

FAUT-IL OUVRIR LA PMA À TOUTES LES FEMMES ?

Le 15 juin 2017, le Comité consultatif national d'éthique rendait un avis majoritairement favorable à l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA), jusqu'alors réservée aux couples souffrant d'une infertilité pathologique, aux femmes seules et aux couples de femmes.

Irène Théry favorable à cette réforme) et Maryline Bruggeman (opposée à celle-ci) nous exposent leurs points de vue respectifs sur cette question.

C. F.

1. L'enjeu caché du débat sur la PMA : la reconnaissance de l'engendrement avec tiers donneur

Irène Théry

Directrice d'études à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS)

Les opposants à l'ouverture de la procréation médicalement assistée (PMA) à toutes les femmes avancent deux arguments.

- Le premier argument porte sur ce qu'ils désignent comme un « modèle de famille », et qui demeure, d'après eux, celui dans lequel deux parents de sexe opposé sont à la fois les géniteurs de leurs enfants et leurs parents selon le droit, seuls titulaires de la filiation. Ils critiquent donc l'idée que la PMA permette de créer des familles à un seul parent ou à deux parents de même sexe. C'est l'argument du refus de la famille « sans père », en réalité déjà plusieurs fois tranché par le droit.

Depuis les années 1960 et 1970, on a cessé de considérer que le rôle du droit était de valider le « bon modèle » de famille et de punir les écarts. C'est un changement majeur de la logique d'ensemble du droit de la famille, qui rompt avec celle du Code Napoléon de 1804. Désormais, le droit définit des grandes valeurs communes, en particulier en matière de filiation (inconditionnalité et indissolubilité du lien, interdiction de l'inceste, exercice de l'autorité parentale, éducation, protection de l'enfant en matière de sécurité, santé, moralité, etc. et respect de ses droits), mais il admet qu'elles puissent être incarnées par des familles aux configurations diverses : établies

sur la base du mariage ou non, unies ou séparées, fondées sur la procréation ou sur l'adoption, biparentales ou monoparentales, etc. Les familles monoparentales enfin, ont été instituées en droit par la loi de 2013 sur le mariage pour tous, qui a permis, via l'adoption plénière, qu'un enfant puisse avoir deux parents de même sexe.

Le Conseil constitutionnel, saisi par les opposants après le vote, a bien précisé que rien dans le droit n'imposait que l'adoption imite la nature. C'est pourquoi je ne traiterai pas ici de cet aspect du débat : il ne concerne pas spécifiquement la PMA, et a déjà été tranché. Certes, des franges de l'opinion n'acceptent

toujours pas la loi ni les familles homoparentales, et continuent plus généralement à hiérarchiser les familles en n'admettant certaines que comme des palliatifs, des pis-aller « en cas de malheur » (la séparation pour les familles monoparentales, la mort ou l'abandon des géniteurs pour les familles adoptives), mais ce n'est pas ce que dit le droit français.

- L'argument de la fracture bioéthique. Le second argument concerne la PMA elle-même. Son ouverture aux femmes seules et aux couples de femmes introduit une « fracture anthropologique et bioéthique » au sein même du droit français et des pratiques médicales d'aide à la procréation. Alors que jusqu'à présent la PMA a toujours été conçue comme un ensemble de traitements des infertilités pathologiques, on lui demanderait aujourd'hui de cesser d'être elle-même et de répondre à des « demandes sociétales », appelées aussi « demandes de convenance », en l'absence de toute pathologie et, de surcroît, pour créer des naissances « impossibles » — issues d'un seul parent, de deux femmes, etc.

Pour ses détracteurs, l'ouverture du recours à la PMA illustre le triomphe de la personne comme sujet tout-puissant exigeant de la technique qu'elle le délivre de la nature, la primauté de l'égoïsme des désirs personnels des adultes sur l'intérêt des enfants, mais aussi la mainmise de la technique sur la vie humaine ainsi que de celle du marché sur la technique. Le tout participerait d'une perspective angossante : le passage d'un monde humain à un monde

post-humain dans lequel toutes les amarres nous reliant encore à notre identité d'espèce vivante seront larguées et où l'humanité finira par se détruire elle-même, en ruinant son inscription dans l'écologie du monde naturel.

Tout ce discours repose sur l'opposition entre deux PMA et deux temporalités : la PMA thérapeutique, qui existait déjà et qui serait maintenue, et la PMA dite « de convenance », qui advenirait si on acceptait les demandes venues des femmes seules et des couples de femmes, au risque de détruire le système tout entier. Mon argumentation, face à ce discours, sera sociologique et historique. Je soutiendrais que cette vision de la « fracture » n'est pas fondée, car elle ne correspond pas aux faits. En réalité, il y a toujours eu, depuis le début des nouvelles technologies de la reproduction dans les années 1970, deux PMA, l'une thérapeutique et l'autre « sociale ».

La PMA sociale a toujours existé

La PMA thérapeutique est en effet la plus fréquente, elle représente 95 % des naissances issues d'une PMA qui surviennent en France. Il faut toutefois la définir de façon précise, non pas à partir du problème diagnostiqué mais à partir de la pratique elle-même : on peut parler de PMA « thérapeutique » quand un couple, par hypothèse hétérosexuel, ne parvient pas à procréer un enfant et qu'on lui propose des traitements à l'issue desquels soit il procréé, parce qu'il a été soigné (que le traitement soit curatif ou palliatif), soit il est en échec thérapeutique.

