

Université Paris Descartes

Ecole doctorale Sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion

ED 262

Institut Droit et Santé - UMR S 1145

&

Université de Neuchâtel

Faculté de droit

Institut de Droit de la Santé

Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental

Par Marie MESNIL

Thèse de doctorat de droit privé

Dirigée par la Pr. Anne LAUDE et le Pr. Olivier GUILLOD

Présentée et soutenue publiquement le 11 décembre 2015

Devant un jury composé de :

Michelle COTTIER, Professeure, Université de Genève (rapporteure)

Dominique FENOUILLET, Professeure, Université Panthéon-Assas (rapporteure)

Olivier GUILLOD, Professeur, Université de Neuchâtel (directeur de thèse)

Anne LAUDE, Professeure, Université Paris Descartes (directrice de thèse)

Diane ROMAN, Professeure, Université François-Rabelais, Tours

Geneviève SCHAMPS, Professeure, Université catholique de Louvain

Cette thèse a été préparée dans le cadre du Réseau doctoral en santé publique animé par l'EHESP.

IMPRIMATUR POUR LA THÈSE

Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental

Marie MESNIL

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

En cotutelle de thèse avec l'Université Paris Descartes

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le procès-verbal des membres du jury

Mme Diane Roman (Professeur, Université de Tours, président du jury)
Mme Anne Laude (Professeur, Université Paris Descartes, co-directeur)
M. Olivier Guillod (Professeur, Université de Neuchâtel, co-directeur)
Mme Michelle Cottier (Professeur, Université de Genève, rapporteur)
Mme Dominique Fenouillet (Professeur, Université Panthéon Assas – Paris
2, rapporteur)
Mme Geneviève Schamps (Professeur, Université catholique de Louvain,
membre du jury)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 11 décembre 2015

Christoph Müller
Doyen de la Faculté de droit

Résumé

Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental

À partir de la notion de projet parental, sont étudiées, en droit français, les questions juridiques relatives à la reproduction : celles actuelles posées par le développement des techniques reproductives, celles plus anciennes liées au contrôle des naissances et celles en lien avec la parenté et la parentalité. L'objectif de la thèse est d'analyser, dans ce corpus juridique, les stéréotypes de genre et en particulier ceux qui restreignent le rôle des femmes à la sphère reproductive.

L'analyse du cadre relatif aux techniques de procréation médicalement assistée (PMA) -dans lequel la notion de projet parental a émergé- montre que leurs conditions d'accès sont empreintes de naturalisme. Une comparaison entre les dispositions législatives du droit français et du droit suisse met en exergue des différences significatives et par conséquent, le caractère construit de ces références à la nature. En outre, la reconnaissance des projets parentaux par le droit de la filiation renforce le cadre naturaliste : d'un côté, la filiation est établie pour les projets parentaux réalisés dans le cadre légal selon les règles du droit commun et accentue la différenciation des fondements à la filiation selon le sexe du parent ; de l'autre, les projets parentaux qui s'écarterent du cadre naturaliste sont relégués aux marges du droit de la filiation.

C'est pourquoi, il est proposé, dans un second temps, de faire de la notion de projet parental la clef de voûte d'un nouveau droit de la reproduction, caractérisé par une autonomie accrue et indifférente au sexe des personnes. En prenant appui sur le principe constitutionnel d'égalité entre les sexes et la liberté reproductive, comme composante de la liberté individuelle, des pistes de réflexion sont envisagées, aussi bien quant à la nature des actes médicaux non thérapeutiques reproductifs -qu'il s'agisse de l'IVG, de la contraception, de la stérilisation ou encore de la PMA- qu'en matière de filiation. Cela se traduit notamment par un renforcement des droits des usagers du système de santé en matière de reproduction et une plus grande place pour la volonté comme fondement à l'établissement de la filiation. À travers l'exemple du droit de la reproduction, il est montré *in fine* de quelle manière le droit peut contribuer à favoriser au sein de la société l'autonomie du sujet et l'égalité entre les sexes.

Abstract

Reconsidering the legal framework of reproduction reproduction through the lense of the "parental project"

From a French legal standpoint, we studied all issues related to reproduction through the lense of the concept of "parental project". Those legal questions are raised by the development of new reproductive technologies but also include birth control issues and parentage. Our thesis aims at analysing gender stereotypes in the current reproductive legal framework, especially those related to the gendered division of labour.

The parental project is a concept introduced by law regulating the new reproductive technologies and yet, the analysis of legal aspects of medically assisted reproduction (MAR) highlights naturalistic requirements of access. Comparing French and Swiss legal frameworks shows there are no fixed rules and thus, that references to Nature are not unbiased. Moreover, when it comes to rules of filiation, the naturalistic framework is further reinforced: on the one hand, when the parental project is carried out within the legal framework, filiation is established based on general law, corroborating the gendered legal basis of filiation; on the other hand, parental projects outside of the naturalistic framework are marginalized.

In spite of this, we think that the concept of "parental project" could be used to promote, within the legal framework of reproduction, both gender equality and reproductive autonomy. Based on the principles of sex-equality and reproductive autonomy, our proposals aim at changing dispositions regarding filiation and reproductive medical acts so as to improve gender equality and reproductive autonomy. In particular, MAR should be addressed by the general law of filiation in order to make will the main basis of parentage. Likewise, promoting autonomy in reproductive medical acts cannot proceed without promoting the rights of healthcare users.

Finally this research in reproductive law could be seen as a striking example of how law could foster gender equality and individual autonomy in society.

Mots-clefs

droit de la bioéthique ; droit de la famille ; droit de la santé ; droits fondamentaux.

PMA, GPA, don de gamètes, anonymat, procédure d'appariement ; filiation ; actes médicaux non thérapeutiques, droits des usagers du système de santé ; principes d'égalité et d'égalité entre les sexes, liberté individuelle et liberté reproductive.

Keywords

bioethics law; family law; health law; fundamental rights.

Medically assisted procreation, surrogacy, gametes donation, anonymity of donors, matching process ; filiation ; non therapeutic medical acts, rights of the health care users ; equality and gender equality, individual and reproductive freedom.

Sommaire

Sommaire	11
Avertissement.....	13
Abréviations	15
Introduction	19
I. Définition des termes du sujet.....	19
II. Processus de définition du sujet	38
III. Approches adoptées	49
Partie I Le projet parental dans le droit des techniques reproductives.....	59
Titre I La réalisation du projet parental par les techniques reproductives.....	62
Chapitre I – Les conditions d'accès aux techniques reproductives	64
Section I – Les conditions tenant aux auteurs du projet parental.....	65
Section II – Les conditions tenant aux techniques reproductives.....	95
Chapitre II – Les conditions de mise en œuvre des techniques reproductives	123
Section I – La légitimation médicale du projet parental.....	124
Section II – Le remboursement sélectif de certains projets parentaux.....	153
Titre II La consécration du projet parental par le droit de la filiation	170
Chapitre I – La consécration par le droit de la filiation du projet parental légitime	172
Section I – Convergences entre filiation après PMA légitime et adoption	173
Section II – Inscription du projet parental légitime dans le droit commun de la filiation	198
Chapitre II – La relégation aux confins du droit de la filiation des projets parentaux illégitimes	230
Section I – La sanction des projets parentaux illégitimes par le droit de la filiation.....	231
Section II – La réticence à l'appréhension des projets homoparentaux par le droit commun de la filiation	262
Partie II Le projet parental dans le droit de la reproduction.....	287
Titre I Le projet parental, fondement du droit de la reproduction	290
Chapitre I – Le projet parental, pour lutter contre les stéréotypes de genre	292
Section I – Les expressions de l'égalité en matière de reproduction	293
Section II – Pour en finir avec la division sexuée du travail.....	317
Chapitre II – Le projet parental, pour redéfinir les actes médicaux reproductifs	340
Section I – Des actes médicaux non thérapeutiques	341
Section II – Des actes médicaux correspondant à des droits reproductifs	373
Titre II Le nouveau droit de la reproduction, fondé sur le projet parental.....	396
Chapitre I – Des actes médicaux relatifs à la reproduction empreints d'autonomie	398
Section I – La consécration des droits des usagers en matière reproductive	399
Section II – La réaffirmation des droits des usagers en matière reproductive.....	423

Chapitre II – Une construction juridique égalitaire des parents.....	447
Section I – La parentalité : concilier famille-travail.....	448
Section II – La parenté : fondements et institutions	476
Conclusion.....	501
Bibliographie.....	507
Ouvrages généraux, traités, manuels et dictionnaires.....	507
Ouvrages spécialisés, thèses et actes de colloques	508
Etudes, articles et chroniques	512
Rapports, avis et autres documents	532
Sites internet.....	536
Annexes.....	537
Index.....	539
Table des matières.....	545

Avertissement

L'Université Paris Descartes et l'Université de Neuchâtel n'entendent donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Abréviations

§ : paragraphe

AJDA : actualité juridique - droit administratif

AME : aide médicale de l'État

AMP. : assistance médicale à la procréation

ART : assisted reproductive technologies

Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

C. Cass. : Cour de cassation

CAF : Caisse d'allocations familiales

CAHBI : comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales

CAS : conseil d'analyse stratégique.

CC : Conseil constitutionnel

CCAM : classification commune des actes médicaux

CCNE : comité consultatif national d'éthique

CE : Conseil d'État

CECOS : centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains

CEDAW : convention on the elimination of all forms of discrimination against women

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CEEP : centre européen pour les entreprises publiques

CES : confédération européenne des syndicats

CESDH : convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

cf. : *confer*

CHU : centre Hospitalier Universitaire

CIDE : convention internationale des droits de l'enfant

CISS : collectif interassociatif sur la santé

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CLCA : complément de libre choix d'activité

CMG : complément de libre choix du mode de garde

CMU : couverture maladie universelle

CNAOP : conseil national pour l'accès aux origines personnelles

CNCDH : commission nationale consultative des droits de l'homme

CNE : commission nationale d'éthique pour la médecine humaine

CNEMM : comité national d'experts sur la mortalité maternelle

CNF : certificat de nationalité française

CNOSF : conseil national de l'ordre des sages-femmes

COFF : commission fédérale de la coordination pour les questions familiales
 cons. : considérant
 CPAM : caisse primaire d'assurance maladie
 CRUQPC : commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge
 D. : Recueil Dalloz
 DDHC : déclaration des droits de l'homme et du citoyen
 dir. : sous la direction de
 DIU : dispositif intra-utérin
 DPI : diagnostic préimplantatoire
 DPN : diagnostic prénatal
 DRESS : direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques
 DU : diplôme universitaire
 DUDH : déclaration universelle des droits de l'homme
 éd. : édition
 EI : événement indésirable
 FIV : fécondation *in vitro*
 GIFT : *gamete intra fallopian transfert*
 GPA : gestation pour autrui
 HALDE : Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
 HAS : Haute autorité de santé
 HCEf/h : Haut Conseil à l'Egalité entre les Femmes et les Hommes
 HLA : *human leukocyte antigen*
 HON : *Health on the net*
 IAD : insémination artificielle avec donneur
ibid. : *ibidem*
 ICSI : *Intra Cytoplasmic Sperm Injection* (injection intracytoplasmique de spermatozoïde)
 IGAS : Inspection générale des affaires sociales
 IIA : insémination intra-utérine
 IMG : interruption médicale de grossesse
 INED : Institut national d'études démographiques
 INPES : Institut national de prévention et d'éducation pour la santé
 INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques
 Inserm : Institut national de la santé et de la recherche médicale
 IVG : interruption volontaire de grossesse
 JDSAM : Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie
 LFSS : loi de financement de la sécurité sociale
 LPart : loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe

LPMA : loi fédérale sur la procréation médicalement assistée
 LRCS : loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires
 n° : numéro
 not. : notamment
 NRT : nouvelles technologies de la reproduction
 OCDE : organisation de coopération et de développement économiques
 OCNE : ordonnance sur la commission nationale d'éthique pour la médecine humaine
 OFS : office fédéral de la statistique
 OIT : organisation internationale du travail
 OMS. : organisation mondiale de la santé
 ONU. : organisation des Nations unies
op. cit. : *opere citato*
 OPMA : ordonnance sur la procréation médicalement assistée
 p. : page
 PaCS : pacte civil de solidarité
 PIB : produit intérieur brut
 PMA : procréation médicalement assistée
 pp. : pages
 PréParE : prestation partagée d'éducation de l'enfant
 PUF : presses universitaires de France
 QPC : question prioritaire de constitutionnalité
 RAM : relai d'assistant maternel
 RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
 RU : représentant des usagers
 spéc. : spécifiquement
 supp. : supplément
 TASS : tribunal des affaires de sécurité sociale
 TET : *tubal embryo transfert*
 TFUE : traité de fonctionnement de l'Union européenne
 TGI : tribunal de grande instance
 TLFI : trésor de la langue française informatisée
 UNICE : union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe
 VIH : virus de l'immunodéficience humaine
 vol. : volume
 ZIFT : *zygote intra fallopian transfert*

Introduction

1. « Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental » : bien qu'imparfait, ce titre semble être le plus adapté pour définir la dynamique du travail de recherche mené ces dernières années. Imparfait, ce titre l'est pour deux raisons principales. D'abord, il laisse penser qu'il s'agit d'une étude de droit français et si cela est principalement exact, une partie de la thèse convoque également le droit suisse dans une optique de comparaison des normes juridiques. Ensuite, ce titre peine à traduire le fait que les deux notions de droit de la reproduction et de projet parental renvoient aussi bien aux techniques reproductives qui font l'actualité juridique qu'aux droits reproductifs qui suscitent moins d'intérêt de nos jours qu'auparavant. Ces imperfections sont toutefois compensées par le fait qu'il exprime le mouvement de la thèse, qui analyse le droit des techniques reproductives afin de proposer une reconstruction du droit de la reproduction à partir de la notion de projet parental.

Après avoir fixé les contours des notions de droit de la reproduction et de projet parental au regard du droit français (I), nous présentons le processus qui a permis d'aboutir à la définition de notre sujet de thèse (II) ainsi que la démarche méthodologique que nous adoptons –et en particulier la place accordée au droit suisse (III).

I. Définition des termes du sujet

Avant toute chose, les termes de notre sujet doivent être définis : il s'agit d'une part du « droit de la reproduction » et d'autre part du « projet parental ».

2. Le droit de la reproduction n'a pas un sens juridique acquis et c'est pourquoi nous devons justifier l'utilisation de ce terme autant que de préciser le contenu du corpus. Le droit de la reproduction est un corpus juridique construit autour de son objet, la reproduction. La reproduction désigne l'« action par laquelle les êtres vivants produisent des êtres semblables à eux-mêmes »¹ et par extension, le « fait d'assurer la perpétuation, la continuité de soi-même, d'une race, d'une espèce »². D'emblée, il apparaît que la reproduction comprend une dimension

¹ Trésor de la Langue Française Informatisé (TLFI), entrée « reproduction ».

² TLFI, entrée « reproduction ».

individuelle, familiale, mais aussi une dimension collective, liée à la démographie. L'intime et le politique se trouvent alors imbriqués dans la reproduction. La procréation, bien que synonyme de reproduction, renvoie à la seule dimension individuelle : en effet, procréer signifie « donner la vie (à un/des enfant(s)) »³ ou au figuré « produire » ou encore « être à l'origine de » quelque chose⁴. Au vu de ces quelques éléments de définition, il semble que la reproduction traduise une idée plus complexe que la procréation : aux phénomènes biologiques identiques, la conception et la naissance d'enfants, s'ajoutent en effet des enjeux sociétaux. Cela se confirme d'ailleurs si l'on considère non plus la définition biologique mais la définition sociologique du terme. En sociologie, la reproduction désigne ainsi le « maintien des rapports sociaux, culturels, idéologiques par les appareils d'État, la pression sociale, les institutions »⁵. La reproduction renvoie à la fois à la naissance d'un enfant et à la reconduction des rapports sociaux existants. Nous gardons à l'esprit les enjeux politiques et sociaux sous-jacents au sujet pour nous intéresser au processus biologique de la reproduction d'un point de vue juridique. Quels rapports entretient le droit avec la reproduction ? Existe-t-il des règles régissant la reproduction ? Dans quelle mesure peut-on parler de droit de la reproduction ?

3. En droit, la reproduction a un sens bien particulier et correspond à la « copie et diffusion d'une œuvre littéraire, artistique que l'auteur ou le propriétaire de cette œuvre a le droit de permettre ou de refuser »⁶. Il s'agit d'ailleurs de la définition donnée à l'entrée « reproduction » du vocabulaire juridique dirigé par Monsieur le Professeur Gérard Cornu. Le droit de reproduction a ainsi un sens particulier propre au droit de la propriété intellectuelle puisqu'il s'agit du « droit de l'auteur d'une œuvre consistant dans la prérogative exclusive de consentir tant à l'édition muette (librairie) qu'à l'édition dite sonore (enregistrement phonographiques) de celle-ci, élément de son droit pécuniaire »⁷. Il ne sera naturellement pas question du droit de reproduction au sens du droit de la propriété intellectuelle dans nos développements dans la mesure où nous nous intéressons, pour notre part, au droit de la reproduction.

4. Nous définissons le droit de la reproduction, à partir de son objet, comme l'ensemble des règles juridiques ayant trait à ce domaine. Il existe d'autres champs du droit définis par leur objet, comme le droit de la santé ou le droit de l'environnement et qui ont comme caractéristique, en raison de leur transversalité, de transcender la *summa divisio* entre droit public et droit privé. Bien que récentes, ces branches du droit bénéficient toutefois d'une consécration universitaire, à travers l'existence de manuels, revues juridiques et de diplômes universitaires dédiés. Il n'en est rien pour le droit de la reproduction qui n'existe pas, en tant que

³ TLFI, entrée « procréer ».

⁴ *Ibidem*.

⁵ TLFI, entrée « reproduction ».

⁶ *Ibidem*.

⁷ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10e éd., 2014, p. 906, entrée « reproduction ».

tel, comme branche du droit ni en France ni en Suisse⁸. Seul un ouvrage de la collection *Que sais-je ?* datant de 1998 s'intitule *Le droit de la procréation* et son auteure, Madame la professeure Roseline Letteron constate dès l'introduction que « l'unité du droit de la procréation reste (...) à réaliser »⁹ et que « ce droit est en chantier »¹⁰.

Construit à partir de son objet, le droit de la reproduction regroupe différentes thématiques en lien avec la reproduction et abrite en particulier le corpus juridique relatif aux droits reproductifs. Nous définissons ainsi le droit de la reproduction comme un droit objectif¹¹ regroupant l'ensemble des règles de droit relatives à la reproduction. Le droit de la reproduction considère ce sujet dans ses multiples dimensions juridiques et deux volets distincts mais complémentaires peuvent être identifiés. D'une part, certaines règles juridiques relèvent du droit de la santé en ce qu'elles régissent des moyens, souvent médicalisés, de contrôler la fécondité : il s'agit des dispositions relatives aux techniques reproductives (PMA, GPA, clonage reproductif, diagnostics préimplantatoires), contraceptives (pilule contraceptive, contraception d'urgence, DIU, stérilisation) et abortives (IVG, diagnostics prénataux et IMG). Le droit de la reproduction comprend ainsi un volet négatif visant à empêcher la conception ou la naissance d'un enfant, et un volet positif où, au contraire, la naissance d'un enfant est recherchée. Le volet positif du droit de la reproduction implique de considérer également les règles d'établissement de la filiation (avec ses différents modes d'établissement, la prise en compte de la filiation adoptive le cas échéant et de l'accouchement sous X) et celles relatives aux congés liés à la naissance et à l'éducation des enfants en bas âge. Aux dispositions du Code de la santé publique et du Code de la sécurité sociale s'ajoutent des aspects de droit de la famille et de droit social¹².

Les questions de santé et les règles du droit civil sont liées : il y a en particulier des enjeux relatifs à la santé publique derrière les normes de droit civil. Par exemple, l'interdiction de la gestation pour autrui en droit français¹³ et l'accouchement comme fait générateur du lien de filiation maternelle¹⁴ sont des dispositions juridiques qui doivent être lues en parallèle. Les règles de filiation rendent impossible la GPA comme technique de reproduction, confortant ainsi l'interdiction légale. De même, le maintien de la procédure d'accouchement sous X, qui permet à

⁸ Même s'il peut exister des ouvrages consacrés à cette question, notamment en droit américain.

⁹ Roseline LETTERON, *Le droit de la procréation*, PUF, Que sais-je ?, 1998, p. 14.

¹⁰ Roseline LETTERON, *op. cit.*, p. 15.

¹¹ Nous parlons de droit objectif en opposition avec les droits reproductifs qui peuvent davantage être définis comme des droits subjectifs.

¹² Voir en ce sens Dominique FENOUILLET, « Le droit civil de la famille hors le Code », *Les petites affiches*, 21 septembre 2005, n° 188, p. 3 : « Pourtant, il leur arrive de plus en plus souvent de "mordre" le domaine qui devrait être celui du Code civil. Le Code de la santé publique régit ainsi la liberté de procréation, nonobstant le caractère civil et la portée familiale de cette liberté ; et il contient aussi le statut biomédical des mineurs et majeurs protégés, alors pourtant que ce statut relève du droit civil personnel et familial. Quant au Code de l'action sociale et des familles, il consacre l'accouchement sous X, définit le droit d'accès aux origines personnelles, règle le devenir de l'obligation alimentaire familiale en cas d'action sociale, encadre l'adoption, de l'immatriculation d'un enfant à l'accompagnement de la famille adoptive en passant par l'agrément des candidats à l'adoption (...) ».

¹³ Article 16 du Code civil.

¹⁴ Article 311-25 du Code civil.

la femme qui accouche de ne pas faire établir sa filiation¹⁵, a été justifié en termes de santé publique par le Conseil constitutionnel¹⁶. Ces exemples montrent la nécessité de considérer autant les aspects civilistes que les questions relevant de la sphère du droit de la santé. Ainsi, le droit de la reproduction, comme droit ayant pour objet les questions juridiques liées à la reproduction, correspond à des corpus juridiques variés. Ce corpus de droit objectif doit être distingué des droits en matière de reproduction, également appelés droits reproductifs.

5. Les droits reproductifs renvoient aux composantes du droit de la reproduction, considérés individuellement, comme droits et libertés fondamentales. Le pluriel marque la diversité de ces droits, comme dans l'expression anglaise de « *reproductive rights* ». Dans un de ses articles, Madame la professeure Jennifer Merchant « présente le concept des droits de la procréation dont la définition contemporaine remonte aux années 1970. À cette époque, il s'agit d'une contre-offensive de la part de féministes de la deuxième vague (courants radicaux ou socialistes) qui, sans être opposées à l'interventionnisme de l'État, vont dénoncer la forme qu'il prend, et surtout vont souligner les limites du droit à l'intimité en formulant une définition plus large des droits de la procréation »¹⁷. Pour l'auteure, il s'agit de « contrecarrer ce qui était perçu comme un pouvoir démesuré du corps médical, et de transférer une partie de ce pouvoir aux femmes à travers une éducation médicale et une meilleure connaissance de son corps »¹⁸. Elle explique alors que, « fruit de ces quelques groupes et associations féministes non institutionnalisés des années 1970, le cadre contemporain des droits de la procréation comporte donc trois volets. Tout d'abord, il s'agit d'une reconnaissance légale pour les femmes, et non l'État, de prendre toutes les décisions concernant la procréation (principe de l'absence du contrôle de l'État). Le deuxième volet requiert l'égalité de traitement des femmes par les politiques publiques élaborées par l'État (principe de la neutralité gouvernementale). Le dernier volet, le plus ambitieux, exige la mise en place d'un cadre social et de moyens économiques pour soutenir et encourager la liberté humaine dans ses choix reproductifs (le principe de la liberté reproductive). Ce sont ensuite quelques textes internationaux des [organisations non gouvernementales] qui vont donner un vocabulaire pratique à cette approche globale de la notion de droits de la procréation »¹⁹. Puis les instances internationales consacrent la notion ; ainsi, l'ONU définit les droits reproductifs « comme ces droits, possédés par toutes les

¹⁵ Article 326 du Code civil.

¹⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, cons. 6 ; voir not. à propos de la QPC, Diane ROMAN, « La conventionalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », note sous CC, 16 mai 2012, déc. n°2012-248 QPC, *RDSS*, 2012, p. 750 : « pour éviter les infanticides et protéger les enfants d'un abandon les mettant en danger, le législateur français a de longue date aménagé la possibilité pour toute femme enceinte d'accoucher en secret, en bénéficiant d'une prise en charge médicale et institutionnelle adaptée ».

¹⁷ Jennifer MERCHANT, « Féminismes américains et *reproductive rights*/droits de la procréation », *Le mouvement social*, 2003/2, n°203, pp. 55-87, spéc. p. 57.

¹⁸ Jennifer MERCHANT, *op. cit.*, p. 64.

¹⁹ Jennifer MERCHANT, *op. cit.*, p. 65.

personnes, leur permettant l'accès à tous les services de santé reproductive... Ils incluent aussi le droit de prendre les décisions, en étant libre de toute discrimination, violence et coercition »²⁰.

6. Les droits reproductifs appartiennent à la sphère des libertés et droits fondamentaux. L'étude des manuels sur ce sujet montre que ces derniers s'intéressent traditionnellement aux droits reproductifs. Certains auteurs traitent des questions d'IVG et de PMA au sein d'une section consacrée au droit de disposer de son corps²¹. Toutefois, tous les ouvrages de libertés et droits fondamentaux n'envisagent pas systématiquement ces questions²² et lorsqu'elles y sont présentées, c'est souvent d'un point de vue davantage polémique que les autres. Traités par exemple dans un ouvrage dans la section relative à la dignité de la personne et dans le paragraphe dédié à la question de l'embryon²³, les droits reproductifs ne sont pas abordés du point de vue de leurs titulaires mais du point de vue des « opposants à l'interruption volontaire de grossesse »²⁴. Certains auteurs présentent même l'avortement et les techniques de PMA dans une section consacrée aux droits fondamentaux de l'enfant²⁵. D'autres soulignent pareillement la singularité, au sein des libertés physiques, du droit de disposer de son corps et du droit à l'intégrité physique puisque ces deux thématiques sont mises en perspective avec les sciences de la vie auxquelles elles seraient « confrontées »²⁶. Une partie de la doctrine présente toutefois les questions relatives à la conception, regroupées avec d'autres thématiques bioéthiques, dans un titre consacré à l'intimité et à l'autonomie²⁷. Les droits de la reproduction ont toute leur place au sein du droit de la reproduction et devraient être considérés spécifiquement du fait de leur histoire et de leur vocation à être considérés comme des droits subjectifs.

7. Le droit de la reproduction recoupe ainsi différentes branches du droit, en rassemblant notamment des questions qui relèvent des libertés et droits fondamentaux, du droit civil de la famille, du droit de la santé ou encore du droit social. Outre, les droits reproductifs et les dispositions en matière de filiation et d'éducation, d'autres sujets pourraient également entrer dans la définition du droit de la reproduction dans la mesure où ils sont connexes aux thématiques retenues. Par exemple, Madame la professeure Roseline Letteron traite, en plus du droit de ne pas procréer (volet négatif) et du droit de procréer (volet positif), de « la nature

²⁰ ONU, World Population Monitoring Report, 1996, Selected Aspects of Reproductive Rights and Reproductive Health, New York, 1998, p. 180, cité par Arlette GAUTIER, « Les droits reproductifs, une nouvelle génération de droits ? », *Autrepart*, (15), 2000, pp. 167-180, spéc. p. 167.

²¹ Voir not. Jacques ROBERT et Jean DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrétien, Lextenso, 8e éd., 2009, pp. 219-254 ; Henri OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2e éd., 2010, pp. 397-413.

²² Ne traitent pas de manière spécifique de l'interruption volontaire de grossesse : Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHENVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIAN, Annabelle PENA-SOLER, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI et Jérôme TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5e éd., 2009.

²³ Arlette HEYMANN-DOAT et Gwénaële CALVES, *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ, Lextenso éditions, 9e éd., 2008, spéc. pp. 175-178.

²⁴ Arlette HEYMANN-DOAT et Gwénaële CALVES, *op cit.*, spéc. p. 175.

²⁵ Annie LAMBOLEY, « Section 6. Les droits fondamentaux de l'enfant », pp. 299-326, in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 18e éd., 2012.

²⁶ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Sirey, 8e éd., 2009, spéc. p. 271.

²⁷ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Diane ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, Hypercours, 2e éd., 2015, spéc. chapitre 16 - bioéthique, pp. 559-599.

juridique de l'enfant à naître ». Si nous excluons de nos développements cette question, c'est parce que nous ne considérons jamais en tant que tel l'enfant à naître : dans le volet négatif de la reproduction, il n'y a pas d'enfant à naître tandis que dans le volet positif, il accède au statut juridique de personne à sa naissance. À notre sens, la question du statut de l'enfant à naître ne doit pas être un élément à prendre en compte lorsqu'il s'agit de considérer les droits et libertés fondamentales des individus et en particulier leurs droits reproductifs. Ce parti pris de se placer du point de vue des personnes -ayant un projet parental- et non de celui de l'enfant à naître s'explique d'autant mieux par le choix de considérer le droit de la reproduction à l'aune du projet parental. Qu'entendons-nous par projet parental ?

8. Définir le projet parental n'est pas une chose aisée dans la mesure où, s'il ne s'agit pas en tant que tel d'une notion juridique, le syntagme nominal est fréquemment utilisé en droit français. Dans une approche générale, il convient de définir les termes qui composent le syntagme nominal projet parental et les concepts de parenté et de parentalité auxquels l'adjectif parental renvoie.

9. En premier lieu, dans le syntagme nominal « projet parental », l'accent est mis sur le substantif. Le projet est ainsi incontournable dans la définition du projet parental. Le projet a une dimension pratique certaine puisque, à la suite du Trésor de la langue française informatisé (TLFI), il est possible de le définir comme « ce qu'on a l'intention de faire et estimation des moyens nécessaires à la réalisation »²⁸. Le sens juridique du mot projet est assez proche puisqu'il s'agit « plus généralement, [d'une] opération prévue mais non encore réalisée, [d'un] programme à mettre en œuvre »²⁹. Le projet est donc un travail préparatoire, qui traduit de manière concrète une aspiration sur le moyen terme. La dimension volontariste associée est indéniable et inscrit le projet parental du côté de la doctrine juridique de l'autonomie de la volonté. En droit des obligations, l'acte juridique est en partie défini comme une manifestation de la volonté. Les individus peuvent ainsi exprimer par leurs consentements le libre arbitre qui les anime. Le consentement se distingue ainsi de la volonté par son extériorisation. « Un consentement né de la volonté mais détaché d'elle et qui circule »³⁰, tels sont les mots utilisés par Madame la professeure Marie-Anne Frison-Roche pour expliciter les rapports de dépendance entre volonté et consentement. La volonté semble ainsi être le fondement indispensable au projet parental et trouve son expression juridique à travers le consentement.

10. Le projet parental ne peut pas être compris sans la finalité qui lui est attachée. Ainsi, l'adjectif parental caractérise pleinement la volonté des individus engagés dans un tel projet et

²⁸ TLFI, entrée « projet ».

²⁹ Gérard CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 815, entrée « projet ».

³⁰ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.*, 1995, p. 573 : « La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté ».

leur aspiration à devenir parent. L'adjectif parental dérive d'ailleurs directement du nom « parent » et apparaît au début du XVI^{ème} siècle³¹. De la sorte, est parental à la fois ce « qui appartient aux parents (père et mère) »³² et « ce qui concerne le parent »³³. Par exemple, l'« autorité parentale », qui est définie comme l'« ensemble des droits et devoirs conférés par la loi aux parents en vue d'assurer l'éducation et la protection de leur enfant mineur non émancipé et la gestion de ses biens (art. 371 et suivants du Code civil) »³⁴, désigne autant l'autorité qui définit le rôle des parents que celle dont ils disposent effectivement. Le projet parental reprend cette double dimension appartenance-essence, en ce qu'il est porté par des personnes, qui aspirent à se définir comme parents. En devenant l'auteur d'un projet parental, l'individu exprime sa volonté de devenir parent. Il convient alors de mieux comprendre ce qu'est être parent. Dans le langage courant, le parent est « celui, celle qui appartient à la même famille qu'une autre personne »³⁵ ; en particulier sont définis comme des parents, « ceux dont on descend en ligne directe »³⁶ et plus précisément, « ceux qui ont donné la vie »³⁷. Être parent devient alors synonyme de père et de mère. Le sens juridique est d'ailleurs identique puisque les parents désignent aussi bien le père et la mère que les « personnes avec lesquelles on a un lien de parenté »³⁸. La dimension biologique est étymologiquement prédominante dans la définition du parent puisque le terme parent vient du participe *parens* du verbe latin *parere*, qui signifie « engendrer »³⁹.

11. Cette définition du projet parental à partir des mots qui composent le syntagme nominal permet de saisir la signification de l'expression, pour le sens commun. Il convient également de considérer le projet parental par rapport aux concepts auxquels il renvoie. En particulier, l'adjectif « parental » renvoie à deux notions distinctes, à savoir d'une part, la parenté et d'autre part, la parentalité.

12. La parenté est un concept juridique, « qui permet l'inscription généalogique du sujet en déterminant sa génération, sa place (ascendant ou descendant), son identité et le statut (droits et obligations) qui en découle »⁴⁰. La parenté est définie comme le lien qui existe entre deux personnes⁴¹ et la filiation comme « un lien de droit qui unit un individu à son père (filiation

³¹ Jean DUBOIS, Henri MITTERRAND et Albert DAUZAT, *Grand dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2005, entrée « parent », p. 716.

³² TLFI, entrée « parental ».

³³ *Ibidem*.

³⁴ Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2012, LexisNexis, 2011, p. 49, entrée « autorité parentale ».

³⁵ TLFI, entrée « parent ».

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Rémy CABRILLAC (dir.), *op. cit.*, p. 359, entrée « parents ».

³⁹ Jean DUBOIS, Henri MITTERRAND et Albert DAUZAT, *op. cit.*, entrée « parent », p. 716.

⁴⁰ Claire NEIRINCK, *De la parenté à la parentalité*, pp. 15-28, in Claire NEIRINCK (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?*, ERES, « Hors collection », 2001, spéc. p. 22.

