famille à tout prix, op cit.*

décision finale, en cas de désaccord, devra être celle de la gestatrice. Le jeu de l'article 16-3 du Code civil, en vertu duquel « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale » dicte la solution.

Il faut alors envisager la question de la filiation de l'enfant dont les parents d'intention n'ont pas souhaité la naissance. Il n'est certainement pas question d'imposer à la gestatrice d'être la mère légale d'un enfant qu'elle s'est engagée à porter pour le couple qui a formé le projet parental. Il apparaît donc que l'enfant devra être reconnu comme celui de ce couple, en vertu du jugement ayant autorisé la GPA à partir du projet initial formé par les parents. Ceux-ci ne devront disposer d'aucun moyen de se soustraire à l'établissement de la filiation de l'enfant. Il n'en reste pas moins qu'une filiation « forcée » n'est certainement pas une solution souhaitable pour l'enfant. Mais si l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une GPA devra répondre à certaines règles particulières, une fois dépassée la procédure d'établissement de la filiation, la situation deviendra comparable à celle de n'importe quel couple de parents et le droit commun retrouvera son empire. Or, lorsque des parents ayant conçu de façon naturelle un enfant ne peuvent assumer leur rôle, ils sont en droit de l'abandonner afin qu'il puisse être adopté par un couple apte à assumer son éducation.

La GPA ne peut être envisagée qu'à condition d'admettre que la conception d'un enfant ne résulte plus nécessairement de l'union des parents d'intention, qu'elle peut être rendue possible par l'intervention d'un tiers. Dans le droit actuel, le principe est admis puisque les dons de gamètes ou d'embryons sont autorisés et encadrés par la loi, mais ils suivent une procédure qui les rend indécélables une fois l'embryon conçu. Or la GPA ne peut être pensée sur ce modèle. La grossesse de la gestatrice est visible, de même que l'absence de grossesse de la mère d'intention. L'admission de la GPA s'inscrit donc dans un mouvement de transparence de l'AMP et de reconnaissance des tiers qui participent à la conception d'un enfant.

Ainsi, l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une GPA suivrait, avec quelques aménagements, les règles de l'établissement de l'enfant né d'un don de gamètes (cf. supra Ch.3).

Nous avons précédemment proposé la modification du régime d'établissement d'un enfant né d'une technique de procréation assistée avec tiers. Dans les développements consacrés à ce sujet, nous avons raisonné à partir du don de gamètes, car celui-ci est actuellement accepté et encadré par la loi.

Mais les principes avancés valent aussi bien pour un don de gestation, car au

fondement de la procédure proposée se trouve l'intervention corporelle d'un tiers, on peut aussi dire « le don de corps » par une personne étrangère au couple. Et peu importe que le don soit un don de gamètes, d'embryon ou de gestation. C'est l'implication de ce tiers dans la conception de l'enfant qui justifie d'une part de le reconnaître en tant que personne, d'autre part de permettre à l'enfant d'accéder à son identité afin d'être en mesure, s'il le souhaite, de reconstituer l'ensemble de son histoire.

Il reviendrait donc au juge de recueillir l'ensemble des consentements sous forme de jugement transcrit sur les registres de l'état civil.

Néanmoins, la procédure d'établissement de la filiation ne pourra être entièrement copiée sur celle du don de gamètes ou d'embryon, car en droit français, la mère est la femme qui accouche. Le fait même de l'accouchement fait la mère depuis que l'article 311-25 du Code civil dispose que « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ». Dans le cadre d'une action en recherche de maternité, l'article 325 du Code civil prévoit que l'enfant est « tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché ». De même, en cas de contestation de maternité, l'article 332, alinéa 1^{er} énonce que : « La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant ».

Il reviendra donc au législateur, s'il décide de légaliser la GPA, de créer une exception au régime de l'établissement, y compris judiciaire, de la filiation maternelle. Sur la base du jugement autorisant la GPA, l'enfant pourrait être reconnu dès sa naissance comme celui de la mère d'intention, à partir d'une présomption de maternité que le même jugement conférerait à la mère d'intention. A l'instar de l'article 311-20 du Code civil, selon lequel « le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation », toute action en recherche ou en contestation de maternité pourrait être interdite en cas de GPA, sauf à prouver que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée. Nous avons critiqué l'article 311-20 car en l'état actuel du droit, il verrouille une filiation fictive. Mais il trouverait une légitimité nouvelle dans l'hypothèse où ladite filiation serait reconnue pour ce qu'elle est, à savoir une sorte d'adoption *ante natale*.

A l'article 16-7 il deviendrait possible d'adjoindre l'alinéa suivant : « *Seul l'acte de gestation pour autrui est admis, hors convention, en cas d'incapacité gestationnelle constatée chez la mère d'intention, à condition que l'enfant soit rattaché à l'un au moins de ses deux parents d'intention et qu'il ne soit pas génétiquement rattaché à la femme qui le porte* ».

Quelques années plus tard....

Acte de naissance

Copie intégrale

N° 000001/ 2011 GAGNEUR Victor Léon

« Par transmission en date du 06 juin 2011, le Procureur de la République près le Tribunal de Grande instance de Paris a requis de Nous, la transcription du dispositif d'un jugement d'autorisation de recours à l'AMP avec don de gestation prononcé le 02 février 2013, par le Tribunal de Grande instance de Paris.

De ce jugement, dont la transcription tiendra désormais lieu d'acte de naissance, il résulte que le 23 décembre 2011 à dix huit heures quarante cinq minutes en notre commune est né un enfant du sexe masculin prénommé Victor Léon, fils de GAGNEUR Roger, né à Paris 14^e, le 14 février 1978, enseignant, et de Georgette PLON, née à Paris 17^e le 26 mars 1980, sans profession, son épouse, domiciliés à Paris 7^e, 84 rue de l'Université.

Transcrit par nous, Julie CORINOL, chef de bureau à la Mairie de Neuilly sur Seine, Officier de l'Etat civil par délégation, le 14 mars 2012 à 9 heures 15 minutes.

Le 16 décembre 2012

Pour copie conforme,

L'Officier de l'Etat civil délégué

La situation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger

Interdite en France mais permise dans d'autres pays, la GPA fait l'objet d'un exode procréatif qui semble gagner en importance. Les couples qui franchissent les frontières afin de recourir à la GPA, lorsqu'ils reviennent en France, doivent régulariser l'état civil de l'enfant, comme c'est le cas pour tout enfant né à l'étranger. Pour cela, il leur faut obtenir la transcription de l'acte de naissance dressé à l'étranger sur les registres de l'état civil français, ce qui leur est actuellement refusé.

La Cour de cassation, par sa décision du 17 décembre 2008, a refusé d'admettre la transcription sur les registres nationaux d'actes de naissance dressés en Californie et établissant la filiation de jumelles nées d'une GPA. L'affaire est maintenant renvoyée devant la Cour d'appel, dont la décision n'est pas encore rendue.

Le rappel de cette affaire, véritable feuilleton judiciaire, permet de comprendre tant la position de la jurisprudence française que la situation actuelle des enfants nés à l'étranger par GPA.

En 1998, Mme X apprend qu'elle souffre d'une affection entraînant l'impossibilité d'une grossesse. Elle et son mari se rendent alors aux Etats-Unis, plus précisément dans l'Etat de Californie, où ils concluent avec une femme américaine une convention, conforme au droit de cet Etat, par laquelle cette dernière s'engage à porter leur enfant. Par application de la loi californienne, un jugement, rendu pendant la grossesse par la Cour suprême de l'Etat de Californie, avait conféré aux membres du couple français la qualité de père et de mère des enfants portés par la gestatrice. En exécution de ce jugement, deux actes de naissance avaient été établis au nom des jumelles, lesquelles s'y trouvaient désignées comme les enfants de leurs parents d'intention. Deux passeports américains, portant les mêmes désignations, avaient été délivrés.

Muni des actes de naissance, le père des fillettes se rendit au Consulat général de France à Los Angeles afin de faire procéder à la transcription des actes de naissance, ce qui lui fut refusé. Suspectant une affaire de mère porteuse, le Consulat général alerta le procureur de la République de Nantes, qui transmit le dossier au parquet de Créteil. Deux années plus tard, le Parquet fit alors procéder à la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil à Nantes, non pour satisfaire la demande des parents, mais afin de disposer d'un chef de compétence lui permettant d'engager des poursuites contre eux. Le 24 septembre 2004, le Procureur de la République de Créteil délivra un réquisitoire introductif visant les délits d'entremise en vue de gestation pour le compte d'autrui et de simulation entraînant une atteinte à l'état civil des enfants. La loi nationale ne s'appliquant qu'aux infractions commises sur son territoire, le droit pénal français s'avéra inapplicable en l'espèce, puisque l'ensemble des démarches entreprises par le couple défendeur l'avaient été sur le sol américain. Une ordonnance de non lieu fut donc rendue le 30 septembre 2004²⁵.

Cependant, l'échec de l'action pénale ne signifiait pas, pour les parents d'intention, la fin de l'épreuve judiciaire, car les textes de droit invoqués devant le tribunal de grande instance ne sont que le renforcement pénal du principe d'interdiction énoncé à l'article 16-7 du Code civil. Il restait donc à la

²⁵ TGI Créteil, ord. 30 sept. 2004

juridiction civile à se prononcer sur la demande du parquet tendant à l'annulation de la transcription des actes de naissance établis en Californie.

Le 25 octobre 2007, la Cour d'appel de Paris, reconnaissant l'effet matériel du jugement étranger et faisant état de l'intérêt supérieur de l'enfant, jugea irrecevable la demande formée par le ministère public en annulation de la transcription, opérée sur le registre central, des actes de naissance dressés à l'étranger²⁶. L'arrêt fut immédiatement frappé d'un pourvoi. Le 17 décembre 2008, la Cour de cassation cassa la décision d'appel aux visas de l'article 423 du code de procédure civile qui permet au ministère public d'agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits lui portant atteinte et de l'article 16-7 du Code civil, texte d'ordre public en vertu de l'article 16-9 du même code²⁷. Elle reconnut ainsi l'intérêt à agir du ministère public au motif que les énonciations des actes de naissance, dans la mesure où elles résultent d'une convention de gestation pour autrui, sont contraires à l'ordre public²⁸. La Cour ne s'est prononcée que sur le droit d'agir du Ministère public, sans se prononcer sur le fond du litige, c'est-à-dire la régularité des actes établis à l'étranger. Il reviendra donc à la cour d'appel de renvoi de se prononcer sur cette question.

Le litige connaît donc deux dimensions qui lui confèrent un caractère inextricable. Du point de vue de l'ordre interne, admettre la transcription d'actes de naissances dont les énonciations résultent d'une GPA revient à nier l'article 16-7 du Code civil, dont on sait qu'il est d'ordre public. Dans ce contexte, on comprend la volonté de la Cour de cassation de protéger l'ordre public, de même que le principe d'égalité des citoyens devant l'interdiction formulée, en refusant qu'une pratique interdite à l'intérieur de nos frontières puisse être réalisée à l'extérieur puis, en quelque sorte, validée par les pouvoirs publics français.