Mais il existe aussi une autre PMA, qui n'a pas l'objectif de soigner quoi que ce soit et qu'on propose aux couples hétérosexuels, justement en cas d'échec thérapeutique : c'est la PMA avec tiers donneur. Celle-ci n'est pas un traitement, même palliatif, car elle ne soigne rien. Le père stérile reste stérile, il ne devient pas géniteur. Le couple ne procréé pas ensemble. En revanche, un enfant naît parce que la médecine a inventé, proposé et mis en œuvre un arrangement social : un engendrement en quelque sorte « à trois », dans lequel les parents d'intention recourent à un donneur de sperme, d'ovocyte, ou d'embryon. Cette PMA, que l'on peut dire « sociale » — je n'emploie pas le terme de « convenance », très dépréciatif —, existe depuis le début de la PMA. Elle fut une véritable innovation sociétale, car elle a ajouté aux deux façons classiques de faire une famille (la procréation et l'adoption) une troisième façon, que j'ai proposé de nommer l'engendrement avec tiers donneur. Celui-ci ne peut pas être assimilé à une procréation du couple — un des parents ne procréé pas — ni à une adoption — l'enfant n'a pas été abandonné.

Le vrai problème : la dissimulation de l'engendrement avec tiers donneur

C'est justement à cette pratique très minoritaire de la PMA avec tiers donneur que se rattache les deux cas d'ouverture en débat aujourd'hui : pour les femmes seules et pour les couples de femmes. Il ne s'agit donc pas de créer une pratique

biomédicale nouvelle, mais simplement d'accepter que d'autres couples ou d'autres personnes y aient accès. Pourquoi cette ouverture, qui s'inscrit dans la continuité de pratiques existantes, est-elle perçue par certains comme une nouveauté absolue, et comme un séisme dans la biomédecine ou la bioéthique ? Pour une raison encore trop peu perçue : elle révèle quelque chose de notre société que celle-ci ne voulait ni voir ni assumer, et que ses opposants ne veulent toujours pas voir. En effet, la PMA avec tiers donneur, dans le droit français, occupe une place tout à fait extraordinaire : on l'organise et on l'efface. On la pratique et on la maquille en une pseudo-procréation du couple receveur. Ni vu, ni connu. On fait passer le père stérile pour le géniteur de l'enfant.

Certes, cette dissimulation est de plus en plus critiquée, à commencer par les professionnels de la PMA eux-mêmes. Mais la France n'a pas encore rejoint les pays qui ont quitté le vieux modèle du « ni vu, ni connu » et l'ont remplacé par un nouveau – celui de « la responsabilité », dans lequel la valeur majeure est de « répondre de ses actes », en particulier devant l'enfant. Or les demandes de PMA des couples de femmes et les femmes seules révèlent le « pot aux roses », elles obligent à voir ce qu'on ne voulait pas voir : l'engendrement avec tiers donneur.

Pourquoi la France est-elle plus bloquée que d'autres ? C'est précisément ce qu'il faut comprendre, car là se trouve le

coeur caché du débat actuel sur la PMA⁽¹⁾.

Années 1970 : le modèle « ni vu, ni connu » s'impose

Au tout début des années 1970, la grande innovation est la cryoconservation du sperme. Elle ne crée pas la possibilité de l'insémination avec le sperme d'un donneur, car celle-ci était pratiquée dans le secret des cabinets de gynécologues depuis le XIX^e siècle⁽²⁾, mais elle en modifie un aspect essentiel : désormais, on peut dissocier le moment du don et celui de son usage. Au temps du sperme frais et de « l'homme caché » derrière le paravent du médecin en succède un autre : celui des paillettes conservées dans les cuves des laboratoires et des centres de conservation du sperme (à -196 °C), qui permet de séparer comme jamais donneurs et receveurs. Sur la base de cette nouvelle donne humaine et de cette « temporalité congelée », la PMA avec don prend son essor.

Au départ, l'idée qu'il faut organiser le secret et conseiller aux parents de « surtout ne rien dire » s'impose comme une évidence dans tous les pays. À cette

(1) Ce texte est issu de trois ouvrages dont certains passages sont repris : Thierry I. (2010), *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, coll. « Cas de figure », Paris, éditions de l'ÉHESS ; Thierry I. et Leroy A.-M. (2014), *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob ; Thierry I. (2016), *Mariage et filiation pour tous, une métamorphose inachevée*, Paris, Le Seuil.

(2) Pulman B. (2010), *Mille et une façons de faire un enfant, la révolution des méthodes de procréation*, Paris, Calmann-Lévy.

époque où les seuls dons existants sont les dons de sperme, on garde à l'esprit un conflit de paternité possible entre le mari et le donneur, comme il y en avait autrefois entre le mari et l'amant. Une idée paraît alors aller de soi : garantir le secret de la conception. La place de chacun est garantie par le triptyque secret-anonymat-mensonge : le donneur anonyme ne risque pas une interpellative recherche en paternité, puisqu'il disparaît comme il est venu, le père peut passer pour le géniteur sans redouter de voir sa paternité contestée. Les parents peuvent oublier le don et le subterfuge auquel ils se sont prêtés. Il ne s'est rien passé. Quant à l'enfant, on n'en parle pas. Personne à l'époque n'imagine que son intérêt pourrait ne pas coïncider avec celui de ses parents.