⁴¹ Gérard CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 733, entrée « parenté ».

paternelle) et à sa mère (filiation maternelle) ou à l'un d'eux seulement »⁴². Une telle définition de la filiation met en exergue le caractère socialement construit des liens de parenté, comme des liens juridiques. La filiation correspond au lien de droit et les règles juridiques qui permettent d'établir ce lien ne reposent pas exclusivement sur un fondement de nature biologique. Le lien de filiation n'est pas nécessairement le lien biologique, qualifié hier de lien du sang et aujourd'hui plus volontiers de lien génétique. Pour comprendre la complexité des règles qui permettent d'établir le lien de droit, on peut également se référer au vocabulaire utilisé par les ethnologues et anthropologues. Ils utilisent en effet volontiers l'expression « systèmes de parenté » ou « structure de parenté » pour décrire l'ensemble des règles sociales et juridiques qui instituent des liens familiaux entre les individus. En d'autres termes, « la filiation est un concept d'essence politique au sens propre du terme dont il faut prendre la mesure pour mieux comprendre l'histoire »⁴³.

Dans cette optique, Monsieur Christian Ghasarian, anthropologue, souligne que « l'étude des systèmes de parenté montre que les sociétés consacrent la primauté de la convention juridique sur le biologique. L'institution de l'adoption témoigne du fait que la filiation est purement conventionnelle. Il est d'ailleurs révélateur que la plupart des systèmes sociaux (y compris [celui correspondant et symbolisé par] le Code civil français) placent un interdit d'inceste entre adoptés et adoptants. Le cas des enfants dits "naturels" ou "illégitimes" montre d'ailleurs que l'on peut réfuter juridiquement les liens du sang »⁴⁴. Et « si la parenté se fonde sur le fait biologique de la procréation, les relations de parenté sont essentiellement sociales. Le paradoxe de la procréation médicalement assistée est qu'elle est animée par des idéologies contradictoires : tout en renforçant le lien symbolique, elle répond à des demandes motivées par une idéologie biologique. La biologisation de la procréation humaine fait toutefois que la filiation est plus que jamais dépendante du lien social »⁴⁵. Il est certain qu'adoption et PMA questionnent les fondements de la parenté. Toutefois, le rôle joué par la volonté des parents au sein des modes d'établissements de la filiation non contentieux que sont la reconnaissance et la possession d'état ne peut être oublié. En outre, si l'expertise biologique est bien de droit en matière de recherche en parenté, elle n'intervient qu'en cas de contestation judiciaire de la filiation sur décision du juge et est soumise au consentement de l'intéressé⁴⁶. Monsieur Pierre Legendre, en qualité d'historien du droit et de psychanalyste, explique ainsi que « le lien de sang – entendu

⁴² Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 3e éd., 2009, p. 354.

⁴³ Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, coll. droit fondamental, Droit civil, 1996, p. 231.

⁴⁴ Christian GHASARIAN, *Introduction à l'étude de la parenté*, Points, Essais, 1997, p. 238.

⁴⁵ Christian GHASARIAN, *op. cit.*, pp. 239-240.

⁴⁶ Cass., 1e Civ., 28 mars 2000, 14 juin 2005, 28 mai 2008.

comme rapport biologique de la reproduction – ne suffit pas à produire le sujet. Ce lien doit être juridiquement travaillé. Le sang comme tel ne veut rien dire »⁴⁷.

13. Quant à la parentalité, il s'agit d'un néologisme créé au XX^e siècle. Un dictionnaire usuel récent date de 1985 l'existence du terme, qui renvoie à la « qualité de parent, de père, de mère »⁴⁸. Pour Madame la professeure Catherine Sellenet, psychologue, l'« extension récente [du mot], dans les années quatre-vingt, et son passage dans le langage commun, marquent une évolution notable mais aussi une perte de sens »⁴⁹. Initialement, la parentalité appartenait aux champs de la psychologie et de la sociologie. À l'origine, « ce que veut souligner le concept de parentalité, c'est qu'il ne suffit ni d'être géniteur ni d'être désigné comme parent pour en remplir toutes les conditions, encore faut-il "devenir parent", ce qui se fait à travers un processus complexe impliquant des niveaux conscients et inconscients du fonctionnement parental »⁵⁰. En sociologie, le concept de parentalité est utilisé afin de décrire des situations familiales spécifiques. Les préfixes permettent alors de préciser ces situations : coparentalité, pluri-parentalité, homoparentalité, monoparentalité. Descriptifs, les termes sont également porteurs de revendications puisqu'il s'agit alors de reconnaître ces situations de fait comme légitimes. La parentalité correspond alors davantage à la prise en compte des questions sociales attachées au fait parental. La notion est neutre⁵¹ puisqu'elle permet de gommer le genre ou le sexe⁵² et englobante dans la mesure où elle désigne aussi bien la maternité que la paternité⁵³ : « la notion de projet parental (...) postule implicitement l'égalité entre les deux membres du couple »⁵⁴. La parentalité met l'accent sur les aspects relationnels et éducatifs et témoigne de l'exercice effectif de la fonction de parent, qui peut ne pas coïncider avec le lien de parenté existant.

Du point de vue juridique, le sens donné à la notion de parentalité semble différer et le terme ne semble pas relever du vocabulaire juridique *stricto sensu*. Le mot est absent des textes juridiques⁵⁵ et semble assez mal reçu par les juristes⁵⁶. Ainsi, Monsieur le professeur Thierry

⁴⁷ Pierre LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985, p. 154.

⁴⁸ *Le petit robert*, 2011, entrée « parentalité », p. 1805.

⁴⁹ Catherine SELLENET, « Essai de conceptualisation du terme "parentalité" », pp. 68-79 in Bernard VOSSIER (dir.), *La parentalité en questions, problématiques et pratiques professionnelles*, Andesi, 2002, spéc. p. 70.

⁵⁰ Marine BOISSON et Anne VERJUS, *La parentalité, une action de citoyenneté, rapport de synthèse des travaux récents sur le lien familial et la fonction parentale (1993-2004)*, CERAT, Dossier d'étude n°62, novembre 2004.

⁵¹ Claude MARTIN, *La parentalité : controverses autour d'un problème public*, pp. 39-54, in Yvonne KNIBIEHLER et Gérard NEYRAND (dir.), *Maternité et parentalité*, ENSP, 2004, spéc. p. 40 : « Cette expression a déjà pour première caractéristique de "neutraliser", au sens de rendre neutre du point de vue du genre, la place de parent ».

⁵² Catherine SELLENET, *La parentalité décryptée, pertinence et dérives d'un concept*, Harmattan, 2007, pp. 18-19 : « L'introduction du terme parentalité attaque la vision sexuée de la famille dans sa répartition traditionnelle, obligeant à repenser nos schémas d'analyse ».

⁵³ Yvonne KNIBIEHLER et Gérard NEYRAND, *Introduction* in Yvonne KNIBIEHLER et Gérard NEYRAND (dir.), *op. cit.*, p. 5 : « L'une de ses caractéristiques principales est sa globalité : elle appréhende les deux parents, sans distinction de sexe, ou de genre ».

⁵⁴ Philippe ARIES, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Seuil, coll. « Points », 1992 cité par Claire LEGRAS, « Le projet parental suffit-il ? », *Laennec*, 1/2012 (Tome 60), pp. 24-37.

⁵⁵ À l'exception des articles D. 141-9 et suivants du code de l'action sociale et des familles, relatifs au Comité national de soutien à la parentalité, créé par le décret n°2010-1308 du 2 novembre 2010.

Fossier explique que « la parentalité n'est pas un mot du droit civil et qu'il ne semble pas qu'elle doive le devenir »⁵⁷. En effet, pour lui, « le droit civil n'est pas un descriptif des solidarités actives, donc des fonctions humaines, que marque la terminaison en "-ité" »⁵⁸. De même, Madame la professeure Claire Neirinck considère que le terme correspond à des demandes atypiques⁵⁹. Dans un article éponyme, elle critique le passage de la parenté à la parentalité, qui conduit à la transformation de la prise en charge matérielle ou affective en lien de parenté⁶⁰. Pourtant, la parentalité a fait son entrée dans le vocabulaire juridique publié sous la direction de Monsieur le professeur Gérard Cornu⁶¹. La parentalité s'entend ainsi au sens général comme « un lien d'autorité parentale »⁶² et par extension, comme les « prérogatives d'autorité parentale exercées sur l'enfant par des tiers (beaux-parents, concubins, partenaires, grands-parents, etc.) »⁶³. La reprise du terme « parentalité » dans le champ juridique semble traduire une certaine perception de la parentalité, mise en perspective avec la parenté, notion juridique établie⁶⁴. Ainsi, la parentalité apparaît davantage comme une notion décrivant une situation de fait, mal ou pas encadrée par le droit. L'emphase est mise sur la parentalité tout particulièrement dans les cas où elle existe en dehors d'une reconnaissance juridique des liens de parenté alors que ces situations ne sont pas majoritaires⁶⁵. Parenté et parentalité sont alors principalement considérées dans leurs rapports d'opposition, comme si la parentalité, en dehors de liens de parenté existants, ne peut ou ne doit aboutir à la consécration de tels liens. D'aucuns voient également la parentalité comme une notion concurrençant la parenté⁶⁶ -et son exercice à travers l'autorité parentale⁶⁷- et peu satisfaisante par rapport à l'exercice des droits d'autorité parentale attachés à la filiation⁶⁸. Ce qui est certain, c'est que la parentalité est une « notion éminemment variable dans le temps et dans l'espace, la géographie et les cultures

⁵⁶ Voir not. en ce sens Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », pp. 41-58 in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexiNexis, 2012.

⁵⁷ Thierry FOSSIER, *La parentalité et le droit*, pp. 32-42, in Bernard VOSSIER (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 32.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Claire NEIRINCK, *De la parenté à la parentalité*, pp. 15-28, in Claire NEIRINCK (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?*, ERES, « Hors collection », 2001, spéc. pp. 21-22 : « le mot parentalité traduit un mouvement en vertu duquel les fonctions traditionnelles de la parenté sont gommées tandis que sont prises en compte des considérations jusqu'alors indifférentes ».

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9e éd., 2011, p. 727, entrée « Parentalité ».

⁶² *Ibidem*, spéc. art. 1.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Voir aussi pour une analyse critique de la notion de parentalité qui regroupe les beaux-parents et les couples de personne de même sexe élevant ensemble des enfants, Dominique FENOUILLET, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : des fondements incertains ? », *Les petites affiches*, 24 février 2010, n° 39, p. 25.

⁶⁵ En effet, bien souvent parenté et parentalité se confondent, les parents exerçant leurs fonctions parentales.

⁶⁶ Voir aussi en ce sens, le parallèle fait entre parenté-parentalité et mariage-conjugalité par Hugues FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », pp. IX-XIX, in Hugues FULCHIRON (dir.), *Mariage-Conjugalité Parenté-Parentalité*, Dalloz, 2009.

⁶⁷ Voir en ce sens, Dominique FENOUILLET, *op. cit.*

⁶⁸ *Ibidem* : les caractères de la parentalité sont décrits de manière très négative, il s'agirait d' « un lien fuyant dans son existence », « borné dans sa portée », « à valeur incertaine » et « la parentalité est davantage conçue sur le modèle des droits que sur celui des devoirs et obligations ».

d'appartenance »⁶⁹. En ce sens, Monsieur le professeur Thierry Fossier estime qu'il s'agit « d'une notion a-juridique par excellence »⁷⁰.

14. En résumé, l'adjectif parental renvoie autant à la parenté, notion juridique, qu'à la parentalité, concept socio-psychologique. Les techniques reproductives rendent compte de la complémentarité des notions de parenté et de parentalité. La mise en œuvre des techniques reproductives permet d'accéder à la parentalité alors que le droit de la filiation permet d'établir les liens de parenté. Lorsque les techniques de PMA sont mises en œuvre conformément au droit national, les liens de parenté sont établis en conformité avec l'exercice effectif du rôle de parent social et il y a alors une concordance entre la notion de parentalité et celle de parenté. Néanmoins, il est possible que l'exercice de la fonction de parent ne soit pas complété d'un lien de filiation, notamment lorsque le projet parental est mis en œuvre à l'étranger. Pourtant, le projet parental est autant un projet en termes de parentalité que de parenté. D'ailleurs, le terme parentalité dérive directement de l'adjectif parental⁷¹. Le projet parental trouve à se réaliser dans un exercice futur de la fonction de parent et par une reconnaissance juridique de cette fonction à travers l'établissement d'un lien de filiation. C'est un projet qui englobe le fait d'être parent dans ses multiples aspects. Il permet d'ailleurs de mettre l'accent sur certains aspects de la parenté à chaque fois que d'autres font défaut. De la sorte, il apparaît en cas de recours à un donneur de gamète que si la parenté génétique n'est pas possible, la parenté juridique sera renforcée⁷².

15. Considérer le projet parental du seul point de vue du droit tend à relativiser les constats faits à partir de l'étude du projet parental, à travers les termes utilisés et les notions auxquelles il renvoie. En effet, l'expression n'est pas actuellement utilisée en droit français dans la perspective de valoriser l'engagement en droit de la reproduction. Introduite en 1994 dans le Code de la santé publique⁷³, l'idée de « projet parental » disparaît du corpus juridique à l'occasion de la révision de la loi de bioéthique en 2004. De la sorte, la PMA n'est plus explicitement un moyen de réalisation d'un tel projet. Le projet parental n'en demeure pas moins présent à la fois dans le reste des articles du Code de la santé publique en rapport avec le devenir des embryons surnuméraires⁷⁴ et contribue à ancrer les questions de PMA dans le champ de la bioéthique.

⁶⁹ Thierry FOSSIER, *La parentalité et le droit*, pp. 32-42 in Bernard VOSSIER (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 41 ; voir dans le même sens, Dominique FENOUILLET, *op. cit.* : « La parentalité a un contenu variable et des sources diverses ».

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Le petit Robert*, 2011, entrée « parentalité », p. 1805.

⁷² Article 311-20 alinéa 4 du Code civil : « Celui 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. » et alinéa 5 : « En outre, sa paternité est judiciairement déclarée ».

⁷³ Article L. 2141-2 alinéa 1er du Code de la santé publique : « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple ».

⁷⁴ Article L. 2141-3 du Code de la santé publique : « ... dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental » ; « ...embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental. ». Article L. 2141-4 du CSP : « ... savoir s'ils maintiennent leur projet parental. II.- S'ils n'ont plus de projet parental... » ; « ... savoir s'il maintient ou

Le projet parental est indissociable des problématiques de bioéthique, et en particulier de la question de la recherche sur l'embryon et du statut de ce dernier. La loi de 1994, dite loi bioéthique, encadrant les techniques de procréation médicalement assistée prend également en compte les problématiques liées au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et au diagnostic prénatal. Aussi, les techniques de PMA peuvent difficilement être pensées séparément des autres questions liées à la bioéthique. Les sujets sont connexes comme en témoignent l'existence et l'utilisation à des fins de recherche des embryons surnuméraires. Pourtant, ils pourraient être traités dans des véhicules législatifs différents, affirmant ainsi la vocation des techniques de PMA à être appréhendées, d'une part, en termes de santé et de filiation et d'autre part, sur le même plan que les droits reproductifs antérieurs.

16. Le projet parental continue d'être présent lorsqu'il s'agit de considérer le sort des embryons surnuméraires. Lors de la mise en œuvre des techniques de PMA, des embryons *in vitro* sont créés et une partie seulement est transplantée dans l'utérus de la femme. Les autres sont littéralement qualifiés d'« en excédant »⁷⁵. Le droit suisse qualifie d'embryon surnuméraire « tout embryon issu d'une fécondation *in vitro* qui ne peut être utilisé pour induire une grossesse et qui n'a par conséquent aucune chance de survie »⁷⁶. Des questions délicates sont posées par les embryons surnuméraires⁷⁷. Les embryons surnuméraires peuvent connaître quatre destins distincts : ils peuvent être conservés pour une future implantation, donnés à un couple stérile, utilisés dans un projet de recherches ou détruits. Mis en perspective avec le projet parental, il apparaît un clivage certain entre les embryons en projet parental, –qui seront implantés, conservés dans ce but ou donnés à un couple stérile, changeant ainsi de projet parental– et les autres, pour qui tout projet parental est inexistant. Quelle que soit la voie empruntée par ces embryons, les deux membres du couple doivent donner, individuellement, leur consentement.

17. En l'absence de projet parental, les embryons surnuméraires peuvent être détruits. À ce sujet, le Conseil constitutionnel a jugé que ce n'est pas incompatible avec le principe du respect de l'être humain dès le commencement de la vie dans la mesure où ce principe n'est pas applicable aux embryons *in vitro*⁷⁸. L'autre voie possible pour l'embryon dépourvu de projet parental, bien qu'ayant été constitué dans un tel cadre, est la cession par le couple à la recherche. Cette utilisation des embryons surnuméraires pour la recherche paraît remplir un objectif d'intérêt général contrairement à leur destruction. L'alternative destruction/recherche qui

non son projet parental,... » ; « ... le maintien du projet parental... » ; Art. L. 2141-9 du CSP : « ... la poursuite du projet parental de ce couple... ».

⁷⁵ TFLI, entrée « surnuméraire ».

⁷⁶ Suisse, LRCS, 2003, article 2 I et b ; comp. Laure CAMBORIEUX, *Ce que cachent – et révèlent les mots. De l'influence de la sémantique sur la pensée bioéthique*, pp. 285-291 in Gérard TEBOUL (dir.), *Procréation et droits de l'enfant*, Bruylant, 2004, spéc. p. 285 : une partie de la doctrine estime que le qualificatif de surnuméraire peut être perçu comme tendant à réifier l'embryon et propose de parler de « projet parental en attente ».

⁷⁷ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2013*, p. 105 : en particulier, il y a 125 751 embryons qui ont un projet parental en cours (soit 67,7%) tandis que, pour 31 215 embryons (soit 16,8%), le projet parental a été abandonné et pour 28 855 embryons (soit 15,5%), les membres du couple ne sont pas d'accord ou n'ont pas répondu.

⁷⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994.

s'offre aux couples dont le projet parental est à l'origine des embryons surnuméraires sert à justifier l'existence de la recherche sur les embryons au nom de la « solidarité »⁷⁹. L'existence des embryons surnuméraires rend possible la recherche dans la mesure où les techniques de PMA constituent l'unique source d'embryons pour la recherche⁸⁰. Ainsi, le projet parental contient en négatif les conditions d'existence de la recherche biomédicale sur les embryons et tend à la légitimer⁸¹. Il s'agit d'une ressource rare et des dispositions législatives tendent à réduire le nombre de ces embryons dépourvus de projet parental. Ainsi, il est explicitement prévu que « la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation privilégie les pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre des embryons conservés »⁸². De la même manière, le procédé biologique de vitrification, qui consiste à congeler les ovocytes sans les altérer, a été autorisé dans la perspective de réduire le nombre d'embryons congelés.

18. Outre les recherches sur l'embryon, se pose également la question du statut de l'embryon⁸³. Là encore, le projet parental se trouve en toile de fond et « la question de savoir [si l'embryon] correspond ou non à un projet parental est capitale » puisque « c'est bien en réalité le contenu de la volonté du couple qui est déterminant du point de vue du statut de l'embryon »⁸⁴. Une ébauche de définition de l'embryon humain tend à le situer en rapport à son avenir⁸⁵. Implicitement le projet parental se trouve alors parmi les éléments permettant de définir l'embryon comme une « personne humaine potentielle »⁸⁶. L'Académie de médecine a également fait du projet parental un élément déterminant « pour donner à l'embryon le statut de patient »⁸⁷. Il est ainsi expliqué qu'« en cas d'abandon du projet parental il perd ce statut. De

⁷⁹ CCNE, *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, avis n°67, 27 janvier 2000 : « Le CCNE note que l'abandon du projet parental associé à l'absence de don aboutit inéluctablement à ce que ces embryons ne se développent pas, et à terme meurent ou soient détruits. Dans cette situation, leur permettre d'être inclus, selon les modalités prévues par le texte dans un projet de recherche à finalité thérapeutique, peut constituer la manifestation d'une solidarité virtuelle entre les géniteurs, une vie appelée à ne point advenir, et les personnes qui pourraient bénéficier des recherches ainsi menées ».

⁸⁰ Claire NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *D.*, 2003, p. 841 : « La demande parentale représente le moteur de l'assistance médicale à la procréation, l'article L. 2141-2 l'érigeant en condition *sine qua non* de la conception des embryons *in vitro*. (...) En effet, sans projet parental, les scientifiques n'auraient jamais obtenu les éléments essentiels qui ont permis leurs spectaculaires avancées : le sperme, les ovules et les embryons *in vitro* » ; voir également article L. 2151-2 du Code de la santé publique : « la conception *in vitro* d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite » et article L. 2151-3 du Code de la santé publique : « un embryon ne peut être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation ».

⁸¹ Emily JACKSON, *Regulating reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001, p. 230 cité par Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Le droit de la bioéthique*, La Découverte, 2009, pp. 86-87 : « dès lors que la mise à disposition d'embryons est inévitable, il est difficile d'établir que le fait de faire s'écouler un embryon par le lavabo serait moralement préférable à son utilisation à des fins scientifiques ».

⁸² Article L. 2141-1 du Code de la santé publique dans sa rédaction issue de la loi bioéthique de 2011.

⁸³ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 20 : « la question anthropologique de la qualification de l'embryon *in vitro* a, naturellement, partie liée avec les techniques d'AMP : parce qu'elles ont permis, littéralement hors du corps de la femme, la fécondation *in vitro* et la cryoconservation ont contraint chacun à se demander ce qu'il y avait là à voir ».

⁸⁴ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁵ CCNE, *Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques. Rapport*, avis n°1, 22 mai 1984 : le CCNE a ainsi qualifié l'embryon de « personne humaine potentielle ».

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Aurore CATHERINE, *Pouvoir du médecin et droits du patient. L'évolution de la relation médicale*, Université de Caen Basse-Normandie, thèse soutenue le 9 décembre 2011, p. 23 : « Le projet parental est ainsi déterminant pour le statut

patient qu'il était, imposant au médecin une obligation de soins, il devient un organisme certes vivant, mais voué à une destruction aux termes même de la loi de 1994, disposition qui est reprise dans le projet actuel »⁸⁸. Enfin, la jurisprudence a utilisé le critère du projet parental comme élément de définition de la valeur de l'embryon dans un contentieux relatif à la destruction accidentelle d'embryons surnuméraires d'un couple engagé dans un parcours de PMA. En première instance, des dommages et intérêts avaient été alloués au couple⁸⁹ mais ont été infirmés par la Cour d'appel dans la mesure où le couple n'est pas fondé, « en tout état de cause, à soutenir, en l'absence de tout projet parental, que l'incident ayant conduit à la perte des neuf embryons *in vitro* est à l'origine pour eux tant d'une perte de chance d'être parent que d'un préjudice lié à la difficulté de mener une nouvelle procréation médicalement assistée »⁹⁰. Il nous semble toutefois audacieux, par un raisonnement *a contrario*, de considérer qu'en présence d'un projet parental actuel, le couple aurait pu être indemnisé car il aurait dû également « prouver l'existence du préjudice dont ils demandent réparation »⁹¹. En résumé, « le statut juridique de l'embryon ne dépend, *in fine*, que des liens qui le lient, le cas échéant, à d'autres entités dont connaît le droit (au premier rang desquels, par exemple, le projet parental) »⁹². En d'autres termes, « l'esprit des lois de bioéthique est entièrement inspiré de ce *vinculum juris* qui humanise une entité qui n'a en tant que telle aucune réalité juridique propre, ce qui explique dans le cadre de l'AMP, l'effort législatif de maintenir un lien entre l'embryon et les membres du couple même en l'absence de projet parental »⁹³. En effet, chaque année, le couple doit s'exprimer par rapport à l'existence des embryons dont il est à l'origine.

19. Cette association du projet parental à la recherche sur l'embryon et à la question de son statut, à travers les embryons surnuméraires issus de la PMA, contribue à brouiller les frontières entre les finalités du projet parental. En effet, le projet parental pourrait relever exclusivement

de l'embryon, point sur lequel l'Académie de médecine avait insisté dans son communiqué concernant le projet de loi relatif à la bioéthique en 2002 » ; les critères dégagés étant que l'embryon doit être « issu de la fusion de deux gamètes, ovocyte et spermatozoïde » et « inscrit dans un projet parental ».

⁸⁸ ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, *Communiqué concernant le projet de loi relatif à la bioéthique*, *Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine*, 2002, Tome 186, n°1, pp. 195-204, spéc. pp. 196-197.

⁸⁹ T.A. Amiens, 9 mars 2004, n° 021451, *AJDA*, 2004 p. 1546, D. 2004, Jur. p. 1051, note X. Labbé ; *ibid.* 2005, *Somm.* p. 536, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *RTD civ.* 2004, p. 482, note J. Hauser ; *AJDA* 2004, p. 1546, note S. Hennette-Vauchez ; *RFDA* 2004, p. 786, obs. B. Boutou : Dans le cas d'espèce, neuf embryons *in vitro* (« ovocytes humains fécondés cryoconservés ») ont été détruits à la suite d'un réchauffement accidentel de la bonbonne d'azote dans laquelle ils étaient conservés. Le couple dont le projet parental était à l'origine de ces embryons surnuméraires recherche la responsabilité du centre hospitalier universitaire d'Amiens en réparation du préjudice résultant de la perte des embryons et de la perte de chance de devenir parent. En première instance, le Tribunal administratif d'Amiens condamne le CHU à verser 10 000 euros au couple dans la mesure où « la défaillance de ce matériel de conservation engage la responsabilité du centre hospitalier universitaire d'Amiens même en l'absence de faute de la part du service hospitalier » en réparation « des troubles divers dans les conditions d'existence qu'ils ont subis à l'occasion de cet incident ».

⁹⁰ C.A.A. Douai, 2e ch., 6 décembre 2005, n° 04DA00376, D. 2006, p. 180, Jean-René BINET, « L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif », *Dr. Famille*, 2006, n°3 étude 14.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, 1994-2004, *dix ans de droit de la bioéthique*, pp. 11-26 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006, spéc. p. 26.

⁹³ Florence BELLIVIER et Pierre EGEA, *L'être humain sans qualités*, pp. 121-133 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006, spéc. p. 126.

de la question de l'accès aux techniques de PMA et de celle de la reconnaissance de la filiation après leur mise en œuvre. Au contraire, le projet parental et les techniques de PMA se retrouvent mêlées aux problématiques de bioéthique. Ce rapprochement entre la bioéthique et les techniques de PMA a d'ailleurs été consacré au niveau institutionnel avec la création de l'Agence de la biomédecine qui regroupe à la fois les missions confiées à l'Etablissement français des greffes et celles de l'Agence de la procréation et de la génétique humaines, qui aurait pu être créée si le projet initial de loi de révision de la loi bioéthique de 2004 avait été adopté.

20. Au lieu d'être un critère de définition du statut de l'embryon *in vitro*, le projet parental pourrait être utilisé pour structurer le droit de la reproduction. Si le syntagme nominal « projet parental » a été supprimé dans le corpus relatif à l'accès aux techniques procréatives, il n'en reste pas moins que son esprit, à savoir l'engagement vers la parenté demeure. Le projet parental s'exprime au sein du couple à travers l'engagement pris par les deux individus dans le but d'avoir un enfant⁹⁴. Le consentement de chaque membre du couple est alors nécessaire et intervient à différents niveaux, répondant à des logiques distinctes. Il s'agit en effet pour une personne engagée dans une PMA de consentir aux actes médicaux, à l'utilisation de ses gamètes et dans le cas contraire, pour l'homme, à être déclaré judiciairement le père de l'enfant né du projet parental. Ces consentements multiples des individus sont les traces de leur projet parental, même si celui-ci n'est plus nommé en tant que tel par le droit français. Ces engagements multiples sont intéressants dans la mesure où ils témoignent de l'importance de la volonté dans l'accès aux techniques de PMA et comme fondement de la parenté, concernant les deux individus quel que soit leur sexe.

21. En outre, l'idée de planification familiale sous-jacente au projet parental peut être utilisée en dehors du cadre relatif aux techniques de PMA⁹⁵. Ainsi, le projet parental a été utilisé par Monsieur Luc Boltanski comme un fil rouge caché dans son livre sur la condition fœtale⁹⁶ : « de l'avortement aux techniques de procréation, c'est la toute-puissance du "projet parental" qui fait le lien » puisque, « confrontée à une absence de projet parental ou, aussi bien, à un projet qui se révèle décevant, défaillant, une femme avorte »⁹⁷. Très critique à l'égard de la notion de projet parental, Madame Marie-Angèle Hermitte souligne que « le concept de projet parental, ambivalent, a vocation à structurer aussi bien l'avortement que l'engendrement, qui sont les

⁹⁴ Eléonore CADOU, *La « biologisation » du droit de la filiation*, pp. 15-38 in Catherine LABRUSSE-RIOU (dir.), *Le droit saisi par la biologie : des juristes au laboratoire*, LGDJ, 1996, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 259, spéc. p. 30 : « De l'insémination artificielle intraconjugale au contrat de mère porteuse, le fil directeur de toutes les PMA est constitué par la volonté des demandeurs d'avoir un enfant ».

⁹⁵ Voir not. en ce sens Karène PARIZER-KRIEF, « La notion de "projet parental" dans le droit de l'assistance médicale à la procréation », *La Revue Tocqueville*, vol. XXXIV, n°2-2013, pp. 19-57, spéc. p. 19 : « Cette notion d'apparence neutre sera pourtant déterminante dans l'édifice normatif français de l'AMP. D'ailleurs, le recours au concept du projet parental n'est pas propre à l'AMP, mais s'applique aussi dans le domaine de l'avortement, dégageant ainsi une logique commune ».

⁹⁶ Luc BOLTANSKI, *La condition fœtale, une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Gallimard, coll. Essais, 2004.

⁹⁷ Marie-Angèle HERMITTE, « De l'avortement aux procréations artificielles, la toute-puissance du projet parental », *Natures Sciences Sociétés*, 2007/3, Vol. 15, pp. 274-279.

deux faces d'un même phénomène : exclure ou accueillir dans le monde un nouvel être, opérations universelles et immémorales qui se construisent selon divers modèles historiques »⁹⁸. La continuité entre l'avortement et les techniques de PMA mise en exergue par Monsieur Luc Boltanski à travers le projet parental a fait l'objet de critiques. Ainsi, le projet parental ne serait pas opérant pour décrire précisément les décisions de recourir ou non à l'IVG : « on peut s'accorder avec Luc Boltanski pour voir, dans nombre de naissances actuelles, l'importance d'un projet parental. Mais pas toujours. Aujourd'hui, près d'une grossesse sur trois est qualifiée de non prévue⁹⁹. Rappelons que 40 % de ces femmes vont poursuivre leur grossesse. Le projet parental peut donc se construire également lors de la décision de ne pas interrompre cette grossesse, ainsi que l'expriment par exemple les femmes que nous avons interrogées¹⁰⁰. (...) Derrière le terme global de "projet parental" sont donc occultées des configurations très différentes où le social – les normes, les représentations et les pratiques – doit être prioritairement pris en compte »¹⁰¹. Ce débat met en exergue le fait que la notion de projet parental est controversée. En particulier, une partie de la doctrine s'inquiète de la « toute puissance du projet parental »¹⁰². Deux thématiques peuvent à notre sens expliquer la « panique morale »¹⁰³ qui existe sur le sujet, cela concerne d'une part les auteurs du projet parental et d'autre part, le contenu de ce dernier.

22. Concernant les auteurs du projet parental d'abord, il existe deux postures différentes et diamétralement opposées. D'un côté, des réticences sont exprimées vis-à-vis du projet parental, assimilé aux conditions actuelles d'accès aux techniques de PMA. Depuis 1994, la définition du projet parental, bien qu'imprécise, a convergé et converge toujours vers celle de la définition du couple pouvant avoir accès aux techniques de PMA en France. Il s'agit d'une définition très restrictive. Madame Claire Legras parle d'ailleurs à propos de la définition du projet parental telle qu'elle apparaît à la lecture des textes relatifs à la PMA d'un véritable « verrou »¹⁰⁴ autour d'une conception hétérosexuelle et naturaliste. De même, une analyse de l'impact de la

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Nathalie BAJOS, Henri LERIDON, Hélène GOULARD, Pascale OUSTRY, Nadine JOB-SPIRA and the Cocon Group, "Contraception: from accessibility to efficiency", *Human Reproduction*, 18(5), 2003, pp. 994-998.

¹⁰⁰ Nathalie BAJOS, Michèle FERRAND et équipe Giné, *De l'avortement à la contraception. Sociologie des grossesses non prévues*, Editions Inserm, coll. « Santé Publique », 2002.

¹⁰¹ Nathalie BAJOS et Michèle FERRAND, « La condition fœtale n'est pas la condition humaine », *Travail, genre et sociétés*, 1/ 2006, N° 15, pp. 176-182 : « Le principal reproche que l'on puisse faire à l'auteur est le "flou" qui entoure justement cette notion de "projet parental". Certes, il en décline quelques composantes : stabilité de la relation, âge de la femme, conditions matérielles, mais alors qu'il en fait le cœur de son modèle, l'articulation des déterminants de ce qui peut permettre de construire ce fameux "projet parental" n'est pas suffisamment mise en évidence. Si notre enquête a bien montré que l'absence de projet parental conduisait le plus souvent les femmes à opter pour l'avortement, cette absence de projet se module sous des formes spécifiques : pas de désir de maternité, pas de père possible (relation occasionnelle, éphémère ou non investie) ou partenaire qui refuse d'avoir un enfant ; ces trois modalités se déclinent différemment selon le moment de la trajectoire de chacune des femmes, ainsi qu'en fonction du passé affectif, sexuel et familial ».

¹⁰² Marie-Angèle HERMITTE, *op. cit.*

¹⁰³ Voir not. la recension de l'ouvrage de Luc BOLTANSKI par Ruwen OGIER, « Lectures I », *Critique internationale*, 2006/4, n° 33, pp. 189-196.

¹⁰⁴ Claire LEGRAS, *op. cit.*

fécondation *in vitro* sur les rapports de genre montre qu'il y a eu un « réaménagement naturaliste des réglementations qui semblent perpétuer les rapports de genre antérieurs »¹⁰⁵. Cette inscription dans un cadre naturaliste semble par ailleurs sciemment pensée. Le rapport du Conseil d'État relatif à la révision des lois bioéthiques précise bien que « l'assistance médicale à la procréation n'a pas eu pour objet de créer un modèle alternatif à la procréation : la fonction "naturelle" de la procréation est le modèle sur lequel l'assistance médicale à la procréation a été calquée, autant que faire se peut »¹⁰⁶. C'est parce que le projet parental est entendu comme renvoyant au couple parental que Mesdames Michèle Ferrand et Nathalie Bajos critiquent la mise en perspective entre avortement et projet parental effectuée par Monsieur Luc Boltanski¹⁰⁷.