Du point de vue international, le refus de la transcription pose la question de la réception par la France du jugement étranger, c'est-à-dire de la reconnaissance des actes régulièrement établis à l'étranger. Se pose alors la question de savoir si les actes étrangers qui établissent la filiation d'un enfant né d'une GPA à l'égard de ses parents d'intention sont ou non contraires à la conception française de l'ordre public international. Si la Cour de cassation, qui sera certainement amenée à se prononcer sur cette question, affirme la contrariété de ces actes à l'ordre public international français, elle sera amenée à priver d'effet tout jugement étranger établissant la filiation d'enfant né d'une GPA.

²⁶ CA Paris, ch. 1, sect. C, 25 oct. 2007, n° 06/00507

²⁷ Civ.1^{re}, 17 décembre 2008, n° 07-20468.

²⁸ Par un arrêt du 26 février 2009, la Cour de Paris (1^{re} ch. C) a suivi la décision du 17 décembre 2008, en refusant d'inscrire sur les registres français des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger, en l'espèce aux Etat-Unis où l'opération s'était déroulée en conformité avec la loi de l'Etat américain.

Or on ne peut que douter du caractère d'ordre international public de la prohibition de la GPA, si on l'analyse au regard de la demande sociale et du nombre d'Etats qui admettent cette pratique. Il faut également remarquer que dans ces Etats, la filiation ne résulte pas d'une convention entre personnes privées, mais d'un jugement. A cela s'ajoute l'argument employé par la Cour d'appel de Paris, à savoir l'intérêt supérieur de l'enfant, nécessairement desservi par le refus de transcription. Il faut cependant admettre que la référence de la cour d'appel à l'intérêt supérieur de l'enfant s'avère toutefois un argument fragile et à la merci de la subjectivité des opinions. Certes, l'article 3-1 de la Convention de New-York sur les droits de l'enfant, d'application directe en France, dispose que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Mais cette obligation n'impose pas nécessairement de maintenir un titre constatant une filiation maternelle qui, retranscrite telle quelle, est une filiation tronquée au regard de la législation actuelle française qui ne reconnaît comme mère que la femme qui accouche. On peut, en considération de l'intérêt de l'enfant, également d'ordre public, estimer le contraire.

Cependant, des considérations d'humanité, mais aussi de responsabilité vis-à-vis des enfants ainsi mis en marge de notre société, portent à plaider pour une conception restrictive de l'ordre public international et à admettre la transcription des actes de naissance étrangers, en y faisant figurer le maximum d'informations relatives à la conception et à la naissance de l'enfant, sachant que ces informations seront plus ou moins complètes en fonction du pays où la GPA aura été pratiquée. Le domaine de la procréation a ceci de particulier que la sanction n'est pas subie uniquement par ceux qui ont eu recours à l'acte interdit, mais par ceux qui sont nés de ce recours : les enfants.

La reconnaissance par la Cour de cassation de la régularité des actes dressés à l'étranger permettra d'établir la filiation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger, dans la mesure où la filiation résulte d'un jugement rendu par le juge de l'Etat sur le sol duquel a été réalisée la gestation. Il apparaît alors souhaitable, dans la logique de notre proposition de régime relatif à la GPA, que la transcription soit accompagnée de la production du jugement étranger instituant la filiation des enfants, afin que ceux-ci puissent connaître la réalité de l'histoire de leur conception, ainsi que l'identité de celles qui les ont porté neuf mois durant.

Sinon, la question des enfants nés d'une GPA reste entière. Le seul mécanisme utilisable de rattachement de l'enfant à ses parents d'intention semble alors être celui de la filiation adoptive, qui permettrait de sécuriser la filiation de l'enfant

vis-à-vis de sa mère d'intention. Dans la mesure où le père d'intention est également le père biologique, sa filiation pourrait être établie. Si tel n'est pas le cas, l'adoption devra être prononcée vis-à-vis des deux parents. L'adoption plénière paraît ici tout indiquée, dans la mesure où l'adoption simple répond au souci de maintenir les liens de l'enfant avec sa famille d'origine. Or ces enfants ne connaissent aucune famille d'origine autre que celle de leurs parents d'intention.

Aujourd'hui, les jumelles risquent d'être retirées du livret de famille de leurs parents, de même qu'elles risquent de ne pas pouvoir renouveler leur carte d'identité. Pour l'Etat français, elles n'existent plus.

Comme elles, un nombre d'enfants estimé à un millier se trouve aujourd'hui mis en marge de notre société.

Face à cet état de fait, l'ensemble de ceux qui se sont intéressés à la question reconnaissent la nécessité d'établir et de protéger la filiation de ces enfants. Or au regard de l'intérêt de l'enfant, de même qu'à celui de l'incertitude du caractère d'ordre public international de l'article 16-7, il n'existe pas d'autre solution que d'admettre son rattachement aux seules personnes qui ont jamais voulu être leurs parents, à savoir les parents d'intention. Il serait effectivement inouï d'appliquer aveuglément le droit français pour les rattacher à la gestatrice qui a porté l'enfant pour le couple d'intention sans aucune intention d'en devenir la mère. Il serait tout aussi inouï de confier l'enfant aux services de l'Etat, c'est-à-dire à l'Aide sociale à l'enfance, dans l'objectif de le confier à un couple de parents adoptifs autres que ceux qui ont initié le projet ayant conduit à sa naissance.

Le double don des gamètes

Loin des questions fondamentales soulevées par la GPA, l'interdiction du double don de gamètes apparaît aujourd'hui fondée sur des raisons utilitaristes difficilement admissibles pour les couples dont le projet parental via l'AMP ne peut aboutir qu'à l'aide d'un double don de gamètes et qui se voient proposer comme unique solution l'accueil d'embryon.

Une interdiction difficile à admettre pour les couples receveurs

Au terme de l'article L. 2141-3 du code de la santé publique, un embryon ne peut être conçu *in vitro* « avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple ». Ce principe connaît cependant une exception, inscrite à l'article L. 2141-6 du même code, selon lequel « à titre exceptionnel, un couple

répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2, pour lequel une assistance médicale à la procréation sans recours à un tiers donneur ne peut aboutir, peut accueillir un embryon ». Le terme « embryon » doit être ici compris dans le sens exclusif d'embryons surnuméraires de couples qui, ayant renoncé à tout projet parental impliquant l'utilisation de cet (ou de ces) embryon(s), décident d'en faire don à un couple infertile.

On peut donc conclure de l'existence de cette exception qu'il est apparu admissible au législateur qu'un enfant soit porté par sa mère d'intention sans qu'aucun des membres du couple formé par ses parents ne lui soit génétiquement relié.

Nombre de couples font connaître leur préférence pour le double don, plutôt que pour le don d'embryon. Ces couples font état de deux raisons à l'appui de ce choix. La première consiste dans la crainte d'une rencontre incestueuse entre leur futur enfant et les enfants du couple donneur. La seconde, d'ordre psychologique, rapportée par nombre de psychanalystes qui ont reçu ces couples, mérite de s'y arrêter quelques instants. Dans la mesure où ils ne peuvent ni l'un ni l'autre fournir de gamètes, mais où la femme est en mesure d'assurer la phase de gestation d'un embryon conçu *in vitro* à l'aide de tiers donneurs, le schéma tant reproductif que filiatif qu'ils imaginent est celui d'un enfant créé pour eux avec des dons de gamètes anonymes sur le modèle de l'IAD et du don d'ovocyte. Il leur apparaît plus facile d'adopter psychologiquement un embryon ainsi conçu, sans « parents de conception », qu'un embryon « abandonné » par un autre couple. Ils expliquent que cette solution leur permettrait d'éviter le fantasme d'un enfant « volé » à une famille.

L'Agence de la biomédecine, dans son bilan d'application de la loi du 6 août 2004, reconnaît que « dans la mesure où la loi permet par ailleurs l'accueil d'embryons provenant de couples qui n'ont plus de projet parental (leur conception n'a donc fait intervenir les gamètes d'aucun des deux parents accueillant l'embryon), cette disposition n'est plus comprise, pas plus par les professionnels qui sont amenés à traiter des cas de double infertilité que par les patients²⁹ ».

La première raison, liée à la crainte de l'inceste, trouverait une solution dans la levée de l'anonymat. En revanche, la seconde, liée à l'état d'esprit des couples confrontés à une double stérilité, subsisterait. Or on connaît l'importance de l'état psychologique des parents au regard de la réussite de l'AMP et du bien être des futurs enfants. Mieux les parents vivront leur impossibilité de procréer sans recours à des tiers, mieux ils assumeront, vis-à-vis de l'enfant, les circonstances de sa naissance. Et dans cette logique, on peut comprendre leur

²⁹ Agence de la biomédecine, Bilan d'application de la loi de bioéthique, octobre 2008, p. 34.

choix, car il est certainement préférable pour un enfant de savoir qu'il a été conçu pour ceux qui ont formé le projet de devenir ses parents, que de savoir qu'il a été conçu par un autre couple qui, par la suite, en a fait don. La beauté du geste des donneurs risque d'échapper à l'enfant qui, au-delà de la révélation de l'absence de lien génétique entre lui et ses parents, devra faire face à la connaissance des diverses étapes de sa vie prénatale et notamment à l'idée d'avoir « failli » être l'enfant de ses géniteurs. A cela il faut ajouter que les professionnels de l'AMP dans leur ensemble conseillent aux parents de révéler à l'enfant les circonstances de sa conception.

La légitimité du double don

On explique aujourd'hui l'interdiction du double don de gamètes par le fait d'une part que les embryons surnuméraires donnés en vue de leur accueil par des couples infertiles existent en nombre suffisant pour répondre à la demande, d'autre part en invoquant la situation de pénurie des dons de gamètes, notamment des dons d'ovocytes. Or ces considérations, de nature utilitariste, apparaissent insuffisantes au maintien d'une telle interdiction qui non seulement s'avère fondamentalement injustifiée, mais source de contradiction dans la mesure où la loi admet l'accueil d'embryon, par lequel l'enfant n'est rattaché du point de vue génétique à aucun de ses parents d'intention.

De fait, au regard de ces réalités, le délai d'attente pour un double don risque d'être de beaucoup supérieur à celui d'un accueil d'embryon. Mais il nous semble que dès lors qu'une technique d'AMP ne contredit aucun droit fondamental, aucun des grands principes relatifs au corps humain tels qu'ils sont énoncés aux articles 16 et suivants du Code civil, dès lors également qu'il n'existe aucune raison particulière de l'interdire autre que celles liées à des considérations de délai, elle doit être autorisée.

Dans le cadre de l'information fournie par l'équipe médicale, ces couples seront informés des difficultés supplémentaires que représente la technique par rapport à celle de l'accueil d'embryon : délai d'attente des dons, aléa de la fécondation. A eux doit alors revenir la décision de choisir entre l'accueil d'embryon et le double don.