Quatre grands facteurs sociologiques expliquent pourquoi se met en place, sans vraiment qu'on en mesure toutes les conséquences, ce modèle du « ni vu, ni connu » :

- la pratique nouvelles s'inscrit dans le sillage d'une pratique ancestrale. Les couples ont toujours su recourir secrètement aux bons services d'un amant pour donner une descendance en cas de stérilité du mari ;

- les seuls dons organisés au début de la PMA sont masculins, or la filiation paternelle – à la différence de la filiation maternelle – a toujours été fondée sur le « volontarisme », en particulier parce que le lien biologique du géniteur à l'enfant ne pouvait pas être prouvé ;

- il existe déjà des techniques juridiques pour lier l'enfant à son

père quand il est censé être son géniteur, même s'il ne l'est pas : la présomption de paternité et la reconnaissance ;

- comme le don masculin de sperme est très simple (« cinq minutes de temps »), il peut être réduit à presque rien, une situation très différente de ce que sera ultérieurement le don féminin.

Vers un nouveau modèle : celui de la « responsabilité »

Pourtant, ce modèle va rapidement se fissurer. Avec le développement de la PMA, on prend conscience que ce qui est en cause n'est pas seulement la poursuite d'un ordre ancien modernisé, mais bien une pratique sociale nouvelle, inventée par des sociétés démocratiques avancées : l'engendrement avec tiers donneur.

La prise en compte des besoins puis des droits de l'enfant est le vecteur majeur de l'évolution. Dans tous les pays, les professionnels cessent de conseiller fermement aux parents le secret. Au contraire, on se met à indiquer aux parents qu'il faut absolument « dire » à l'enfant son mode de conception. Le principe d'anonymisation définitive du donneur est remis en cause par de très nombreux pays, au nom du droit de l'enfant majeur d'accéder – s'il le souhaite – à ses origines.

L'ancien modèle « ni vu, ni connu » est donc remis en cause cependant qu'émerge un nouveau principe de régulation, qu'on peut nommer principe de responsabilité : au plan éthique, ce qui le structure est la valeur croissante accordée à la responsabilité, au sens de « je réponds de mes actes ». L'anti-

ciation de l'avenir de l'enfant, de ses besoins au cours de son développement et de ses droits fondamentaux en tant que personne, est placée au centre des préoccupations. Le respect social des apparences, autrefois si capital qu'on acceptait de le payer d'un prix psychologique et affectif élevé dans l'intimité familiale, a cédé la place à la valeur majeure d'authenticité et à la valorisation première de la qualité relationnelle entre les individus parties prenantes de l'engendrement avec tiers donneur.

Le développement de la PMA par des couples de femmes et les femmes seules

C'est dans ce contexte, où la PMA avec don a cessé d'être perçue comme une pseudo-procréation charnelle, que des femmes seules souhaitent devenir mères et inquisiteurs de voir le temps tourner ainsi que des couples de lesbiennes de plus en plus nombreux se sont dit « pourquoi pas nous » ? Dans certains pays, comme au Royaume-Uni ou aux États-Unis, il n'a pas été nécessaire de légiférer pour les y autoriser, car les médecins n'ont jamais pensé qu'il leur revenait de décider quelles catégories de personnes avaient le droit de bénéficier de leurs techniques, et encore moins de décider de ce qui était ou non licite dans les transformations générales de la famille. D'autres pays ont entrepris de changer leur loi. En France, les mêmes grandes évolutions sont à l'œuvre dans la profondeur du tissu social, des demandes de droits se font

entendre depuis des années, et de multiples tentatives ont été faites pour proposer une réforme. Pourtant, tout paraît singulièrement bloqué.

Le blocage français et la particularité de notre droit de la PMA

Il y a une double particularité de la France. La première est que, lorsque le modèle « ni vu, ni connu » a commencé à être contesté, les médecins attachés à la maîtrise totale que leur donnait ce modèle (choix du donneur, secret sur l'identité du donneur et exclusivité de l'accès à celle-ci, etc.) ont élaboré toute une construction intellectuelle afin de la maintenir. C'est ainsi que s'est forgée l'idée que le don serait une « thérapie », destinée à soigner une infertilité « pathologique ». Il est pourtant aisé de se rendre compte que la PMA avec don est en réalité une technique pseudo-thérapeutique, dans la mesure où il ne s'agit pas de délivrer à une personne un soin médical qui lui permettra de procréer alors qu'elle ne le pouvait pas. Jusqu'à présent, la biomédecine française s'est refusée à reconnaître qu'un engendrement avec don était tout simplement un arrangement, une innovation sociale formidable impliquant le savoir-faire médical. L'effet majeur de cette attitude a été d'exclure de l'accès au don les femmes seules et les couples homosexuels.

La seconde particularité de la France est d'avoir inscrit en 1994 cette démarche pseudo-thérapeutique dans le marbre de « lois de bioéthique ». Ce faisant, la filiation a été saisie par la biomédecine, et on a créé une nouvelle

filiation très particulière pour les enfants nés de dons. Ainsi, pour établir la filiation paternelle, on applique le régime classique d'établissement de la filiation charnelle : « présomption de paternité » si ses parents sont mariés, « reconnaissance » s'ils ne le sont pas. Cependant, le don de sperme insinue le seul cas où le père ainsi défini n'est jamais, par hypothèse, le géniteur. Cela par hypothèse, le géniteur. Cela père institué via la présomption de paternité ou la reconnaissance est censé être le géniteur... En outre, et ceci distingue la France des autres pays, la filiation ainsi établie est radicalement différente de celle des enfants conçus sans l'intervention d'un tiers : depuis les premières lois bioéthiques de 1994, c'est la seule qui ne puisse pas être contestée⁽³⁾.