23. À cette perception du projet parental comme une notion conservatrice s'oppose, d'un autre côté, une vision du projet parental comme notion libérale qui exprimerait un « droit à l'enfant ». Le « spectre du "droit à l'enfant" »¹⁰⁸ est constamment mobilisé pour décrédibiliser toutes revendications en lien avec les techniques de PMA ou l'établissement d'un lien de filiation *a posteriori*. Le « droit à l'enfant » peut être défini de manière très large comme la négation de l'intérêt de l'enfant¹⁰⁹. Ainsi que l'explique Madame la professeure Diane Roman, « la formule "droit à l'enfant", sert de moyen rhétorique pour disqualifier certains souhaits de fonder une famille »¹¹⁰ alors que justement, à l'occasion de l'affaire Evans¹¹¹, la CEDH reconnaît explicitement le caractère protéiforme de la parentalité¹¹². Monsieur le professeur Marc Pichard

¹⁰⁵ Laurence TAIN, « Corps reproducteur et techniques procréatives : images, brouillages, montages et remue-ménage », *Cahiers du genre*, L'Harmattan, 2003/1, n°34, pp. 171-192, spéc. p. 188.

¹⁰⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois bioéthiques*, La documentation française, 2009, p. 47.

¹⁰⁷ Nathalie BAJOS et Michèle FERRAND, *op. cit.* : « Car renvoyer la question de l'avortement à un "projet parental" permet d'évacuer les rapports sociaux, et notamment les rapports sociaux de sexe, qui rendent compte des enjeux autour d'une naissance. Concrètement, ce n'est pas le couple parental qui avorte (même s'il est évident que certains hommes peuvent le percevoir ainsi), pas plus que ce n'est le couple qui accouche, allaite et même élève. Sur ce dernier point, les travaux analysant le (non) partage des tâches parentales dans les couples, notamment quand ils ont des enfants (Devreux, 2005) le prouvent suffisamment. Et s'il n'est pas sans intérêt de tenir compte de ce qui se joue psychologiquement dans le vécu corporel de la grossesse, il nous semble que l'analyse sociologique ne peut s'en contenter. Ce qui est en jeu dans la décision d'avortement, ce n'est pas seulement l'expérience de la grossesse et de l'accouchement, c'est l'ensemble de la vie (et notamment l'activité professionnelle) de la future mère, projet parental ou non, qui va être bouleversé par l'arrivée de l'enfant. Rappelons à ce propos que de nombreux travaux (Barrère-Maurisson, 2003 ; Gadéa et Marry, 2000) montrent clairement que l'entrée en parentalité a généralement un effet négatif sur les trajectoires professionnelles des femmes et positif sur celles des hommes ».

¹⁰⁸ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Le droit de la bioéthique*, La Découverte, 2009, p. 58.

¹⁰⁹ Jean HAUSER, « Droit d'accès à l'enfant : procréation médicalement assistée et adoption », *RTD Civ.*, 2010, p. 774 : il existerait un « "droit à l'enfant" dont le débiteur serait le législateur des procréations médicalement assistées et de l'adoption et dont le créancier serait... tout le monde, couples et célibataires de toutes sortes. Bien entendu, l'enfant, considéré comme objet d'un droit, voit son intérêt supérieur largement ignoré dans ce déferlement de revendications ».

¹¹⁰ Diane ROMAN, « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ? Note sous CEDH, Grande chambre, 10 avril 2007, Evans c. Royaume-Uni », *RDSS*, 2007, p. 810.

¹¹¹ CEDH, Grande chambre, Evans contre Royaume-Uni, 10 avril 2007, req. n°6339/05, communiqué du greffier, résumé de l'arrêt : « Invoquant les articles 2, 8 et 14 de la Convention, la requérante se plaignait que le droit interne autorisât son ex-compagnon à révoquer de manière effective son consentement à la conservation et à l'utilisation des embryons créés par eux conjointement, ce qui l'empêchait d'avoir un enfant avec lequel elle eût un lien génétique »

¹¹² CEDH, Grande chambre, 10 avril 2007, Evans contre Royaume-Uni, requête n°6339/05, §62 : le litige porte sur l'impossibilité d'avoir « un enfant avec lequel elle ait un lien génétique » mais la plaignante n'est pas « empêchée de

remet en cause, quant à lui, l'existence même du droit à l'enfant et déconstruit le procédé à l'œuvre derrière¹¹³. Pour lui, le droit à l'enfant comme le droit au mariage relève de la même logique : « le droit à n'est alors qu'un masque de l'égalité. Il s'agit d'avoir accès aux PMA ou à l'adoption comme les couples hétérosexuels »¹¹⁴. Il explique alors *in fine* l'impossibilité de la reconnaissance juridique d'un tel droit¹¹⁵. Ainsi, il n'existe pas de droit à l'enfant et l'expression n'a aucune valeur juridique.

24. Pourtant, elle est souvent utilisée et opposée aux « droits de l'enfant » ou encore à l'« intérêt de l'enfant ». Les droits de l'enfant sont « une catégorie particulière de droits de l'homme »¹¹⁶, consacrés notamment par « la communauté internationale »¹¹⁷ pour laquelle il s'agit d'une « préoccupation ancienne »¹¹⁸. La Convention relative aux Droits de l'Enfant, dite Convention de New York, est particulièrement emblématique et fait le lien entre droits de l'enfant et intérêt de l'enfant : en particulier, son article 3§1 consacre le fait que « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » « 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 est une notion-cadre utilisée notamment en droit interne en matière d'autorité parentale¹¹⁹. L'expression est particulièrement mise en lumière avec les débats autour de la gestation pour autrui (GPA). Par exemple, Madame la professeure Muriel Fabre-Magnan, personnellement opposée à la GPA¹²⁰, distingue trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant : d'abord, il y a l'intérêt, général et abstrait, de tous les enfants qui impliquerait d'interdire la GPA parce qu'il ne serait dans l'intérêt d'aucun enfant de naître par ce biais ; ensuite, l'intérêt des enfants déjà nés serait, plutôt que de reconnaître leur lien de filiation à l'égard de leurs parents d'intention, de mettre en place un statut juridique organisant la vie familiale ; enfin, il existe un dernier niveau

devenir mère aux sens social, juridique et même physique du terme, ni le droit ni la pratique interne ne lui interdisant d'adopter un enfant voire de donner naissance à un enfant conçu *in vitro* avec les gamètes d'un donneur ».

¹¹³ Marc PICHARD, *Le droit à : étude de législation française*, Economica, Recherches juridiques, 2006, not. p. 141 : Il reconnaît « que l'expression est déplaisante. Où l'on découvre une autre fonction rhétorique du droit à : le droit à fantasme, utilisé par les opposants à un projet pour décrédibiliser les adversaires : n'écoutez pas ces gens, ils veulent faire de l'enfant une chose, ils revendiquent un droit à l'enfant ».

¹¹⁴ Marc PICHARD, *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁵ Marc PICHARD, *op. cit.*, p. 183 : « le droit à l'enfant ne saurait être un droit à (qui se distingue de l'accès aux méthodes de PMA, objet possible d'un droit subjectif), juridiquement, s'il a une indéniable signification rhétorique. Le législateur se garde d'ailleurs bien d'employer une telle expression et lui préférerait certainement celle de droit d'accès aux PMA, qui ne buterait certes pas sur une quelconque impossibilité matérielle ou juridique de son objet ».

¹¹⁶ François MONEGER, « Droit de l'enfants » in Dalloz, *Répertoire de droit international*, janvier 2006, actualisé en octobre 2014, §2.

¹¹⁷ François MONEGER, *op. cit.*, §1.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Conformément à l'article 371-1 du Code civil ; voir en ce sens not. François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8e éd., 2011, spéc. n°915, p. 886 : « Elle n'est pas attribuée aux parents dans leur intérêt mais dans celui de l'enfant » ou encore Adeline GOUTTENOIRE et Hugues FULCHIRON, « Autorité parentale » in Dalloz, *Répertoire de droit civil*, janvier 2012, actualisé en avril 2015, §II38 et suivants ; ou encore l'article 373-2-6 du Code civil.

¹²⁰ Muriel FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013.

d'appréciation, *in concreto*, selon les cas d'espèce, lorsque l'enfant est déjà né¹²¹. Les deux méthodes d'appréciation, objective et subjective de l'intérêt de l'enfant, sont classiquement utilisées autant en doctrine que par les juges. C'est d'ailleurs en se fondant sur une appréciation concrète que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a condamné la France pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) relatif à la vie privée et familiale¹²². *In fine*, de la même manière que le « droit à l'enfant » est utilisé comme un moyen rhétorique, la notion d'« intérêt de l'enfant » est souvent instrumentalisée.

25. L'accusation de toute-puissance du projet parental concerne autant les auteurs du projet parental que le contenu de celui-ci. En effet, pour certains auteurs, le projet parental permettrait la mise en place d'un monde orwellien avec des techno-fœtus et un eugénisme à grande échelle. Les diagnostics préimplantatoires (DPI) et prénataux (DPN) sont alors particulièrement visés. Pourtant, en l'état du droit positif français, le cadre est particulièrement restrictif tandis que ces diagnostics sont prohibés en droit suisse même si une réforme est en cours¹²³. En droit français, il est possible de réaliser des diagnostics préimplantatoires en cas de « forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »¹²⁴. Des dispositions dérogatoires relatives au « bébé-médicament » encore appelé « bébé du double espoir »¹²⁵ existent depuis la révision de la loi de bioéthique intervenue en 2004 et permettent de réaliser un diagnostic préimplantatoire dont le caractère thérapeutique est pour autrui¹²⁶. Le CCNE s'était opposé à une telle évolution en soulignant le risque de changement de sens des techniques de PMA et l'intérêt de l'enfant qui doit être pour chacun d'être une fin en soi¹²⁷. La possibilité d'utiliser le DPI ne change pas le sens du projet parental tant que l'enfant est désiré pour lui-même¹²⁸. Pour cela, il est nécessaire qu'au-delà du DPI associé au typage HLA, les auteurs du projet parental soient animés par la volonté de devenir les parents de l'enfant. Les craintes suscitées par la consécration, bien qu'à titre dérogatoire, du DPI associé au typage HLA, tiennent aux dérives eugénistes et au risque d'instrumentalisation de l'enfant¹²⁹. Pour remédier à ces craintes, une

¹²¹ Muriel FABRE-MAGNAN, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant. À propos de la gestation pour autrui », *D.*, 2015, p. 224.

¹²² Voir not. en ce sens Jean-Pierre MARGUENAUD, « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », note sous CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France*, *RTD civ.*, 2014, p. 835.

¹²³ La modification de l'article 119 de la Constitution fédérale a été acceptée par votation populaire le 14 juin 2015.

¹²⁴ Article L. 2131-4 alinéa 3 du Code de la santé publique.

¹²⁵ Article L. 2131-4-1 du Code de la santé publique.

¹²⁶ Florence BELLIVIER, « Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (JO 7 août 2004, p. 14040) », *RTD civ.*, 2004, p. 787.

¹²⁷ CCNE, *Réflexions sur l'extension du diagnostic préimplantatoire*, avis n°72, 4 juillet 2002, p. 5 : « l'assistance médicale à la procréation est déviée de sa finalité initiale et devient une aide à la thérapeutique d'un tiers ».

¹²⁸ CCNE, *Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI)*, avis n° 107, 15 nov. 2009, p. 22 : sept ans plus tard, le CCNE maintient « qu'un enfant désiré représente un espoir de guérison pour son aîné est un objectif acceptable s'il est second ».

¹²⁹ Aline CHEYNET DE BEAUPRE, « Le bébé du double espoir », *D.*, 2011, p. 603.

autorisation de l'Agence de la biomédecine est nécessaire¹³⁰ et sur les 17 données jusqu'en 2010, il n'y a eu qu'une seule naissance¹³¹.

26. Ces débats autour des auteurs et du contenu du projet parental ne peuvent être ignorés. Toutefois, nous souhaitons limiter le sens du projet parental à la volonté de son ou de ses auteurs de devenir parents. À notre sens, le projet parental ne se confond pas avec la définition des conditions actuelles d'accès à la PMA et ne permet pas de déterminer les caractéristiques physiques ou génétiques de l'enfant à naître. Que reste-t-il alors du projet parental ? Une notion cadre qui structurerait le droit de la reproduction autour de la volonté des individus de procréer ou de ne pas procréer. L'aspect volontariste du projet parental se trouve ainsi préservé sans que l'expression ne dise quoi que ce soit sur le ou les personnes auteurs du projet parental ni sur le contenu de celui-ci, au-delà d'accéder ou non à la parenté. Le projet parental permet alors de concilier l'approche en termes de libertés et de droits fondamentaux des personnes en matière de reproduction et de penser ensemble, les techniques de PMA, l'IVG et la contraception, y compris définitive. Se retrouvent excluent de notre propos les questions relatives aux embryons surnuméraires, en particulier celles concernant la recherche sur les cellules embryonnaires et le statut juridique de l'embryon, ainsi que les problématiques liées aux diagnostics préimplantatoires ou encore aux diagnostics prénataux qui déboucheraient sur une interruption médicale de grossesse.

27. *In fine*, nous délimitons le droit de la reproduction aux droits reproductifs (PMA, IVG, contraception, stérilisation) et aux règles relatives à la filiation et aux congés parentaux. Cette délimitation des contours du projet parental et du droit de la reproduction s'explique par la dynamique de la recherche et la volonté de repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental.

II. Processus de définition du sujet

Avant de définir le sujet comme le droit de la procréation au prisme du projet parental, nous avons d'abord étudié les femmes en droit de la santé ; ce qui nous a permis de faire un premier constat et de formuler l'hypothèse et la problématique de recherche actuelles.

Objet d'étude initial – Les femmes en droit de la santé

28. Dans le premier temps de ce travail de recherche, les femmes ont été considérées comme un objet d'étude spécifique. Le terme « femme » possède le même sens dans le langage juridique que dans le langage courant¹³². Les femmes sont définies juridiquement en référence à leur sexe

¹³⁰ Article L. 2131-4-1 alinéa 3 du Code de la santé publique : « la réalisation du diagnostic est soumise à la délivrance d'une autorisation par l'Agence de la biomédecine ».

¹³¹ Aline CHEYNET DE BEAUPRE, *op. cit.* : Les peurs suscitées par cette technique semblent inversement proportionnelles à son recours puisque « depuis 2004, sur 20 dossiers de DPI-HLA soumis à l'Agence de la biomédecine jusqu'en 2010, seuls 17 auraient obtenu l'autorisation et une seule naissance a eu lieu, en janvier 2011 ».

¹³² Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 3e éd., 2005, pp. 68-76.

biologique, comme des « personnes de sexe féminin »¹³³ ou en fonction de leur place au sein d'un couple marié, puisque le terme femme peut parfois désigner, « par opposition au mari, la femme mariée, l'épouse »¹³⁴. Le terme « femme » peut également être utilisé dans des situations plus précises, lorsque la femme est en couches¹³⁵ ou encore isolée¹³⁶. Par ailleurs, seul le vocabulaire juridique dirigé par Monsieur le professeur Gérard Cornu prend la peine de définir le sexe¹³⁷, tant sa signification semble évidente¹³⁸.

La recherche des femmes en droit de la santé a mené au constat initial selon lequel les femmes sont soit inexistantes, soit mentionnées lorsqu'il s'agit des questions reproductives. En d'autres termes, elles peuvent d'un côté être l'objet ou le sujet de normes abstraites et générales ou encore appelées « aveugles au genre » (traduction de l'anglais *genderblind*) et de l'autre, désignées implicitement ou explicitement comme des destinataires spécifiques de certaines dispositions et dans ce cas, il s'agit de mesures sexo-spécifiques. Cette division entre mesures générales et mesures sexo-spécifiques irrigue l'ensemble du droit lorsqu'il s'agit de penser les femmes comme des personnes de manière indifférenciée ou spécifique. Ces deux options relèvent de posture idéologique distincte également marquée au sein des mouvements féministes : d'un côté, pour les féministes différentialistes ou encore appelées essentialistes, l'égalité entre les hommes et les femmes doit passer par la reconnaissance des spécificités propres à chaque sexe ; de l'autre, pour les féministes universalistes, l'abstraction permet d'atteindre l'égalité entre les hommes et les femmes¹³⁹.

¹³³ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 10e éd., 2014, p. 453, entrée « Femme », 1.

¹³⁴ *Ibidem*, entrée « Femme », 2.

¹³⁵ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16e éd., 2007, p. 305, entrée « femme en couches » : « Le Code du travail désigne ainsi les femmes enceintes ou récemment accouchées auxquelles il accorde certaines mesures de protection. C. trav., art. L. 122-26 et L. 224-1 s. » et 20e éd., 2012, p. 421, entrée « femme en couches » : « Le Code du travail désignait parfois ainsi les femmes enceintes ou ayant récemment accouché (auxquelles il accorde certaines mesures de protection) avant la recodification entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008. C. trav., art. L. 1225-17 s. ». On pourra noter que la femme est devenue le sujet de l'accouchement et non plus l'objet de celui-ci, entre l'édition de 2007 et celle de 2012.

¹³⁶ Gérard CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 453, entrée « Femme isolée » : « Expression désignant dans certaines lois sociales, une femme seule chargée de famille (divorcée, veuve, mère célibataire, abandonnée). Ex. loi en faveur de l'emploi des femmes isolées. v. *monoparental* ».

¹³⁷ Gérard CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 963, entrée « sexe » : « Sexe : subst. masc. – Lat. *sexus*. 1. Chez l'homme ou la femme, organes de la reproduction et de la sexualité. 2. Chacune des deux moitiés du genre humain, semble des femmes (sexe féminin), ensemble des hommes (sexe masculine). 3. L'appartenance à l'un de ces groupes, élément de l'état des personnes auquel la loi attache certaines conséquences juridiques parfois discriminatoires et contraires à l'égalité civile, parfois compensatoires (ex. privilège de gravidité en faveur de la femme) parfois inhérentes à une différence naturelle (ex. la paternité et la maternité ne peuvent se prouver de la même manière). V. *transsexualisme* ».

¹³⁸ Ainsi, il n'y a pas d'entrée pour « sexe » dans les ouvrages suivants : Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 3e éd., 2008 ; Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2012, LexisNexis, 2011 ; *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16e éd., 2007 ; *Lexique des termes juridiques* 2012, Dalloz, 20e éd., 2012.

¹³⁹ Marie-Claire BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *RTD Civ.*, 2001, p. 1, spéc. pp. 4-5 : Dans sa typologie des théories féministes du droit, l'auteure montre que ces deux postures relèvent des féminismes systémiques : « en résumé, alors que les féministes de la symétrie proposent d'ignorer les différences hommes/femmes et prônent la neutralité en droit, les féministes de la différence soutiennent qu'il importe de reconnaître les différences pour les célébrer ou pour compenser les iniquités du passé par le biais de programmes spécifiques et adaptés au vécu des femmes ».

29. D'une part, les femmes apparaissent en filigrane comme titulaires des droits généraux reconnus aux usagers du système de santé. Au niveau constitutionnel, « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme »¹⁴⁰. Au niveau du système de santé, l'égal accès aux soins fait partie intégrante des droits de la personne malade et des usagers du système de santé¹⁴¹ et corrélativement, les « discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins » sont prohibées¹⁴². Les discriminations sont par ailleurs sanctionnées par le Code pénal depuis 1975 lorsqu'elles se fondent sur le sexe¹⁴³. Au niveau international, la Convention d'Oviedo, entrée en France en vigueur depuis le 1er avril 2012¹⁴⁴, consacre également un accès équitable aux soins de santé¹⁴⁵. Il s'agit d'une obligation de moyens qui implique notamment une prohibition des discriminations injustifiées, mais ne crée pas de droit subjectif ni ne permet une égalité absolue entre les individus¹⁴⁶. Ces mesures générales bénéficient autant aux hommes qu'aux femmes et ces droits leur sont reconnus au titre de leur qualité d'usager du système de santé. Ainsi, les femmes sont également les destinataires indifférenciées des droits des malades et sont notamment concernées par le droit à l'information¹⁴⁷, à la codécision médicale¹⁴⁸ et à la communication du dossier médical¹⁴⁹. Les femmes sont les destinataires invisibles dans ces normes du droit de la santé, du fait de l'abstraction et de la généralité des termes juridiques. Cette abstraction renvoie à la personnalité juridique et est classique, notamment en droit où l'universel est incarné par le masculin neutre¹⁵⁰. Cette invisibilité des femmes n'est pas nécessairement problématique *per se* ; cela nécessite toutefois d'être d'autant plus attentif lorsque les femmes sont mentionnées explicitement par ailleurs. Ces mentions spécifiques prennent en effet un relief particulier.

30. Il existe en droit de la santé des dispositions sexo-spécifiques, c'est-à-dire qui visent uniquement les femmes. De manière générale, les femmes sont mentionnées spécifiquement comme destinataires privilégiées des normes lorsque celles-ci concernent le domaine de la reproduction. Rendues invisibles par ailleurs par les formulations abstraites et générales, les femmes n'existent en droit que pour les questions reproductives. L'alinéa 11 du préambule de la

¹⁴⁰ Constitution du 27 octobre 1946, préambule, alinéa 3.

¹⁴¹ Article L. 1110-1 du Code de la santé publique.

¹⁴² Article L. 1110-3 du Code de la santé publique.

¹⁴³ Loi n°75-625 du 11 juillet 1975 modifiant et complétant le code du travail en ce qui concerne les règles particulières au travail des femmes ainsi que l'art. L298 du code de la sécurité sociale et les articles 187-1 et 416 du Code de pénal.

¹⁴⁴ Aude MIRKOVIC, « La ratification (enfin !) de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *D.*, 2012, p. 110.

¹⁴⁵ Conseil de l'Europe, Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, dite d'Oviedo, signée à Oviedo, le 4 avril 1997, Article 3.

¹⁴⁶ Rapport explicatif de la Convention d'Oviedo STE n° 164.

¹⁴⁷ Article L. 1111-2 du Code de la santé publique.

¹⁴⁸ Article L. 1111-4 du Code de la santé publique.

¹⁴⁹ Articles L. 1111-7 et L. 1111-8 du Code de la santé publique.

¹⁵⁰ Voir not. Marie-Anne FRISON-ROCHE et René SEVE, « L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes », *L'année sociologique*, 2003/1, vol. 53, pp. 55-88.

Constitution de 1946 est emblématique : « la Nation (...) garantit à tous, notamment à l'enfant et à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Les femmes sont envisagées dans une seule fonction, au demeurant source de vulnérabilité et nécessitant une protection supplémentaire, la maternité. Les dispositions plus protectrices en matière de recherches biomédicales impliquant les femmes enceintes, parturientes et mères qui allaitent¹⁵¹ vont dans le même sens et sont à lire en parallèle avec d'autres catégories de personnes vulnérables, à savoir les mineurs et les majeurs protégés¹⁵². Pendant l'ensemble de leur grossesse, les femmes doivent assurer le suivi –et le respect si l'on pense aux mesures de prévention en matière de consommation d'alcool¹⁵³– de leur santé et de celle de l'enfant à naître (examen prénatal, déclaration de grossesse, carnet de grossesse...)¹⁵⁴. La contraception et l'interruption volontaire de grossesse ont été introduites dans le corpus du droit de la santé à la suite de mobilisations, notamment féministes. Si les lois Neuwirth et Veil sont présentés comme des textes fondateurs, il convient toutefois d'en relativiser la portée tant la reconnaissance d'un accès libre et gratuit à la contraception et à l'IVG est un processus lent, progressif et encore actuel¹⁵⁵. La place prise par les femmes en matière de contraception paraît importante, encore actuellement, alors qu'il existe des méthodes masculines¹⁵⁶. Ainsi, l'ensemble de ces dispositions relatives à la contraception destinées aux « mineures » visent plus ou moins explicitement les jeunes filles : en effet, certains articles mentionnent d'abord « les personnes mineures »¹⁵⁷ puis uniquement les « mineures »¹⁵⁸ ou uniquement les mineures¹⁵⁹. Historiquement, les dispositions relatives à la contraception aussi bien qu'à l'IVG¹⁶⁰ ont été introduites en droit de la santé et juridiquement conçues à destination des seules femmes. Au contraire, la stérilisation a été pensée sur un modèle très différent avec la reconnaissance de la

¹⁵¹ Article L. 1121-5 du Code de la santé publique.

¹⁵² Article L. 1221-8-1 du Code de la santé publique.

¹⁵³ Article L. 3311-3 du Code de la santé publique.

¹⁵⁴ Articles L. 2122-1 à -3 du Code de la santé publique.

¹⁵⁵ Si la loi de 1967 permet d'abroger les dispositions de la loi du 31 juillet 1920 qui réprimait la provocation à la propagande anticonceptionnelle, il faut attendre la loi du 4 décembre 1974 pour que l'accès à la contraception soit réellement libéralisée, avec des mesures importantes comme le développement de l'information sur la contraception, son remboursement par la Sécurité sociale, la suppression du consentement parental pour les mineurs de 18 à 21 ans souhaitant obtenir des médicaments, objets ou produits contraceptifs et leur délivrance gratuite aux mineurs dans les centres de planification ou d'éducation familiale. Dans la même optique mais nettement plus récemment, la loi n°2012-1404 de financement de la sécurité sociale pour 2013 a étendu la gratuité de la contraception pour les personnes mineures d'au moins quinze ans et leur a assuré le respect du secret (art. 52 LFSS) tandis que la loi n°2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014 leur permet de bénéficier du tiers payant pour les actes associés à la prescription de contraception (Décret n°2013-248 du 25 mars 2013 relatif à la participation des assurés prévue à l'article L. 322-3 du code de la sécurité sociale pour les frais liés à une interruption volontaire de grossesse et à l'acquisition de contraceptifs par les mineures).

¹⁵⁶ Voir not. Cyril DESJEUX, « Histoire et actualité des représentations et pratiques de contraception masculine », pp. 49-63 in Armelle ANDRO et Annabel DESGREES DU LOU, « Régulation des naissances et santé sexuelle : où sont les hommes ? », *Autrepart*, 2009, n°52.

¹⁵⁷ Article L. 5134-1 I. alinéas 1 et 2 du Code de la santé publique.

¹⁵⁸ Article L. 5134-1 I. alinéa 3 du Code de la santé publique.

¹⁵⁹ Décret n°2013-248 du 25 mars 2013 relatif à la participation des assurés prévue à l'article L. 322-3 du code de la sécurité sociale pour les frais liés à une interruption volontaire de grossesse et à l'acquisition de contraceptifs par les mineures.

¹⁶⁰ Articles. L. 2212-1 à -9 du Code de la santé publique.

légalité des actes pratiqués par les médecins. Aussi, le recours à la stérilisation contraceptive est permis aussi bien pour les femmes que pour les hommes avec une formulation très technique, qui désigne les actes médicaux concernés, à savoir « la ligature des trompes ou des canaux déférents »¹⁶¹. Ainsi, la contraception temporaire est juridiquement conçue, sur le modèle de l'IVG, comme un droit des femmes alors que la contraception définitive par stérilisation fait son apparition en droit à la suite de la consécration d'un élargissement du champ d'action des médecins. En effet, l'encadrement formel des actes de stérilisation à visée contraceptive¹⁶² a été réalisé à la suite d'une modification de l'article 16-3 du Code civil¹⁶³. L'ensemble de ces thématiques –contraception, IVG, stérilisation– est compris dans la deuxième partie – législative¹⁶⁴– du Code de la santé publique renommée par la loi du 4 août 2014 « Santé reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant ». Ce nouveau titre nous semble refléter deux dimensions importantes qu'il convient d'amplifier : l'intégration des hommes dans les questions reproductives et le respect de la liberté des femmes. L'exposé des motifs de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes insiste davantage sur le second aspect, à savoir « mieux garantir les droits sexuels et reproductifs des femmes »¹⁶⁵.

31. Les stéréotypes de genre perdurent en droit de la santé alors qu'il s'agit du corpus juridique dans lequel sont inscrits les droits des femmes en matière de contrôle de leur capacité reproductive. En effet, l'accès libre à la contraception et à l'avortement reconnu aux femmes au sein du corpus juridique du droit de la santé a contribué à inscrire juridiquement les femmes comme les seules responsables du contrôle de la fécondité au sein du couple. En particulier, la construction juridique de l'accès à la contraception temporaire semble limiter la liberté des individus dans le domaine en laissant aux femmes la charge exclusive de ces questions. S'il est vrai qu'il n'existe pas à ce jour de moyen de contraception orale pour les hommes, le préservatif assure, en plus de son rôle de prévention des infections et maladies sexuellement transmissibles, ce rôle. Or, il est rarement perçu comme un moyen de contraception viable. En effet, le modèle contraceptif français est figé : « peu flexible, [il reste] caractérisé par un recours important au préservatif en début de vie sexuelle, l'utilisation de la pilule dès que la vie sexuelle se régularise et le recours au stérilet quand les couples ont eu les enfants qu'ils désiraient »¹⁶⁶. Enfin, il apparaît que, même pour une pratique comme la stérilisation, possible pour les hommes et les

¹⁶¹ Articles L. 2123-1 et -2 du Code de la santé publique.

¹⁶² Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Article 26.

¹⁶³ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, Article 70 modifiant l'alinéa 1^{er} de l'article 16-3 du Code civil qui disposait que « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne » en « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ».

¹⁶⁴ Le titre de la deuxième partie de la partie réglementaire du Code de la santé publique n'a pas été modifié et cela semble être un oubli, à moins d'estimer que la portée symbolique du titre de la partie réglementaire est plus faible que celle du titre de la partie législative.

¹⁶⁵ Exposé des motifs, p. 5.

¹⁶⁶ Nathalie BAJOS, Aline BOHET, Mireille LE GUEN, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête FECOND, « La contraception en France : nouveau contexte, nouvelles pratiques ? », *Population & Sociétés*, numéro 492, septembre 2012, p. 2.

femmes, ce sont encore les femmes qui sont plus nombreuses à y avoir recours¹⁶⁷. Cela semble d'autant plus paradoxal qu'il est possible pour ces derniers de conserver leur sperme en vue d'un projet parental futur. En matière contraceptive, ils demeurent au niveau des pratiques professionnelles des représentations très différenciées et la prise en charge de la contraception incombe toujours principalement aux femmes¹⁶⁸.

Constat : la procréation, comme sphère réservée aux femmes

32. Le fait que les femmes assument prioritairement et dans une plus grande proportion la prise en charge des questions liées à la reproduction et aux soins des jeunes enfants repose sur un présupposé qui est traduit juridiquement dans les normes en droit de la santé. En effet, les mesures sexo-spécifiques correspondent au stéréotype de la femme-mère et contribuent à perpétuer l'existence de la division sexuée du travail au sein des couples et de la société. Paradoxalement, le droit de la santé est pourtant le corpus juridique qui abrite les droits acquis par les femmes en matière de reproduction.

33. L'assignation des femmes aux tâches reproductives est à mettre en perspective avec les thèses du féminisme matérialiste qui ont mis en lumière « la division sociale du travail entre les sexes, nommée, de façon plus concise : division sexuelle du travail »¹⁶⁹. Il s'agit d'une répartition des tâches selon les sexes, qui « a pour caractéristiques l'assignation prioritaire des hommes à la sphère productive et des femmes à la sphère reproductive ainsi que, simultanément, la captation par les hommes des fonctions à forte valeur sociale ajoutée (politiques, religieuses, militaires, etc.) »¹⁷⁰. La division sexuée du travail est au fondement de l'oppression des femmes pour les féministes matérialistes qui dénoncent un rapport hiérarchisé, un véritable rapport de pouvoir bien loin d'une complémentarité fonctionnelle. Pour Madame Christine Delphy, c'est le patriarcat lui-même qui est défini par « ce système de subordination des femmes aux hommes dans les sociétés industrielles contemporaines »¹⁷¹.

De manière générale, le corpus juridique porte les marques de la division sexuée du travail. Ainsi, pour Monsieur Pierre Bourdieu, « bien que l'inertie des habitus, et *du droit*, tende à perpétuer, par-delà les transformations de la famille réelle, le modèle dominant de la structure familiale et, du même coup, de la sexualité légitime, hétérosexuelle et orientée vers la reproduction, par rapport auquel s'organisaient tacitement la socialisation et, du même coup, la transmission des principes de division traditionnels, l'apparition de nouveaux types de famille,

¹⁶⁷ *Ibidem* : En 2010, « la stérilisation contraceptive continue quant à elle à ne concerner qu'une minorité de femmes (3,9 % d'entre elles et 0,3 % de leurs partenaires masculins) alors qu'elle a été légalisée en 2001 comme méthode contraceptive ».

¹⁶⁸ Cécile VENTOLA, « Prescrire un contraceptif : le rôle de l'institution médicale dans la construction de catégories sexuées », *Genre, sexualité & société* [En ligne], 12 | Automne 2014, mis en ligne le 01 décembre 2014, consulté le 20 août 2015.

¹⁶⁹ Danièle KERGOAT, « Division sexuelle du travail et rapports sociaux de sexe », pp. 35-44, in Hélène HIRATA, Françoise LABORIE, Hélène LE DOARE et Danièle SENOTIER (dir.), *Dictionnaire critique du féminisme*, PUF, 2e éd., 2004, spéc. p. 35.

¹⁷⁰ Danièle KERGOAT, *op. cit.*, p. 36.

¹⁷¹ Christine DELPHY, *L'ennemi principal, Tome 1 - Economie politique du patriarcat*, Syllepse, 1998, p. 7.

comme les familles composées, et l'accès à la visibilité publique de nouveaux modèles de sexualité (homosexuels notamment) contribuent à briser la *doxa* et à élargir l'espace des possibles en matière de sexualité »¹⁷². Au sein du droit de la santé, la division sexuelle du travail s'exprime à travers l'existence de ces mesures juridiques spécifiques aux femmes dont l'objet est principalement la reproduction. La désignation des femmes comme destinataires privilégiées des normes en matière de reproduction, qu'il s'agisse de la maîtrise de la fécondité, du suivi de la grossesse ou des soins à apporter aux jeunes enfants, a une incidence importante sur l'organisation de la société. Les femmes cumulent après leur grossesse, emploi et vie de famille. En effet, il ressort d'une étude que les deux activités sont davantage cumulées, qu'alternées. Dans ces conditions, le choix de se consacrer à ses activités professionnelles ou à sa vie de famille apparaît comme quasiment inexistant¹⁷³. La division sexuée du travail n'est pas figée et dépend du contexte, en d'autres termes, elle « est modulée historiquement et socialement »¹⁷⁴. Aussi, il semble possible de réduire le rôle des femmes dans les tâches reproductives : les moyens de maîtriser la fécondité ainsi que les techniques reproductives semblent être des vecteurs intéressants d'émancipation des femmes et d'implication d'autres acteurs dans la reproduction.