Le droit de recourir à cette technique doit donc être accordé aux couples qui en font la demande. Il y va de l'intérêt de l'enfant à venir, ici encore indissociable de celui de ses parents.

- CHAPITRE 5 -

OUVRIR LE DÉBAT SUR L'ACCÈS DES COUPLES DE MÊME SEXE À L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

Comme il l'a été indiqué dans le chapitre 1^{er} relatif aux conditions d'accès à la parenté, les points de vue psychanalytique et juridique, respectivement soutenus le premier par Geneviève Delaisi de Parseval et le second par Valérie Depadt-Sebag, ne se rejoignent pas. C'est pourquoi, dans l'objectif d'une meilleure lisibilité de ces propos, les auteurs développent ici tour à tour leurs opinions.

A terme (Geneviève Delaisi de Parseval)

Le principe de l'accès à la parenté des couples de même sexe

Il convient à ce point de prendre un peu de recul historique. On s'aperçoit, en considérant les trois dernières décennies, que ce sont les différentes techniques d'assistance médicale à la procréation qui, en créant un morcellement de l'expérience procréatrice, ont généré des situations inédites de parentalité ; inédites d'ailleurs pour partie seulement car, auparavant, c'était le phénomène du divorce et des recompositions familiales qui était majoritairement à l'origine de nouvelles figures de parentalité (le statut « flottant » des beaux-parents en est l'exemple classique). Dans ce nouveau contexte qu'est celui de l'AMP avec dons de gamètes et d'embryons, il n'y a donc pas lieu de s'étonner que soient apparues des demandes d'individus qui revendiquent que la société reconnaisse un rôle parental à ces protagonistes (coparents ou compagnons des parents légaux) qui n'ont ni reconnaissance sociale ni statut juridique. Dont les demandes de sujets qui vivent en couple homosexuel. Nous nous proposons donc de revenir rapidement à ces demandes³⁰.

Remarquons que le concept de parentalité s'est progressivement doté d'un nouveau sens. Principalement utilisé jusque là comme outil en anthropologie et en psychanalyse, il tend dorénavant à étendre sa sphère sémantique jusqu'à désigner l'état de parent (le *parenting*) et la mise en œuvre des responsabilités qui en découlent. De manière significative, on peut remarquer que, dans notre

³⁰ Cf Geneviève Delaisi de Parseval, *Famille à tout prix*, Seuil, 2008.

société, la parentalité est devenue relativement indifférenciée au plan sexuel : on parle davantage du « parent » que de père ou de mère. Ce qui n'est pas sans refléter une réalité sociologique qui montre que les rôles et les fonctions parentales sont désormais répartis de manière presque indifférenciée entre les deux sexes. La récente loi française sur le nom a, par exemple, remplacé le nom du père par un « nom de famille » (celui du père, de la mère ou des deux et, ce, dans un ordre variable), comme s'il s'agissait d'un nom « neutre » indépendant et du sexe et du genre du parent. La clinique contemporaine montre d'ailleurs que le parent tend à perdre de sa charge sexuée et sexuelle au profit du développement d'un potentiel symbolique (ou imaginaire) qui peut se focaliser autour d'instances ou figures parentales parfois passablement éloignées du cercle familial (cf. par exemple le rôle de tiers, tel un juge ou un éducateur).

J'ajoute que les jugements qu'on lit ici ou là sur les nouvelles parentalités sont en réalité des simplifications abusives de la pensée freudienne sur la sexualité qui tendraient à faire comme si les conduites hétérosexuelles sous-entendraient forcément des fantasmes hétérosexuels ; et vice versa, pour les conduites homosexuelles. Ce qui est inexact. La métapsychologie freudienne montre à l'inverse que la vie fantasmatique ignore ce genre de dichotomie. Et que l'hétérosexualité est aussi compliquée que l'homosexualité... Freud lui-même écrivait que, « du point de vue de la psychanalyse », l'hétérosexualité est tout autant un problème que l'homosexualité, et non quelque chose qui « va de soi »³¹.

Que nous apprend plus précisément la psychanalyse sur le devenir parent ? On découvre que, pour fabriquer un être humain, la rencontre de deux gamètes est loin d'être une condition suffisante. Un enfant a besoin, pour se développer harmonieusement, de deux adultes qui ont pu se constituer en parents, qui ont pu accomplir le travail psychique qu'est la parentalité. Que ces adultes soient de sexe différent, c'est une loi biologique que personne ne conteste, les parents homosexuels pas plus que les autres. Mais la clinique analytique fait apparaître que la différence des sexes persiste quand bien même ce ne seraient pas les parents du quotidien qui l'incarnent. L'identité, le moi de l'enfant, se forment dans le creuset de la vie psychique, relationnelle et sexuelle des adultes qui sont responsables de lui et l'élèvent. Ce qui est essentiel pour un enfant c'est de pouvoir se nourrir de la variété et de la richesse des échanges entre ses parents : si, par exemple, ceux-ci n'ont pas (ou peu) de vie sexuelle, l'enfant pourra avoir du mal à construire son identité sexuée. Un enfant a également besoin d'un lien privilégié stable dont il puisse se nourrir et auquel il puisse s'identifier : on qualifie en général ce lien de « maternel » mais rien ne dit qu'il ne puisse être tenu par un père. Un jeune individu a enfin besoin de savoir de manière claire

³¹ S. Freud. Trois essais sur *la théorie sexuelle*. (1905) Gallimard 1987. P. 51.

qui sont ceux qui lui ont permis d'« être au monde ». Ceux qui font partie de son histoire, de sa vérité biographique. Dans le cas de l'adoption, il faut qu'il ait accès à sa demande à l'identité de ses parents de naissance (c'est ce que dit la loi française). Dans l'AMP avec dons, symétriquement, il est essentiel qu'il puisse connaître l'identité des sujets qui ont fait don de leurs gamètes pour sa conception, de ceux qui se sont comportés comme des « tiers procréateurs » afin qu'il vienne au monde.

On pose évidemment la question de devenir du complexe d'Oedipe dans ces situations nouvelles. Force est de constater que les déclinaisons de parentalité auxquelles nous assistons aujourd'hui questionnent radicalement le modèle freudien construit exclusivement autour de l'identification, à travers la psychodynamique œdipienne, à deux parents de sexe « naturellement » différents, et à deux parents seulement. On ne peut que prendre acte du fait qu'aujourd'hui l'Oedipe, complexe nodal de la famille, n'est plus celui qui était décliné à la fin du XIX^e, au temps où Freud l'a élaboré. L'Œdipe de l'époque de Freud était, de fait, fort différent de sa déclinaison actuelle davantage centrée sur la place du tiers qu'occupait seul le père, entre la mère et son enfant. La « fonction paternelle » sur laquelle Lacan mit l'emphase n'est en ce sens rien d'autre que ce qui permet d'accéder à l'Œdipe et de se structurer. Ce qui est essentiel c'est que puisse se réaliser la triangulation psychique, dynamique structurante fondamentale pour la maturation psychologique du futur adulte. N'oublions pas que l'anthropologie offre au demeurant de nombreux exemples de sociétés où la représentation sociale est plus forte que le statut de père ou de mère. Faut-il donc penser la parentalité à partir du choix d'objet sexuel ? Rien ne le prouve. Le néologisme même du terme « homoparentalité » qui accole, dans un amalgame quelque peu réducteur, un type de choix d'objet sexuel et l'exercice de la parentalité, est en ce sens rien moins qu'évident.

Dans une société démocratique nul ne nous semble habilité à délivrer de « tampon de bonne parentalité » (même au nom de la psychanalyse !). Mais pour peu toutefois qu'une loi ait à donner son aval à la venue au monde d'un enfant (qu'il s'agisse d'adoption ou de l'accès aux procédures d'AMP), celle-ci devrait se placer « du côté de l'enfant ». Et ce qu'un État nous semble devoir à ses enfants, c'est l'établissement d'une filiation qui les relie de manière irréfragable et claire à ceux que la société désignera comme parents.

C'est pourquoi la proposition qui suit et qui se prononce pour l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe s'inscrit simultanément dans le cadre d'une proposition de levée de l'anonymat : ce qui veut dire que les procédures d'AMP avec dons de gamètes et/ou d'embryons ne pourront avoir lieu que si les individus « donneurs » ont accepté que leur identité soit communiquée à l'enfant issu

d'eux à partir de la majorité de ce dernier à condition que ce dernier en ait fait la demande (cf. infra ch. 2).

Je propose ainsi la modification de l'article L. 2141-2, en ses alinéas 2 et 3 du code de la santé publique. Le texte énoncerait : « elle a pour objet de remédier à l'incapacité naturelle constatée d'un couple à procréer ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Les deux membres du couple tel que le définit l'article 515-1 du Code civil (« un couple est constitué de personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe ») doivent être vivants, en âge de procréer et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ».

Comme nous l'expliquons dans la section 2, on perçoit au demeurant les signes de la demande de la société vis-à-vis de l'accession à l'AMP des couples vivant une vie homosexuelle. Nos voisins les plus proches (dont la Belgique, les Pays-Bas, l'Espagne, la Grande-Bretagne) ont, après de nombreuses commissions et réflexions, légiféré en ce sens.

Mais - et nous citons ici le seul exemple de l'évolution législative belge - il convient de remarquer que ces lois ont procédé par des étapes, cohérentes entre elles, qui, petit à petit, ont modifié le paysage de la parentalité.

Qu'on en juge sur l'exemple de la législation belge. La loi du 13 février 2003 a ouvert le mariage à des personnes de même sexe. Par la suite, la loi du 18 mai 2006 les a autorisés à adopter. Celle du 6 juillet 2007, enfin, relative à la procréation médicalement assistée a entériné la pratique des médecins qui proposaient depuis plusieurs décennies l'insémination artificielle à des couples de lesbiennes. Et on s'attend, disent les commentateurs, à une prochaine révision législative relative à la gestation pour autrui.

Il ne s'agit nullement ici d'inviter à imiter les lois belges mais bien de montrer la cohérence d'une architecture législative dans ce domaine : le premier maillon a, on le voit, consisté à reconnaître officiellement les couples de même sexe ; à partir de là en a découlé la possibilité d'adopter et, *in fine*, l'autorisation de recourir à l'AMP. Ce n'est pas en France le chemin qui a été pris pour l'instant, on le sait. Mais rien n'est impossible...

La question de la GPA au bénéfice d'un couple d'hommes

En accord avec Valérie sur l'idée centrale selon laquelle le seul mécanisme utilisable de rattachement à ses parents d'un enfant conçu par GPA est celui de l'adoption par celui des deux qui n'a pas de lien charnel avec l'enfant, notre différence d'opinion porte sur le fait de savoir si les parents du couple

d'intention doivent nécessairement être de sexe différent³².