On a bel et bien inventé en 1994 une filiation spécifique tout à fait inédite : la *pseudo-filiation charnelle*. Cette particularité a suscité d'embalée des critiques de la part des juristes spécialistes de droit de la famille, mais ils n'ont pas été entendus tant la PMA était placée à part, sous l'égide de la biomédecine. Aujourd'hui, il est parfaitement possible de reprendre à nouveaux frais cette question : une autre façon d'établir la filiation en cas de recours au don a été proposée, très simple et qui pourrait s'appliquer à tous les couples, de sexe opposé et de même sexe : instituer une « déclaration commune antici-

peu à sa naissance a été engagé non seulement par une femme fertile, mais aussi par un homme stérile. Sans procréer – et là est la nouveauté –, cet homme va bel et bien engendrer l'enfant. En effet, l'engendrement humain n'a pas seulement une dimension physique (celle de la procréation), il a aussi une dimension psychique, mentale, affective, intentionnelle et même institutionnelle, qui va lui accorder sens et valeur au sein de notre monde humain. L'homme stérile participe de toutes les dimensions de l'engendrement sauf une : la dimension strictement procréative. Et parce qu'il a pris la responsabilité d'engager cet engendrement en se déclarant par avance père de l'enfant qui en naîtra, ce futur père a beau être stérile il est, tout autant que la femme qui procréa, « co-engendreur » de l'enfant.

Si, dans le couple receveur, les deux engendrent alors que l'un procréa et l'autre pas, qu'en est-il du rôle du donneur ? Celui-ci, à n'en pas douter, procréa l'enfant et en est donc le géniteur. Et c'est bien parce que sont en jeu ici des individus humains qui procréent, et non des matériaux interchangeables servant à une biomédecine toute-puissante à créer artificiellement de la vie, que le nombre d'enfants que l'on a le droit de faire naître d'un même donneur est strictement limité⁽⁴⁾. Mais le donneur sait aussi que le sens de cette procréation est de permettre à d'autres de devenir parents. Le statut de donneur est exclusif de toute idée de filiation. Donneur et parent,

(3) La loi française ne permet pas plus de dix naissances issues d'un même donneur.

les deux statuts sont logiquement et juridiquement incompatibles. C'est pourquoi ceux qui s'imaginent que les enfants qui demandent à connaître l'identité de leur donneur cherchent un « père » se trompent tout au plus. Ils n'ont pas saisi la logique profonde de l'engendrement avec tiers donneur.

Le choix d'engendrer n'appartient pas au donneur, il n'est que celui qui le rend possible pour autrui. Ainsi, bien qu'il participe d'une dimension fondamentale de l'engendrement – la procréation –, il ne peut pas être défini comme co-engendreur de l'enfant. En faisant don de sa capacité procréative, il renonce par là même à engendrer les enfants qui en naîtront. Ce qu'il fait est en réalité un don incomparable à un simple don d'« élément du corps humain » : un don d'engendrement.



Au terme de cette analyse, il apparaît plus clairement que toute l'argumentation contre l'accès des couples de femmes et des femmes seules à la PMA exprime en réalité une incompréhension radicale de la spécificité de l'engendrement avec tiers donneur. Certains n'hésitent pas à accuser les couples de femmes de vou-

loir « mentir aux enfants » sur leur conception, sans percevoir l'ironie d'une telle situation : ils reprochent aux seuls couples qui ne mentent jamais à l'enfant sur sa conception (car ils n'ont jamais imaginé se faire passer pour les co-générateurs de l'enfant) des mensonges que le droit bioéthique a trop longtemps imposé... aux couples hétérosexuels.

La réalité sociologique est beaucoup plus simple : il est au fond très logique que les couples de femmes se soient saisis de cette possibilité nouvelle offerte par nos sociétés contemporaines : engendrer un enfant alors qu'on ne peut pas le procréer ensemble. Il est peut-être troublant de reconnaître que désormais les couples de même sexe peuvent, sans aucun déni de la différence physique des sexes, engendrer ensemble un enfant, avec l'aide d'une tierce personne. Il est sans aucun doute déstabilisant que, grâce à la séparation possible de la sexualité et de la reproduction, le rapport à l'autre sexe dans la procréation ait cessé d'être un « privilège hétérosexuel » et que des couples de même sexe en fassent l'expérience. Mais il faut ne rien connaître aux pratiques concrètes pour ignorer que les couples homosexuels qui

(3) 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 (art. 311-20 du Code civil).

(4) Ceci est une des propositions phares du rapport de Théry I. et Leroyer A.-M., *Filiation, origines, parentalité* [...], op. cit., chapitre 7.

2. Pourquoi ne faut-il pas ouvrir la PMA aux femmes seules et aux couples de femmes ?

Maryline Bruggeman

Chercheur à l'Institut de droit privé (IDP) et maître de conférences à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Comme l'ouverture du mariage à tous les couples, l'élargissement de l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) aux couples de femmes et aux femmes seules aujourd'hui envisagé relève d'un choix politique et non d'un impératif juridique. Même si elle a reçu l'aval du Comité consultatif national d'éthique (CCNE), pour être adoptée, cette réforme devra franchir les fourches caudines des États généraux de bioéthique prévus en 2018. Attirez l'attention de l'opinion publique et du législateur sur ses implications est, dans cette perspective, primordial.