34. Par ailleurs, l'assignation des femmes aux tâches reproductives, en plus de participer à la division sexuée du travail, peut être définie comme un stéréotype de genre. Plus particulièrement, l'essence de la femme qui serait d'être mère par nature est un stéréotype de genre. Les stéréotypes de genre sont définis comme « véhiculant une représentation figée du monde, dans laquelle hommes et femmes sont assignés à des fonctions différentes »¹⁷⁵. Concernant la reproduction puis l'établissement de la filiation et l'éducation des enfants, il existe des stéréotypes de genre persistants qui concernent aussi bien les hommes que les femmes. Ce « type de stéréotypes s'adresse aux fonctions sociales remplies par les femmes et les hommes. Il vise principalement à faire de l'homme le soutien du foyer et la femme la gardienne de celui-ci. À l'homme gagne-pain (*Mr. Breadwinner*, disent les Anglo-Américains) s'oppose la femme au foyer (*Mrs Housekeeper*). Ce dernier stéréotype de genre selon lequel la maternité est la "vocation naturelle" des femmes aboutit à justifier un environnement légal ayant pour objet de donner la priorité à la fonction maternelle sur toute autre fonction qu'une femme pourrait être susceptible

¹⁷² Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Seuil, Points, Essais, 1998, p. 123.

¹⁷³ Margaret MARUANI, *Travail et emploi des femmes*, La découverte/repères, 2006, p. 15 ; INSEE, enquêtes Emploi du 1er au 4ème trimestre 2010 : En France, en 2010, en moyenne, 72,1% des femmes vivant en couple et ayant un enfant sont actives. Le taux d'activité ne chute qu'à partir du 3e enfant, puisqu'elles ne sont alors plus que 52,9% à rester actives au-delà de 3 enfants à charge.

¹⁷⁴ Danièle KERGOAT, « Division sexuelle du travail et rapports sociaux de sexe », pp. 35- 44, in Hélène HIRATA, Françoise LABORIE, Hélène LE DOARE et Danièle SENOTIER (dir.), *Dictionnaire critique du féminisme*, PUF, 2e éd., 2004, spéc. p. 36 : « la division sexuelle du travail est la forme de la division du travail social découlant des rapports sociaux de sexe ; cette forme est modulée historiquement et socialement ».

¹⁷⁵ Diane ROMAN, « Les stéréotypes de genre : "vieilles lunes" ou nouvelles perspectives pour le droit ? », pp. 93-121 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Mathias MÖSCHEL et Diane ROMAN (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2013, spéc. pp. 104-105.

de choisir et à exclure les hommes du bénéfice de certains droits ou prestations en lien avec la parentalité »¹⁷⁶.

Depuis août 2013, l'action gouvernementale prend en compte la lutte contre les stéréotypes de genre¹⁷⁷. Ce n'est pas une fin en soi et il s'agit plutôt de combattre les « conséquences directes et indirectes des stéréotypes qui existent dans notre société »¹⁷⁸. En effet, « l'objectif principal de l'action contre les stéréotypes de genre est une libération de l'individu d'un certain nombre de carcans sociaux, qui assignent hommes et femmes à des fonctions sociales différentes et généralement hiérarchisées. Parce qu'ils renvoient à un système de valeurs, de représentations et de constructions sociales, les stéréotypes de genre interfèrent avec les principes de liberté (autonomie individuelle) et de diversité (pluralisme culturel) en diminuant les perspectives de développement personnel. En ce sens, l'action contre les stéréotypes de genre dépasse le cadre de la seule égalité / non-discrimination ; bien plus, elle s'inscrit dans un projet autonomiste reconnaissant aux personnes la faculté de faire des choix individuels, sans qu'une norme (qu'elle soit culturelle, sociale ou juridique) ne leur réduise *a priori* le champ des possibles »¹⁷⁹.

35. Les possibilités reconnues aux femmes en matière de procréation constituent de véritables avancées. L'accès libre à différents moyens de contraception, la possibilité d'avoir recours à une stérilisation contraceptive ou de demander une interruption volontaire de grossesse sont autant de moyens, reconnus juridiquement et inscrits dans le corpus du droit de la santé, qui permettent aux femmes de maîtriser leur fécondité et de choisir d'être enceinte et de devenir mère ou non. L'ensemble de ces possibilités renvoie à la liberté de ne pas procréer. Cette liberté n'est pas en soi spécifique aux femmes. Toutefois, le détail des différents moyens pour ne pas procréer met en évidence la place particulière des femmes dans ce domaine. Dans le même temps qu'a été reconnu un droit d'accès à la contraception et à l'avortement aux femmes¹⁸⁰, se sont développés « des réseaux de recherche scientifique et médicale engagés dans la mise au point de techniques pour une procréation sans sexualité »¹⁸¹. En 1973, les premiers Centres d'étude et de conservation du sperme humain (CECOS) ont été constitués sous forme d'association loi de 1901 et ont été « installés dans les locaux des centres hospitaliers

¹⁷⁶ Diane ROMAN, *op. cit.*, spéc. p. 95.

¹⁷⁷ Circulaire du 23 août 2012 relative à la mise en œuvre de la politique interministérielle en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes, JO 24 août 2012 : « 2. Au sein du Gouvernement, la ministre des droits des femmes est chargée de conduire un programme d'action ambitieux pour faire significativement progresser l'égalité professionnelle, la parité, la protection des femmes contre toutes les formes de violence et la lutte contre les stéréotypes de genre ».

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Diane ROMAN, *op. cit.*, spéc. p. 118.

¹⁸⁰ Laurence TAIN, « Corps reproducteur et techniques procréatives : images, brouillages, montages et remue-ménage », *Cahiers du genre*, L'Harmattan, 2003/1, n°34, pp. 171-192, spéc. p. 179. L'auteure explicite le lien entre « l'implication du combat des femmes pour le droit à la contraception et à l'avortement » et la reconnaissance sociale croissante des techniques d'inséminations artificielles. Elle montre ainsi que les décrets d'application de la loi Neuwirth de 1967 ont été pris en 1973, et que c'est la même année que les trois premières banques de sperme ont été créées. Il s'agit des premiers CECOS.

¹⁸¹ *Ibidem*.

universitaires »¹⁸². Les technologies de la reproduction assistée ont connu un essor particulièrement important ces dernières années¹⁸³ : depuis la naissance d'Amandine en 1982, des avancées ont permis de mettre en œuvre de nouvelles techniques ou d'améliorer les protocoles existants, notamment grâce à l'ICSI qui pose des questions nouvelles¹⁸⁴. Aujourd'hui, le droit de la procréation comprend un volet positif, permettant d'avoir accès à des techniques médicalisées qui aident à faire des enfants. En France, les enfants nés à l'issue d'une PMA représentent environ 2,9% des enfants nés dans la population générale en 2012¹⁸⁵, contre 2,7% en 2010¹⁸⁶. Or, les techniques reproductives ont été pensées sur le couple hétérosexuel, désignant ainsi l'homme et la femme formant le couple ; les hommes (ré)intègrent ainsi la sphère reproductive.

36. Il y a eu différentes attitudes féministes face aux techniques de PMA¹⁸⁷. Par exemple, le développement de la FIV en particulier a été utilisé par les féministes comme « une stratégie de

¹⁸² Gilles LEBRETON, *op. cit.*, p. 281.

¹⁸³ René FRYDMAN, *L'assistance médicale à la procréation*, PUF, Que sais-je ?, 3e éd., 2004, p. 57-75 : En 1978, une première enfant naît en Angleterre alors qu'elle a été conçue par fécondation *in vitro* (FIV), il s'agit de Louise Brown. Amandine naît en France en 1982 de la même technique. Les progrès technologiques permettent à partir des années 1980 de conserver les embryons surnuméraires en les congelant et en 1986, naissent en France les premiers enfants « nés après un stade de congélation embryonnaire » (p. 68). De nouvelles techniques sont ensuite en développement constant et aboutissent à la mise en place de protocole afin de pratiquer d'autres types de fécondation : en 1984, il s'agit de la première grossesse obtenue par une fécondation intratubaire ou GIFT (*Gamete Intra Falloppian Transfert*) (p. 71) puis viennent le transfert intratubaire d'œufs fécondés, aussi appelés ZIFT (*Zygote Intra Falloppian Transfert*) (p.72) et le transfert intratubaire d'embryons, TET pour *Tubal Embryon Transfert*. Au final, ces trois techniques paraissent peu utilisées aujourd'hui puisqu'elles peuvent être « avantageusement remplacées par une simple stimulation de l'ovulation avec insémination » (p. 72). Au contraire, la fécondation assistée par la micro-injection intra-cytoplasmique d'un spermatozoïde dans l'ovocyte (ICSI) est une technique développée dans les années 1990 qui permet de pallier la stérilité masculine (p. 72). Cette technique est d'abord mise en œuvre à Bruxelles en 1992 avant d'être utilisée en France avec succès dès 1994 (p. 75). Cette technique pose des questions éthiques nouvelles liées à son protocole. En effet, il s'agit de sélectionner un spermatozoïde qui n'est pas nécessairement mature et de l'injecter directement dans l'ovule permettant ainsi à des hommes stériles d'avoir des enfants qui leur sont génétiquement affiliés. Le développement de l'ICSI a ainsi contribué à réduire les recours au don de sperme. L'expression « technologies de la reproduction assistée » est la traduction littérale de l'acronyme ART, qui signifie, en anglais « *assisted reproductive technologies* ».

¹⁸⁴ Véronique DOULLIEZ, Frédéric FAGET, *et al.*, « L'ICSI : la fin de la stérilité masculine ? », pp. 1-111 in Michelle GOBERT (dir.) *Médecine, Bioéthique et Droit : Questions choisies*, Economica, 1999, spéc. p 88 : « En premier lieu, celle-ci comporte une spécificité propre qui l'empêche de se voir réduite au simple rang de FIV améliorée : cette spécificité réside dans le choix du spermatozoïde. En second lieu, les innovations techniques de l'ICSI, en ouvrant la possibilité d'engendrer à des hommes auparavant stériles, impliquent nécessairement pour les couples une décision à prendre, un choix à assumer ».

¹⁸⁵ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2013*, pp. 104-105 : En, ce ne sont pas moins de 23 887 enfants qui sont nés en France grâce aux techniques de PMA. Parmi eux, 5,6% sont nés grâce à un don de spermatozoïde, d'ovocytes ou d'embryons (soit 1334 enfants).

¹⁸⁶ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2011*, p. 64 : 22 401 enfants sont nés en France en 2010 grâce aux techniques de PMA. Parmi eux, 6% sont nés grâce à un don de spermatozoïde, d'ovocytes ou d'embryons (soit 1331 enfants).

¹⁸⁷ Philippe BATAILLE, *Attitudes féministes face à la procréation médicalement assistée*, EHESS, thèse de doctorat, 1993 ; voir également Françoise LABORIE, « Technologies de la reproduction humaine », pp. 233-238 in HIRATA Hélène, LABORIE Françoise, LE DOARE Hélène et SENOTIER Danièle (dir.), *Dictionnaire critique du féminisme*, PUF, 2e éd., 2004, spéc. p. 235 : En résumé, « les féministes furent partout partagées entre deux positions divergente schématiquement résumées ainsi : les [nouvelles techniques de la reproduction] ouvrant des possibilités inédites (qu'une femme donne son ovule tandis qu'une autre porte l'embryon) offrent-elles de nouveaux choix aux femmes ? Ou, au contraire, permettent-elles une augmentation du contrôle social sur la reproduction et sur la vie des femmes et leur maternité ? » ou encore Diane ROMAN, « L'État, les femmes et leur corps. La bioéthique, nouveau chantier du féminisme ? », *Esprit*, 2013/10, octobre, pp. 17-28.

contestation des visions essentialistes sur les techniques et les corps »¹⁸⁸. En effet, la FIV bouleverse de nombreuses représentations : elle déplace la problématique de la reproduction de la femme vers le couple ; elle permet des grossesses après la ménopause, repoussant des limites d'âge jugées « naturelles » ; le déplacement de la fécondation en dehors du corps de la femme brouille les frontières entre l'intérieur et l'extérieur. En somme, « les féministes qui ont adopté cette stratégie montrent très puissamment que la nature des corps est construite et que, toujours plus, elle a les techniques pour intermédiaires »¹⁸⁹. Les techniques reproductives dissocient la sexualité de la reproduction et remettent également en cause la nécessité de deux parents de sexe opposé et de manière incidente, la division sexuée du travail est mise à mal. En effet, comme le note Madame Gayle Rubin, « la division sexuelle du travail peut aussi être vue comme un tabou contre des arrangements sexuels autres que ceux comprenant au moins un homme et une femme, prescrivant par là le mariage hétérosexuel »¹⁹⁰. Les techniques reproductives portent en elles les germes d'une remise en cause profonde de l'inscription de la procréation dans un donné naturel. D'autres attitudes existent vis-à-vis des techniques de PMA qui tendent davantage à dénoncer l'emprise des techniques sur les corps féminins¹⁹¹, y compris lorsqu'il s'agit de stérilité d'origine masculine¹⁹².

37. Pour savoir si les techniques de PMA sont « des outils de libération permettant aux femmes d'échapper à leurs contraintes corporelles »¹⁹³ ou au contraire, « promeuvent un recentrage normatif autour du couple et de la famille nucléaire hétérosexuelle »¹⁹⁴, il convient d'étudier le corpus juridique des techniques de PMA. Cette étude est d'autant plus opportune que c'est avec les deux premières lois de bioéthique de 1994 que sont consacrées les techniques de PMA et le projet parental. Le « projet parental » apparaît alors de manière quasi-explicite en droit français : « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple »¹⁹⁵. En parlant de demande plutôt que de projet, la dimension volontariste est

¹⁸⁸ Nelly OUDSHOORN (traduit par Nathalie JAS), « Au sujet des corps, des techniques et des féministes », pp. 31-44, in Delphine GARDEY et Ilana LÖWY (dir.), *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin. Histoire des sciences, des techniques et de la médecine*, Éditions des archives contemporaines, 2000, spéc. p. 37.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Gayle RUBIN, « Le marché aux femmes. "Economie politique" du sexe et systèmes de sexe/genre », pp. 23-82 in Gayle RUBIN, *Surveiller et jouir. Anthropologie politique du sexe*, Epel, 2010, spéc. 47 ; voir aussi pp. 49-50 : « La division sexuelle du travail entre en jeu dans les deux aspects du genre –elle les crée homme et femme, et elle les crée hétérosexuels. Le refoulement de la composante homosexuelle de la sexualité humaine, avec son corollaire, l'oppression des homosexuels, est par conséquent un produit du même système qui, par ses règles et ses relations, opprime les femmes ».

¹⁹¹ Françoise LABORIE, « Technologies de la reproduction humaine », pp. 233-238 in Hélène HIRATA, Françoise LABORIE, Hélène LE DOARE et Danièle SENOTIER (dir.), *Dictionnaire critique du féminisme*, PUF, 2^e éd., 2004, spéc. p. 234 : « la FIV est une technique lourde pour les femmes : stimulations hormonales intensives, ponction chirurgicale de nombreux ovules suivie de leur fécondation au laboratoire par des spermatozoïdes ».

¹⁹² Voir aussi Ilana LÖWY, « Assistance médicale à la procréation (AMP) et traitement de la stérilité masculine en France », *Sciences sociales et santé*, vol. 18, n°4, 2000, pp. 75-104.

¹⁹³ *Ibidem*, citant la position de Sulamith FIRESTONE, *The Dialectic of Sex : The Case for Feminist Revolution*, Morrow, 1970.

¹⁹⁴ Françoise LABORIE, *op. cit.*, spéc. p. 238, citant la position de Marie-Josèphe DHAVERNAS, « Bioéthique, avancées scientifiques et reculs politiques », *Futur antérieur*, 1990, n°3, pp. 63-75.

¹⁹⁵ Article L. 2141-2 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique (ancienne version).

légèrement amoindrie, cela ne change pas le sens de l'expression et la volonté est bien consacrée comme condition d'accès à la reproduction et à la filiation. Le projet parental pourrait-il remettre en cause le biologisme du droit de la reproduction ?

Problématique

38. À partir de la notion de projet parental, nous souhaitons analyser s'il est possible de déconstruire, en droit, l'assignation traditionnelle des femmes au domaine de la reproduction. En effet, l'étude initiale des femmes en droit de la santé nous a permis de mettre en exergue que les femmes ne sont mentionnées explicitement que lorsqu'il s'agit de dispositions en rapport avec la reproduction. En ce sens, le corpus relatif au droit de la reproduction participe à la perpétuation de la division sexuée du travail et des stéréotypes de genre. Au contraire, le projet parental est une notion qui a émergé avec les techniques reproductives et intègre l'homme et la femme qui forment le couple dans l'ensemble des décisions. C'est pourquoi, il nous semble que le projet parental pourrait permettre de penser l'ensemble des questions relatives à la reproduction dans une perspective d'intégration des hommes aux questions reproductives, plus généralement d'égalité entre les sexes et de liberté reproductive pour chacun. Dans quelle mesure le projet parental permet-il de penser un droit de la reproduction favorisant l'égalité entre les sexes et la liberté de tous ?

Objectif

39. L'objectif général de cette thèse est de participer à la remise en cause de la division sexuée du travail. Nous nous intéressons en particulier à la déconstruction des stéréotypes de genre en matière de reproduction, à savoir celui de la femme-mère par essence et de l'homme, dont le rôle est celui de gagne-pain. Il s'agit alors de contribuer à ne plus faire coïncider les femmes avec la reproduction, sans pour autant affaiblir un corpus juridique qui correspond aux droits acquis par les femmes pour maîtriser leur fertilité. Nous proposons alors de réécrire le droit de la reproduction afin qu'il favorise l'égalité entre les femmes et les hommes et la liberté de toutes les personnes dans le domaine reproductif. Cela nous conduit à nous intéresser aussi bien aux dimensions civilistes du droit de la reproduction qu'aux dispositions en droit de la santé relatives à l'accès aux actes médicaux correspondant aux droits reproductifs.

Hypothèse : le projet parental, pour en finir avec la nature ?

40. Pour déconstruire les stéréotypes de genre dans le droit de la reproduction et en finir avec la nature¹⁹⁶, le projet parental apparaît comme un élément structurant. Les techniques reproductives peuvent être perçues comme des techniques qui participent à la naturalisation

¹⁹⁶ Delphine GARDEY et Ilana LÖWY, *op. cit.*, spéc. « Introduction. Pour en finir avec la nature », pp. 9-28.

des rôles des individus en fonction de leur sexe¹⁹⁷ alors que, au contraire, la notion de projet parental semble traduire l'engagement des individus, indépendamment de leur sexe, à accéder à la procréation et à la filiation.

Si les techniques de PMA remettent en cause les aspects naturels de la procréation, il semble au contraire qu'au niveau juridique –après quelques hésitations, l'introduction du projet parental semble en être un signe–, il y a eu un véritable retour au paradigme naturel afin d'encadrer des pratiques nouvelles et potentiellement disruptives. Nous faisons l'hypothèse que le projet parental est un concept juridique puissant et qu'il a été enfermé dans un cadre naturaliste et étroit pour nier ses potentialités. Le projet parental permettrait en effet de construire un droit de la reproduction, fondé sur la volonté de son ou de ses auteurs, loin de toutes références à un quelconque déterminisme biologique des sexes. Maintenant que les techniques de procréation médicalement assistées font l'objet d'une acceptation sociale et culturelle dans leurs délimitations actuelles, il semble intéressant de se demander quel pourrait être l'encadrement juridique de ces techniques en dehors du paradigme de la nature et comment ces techniques, à travers la notion de projet parental, peuvent contribuer à construire un droit de la reproduction déconnecté de toutes références à des éléments biologiques. Cette dénaturalisation du droit de la reproduction conduirait à promouvoir l'égalité entre les individus indifféremment de leur sexe ou de leur orientation sexuelle et la liberté de tous.

III. Approches adoptées

41. Cette section de l'introduction pourrait surprendre tant, en droit, il est rare de consacrer des développements spécifiques à l'approche méthodologique adoptée. Il nous paraît toutefois important, compte tenu de notre démarche, d'explicitier la méthode adoptée et les choix effectués, sur le fond, en termes de terminologie et sur la forme, en matière grammaticale.

Méthodologie

En ce qu'il a pour objectif de favoriser l'égalité entre les femmes et les hommes en matière de procréation, notre travail de recherche s'inscrit dans le prolongement des théories féministes du droit, qui s'appuient sur une approche pratique et pluridisciplinaire. Par ailleurs, afin de nourrir la réflexion, une comparaison avec le droit suisse irrigue l'ensemble des développements consacrés aux techniques reproductives.

Une approche qui vise l'égalité entre les sexes

42. En ce que notre travail de thèse vise à promouvoir l'égalité entre les sexes, il peut être perçu comme s'inscrivant dans la continuité des théories féministes du droit. Selon Madame la professeure Marie-Claire Belleau, « l'analyse féministe du droit se caractérise par une

¹⁹⁷ Delphine GARDEY et Ilana LÖWY, *op. cit.*

multiplicité de postulats, d'approches et de résolutions. De façon très sommaire, les théories féministes consistent en une critique du postulat de la neutralité sexuelle du système et du raisonnement juridique en même temps qu'elles servent des objectifs politiques activistes. Elles posent un regard et portent une action sexués sur le droit et ses institutions en analysant leurs présupposés et leurs conséquences sur la réalité de ce que vivent les femmes »¹⁹⁸.

43. Notre travail de recherche pourrait être qualifié de féministe, parce qu'il prend comme objet d'étude initial les femmes et vise l'égalité entre les sexes. En effet, le féminisme s'entend de « l'ensemble des idéologies, activités et politiques qui présupposent l'existence d'un sujet collectif (les femmes), identifient un problème social (leur subordination dans les rapports sociaux) et qui ont pour objectif, entre autres, la disparition de la discrimination à l'encontre des femmes, le démantèlement de la domination masculine sur la société, et la transformation des institutions et des structures légales et sociales qui contribuent aux inégalités sexuées »¹⁹⁹. Bien entendu le terme féminisme s'accommode particulièrement bien du pluriel tant les approches féministes peuvent varier selon le contexte social et historique²⁰⁰.

44. Sans mobiliser directement la notion de genre en dehors de l'utilisation de l'expression « stéréotypes de genre », ce travail de thèse n'ignore pas les travaux menés par une partie de la doctrine juridique sur ces sujets²⁰¹. Cette notion n'apparaît que très rarement comme entrée d'index dans les manuels de droit et est absente des principaux dictionnaires de vocabulaire juridique²⁰². Le genre, de l'anglais *gender*, apparaît dans sa version française comme un concept peu compréhensible au premier abord. Le genre est communément utilisé en grammaire pour désigner les différentes « catégories reposant, selon les langues et les systèmes, sur la distinction naturelle entre les sexes ou sur des critères formels »²⁰³. Néanmoins, le mot « genre » renvoie également à un concept plus large, le genre humain, désignant alors « l'ensemble des être humains sans distinction »²⁰⁴. Paradoxalement, le genre définit à la fois l'humanité entière et les individus selon leurs sexes et peut alors être un terme qui rassemble ou qui divise. La notion de genre va au-delà des définitions communes du mot et renvoie au concept anglo-saxon de *gender*. Bien entendu, le mot « genre » renvoie initialement à la binarité des sexes, au féminin et au masculin. Pour autant, le genre « ne représente pas ce que le sens commun entend par différence

¹⁹⁸ Marie-Claire BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *RTD Civ.*, 2001, p. 1.

¹⁹⁹ Jane JENSON et Eléonore LEPNIARD, « Penser le genre en science politique, Vers une typologie des usages du concept », *Revue française de science politique*, 2009/2, vol. 59, pp. 183-201, spéc. p. 190, définition inspirée de Mary G. DIETZ, « Current Controversies in Feminist Theory », *Annual Review of Political Science*, 6, 2003, pp. 399-431.

²⁰⁰ Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *Introduction aux Gender Studies. Manuel des études sur le genre*, De Boeck, 2008, Encadré 3 – Qu'est-ce que le féminisme ?, p.11

²⁰¹ En particulier, le projet REGINE (Recherches et Etudes sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe) mené entre 2012 et 2014 par des chercheurs et chercheuses des universités de Paris Ouest Nanterre la Défense et de l'Université Lille 2.

²⁰² Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF « Quadrige », 10e éd., 2014 ; Sébastien Bissardon, *Guide du langage juridique*, Litec, 3e éd., 2009 ; Rémy Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2012, LexisNexis, 2011 et *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2014, LexisNexis 2013.

²⁰³ TLFI, entrée « genre ».

²⁰⁴ *Ibidem*.

des sexes » et désigne, « plus largement, les rapports sociaux entre les femmes et les hommes, entre le masculin et le féminin ». Finalement, « le genre peut être défini comme le système de bicatégorisation hiérarchisée entre les sexes (hommes/femmes) et entre les représentations et valeurs qui leur sont associées»²⁰⁵. Le genre définit ainsi un rapport de pouvoir basé sur les catégories sexuelles, qui existe d'ailleurs en droit à travers le sexe, comme élément d'état civil. Ce rapport de pouvoir existe en filigrane de chaque disposition juridique qui tend à organiser les rapports entre les individus.

45. Le genre peut être utilisé de différentes manières dans un travail de recherche, c'est pourquoi nous souhaitons autant que possible expliciter l'usage que nous en faisons²⁰⁶. L'approche ainsi adoptée en termes de genre a dans un premier temps une incidence sur l'objet d'étude. Ainsi, il est impossible d'étudier les femmes en droit de la santé, sans penser même indirectement aux hommes et aux rapports qu'ils entretiennent ensemble dans ce domaine. De plus, le genre est également mobilisé, dans un second temps, à un autre niveau, au moment de l'analyse des contenus des normes. L'objectif de lutte contre la discrimination à l'encontre des femmes à travers le recul des inégalités sexuées est alors également servi par l'approche de genre retenue. En effet, il s'agit de refuser toute vision essentialiste de la différence des sexes et de considérer pleinement que les différences entre les hommes et les femmes sont le fruit de constructions sociales.

Une approche juridique ouverte sur les autres disciplines

46. Dans l'objectif d'atteindre l'égalité réelle entre les femmes et les hommes²⁰⁷, il nous semble opportun d'aborder les normes et leur mise en œuvre en particulier à l'aune d'autres champs de savoir. C'est pourquoi, en plus d'être théorique et général dans l'analyse du droit de la reproduction au prisme du projet parental, notre travail de recherche s'intéresse de manière concrète aux sujets abordés. Ainsi, nous considérerons, en plus des principes juridiques généraux, la manière dont ces derniers sont mis en œuvre. Dans cette optique, notre travail est ouvert sur d'autres disciplines, notamment l'histoire, les sciences politiques, la sociologie, en particulier du droit et des sciences, en ce qu'elles permettent d'éclairer l'application concrète des normes et donnent de la profondeur à l'analyse de celles-ci. Il ne s'agit pas à proprement parler de pluridisciplinarité dans le sens où notre méthode de recherche demeure juridique. Toutefois, cela a une certaine incidence. D'abord, nous définissons le droit de manière très large, en intégrant le droit souple²⁰⁸, en particulier, les avis et recommandations produits par le CCNE et l'Agence de la biomédecine. Ensuite, nous nous intéressons également aux interprétations

²⁰⁵ Laure BERENI, « Le Genre », *Cahiers français*, 2012, n°366, p. 75.

²⁰⁶ Jane JENSON et Éléonore LÉPINARD, « Penser le genre en sciences politiques. Vers une typologie des usages du concept », *Revue française de science politique*, 2/2009, Vol. 59, pp. 183-201.

²⁰⁷ Pour reprendre le titre de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014.

²⁰⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple. Étude annuelle 2013*, Collection « Les rapports du Conseil d'État », n° 64, 2013.

données aux normes par les médecins dans leur pratique professionnelle et les apports de la sociologie et de l'épidémiologie sont alors particulièrement importants. Par exemple, nous considérons dans la suite de notre travail à la fois les principes qui régissent les conditions d'accès aux techniques de PMA et la manière dont ils sont interprétés et mis en œuvre. Ces deux niveaux d'analyse nous permettent alors de comprendre les conditions dans lesquelles sont mises en œuvre les méthodes de PMA.

Une approche comparatiste avec le droit suisse

47. Ce travail de thèse, réalisé en cotutelle entre l'Université Paris Descartes et l'Université de Neuchâtel, permet une approche comparatiste. Cette approche en droit comparé nous est apparue indispensable pour mettre en évidence, dans les développements relatifs aux techniques reproductives, la dimension socialement construite des normes en dépit de leur justification au regard de la nature. Dans cette perspective, nous avons choisi le droit suisse car, comme le droit français, son cadre juridique concernant la PMA est justifié par des références à la nature²⁰⁹. En Suisse, le cadre relatif aux techniques de PMA, particulièrement restrictif²¹⁰, promeut, de la même manière qu'en France, un modèle familial traditionnel²¹¹. Il apparaît toutefois que les normes autant que leur naturalité divergent sur certains points, mettant ainsi en exergue leur caractère socialement construit. La perspective de droit comparé nous permet également de manière plus ponctuelle de montrer les différences qui existent autant en droit qu'en faits entre les deux pays.

48. En outre, la situation sociale et juridique des familles en Suisse est assez différente de celle en France. En effet, la Suisse est marquée par une plus grande prégnance du mariage. L'exemple du nombre d'enfants nés hors mariage en France et en Suisse est parlant. Alors qu'en France, en 2013, 57,2% des enfants sont nés hors mariage, ce chiffre ne s'élève en Suisse qu'à 21,1%. Dans

²⁰⁹ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *La procréation médicalement assistée. Considérations éthiques et propositions pour l'avenir*, Prise de position n°22/2013, décembre 2013, p. 19 : Aux valeurs normatives de la LPMA identifiées, à savoir la « dignité humaine », la « personnalité », la « famille » (art 1, al. 2) et le « bien de l'enfant » (art. 3 al. 1) s'ajoute la « nature » ; « une cinquième valeur, celle de "nature" et de "naturel", ne figure pas explicitement dans les principes énoncés, mais elle joue un rôle important dans le Message (1996, p. 247s) et la logique de la LPMA (art. 2 al. a), puisqu'elle en conditionne la structure, justifie ses limitations et ses interdictions, et éclaire certaines de ses orientations » ; voir aussi, *Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une protection respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996*, 96.058, FF 1996 III 197, p. 243 : « La nature veut que chaque enfant ait un père et une mère » ; p. 244 : « ces principes fondamentaux de la nature humaine doivent être respectés lors de la mise en œuvre de la PMA » ; p. 245 : « la ménopause fixe une limite naturelle en ce qui concerne les femmes, puisque le don d'ovule est interdit » ; p. 248 : « Le fait que la procréation médicalement assistée ne doit pas donner naissance à des rapports familiaux qui s'écartent de ceux que la nature rend possibles est décisif ».

²¹⁰ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 7 : « L'article 119 de la Constitution fédérale sur la procréation médicalement assistée et le génie génétique dans le domaine humain (...) posait (...) un cadre législatif d'accès à ces techniques qui est devenu l'un des plus restrictifs en Europe et entretenait l'amalgame entre les techniques de procréation médicalement assistée et le génie génétique appliqué aux pratiques médicales ».

²¹¹ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 19 : « le concept de "famille" – comprise comme "cellule fondamentale de la société" –, par lequel le législateur a souhaité protéger l'essence sociale de l'individu (Message, 1996, p. 239) et accessoirement une certaine forme de famille, c'est-à-dire la famille nucléaire traditionnelle » ; p. 25 : « le droit actuel protège la fondation de la famille nucléaire traditionnelle ».

les deux pays, ces chiffres sont en lente augmentation depuis la fin des années 2000 mais l'ordre de grandeur est bien différent (voir tableaux 1 et 2 en Annexe).

49. Le corpus juridique relatif aux techniques de PMA témoigne de cette vision plus conservatrice de la famille dans laquelle le mariage est le ciment du couple. Ainsi, en Suisse, l'accès au don de sperme n'est possible que pour les couples mariés. La comparaison avec le droit suisse est également intéressante au regard du don de gamètes dans la mesure où d'une part, le don d'ovocyte est interdit et d'autre part, il existe un statut juridique au donneur de sperme. Sur ces sujets, la position du droit suisse révèle la posture ambivalente du droit français qui, d'un côté accorde bien plus de libertés quant à la circulation des gamètes et accepte de dissocier la maternité de son fondement génétique mais de l'autre, a, jusqu'à présent, toujours refusé de reconnaître un statut aux donneurs de gamètes. De plus, le droit suisse de la PMA accorde également une place centrale à la notion de bien de l'enfant²¹², contrairement au droit français.

50. Enfin, en droit suisse, le mariage demeure l'union formée par un homme et une femme et exclut de ce fait la reconnaissance de la filiation à l'égard de parents de même sexe. Sur ce point, le droit français a fortement évolué avec l'adoption de la loi 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe qui permet désormais de reconnaître la filiation à l'égard de parents de même sexe alors qu'en droit suisse, le partenariat enregistré n'ouvre pas de telles possibilités²¹³. Toutefois, dans les deux pays, des instances se sont exprimées en faveur de l'ouverture de la PMA à toutes les femmes : en France, après l'avis réservé de l'Académie de médecine²¹⁴, le Défenseur des droits²¹⁵ et le Haut Conseil à l'Egalité entre les Femmes et l'Hommes (HCEf/h)²¹⁶ ont dénoncé le caractère discriminatoire du cadre juridique actuel relatif à la PMA ; de la même manière, en Suisse, la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine recommande d'ouvrir la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules²¹⁷.

51. Pour l'ensemble de ces raisons, la comparaison avec le droit suisse apporte davantage de profondeur à nos développements relatifs aux techniques reproductives. En effet, en dépit des divergences et convergences de ces deux cadres juridiques, le droit suisse et le droit français

²¹² COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 25 : « la garantie du bien de l'enfant est érigée en principe fondamental (Message, 1996, p. 198) » ; « si la centralité du "bien de l'enfant" dans la logique de la LPMA ne fait pas de doute, le contenu de ce principe, autrement dit sa compréhension, reste encore trop floue ».