Je ne reviens pas sur ce que j'ai écrit précédemment sur le principe de l'accès à la parenté. Mais afin de mieux moduler l'apport de la psychanalyse à ce débat dans le contexte particulier où l'on envisagerait une extension possible de la GPA aux couples homosexuels masculins, je cite ces lignes de la psychanalyste Sabine Prokhoris qui a beaucoup apporté à notre groupe de travail et m'a enrichie de nos échanges : « N'oublions pas que Freud lui-même, concernant la question de la distinction « masculin » / « féminin », observait que ces notions sont à la fois « non équivoques pour l'opinion commune »³³, et remplies d'obscurité du point de vue scientifique. Là non plus, rien n'est simple. Nous avons donc à faire avec cela, et il nous faut admettre que les « évidences » du sens commun, sans qu'on les jette pour autant aux orties, ne sont en rien assurées quant au sens, partagé mais néanmoins flou, qui est le leur. »

En second lieu, le devenir du petit humain relativement à la question de sa sexualité d'une part, de ses choix d'objets amoureux d'autre part, excède largement, et c'est heureux, le cadre familial proprement dit. Soutenir que le destin sexué d'un enfant, à savoir les formes que prendront sa manière d'être « homme » ou « femme », avec telle ou telle sexualité, serait voué à la confusion face à des parents du même sexe, revient à ignorer ceci : à savoir que la construction de l'« identité » sexuelle est toujours un trajet compliqué, jamais achevé de toute façon, et qu'elle se bricole à partir de d'ingrédients pêchés ici et là, dans la famille et hors de la famille, les traits dits « masculins » ou dits « féminins » pouvant être soutenus par des femmes autant que par des hommes. Ce qui permet un processus souple et ouvert d'identification, qui n'enferme pas le sujet dans un personnage figé et incapable de liens d'amour, c'est précisément que l'identification ne se produise pas en bloc, à la totalité (imaginaire) d'un modèle paralysant tout mouvement psychique. On ne voit donc pas non plus en quoi le fait que le couple parental soit un couple dont les partenaires sont du même sexe empêcherait un enfant de se construire tout à fait normalement, c'est-à-dire d'une façon ouverte et mobile. De même, le devenir homo ou hétérosexuel d'un enfant est le fruit

³² M'a beaucoup aidée à réfléchir une thèse récente d'anthropologie sur la GPA, légale pour les couples de même sexe dans l'Etat d'Ontario au Canada (thèse dirigée par Chantal Collard, professeur d'anthropologie à l'Université Concordia qui est elle-même intervenue dans notre groupe de travail). Mais j'ai été surtout nourrie des échanges avec le groupe, par oral et par e-mail, depuis la rédaction du premier jet du Rapport. La thèse canadienne est celle de Shireen Kashmeri. *A Thesis In The Department of Sociology and Anthropology: "Unraveling Surrogacy in Ontario, Canada: An Ethnographic Inquiry on the Influence of Canada's Assisted Human Reproduction Act (2004), Surrogacy Contracts, Parentage Laws, and Gay Fatherhood" Presented at Montreal, Quebec, Canada, July 2008.*

³³ S. Freud. Idem p. 161. Voir aussi : « Sur la psychogénèse d'un cas d'homosexualité féminine. » (1920) in *Névrose, psychose, perversion*. PUF.1974. p. 270.

également de trajets compliqués, qui ne reproduisent pas mécaniquement la *sexualité des parents, même si, et c'est vrai pour toute situation, il en traduit*, en une élaboration imprédictible, quelque chose. Comme chaque histoire humaine en témoigne singulièrement³⁴.

Il semble désormais qu'une majorité de Français (cf. par exemple l'opinion émise aux États généraux de la bioéthique en juin 2008) se prononce désormais pour l'accès à l'adoption de couples de même sexe. C'est une position que nous avons largement étayée dans notre rapport. Ce qui fait débat n'est donc plus guère la capacité de deux personnes de même sexe d'élever des enfants. La loi sur l'adoption, en avance sur ce point, a accordé en 1966 la filiation plénière à un célibataire (femme ou homme) qui adopte un enfant (point que nous avons d'ailleurs discuté dans le rapport estimant qu'il est préférable qu'un enfant a besoin de deux parents pour se construire).

Ce qui a suscité le plus d'interrogations entre nous et dans le groupe me semble-t-il, c'est la question du droit à créer un enfant *de novo*, par AMP, pour des hommes. Pour les femmes la question est toujours plus simple au sens de la procréation, fût-ce par GPA. Car il y a toujours un état de fait : celui d'une « maternité partagée » (avec des modalités variables) entre une mère d'intention (qui est souvent aussi la mère génétique) et une mère gestatrice qui vivra, dans les cas que nous préconisons, une « maternité intercalée » (une grossesse pour autrui après la sienne propre pour reprendre la juste expression de la loi grecque).

Rien de tel pour les hommes qui ne peuvent procréer sans mère.

Pour creuser ce contexte familial inédit, j'invite à réfléchir à partir d'un jugement canadien particulièrement novateur (que j'ai analysé dans *Famille à tout prix*) car on peut le lire, à mon sens, comme une anticipation de ce que pourrait être un exemple de famille multi-composée à partir d'une assistance médicale à la procréation avec participation de tiers (*third party reproduction*), transposée pour l'exemple en configuration de GPA dans un couple gay. Dans le cas hypothétique envisagé, il s'agirait de deux pères gays et d'une mère gestatrice étrangère à ce couple.

Mais voici ce jugement qui, lui, concerne en l'espèce le statut d'un enfant d'un couple de femmes homosexuelles qui ont recouru à une insémination après avoir fait appel à un homme qui a donné son sperme avec l'intention de participer de manière humaine au projet parental de ce couple :

« Le 2 janvier 2007, les trois juges d'une cour d'appel de l'Ontario ont estimé, à l'unanimité, qu'il pouvait être dans *l'intérêt d'un enfant d'avoir trois parents*

³⁴ *Encyclopédie la naissance*, Albin Michel, 2009.

en accordant le statut de mère à la compagne de la mère qui s'en occupe depuis sa naissance. Cet enfant est né, il y a cinq ans, grâce à une insémination artisanale avec un donneur de sperme connu de ce couple de femmes. Cet homme a reconnu l'enfant et participe à son éducation. La démarche de la deuxième mère était soutenue par les deux parents de l'enfant. C'est la première fois, au Canada, *qu'est ouvert l'accès à la triparenté : un enfant, dans son intérêt, ont estimé les juges, peut avoir un père et deux mères [...]*. Il n'est pas improbable que, dans l'esprit des juges, soit intervenu le fait que les deux femmes cohabitaient depuis 1990 et qu'elles ont décidé, en 1999, de rechercher un donneur de sperme qui ne serait pas étranger à la vie de l'enfant. De plus, la compagne de la mère avait eu l'intention d'introduire une demande d'adoption de l'enfant. Elle y avait toutefois renoncé car l'agrément de cette demande aurait signifié la perte, pour l'homme, du statut de père. *Les juges pouvaient donc estimer qu'ils étaient en présence d'une « réelle » famille composée de trois parents, même si l'homme ne réside pas avec les deux femmes et l'enfant.* Cet enfant résulte de la volonté de deux femmes qu'il vienne au monde, de la volonté d'un homme de le leur permettre, et de l'investissement de ces trois personnes dans le « *travail parental* », avec un investissement particulièrement soutenu, dans la cohabitation quotidienne, de celle qui revendiquait le titre de troisième parent³⁵.

Il me paraît possible que cette *triparenté* fondée sur une combinatoire entre lien biologique, lien quotidien et lien volontaire, tous trois portés par plusieurs personnages « parentaux » selon diverses modalités, puisse à l'avenir se retrouver tant dans des familles hétéroparentales (composées par AMP avec des dons de gamètes et/ou d'embryons) qu'au sein de familles homoparentales et notamment chez des couples d'hommes qui deviendraient parents par GPA.

Dans le cas qui nous occupe, celui d'un couple d'hommes, le schéma pourrait être le suivant :

Un couple gay marié, pacsé ou concubin, concevrait un enfant (par IA ou FIV) *grâce à une gestatrice qui serait de préférence aussi donneuse de son ovocyte* (cf. infra). Le compagnon du « père de conception » adopterait l'enfant de son conjoint. Conformément au système d'établissement de la filiation d'un enfant conçu avec tiers donneur, l'acte de naissance intégral contiendrait la mention du jugement autorisant le recours à la GPA. Ainsi informé, l'enfant pourrait demander copie du jugement, qui contiendrait le nom de sa mère génétique ou gestatrice, voire les deux noms si les fonctions de génitrice et de gestatrice ont été dissociées. La présence de cette dernière (ou de ces dernières) dans la vie de l'enfant dépendrait des accords mutuels des protagonistes (allant d'un genre de

³⁵ Les commentaires sont ceux de la sociologue Marie-Blanche Tahon avec laquelle j'ai échangé récemment associée à Chantal Collard à propos de notre rapport. Les italiques sont les miennes.

« co-parentalité » au sens où l'entend l'APGL³⁶, à un simple échange de nouvelles, à distance). L'important, l'essentiel, est qu'il y ait un jugement qui sécurise la filiation de l'enfant et qui soit également garant de la dignité de la gestatrice en empêchant même toute forclusion de la part des pères. L'enfant pourra ainsi à tout âge reconstituer son histoire.

Il me semble important d'ajouter que le choix de dissocier ou non la maternité, choix extrêmement complexe, surtout pour le futur enfant, devrait dans ce cas revenir à la mère gestationnelle, en accord avec les parents à l'origine du projet parental. N'est-ce pas à elle, en dernière analyse, de décider, après avis de consultants spécialisés, si elle préfère porter un enfant qui lui soit relié génétiquement ou si elle prend l'option inverse ?

Cette option (que la gestatrice puisse dans certains cas être aussi mère génétique) diffère de la position soutenue par Valérie et moi-même concernant notre recommandation selon laquelle, dans les familles hétéroparentales, la gestatrice ne devrait être la mère génétique (ainsi que le préconise, par exemple, la loi grecque).

L'opinion que je défends ici repose sur des données tant anthropologiques que métapsychologiques que je résume de façon un peu lapidaire par la formule : « deux mères, ça passe, trois c'est plus difficile ». Pas tant d'ailleurs pour les parents - qui pourraient fort bien s'en accommoder - que pour la construction de l'identité narrative de l'enfant. Tant l'adoption (une mère de naissance + une mère adoptive), que la GPA dans le cas de couples hétéroparentaux (une mère d'intention et génétique + une mère gestatrice) montrent que cet adage fonctionne bien, depuis longtemps d'ailleurs, bien avant l'AMP !

Plus compliqués en revanche me semblent les cas où il existe trois figures maternelles : comme le montre par exemple la clinique de la FIV avec don d'ovocytes chez les couples hétéroparentaux où cohabitent - ou cohabiteront - dans le psychisme de la mère et du futur enfant un kaléidoscope maternel fait de représentations de la mère d'intention, de la donneuse d'ovocyte et de la mère gestatrice.