Incontestablement, l'élargissement envisagé impose l'abandon de deux principes structurant notre droit depuis 1994 et les premières lois de bioéthique⁽¹⁾ :

- d'abord, le but médical qu'assigne le Code de la santé publique à la PMA, en particulier son article L. 2141-2 selon lequel celle-ci « 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 » ; Ouvrir la PMA à toutes les femmes conduirait nécessai-

soins et ne peut être mise en œuvre que si, pour des raisons médicales, la procréation est impossible (infertilité médicalement diagnostiquée) ou dangereuse (risque de transmission d'une maladie grave à l'enfant ou au partenaire). Renforcée par les dernières réformes⁽²⁾, cette indication médicale est reconnue par les juridictions nationales et européennes, comme par le CCNE. Elle interdit aux couples de même sexe et aux célibataires, qui ne peuvent se prévaloir d'une infertilité pathologique, de recourir à la PMA.

Pour tenter de lever cet obstacle, le caractère médical de la PMA est parfois mis en doute au motif que, lorsqu'ils impliquent l'intervention d'un donneur, ces procédés n'auraient pas de portée thérapeutique ; il ne s'agirait que d'un « arrangement social

Renoncer à l'indication médicale de la PMA

L'élargissement envisagé implique de renoncer au fondement médical assigné à la PMA, entraînant la disqualification de tout le dispositif légal.

Un fondement médical avéré

L'exigence d'une infertilité pathologique
Cette exigence est une constante de notre droit et participe de l'indication médicale que doit suivre la PMA. Depuis 1994, celle-ci est menée par une équipe médicale dans une démarche de

nouveau⁽³⁾ et non d'un traitement de l'infertilité. L'objectif est de faire reconnaître l'existence d'une discrimination entre des personnes souffrant d'un même « mal », celui de ne pas avoir d'enfant. Mais le fait que la PMA hétérologue ne guérissent pas les couples de leur infertilité ne suffit pas pour nier son fondement médical en droit français. Nombre d'interventions médicales n'ont pas pour objet de guérir le malade mais ont un fondement médical incontestable : la pose d'une prothèse, les soins palliatifs et tant d'autres ne guérissent pas ; tout au plus soulagent-ils le patient. Leur cause, en revanche, est pathologique (c'est-à-dire relative à l'état de maladie), comme l'est celle de l'intervention du médecin auprès des couples infertiles. Même si leur infertilité n'a pas toujours d'origine biologique⁽⁴⁾, celle-ci demeurant inexplicitée dans 10 % des cas, elle est par définition pathologique : un couple composé d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de concevoir est « abstraitement apte à procréer »⁽⁵⁾. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et le Conseil constitutionnel ont d'ailleurs l'un et l'autre jugé que le droit français, parce qu'il subordonne la PMA à une infertilité pathologique, ne porte pas atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination.

(3) Gross M. (2013), « Ouvrir l'accès à l'AMP pour les couples de femmes ? » in Théry I. (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, EHESS, coll. « Cas de figure ».

(4) Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2015*, p. 42.

(5) Fenouillet D. (2014), « L'assistance médicale à la procréation. Quelles perspectives d'avenir ? Introduction », *Archives de philosophie du droit*, tome 57 (« La famille en mutation »), p. 270.

Une exigence confrontée au principe d'égalité

Pour la CEDH, l'accès à la PMA relève de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit au respect de la vie privée⁽⁶⁾, et le refus aux couples de femmes et aux femmes seules porte atteinte à ce droit. Toutefois, elle estime aussi que, dans les cas où sont soulevées des questions éthiques délicates et où il n'y a pas consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, cette atteinte demeure dans la marge d'appréciation des États.

Par ailleurs, la CEDH a jugé que le refus d'accéder à la PMA opposé aux couples de même sexe ne constituait pas une discrimination : la situation des couples infertiles n'étant pas comparable à celle des couples de femmes au regard du « but thérapeutique » de la PMA, il ne peut y avoir de différence de traitement au sens de l'article 14 de la Convention⁽⁷⁾. L'infertilité pathologique diffère à ses yeux de l'infertilité « sociale ».

De même, le Conseil constitutionnel a relevé que les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe et en a conclu que « ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant

(6) Voir notamment CEDH (2011), arrêt « S.H. et autres c/ Autriche », 3 novembre, § 82.

(7) CEDH (2012), arrêt « Gas et Dubois c/ France », 15 mars, § 63 ; Neirinckx C. (2012), *Droit de la famille*, n° 5, mai, commentaire n° 82.

le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe » le législateur modifiait le droit de la PMA⁽⁸⁾. Ainsi, la différence de traitement opérée par le droit français entre couples de personnes de même sexe et de sexes différents n'est pas discriminatoire, car ils sont dans des situations différentes au regard de la procréation. Et c'est précisément le fait que les couples hétérosexuels doivent établir leur infertilité pathologique qui permet de caractériser cette différence de situation. En revanche, il est probable que rien ne pourrait justifier que la PMA soit laissée à la convenance des couples hétérosexuels mais demeure fermée aux couples de même sexe et aux célibataires⁽⁹⁾.