²¹³ Suisse, Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004.

²¹⁴ Pierre JOUANNET *et al.*, *Ouverture de l'Assistance médicale à la procréation avec sperme de donneur (AMPD) à des indications non médicales*, Académie de médecine, 27 mai 2014.

²¹⁵ DEFENSEUR DES DROITS, Avis n°15-18, 3 juillet 2015.

²¹⁶ HCEf/h, *Contribution au débat sur l'accès à la PMA*, avis n°2015-07-01-SAN-17 adopté le 26 mai 2015.

²¹⁷ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 49 : la majorité de la CNE « estime que, pour des motifs notamment de non-discrimination, l'accès à la PMA ne doit pas être interdit aux couples de même sexe et aux personnes seules » ; p. 53 : « 4. recommandation unanime de l'autorisation du don de sperme pour les couples hétérosexuels non mariés » ; « 5. recommandation à la majorité de l'autorisation du don de sperme pour les couples de même sexe et les personnes seules » ; « Elle considère que les limitations actuelles sont discriminatoires. Elle refuse l'argument de la normativité de la nature à cause de son caractère fortement problématique ; en outre, elle souligne que les concepts de "nature" et de "naturel" sont construits culturellement ».

sont empreints d'un biologisme important en matière de PMA. Cela montre *in fine* que la conception de la nature à laquelle se réfèrent le droit français et le droit suisse est tout aussi construite que les normes qui en sont inspirées.

52. Le droit suisse sert de point de comparaison privilégié uniquement lorsque nous traitons des techniques reproductives. La comparaison au droit suisse est ainsi limitée au premier titre de la première partie consacrée aux conditions d'accès aux techniques reproductives –et apparaît également dans une moindre mesure dans les développements relatifs à l'établissement de la filiation après PMA–. L'ensemble de la thèse est quant à elle construite à partir d'une réflexion menée au regard du droit français ; celui-ci structure la réflexion autant que les développements et en particulier les développements prospectifs de la seconde partie. Les droits européens ainsi que les normes internationales sont prises en compte dans notre analyse dans la mesure où elles exercent une influence sur le droit français et le droit suisse.

Nous prenons le temps d'explicitier ces quelques points de méthode pour éviter tout reproche quant à la qualité scientifique de ce travail et en particulier sa neutralité scientifique. En effet, pour reprendre Madame Christine Delphy, « toute connaissance est le produit d'une situation historique, qu'elle le sache ou non. Mais qu'elle le sache ou non fait une grande différence ; si elle ne le sait pas, elle se prétend *neutre*, elle nie l'histoire qu'elle prétend expliquer »²¹⁸.

Choix grammaticaux et terminologiques

53. D'autres points demandent également à être clarifiés de manière liminaire : ils tiennent aussi bien à la forme, à travers les choix grammaticaux que nous avons pu faire, qu'au fond lorsque nous avons choisi certains mots ou expressions plutôt que d'autres.

Sur la forme, les choix grammaticaux

54. De la même manière que les règles de droit, générales et abstraites, rendent invisibles les femmes en droit, certaines règles grammaticales posent des problèmes semblables. C'est pourquoi nous avons choisi, dans la mesure du possible, d'adopter une écriture non sexiste²¹⁹. Cela implique toutefois de prendre des libertés avec les règles de l'Académie française si l'on souhaite pouvoir féminiser les titres, notamment celui de professeur²²⁰. Dans la même optique, nous réhabilitons la règle de proximité qui rend davantage visible la forme féminine au pluriel. Pour des raisons de lisibilité, nous avons néanmoins renoncé à utiliser les formes qui permettent de se référer aussi bien aux hommes qu'aux femmes, qu'ils ou elles soient usagers ou usagères

²¹⁸ Christine DELPHY, *op. cit.*, cité par Marie-Xavière CATTO, Juliette GATE, Charlotte GIRARD, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Caroline VERGEL-TOVAR, « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », pp. 3-24, in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Mathias MÖSCHEL et Diane ROMAN (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2013.

²¹⁹ Voir not. Thérèse MOREAU, *Écrire les genres. Guide romand d'aide à la rédaction administrative et législative épicienne*, Conférence latine des déléguées à l'égalité, juin 2001.

²²⁰ Bernard CERQUIGLINI *et al.*, *Femme, j'écris ton nom... Guide d'aide à la féminisation des noms de métiers, titres, grades et fonctions*, La documentation française, 1999.

du système de santé ou professionnel.le.s de santé. En effet, cela conduit à une certaine lourdeur d'autant moins nécessaire que, dans la mesure où notre travail cherche à déconstruire l'assignation des femmes aux questions reproductives, il nous paraît opportun de conserver, dans ce domaine, la forme masculine et neutre, incluant autant les femmes que les hommes.

Sur le fond, le choix des mots

Dans ce travail, nous choisissons de parler de reproduction plutôt que d'engendrement ou de procréation, de PMA plutôt que d'AMP et de projet parental plutôt que de projet procréatif ou familial. Nous nous en expliquons.

Engendrement, procréation ou reproduction

55. Nous avons déjà expliqué pourquoi nous préférons le terme reproduction à celui de procréation. La reproduction associe à l'aspect biologique une dimension sociale et permet d'ailleurs de mettre en perspective, lorsque l'on s'intéresse à la division sexuée du travail, le travail productif et le travail reproductif. Maintenant, il convient d'expliquer pourquoi nous ne retenons pas le terme d'engendrement.

De manière générale, il nous semble que la reproduction témoigne d'une conception davantage volontariste de la perpétuation de l'espèce. En effet, « le mot et le concept de reproduction n'apparaissent que vers la fin du XVIII^e siècle pour signifier la formation des corps vivants. Auparavant les êtres ne se reproduisent pas. Ils sont engendrés. La génération est toujours le résultat d'une création qui, à une étape ou à une autre, exige l'intervention directe des forces divines »²²¹. De la sorte, il semble que la reproduction témoigne davantage des aspects culturels et rationnels associés à l'enfantement que l'engendrement qui semble plus obscur. En outre, l'engendrement met davantage les aspects biologiques en avant.

56. Enfin, l'expression engendrement a été particulièrement utilisée par Madame Irène Théry dans ses travaux sociologiques consacrés aux dons. Elle propose en particulier de remplacer l'expression don de gamètes par don d'engendrement pour traduire qu'il peut s'agir de gamètes et d'embryons et que le don a une grande valeur morale et sociale²²². Ce changement terminologique s'inscrit dans la démarche de Madame Irène Théry visant à supprimer l'anonymat du don de gamète²²³ et à établir un mode d'établissement de la filiation spécifique aux seuls enfants nés par dons d'engendrement²²⁴. Nous ne souscrivons pas à cette approche qui consacre, au niveau symbolique, la différence des sexes.

²²¹ François JACOB, *La logique du vivant. Une histoire de l'hérédité*, Gallimard, 1970, p. 28 cité par Bertrand PULMAN, *Mille et une façons de faire les enfants. La révolution des méthodes de procréation*, Calmann-Lévy, 2010, p. 31.

²²² Irène THERY, « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique"? », *Esprit*, 2009/5, mai, pp. 133-164, spéc. pp. 141-142.

²²³ Irène THERY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'EHESS, Coll. « Cas de figure », 2010.

²²⁴ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère de la famille, 2014.

Pour l'ensemble de ces raisons, nous préférons parler de reproduction, de droit de la reproduction, de liberté reproductive, de droits reproductifs et de techniques reproductives.

PMA ou AMP

57. Les techniques reproductives sont communément désignées par les termes génériques de techniques de procréation médicalement assistée (PMA) ou d'assistance médicale à la procréation (AMP). En particulier, il existe une « différence subtile de terminologie »²²⁵ dès 1994. Comme le remarque Monsieur le professeur Jean-Jacques Lemouland, « avant la naissance (L. n° 94-654), il s'agit d'assistance médicale à la procréation ; après la naissance (L. n° 94-653), la procréation a été médicalement assistée »²²⁶. Pendant, les débats parlementaires, Madame Simone Veil et Monsieur Philippe Douste-Blazy expliquent que le choix des termes d'AMP plutôt que PMA dans la loi de 1994 a pour but « de bien marquer que l'objet de la loi ne peut être que d'encadrer des pratiques médicales et non de légiférer sur la procréation elle-même »²²⁷. À l'instar de Monsieur le professeur Gérard Cornu, il est possible de discuter de la pertinence de chacune de ces deux expressions²²⁸. Pour lui, jusqu'à l'ordonnance du 4 juillet 2005, la distinction semblait assez simple : la PMA était le terme utilisé en droit civil tandis que l'AMP était utilisé par le Code de la santé publique. Chaque expression met l'accent sur une dimension différente. En droit civil, l'emphase est mise sur le résultat, à savoir la procréation tandis que pour le droit de la santé, l'accent est mis sur la technique. Il déplore d'ailleurs l'alignement opéré par l'ordonnance de 2005 qui a introduit dans le code civil le vocable d'AMP. Reprenant à notre compte la distinction de Monsieur le professeur Gérard Cornu, nous choisissons de désigner les techniques reproductives par le terme de PMA afin de mettre l'accent sur la procréation et les incidences des techniques en droit de la filiation.

Projet parental, projet procréatif ou projet familial

58. Le terme projet parental est préféré aux termes de projet procréatif²²⁹ ou de projet familial qui semblent pourtant proches. Les trois expressions mettent l'accent sur le projet, seule la finalité diffère légèrement. Le projet familial vise à l'élaboration d'une famille. La notion de famille est trop problématique, emprunte d'idéologie, pour être définie. La famille désigne aussi bien des liens biologiques que des liens sociaux ou juridiquement consacrés. Au contraire, le projet procréatif ne prend en compte qu'une dimension, le caractère purement biologique de la

²²⁵ Jean-Jacques LEMOULAND, « Procréation médicalement assistée et droit de la filiation », *D.*, 1995, p. 15.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ Débats Assemblée Nationale, 2^{ème} séance du 7 avril 1994, JO du 8 avril 1994, p. 641, cité par Isabelle FLORENTIN, *Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître*, pp. 109-145 in Catherine LABRUSSE-RIOU (dir.), *Le droit saisi par la biologie : des juristes au laboratoire*, LGDJ, 1996, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 259, spéc. p. 114.

²²⁸ Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 9^e éd., 2007, p. 455.

²²⁹ Christian GHASARIAN, *Introduction à l'étude de la parenté*, Points, Essais, 1997, p. 234 : « en France, on parle de "projet procréatif" pour le couple qui veut procéder à l'insémination artificielle et de "candidate" pour la femme concernée, ce qui dénote la consommation de techniques mises sur le marché ».

procréation, et passe sous silence les autres dimensions. Seul le projet parental permet de prendre en compte la dyade parent-enfant et la relation entre l'adulte et l'enfant, liés par la parentalité et/ou la parenté. Cette relation verticale est par ailleurs indépendante de la relation horizontale, c'est-à-dire celle qui lie les membres du couple. Le projet parental témoigne ainsi davantage de l'engagement entre l'adulte vis-à-vis de l'enfant²³⁰ et reflète la parenté, verticale et au premier degré. En outre, il s'agit du terme utilisé par la loi dite de bioéthique de 1994.

Annnonce du plan

59. Pour rechercher s'il est possible de déconstruire l'assignation juridique des femmes à la reproduction, les techniques de PMA constituent un objet d'étude à privilégier dans la mesure où nous faisons du projet parental l'outil de cette déconstruction/reconstruction du droit de la reproduction.

60. C'est pourquoi dans un premier temps, nous nous consacrons uniquement aux corpus juridiques relatifs aux techniques de PMA en France et en Suisse. En effet, l'objectif des techniques de PMA, à savoir de favoriser la naissance d'un enfant, renvoie à l'aspect positif du droit de la procréation, au contraire des autres droits reproductifs. Par ailleurs, les techniques de PMA permettent de dissocier la reproduction de la sexualité et rendent alors possible des configurations familiales nouvelles, même s'il apparaît que le cadre juridique des techniques de PMA repose actuellement uniquement sur le couple hétérosexuel. En outre, les techniques de PMA obligent, en plus de penser un régime juridique pour les actes médicaux correspondant, à s'intéresser aux conséquences en termes d'établissement de la filiation. L'ensemble de ces éléments, qui peuvent être rattachés au projet parental, traduit autant la finalité des techniques de PMA (être parent) que ses modalités (volonté et responsabilités communes). En effet, le projet parental peut être défini comme la volonté d'une personne ou d'un couple d'accéder à la parentalité (élever un enfant) et à la parenté (en être légalement le parent). L'étude du cadre relatif aux techniques de PMA apparaît comme un préalable et doit nous permettre de mettre en exergue la manière dont les éléments singuliers des techniques de PMA sont pris en compte en droit. En effet, l'idée de vouloir être parent, reposant sur le couple hétérosexuel, paraît particulièrement féconde si l'on souhaite construire un droit de la reproduction égalitaire. Il apparaît toutefois que le potentiel des techniques de PMA a été neutralisé dans un cadre juridique mimant la procréation charnelle. La construction d'un cadre naturaliste aux techniques de PMA permet de ne pas remettre en cause le droit de la filiation. Pourtant, à travers la logique du projet parental, nous rechercherons s'il n'aurait pas été possible de penser le droit de la reproduction de manière plus égalitaire.

²³⁰ Thierry FOSSIER, *La parentalité et le droit*, pp. 32-42, in Bernard VOSSIER (dir.), *La parentalité en questions, problématiques et pratiques professionnelles*, Andesi, 2002, spéc. p. 40 : « La responsabilité est un objectif, un lien qui s'établit entre deux individus, et l'on a pu parler à ce propos de "projet parental" ».

61. Dans un second temps, nous appréhendons le projet parental, non pas tel qu'il existe mais tel qu'il pourrait être, pour faire évoluer le droit de la reproduction. En plus de la logique du projet parental, c'est-à-dire la volonté exprimée de la même manière par les femmes et les hommes d'être parent et de la liberté que cela implique pour les individus en matière de reproduction, nous aurons recours à des fondements juridiques complémentaires, à savoir l'égalité entre les sexes et la liberté procréative. Ces fondements juridiques autant que la notion structurante de projet parental, nous permettront-ils de proposer une réécriture du droit de la reproduction ? Pour les règles de filiation, ne pouvons-nous pas proposer de les fonder de la même manière pour les femmes et pour les hommes sur leur volonté d'être parent ? Concernant les droits reproductifs, ne serait-il pas envisable de proposer un régime juridique commun aux actes médicaux qui correspondent aux droits reproductifs et favorisent la liberté individuelle ? En d'autres termes, nous partons de l'étude du cadre relatif des techniques reproductives pour ensuite, à partir du projet parental comme idée structurante du droit de la reproduction, s'interroger sur la proposition de repenser le corpus juridique en y intégrant notamment le principe d'égalité entre les sexes et la liberté reproductive.

Partie I – Le projet parental dans le droit des techniques reproductives

Partie II – Le projet parental dans le droit de la reproduction

Partie I

Le projet parental

dans le droit des techniques reproductives

62. Avant de faire du projet parental la notion autour de laquelle s'articule le droit de la reproduction, il convient d'étudier le corpus juridique au sein duquel elle a émergé et dans lequel elle est encore fortement ancrée. Parce que les techniques reproductives sont « destinée[s] à répondre à la demande parentale d'un couple »²³¹, nous commençons notre thèse par l'analyse de leur régime juridique.

63. De manière générale, les techniques reproductives désignent à la fois les techniques encadrées, comme les méthodes de PMA, et celles interdites comme la GPA et le clonage reproductif. Dans une conception large des techniques de PMA, il est possible d'y inclure la GPA. Mais dans la mesure où cette conception large n'est pas celle qui prévaut en droit français et en droit suisse, nous nous intéresserons principalement aux techniques de PMA et ce n'est qu'à la marge que nous aborderons la GPA. Nous excluons entièrement le clonage reproductif de notre propos dans la mesure où les enjeux ne sont pas les mêmes que pour les autres techniques reproductives²³². Le clonage reproductif, contrairement aux méthodes de reproduction sexuée, ne vise pas seulement à favoriser la naissance d'un enfant mais implique que cet enfant ait le même matériel génétique que la personne dont il est le clone. L'enfant n'est alors pas considéré comme une fin en soi et de nombreuses questions liées à son identité se posent²³³. Pour des considérations proches, nous avons déjà exclu de nos développements les questions relatives

²³¹ Selon l'ancienne rédaction de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique.

²³² Florence BELLIVIER, « La possibilité d'être parent en dépit de la nature et l'impossibilité d'être parent à raison du droit », pp. 39-47 in Philippe JACQUES (dir.), *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, 2010, spéc. p. 46 : pour Madame la professeure Florence Bellivier, le refus du clonage s'explique par le fait qu'il s'agirait d'une « double transgression, celle de l'altérité et celle de la généalogie, considérées, à tort ou à raison, comme des invariants anthropologiques, mixtes de nature et de culture ».

²³³ Voir not. Philippe DESCAMPS, *Un crime contre l'espèce humaine ? Enfants clonés, enfants damnés*, Les Empêcheurs de penser en rond, 2004.

aux diagnostics préimplantatoires et aux diagnostics prénataux. En effet, ces tests permettent d'écarter ou de rechercher chez l'enfant à naître des caractéristiques génétiques déterminées. À notre sens, le clonage reproductif et les diagnostics préimplantatoires et prénataux changent en profondeur la signification de la notion de projet parental. Il ne s'agit plus uniquement de vouloir devenir parent d'un enfant mais bien de préciser les contours génétiques de l'enfant à naître –et ce que cela implique par la suite. Nous choisissons délibérément de considérer le projet parental dans son expression la plus sobre, tendu vers la naissance d'un enfant, n'importe quel enfant. Ainsi, le droit des techniques reproductives est limité, dans notre travail, au corpus juridique relatif aux techniques de PMA et de GPA. L'étude de ces règles juridiques nous permet de comprendre la place et le sens actuellement donnés au projet parental en droit français et en droit suisse. En particulier, nous cherchons à savoir si le projet parental, en favorisant la naissance d'un enfant au sein d'un couple formé d'un homme et d'une femme, promeut l'égalité entre les sexes dans le domaine de la reproduction. En effet, au regard des règles de droit, les hommes et les femmes semblent placés dans une situation assez similaire et chacun doit notamment exprimer sa volonté de devenir parent.

64. La notion de projet parental exprime la volonté de ses auteurs d'être parent et trouve une expression concrète au sein du corpus juridique relatif aux techniques de PMA. En effet, les techniques de PMA permettent d'une part la réalisation du projet parental, en favorisant la naissance d'un enfant et en donnant accès à la parentalité et d'autre part, la consécration du projet parental, à travers la reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et les auteurs du projet parental, autrement dit l'accès à la parenté. Ces deux aspects du projet parental sont indissociables lorsque celui est réalisé dans le cadre légal sur le territoire national -suisse ou français- : l'accès à la fonction effective de parent (correspondant à la parentalité) est suivi, voire précédé, de l'accès au statut légal de parent (autrement dit à la parenté). Ces deux volets peuvent toutefois être dissociés, notamment lorsque le projet parental ne répond pas aux conditions d'accès aux techniques de PMA : en effet, la réalisation du projet parental en dehors du cadre légal peut parfois se heurter à des difficultés, l'établissement d'un lien de filiation rencontrant des obstacles ou nécessitant la mise en œuvre de procédures particulières. Le droit de la filiation apparaît alors *a posteriori* comme un garant supplémentaire du respect des conditions de réalisation des techniques de PMA.

65. Tant au niveau des conditions de réalisation du projet parental que de sa consécration par le droit de la filiation, le régime juridique actuel ne favorise pas l'égalité entre les sexes et, au contraire, renforce l'assignation des individus à des rôles sociaux distincts en fonction de leur sexe et déterminés par celui-ci. La définition des contours de la notion de projet parental permettant l'accès à sa réalisation dans le cadre légal est plus stricte que la notion de projet parental permettant l'établissement d'un lien de filiation, même si elle se trouve *in fine* confortée

par les conséquences qui en découlent en termes d'établissement de la filiation. En effet, les conditions à remplir pour accéder aux techniques de PMA en France et en Suisse définissent le projet parental de manière très restrictive comme le projet porté par un couple hétérosexuel à l'apparence fertile, prenant ainsi comme modèle la nature avec le prétexte d'assurer le bien de l'enfant. Nous rechercherons alors si la limitation de la légitimité d'un projet parental à ce cadre ne renforce pas les stéréotypes de genre qui existent déjà au sein du droit commun de la filiation et le naturalisme du projet parental. En effet, seuls les couples de personnes de même sexe –et en France, tous les couples ayant recours à la GPA– se trouvent dans une situation rendant impossible (en Suisse) ou difficile (en France) l'établissement de la filiation. Il semblerait alors que le naturalisme du régime actuel, en plus d'exalter la différence des sexes et les stéréotypes de genre qui en découlent, trace une nette ligne de démarcation entre les projets parentaux légitimes, qui répondent aux conditions de réalisation des techniques de PMA et les autres, réalisés en dehors du cadre légal et par conséquent relégués en marge du droit de la filiation.

À travers l'analyse de la réalisation du projet parental, nous rechercherons si ce cadre juridique empreint de naturalisme ne s'exprime pas dans les conditions de réalisation du projet parental (Titre 1) et ensuite, au moment de la consécration de celui-ci par le droit de la filiation (Titre 2). En effet, les conditions d'accès aux techniques de PMA semblent conforter des rôles sociaux différenciés selon le sexe du parent tandis que le droit de la filiation paraît, quant à lui ériger, une ligne de démarcation entre les projets parentaux réalisés dans le cadre légal et les autres qui ne répondent pas au modèle de la famille traditionnelle.

Titre I – La réalisation du projet parental par les techniques reproductives

Titre II – La consécration du projet parental par le droit de la filiation

Titre I

La réalisation du projet parental par les techniques reproductives

66. Notre hypothèse initiale est que le corpus juridique relatif aux techniques reproductives, dans lequel la notion de projet parental a émergé, pourrait servir d'exemple pour promouvoir l'égalité des hommes et des femmes dans les questions reproductives. Toutefois, elle apparaît vite contrariée, du fait de la naturalité du corpus juridique relatif à la PMA en France et en Suisse. En effet, celui-ci renforce les inégalités entre les femmes et les hommes face à la reproduction et en particulier les stéréotypes de genre quant aux rôles de chaque sexe dans le domaine reproductif. Les inégalités entre les femmes et les hommes en matière de reproduction prennent appui sur des considérations biologiques pour ensuite assigner à chaque sexe des rôles déterminés et nettement distincts. Ces stéréotypes de genre peuvent être mis en perspective avec la division sexuée du travail, c'est-à-dire la séparation de la société en deux sphères, à savoir la sphère productive ou publique, réservée aux hommes et la sphère reproductive assignée aux femmes.

Nous qualifions le cadre relatif aux techniques de PMA de naturaliste car il prend, aussi bien en droit français qu'en droit suisse, comme modèle, référence et justification, la nature. En d'autres termes, les techniques de PMA peuvent être mises en œuvre par les professionnels de santé à la condition qu'elles miment la reproduction naturelle, un coït fécondant entre un homme et une femme. Cela s'exprime, en des termes différents, aussi bien au niveau des conditions d'accès aux techniques de PMA qu'au niveau des conditions de leur réalisation. Ces deux niveaux d'analyse nous permettront de saisir les normes dans leurs aspects principaux aussi bien qu'au niveau de leur mise en œuvre par les acteurs concernés et de mettre ainsi en lumière les ambivalences et la complexité qui règnent dans ce domaine.

67. Les conditions d'accès aux techniques de PMA limitent la réalisation du projet parental aux seuls couples hétérosexuels, dont les deux membres sont en vie et la femme encore relativement jeune. Ces conditions sont définies en droit français à partir de terminologies empreintes de biologisme et prennent pour modèle la reproduction naturelle. Les contours du projet parental sont très semblables en droit suisse : même si les conditions d'accès aux techniques de PMA sont formulées différemment, elles font explicitement référence à la nature et sont justifiées par rapport au bien supposé de l'enfant. Le modèle familial ainsi choisi et promu par le droit français et le droit suisse, à savoir celui d'une famille traditionnelle stéréotypée, définit le projet parental

légitime pouvant être réalisé dans le cadre légal et médical. Par famille traditionnelle, il faut entendre une famille idéale autant qu'idéologique, à savoir la famille biologique, nucléaire et formée à partir d'un couple hétérosexuel alors qu'il existe un véritable pluralisme familial²³⁴. Ce cadre conduit à renforcer les inégalités entre les sexes et en particulier, l'assignation des femmes aux tâches reproductives.

68. Les conditions de mises en œuvre des techniques de PMA confortent par ailleurs le cadre naturaliste du fait de la construction, par l'ensemble des acteurs –le législateur, les praticiens et l'assurance maladie–, de la stérilité comme une maladie et des techniques de PMA comme remèdes à l'infertilité pathologique des couples hétérosexuels. La mise en œuvre des techniques de PMA par les professionnels de santé et leur prise en charge par les organismes d'assurance maladie est rendue possible par la médicalisation de l'infertilité ; toutefois, cette médicalisation est ambivalente : si elle permet un remboursement accru, elle construit également l'infertilité comme une maladie et les techniques de PMA comme des thérapeutiques. Ainsi, la rhétorique du normal et du pathologique permet de renforcer le cadre naturaliste, tout en rendant légitime certains projets parentaux, ceux pris en charge aussi bien par les professionnels de santé que par l'assurance maladie. La médicalisation agit alors, c'est ce que nous monterons, comme un verrou au naturalisme, en justifiant la limitation de l'accès aux techniques de PMA.

Les conditions d'accès aux techniques de PMA définies par le législateur français et suisse (Chapitre I) autant que de la mise en œuvre de celles-ci par les praticiens et l'assurance maladie (Chapitre II) définissent les contours du projet parental de manière restrictive et naturaliste, renforçant ainsi les inégalités entre les sexes et les stéréotypes de genre. *In fine*, l'expression du projet parental dans la réalisation des techniques reproductives est neutralisée par la nature, utilisée comme un idéal, un modèle et une justification.

Chapitre I – Les conditions d'accès aux techniques reproductives

Chapitre II – Les conditions de mise en œuvre des techniques reproductives

²³⁴ Voir not. Maurice GODELIER, *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004 ; Agnès FINE et Agnès MARTIAL, « Vers une naturalisation de la filiation? », *Genèses*, 2010/1, n°78, pp. 121-134.

Chapitre I – Les conditions d'accès aux techniques reproductives

69. L'analyse des conditions d'accès aux techniques reproductives permet de mettre en exergue les contours actuels de la notion de projet parental en droit français et en droit suisse.

Le projet parental est défini à partir de deux niveaux de critères qui font, d'une part, référence aux auteurs du projet parental et qui, d'autre part, délimitent les techniques reproductives acceptables. Ces niveaux ne correspondent pas entièrement : ainsi, la GPA est, indépendamment des auteurs du projet parental, définie comme une technique inacceptable et interdite en droit français et en droit suisse alors qu'au contraire, le recours aux techniques de PMA est justifié dans certains cas en fonction des auteurs du projet parental. Il existe également une hiérarchie au sein des techniques de PMA particulièrement marquée en droit suisse où les conditions d'accès au don de sperme sont plus strictes que lorsque les techniques sont mises en œuvre dans le cadre intraconjugal. Si nous séparons les deux niveaux de critères, les auteurs du projet parental peuvent être définis comme un couple hétérosexuel à l'apparence fertile tandis que les techniques reproductives renvoient uniquement aux techniques de PMA avec des variations concernant les dons possibles, entre le droit français –qui autorise les dons de sperme, d'ovocyte et d'embryon– et le droit suisse – qui permet uniquement le don de sperme et le réserve aux couples mariés–. Des traits communs saillants apparaissent toutefois dans l'appréhension des auteurs du projet parental et la délimitation des techniques reproductives acceptables.

70. L'hétérosexualité du couple autant que le rejet de la GPA (voire en droit suisse du don d'ovocyte) montre l'attachement à un modèle familial qui reproduit la division sexuée du travail. D'un côté, la figure paternelle est indispensable et de l'autre, le stéréotype de la femme-mère persiste tant il apparaît impossible de séparer la maternité du corps de la femme et des processus biologiques de la grossesse et de l'accouchement. Cet attachement à la différence des sexes, consacrée à travers l'hétérosexualité du couple comme condition d'accès aux techniques de PMA, met en exergue le fait que ce n'est pas la liberté reproductive des individus mais bien celle des couples, du moins ceux correspondants à une définition particulière qui s'exprime dans le corpus de la PMA.

De la sorte, c'est bien l'ensemble des conditions d'accès aux techniques reproductives –qui tiennent aussi bien aux auteurs du projet parental (Section I) qu'à la délimitation des techniques reproductives (Section II)– qui perpétuent et renforcent les inégalités entre les sexes et les stéréotypes de genre.

Section I – Les conditions tenant aux auteurs du projet parental

Section II – Les conditions tenant aux techniques reproductives

Section I – Les conditions tenant aux auteurs du projet parental

71. De manière tautologique, il est possible de définir le projet parental comme le projet porté par les personnes engagées dans un parcours d'assistance médicale à la procréation. Il n'y a pas de définition du projet parental dans les corpus juridiques dans lesquels il est utilisé. Il semble, au contraire, être défini dans son contexte d'utilisation, par l'usage qui en est fait et apparaît ainsi indissociable de la définition du couple qui peut prétendre à la PMA. En France, cela correspond à « l'homme et la femme formant le couple [qui] doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination »²³⁵. À partir de ces critères, le CCNE définit le projet parental comme « double volonté d'un homme et d'une femme de concevoir un enfant et de l'élever ensemble »²³⁶. L'appréhension du projet parental par le droit français serait pour certains « la vision la plus restrictive »²³⁷ et pourtant, cela est inexact au regard du droit suisse qui réserve la PMA « aux couples à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (...) et qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité »²³⁸. En outre, « seul un couple marié peut recourir à un don de sperme »²³⁹.

Le droit français ne définit pas les conditions d'accès aux techniques de PMA à partir des catégories juridiques existantes mais les décrit à partir de termes très biologiques et descriptifs. Au contraire, le droit suisse procède par renvoi au droit de la filiation pour établir la condition d'hétérosexualité du couple et prend appui sur les différentes formes juridiques qui fondent le couple et en particulier le mariage. Les conditions posées en des termes différents renvoient aussi bien en droit français qu'en droit suisse à la nature qui définit le projet parental acceptable. Le droit français et le droit suisse de la PMA consacrent tous les deux un modèle familial naturaliste et stéréotypé. Les conditions d'accès aux techniques de PMA concernant les auteurs du projet parental sont fondées sur des considérations biologiques et définissent ainsi, en droit français et en droit suisse, le projet parental comme étant celui d'un couple hétérosexuel (§I) à l'apparence fertile, permettant de faire comme s'il avait procréé l'enfant (§II).

§I. Le couple hétérosexuel, auteur légitime du projet parental

72. Lorsqu'ils ont encadré les techniques de PMA, tant le législateur suisse que le législateur français ont repris le modèle hétérosexuel –qui exclut autant les femmes seules que les couples lesbiens– qui avait été antérieurement mis en place par les centres de PMA. Le couple est ainsi consacré comme une notion autonome à la fois en droit et en médecine, il est le destinataire des normes et le bénéficiaire des techniques de PMA (A). Toutefois, être en couple n'est pas suffisant

²³⁵ Article L. 2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique.

²³⁶ CCNE, *Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin)*, avis n°40, 17 décembre 1993.

²³⁷ Marie-Angèle HERMITTE, « De l'avortement aux procréations artificielles, la toute-puissance du projet parental », *Natures Sciences Sociétés*, EDP, vol.15, n°3, 2007, pp. 274-279.

²³⁸ Suisse, LPMA, article 3, 2, a et b.

²³⁹ Suisse, LPMA, article 3, 3.

pour accéder aux techniques de PMA dans la mesure où il convient que celui-ci soit composé d'un homme et d'une femme, autrement dit qu'il soit hétérosexuel (B).

A. L'existence du couple, comme condition d'accès à la PMA

73. Les techniques de PMA permettent de donner une certaine matérialité à la notion de couple, que ce soit en médecine ou en droit. Pourtant, « la notion de couple en tant qu'unité fonctionnelle de la reproduction »²⁴⁰ n'est pas plus « familière au médecin éduqué à considérer le malade en tant qu'individu »²⁴¹ qu'au droit qui appréhende l'individu comme une personne et le couple en fonction de sa forme juridique. Il s'agit alors de déterminer quelles formes de couples bénéficient des techniques de PMA (a), avant de s'intéresser à la portée de cette définition du couple comme destinataires des normes (b).

a. Définition du couple comme destinataire des normes de PMA

74. Si le couple est, en droit français et en droit suisse, le destinataire des normes en matière de PMA, il apparaît une nette différence. En effet, le droit français s'intéresse au couple indifféremment de sa forme juridique (1°) alors que le droit suisse fait de la forme juridique du couple un critère d'accès à certaines techniques de PMA (2°).

1°. En droit français, indifférence de la forme juridique du couple

75. « La notion de "couple" est probablement l'apport le plus neuf et le plus fort de la loi du 29 juillet 1994 sur l'assistance médicale à la procréation »²⁴². Le terme apparaît d'ailleurs en droit français majoritairement au sein des articles relatifs à la PMA dans le Code de la santé publique²⁴³ ou lorsqu'il s'agit de questions associées, comme le don de gamètes²⁴⁴, la recherche sur l'embryon²⁴⁵, la réalisation des diagnostics anténataux²⁴⁶ ou encore l'information des enfants nés de don en cas de découverte d'anomalie génétique²⁴⁷. Le couple est également cité concernant l'avortement volontaire ou médical mais de manière subsidiaire par rapport à la femme²⁴⁸ ou comme lieu de responsabilisation commun sur les questions sexuelles²⁴⁹. Le terme « couple » apparaît dans soixante-seize articles différents du Code de la santé publique²⁵⁰ alors qu'il n'est présent que dans trois articles du Code civil et uniquement en rapport avec les

²⁴⁰ Jean-Marie LEGAY, *L'interdisciplinarité dans les sciences de la vie*, Éditions Quæ « Indisciplines », 2006, pp. 39-44, « Chapitre 4 : La médecine de la reproduction : une médecine et des recherches inter- et pluridisciplinaires », spéc. p. 41.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249.