Dans notre rapport nous avons, en tout état de cause, tenté de minimiser cette difficulté de la GPA par une double précaution :

1. Que la femme qui donne ses ovocytes ne soit jamais anonyme.
2. Que l'acte intégral de naissance comporte mention du jugement autorisant le don de gestation afin que l'enfant puisse, à partir de la majorité, s'il le désire, accéder à l'identité de cette dernière.

Au regard de la psychanalyse, ceci montre une fois encore que ce n'est pas tant la sexualité des parents qui pose problème que la manipulation du lien de

³⁶ APGL : Association des parents gays et lesbiens

filiation qui risque dans certains cas de ne plus faire sens, ce quelle que soit la sexualité du couple.

J'ajoute que la parenté comporte trois axes : celui de la filiation, lien vertical ; celui de l'alliance, lien horizontal ; et celui de la germanité (lien entre frères et sœurs). Les AMP avec tiers procréateurs jouent sur les trois axes. Mais on réduit en général - à tort - le débat aux seuls axes de la filiation et de l'alliance ; en gommant, en outre, la dimension transgénérationnelle de la filiation. Un seul exemple ici : comment penser le statut des grands-parents et des germains dans la GPA si la maternité est divisible en trois ? Peut-on passer sous silence l'investissement que peuvent faire des grands-parents de l'enfant de leur fille si celle-ci est à la fois mère gestatrice et génétique ? Et *quid* des germains etc. ?³⁷

Une autre citation, cette phrase d'Anne Cadoret, membre actif de notre groupe, éclaire nombre d'aspects de la « *third party reproduction* », notamment celle de la GPA dans les familles homo- ou hétéro-parentales : « Lorsque ces deux conditions essentielles [procréation et filiation] se séparent, quel statut donner à l'une et à l'autre ? Pouvons-nous encore croire que la procréation de l'enfant est la grande raison de sa filiation en perdurant dans une conception de deux seuls parents possibles, un père géniteur et une mère génitrice, quels que soient les liens d'alliance entre eux deux ? Ou pouvons-nous concevoir que nous avons quelquefois quatre parents : un géniteur et un père, une génitrice et une mère ? *Ou encore, qu'à côté des nos parents auxquels sont dévolus le rôle de parents et les fonctions parentales (la parentalité), existent d'autres figures nécessaires à notre venue au monde, les figures génitrices, qui pourraient peut-être faire partie de la vérité biographique de l'enfant – car son corps vient en partie d'elles – sans détenir pour autant un lien avec les autres parents de l'enfant ?* »³⁸

L'article 16-7 du Code civil comporterait alors un alinéa supplémentaire, aux termes duquel on pourrait lire que : « L'acte de gestation pour autrui est également admis au bénéfice des couples formés par deux hommes, à condition que l'enfant soit rattaché à l'un de ses deux membres du couple, la femme qui porte l'enfant pouvant en ce cas lui être génétiquement rattaché ».

L'article 2141-2 devrait lui aussi connaître certaines modifications en ses alinéas 2 et 3 : « Elle (l'AMP) a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité.

³⁷ Il convient de développer ces questions à la lumière du terrain et de la clinique. Ce que certains membres du groupe ont commencé à faire ; cf. le dossier du numéro d'*Esprit* de mai 2008 (dossier coordonné par Irène Théry).

³⁸ « L'apport des familles homoparentales dans le débat actuel sur la construction de la parenté. », *L'Homme*, n°183, Juillet 2007.

Les personnes formant le couple doivent être vivantes, en âge de procréer et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination... ».

Quelques années plus tard....

Acte de naissance

Copie intégrale

N° 000001/ 2011 CARANE Emeline Victoria

« Par transmission en date du 06 juin 2011, le Procureur de la République près le Tribunal de Grande instance de Paris a requis de Nous, la transcription du dispositif d'un jugement d'autorisation de recours à l'AMP avec don d'ovule et don de gestation prononcé le 02 février 2013, par le Tribunal de Grande instance de Paris.

De ce jugement, dont la transcription tiendra désormais lieu d'acte de naissance, il résulte que le 23 décembre 2011 à dix huit heures quarante cinq minutes en notre commune est né un enfant du sexe féminin prénommée Emeline Victoria, fille de DUPAT Stéphane, né à Amiens (Picardie) le 18 mai 1976, directeur général de société, et de Grégoire PARME, né à Strasbourg (Bas Rhin), le 14 décembre 1978, ingénieur, domiciliés à Paris 8^e, 14 rue de Castellane.

Transcrit par nous, Alain LAVAUX, chef de bureau à la Mairie de Saint-Cloud, Officier de l'Etat civil par délégation, le 28 juin 2014 à 9 heures 15 minutes.

Le 16 décembre 2016

Pour copie conforme,

L'Officier de l'Etat civil délégué

Pour la révision de 2010 (Valérie Depadt-Sebag)

L'AMP est un ensemble de techniques destiné à remédier à la stérilité d'un des membres d'un couple porteur d'un projet parental, voire des deux en cas de double stérilité. Par l'application de ces techniques, la médecine tente d'atténuer, dans le domaine de la procréation, l'inégalité inhérente à la diversité humaine.

Dans cette logique, l'infertilité est entendue en un sens exclusivement médical. Aux termes de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, « elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ».

Ainsi, l'AMP appartient au domaine de la santé, sa mise en place par les pouvoirs publics relève du droit à la santé. La médecine intervient uniquement sur indication médicale.

Etendre l'accès à l'AMP aux couples composés de deux hommes ou de deux femmes reviendrait à faire tomber les limites de la thérapeutique pour laisser place au vaste champ du désir. Mais alors, comment délimiter le domaine de l'AMP ? Comment identifier le désir légitime, celui qui doit être reconnu par la société comme un progrès, du désir illégitime, contraire aux normes définies par l'ordre démocratique ?

Car là sont les enjeux d'une telle modification de la loi actuelle. Admettre l'insémination d'une femme afin qu'elle et sa compagne puissent devenir les parents de l'enfant à naître relève d'une technique assez simple sur le plan médical, mais les conséquences d'une telle ouverture dépasseraient la question de l'insémination des femmes homosexuelles. Elle signifierait en réalité un véritable bouleversement de notre organisation socio-familiale.

Dès lors en effet que les femmes seraient autorisées à recourir à l'insémination avec donneur pour avoir un enfant, au cas où la GPA serait admise, il deviendrait délicat d'en refuser l'accès aux hommes afin qu'ils puissent eux aussi avoir un enfant, dans la mesure où un couple d'hommes peut tout aussi bien constituer une famille qu'un couple de femmes. Or, en raison de sa complexité, la gestation pour autrui, si elle était admise, devrait rester une technique exceptionnellement employée.

Au-delà de la question des couples homosexuels, si le projet parental devient la seule condition du recours à l'AMP, comment ne pas en admettre l'accès aux hommes célibataires, ainsi qu'aux femmes célibataires ou ménopausées ?

En matière d'AMP, instituer la médecine du désir reviendrait à proclamer un

droit subjectif à l'enfant, droit dont toute personne pourrait alors exiger la satisfaction. Mais à l'évidence la proclamation d'un tel droit, dénué de limites, ne s'accorderait pas du maintien de l'intérêt de l'enfant.

Ainsi, le droit « à l'enfant », au-delà de la formule rhétorique trop souvent utilisée, ne peut qu'être classé dans les faux droits de l'homme ; des droits qui, non inhérents à la nature humaine, représentent en réalité des « droits créances » dont les titulaires s'adressent abusivement à l'Etat afin qu'il leur fournisse les moyens d'obtenir satisfaction. Or les vrais droits de l'homme ne sont pas des « droits créance », ce sont des « droits-liberté ». Les dangers de ces faux droits de l'homme ont été démontrés dès le 19^e siècle : « les faux droits de l'homme entraînent des conséquences perverses. Ils minent l'autorité de l'Etat qui, à force d'étendre ses limites, n'arrive plus à assumer ses fonctions originelles³⁹ ». Un droit de l'homme est un droit proclamé que toute personne peut opposer aux Pouvoirs publics et que les gouvernants ont comme devoir de faire respecter. Le droit à la vie, à la liberté, à la propriété, à la dignité, sont de vrais droits de l'homme.

L'intérêt de l'enfant exige également la plus grande prudence, prudence que le droit traduit par la notion de principe de précaution qui, ici, doit trouver application. Nous avons vu (cf. chapitre 2) que certains des enfants nés d'une AMP avec donneur demandent aujourd'hui à pouvoir accéder à l'identité de leur géniteur. Ce faisant, ils expliquent très clairement qu'ils ne recherchent pas un père ou une mère, que leurs parents sont leurs parents d'intention, que leur demande d'accès à l'identité de leurs géniteurs traduit uniquement leur besoin d'être en mesure de retracer leur histoire. Or l'enfant né d'une AMP réalisée au bénéfice d'un couple d'hommes ou de femmes aura deux pères ou deux mères, mais il n'aura pas un père et une mère. On peut alors craindre qu'il n'identifie son géniteur, sa génitrice ou sa gestatrice au père ou à la mère absent de son paysage familial, cela alors que le donneur ou la donneuse aura participé à sa conception sans aucune intention d'être son père ou sa mère au sens socio-juridique du terme. Comme nous l'avons expliqué, cette question ne se pose pas dans le cadre de l'adoption, que nous préconisons.

Il ne s'agit pas de refuser l'accès à la parenté aux couples homosexuels, il s'agit pour moi de refuser que des moyens médicaux, dont on connaît le potentiel de risque pour la suite des générations, soient mis au service de cette demande sociale.

Lorsque, pour des raisons inhérentes à la physiologie humaine, un couple se

³⁹ J. Ph. Feldman, Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l'homme », Dalloz 21009, Chronique p. 1039.

trouve empêché de procréer, l'adoption représente une réponse sociale à une demande sociale (conf. Section 2). Il serait injustifiable car totalement illogique de permettre l'accès à l'homoparentalité par la voie de l'AMP, alors que l'adoption est encore refusée aux couples de même sexe, de façon par ailleurs tout à fait discutable. On ne peut court-circuiter le débat relatif à l'homoparentalité par le recours à l'AMP dont la réglementation dans sa totalité relève d'une autre logique : la logique médicale.

De fait, la question de l'accès à la parenté des couples homosexuels et de la reconnaissance de l'homoparentalité relève du droit de la famille, voire des libertés fondamentales. Or les textes qui, en droit positif, fondent le droit de former une famille visent la famille créée par un couple formé d'un homme et d'une femme.

Le recours à l'AMP pour les couples de même sexe ne peut s'envisager que comme l'application du droit à fonder une famille. Or la reconnaissance de ce droit ne relève pas de la médecine. Il relève d'un choix politique dont seul le droit de la famille, plus sûrement la modification de la Constitution, peut assurer la transcription.