Aucun principe juridique ne contraint donc l'État français à traiter de manière identique ces situations objectivement différentes au regard de la procréation. S'il décide de le faire, il devra renoncer au fondement médical de la PMA et accepter que l'accès à ces techniques dépende de la seule volonté des individus fragilisés ainsi « [i]nflexiblement, par effet de système »⁽¹⁰⁾, l'ensemble du cadre légal.

(8) Conseil constitutionnel (2013), décision sur la « loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », n° 2013-669 DC, 17 mai, considérant 44.

(9) Voir CEDH (2013), arrêt « X et autres c/ Autriche », 19 février ; Murat P. (2014), « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », *Archives de philosophie du droit*, tome 57 (« La famille en mutation »), p. 296.

(10) Binet J.-R. (2017), *Droit de la famille*, n° 9, septembre, commentaire n° 9.

Le branlement inéluctable du cadre légal

L'abandon de la condition d'infertilité pathologique

Cet abandon rendra indifférente la cause de l'infécondité dont souffre le couple ou la femme candidate à la PMA : céliac, homosexualité, stérilisation délibérée — ouvrant ainsi la PMA aux transsexuels⁽¹¹⁾. Cette exigence devra également disparaître pour les couples hétérosexuels : continuer d'exiger d'eux seuls qu'ils établissent le caractère pathologique de leur infertilité serait, non seulement incohérent, mais contraire au principe de non-discrimination.

Certes, on peut penser que rares seront les couples hétérosexuels fertiles qui auront recours à la PMA alors que ces procédés sont réputés éprouvants pour la femme et sans garantie de réussite. Néanmoins, en sera-t-il longtemps ainsi au vu de l'amélioration constante de ces techniques ? La procréation artificielle peut d'ores et déjà présenter certains avantages, ne serait-ce qu'en rendant possible la sélection des embryons conçus *in vitro*⁽¹²⁾. Par ailleurs, si la gestation des embryons conçus *in vitro* (12), les couples hétérosexuels, même fertiles, pourraient y voir une solution pour échapper aux contraintes de la grossesse. Il n'est donc pas exclu que son ouverture au-delà des hypothèses d'infertilité pathologique conduise à

qui ne peuvent porter d'enfant — pourra alors être dénoncée comme inégalitaire. Certes, même si le fondement médical de la PMA était écarté, il demeurerait encore de nombreux autres motifs impérieux d'interdire cette pratique⁽¹⁶⁾, mais la prohibition de la GPA en ressortirait profondément affaiblie. Ce risque avait d'ailleurs conduit le législateur à refuser d'ouvrir la PMA aux couples de femmes en 2011. Aujourd'hui, il paraît d'autant plus avéré que la jurisprudence européenne⁽¹⁷⁾ et nationale⁽¹⁸⁾ a fortement ébranlé l'effectivité de l'article 16-7 du Code civil.

La fragilisation des autres règles encadrant la PMA

C'est d'abord parce que la PMA est pensée comme une réponse à une infertilité médicalement diagnostiquée qu'il est exigé que les deux membres du couple soient vivants et en âge de procréer⁽¹⁹⁾. Les conséquences qu'aurait l'abandon de la condition d'âge peuvent sembler limitées : un médecin peut avancer des raisons médicales pour refuser à une femme ayant

(16) Fabre-Magnan M. (2013). *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris, Payot.

(17) CEDH (2014), arrêts « Memesson / France » et « Labasse / France », 26 juin ; Fabre-Magnan M. (2015), « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant. A propos de la gestation pour autrui », *Revue Dalloz*, n° 4, 29 janvier, chronique, p. 224.

(18) Cour de cassation, 1^{er} chambre civile (2017), 5 arrêts du 5 juillet ; Binet J.-R. (2017), « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », *Droit de la famille*, n° 9, septembre, Étude n° 13, p. 10.

(19) Pour les femmes, les frais médicaux ne sont plus pris en charge par la Sécurité sociale au-delà de 42 ans. Pour l'homme, doivent être pris en compte non seulement l'âge mais l'ensemble des éléments propres à sa situation personnelle (tribunal administratif de Montreuil, 14 février 2017).

atteint l'âge de la ménopause de l'aider à concevoir un enfant, mais tous apprécieront-ils les dangers encourus de manière identique ? Et oseront-ils refuser, sans l'appui de la loi, leur concours à ces femmes ou aux couples dont seule la femme qui ne portera pas l'enfant aura dépassé l'âge de procréer ?

De même, l'interdiction, régulièrement débattue⁽²⁰⁾, du recours à la PMA post mortem sera-t-elle fragilisée, dans la mesure où le fondement médical de la PMA contribue aujourd'hui à la maintenir (la procréation assistée est un remède à une situation médicale et non une aide au travail de deuil). Or, déjà aujourd'hui, le fait de refuser de confier à la femme les gamètes de son compagnon décédé peut être qualifié d'atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale⁽²¹⁾. Il deviendrait encore plus difficile de justifier ce refus si des femmes célibataires pouvaient avoir recours à un don de gamètes sans avoir à exposer les motifs de leur démarche.

Enfin, l'augmentation de la demande causée par cet élargissement de l'accès à la PMA aggraverait la pénurie actuelle de gamètes⁽²²⁾. Pour susciter

(20) Le CCNE s'était prononcé contre l'utilisation post mortem du sperme congelé mais avait estimé que l'accueil d'un embryon post mortem pouvait être admis sous certaines conditions (avis n° 113, 10 février 2011).