²⁴³ Voir not. les articles L. 2141-10, R. 2141-2, R. 2142-8, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-4, L. 2141-5, L. 2141-6, L. 2141-7, D. 4151-22, D. 4151-23, D. 4151-24 du Code de la santé publique.

²⁴⁴ Voir not. les articles L. 1244-2, L. 1244-6, L. 1244-7, L. 1273-3, L. 1273-6, L. 1517-13, L. 2141-9, L. 2162-6 du Code de la santé publique.

²⁴⁵ Voir not. l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique.

²⁴⁶ Voir not. les articles L. 2131-1, L. 2131-4, L. 2131-4-1 du Code de la santé publique.

²⁴⁷ Voir par exemple l'article L. 1131-1-2 du Code de la santé publique.

²⁴⁸ Voir par exemple les articles L. 2212-4 et L. 2213-1 du Code de la santé publique.

²⁴⁹ Voir par exemple l'article L. 2312-2 du Code de la santé publique.

²⁵⁰ Recherche effectuée sur Légifrance le 2 août 2015.

violences conjugales²⁵¹. Comme le relève Madame Sophie Paricard, « le terme "couple" [était] jusque là inusité dans le langage civiliste »²⁵². Pour Madame la professeure Dominique Fenouillet, il s'agit d'un nouveau modèle consacré par le droit de la santé²⁵³.

76. Le couple en droit de la PMA est défini à partir de ses membres, à savoir « l'homme et la femme formant le couple »²⁵⁴. Cette définition du couple est singulière en ce qu'elle fait référence aux membres du couple plutôt qu'à sa forme juridique. L'indifférence du droit de la PMA aux formes juridiques du couple (mariage, PaCS et concubinage) apparaît encore plus nettement à la suite de la suppression de la condition de stabilité de deux ans qui existait auparavant pour les couples non-mariés. Jusqu'à la révision de la loi de bioéthique en 2011, les couples souhaitant bénéficier d'une PMA devaient être « mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans »²⁵⁵. Autrement dit, les couples qui n'étaient pas mariés devaient prouver l'existence d'une vie commune stable. Cette condition, qui devait être remplie pour les couples de concubins et après 1999, également par les couples pacsés, avait été initialement posée pour deux raisons. D'abord, dans la mesure où la stérilité est définie en médecine par une absence de grossesse après deux ans de rapports sexuels non protégés, cette condition permettait de témoigner de l'infertilité du couple. À ce titre, elle aurait pu également être appliquée aux couples mariés qui n'auraient pas vécu auparavant en concubinage. Ensuite, cette durée de deux ans témoigne de la stabilité du couple alors que le mariage permet de passer outre ce critère. En 2011, lors de la révision des lois de bioéthique, ce délai a été supprimé²⁵⁶ pour introduire davantage de souplesse notamment lorsque la femme approche de ses 43 ans, c'est-à-dire de l'âge limite aux remboursements des actes médicaux associés. Le Conseil d'État s'était prononcé en faveur d'un assouplissement de cette condition de stabilité de deux ans et proposait de la supprimer pour les couples pacsés et de ne la laisser que pour les couples de concubins²⁵⁷. Cela aurait conduit à assimiler le mariage et le PaCS. Le législateur a, quant à lui, choisi d'assimiler l'ensemble des couples, mariés, pacsés ou concubins en supprimant le critère de stabilité.

77. Dès 1994, l'ensemble des couples qui répondent aux conditions d'accès à la PMA, qu'ils soient mariés ou concubins, ont accès à la PMA. Cette assimilation des couples en union libre à

²⁵¹ À savoir, les articles 515-9, 515-8 et 515-11 du Code civil.

²⁵² Sophie PARICARD, « Le consentement aux actes médicaux non thérapeutiques », pp. 103-117 in Anne LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, 2014, spéc. p. 110.

²⁵³ Dominique FENOUILLET, « Propos introductifs », pp. 1-26 in Dominique BUREAU, France DRUMMOND et Dominique FENOUILLET (dir.), *Droit et Morale. Aspects contemporains*, Dalloz, 2011, spéc. p. 25 : « la neutralisation morale du couple en droit civil s'accompagne de l'émergence d'un nouveau modèle de couple en matière de procréation, nouveau modèle consacré -et ce n'est certainement pas un hasard- par le Code de la santé publique (art. L. 2141-2) ».

²⁵⁴ Article L. 2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique.

²⁵⁵ Article L. 2141-2 du Code de la santé publique (ancienne version).

²⁵⁶ Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011, article 33.

²⁵⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois bioéthiques*, La documentation française, 2009, p. 51 : Le Conseil d'État propose de réécrire l'article L. 2141-2 du CSP de la sorte : « L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Ils doivent être mariés, liés par un pacte de civil de solidarité ou en mesure d'attester d'une vie commune d'au moins deux ans ».

ceux mariés est une innovation juridique qui s'explique aisément par les pratiques médicales antérieures. En effet, en dehors de tout encadrement spécifique, les médecins avaient défini eux-mêmes les pratiques de PMA et les critères de leur accessibilité. Ainsi, en 1994, si les couples en concubinage n'ont pas été privés d'accès aux techniques de PMA, c'est parce qu'ils y avaient accès depuis près de vingt ans. Il s'agit d'une « pratique médicale constante »²⁵⁸, dénoncée par certains professeurs de droit²⁵⁹. En effet, cette assimilation relèverait « de la nouvelle et contestable idéologie familiale, la neutralité du droit à l'égard des comportements familiaux : la loi n'a pas à donner de préférence au mariage »²⁶⁰. Au contraire, pour Monsieur le professeur Philippe Malaurie, « il n'y a pas d'équivalence entre les divers modèles familiaux. Il y en a un –la famille légitime–, meilleur que les autres »²⁶¹ et « la loi devrait, à [s]on sens, systématiquement favoriser la famille légitime fondée sur le mariage, la plus féconde parce que la plus stable, la plus éducative de la vie en commun et la mieux placée pour faire de l'enfant un homme »²⁶². La position adoptée par le législateur français est innovante en ce qu'elle consacre le couple comme notion juridique en faisant fi des formes juridiques existantes en droit civil. Cela tranche avec le droit suisse qui considère, comme cela se fait traditionnellement en droit, le couple en fonction de sa forme juridique.

2°. En droit suisse, accès différencié aux techniques de PMA selon la forme juridique du couple

78. Le droit suisse pourrait être perçu comme davantage conservateur en ce qu'il fait référence aux catégories juridiques du couple qui existent en droit civil pour encadrer l'accès aux techniques de PMA. En effet, la loi suisse relative à l'encadrement des techniques de PMA, appelée LPMA²⁶³, prend en compte les formes juridiques du couple et renvoie aux règles générales de la filiation. En particulier, les techniques de PMA sont réservées aux couples « à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des art. 252 à 263 du code civil) »²⁶⁴. À travers la référence au droit commun de la filiation, les règles sont différenciées selon le statut juridique du couple, marié ou non. Par la suite, il est explicitement précisé que « seul un couple marié peut recourir à un don de sperme »²⁶⁵. De manière classique en droit civil, le régime juridique diffère selon la forme du couple considéré. En l'espèce, les différentes formes juridiques du couple sont utilisées afin d'offrir plus de prérogatives aux couples mariés et spécialement de leur réserver le recours au don de sperme. Cette différenciation de l'accès aux

²⁵⁸ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ Philippe MALAURIE, « Couple, procréation et parenté (Colloque sur la notion juridique de couple, Reims, 20-21 juin 1997) », *D.*, 1998, p. 127 ; pour les actes du colloque dont l'article est issu, voir Clotilde BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, coll. Études Juridiques 1998.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), RS 810.11.

²⁶⁴ Suisse, LPMA, article 3, alinéa 2.

²⁶⁵ Suisse, LPMA, article 3, alinéa 3.

techniques selon la forme juridique du couple fait écho aux règles d'établissement de la filiation associées. Ainsi, la présomption de paternité nécessaire à l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de l'homme ne joue que dans le cadre du mariage : « l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari »²⁶⁶. Il a en outre été précisé que « le mari ne peut intentar l'action s'il a consenti à la conception par un tiers »²⁶⁷. Pareillement, en Allemagne, l'accès aux techniques de PMA est dépendant de la forme juridique du couple candidat. En effet, l'Ordre fédéral des médecins a publié des lignes directrices²⁶⁸ qui réservent l'accès aux techniques de PMA aux couples mariés²⁶⁹. À titre dérogatoire uniquement, un couple considéré comme stable par le médecin traitant de la femme peut avoir recours à la PMA²⁷⁰.

79. Dans une prise de position datant de 2013, la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (CNE) critique le fait que seul un couple marié puisse recourir à un don de sperme et recommande de manière unanime que soit autorisé le recours au don de sperme pour les couples hétérosexuels non mariés²⁷¹. Avant d'arriver à cette recommandation, la CNE met en avant « deux arguments [qui] montrent le caractère discutable de cette condition. D'une part, les couples non mariés peuvent faire preuve d'autant de stabilité que des couples mariés –on peut d'ailleurs difficilement apporter la preuve qu'un couple résistera à l'épreuve du temps, qu'il soit marié ou pas. D'autre part, la stabilité du couple ne garantit pas, à soi seule, le bien de l'enfant »²⁷².

80. Alors qu'en droit français, le couple est considéré comme une notion autonome indépendamment de sa forme, le droit suisse maintient des différences de régime quant à l'accès aux techniques de PMA selon la forme juridique du couple, en faisant référence aux règles de filiation différentes pour les couples mariés et les couples de concubins. Dans les deux cas, la notion de couple semble avoir une portée relativement limitée.

b. Portée limitée du couple comme titulaire d'un accès à la PMA

81. En droit français, le couple apparaît comme une figure juridique nouvelle dans le corpus juridique relatif à la PMA, il semble alors légitime de se demander s'il est pour autant titulaire de prérogatives propres (1°) dans la mesure où le consentement individuel de chaque membre du couple est toujours nécessaire aux différentes étapes de mise en œuvre de la PMA (2°).

²⁶⁶ Suisse, Article 255, 1 du Code civil.

²⁶⁷ Suisse, Article 256, 3 du Code civil.

²⁶⁸ Lignes directrices de l'Ordre fédéral des médecins sur la reproduction assistée (Réforme de 2006), en tant que définition de la norme médicale (professionnelle) actuelle), Deutsches Ärzteblatt 103 ; 2006 : p A 1392 – A 1403.

²⁶⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DIRECTEUR DE BIOETHIQUE, *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, CDB/INF (2005) 7 REV 2, p. 20 : « Les restrictions correspondent aux Lignes directrices de l'Association médicale allemande ».

²⁷⁰ SENAT, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, Les documents de travail du sénat, Série législation comparée, n° LC 193, Janvier 2009, p. 9.

²⁷¹ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 53.

²⁷² COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, pp. 38-39.

1°. Le couple, titulaire de prérogatives propres

82. Dans la mesure où le droit français considère le couple en matière de PMA comme une entité autonome, il pourrait être perçu comme titulaire de prérogatives spécifiques. Cela semble d'ailleurs apparaître à deux niveaux distincts : d'une part, ce serait le couple qui est titulaire d'un droit d'accès aux techniques de PMA et d'autre part, il est bien le destinataire des soins comme en témoigne l'existence du dossier médical commun.

83. Du point de vue de l'accès aux techniques de PMA, le couple émerge comme destinataire et titulaire de droits relatifs à la procréation, et en particulier d'un droit positif à la procréation. Ce droit d'accès des couples aux techniques de PMA peut être défini à la suite de l'arrêt rendu par la grande chambre de la CEDH dans l'affaire Dickson contre Royaume-Uni²⁷³. En l'espèce, un détenu et son épouse se voient refuser par les autorités britanniques l'accès à la PMA parce qu'il n'y aurait pas de preuve de circonstances exceptionnelles justifiant le recours à une insémination artificielle, que l'incarcération présente un caractère punitif et qu'une telle situation entraînerait *de facto* que l'enfant ne vivrait pas avec l'un de ses parents, ce qui semble contraire à son intérêt et à son bien-être matériel en particulier²⁷⁴. Pour conclure à une « violation de l'article 8 de la Convention »²⁷⁵ relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, la grande chambre apprécie d'abord l'applicabilité de l'article 8 de la Convention au cas d'espèce. En particulier, « la Cour estime que l'article 8 est applicable aux griefs des requérants en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne leur vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de leur décision de devenir parents génétique »²⁷⁶. Le couple apparaît ainsi comme ayant une existence juridique et des droits propres. Cette reconnaissance du couple comme titulaire d'un droit d'accès à la PMA est par ailleurs exprimée de manière plus explicite dans l'arrêt S. H. contre Autriche où la Cour reconnaît « que le droit des couples à procréer en faisant appel à la procréation médicalement assistée entre dans le champ d'application de l'article 8, pareil choix s'analysant manifestement en une forme d'exercice du droit à la vie privée et familiale »²⁷⁷. Ainsi, l'interprétation de l'article 8 de la Convention

²⁷³ CEDH, Dickson contre Royaume-Uni, Grande chambre, 4 décembre 2007, Requête n° 44362/04.

²⁷⁴ CEDH, Grande chambre, Dickson contre Royaume-Uni, 4 décembre 2007, Requête n° 44362/04, § 60 : « La politique se justifie par trois principes : la perte de la possibilité de concevoir des enfants fait partie intégrante de la privation de liberté et constitue une conséquence ordinaire de la détention ; la confiance du public dans le système pénitentiaire serait compromise si les éléments rétributifs et dissuasifs d'une peine étaient réduits à néant par le fait d'autoriser les détenus à concevoir des enfants (à ce dernier égard, la nature et la gravité du crime commis sont des éléments à prendre en compte) ; et l'absence inévitable d'un des parents et de son soutien, financier ou autre, pendant une longue période, entraîne des conséquences négatives pour l'enfant et pour la société dans son ensemble. Ce dernier point constitue en réalité une question complexe et controversée, ce qui met en exergue les raisons pour lesquelles les autorités de l'État sont les mieux placées pour procéder à cette appréciation. Il est légitime que l'État considère les implications pour tout enfant qui serait conçu, de sorte qu'un des buts de la politique consiste à limiter l'autorisation de recourir à l'insémination artificielle à ceux dont on peut estimer qu'ils ont une chance raisonnable de se retrouver à leur libération dans un cadre familial stable et de pouvoir jouer un rôle parental. En fait, l'État a l'obligation de garantir la protection effective et le bien-être moral et matériel des enfants ».

²⁷⁵ CEDH, Grande chambre, Dickson contre Royaume-Uni, 4 décembre 2007, Requête n° 44362/04, § 85.

²⁷⁶ CEDH, Grande chambre, Dickson contre Royaume-Uni, 4 décembre 2007, Requête n° 44362/04, § 66.

²⁷⁷ CEDH, arrêt S. H. et autres contre Autriche, 1er avril 2010, Requête n° 57813/00, § 60.

européenne des droits de l'homme permet de dégager un droit des couples à recourir à la PMA. Monsieur le professeur Jean-Pierre Marguénaud partage cette analyse puisque pour lui, « ce n'est plus du droit individuel au respect de la décision de devenir parent qu'il s'agit mais d'un droit à la procréation médicalement assistée reconnu, non pas à deux personnes ayant en commun projet parental, mais au couple en tant que tel »²⁷⁸.

84. En plus d'être une prérogative juridique, la mise en œuvre des techniques de PMA repose sur le couple qui est l'interlocuteur des équipes médicales. Cela apparaît nettement en droit français tant au niveau du dossier médical que des données à caractère personnel. Il est explicitement prévu que le dossier médical soit commun au couple et concerne indifféremment les deux membres de celui-ci : l'« équipe établit pour chaque couple un dossier médical commun »²⁷⁹. De la même manière, le couple est considéré comme ayant une identité propre et des données à caractère personnel. Les CECOS assurent ainsi le recueil et la conservation des données à caractère personnel des couples receveurs²⁸⁰. Par ailleurs, il est fait état de « l'identité du couple destinataire des gamètes »²⁸¹. Il apparaît ainsi que le couple dispose d'une existence et d'une identité propres, qui diffèrent de celles des deux individus qui le composent. L'identité du couple pourrait également impliquer un consentement du couple. Par exemple, il est prévu que « l'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception »²⁸². Il s'agit toutefois d'un abus de langage car d'autres dispositions démontrent clairement la nécessité du consentement individuel de chaque membre du couple, limitant ainsi la portée de la notion de couple.

2°. Des prérogatives subordonnées à un consentement individuel

85. La notion de couple, titulaire d'un droit d'accès aux techniques de PMA et d'une identité médicale propre n'a qu'une portée juridique limitée. En particulier, « le consentement du couple » est un leurre juridique et n'existe que lorsque les deux membres du couple ont exprimé des consentements individuels concordants. D'aucuns parlent à ce sujet d'« un principe de primauté du consensus conjugal »²⁸³. La nécessité du consentement individuel des deux

²⁷⁸ Jean-Pierre MARGUENAUD, « Le droit de recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », note sous CEDH, S. H. et autres c/ Autriche, 1er avr. 2010, *RTD Civ.*, 2010, p. 291.

²⁷⁹ Article R. 2142-8 alinéa 2 du Code de la santé publique.

²⁸⁰ Article L. 1244-6 du Code de la santé publique : « En application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, toute personne, autorité publique, service ou organisme, et notamment les centres d'études et de conservation des œufs et du sperme humains, qui recueille et conserve des données à caractère personnel relatives aux donneurs de gamètes ou d'embryons, aux couples receveurs ou aux personnes issues des techniques d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur est soumis au contrôle de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ».

²⁸¹ Article R. 1211-27 3° du Code de la santé publique.

²⁸² Article L. 2141-6 al. 2 du Code de la santé publique.

²⁸³ Catherine TAGLIONE, « La protection des acteurs de l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthiques », *Les Petites affiches*, 1^{er} juil. 2003, n°130, p. 4 : « Ce principe de primauté du consensus conjugal matérialité par la nécessité d'obtenir le consentement concordant de chacun des époux ou des concubins ».

membres du couple existe aussi bien dans les dispositions du droit français et du droit suisse que dans la jurisprudence de la CEDH.

86. En droit français, le consentement des deux membres du couple est nécessaire pour la réalisation des actes de PMA, des diagnostics anténataux ou encore concernant le sort des embryons surnuméraires. Il est ainsi prévu que « les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic »²⁸⁴ ou encore que « la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme » fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons²⁸⁵. Le choix opéré par le législateur français en 1994, et réitéré en 2004 et 2011, fait écho aux dispositions du droit suisse.

87. En droit suisse, le consentement des deux membres du couple est également un préalable à la mise en œuvre des techniques de PMA. Cela s'explique par le fait qu'il s'agisse d'un acte médical et « comme pour tout acte médical, l'aide à la procréation nécessite le consentement de la personne sur laquelle le médecin intervient »²⁸⁶. Madame la professeure Dominique Manai explique toutefois que « cette intervention dépasse la relation singulière patient – médecin, car elle met en jeu le conjoint ou le partenaire et cette intervention a pour but de donner naissance à un enfant. C'est pourquoi le futur père doit aussi donner son consentement »²⁸⁷. Le couple doit en droit suisse comme en droit français consentir à la PMA et ce consentement du couple est en fait la somme de deux consentements individuels qui répondent à des logiques propres (acte médical et lien de parenté).

88. La CEDH a également pu apprécier au regard de la Convention européenne des droits de l'homme l'importance d'un consentement individuel à l'utilisation de ses gamètes. Dans l'affaire *Evans contre Royaume Uni*²⁸⁸, elle a jugé conforme à la CESDH le refus opposé par l'État membre à une femme de mettre en œuvre une PMA en l'absence du consentement de l'homme à l'utilisation de ses gamètes. En particulier, il s'agissait de juger s'il était possible de détruire des embryons à la suite du retrait du consentement d'un homme à l'utilisation de ses gamètes, alors que la femme ayant subi une ablation des ovaires ne disposait que de ces embryons pour espérer devenir la mère génétique d'un enfant. Au regard de législation britannique, c'est-à-dire la loi de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaine, le *Human fertilisation and Embryology Act*, le consentement des deux personnes dont les gamètes sont utilisées est nécessaire jusqu'au jour de l'implantation de l'embryon ou de son utilisation à des fins de recherche. En l'espèce, le retrait du consentement de son ancien compagnon prive la femme d'un enfant qui lui soit génétiquement affilié. Elle invoque au soutien de sa requête une violation conjointe des articles 2 (droit à la vie), 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 14

²⁸⁴ Article L. 2131-4 al. 5 du Code de la santé publique.

²⁸⁵ Article L. 2141-2 du Code de la santé publique.

²⁸⁶ Dominique MANAI, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Stämpfli Editions SA Berne, 2e éd., 2013, p. 327.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ CEDH, Grande chambre, *Evans contre Royaume-Uni*, 10 avril 2007, requête n°6339/05.

(principe de non-discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme. La grande chambre juge dans le même sens que la 4^e section²⁸⁹, et en particulier, pour elle, le fait que « la loi anglaise, qui reconnaît à chacun des participants à une FIV le droit de retirer son consentement à tout moment avant l'implantation, n'excède pas la marge d'appréciation que l'absence de consensus européen en la matière conduit à laisser aux États ». La Cour déduit toutefois de l'article 8 de la CESDH un droit au respect de la décision de devenir – ou non – parent²⁹⁰.

89. Sur cette question précisément, il y a, en droit français, un paradoxe dans la nécessité du consentement individuel de chaque membre du couple à l'utilisation de ses gamètes. En effet, en cas de décès d'un des membres du couple, l'insémination *post mortem* est exclue. Il est néanmoins possible que l'embryon soit cédé à un autre couple, destiné à la recherche ou détruit²⁹¹. Certains auteurs n'ont pas manqué de relever l'incohérence de ces dispositions puisqu'un consentement peut aussi bien conduire à la destruction de l'embryon que lui permettre de se développer au sein d'un couple auquel il est entièrement étranger. Madame la professeure Florence Bellivier et Monsieur le professeur Pierre Egéa proposent alors comme élément de rationalisation qu'un consentement suffise lorsque l'embryon est voué à la destruction mais que les deux soient nécessaires lorsque les gamètes serviront de base au patrimoine génétique d'un individu²⁹². Cette proposition conduirait à vouer à la destruction ou à la recherche les embryons lorsqu'un des membres du couple est décédé. L'explication de ce paradoxe concernant la force des consentements²⁹³ réside *in fine* dans la conception du couple et de la famille que le législateur a souhaité imposer comme norme pour permettre le développement de l'embryon : deux parents sont nécessaires et cette garantie est apportée par le couple receveur, au contraire du couple dont l'un des membres est décédé. La PMA révèle la normativité de l'environnement familial que ses modalités de mise en œuvre actuelles façonnent²⁹⁴.

²⁸⁹ CEDH, 4^e section, Evans contre Royaume-Uni, 7 mars 2006, requête n°6339/05 : la saisine de la Cour avait eu un effet quasi-suspensif mais au fond, la requête avait été rejetée par la chambre.

²⁹⁰ CEDH, Grande chambre, Evans c. Royaume Uni, 10 avril 2007, requête n°6339/05, §61 : l'article 8 recouvre « le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent ».

²⁹¹ Article L. 2141-4 II du Code de la santé publique.

²⁹² Florence BELLIVIER et Pierre EGÉA, *L'être humain sans qualités*, pp. 121-133 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006, spéc. p. 125 : « Ensuite, comment expliquer que l'on interdise le transfert d'embryon post mortem, autrement dit qu'on interdise à un seul consentement de produire effet, alors qu'il suffit d'un seul consentement, en cas de décès d'un des membres du couple, pour donner l'embryon à la recherche ou à un autre couple ? À l'extrême limite, on pourrait, si l'on veut trouver une cohérence entre ces exigences différentes, estimer que tant qu'à instrumentaliser, il serait acceptable qu'un seul consentement soit nécessaire pour détruire, alors que deux seraient indispensables pour faire vivre ».

²⁹³ Pierre EGÉA, *Liberté et consentement : les formes de la volonté dans le droit de la bioéthique*, pp. 135-150 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006, spéc. p. 149 : « L'expression de la volonté d'une personne n'est qu'à demi-forte. Elle l'est assez pour légitimer les choix concernant l'embryon, elle ne l'est pas assez pour constituer un projet ».

²⁹⁴ CCNE, *Réexamen des lois de bioéthique*, avis n° 60, 25 juin 1998 : « Les conditions de l'accès à l'assistance médicale à la procréation sont fondées sur un choix de société à savoir l'intérêt de l'enfant à naître et à se développer dans une famille constituée d'un couple hétérosexuel ».

90. En droit français, le couple peut accéder aux techniques reproductives indifféremment de sa forme juridique alors qu'en droit suisse, le droit de la filiation sert à justifier les différences entre les couples mariés et les couples de concubins. *In fine*, cela conduit toutefois à la même conséquence, à savoir réserver l'accès aux techniques de PMA aux seuls couples hétérosexuels. Un réel clivage est mis en place entre les couples qui sont conformes à la définition du corpus relatif à la PMA et toutes les autres situations, que Madame la professeure Françoise Dekeuwer-Defossez qualifie, par opposition, de « non-couple », et qui renvoient aussi bien aux personnes célibataires avec enfant qu'à celles en unions polygamiques ou encore en couples homosexuels²⁹⁵.

B. L'hétérosexualité du couple, comme condition d'accès à la PMA

91. L'hétérosexualité du couple est une condition d'accès à la PMA innommée, elle est pourtant structurante et donne un « caractère normatif accusé »²⁹⁶ à la notion de couple : en effet, « la loi française privilégie un modèle hétérosexuel classique de la famille »²⁹⁷, « au plus proche d'un modèle familial tranquille et respectable »²⁹⁸. Ce constat est transposable au droit suisse même si les moyens de garantir l'hétérosexualité du couple bénéficiaire des techniques de PMA sont différents. Quels que soient les fondements de la limitation de l'accès à la PMA aux couples hétérosexuels (a), cela conduit *de facto* à exclure les projets parentaux des femmes célibataires et des couples lesbiens du bénéfice des techniques de PMA (b).

a. Les fondements d'un accès limité au couple hétérosexuel

92. L'hétérosexualité du couple n'apparaît pas en tant que telle comme une condition d'accès à la PMA en France : ni le substantif, ni l'adjectif n'est inscrit dans le Code de la santé publique, ni même dans le Code civil. Il en est de même en Suisse. Cela s'explique par le fait que l'hétérosexualité n'est pas un concept juridique, contrairement à l'orientation sexuelle, qui est utilisée en droit de la non-discrimination –et apparaît à ce titre en droit français, notamment dans le Code pénal²⁹⁹ et le Code du travail³⁰⁰. Pour imposer l'hétérosexualité du couple comme condition d'accès, le droit français fait référence à une définition biologique du couple, fondée sur l'altérité sexuelle (1°) tandis que le droit suisse se réfère aux règles d'établissement de la filiation (2°).

²⁹⁵ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ Bertrand PULMAN, *Mille et une façons de faire les enfants. La révolution des méthodes de procréation*, Calmann-Lévy, 2010, p. 99.

²⁹⁸ Christian BYK, « Bioéthique et (r)évolution du droit de la famille », *JCP G.*, n° 44, 27 oct. 2004, act. 539 : « À leur rencontre, la bioéthique ne conduit pas forcément à un nouveau droit de la famille fondé sur la toute puissance de la biologie et du savoir-faire de l'homme mais elle en légitime ce qui semble socialement accepté en l'insérant, au plan juridique, au plus proche d'un modèle familial tranquille et respectable ».

²⁹⁹ Voir not. l'article 132-77 du Code pénal relatif aux circonstances aggravantes et l'article 225-1 relatif aux discriminations.

³⁰⁰ Voir not. les articles L1132-1, L1132-3-2 du Code du travail relatif au principe de non-discrimination.

1°. En France, consécration de l'hétérosexualité par l'altérité sexuelle

93. En droit français, l'hétérosexualité est consacrée comme un modèle dominant par le biais de la complémentarité des sexes. La rhétorique de la complémentarité des sexes permet d'exclure tout caractère discriminatoire à ces conditions. Ainsi, « ce n'est pas en tant qu'hétérosexuels que les couples ont accès à l'AMP mais parce qu'ils sont dans une situation permettant objectivement la procréation »³⁰¹ ou encore « la loi ne réserve pas l'accès à l'AMP aux couples hétérosexuels mais aux couples formés d'un homme et d'une femme »³⁰². Madame Aude Mirkovic différencie alors deux éléments, un objectif, à savoir l'identité sexuelle des individus d'un autre, de nature subjective, leur orientation sexuelle³⁰³. Si l'identité sexuelle, autrement dit le sexe, est effectivement une notion juridique, l'altérité sexuelle au sein du couple n'en est pas une. Le malentendu initial provient à notre sens de l'absence de définition du couple. En effet, un couple n'est pas réduit à deux individus mais correspond à deux individus impliqués dans une vie commune, affective et sexuelle. C'est pourquoi, l'altérité sexuelle du couple renvoie nécessairement à l'orientation sexuelle des individus quand bien même celle-ci ne serait pas figée. Prenons l'exemple d'un couple formé d'un homme et d'une femme, tous les deux homosexuels et peut-être même engagés par ailleurs respectivement dans une relation stable³⁰⁴. Ils ne pourront pas avoir accès à la PMA, sauf à mentir sur la nature de leur relation et même si l'un des deux présente une forme de stérilité car il ne s'agit pas d'un couple au sens des dispositions relatives à la PMA.

Le détour argumentatif par la complémentarité des sexes ou l'altérité sexuelle plutôt que l'hétérosexualité ne retire rien au caractère naturaliste sous-jacent au modèle familial retenu. En effet, il s'agit bien sous couvert de réparer la nature de limiter l'accès à la PMA à des couples qui ont l'apparence d'un couple fertile. En droit français, « il est exclu d'admettre des infertilités liées à l'orientation sexuelle ou à des choix de vie »³⁰⁵.

Juridiquement, il est possible de consacrer l'hétérosexualité du couple candidat à la PMA autrement que par l'altérité sexuelle et la mention de l'homme et de la femme formant le couple. C'est notamment le parti pris de la législation suisse relative à la PMA qui, sans mentionner non plus l'hétérosexualité en tant que telle, permet de réserver le bénéfice des techniques de PMA aux couples hétérosexuels.

³⁰¹ Aude MIRKOVIC, « Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et la filiation », *Droit de la famille*, n°9, sept. 2010, étude 21.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ. 9 mars 1994, n° 92-16774, note J. MASSIP, *Petites affiches*, 28 sept. 1994, n° 116, p. 21 et Evelyne MONTEIRO, « Exercice de l'autorité parentale et insémination artificielle entre parents homosexuels », *D.*, 1995, p. 197.

³⁰⁵ Laurence BRUNET, « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS*, n°5, sept.-oct. 2012, p. 829.

2°. En Suisse, consécration de l'hétérosexualité par la filiation

94. En droit suisse, les techniques de PMA sont réservées aux couples hétérosexuels par le biais d'une référence explicite au droit commun de la filiation³⁰⁶. Comme l'explique Madame la professeure Dominique Manai, en Suisse, « la procréation médicalement assistée est réservée aux couples à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi, soit par le mariage avec la mère, soit par reconnaissance, soit par une action en paternité (art. 3 al. 2 1 et a LPMA et art. 252 à 263 du Code civil suisse) »³⁰⁷. La lecture combinée des dispositions relatives aux techniques de PMA et celles relatives à l'établissement de la filiation implique *de facto* un bénéfice exclusif des techniques de PMA aux couples hétérosexuels.

Comme cela apparaît explicitement dans le Message adressé par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale de 1996, les arguments sous-jacents sont d'ordre naturaliste : « la nature veut que chaque enfant ait un père et une mère. Ces personnes ont une importance spécifique pour le développement de l'enfant et sont en général considérées juridiquement comme ses parents. Ces principes fondamentaux de la nature humaine doivent être envisagées uniquement pour des couples hétérosexuels, dont les membres entendent assumer ensemble la responsabilité parentale »³⁰⁸. Cette position est réitérée en 2002 dans le message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe où il apparaît que « la nature veut que chaque enfant ait un père et une mère qui jouent un rôle important dans son développement »³⁰⁹.

95. Ainsi, l'hétérosexualité peut être consacrée en référence à l'altérité sexuelle du couple, comme en droit français ou en référence indirecte à la nature, à travers le droit commun de la filiation, comme c'est le cas en Suisse. Les techniques de PMA sont réservées aux seuls couples hétérosexuels dans d'autres législations, comme en Allemagne³¹⁰ ou en Italie³¹¹. La consécration du couple comme condition d'accès explicite aux techniques de PMA conduit à l'exclusion des personnes célibataires tandis que la consécration de l'hétérosexualité du couple implique une éviction des personnes homosexuelles. *In fine*, ce sont toutes les femmes qui sont célibataires ou en couples lesbiens qui ne peuvent pas bénéficier de la PMA.

³⁰⁶ Suisse, LPMA, art. 3 al. 2 : « les techniques de PMA sont réservées aux couples : a. à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des art. 252 à 263 du code civil) ».

³⁰⁷ Dominique MANAI, *op. cit.*, p. 326.

³⁰⁸ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une protection respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996, 96.058, FF 1996 III 197, pp. 243-244.

³⁰⁹ Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, du 29 novembre 2002, 02.090, FF 2003 1192, p. 1222.

³¹⁰ En Allemagne, les directives de l'Ordre fédéral des médecins précisent que les techniques de PMA sont en principe réservées aux couples mariés. Néanmoins, le médecin traitant peut estimer qu'un couple stable non marié peut en obtenir le bénéfice. Dans ce cas, les conditions requises sont à la fois la stabilité et l'hétérosexualité du couple.

³¹¹ SENAT, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, Les documents de travail du sénat, Série législation comparée, n° LC 193, janvier 2009.

b. Les fondements de l'exclusion des femmes célibataires et homosexuelles

96. Le modèle naturaliste de la famille sur lequel repose le régime juridique actuel excluant les femmes sans partenaire masculin (1°) est progressivement remis en cause par les prises de position de certaines instances consultatives qui se prononcent, aussi bien en France qu'en Suisse, en faveur de l'ouverture de l'accès à la PMA à toutes les femmes (2°).