RÉSUMÉ DES PROPOSITIONS DE MODIFICATION DE LOI

1°) Sur les conditions d'accès à la parenté

(Art. L. 2141-2 Code de la santé publique)

Dans le domaine de l'AMP

- Admission du transfert d'embryons *post-mortem*
- Suppression de l'exigence pour les couples non mariés de la preuve de deux ans de vie commune
- A terme : ouverture de l'AMP aux couples homosexuels

Dans le domaine de l'adoption

- Ouverture de l'adoption aux couples non mariés
- Ouverture de l'adoption aux couples homosexuels

A propos de la coexistence de l'AMP et de l'adoption en tant que modes d'accès à la parenté

- Légalisation du principe selon lequel l'engagement d'un couple dans un protocole d'AMP ne doit pas lui fermer la voie de l'adoption

2°) Sur le principe d'anonymat dans l'AMP avec tiers donneur

- Suppression totale du principe d'anonymat
- Mise en place d'un organisme d'aide à l'information type CNAOP (*Conseil national pour l'accès aux origines personnelles*)

3°) Le réaménagement des règles relatives à l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une technique d'AMP avec tiers donneur

- Autorisation du recours au don par jugement indiquant l'identité du (ou des) donneur(s)
- Conservation du jugement dans le registre de l'état civil et mention dans la copie intégrale de l'acte de naissance

4°) La gestation pour autrui

- Admission de cette technique comme palliatif à certaines formes de stérilité féminine
- Contrôle par un comité d'experts (dont feraient partie des représentants de patients)
- Autorisation du recours à la GPA par jugement indiquant l'identité de chaque intervenant dans la conception de l'enfant
- Conservation du jugement dans le registre de l'état civil et mention dans la copie intégrale de l'acte de naissance
- A terme : accès à la GPA pour les couples homosexuels

5°) La situation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger

- Admission de la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger, avec mention des circonstances de la conception dans la copie intégrale de l'acte de naissance français

6°) Le double don de gamètes

- Admission du double don de gamètes en cas de double infertilité constatée

CONCLUSION

Geneviève Delaisi de Parseval

Si nous avons critiqué certains points la loi bioéthique actuelle, c'est notamment parce qu'elle régleme jusqu' dans les moindres détails, « à coup de projet parental », la panoplie évolutive des techniques de procréations assistées ; en imposant par exemple aux couples non mariés une durée d'ancienneté de deux ans, à charge pour le corps médical d'effectuer ce genre de vérification dont ils n'ont d'ailleurs ni les moyens, ni l'envie. On doit, de fait, s'interroger sur cette conception tutélaire de la médecine imposée ici par la loi au corps médical au terme d'une mission qui, sur certains points, dépasse le raisonnable. La raison de ce phénomène tient pour partie au fait qu'il n'y a pas, en France, de consensus sur ces questions même si les porte-parole officiels de l'éthique biomédicale tentent vainement de faire croire qu'il en existe un : tel celui, invoqué en forme de litanie, des *so called* « principes universels éthiques » d'anonymat et de gratuité (qui sont, au mieux, des règles de protection des personnes, mais en aucun cas des principes éthiques). La morale officielle se construit trop souvent sur des principes qui tendent à devenir des dogmes. Il existe d'ailleurs un vrai malaise dans la bioéthique française, et ce n'est sans doute pas un hasard si l'ancien président du CCNE, Didier Sicard, a publié un livre, *L'Alibi éthique*, qui souligne l'ambiguïté du terme « bioéthique », celle de l'alibi d'un pouvoir masqué derrière de beaux principes. Pourquoi ne pas se contenter pour l'instant d'un « vrai » débat public sur ces questions qui intéressent au plus haut point nos concitoyens ? Au lieu de désigner *a priori* le milieu professionnel techniquement compétent comme seule source de réflexion éthique, ce qui tout à la fois biaise le débat (les « experts » sont la plupart du temps juge et partie) et le ferme avant même qu'il n'ait été ouvert.

L'exercice de l'autonomie morale ne nécessite pourtant ni de grands talents, ni d'éminentes vertus. Kant l'avait remarqué : la faculté de juger en matière pratique se rencontre chez des gens très simples. Et il faut s'attendre, selon une intuition du philosophe néo-kantien T. E. Engelhardt, à ce que l'éthique soit, à l'avenir, moins déontologique qu'argumentative ou procédurale⁴⁰. Il s'agit, dans ces débats,

⁴⁰ In *The Foundations of Bioethics, op cit.*, ch. 2. Pour un commentaire de cette position je me permets de renvoyer à l'article écrit avec Anne Fagot-Largeault, "Qu'est ce qu'un embryon ? Panorama des positions philosophiques actuelles, *Esprit*, juin 1989, n°6.

d'opérer une distinction claire entre ce qui est « constitutif » de l'éthique et ce qui est seulement « exhortatoire », donc soumis à discussion. La seule règle morale *universelle* est celle du respect des personnes. Chacun juge, comme il l'entend, de ce qui doit être, à condition de reconnaître la même liberté chez autrui.

Il nous a toutefois semblé indispensable de fournir un cadre juridique à ces réflexions. La clinique de l'AMP conduit, on l'a vu, presque chaque année voire chaque mois, à remettre en chantier des questions que l'on croyait closes ou qu'on n'avait même jamais envisagées ; telle, par exemple, la question du statut de l'embryon *in vitro*, congelé, donc « hors du temps », ou encore celle du statut d'une mère seulement porteuse, seulement génétique ou seulement d'intention. C'est ce à quoi nous nous sommes employées dans ce rapport, nos deux voix (voies) s'avérant parfois en décalage dans leur analyse. Mais nos outils respectifs, le droit, la psychanalyse et l'anthropologie de la parenté ont chacun leur logique.

Le point de vue majeur qui a suscité des débats entre les deux rédactrices de ce rapport s'est situé, on l'a vu, autour de la question de l'accès à l'AMP pour les homoparents (expression que je préfère à celle, employée habituellement, de « parents homosexuels », car on devrait alors parler de parents hétérosexuels !) ; on ne peut en effet, pour la psychanalyse, définir un individu par sa pratique sexuelle à tel ou tel moment de son histoire. On a vu que tant Valérie que moi-même avons largement étayé notre position sur la nécessité d'ouvrir l'accès à l'adoption aux homoparents tout en défendant notre préférence au regard de l'intérêt de l'enfant que celui-ci soit conçu et/ou élevé par un couple (rappelons que la loi sur l'adoption qui a créé en 1966 une filiation plénière entre un célibataire et un enfant, était une loi de circonstance). Il ne s'agit donc en aucun cas pour nous de contester la capacité à être parent de tel ou tel en fonction de sa vie sexuelle, mais d'insister sur notre préférence pour qu'un enfant ait deux parents pour pouvoir se construire. Valérie a explicité clairement sa position, montrant que l'AMP a été conçue, comme son nom l'indique, comme une assistance médicale à la procréation pour des couples infertiles.

Différente, on l'a vu, est ma propre position. J'y reviens ici brièvement. Il me semble que dès le début de l'AMP (dès l'IAD), les techniques d'AMP ont été conçues comme des techniques de confort, palliatives en quelque sorte (rendre parents des couples qui seraient restés sans enfant), mais des techniques dont seul l'habillage est médical car, sur le fond, elles ne guérissent pas la stérilité. Ni masculine : le père reste stérile en IAD ; il devient père par le truchement du remplacement de son sperme par celui d'un homme fertile qu'on a anonymisé pour le confort général - des parents, des médecins, de la morale... Ces techniques ne guérissent pas non plus l'infertilité féminine bien que la donne soit plus complexe pour la mère qui reçoit un ovocyte puisqu'elle est enceinte

et accouche ; mais elle n'est cependant pas mère génétique, c'est une autre femme qui l'est. Quant au cas de la gestation pour autrui, on a vu que même si le scénario est plus simple au plan psy quand les deux parents d'intention fournissent l'un et l'autre leurs gamètes, il reste que la médecine ne guérit pas non plus les pathologies utérines. Quant aux parents qui accueillent des embryons, ils demeurent également l'un et l'autre stériles quand bien même la mère aurait accouché. Ces propos ne remettent nullement en question la nécessité de soulager la souffrance de l'infertilité. Mais il me semble capital de ne pas le faire au prix d'un risque d'instrumentalisation de tel ou tel protagoniste de ces montages familiaux, qui demeurent complexes.

Il est clair en tous cas que - sauf exception - les couples d'homoparents ne sont pas infertiles. Au nom de quoi alors leur refuser la médecine de confort que l'on propose aux couples classiques ? D'autant que la loi sur l'adoption s'interdit de demander à un célibataire qui va adopter quelle est sa vie sexuelle. C'est la loi et c'est très bien. C'est donc seulement en AMP qu'existe une discrimination anti-couples de même sexe fondée sur de pseudo arguments psy sur lesquels je reviens en quelques lignes. Un certain nombre d'experts qui soupçonnent une vie homosexuelle chez tel ou telle candidat(e) à l'AMP tonnent en brandissant un maître-mot, « l'ordre symbolique ». Or il me semble important, en tant qu'analyste, de souligner le contresens qui consiste à prêter au symbolique, amalgamé souvent de façon abusive avec une mythique fonction paternelle ou masculine, les caractères d'un ordre qui serait universel et échapperait à toute mise en perspective historique. Rhétorique qui mélange, sans nuance, mauvaise psychanalyse et piètre droit... Mélange qu'un excellent juriste, Denys de Béchillon, a dénoncé comme « la rencontre de la science du droit comme prêche et de la psychanalyse comme morale »⁴¹ ! Il existe dans cette façon de voir une manifeste collusion entre le maniement de l'ordre symbolique et le désir désespéré de certaines familles d'esprit de maintenir des formes historiquement dépassées de la famille. Nul n'ignore pourtant que depuis les années soixante l'évolution de la société française, notamment dans le registre législatif, a amené à réfléchir sur l'ordre symbolique du modèle patriarcal en y décelant non un ordre des choses, immuable par nature, mais un ordre social historiquement constitué. La situation actuelle de la parenté nous sort complètement d'un ordre patriarcal dans lequel l'enfant, à moins d'être un bâtard, était l'enfant né dans le mariage et du mariage ; d'un ordre où la sexualité vraiment permise devait être entre mari et femme, parce que possiblement à finalité procréative ; d'un ordre où la femme, cet être de chair, se devait de ne porter que l'enfant de son époux et non d'un amant ; où l'homme se devait de veiller à la bonne conduite de son épouse, etc. La société a changé, c'est un fait, mais est-ce la fin du monde

⁴¹ In *Qu'est ce qu'une règle de Droit*, Ed. Odile Jacob, 1997

pour autant ? N'est-il pas temps de cesser de broder de manière nostalgique sur cet ordre passé ?