(21) Conseil d'État (2016), arrêt « Mme C. A. », 31 mai ; Fulchiron H. (2016), *Recueil Dalloz*, n° 25, 7 juillet, p. 1472 ; en équité ? », note sous CE 31 mai 2016, *Recueil Dalloz*, n° 3, juillet-septembre, *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 3, juillet-septembre, p. 600 et n° 4, octobre-décembre, p. 834.

(22) Gaëlle Dupont, « PMA : alerte sur la pénurie de dons de gamètes », *Le Monde*, 4 novembre 2017.

des vocations de donneurs, les pouvoirs publics renonceraient-ils, comme les États ayant déjà ouvert la PMA aux couples de femmes⁽²³⁾, au principe de gratuité aujourd'hui incontesté ? Le risque serait alors particulièrement grand de voir se substituer à l'office médical dans un cadre public, souhaité par les médecins eux-mêmes, un système fondé sur le marché et l'adéquation de l'offre à la demande⁽²⁴⁾. S'y ajouteraient les difficultés créées par l'abandon des principes sur lesquels repose aujourd'hui la filiation de l'enfant conçu par PMA.

Abandonner les principes gouvernant la filiation des enfants conçus par PMA

En 1994, le législateur, soucieux de donner à l'enfant né d'une procréation assistée hétérologue un environnement le plus stabilisant possible, a imposé que sa filiation soit établie selon le droit commun. Ce dispositif est inadéquat pour régir la filiation d'enfants conçus à la demande d'un couple de femmes ou d'une femme célibataire. Le législateur, s'il décide d'ouvrir plus largement la PMA, devra élaborer de nouvelles règles en ayant conscience du risque non négligeable de faire perdre au droit de la filiation sa cohérence.

L'inadaptation du droit positif

Une filiation selon le droit commun

La filiation des enfants conçus par PMA est régie par les règles

(23) Comme l'Espagne ou le Québec. (24) Labrousse-Riot C. (2014), article cité, p. 487.

de droit commun⁽²⁵⁾ qui s'inspirent de la procréation — l'enfant nécessairement conçu par un homme et une femme à un père et une mère, une filiation paternelle et maternelle. Ces règles accordent une place centrale, mais pas exclusive, à la vérité biologique. Ainsi, les modes extrajudiciaires d'établissement de la filiation reposent sur une présomption de conformité à la réalité biologique. Est probablement le géniteur de l'enfant : le mari de la mère (présomption de paternité), celui qui avoue être le père (reconnaissance d'enfant) ou encore celui qui adopte le conjointement d'un parent (possession d'état). De ces présomptions découle l'établissement de la filiation. Elle peut néanmoins être contestée en prouvant qu'elle est contraire à la vérité biologique. Et si ces modes d'établissement extrajudiciaires n'ont pas donné l'enfant d'un père et d'une mère, l'enfant dispose d'une action en établissement de filiation dont le succès dépend le plus souvent de la preuve biologique. Ce dispositif reconnaît à l'enfant le droit d'avoir un père et une mère.

La part donnée au biologique aurait pu rendre ces règles inadaptables à l'enfant conçu par don de gamètes ou à la suite d'un accueil d'embryon. Pour éviter cet écueil, le législateur a choisi de les appliquer en les amendant : dans ces deux cas, la filiation ne peut pas être contestée pour non-conformité à la vérité biologique ; et si elle n'est pas établie, la filiation paternelle peut être déclarée et donc imposée à celui qui a consenti au don⁽²⁶⁾. Les enfants conçus avec les gamètes

(25) Art. 310 et s. du Code civil. (26) Art. 311-20 du Code civil.

d'un tiers disposent ainsi d'une filiation qui emprunte, comme toutes les filiations, au biologique et à la volonté. Ce choix opéré en 1994, longuement pesé et réfléchi au regard de l'intérêt de l'enfant, devra être reconsidéré si la PMA est accessible aux couples de femmes et aux femmes seules.

Un droit positif inapplicable

Bien que le droit positif l'intérêt, l'enfant d'un couple de femmes ou d'une femme seule ne pourra pas avoir de père⁽²⁷⁾ et sera privé de toute action en recherche de paternité. L'enfant conçu à la demande d'une femme célibataire n'aura quant à lui qu'une filiation unilatérale : une mère, celle désignée par l'accouchement, mais pas de père, une famille maternelle mais pas de famille paternelle. Certes, un second lien de filiation pourrait être établi s'il venait à être adopté par le conjoint de sa mère, mais cette issue qui dépend du mariage et du consentement du parent est incertaine. Certes encore, nombre d'enfants n'ont pas de double filiation établie ou ne vivent qu'avec un de leurs parents mais ces situations sont le résultat d'événements fortuits et ne sont en outre nullement imputables à l'État (séparations des parents, décès...). Par ailleurs, vivre dans une famille monoparentale⁽²⁸⁾ ne

Le risque d'incohérence du droit de la filiation

Le forçage du cadre de la filiation par procréation

Une solution *a minima* consisterait à consacrer, au sein du droit commun de la filiation, des dispositions dédiées à l'enfant issu d'une PMA avec donneur sur le modèle des articles 311-19 et 311-20 du Code civil. Ces nouvelles dispositions devraient faire exception à l'article 320 du même Code afin que, dans ce cadre, l'enfant puisse avoir deux filiations maternelles. La femme qui ne porte pas l'enfant pourrait alors bénéficier des dispositions de droit commun : mariée à la mère de l'enfant, elle pourrait profiter de la « présomption » de l'article 312 du Code civil⁽²⁹⁾ et, dans tous les cas, elle pourrait le reconnaître ; il serait même possible de l'y contraindre en produisant son consentement à la PMA. Ces adaptations, possibles, feraient néanmoins perdre tout leur sens à ces règles qui reposent sur une présomption de conformité à la vérité biologique : « *pater is est...* »⁽³⁰⁾ à l'épouse de la mère transformerait ce qui est aujourd'hui une présomption, fondée sur la probabilité que le conjoint tenu au devoir de fidélité soit le géniteur, en une fiction détachée de toute référence à la réalité biologique.