1°. *La crainte de faire naître des enfants sans père*

97. L'exclusion des femmes célibataires et des femmes seules du bénéfice des techniques de PMA est justifiée en des termes différents en France et en Suisse. En effet, le droit suisse est construit sur des références implicites à la nature comme cela ressort clairement de plusieurs passages du Message de 1996³¹². Comme l'explique la CNE dans sa prise de position de 2013, aux quatre valeurs normatives identifiées dans la LPMA, il convient d'ajouter « une cinquième valeur, celle de "nature" et de "naturel", [qui] ne figure pas explicitement dans les principes énoncés, mais [qui] joue un rôle important dans le Message (1996, p. 247s) et la logique de la LPMA (art. 2 al. a), puisqu'elle en conditionne la structure, justifie ses limitations et ses interdictions, et éclaire certaines de ses orientations »³¹³.

98. Moins explicite en droit français, le naturalisme du droit de la PMA n'est pourtant pas absent tant le modèle de la famille traditionnelle y est également consacré. Néanmoins, en France, il apparaît que c'est la figure du père qui est centrale pour justifier le refus d'ouvrir la PMA aux couples lesbiens ou aux femmes célibataires. De manière assez significative, lorsque l'Académie de médecine s'intéresse à l'ouverture de la PMA à toutes les femmes, elle les désigne de manière négative comme des « femmes sans partenaire masculin »³¹⁴ ou se demande encore s'il faut « aider des femmes à devenir mère grâce à une AMP quand elles n'ont pas de partenaire masculin »³¹⁵. Le prisme adopté par l'Académie de médecine fait écho aux prises de positions antérieures du Conseil d'État sur cette question, qui explique, à propos de l'« accès des femmes vivant seules à l'assistance médicale à la procréation »³¹⁶, « que le choix fait par le législateur en 1994 et en 2004 repose sur l'idée qu'il n'est pas souhaitable de permettre le recours à l'assistance médicale à la procréation pour faire naître des enfants sans ascendance paternelle »³¹⁷. Contrairement à l'adoption par une personne célibataire, « pour la procréation médicalement assistée, il s'agirait de "créer" délibérément un enfant sans père »³¹⁸. Le Conseil

³¹² Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une protection respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996, 96.058, FF 1996 III 197, not. pp. 247 et s.

³¹³ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 19.

³¹⁴ Pierre JOUANNET *et al.*, *Ouverture de l'Assistance médicale à la procréation avec sperme de donneur (AMPD) à des indications non médicales*, Académie de médecine, 27 mai 2014, pp. 2, 4, 6, 11-12.

³¹⁵ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 19.

³¹⁶ Pierre JOUANNET *et al.*, *op. cit.*, p. 10.

³¹⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, La documentation française, Paris, 2009, p. 49.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ *Ibid.*

d'État, s'il reconnaît l'existence de familles homoparentales, ne semble pas en mesure de se prononcer dans la mesure où il n'est pas possible, en 2009, d'établir un lien de filiation à l'égard de deux parents de même sexe. En revanche, il se prononce en faveur d'une acceptation du transfert d'embryon *post mortem*³¹⁹, même s'il exprime également une même crainte « d'admettre la conception médicalement assistée d'un enfant sans ascendance masculine »³²⁰. En l'état actuel, l'insémination *post mortem* semble être mieux acceptée que l'ouverture de la PMA aux couples de femmes ou aux femmes célibataires, alors que permettre à la femme survivante de poursuivre le projet parental qu'elle avait avec son mari ou compagnon revient à permettre l'accès à la PMA d'une femme seule. Aussi paradoxal que cela soit, « pour le juge administratif suprême, il est préférable de naître avec un père mort que d'être élevé par deux parents vivants, mais du même sexe »³²¹.

Ce refus d'ouvrir l'accès à la procréation aux femmes, seules ou en couple, relève d'une discrimination liée au sexe plutôt qu'à l'orientation sexuelle et s'inscrit dans un cadre plus large de la domination masculine à l'égard des femmes³²². Le refus de voir des femmes, seules ou en couple, élever des enfants est d'autant plus surprenant qu'aujourd'hui, en France, plus de 84% des familles monoparentales sont en fait des mères seules avec enfants³²³. Ainsi, les femmes qui assument de fait une grande partie de l'éducation des enfants se voient privées d'accès aux techniques de PMA. En outre, certaines études semblent montrer que le choix de recourir à un don de sperme pour des femmes seules et hétérosexuelles est motivé par le vieillissement et qu'elles auraient préféré avoir cet enfant en étant en relation avec un homme³²⁴.

Le conditionnement de l'accès aux techniques de PMA –et au don de sperme en particulier – au statut conjugal de la femme ne pourrait-il pas être qualifié de rupture d'égalité ? Dans la décision rendue à propos de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, les juges constitutionnels répondent à cette interrogation et estiment « 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 ; que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit »³²⁵.

³¹⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *op.cit.*, pp. 48-51.

³²⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 50.

³²¹ Alexandre JAUNAIT, « Irène Théry, Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don, Éditions de l'EHESS, Paris, 2010, 309 pages », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, pp. 232-240, spéc. p. 233.

³²² Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Seuil, Points, Essais, 1998.

³²³ INSEE, enquêtes annuelles de recensement de 2004 à 2007 ; ce qui correspond à soit 1 486 sur 1 758 milliers.

³²⁴ Voir not. concernant le Danemark, Marie ENGHOLM-FREDERIKSEN *et al.*, "Solo mother by donor – the plan B of motherhood. A perspective on person-centered reproductive medicine", *International Journal of Person Centered Medicine*, dec. 2011, vol. 1, n° 4, pp. 800-807.

³²⁵ Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, n°2013-669 DC, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », cons. 44.

2°. Vers une ouverture de la PMA à toutes les femmes

99. Toutefois, la situation pourrait évoluer : la France et la Suisse rejoindraient alors les nombreux autres pays européens qui permettent aux femmes, en couples lesbiens et/ou célibataires d'accéder aux techniques de PMA. En Espagne par exemple, la législation permet à toute femme d'« être réceptrice ou usagère des techniques régulées par la présente loi, pourvu qu'elle ait consenti à leur utilisation de manière libre, consciente, expresse et par écrit »³²⁶. Cette vision de la PMA relève de la logique de la « femme-famille »³²⁷. Il s'agirait en particulier de l'expression « d'une autre continuité de représentation "naturelle", celle de la maternité assimilée à la gestation, de la "reproduction sans mâle identifié" qui intégrerait à la fois la tradition catholique de la "mère fécondée sans péché" et une distanciation féministe vis-à-vis de la norme hétérosexuelle de reproduction »³²⁸. L'accès aux techniques de PMA est également permis aux femmes, en couples homosexuels ou seules depuis de nombreuses années en Belgique³²⁹, aux Pays-Bas³³⁰ et au Royaume-Uni³³¹ tandis qu'au Danemark³³², cela est plus récent. Avant 2006, la loi initiale sur la fécondation artificielle, adoptée en 1997, réservait le bénéfice des techniques d'assistance médicale à la procréation aux femmes mariées ou vivant au sein de couples hétérosexuels stables³³³. En Belgique, l'ouverture des techniques de PMA aux femmes seules ou en couple passe par la consécration de la notion de projet parental. La loi belge définit ainsi l'« auteur du projet parental »³³⁴ comme « toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons »³³⁵. Particulièrement ouverte, cette définition ne réduit nullement les conditions d'accès aux techniques de PMA et, au

³²⁶ Espagne, Loi 35/1988 sur les techniques de procréation assistée, 22 nov. 1988, modifiée par la Loi 45/2003 du 21 novembre 2003, Journal officiel, n°282, 24 nov. 1988 et n° 280 du 22 nov. 2003.

³²⁷ Louis ASSIER-ANDRIEU (collab. Yolande BODOQUE-PUERTA, Montserrat JUAN-JEREZ, Jordi ROCA I GIRONA), « Espagne : politique, science et droit naturel. Esquisse d'une révolution dans la normativité familiale », pp. 83-119 in Louis ASSIER-ANDRIEU, Jacques COMMAILLE (eds), *Politique des lois en Europe*. La filiation comme modèle de comparaison, LGDJ, 1995, spéc. pp. 106 et s.

³²⁸ Laurence TAIN, « Corps reproducteur et techniques procréatives : images, brouillages, montages et remue-ménage », *Cahiers du Genre*, 1/2003 (n° 34), p. 171-192, spéc. p. 188.

³²⁹ Belgique, Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, voir not. Art. 6 : « Si le centre de fécondation consulté décide de donner suite à la demande de procréation médicalement assistée, il vérifie pour les cas où cela s'indique, préalablement à la signature de la convention visée à l'article 7, que les causes de la stérilité, de l'infertilité ou de l'hypofertilité de la demandeuse ou du couple demandeur ont été déterminées et traitées conformément aux données acquises de la science et aux usages de la profession. »

³³⁰ Pays-Bas, Embryowet, 20 juin 2002 et directives de la Société néerlandaise d'obstétrique et de gynécologie, **date**.

³³¹ Royaume-Uni, Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

³³² Danemark, Loi n°460 du 10 juin 1997 sur la procréation médicalement assistée dans le cadre d'un traitement médical, d'un diagnostic, d'une recherche, etc. ; COMITE D'ETHIQUE DU DANEMARK, « Denmark, Assisted Reproduction 1997 », *Journal international de bioéthique*, 1999, n°1-2, pp. 93-97.

³³³ CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DIRECTEUR DE BIOETHIQUE, *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, CDB/INF (2005) 7 REV 2, p. 19 : « Il n'y a pas de restrictions à l'accès à la procréation médicalement assistée, ni pour les couples hétérosexuels, ni pour les femmes célibataires ».

³³⁴ Belgique, Loi du 6 Juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, (M.B. 17/07/2007), Définitions, Art. 2, entrée « f) auteur du projet parental ».

³³⁵ Ibidem.

contraire, l'auteur peut être une personne célibataire ou un couple³³⁶ et le projet parental peut être actuel ou à venir³³⁷. En outre, aucune mention de l'orientation sexuelle de l'auteur du projet parental n'est faite ; en revanche, au niveau de chaque centre a lieu une sélection qui peut mettre en jeu ce critère : certains centres acceptent des demandes émanant de couples homosexuels et d'autres leur refusent l'accès aux techniques de PMA³³⁸. Toutefois, lorsque le centre de fécondation refuse d'accéder à une demande de PMA, il doit préciser par écrit les raisons médicales du refus ou invoquer la clause de conscience³³⁹. Le cadre législatif belge reprend à son compte l'ensemble des pratiques qui existait avant l'adoption de la loi relative à la PMA et qui permettait à toutes les femmes d'avoir accès à la PMA indépendamment de leur statut juridique. Depuis 1992, le code de déontologie médicale belge précisait que les destinataires de l'information médicale sont aussi bien les « personnes » que « les couples qui désirent recourir à une procréation assistée » tandis qu'en 1975, les destinataires désignés dans le code de déontologie médicale belge étaient uniquement « la femme et son mari »³⁴⁰.

100. Cette présentation rapide de quelques législations européennes sur le sujet, mis en perspective avec le droit français et le droit suisse, montre que la notion de projet parental ne permet pas en elle-même de déterminer les personnes pouvant bénéficier des techniques de PMA. Par exemple, au Danemark, alors qu'il n'est pas fait mention du projet parental, toutes les femmes ont accès aux techniques de PMA. Au contraire, en France et en Suisse, le projet parental est actuellement assimilé au couple hétérosexuel et exclut *de facto* les femmes seules ou en couple. Ces contours du projet parental pourraient être remis en question. En effet, l'ouverture de l'accès aux méthodes de PMA aux couples lesbiens et aux femmes célibataires est discutée à la fois en Suisse et en France.

101. En Suisse, la CNE recommande l'autorisation du don de sperme pour les couples de même sexe et les personnes seules³⁴¹. En particulier, « elle considère que les limitations actuelles sont discriminatoires »³⁴² et « refuse l'argument de la normativité de la nature à cause de son

³³⁶ Par exemple, les dispositions de l'article 7 de la Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe (L.C. 2004, ch. 2) nomment indifféremment « le ou les auteurs du projet parental ».

³³⁷ Dans le texte de loi belge concernant la procréation assistée et la recherche connexe (L.C. 2004, ch. 2) la différence est bien marquée entre les différents projets parentaux, chaque embryon semblant répondre à un projet parental propre. Ainsi, l'article 10 dispose que « Les embryons surnuméraires peuvent être cryoconservés en vue de la réalisation du projet parental ou d'un projet parental ultérieur ».

³³⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DIRECTEUR DE BIOETHIQUE, *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, CDB/INF (2005) 7 REV 2, p. 19 : « Chaque centre est libre d'accepter ou de refuser des demandes de couples homosexuels ».

³³⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DIRECTEUR DE BIOETHIQUE, *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, CDB/INF (2005) 7 REV 2, p. 22 : « Il n'y a pas de restrictions légales à l'accès à la procréation médicalement assistée. Toutefois, la loi de 2007 précise que les centres de fécondation peuvent refuser par écrit de donner suite à une demande de PMA, en précisant soit les raisons médicales, soit en invoquant la clause de conscience ».

³⁴⁰ SENAT, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, Les documents de travail du sénat, série législation comparée, n° LC 193, Janvier 2009, pp. 11-12.

³⁴¹ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 53, « recommandation n°5 ».

³⁴² *Ibidem*.

caractère fortement problématique ; en outre, elle souligne que les concepts de "nature" et de "naturel" sont construits culturellement »³⁴³. La CNE arrive à cette recommandation après avoir mis en exergue le fait que l'union entre deux personnes de même sexe est reconnue en Suisse depuis 2004³⁴⁴ avec l'adoption du partenariat enregistré entre personnes du même sexe³⁴⁵. La CNE explique ensuite qu'« il est concevable de mettre à disposition de ces personnes qui le demandent des méthodes pouvant leur permettre d'exercer effectivement cette liberté. Cela se justifierait au nom de la liberté personnelle et du principe de non-discrimination compte tenu de la liberté accordée aux couples hétérosexuels »³⁴⁶. Du point de vue de la filiation, la CNE propose d'étendre le dispositif existant aujourd'hui pour les couples mariés qui recourent à un don de sperme³⁴⁷.

102. En France, le HCEf/h³⁴⁸ et le Défenseur des droits³⁴⁹ se sont exprimés, dans des termes assez proches, en faveur de l'ouverture des techniques de PMA à toutes les femmes sans discrimination. En particulier, le Défenseur des droits précise que « c'est sous l'angle de l'égalité d'accès à une technique médicale entre toutes les femmes qu'[il] appelle désormais à envisager la question de la PMA »³⁵⁰. Pour lui, « le fait que la PMA ne soit accessible aux femmes que si le projet parental est construit avec un homme, constitue (...) une inégalité, d'une part, entre femmes en couples hétérosexuels et femmes en couples homosexuels et, d'autre part, entre femmes célibataires et femmes en couple »³⁵¹. La question de l'établissement de la filiation est envisagée très succinctement même s'il est certain que « l'ouverture de la PMA à toutes les femmes devra être accompagnée d'une réflexion sur les modalités de filiation concernant la mère d'intention »³⁵² dans la mesure où « plusieurs options sont possibles : présomption de maternité, déclaration de maternité, déclaration commune anticipée »³⁵³. Quant au HCEf/h, il recommande d'« étendre l'accès à la PMA à toutes les femmes sans discrimination », d'« instaurer la possibilité d'une "déclaration commune anticipée de filiation" pour tous les couples ayant recours à une PMA », reprenant ainsi directement une des propositions du rapport Théry-Leroy³⁵⁴, et d'« aligner la prise en charge financière des actes de PMA pour les

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 29.

³⁴⁵ Suisse, LPart, 18 juin 2004, RS 810.21.

³⁴⁶ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op.cit.*, pp. 29-30.

³⁴⁷ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 39 « En outre, étant donné que dans un couple marié qui recourt à une PMA avec don de sperme hétérologue, l'homme devient père seulement en vertu du fait qu'il est le mari de la femme, autrement dit par le biais d'un artifice juridique, le législateur pourrait utiliser ce même artifice pour déterminer la parenté de la femme qui vit en couple avec la mère fécondée grâce au don de sperme d'un tiers ». Pour cela, il faudrait que le partenariat enregistré et la LPart soient modifiés pour en faire « une institution juridique aussi clairement définie que le mariage ».

³⁴⁸ HCEf/h, *Contribution au débat sur l'accès à la PMA*, avis n°2015-07-01-SAN-17 adopté le 26 mai 2015.

³⁴⁹ DEFENSEUR DES DROITS, Avis n°15-18, 3 juillet 2015.

³⁵⁰ DEFENSEUR DES DROITS, *op.cit.* p. 5.

³⁵¹ DEFENSEUR DES DROITS, *op.cit.* p. 6.

³⁵² DEFENSEUR DES DROITS, *op.cit.* p. 7.

³⁵³ *Ibidem.*

³⁵⁴ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, 2014.

couples de femmes et les femmes célibataires sur les modalités de prise en charge prévues pour les couples hétérosexuels »³⁵⁵. Ces prises de position tranchent avec la réserve du CCNE qui n'a toujours pas rendu d'avis depuis qu'il s'est autosaisi de cette question début 2013 tandis que l'Académie de médecine conclut son avis en soulignant le fait que « si la pratique de l'AMPD³⁵⁶ pour les femmes seules ou homosexuelles n'a pas d'indication médicale, il n'y a pas non plus de contre-indication médicale à cette pratique »³⁵⁷.

103. Les législations française et suisse, reposant toutes les deux sur un modèle naturaliste, excluent du bénéfice des techniques de PMA les femmes seules ou en couples lesbiens. Elles convergent d'autant plus vers un modèle familial traditionnel qui perpétue les inégalités entre les femmes et les hommes que les autres conditions d'accès aux techniques de PMA renforcent le naturalisme du cadre juridique existant.

§II. Le couple hétérosexuel, auteur fictif de la procréation

104. En plus de l'hétérosexualité du couple, deux autres conditions, cumulatives, contribuent à donner aux auteurs du projet parental l'apparence d'un couple fertile et en particulier, à rendre crédible la parenté établie à l'issue de la réalisation du projet parental. Cela est particulièrement explicite en droit français dans la mesure où les conditions renvoient directement aux auteurs du projet parental tandis que le droit suisse insiste davantage sur leur finalité, à savoir le bien de l'enfant. C'est d'ailleurs pour cela que nous consacrerons en priorité nos développements au droit français.

Ainsi, les conditions d'accès aux techniques de PMA miment la nature –afin d'assurer le bien de l'enfant. D'une part, en droit français, chaque membre du couple doit « être vivant », ce qui se traduit en droit suisse par une interdiction « d'utiliser les gamètes ou ovules imprégnés d'une personne après sa mort »³⁵⁸ (A). D'autre part, les auteurs du projet parental doivent, en droit français, être « en âge de procréer » et en droit suisse, être « en considération de leur âge (...) à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité »³⁵⁹ (B).

A. « Etre vivant »

105. Les techniques de PMA permettent de dissocier les différentes étapes d'une grossesse et peuvent être mises en œuvre alors que l'homme, auteur du projet parental, est décédé. Deux hypothèses différentes peuvent se poser : soit le sperme de l'homme a été recueilli mais l'insémination de la femme n'a pas encore eu lieu soit la fécondation *in vitro* a été réalisée mais l'embryon n'a pas été implanté dans l'utérus de la femme. La procréation *post mortem* ne

³⁵⁵ HCEf/h, *Contribution au débat sur l'accès à la PMA*, avis n°2015-07-01-SAN-17 adopté le 26 mai 2015, p. 3.

³⁵⁶ Par AMPD, il est entendu Assistance médicale à la procréation avec sperme de donneur.

³⁵⁷ Pierre JOUANNET *et al.*, *Ouverture de l'Assistance médicale à la procréation avec sperme de donneur (AMPD) à des indications non médicales*, Académie de médecine, 27 mai 2014, p. 15.

³⁵⁸ Suisse, LPMA, Article 3, 4.

³⁵⁹ Suisse, LPMA, Article 3, 2, b.

concerne que l'homme dans la mesure où, pour mener à terme la grossesse, la femme doit, elle, être vivante. En cas de décès de la femme, seule l'hypothèse d'une GPA pourrait être envisagée mais déplace la problématique sur une autre thématique³⁶⁰. Nous examinerons spécifiquement la situation en droit français où les contentieux et débats sont nombreux sur cette question. En Suisse, pour le bien de l'enfant, « il est interdit d'utiliser les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après sa mort »³⁶¹ et sont ainsi visés la procréation *post mortem* mais également le recours à des gamètes issus d'un donneur décédé.

En France, avant l'interdiction de la procréation *post mortem* par la loi de 1994, la question avait été portée devant les tribunaux (a). Si certaines instances, comme le CCNE et le Conseil d'État plaident en faveur d'un encadrement de la pratique, cela peut sembler paradoxal dans la mesure où le projet parental initial a disparu (b).

a. Le refus de la procréation post mortem

106. En France la question de la restitution et de l'utilisation par la veuve du sperme de son conjoint décédé a rapidement fait l'objet d'un contentieux qui a amené les CECOS à écarter contractuellement cette pratique (1°). Le refus de la procréation *post mortem* a ensuite été consacré par le législateur en 1994 (2°).

1°. Encadrement contractuel de l'utilisation du sperme du conjoint décédé

107. La question de l'utilisation de sperme de façon posthume apparaît en France dans le débat public avec l'« affaire Parpalaix » en 1981³⁶². En l'espèce, un homme, malade d'un cancer des testicules, fait conserver son sperme dans un CECOS car le traitement par chimiothérapie qu'il subit comporte des risques de stérilité. Il décède avant que son sperme n'ait été utilisé. Son épouse demande alors à récupérer le sperme cryoconservé pour avoir un enfant. Le CECOS de Bicêtre refuse et justifie sa position par deux arguments : d'une part, il n'y a pas de preuve de l'intention du défunt de faire un enfant avec la veuve et d'autre part, il n'est pas possible d'hériter du sperme, notamment du fait du principe d'indivisibilité de la personne humaine. En première instance, le Tribunal de grande instance (TGI) de Créteil ordonne la restitution des paillettes de sperme en application du contrat qu'il qualifie de contrat de dépôt³⁶³. Le mariage des deux individus est un élément de preuve reflétant la volonté du défunt de fonder une famille avec son épouse. Quant à la question de l'éventuelle insémination, les juges la rattachent au « seul domaine de la conscience de la veuve et de celle de son médecin, lui-même soumis aux règles de déontologie de sa profession ».

³⁶⁰ Jean HAUSER, « L'enfant souvenir », *RTD Civ.*, 1995, p. 873 : L'auteur relate un fait divers qui s'est produit en Italie où une femme s'est vu implanté l'embryon conçu à partir des gamètes de sa sœur décédée et du mari de cette dernière. Il condamne alors dans un même élan, la procréation *post mortem* et la gestation pour autrui.

³⁶¹ Suisse, LPMA, Article 3, 4.

³⁶² Bertrand PULMAN, *op. cit.*, pp. 70-71.

³⁶³ TGI Créteil, 1er août 1984 : JCP G 1984, II, 20321.

À la suite de ce revers judiciaire, le CECOS décide de modifier la convention qu'il fait signer pour la conservation du sperme en précisant que l'utilisation est limitée au dépositaire « présent et consentant ». Par cette formule, le CECOS entend se prémunir contre toute demande d'insémination *post mortem*. La modification explicite des termes de la convention a été prise en compte par les juges. Ainsi, en prenant appui sur la convention signée par le mari, en 1991, le TGI de Toulouse n'ordonne pas la restitution des paillettes³⁶⁴ et le contrat est explicitement qualifié de *sui generis*. Cette position se justifie au regard des dispositions légales qui prévoient un consentement individuel des deux membres du couple à l'insémination et l'établissement de la paternité par reconnaissance en cas d'absence de mariage.

2°. Refus légal de la procréation *post mortem*

108. La loi de bioéthique de 1994 consacre cette pratique des CECOS et interdit toute possibilité d'insémination *post mortem*. Depuis 1994, « être vivant » est ainsi devenu pour chaque membre du couple une condition d'accès à la PMA³⁶⁵. Cette condition peut être mise en perspective avec le modèle de la famille traditionnelle sur lequel repose le droit de la PMA. C'est d'ailleurs ce que fait la Cour de cassation, pour qui, « avant même l'entrée en vigueur de l'article L. 152-2 du Code de la santé publique issu de la loi du 29 juillet 1994, l'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de fécondation *in vitro* ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissous par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus, ait été réalisée »³⁶⁶. Derrière la condition d'être en vie se cache ainsi une famille nucléaire traditionnelle, « constituée ».

109. La question de la procréation *post mortem* peut être mise en perspective avec l'exigence légale du consentement de l'homme à l'utilisation de ses gamètes –qui doit exister jusqu'à l'insémination de la femme. En effet, que ce soit pour les donneurs³⁶⁷ ou pour les auteurs du projet parental³⁶⁸, le consentement individuel de la personne est toujours nécessaire pour pouvoir utiliser ses gamètes. Une seule exception existe et concerne l'embryon formé des gamètes d'un couple inscrit dans un parcours de PMA qui peut être donné à un autre couple avec le consentement du seul membre survivant³⁶⁹. Cette interdiction légale de la procréation *post mortem* exclut désormais tout arrangement contractuel : il n'est plus possible de consentir pour l'avenir à devenir père, en cas de décès. Ce consentement pour l'avenir aurait pu être donné de manière générale, pour le projet parental ou différencié selon les stades considérés, fécondation,

³⁶⁴ TGI Toulouse, 26 mars 1991 : JCP G 1992, II, 21807.

³⁶⁵ Article L. 2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique.

³⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, n°94-15998, Bull. civ. I, n°21, D. 1996, J., p. 376, note F. Dreiffuss-Netter, JCP 1996, II, 22666, note Cl. Neirinck, Rép. Defrénois 1996, art. 36300, p. 532, obs. J. Massip, Les petites Affiches, 15 mai 1996, n°59, p. 15 et suivants, note D. Vigneau, RTD civ. 1996, p. 359 obs. J. Hauser.

³⁶⁷ Article L. 1211-2 du Code de la santé.

³⁶⁸ Voir not. Article L. 2141-2 du Code de la santé.

³⁶⁹ Article L. 2141-4 II du Code de la santé publique.

insémination ou transfert de l'embryon. La possibilité de transfert *post mortem* de l'embryon est clairement distinguée, autant par le CCNE³⁷⁰ que par la doctrine³⁷¹, de l'utilisation du sperme de l'homme formant le projet parental lorsqu'il est décédé, c'est-à-dire l'utilisation *post mortem* de sperme cryoconservé. Si l'interdiction de l'usage des gamètes *post mortem* semble faire consensus, en revanche, le transfert d'embryons *post mortem* est une évolution appelée de leurs vœux par différents acteurs³⁷². Cette distinction nous semble assez théorique et il nous apparaît plus important de ne pas déconnecter les étapes de la PMA du consentement. L'existence du projet parental, appréciée à ces différents stades de la PMA et donc dans ces différentes situations, apporte selon nous des éléments de réponse intéressants.

b. La procréation post mortem au prisme du projet parental

110. Le projet parental est la raison qui justifie la mise en œuvre de la PMA. Il s'exprime tout au long du protocole médical et des processus biologiques. Une première démarche consiste à différencier le projet parental selon les différents stades d'avancement de la PMA : c'est notamment la voie retenue par ceux qui distinguent l'insémination *post mortem* de la fécondation *post mortem* (1°). Dans tous les cas, se pose la question de la disparition du projet parental ou de son éventuelle continuation par un seul membre du couple (2°).

1°. Le projet parental, au regard des stades d'avancement de la PMA

111. Le CCNE a rendu différents avis sur la question de la procréation *post mortem*³⁷³. Dès 1993, la question du transfert d'embryon après le décès du conjoint est envisagée par le CCNE qui raisonne notamment à partir du processus biologique de la grossesse³⁷⁴. En cas de décès de l'homme, la fécondation peut être déjà intervenue mais la grossesse n'a pas pu être engagée du fait du décalage temporel qui existe entre fécondation et insémination en matière de PMA et des problèmes liés au taux de réussite des techniques. En cas de procréation « naturelle », la grossesse serait engagée et le décès du conjoint serait indifférent au cours physiologique du processus existant. Dans cet avis, le CCNE recommande que la femme puisse décider du sort de ses gamètes et de ceux de son conjoint décédé, tout en reconnaissant une période de réflexion comprise en 3 mois et 1 an, afin d'éviter des pressions extérieures. Cet avis est repris à l'occasion de la révision des lois de bioéthique en 1998³⁷⁵ et 2000³⁷⁶. Le CCNE propose alors de modifier

³⁷⁰ CCNE, *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, avis n°113, 10 février 2011.

³⁷¹ Valérie DEPADT-SEBAG, « La procréation *post mortem* », *D.*, 2011, p. 2213.

³⁷² Not. en ce sens, Valérie DEPADT-SEBAG, *op. cit.* et la majorité du CCNE, avis n°113, *op. cit.* ; comp. Guy RAYMOND, « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des "lois bioéthiques") », *JCP G*, 43, 1994, I, p. 3796.

³⁷³ CCNE, *Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin)*, avis n°40, 17 décembre 1993 ; *Réexamen des lois de bioéthique*, avis n°60, 25 juin 1998 ; *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, avis n°67, 27 janvier 2000 ; *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, avis n°113, 10 février 2011.

³⁷⁴ CCNE, *Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin)*, avis n°40, 17 décembre 1993 : « comparaison avec la situation créée par la mort du conjoint pendant la grossesse ».

³⁷⁵ CCNE, *Réexamen des lois de bioéthique*, avis n°60, 25 juin 1998.

les dispositions de l'article L. 2141-2 alinéa 3 du Code de la santé publique en précisant que : « La dissolution du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons. Toutefois, le transfert des embryons conservés peut être réalisé si cette dissolution résulte du décès de l'homme et que celui-ci a expressément consenti de son vivant à la poursuite du processus d'assistance médicale à la procréation après son décès. Dans ces cas, le transfert des embryons ne pourra être réalisé qu'au minimum trois mois et au maximum un an après le décès. La femme doit pouvoir bénéficier d'un accompagnement psychologique ».

112. Un mouvement de recontractualisation semble alors possible : l'homme, auteur du projet parental, pourrait en effet décider pour l'avenir ce qu'il adviendrait du projet parental dans lequel il était engagé en cas de décès. Cela ne serait toutefois possible que dans le cas où l'embryon est déjà constitué. En effet, à ce stade le CCNE juge que le projet parental est suffisamment avancé. En outre, le consentement nécessaire à la réalisation du projet parental, révocable à tout moment, semble être retiré avant l'implantation de l'embryon que dans très peu de cas. Autrement dit, il semble peu probable qu'en l'absence de décès, l'homme, co-auteur du projet parental, ait retiré son consentement. Toutefois, nous pensons que cette possibilité offerte par la loi à chaque membre du couple candidat de retirer son consentement jusqu'au transfert de l'embryon est importante en ce qu'il s'agit d'un principe du droit de la santé : le consentement est révocable à tout moment et doit exister.

113. Par ailleurs, il existe de réelles difficultés, notamment en matière de filiation, à la réalisation de la procréation *post mortem*, y compris lorsqu'il s'agit seulement d'implantation *post mortem*. La filiation devra être établie de manière tout à fait innovante et les droits successoraux encadrés spécifiquement dans ces situations³⁷⁷. Aucun obstacle juridique n'est pourtant infranchissable : la reconnaissance prénatale ainsi que la règle *infans conceptus* pourraient par exemple être mises en œuvre. En plus de l'appréciation du projet parental par rapport à ses stades d'avancement, il est possible de considérer que la personne survivante assure la continuité du projet parental initial.

2°. Caducité ou continuité du projet parental

114. Le projet parental peut-il être porté par le membre survivant ou prend-il fin avec la disparition d'un membre du couple candidat ? Pour notre part, nous pensons que le projet parental est caduc en cas de décès de l'homme.

Examinons d'abord l'hypothèse selon laquelle le membre survivant pourrait parachever seul la réalisation du projet parental. Le Conseil d'État estime qu'en cas de procréation *post mortem*, « le critère de l'existence d'un véritable projet parental est rempli : il a été mûri en couple et concrétisé par une fécondation *in vitro*. La mère peut être regardée comme poursuivant ce

³⁷⁶ CCNE, *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, avis n°67, 27 janvier 2000.

³⁷⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, La documentation française, 2009, p. 51.

projet »³⁷⁸. Ce raisonnement peut être rapproché de la théorie de l'offre en cas de décès de l'un des pollicitants du couple. Le couple de pollicitants s'engagerait de la même manière que le couple, auteur du projet parental, tant que l'offre ou le consentement ne sont pas retirés. En cas d'offre portée par un couple, le décès de l'un n'implique pas la caducité de l'offre³⁷⁹ comme cela est classiquement reconnu en cas de décès du seul pollicitant³⁸⁰. Ainsi, en l'absence de caducité de l'offre du fait du décès d'un membre du couple, le membre survivant porte seul l'engagement pris par les deux membres. Le consentement survit au second membre et est prolongé dans un seul des deux membres du couple. Il pourrait alors être fait un parallèle entre le devenir du consentement des époux en cas de décès alors qu'ils se sont engagés par une offre ou un projet parental. Toutefois, il semble que le caractère individuel du consentement de chaque membre du couple à l'utilisation de ses gamètes constitue une résistance à une telle analogie. La nécessité reconnue par le CCNE pour l'homme de préciser sa volonté en cas de décès démontre la spécificité du consentement en cas de PMA³⁸¹. En outre, le projet parental engage les membres du couple et ne met pas en cause la sécurité juridique des tiers. Au contraire, il semble que le décès d'un des membres du couple mette fin au projet parental, tel que défini initialement.

115. La caducité du projet parental est reconnue par le CCNE qui considère que la mort du « co-auteur du projet initial » entraîne la disparition du projet parental³⁸² même s'il reconnaît par ailleurs que la femme puisse à elle-seule former un nouveau projet parental³⁸³. Selon le comité, il serait par ailleurs inadmissible de détruire les embryons formés alors que la volonté de la femme est autre concernant ses gamètes³⁸⁴. Si l'on s'en tient uniquement au projet parental, il faut admettre que le nouveau projet parental formé par la femme, dont le mari ou conjoint est décédé, ne remplit pas les conditions d'accès à la PMA. La femme ne constitue plus un couple et ne pourra pas non plus prétendre à utiliser les gamètes de son mari ou conjoint décédé, étant donné les règles actuelles d'utilisation des gamètes. La procréation *post mortem* renvoie alors à la question de l'ouverture des techniques de PMA aux femmes seules et à celle de l'utilisation des gamètes *post mortem*.