Serge Hefez, membre de notre groupe, rappelle avec une modestie dont nombre de (mauvais) prophètes contemporains de la psy devraient prendre de la graine, que « la psychologie est une science très faiblement anticipatrice et que si elle permet, après coup, de démêler les situations et de leur donner un sens, elle n'est aucun cas capable de fournir des modes d'emploi... »⁴². Je pense ainsi, comme nombre des membres de ce séminaire, que la demande des couples de même sexe en AMP doit être entendue.

Pour conclure que, il me semble si on veut y voir plus clair dans le kaléidoscope des configurations familiales actuelles, il importe de prendre en compte une définition plus large et plus souple de la famille que celle véhiculée par les représentations européennes de la parenté. Telle celle que proposait une spécialiste américaine de bioéthique, Ruth Macklin, qui écrivait : « Il n'existe pas de réponse simple à la question de savoir comment les moyens artificiels de reproduction affectent notre compréhension de la famille. Étant donné qu'il n'existe pas de concept unique, univoque de « famille », c'est seulement une décision morale et sociale qui déterminera à quels « éléments » de la notion de famille on donnera priorité⁴³ ». J'ajoute : « C'est seulement une décision politique qui déterminera... ».

⁴² *Anti-manuel de psychologie. Toi, moi... et l'amour*, Editions Bréal, 2009.

⁴³ Ruth Macklin in « Artificial Means of Reproduction and our Understanding of the Family », *Hastings Center Report*, n°1, janv.-fév. 1991.

ANNEXES

ANNEXE 1 - Composition du groupe de travail

Présidentes

Geneviève DELAISI de PARSEVAL est psychanalyste et consultante en bioéthique. Elle est auteur ou co-auteur d'une dizaine d'ouvrages traduits en plusieurs langues dont *L'art d'accommoder les bébés, 100 ans de recettes françaises de puériculture* (Seuil, 1979, Poche Odile Jacob, 2001), *La part du père* (Seuil, 1981, Points Essais, 2004), *Enfant de personne* (avec P. Verdier, Odile Jacob, 1994), *La part de la mère* (Odile Jacob, 1997), *Roman familial* (Odile Jacob, 2003) ou encore *Famille à tout prix* (Seuil, 2008). Elle a par ailleurs publié une centaine d'articles dans des revues d'anthropologie, de droit, de médecine, de philosophie, d'histoire et de sociologie. Geneviève Delaisi de Parseval collabore à plusieurs centres d'éthique bio-médicale dans le monde, en Australie à l'Université Monash, au Danemark, au Canada et en Belgique (UCL et ULB).

Valérie DEPADT- SEBAG est docteur en droit, maître de conférences à la faculté de droit de l'Université Paris 13, enseignante dans le Master de bioéthique de l'Université Paris 12 et à l'Espace éthique des hôpitaux de Paris. Elle est également membre de la composante « *Groupe éthique, science, santé et société* » au sein de l'équipe d'accueil « *Études sur les sciences et les techniques* » de l'université Paris-sud 11, Secrétaire générale du Comité d'éthique du journal *Pause santé* et du Comité de protection des personnes de l'hôpital Henri Mondor.

Membres du groupe de travail

Anne CADORET est anthropologue, chargée de recherche au Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) et membre du Centre de Recherche sur les Liens sociaux (CERLIS). Elle travaille depuis de nombreuses années sur le système de parenté français. Ses travaux portent sur la parenté d'accueil *Parenté plurielle. Anthropologie du placement familial*, (L'Harmattan, 1995), l'homoparenté *Des parents comme les autres. Homosexualité et Parenté*. (Paris, Editions Odile Jacob, 2002), « Parenté et familles homoparentales : un grand chahut » in *Les défis contemporains de la parenté*, dir. par Enric Porqueres i Gene, Paris, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 2009, pp. 151-170,

« Surrogate Mothers : between Kinship and Market », in D. Marre and L. Briggs (ed.), *Global Adoption, the Unequal Circulation of Children*, (New York University Press, 2009, p. 271-283) ou encore « L'apport des familles homoparentales dans le débat actuel sur la construction de la parenté », (*L'Homme*, n°183, 2007, pp.55-76) ainsi que, plus récemment, sur l'adoption (cf. « Les faiseurs de parenté : Les Organismes Autorisés pour l'Adoption », in *Anthropologie et Société*, 33-1 « Enfances en péril », 2009, p.171- 181).

Monique CERISIER ben GUIGA est sénatrice (PS) des français de l'étranger depuis 1992. Depuis octobre 2008, elle est Secrétaire du Sénat et Secrétaire de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées. Elle a été élue présidente de Français du monde, (ADFE), en août 2009.

Sylvie EPELBOIN est gynécologue obstétricienne. Elle s'est impliquée dans l'Assistance médicale à la procréation (AMP) depuis 1983, date de la création du Centre de Fécondation *In Vitro* de l'hôpital Saint-Vincent de Paul à Paris, dont elle fut responsable jusqu'en 2009. Elle exerce à présent ses fonctions dans le centre d'AMP de l'hôpital Bichat-Claude Bernard. Outre sa formation médicale, Sylvie EPELBOIN a travaillé dans le domaine de l'infertilité humaine au sein d'équipes anthropologiques dans les années 1970 à 1980. Elle participe depuis le début des années 1980 à la réflexion et aux activités de la Société de Gynécologie et Obstétrique Psychosomatique. Depuis le début des années 1990, ayant soutenu un mémoire d'éthique médicale sur « l'offre et la demande en aide médicale à la procréation », elle s'est impliquée au sein de différents groupes de réflexion et d'institutions concernant les problématiques évolutives de bioéthique. Elle est l'auteur d'articles ou de chapitres d'ouvrages sur des thèmes tels que l'intimité médicalement assistée, les conséquences de l'exposition au Distilbène in utero, le projet d'enfant des hommes et femmes atteints de mucoviscidose, la place de l'homme en AMP, les naissances multiples, l'approche transculturelle de l'infertilité, l'accueil d'embryons et la GPA...

Christine FREY est ingénieure de recherche (INSERM), maire-adjointe du 3^{ème} arrondissement de Paris. Elle a plus particulièrement travaillé au sein du PS sur les questions de société et nouvelles configurations familiales. Membre d'associations militant pour l'égalité des droits et la fin des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, notamment en matière de droits conjugaux et parentaux, elle a participé à la rédaction d'un témoignage *Deux femmes et un couffin, une histoire d'adoptions homoparentales* (de Claire ALTMAN, paru aux éditions Ramsay).

Véronique FOURNIER est cardiologue et médecin de santé publique à l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris. Après 15 ans de carrière en santé publique à la direction générale de l'AP-HP, consacrés d'abord à la coopération en médecine humanitaire, puis à la réflexion prospective en politique hospitalière, elle rejoint comme conseillère, fin 1998, le cabinet du ministre de la santé où elle est en charge notamment des questions relatives à la bioéthique et aux droits des malades. En 2001, elle est missionnée par le gouvernement français pour aller étudier l'éthique clinique à Chicago et voir dans quelles conditions une structure expérimentale d'éthique clinique pourrait être créée en France. En mai 2002, elle ouvre le centre d'éthique clinique de l'hôpital Cochin qu'elle dirige toujours aujourd'hui.

Juliette GUIBERT est gynécologue obstétricienne spécialisée en médecine de la reproduction à l'Institut Mutualiste Montsouris à Paris. Elle a auparavant travaillé dans le centre d'AMP de l'hôpital Cochin où elle s'est notamment occupée de l'aide médicale à la procréation pour les hommes et les femmes atteints du VIH. Elle a mené des travaux auprès de l'Espace-Ethique de l'AP-HP sur la question de l'anonymat du don de gamètes et participe à plusieurs groupes de travail et enseignements sur les questions de bioéthique.

Serge HEFEZ est docteur en médecine, psychiatre des hôpitaux. Il exerce comme psychanalyste et thérapeute familial et conjugal. Responsable de l'Unité de thérapie familiale dans le service de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent à l'hôpital de la Pitié Salpêtrière à Paris, il est également chef d'un service de soutien psychologique pour les personnes touchées par le sida. Il intervient dans de nombreux colloques nationaux et internationaux sur les problématiques du couple et de la famille. Ses essais sur les relations conjugales et familiales *La Danse du couple* (Hachette Littératures, 2002) et *Quand la famille s'emmêle* (Hachette Littératures, 2004) ont été traduits dans plusieurs langues. Il est également auteur de *Sida et vie psychique* (La Découverte, 1998), *Un Écran de fumée* (Hachette Littératures, 2005), *La Famille adolescente* (Eres, 2006) et *Les nouveaux ados* (Bayard, 2007, avec Marcel Rufo et Philippe Jeammet). Il a publié en 2008 *Dans le cœur des Hommes*, étude sur l'identité masculine qui a obtenu le Prix Psychologie 2008 et *La Sarkose obsessionnelle*, essai sur le narcissisme contemporain. Son *Anti-manuel de psychologie* (Bréal) est paru début octobre 2010.

Martine GROSS est ingénieure de recherche en sciences sociales au CNRS et présidente d'honneur de l'association des parents gays et lesbiens. Elle se consacre depuis plusieurs années à la production de connaissances sur l'homoparentalité. Elle a dirigé l'ouvrage collectif *Homoparentalités, état des lieux* (Eres, 2005) et a publié plusieurs ouvrages dont *L'homoparentalité*, (Que sais-je ?, PUF, 2003, 2005, 2007), *Fonder une famille homoparentale* (J'ai lu, 2007) avec M. Peyceré, *Deux papas, deux mamans qu'en penser ? débat sur l'homoparentalité*, (Calman-Lévy, 2007) avec E. Antier, et *L'homoparentalité*, (Les idées reçues, Le cavalier Bleu, en 2009). Elle a également mené plusieurs enquêtes qui ont donné lieu à publication, dont *Désir d'enfant chez les gays et les lesbiennes* Terrain (46) : 151-164, 2006 et *Deux mamans ou deux parents ? Évolution de la désignation des liens dans les familles lesboparentales* in Identités et genres de vie. Chroniques d'une autre France. (D. L. Gall. Paris, L'Harmattan, coll. *Sociologies et environnement* 199-216, 2008).

Dominique MENNESSON, de formation Ingénieur en Science et génie des matériaux, travaille dans le domaine de la Qualité en Conception Automobile. Il a découvert l'infertilité en 1998, ce qui l'a amené à avoir recours à la Gestation Pour Autrui pour devenir en 2000 avec sa femme Sylvie les parents de jumelles. Il participe depuis 2003 à de nombreux colloques, débats, auditions et publications sur la question de la GPA. Il est co-fondateur avec Sylvie Mennesson de l'association C.L.A.R.A. (Comité pour la Législation de la GPA et l'Aide à la Reproduction Assistée) en 2006 (<http://claradoc.gpa.free.fr>). Co-auteur avec Sylvie Mennesson du livre *Interdits d'enfants* (Editions Michalon, mai 2008). Co-rédacteur de *L'Appel à la légalisation de la Gestation Pour Autrui* dans un cadre altruiste lancé le 28 mars 2009. Co-auteur avec Sylvie Mennesson de l'article *L'infertilité négligée par le Conseil d'Etat* (Le Monde, samedi 23 mai 2009).