Un dévoiement de l'adoption...

L'adoption, désormais ouverte aux époux de même sexe, semble une solution plus adaptée pour

(29) Comme en droit belge.

(30) *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (le père est celui que le mariage désigne).

instaurer un lien de filiation entre l'enfant et la femme qui ne lui a pas donné naissance. Cependant, utiliser l'adoption pour unir juridiquement un enfant à ceux qui l'ont fait naître s'apparente à un détournement de cette institution. Même si on fait fi de cette objection, d'autres difficultés surgissent. L'option la plus simple peut paraître de recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint : ce mécanisme, déjà utilisé pour les enfants conçus par PMA à l'étranger, n'est cependant possible qu'en cas de mariage ; la PMA étant ouverte aux couples mariés et non mariés, faudra-t-il permettre l'adoption de l'enfant du « conjoint » à tous les couples ? Rappelons que la condition de mariage est la contrepartie des faveurs que la loi accorde à ce mécanisme⁽³¹⁾ présumé conforme à l'intérêt de l'enfant n'ayant qu'une filiation établie ; l'étendre au-delà des couples mariés lui ferait donc perdre une part essentielle de son identité. Par ailleurs, si la voie de l'adoption était retenue pour les couples de femmes, elle devrait être également imposée, par souci d'égalité, aux couples hétérosexuels sollicitant un don de gamètes. Cette solution risque pourtant de ne satisfaire personne : aujourd'hui, la filiation des enfants conçus grâce à un don de gamètes obéit à des règles respectueuses de la vie privée des couples infertiles, et notamment n'exige pas l'intervention du juge ; l'adoption, telle que réglementée par le Code civil, même celle de l'enfant du conjoint, impose l'intervention du tribu-

nal de grande instance chargé de vérifier sa conformité à l'intérêt de l'enfant. Le législateur pourrait alors préférer instaurer une forme spéciale d'adoption, propre à la PMA : une adoption sans intervention du juge, sans appréciation de la conformité de la demande à l'intérêt de l'enfant, sans contrôle, qui ressemblerait des lors moins à l'adoption qu'à une simple déclaration de volonté. Cette solution, en rompant clairement avec le droit actuel, présenterait au moins l'avantage de ne pas dissimuler les profonds bouleversements induits par la réforme au sein du droit de la filiation⁽³²⁾.

Repenser le droit de la filiation ?

Quel que soit le cadre choisi, pour répondre à un impératif de cohérence, la solution retenue devra être étendue à tous les enfants conçus par dons de gamètes. Le risque est alors de faire coexister au sein du droit commun deux systèmes de filiation, l'un fondé traditionnellement sur la procréation et l'autre délégué de tout fondement biologique, ce qui heurterait le principe d'égalité des enfants qui implique de les traiter de la même manière quelles que soient les conditions de leur conception. L'adoption elle-même subira les conséquences de ces évolutions : très encadrée, subordonnée à des conditions exigeantes, l'adoption est un processus long et aléatoire, devenu aujourd'hui rarissime en raison du faible nombre d'enfants adoptables. Conservera-t-elle une

réalité alors qu'elle souffrira de la concurrence directe de la PMA ?

L'ouverture des techniques d'assistance à la procréation à toutes les femmes mènera donc à une refonte du droit de la filiation dans son ensemble. Une telle entreprise sera particulièrement délicate car elle imposera de répondre à des injonctions contradictoires : satisfaire les désirs des adultes sans sacrifier les droits des enfants et leur égalité de principe ; reconnaître aux individus un pouvoir sur l'état de l'enfant et respecter la nature institutionnelle de la filiation. Celle-ci n'a en effet nullement pour finalité de satisfaire le bonheur de l'enfant ou les souhaits des adultes mais d'assurer l'insertion de chacun dans sa famille et dans celle de ses auteurs⁽³³⁾. Et comme il serait inacceptable qu'elle obéisse au seul principe de vérité biologique, la filiation ne saurait dépendre de la seule volonté des individus⁽³⁴⁾.

« Le désir est par définition illimité et insatiable. Le droit ne peut être que borné, circonscrit, délimité »⁽³⁵⁾.

(33) Fenuouillet D. (1999), « La filiation en hommage à François Terret », Paris, Dalloz Sirey, p. 509 et s.

(34) Fenuouillet D. (2014), « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et filiation à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *Archives de philosophie du droit*, tome 57 (« La famille en mutation »), p. 37-71.

(35) Bidaouin J.-L. et Labrousse-Khou C. (1987), *Procréer l'homme de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, p. 150.

(32) Dans le rapport de Thierry I. et Leroyer A.-M. (2014), *Filiation, Origines, Parentalité*, il est proposé de recourir à une déclaration communautaire anticipée de filiation (p. 184).

(31) Il est dispensé de respecter certaines conditions de l'adoption.