Jacques MILLIEZ, professeur de Gynécologie Obstétrique Université Pierre et Marie Curie, est chef du Pôle Gynécologie Endocrinologie Obstétrique de l'hôpital Saint Antoine de Paris et président du Comité d'Ethique de la Fédération Internationale de Gynécologie Obstétrique.

Il est par ailleurs membre du Conseil Départemental de l'Ordre des Médecins de la Ville de Paris et Secrétaire Général de l'ONG Equilibres et Populations.

Vincent MOISSELIN est ancien assistant parlementaire de Franck Sérusclat, alors sénateur du Rhône ; il a à ce titre été étroitement associé à l'élaboration des premières lois de Bioéthique, a contribué activement au rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques. Vincent Moisselin a également, dans le cadre de ses fonctions

d'alors, suivi de près la réforme de l'adoption. Il est aujourd'hui directeur de la culture, du patrimoine du sport et des loisirs au Conseil général de Seine Saint-Denis.

Marie-France MOREL, agrégée d'histoire, ancienne maître de conférences à l'Ecole Normale Supérieure de Fontenay-Saint-Cloud, est spécialiste de l'histoire la naissance et de la petite enfance, du XVI^e au XIX^e siècle. Elle a publié, en collaboration, *Entrer dans la vie. Naissances et enfances dans la France traditionnelle* (Gallimard, 1978), *Le fœtus, le nourrisson et la mort* (L'Harmattan, 1998), *Enfances d'ailleurs, d'hier et d'aujourd'hui* (Armand Colin, 2000), *Des bébés et des hommes. Traditions et modernité des soins aux tout-petits* (Albin Michel, 2000), *Allaitements en marge* (L'Harmattan, 2002), *Une histoire de l'allaitement* (La Martinière, 2006). Elle est l'auteur d'une soixantaine d'articles scientifiques et de vulgarisation, portant sur l'histoire de l'enfance, de l'obstétrique et de la puériculture. Elle est présidente de la Société d'Histoire de la Naissance depuis 2005 (www.http://histoire.naissance.free.fr).

Dominique NEUMAN est maître de conférences à Paris 13 et praticien attaché à l'hôpital Jean Verdier jusqu'en 2008. Etudes de lettres, lettres classiques, médecine en 1974 suivies d'une spécialisation en psychiatrie sous la direction du Pr Serge Lebovici. Attachée à partir de 1982 dans le service du Pr Lebovici, elle met en route une collaboration avec l'équipe de PMA des hôpitaux Avicenne (Bobigny) et Jean Verdier (Bondy) dès 1986.

Dans le même temps, elle participe à un groupe de réflexion sur l'AMP, groupe qui réunit autour de Serge Lebovici, Monique Bydlowski, Eva Weil et Muriel Fliss-Trèves. Le travail porte sur les enfants nés par fécondation *in vitro* et sur le don d'ovocytes. La collaboration avec le Pr J.N.Hugues et son équipe s'est poursuivie jusqu'en 2002. Elle a pris la forme d'entretiens psychologiques obligatoires avec tous les couples demandeurs d'AMP et s'est doublée d'une collaboration avec le CECOS de l'hôpital Cochin pour les demandeurs de dons de sperme. Ceci constitue une expérience clinique certaine et originale dans le domaine de la procréation assistée.

Irène THERY est directrice d'études à l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales. Sociologue du droit, spécialiste de la famille, de la parenté et de la vie privée, elle a publié plusieurs ouvrages sur le droit et la justice de la famille dont le plus connu est *Le démariage* (Odile Jacob, 1993). A l'occasion du bicentenaire de la Révolution, elle a co-dirigé un séminaire, un colloque et un ouvrage pluridisciplinaires : *La famille, la loi, l'Etat, de la révolution au*

Code civil, (Paris, Imprimerie nationale, 1989). Puis elle a initié en France les recherches sur les « familles recomposées » et a dirigé deux ouvrages collectifs sur ce thème : *Les recompositions familiales aujourd'hui*, (Paris, Nathan, 1993), et *Quels repères pour les familles recomposées ?* (Paris, LGDJ, 1995). En 1998, elle a rédigé, à la demande des ministres Martine Aubry et Elisabeth Guigou, un rapport pour le gouvernement : *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit et la justice face aux mutations de la famille et de la vie privée* (La documentation française/Odile Jacob). Depuis 2000, ses travaux théoriques ont porté sur les notions de personne, de genre, d'interlocution et de relations sociales. Elle renouvelle ainsi l'approche occidentale classique du genre, en le définissant non comme un « attribut des personnes » mais comme une « modalité des relations sociales » dans la perspective d'une anthropologie comparative et historique fidèle à l'enseignement de Marcel Mauss. Elle a publié à ce sujet : *La distinction de sexe* (Odile Jacob, 2007) et co-dirigé *Ce que le genre fait aux personnes* (ed. De l'EHESS, 2008). Depuis plusieurs années, elle a tourné ses nouvelles recherches vers l'Assistance Médicale à la Procréation et les mutations de la Parenté. Après plusieurs années consacrées à étudier les rapports de la bioéthique et du droit, en particulier autour de l'anonymat des dons, elle entame à présent une vaste enquête intitulée : « Masculin/féminin en AMP : l'enjeu de la temporalité ». Elle s'apprête à publier un ouvrage directement lié à la prochaine rénovation des lois de bioéthique : *Des humains comme les autres, bioéthique, anonymat et genre du don*, (ed. De l'EHESS, à paraître - 2010).

Pierre VERDIER, psychologue de formation initiale, a été inspecteur puis Directeur de DDASS. Docteur en droit, il est actuellement avocat au barreau de Paris. Il est l'auteur de nombreux ouvrages sur la protection sociale, notamment *L'adoption aujourd'hui* (éditions Bayard) et, avec Geneviève Delaisi *Enfant de personne* (Odile Jacob).

Animatrices du groupe de travail

Aurélia BARDON est diplômée de Sciences Po Paris (2008) et titulaire d'un master recherche en Pensée Politique (Ecole Doctorale de Sciences Po Paris, 2008). Allocataire de recherche, elle poursuit actuellement un double doctorat en science politique sur la question de la place des énoncés religieux dans la discussion politique, sous la direction du Professeur Jean-Marie Donegani (Sciences Po Paris) et du Professeur Jean Cohen (Columbia University).

Eleonora BOTTINI est diplômée en 2008 de Sciences Po Paris (Ecole doctorale de Sciences Po, Master recherche en Pensée Politique) et de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (Master Théorie et analyse du droit). Actuellement en deuxième année de thèse de doctorat à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, elle occupe le poste d'allocataire-moniteur et elle est rattachée au Centre de théorie et analyse du droit. Par ailleurs, elle a participé à une journée d'étude sur le thème « Le traitement juridique du sexe », organisée par l'université Paris XI, avec une contribution intitulée *Le comme si de l'acte sexuel dans le lien de filiation : une fiction juridique à effacer ?*, en cours de publication. Elle a aussi publié un article intitulé *Is juridicization of female genital mutilation an effective way of eliminating it? Western Democracies facing the violation of female integrity and dignity: illegal FGM as an integration problem.* sur la revue italienne en ligne Jura Gentium (www.juragentium.unifi.it).

ANNEXE 2 - Eléments de bibliographie

« *Droits de l'homme et pratiques soignantes* »

(Textes de référence 1948-2001), en collaboration avec Benjamin PITCHO, Vuibert, 2008

« *Droit et Bioéthique* »

Larcier/L.G.D.J., 2007

« *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité* »

sous la direction de Pascale BLOCH et Valérie DEPADT- SEBAG, Dalloz 2007, coll. thèmes et commentaires

« *Famille à tout prix* »

GENEVIÈVE DELAISI DE PARSEVAL,
Seuil, Collection « La couleur des idées », 2008.

Terra Nova

Terra Nova est un *think tank* progressiste indépendant ayant pour but de produire et diffuser des solutions politiques innovantes. Né en 2008, Terra Nova se fixe trois objectifs prioritaires.

Il veut contribuer à la rénovation intellectuelle et à la modernisation des idées progressistes. Pour cela, il produit des rapports et des essais, issus de ses groupes de travail pluridisciplinaires, et orientés vers les propositions de politiques publiques.

Il produit de l'expertise sur les politiques publiques. Pour cela, il publie quotidiennement des notes d'actualité, signées de ses experts.

Plus généralement, Terra Nova souhaite contribuer à l'animation du débat démocratique, à la vie des idées, à la recherche et à l'amélioration des politiques publiques. Il prend part au débat médiatique et organise des événements publics.

Pour atteindre ces objectifs, Terra Nova mobilise un réseau intellectuel large. Son conseil d'orientation scientifique réunit 100 personnalités intellectuelles de l'espace progressiste français et européen.

Son cabinet d'experts fait travailler près de 500 spécialistes issus de la fonction publique, de l'entreprise et du monde associatif.

Terra Nova s'intègre dans un réseau européen et international d'institutions progressistes. Ces partenariats permettent d'inscrire les travaux de Terra Nova dans une réflexion collective européenne et donnent accès aux politiques expérimentées hors de France.

Terra Nova, enfin, est un espace collectif et fédérateur. Il constitue une plateforme ouverte à tous ceux qui cherchent un lieu pour travailler sur le fond, au-delà des courants et des partis, au service des idées progressistes et du débat démocratique. Il travaille pour le collectif sans prendre part aux enjeux de leadership. Sa production est publique et disponible sur son site : www.tnova.fr

Terra Nova : rapports et essais

Ouvrages déjà parus

- Pour une primaire à la française
Par Olivier Duhamel et Olivier Ferrand (Terra Nova, 2008)
- L'Europe contre l'Europe
Par Olivier Ferrand (Hachette Littératures/Terra Nova, 2009)

Groupe de travail en cours

- Le rôle de l'Etat sur le marché des médias
Présidé par Louis Dreyfus et Audrey Pulvar
- Système de santé : dépasser l'individualisme
Présidé par Daniel Benamouzig et Pierre-Louis Bras
- Justice et Pouvoirs
Présidé par Daniel Ludet et Dominique Rousseau
- Politique du sport
Présidé par Georges Vigarello
- Le capitalisme financier
Présidé par Jacques Mistral et Lionel Zinsou
- Services publics
Présidé par Martine Lombard et Jean-Philippe Thiellay
- L'avenir de la décentralisation
Présidé par Yves Colmou et Eric Delzant
- Banlieues et quartiers populaires
Présidé par Jacques Donzelot, Marie-Christine Jaillet et Rost
- Nouvelle génération de l'Etat-providence :
vers une stratégie d'investissement social
Présidé par Bruno Palier et Hélène Périvier
- Pour une politique progressiste de l'immigration
Présidé par Michel Feber et El Mouhoub Mouhoud