116. Pour nous, la procréation *post mortem* ne devrait pas être une question qui se pose. L'auteur du projet parental étant décédé, il ne peut consentir aux étapes de réalisation de ce

³⁷⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 50.

³⁷⁹ Cass., 3e Civ., du 9 novembre 1983, 82-12.996, Publié au bulletin ; Bull. civ. III, n° 222 ; Defrénois 1984, art. 33368, n° 78, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1984, p. 154, obs. J. Mestre ; en cas de décès d'un des membres du couple de pollicitants ayant assorti leur offre d'un délai, voir Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 10 décembre 1997, 95-16.461, Publié au bulletin.

³⁸⁰ Cass., 3e Civ., du 10 mai 1989, 87-18.130 : « une simple offre, celle du 22 juillet 1981 devenue caduque par l'effet du décès de Mme X... ».

³⁸¹ CCNE, *Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin)*, avis n°40, 17 décembre 1993.

³⁸² *Ibidem* : « le projet parental sous sa forme initiale n'existe plus ».

³⁸³ *Ibid.* : « l'accomplissement du projet de transfert d'embryon peut être apprécié soit comme étant nouveau, différent du projet parental initial, soit comme l'accomplissement du même projet dans les circonstances nouvelles créées par la disparition du conjoint ».

³⁸⁴ *Ibid.* : « En effet, la destruction des embryons ou tout autre devenir, serait alors décidée contre sa volonté expresse. Ceci constituerait une violation inadmissible de son droit de décider du devenir de ces embryons qu'elle a contribué à faire exister ».

dernier. La femme, survivante, devrait pouvoir, si elle le souhaite, mener à bien un projet parental dans la mesure où elle était engagée dans le processus. Toutefois, il s'agirait d'un nouveau projet parental, qu'elle ferait, cette fois, seule. La question de savoir si les gamètes de l'homme décédé peuvent être utilisés semble quant à elle devoir être réglée au regard des règles régissant le don de gamète. Or, l'homme, co-auteur du projet parental, ne peut pas consentir à l'utilisation seule de ses gamètes sans ensuite voir établir sa paternité. Il ne s'agit pas d'un donneur de gamète. La seule possibilité pour que les gamètes de l'homme décédé puissent être utilisées serait effectivement de le prévoir dans le cadre d'une clause contractuelle ou des directives anticipées.

Le critère selon lequel il faut « être vivant » pour accéder à la PMA délimite un cadre où le consentement préside, concrétisant le caractère volontariste du projet parental. Une éventuelle autorisation de la procréation *post mortem* en France ne nous semble pas possible tant que l'accès aux techniques de PMA n'est pas ouvert pour toutes les femmes. Au-delà du volontarisme du projet parental, l'interdiction de la procréation *post mortem* permet, avec les autres critères d'accès aux méthodes de PMA, de façonner, en droit français et en droit suisse, un cadre naturaliste, c'est-à-dire qui prend la nature comme modèle. La condition tenant à l'âge de procréer permet également d'inscrire le projet parental dans une temporalité biologique naturelle.

B. « En âge de procréer »

117. La condition consistant pour les candidats à la PMA à être « en âge de procréer » est particulièrement difficile à comprendre et à mettre en œuvre car elle ne renvoie à aucun élément précis. L'âge de procréer peut être défini *in concreto* en considérant l'individu, ses déterminants génétiques et autres facteurs sociaux ou biologiques, ou au contraire, la notion peut être interprétée *in abstracto* comme l'intervalle d'âge pendant lequel les individus sont capables de procréer ou encore comme l'intervalle d'âge où la procréation est souhaitée à partir de critères biologiques et/ou sociaux. Réserver la PMA à des couples « en âge de procréer », est « étrange, puisqu'il s'agit souvent d'individus, ne pouvant pas avoir d'enfants, et ce quel que soit leur âge »³⁸⁵.

Ce critère, mis en œuvre et interprété par les médecins, semble renvoyer à une réalité biologique immuable alors qu'il apparaît clairement que l'âge de procréer n'a rien de naturel en lui-même et que cette notion est dépendante des représentations sociales et culturelles des individus³⁸⁶. Il semble moins difficile d'interpréter la condition du droit suisse qui tient à ce que

³⁸⁵ Ilana Löwy, « L'âge limite de la maternité : corps, biomédecine, et politique », *Mouvements*, 7 sept. 2009.

³⁸⁶ Voir not. Manon VIALLE, « L'"horloge biologique" des femmes : un modèle naturaliste en question. Les normes et pratiques françaises face à la croissance de l'infertilité liée à l'âge », *Enfances, Familles, Générations*, n° 21, 2014, pp. 1-23.

les membres du couple soient « en considération de leur âge (...) à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité »³⁸⁷. Pour autant, cela conduit *in fine* à apprécier de manière assez similaire tant la borne inférieure (a) que la borne supérieure de l'âge de procréer (b).

a. La borne inférieure de l'âge de procréer

118. La borne inférieure de l'âge de procréer peut être discutée (1°). Pourtant, il apparaît *in fine* que la seule borne raisonnable est celle associée au consentement (2°).

1° Les critères biologiques et sociaux de la borne inférieure

119. La borne inférieure de l'âge de procréer peut être définie à partir de critères biologiques. Par exemple, l'âge de la puberté est intéressant puisqu'il correspond notamment à « l'acquisition de la fonction reproductrice »³⁸⁸. En France, les filles sont pubères vers l'âge de 13 ans et les garçons vers 15 ans³⁸⁹. Ces âges moyens pourraient être utilisés dans une définition purement biologique et abstraite de l'âge de procréer. En raisonnant *in concreto*, il faudrait considérer l'âge exact de la puberté de chaque individu, candidat à la PMA. Toutefois, ce raisonnement à partir de l'âge de la puberté, qui correspond à une définition biologique de l'âge de procréer, pose problème dans la mesure où il ne correspond pas à l'âge moyen des premiers rapports sexuels. L'âge moyen des premiers rapports sexuels est de 17,2 ans pour les garçons et de 17,6 pour les filles³⁹⁰. Par ailleurs, le délai moyen pour concevoir un enfant est de sept mois³⁹¹. Ainsi, dans la perspective actuelle où la PMA répond à une infertilité pathologique d'un couple, il conviendrait de prendre en compte l'âge de la puberté, l'âge des premiers rapports sexuels et de rajouter le délai moyen pour concevoir un enfant. Cette définition prend appui sur des données relevant à la fois du biologique (la puberté) et du social (l'âge des premiers rapports sexuels), voire des deux (l'âge de la puberté semble influencé par des facteurs environnementaux). Le seuil, ainsi défini, nous amène finalement autour de l'âge de la majorité légale.

Il est également possible de définir la borne inférieure de l'âge de procréer à partir de critères juridiques³⁹². Dans cette optique, l'âge du mariage pourrait être pris en considération puisqu'il organise la procréation au sein du couple ou encore l'âge utilisé pour réprimer les agressions sexuelles³⁹³. *In fine*, « le chiffrage ne relève pas de la technique juridique, mais d'un choix politique. Pour trancher, il faut se souvenir que la procréation artificielle "imite" la procréation charnelle. Or, cette dernière est intimement liée au mariage »³⁹⁴. La majorité, c'est-à-dire 18 ans,

³⁸⁷ Suisse, LPMA, Article 3, 2, b.

³⁸⁸ Elise DE LA ROCHEBROCHARD, « Les âges à la puberté des filles et des garçons en France, Mesures à partir d'une enquête sur la sexualité des adolescents », *Population*, 54 (6), 1999, pp. 933-962, spéc. p. 933.

³⁸⁹ Elise DE LA ROCHEBROCHARD, *op. cit.*, spéc. p. 935-937.

³⁹⁰ INED, « L'âge au premier rapport sexuel », mise à jour 3 janv. 2013.

³⁹¹ INED, « Le délai pour concevoir un enfant », mise à jour 18 oct. 2012.

³⁹² Loïs RASCHEL, « L'âge de procréer », *Gazette du Palais*, 3 janv. 2009, n° 3, p. 14.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ *Ibid.*

est ainsi la borne inférieure à l'âge de procréer la plus opportune et correspond aussi bien à la pratique actuelle en France qu'en Suisse.

2°. L'âge de consentir à un projet parental

120. À notre sens, retenir l'âge de la majorité est nettement plus pertinent que l'âge d'accéder au mariage : en effet, en droit français, le mariage est indifférent quant à l'accès aux techniques de PMA et en droit suisse, il ne concerne que l'accès au don de sperme. Aussi, nous retenons l'âge de 18 ans parce qu'il correspond à la majorité et à la capacité à consentir. Or, le consentement est l'élément central du projet parental, il intervient à la fois pour les actes médicaux, l'utilisation des gamètes et l'établissement de la filiation. Le consentement à l'acte médical peut intervenir avant 18 ans et ainsi, une certaine autonomie sanitaire est reconnue aux personnes mineures. Pour autant, cela concerne des hypothèses limitées³⁹⁵. De même, les mineurs peuvent devenir parent. En matière d'adoption plénière, un âge seuil de 28 ans pour les couples qui ne sont pas mariés depuis plus de deux ans³⁹⁶. Cela signifie que les membres d'un couple marié candidat à l'adoption plénière ont au minimum 20 ans. C'est surtout du côté du consentement à l'utilisation de ses gamètes que le seuil de la majorité paraît pertinent. En effet, l'utilisation des gamètes répond au régime juridique des éléments et produits du corps humain et nécessite un consentement.

En outre, la majorité est un élément de l'état civil, « facteur de clarification »³⁹⁷ et « d'efficacité proprement juridique »³⁹⁸ puisque « ce concept opère la synthèse de conditions relatives à la maturité physique et intellectuelle. S'il n'existait pas, il faudrait définir ces conditions dans le cadre de chacune des règles très nombreuses dont l'application dépend d'une certaine maturité. Ainsi, bien que non exhaustif, (il existe en réalité plusieurs majorités), ce concept tend à ramener à l'unité une grande diversité de notions et dispense le juge, l'administration ou les particuliers intéressés de procéder à des appréciations délicates. Il facilite d'autant le jeu des normes de droit »³⁹⁹. C'est en cela que la majorité semble être la borne inférieure la plus facile à prendre en considération.

121. Actuellement d'ailleurs, la borne inférieure de l'âge de procréer est interprétée comme correspondant à la capacité de consentir. Ce seuil nous semble pertinent même s'il ne correspond pas à l'âge de procréer, mais à l'âge de consentir. C'est pourquoi, il serait souhaitable de changer la terminologie de ce critère qui paraît être très imprégné de biologisme. Nous proposons que ce soit la majorité qui soit le concept juridique utilisé pour déterminer la borne

³⁹⁵ Il existe des dispositions spécifiques en matière d'IVG et de contraception mais également pour tous les soins, l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique permet, à titre dérogatoire, aux mineurs de garder le secret.

³⁹⁶ Article 343 du Code civil.

³⁹⁷ Géraud DE LA PRADELLE, *L'Homme juridique*, Presse Universitaires de Grenoble, coll. « Critique du droit » 3, 1979, p. 146.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ *Ibid*.

inférieure à la place de l'âge de procréer. La borne supérieure de l'intervalle correspondant à l'âge de procréer semble, quant à elle, plus délicate à appréhender.

b. La borne supérieure de l'âge de procréer

122. La borne supérieure de l'âge de procréer fixe un âge maximum pour accéder à la PMA en fonction de critères sociaux et/ou biologiques qui ne sont pas toujours assumés en tant que tels (1°). Il apparaît en particulier que les limites actuelles sont problématiques : peu claires, elles laissent en effet une marge d'appréciation importante aux médecins et favorisent les stéréotypes de genre (2°).

1°. Les critères biologiques et sociaux de la borne supérieure

123. En droit français, la limite actuelle est fixée à 43 ans pour les femmes et correspond en fait à la limite de la prise en charge par la sécurité sociale des actes de PMA⁴⁰⁰. Au-delà, il n'y a pas d'interdiction formelle d'accéder aux techniques et il revient aux médecins d'apprécier l'opportunité du recours à la PMA. Pour les hommes, la limite fait l'objet d'une interprétation par les médecins. En droit suisse, il est précisé que la PMA « est réservée aux couples qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité »⁴⁰¹. Comme l'explique le Message relatif à l'initiative populaire, « le fait que la procréation médicalement assistée ne doit pas donner naissance à des rapports familiaux qui s'écartent de ceux que la nature rend possibles est décisif »⁴⁰² et en particulier, il est précisé que « la ménopause fixe une limite naturelle en ce qui concerne les femmes, puisque le don d'ovule est interdit »⁴⁰³. La CNE estime, quant à elle, que ce critère, « d'ordre prétendument biologique », « n'est pas judicieux ; d'une part, la ménopause peut varier d'une femme à l'autre pour des raisons naturelles ou pathologiques ; dans ces cas la ménopause se produit précocement chez certaines femmes (avant l'âge de 30 ans) – ce phénomène justifierait même le recours à des méthodes de PMA puisque les femmes concernées sont socialement en âge de procréer. D'autre part, il s'agit ici de fonder une interdiction sur une donnée biologique, alors que la question est justement de savoir si cette donnée offre une raison suffisante pour le faire »⁴⁰⁴. La borne supérieure ainsi retenue en droit suisse et en droit français –avec en

⁴⁰⁰ La Classification commune des actes médicaux (CCAM) pose le remboursement la prise en charge de la PMA jusqu'à 43 ans. Décision du 11 mars 2005 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie, JO du 30 mars 2005 : « les actes du sous-chapitre 09.02 Assistance médicale à la procréation ne peuvent pas être facturés au-delà du jour du 43^{ème} anniversaire » de la femme.

⁴⁰¹ Suisse, LPMA, Article 3 2b.

⁴⁰² Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une protection respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996, 96.058, FF 1996 III 197, p. 248.

⁴⁰³ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une protection respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996, 96.058, FF 1996 III 197, p. 245.

⁴⁰⁴ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 38.

particulier pour les femmes la ménopause– est arbitraire et témoigne d'un compromis entre facteurs biologiques et sociaux.

La borne supérieure pour les femmes est classiquement discutée au regard des risques associés aux grossesses tardives. Du côté des données épidémiologiques, la mortalité maternelle est un indicateur intéressant : selon le Comité national d'experts sur la mortalité maternelle (CNEMM), le risque « augmente régulièrement avec l'âge et atteint sa fréquence la plus élevée au delà de 45 ans, tout comme la mortalité générale des femmes. Le risque de mort maternelle est 3 fois plus élevé à 35/39 ans qu'à 20 ans, 8 fois plus à 40/44 ans et 30 fois plus au delà de 45 ans »⁴⁰⁵. De la même manière, la prématurité des enfants à la naissance est significativement corrélée à l'âge de la mère, en particulier lorsqu'elle a plus de 35 ans⁴⁰⁶. En résumé, en retenant les risques de mortalité maternelle et de prématurité de l'enfant, il semble que l'âge idéal pour procréer soit avant 35 ans. En outre, après 40 ans, le seul traitement de l'infertilité féminine est le recours à un don d'ovocyte⁴⁰⁷. L'inscription de la grossesse dans l'intervalle compris entre 18 et 35 ans serait idéale en termes de réduction des risques de mortalité maternelle ou encore de prématurité. Par ailleurs, cet intervalle d'âge permet d'éviter le recours au don d'ovocyte.

Pour autant, ces données sont idéales et ne tiennent pas compte des données démographiques et en particulier de l'âge moyen de la grossesse. En France, l'âge de la grossesse est en augmentation dans la population générale : « 19 % des mères sont âgées de 35 ans ou plus au moment de l'accouchement en 2010, soit 3 points de plus qu'en 2003, et 6 points de plus qu'en 1995. L'âge moyen des mères s'élève à 29,7 ans, conformément aux données d'état civil de l'INSEE. Pour les seules primipares, l'âge moyen apparaît stable depuis 2003 (27,5 ans). C'est donc l'âge moyen des naissances de rang supérieur ou égal à 2 qui continue à augmenter »⁴⁰⁸.

124. Dans un modèle où les techniques de PMA miment la nature, l'âge de procréer tend à être fixé sur l'âge moyen des grossesses ou l'âge de la ménopause pour les femmes. Toutefois, il est également possible de concevoir que les méthodes de PMA permettent de s'affranchir de certaines contraintes biologiques et de mieux vivre avec les temporalités sociologiques, notamment liées au marché du travail. Les techniques de PMA permettent en effet de pallier une baisse de fertilité qui peut être liée à l'âge ou à d'autres facteurs. En outre, la borne supérieure de l'âge de procréer a un caractère normatif appuyé et illustre les représentations associées aux corps, selon les âges et le sexe concernés.

⁴⁰⁵ COMITÉ NATIONAL D'EXPERTS SUR LA MORTALITÉ MATERNELLE, *Rapport 2001-2006*, 2010.

⁴⁰⁶ L. FOIX-L'HELIAS, P. Y. ANCEL, B. BLONDEL, « Facteurs de risque de prématurité en France », *J Gyn Obstet Biol Reprod*, 2000, 29, pp. 55-65.

⁴⁰⁷ J. BELAISCH-ALLART, "Treatment options for age-related infertility", *Rev Prat*, 2010, juin 20, 60(6), pp. 819-823.

⁴⁰⁸ DREES, *La situation périnatale en France en 2010 Premiers résultats de l'enquête nationale périnatale*, Etudes et Résultats, n° 775, Octobre 2011.

2°. Les aspects normatifs de l'âge de procréer

125. Derrière cette borne se profilent différents types d'enjeux, en particulier en termes d'inégalités entre les femmes et les hommes et de représentation des corps vieillissants.

En droit suisse et en droit français, la borne supérieure à l'âge de procréer est définie de manière neutre. Toutefois, cet âge est ensuite interprété de manière différente pour les hommes et pour les femmes. Le critère reproduit alors des rapports sociaux différenciés selon le sexe. En effet, l'âge est un facteur qui affecte également la fertilité des hommes. En particulier, l'âge du père semble avoir une influence sur certaines données liées à la grossesse telles que les fausses couches : des études montrent que l'âge du père est significativement corrélé au risque d'avortement spontané avant le cinquième mois de grossesse, indépendamment des autres facteurs tels que l'âge de la mère⁴⁰⁹. Ce genre de corrélations est nettement moins étudié que les liens entre l'âge maternel et les indicateurs liés à la grossesse. Cela s'explique par les représentations associées aux corps masculins et féminins. Madame Ilana Löwy dénonce la « vision conservatrice de la parenté qui reproduit aussi étroitement que possible les "conceptions naturelles". Ils reproduisent aussi la perception "naturelle" de la fertilité féminine comme fragile et limitée dans le temps et celle de la fertilité masculine comme stable et illimitée »⁴¹⁰.

Ces représentations doivent être déconstruites en profondeur. Pour cela, différents moyens peuvent être mis en œuvre. D'une part, les recherches sur la fertilité et la stérilité masculine doivent être favorisées et il convient également de mieux prendre en compte l'impact des données biographiques du père sur la grossesse. Ces éléments permettront de communiquer auprès du public sur les baisses de fertilité liées au vieillissement, pour les hommes et pour les femmes. D'autre part, le droit doit également contribuer à déconstruire les stéréotypes de genre. Pour cela, il ne doit pas reproduire le schéma (dépassé) selon lequel les hommes d'âge mûr peuvent légitimement devenir père alors que les femmes ménopausées devraient renoncer à la maternité. Nous proposons alors de définir de manière identique pour les hommes et pour les femmes la limite d'accès aux techniques de PMA. Cet âge, nécessairement arbitraire, n'a pas besoin d'être fondé sur des considérations biologiques. Au contraire, le législateur français doit assumer comme le fait le droit suisse de refuser l'accès à la parenté à des personnes d'un âge avancé, pour le bien de l'enfant. Nous pensons que « l'âge de procréer mériterait d'être encadré par le législateur, c'est-à-dire de quitter la catégorie de l'âge "apprécié" pour devenir un âge "chiffré", car la situation actuelle est source de nombreuses difficultés et expose les couples à l'arbitraire »⁴¹¹. Monsieur Loïs Raschel propose de fixer la limite d'âge à 50 ans⁴¹². Cela paraît

⁴⁰⁹ K. KLEINHAUS, *Obstetrics & Gynecology*, Vol 108, N°2, pp. 369-377 : lorsque le père a 40 ans ou plus, le risque d'aboutir à une fausse couche est 60% plus grand que lorsque le père est âgé de 25 à 29 ans.

⁴¹⁰ Ilana LÖWY, « L'âge limite de la maternité : corps, biomédecine, et politique », *Mouvements*, 7 sept. 2009.

⁴¹¹ Loïs RASCHEL, « L'âge de procréer », *Gazette du Palais*, 3 janv. 2009, n° 3, p. 14.

une bonne idée, tant qu'il existe une limite d'âge fixée par le législateur et qui permet également la prise en charge des actes médicaux par la sécurité sociale. Ce critère légal serait identique pour les femmes et pour les hommes. Le critère de la capacité d'élever un enfant jusqu'à sa majorité utilisé en droit suisse est intéressant car il est indifférent au sexe des parents et permet de remettre en cause les stéréotypes de genre actuellement véhiculés en droit français. Toutefois, il est soumis à l'interprétation des médecins et peut conduire à réintroduire des limites différentes pour les hommes et les femmes –qui ont des espérances de vie différentes. Quelle que soit la limite choisie, elle a vocation à remplacer l'expression « âge de procréer » actuellement utilisée en droit français, inutilement empreinte de biologisme et vide de sens.

126. En résumé, l'expression en « âge de procréer » ne devrait pas être maintenue dans le corpus juridique français relatif à la PMA. Il s'agit en effet d'une vision de la procréation basée sur la biologie⁴¹³ et interprétée de manière différente pour les femmes et les hommes. C'est pourquoi, nous proposons que la borne inférieure soit fixée à la majorité et pour mettre fin à ces stéréotypes de genre, que la limite d'âge soit similaire pour les femmes et les hommes. Fixée par le législateur, la borne supérieure conditionnerait le remboursement des actes et les médecins n'auraient plus besoin d'interpréter ce critère pour permettre aux individus de réaliser leur projet parental.

127. *In fine*, à travers les différentes conditions que le couple parental doit remplir pour pouvoir accéder aux techniques de PMA, c'est l'objectif de l'apparence d'un couple fertile qui est visé. Les conditions tenant à l'hétérosexualité du couple, à savoir « être vivant » et « en âge de procréer » sont particulièrement importantes dans cette optique. La référence à la nature permet ainsi de justifier le cadre actuel, tout en s'assurant qu'aucun élargissement de l'accès à la PMA ne sera possible, en particulier pour les couples de femmes et les femmes seules⁴¹⁴. Les techniques de PMA ne sont pas pensées, sur le modèle de l'IVG ou de la contraception, comme des droits des femmes mais comme une expression de l'autonomie reproductive limitée aux couples hétérosexuels dont la femme remplit les conditions d'âge. Le modèle de la reproduction naturelle choisi pour définir le cadre de la PMA en France et en Suisse conduit également au niveau des techniques reproductives à exclure les pratiques qui remettent en cause le

⁴¹² *Ibidem* : l'auteure semble s'accorder sur une limite d'âge unique, indifférente au sexe des individus. Toutefois, elle fonde l'âge limite pour la mère sur l'âge de la ménopause et justifie l'alignement sur cet âge de celui du père par l'intérêt de l'enfant. Elle propose finalement l'âge limite de 50 ans, « par souci d'égalité entre l'homme et la femme ».

⁴¹³ Aude MIRKOVIC, « Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et la filiation », *Droit de la famille*, n°9, septembre 2010, étude 21 : « La condition que le couple soit en âge de procréer garantit à l'enfant une filiation "crédible" et ne bouleverse pas les institutions ».

⁴¹⁴ *Ibidem* : « La vérité biologique n'est pas le critère de la parenté et de la filiation : c'est bien la référence à l'idée d'engendrement de l'enfant qui est importante. C'est pour cela que la loi exige que le couple soit en âge de procréer et prohibe l'insémination *post mortem*. En cas d'insémination *post mortem* de la femme, le père décédé n'en serait pas moins le père biologique. De même, la femme ménopausée pourrait être la mère biologique. Si ces pratiques sont pourtant interdites par la loi, c'est parce que, même dans ces cas de "vérité biologique", l'enfant n'aurait pas pu être engendré naturellement par ces personnes, trop âgées ou décédées ».

fondement charnel de la maternité, et à mettre en place des dispositifs qui assurent le secret quant au recours aux techniques. Loin de libérer les personnes, et en particulier les femmes, des contraintes biologiques de la reproduction, l'encadrement des techniques de PMA perpétuent les inégalités entre les sexes et renforcent les stéréotypes de genre. Nous nous demanderons s'il en va de même pour les conditions tenant aux techniques reproductives.

Section II – Les conditions tenant aux techniques reproductives

128. En matière de procréation médicalement assistée, une fois les processus biologiques et physiologiques séparés des activités sexuelles, de nombreuses configurations peuvent être envisagées et il est possible de faire des enfants de mille et une façons⁴¹⁵. Ces différentes possibilités techniques contribuent –aussi bien à travers leur définition propre que la délimitation des personnes qui y ont accès– à des reconfigurations importantes de la notion de famille. Pour autant, l'encadrement actuel des techniques de PMA en droit français et en droit suisse pose des conditions marquées par une référence constante à la nature qui permet d'imposer la famille traditionnelle comme modèle.

129. Les conditions tenant aux techniques reproductives et aux possibilités de recourir aux dons de gamètes confortent ce modèle. En effet, la définition des techniques de PMA –bien que n'étant pas identique en droit français et en droit suisse– trouve sa principale limite dans le principe selon lequel la mère est nécessairement la femme qui accouche ; cela se traduit par un rejet total de la GPA et en droit suisse, par une interdiction du don d'ovocyte et d'embryon. Seules les techniques qui ne dissocient pas la maternité de l'accouchement, laissent le moins de traces possibles et perturbent le moins le modèle stéréotypé de la famille « traditionnelle » sont ainsi autorisées (§I). De même, la mise en œuvre des techniques de PMA hétérologues, c'est-à-dire nécessitant le recours à un don de gamètes ou à un don d'embryon, se fait selon des principes bioéthiques et des pratiques professionnelles permettant de nier leur existence (§II). De la sorte, la structure familiale, basée sur l'hétérosexualité et corroborant l'apparence fertile du couple, est préservée, même si la réalité biologique est tout autre.

130. Au final, les techniques reproductives renforcent les stéréotypes de genre, en particulier celui de la vocation naturelle des femme à la maternité, tandis que la dissimulation du recours au don de gamète, notamment au don de sperme, permet de ne pas mettre en péril la fragilité du fondement de la paternité. L'encadrement et la mise en œuvre des techniques n'ont pas permis de questionner les fondements différenciés de la parenté en fonction du sexe du parent et au contraire, confortent la définition de la mère attachée au ventre et font perdurer le secret lorsque le père n'est pas aussi le géniteur de l'enfant.

⁴¹⁵ Bertrand PULMAN, *op. cit.*

§I. Délimitation des techniques de PMA et du recours aux dons de gamètes

131. Pour préserver le cadre naturaliste et l'apparence de fertilité du couple parental, les techniques de PMA ont été définies *stricto sensu*. La définition limitative des techniques de PMA autorisées prévient ainsi la survenance de bouleversements importants qui auraient pu apparaître dans la reproduction dans la mesure où les techniques les plus difficiles à concilier avec le modèle naturaliste retenu sont ainsi exclues (A). De la même manière, le recours aux dons de gamètes est limité *de jure* par les textes et *de facto* par une insuffisance des dons (B).

A. Définition limitative des techniques de PMA

132. Le syntagme nominal « procréation médicalement assistée » recouvre un large éventail de techniques qui permettent toutes d'avoir des enfants par le biais d'une intervention médicalisée. Toutefois, ne sont qualifiées de techniques de PMA au sens légal que les techniques autorisées. La définition des techniques de PMA s'apparente à une délimitation: ainsi, la définition trace une ligne de démarcation entre les techniques autorisées (a) et les autres, qui sont *de facto* exclues (b).

a. Définition juridique limitative de techniques

Les technologies de la reproduction connaissent des développements constants et le droit intervient principalement *a posteriori* pour juger de l'acceptabilité de la technique par rapport au cadre général, principalement bâti en France par les lois de bioéthique de 1994 et leurs révisions successives et en Suisse par la LPMA et l'OPMA.

133. En droit suisse, la « procréation médicalement assistée » est définie comme « les méthodes permettant d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme, en particulier l'insémination, la fécondation *in vitro* avec transfert d'embryons et le transfert de gamètes »⁴¹⁶. La formulation –avec l'emploi d'« en particulier » laisse entendre que la liste donnée pourrait ne pas être exhaustive tant que les méthodes ont pour finalité « d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme ».

134. En droit français, « l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle »⁴¹⁷. La définition des techniques de PMA a évolué au gré des révisions des lois de bioéthique. Entre la loi bioéthique de 1994 et celle de 2011, la définition n'était pas limitative et comprenait également « toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du

⁴¹⁶ Suisse, LPMA, Art. 2 a.

⁴¹⁷ Article L. 2141-1 alinéa 1er du Code de la santé publique et pour une définition des procédés biologiques utilisés en matière de PMA, voir article R. 2141-1 du CSP : « les procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation mentionnés aux articles L. 2141-1 et L. 2141-11 s'entendent des méthodes de préparation et de conservation des gamètes et tissus germinaux, de fécondation *in vitro* et de conservation des embryons, que ce soit à des fins d'assistance médicale à la procréation ou de préservation de la fertilité ».

processus naturel ». La finalité de la PMA, à savoir la réalisation médicalisée d'un projet parental, était alors plus explicite. Entre 2004 et 2011, la mention de « toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel »⁴¹⁸ était précisée puisqu'il était ajouté qu'une « liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de la biomédecine »⁴¹⁹ pour définir les techniques de PMA. Aujourd'hui, non seulement la mention des techniques d'effet équivalent est supprimée mais en plus, la liste fixée par arrêté est maintenue : la définition des techniques de PMA et procédés biologiques utilisés est limitative, contrôlée mais potentiellement susceptible de changements. Cette dernière modification intervenue dans la définition des techniques de PMA est directement en lien avec l'extension des fonctions de l'Agence de la biomédecine, qui doit désormais évaluer tout nouveau procédé biologique qui pourrait prétendre à une inscription sur la liste⁴²⁰. En effet, « la liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'Agence de la biomédecine »⁴²¹ et « un décret en Conseil d'État précise les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste »⁴²². La définition des techniques de PMA et des procédés biologiques associés a d'abord été suffisamment ouverte pour intégrer les évolutions techniques, puis, avec le développement de l'Agence de la biomédecine, les avancées techniques font désormais l'objet d'une évaluation. De la sorte est pris en compte un besoin de flexibilité du droit face à des techniques en constant développement. Cette définition limitative, bien qu'évolutive, permet également d'exclure de fait certaines techniques du cadre juridique relatif à la PMA. Ces interdictions peuvent également être renforcées juridiquement par des dispositions spécifiques.

b. Exclusion *de facto* et *de jure* de certaines techniques de la dénomination de PMA

135. Le terme de PMA est générique et devrait regrouper l'ensemble des nouvelles technologies de la reproduction. Au contraire, le processus de définition juridique limite la notion de PMA aux seules techniques autorisées. Cela conduit à interdire les autres techniques (1°) ou à ne pas les reconnaître (2°).

1°. Des pratiques de jure interdites

À la définition limitative de techniques de PMA s'ajoutent des dispositions spécifiques interdisant certaines pratiques. Celles-ci ne peuvent alors être qualifiées de techniques de PMA, à savoir le clonage reproductif, la GPA, le recours à un don simultané de spermatozoïdes et

⁴¹⁸ Article L. 2141-1 du Code de la santé publique, version en vigueur du 7 août 2004 au 9 juillet 2011.

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ Laurence BRUNET, « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS*, N°5, septembre-octobre 2012, p. 828.

⁴²¹ Article L. 2141-1 du Code de la santé publique, voir Arrêté du 18 juin 2012 fixant la liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation, JO 28 juin 2012

⁴²² Article L. 2141-1 du Code de la santé publique, voir Décret n°2012-360 du 14 mars 2012 qui fixe les conditions d'établissement de la liste des procédés et de mise en œuvre des techniques pouvant être utilisées dans le cadre de l'AMP.

d'ovocytes et en droit suisse au don d'ovocyte. Il s'agit pourtant de techniques qui pourraient être subsumées sous le terme de PMA dans la mesure où elles peuvent servir à répondre à la demande parentale d'un couple mais ce n'est pas le cas, au regard des dispositions légales, car elles ont été interdites individuellement et spécifiquement.

136. Le clonage reproductif apparaît comme très spécifique : il s'inscrit dans une logique différente des autres techniques en permettant une reproduction asexuée. En droit français, « le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende »⁴²³. Le clonage fait l'objet d'une interdiction unanime⁴²⁴ et apparaît dans la déclaration universelle sur le génome humain du 11 novembre 1997⁴²⁵, le protocole additionnel à la Convention européenne sur la biomédecine du 12 janvier 1998⁴²⁶ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴²⁷.

137. Il n'en va pas de même de la gestation pour autrui, qui est autorisée dans certains pays alors qu'elle est formellement interdite en France et en Suisse. Après divers contentieux, la loi bioéthique de 1994 prévoit que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »⁴²⁸. En droit suisse, « le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution sont interdits »⁴²⁹. La Suisse n'est pas le seul pays à interdire le don d'ovocyte. Selon une étude réalisée par le Conseil de l'Europe en 2005⁴³⁰, quatre pays, à savoir l'Italie, la Lituanie, la Turquie et l'ex-République yougoslave de Macédoine, ne pratiquent pas (cas de l'ex-République yougoslave de Macédoine) ou interdisent (cas des trois autres États) le

⁴²³ Article 214-2 du Code pénal créé par Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 28 JORF 7 août 2004. Pour une critique des termes utilisés en matière de clonage reproductif dans la loi et les débats qui l'ont précédés, voir not. Philippe DESCAMPS, *Un crime contre l'espèce humaine ? Enfants clonés, enfants damnés*, Les Empêcheurs de penser en rond, 2004.

⁴²⁴ En France, le clonage reproductif fait ainsi l'objet d'une incrimination à la suite de l'annonce du clonage de la brebis « Dolly » en février 1997. Le CNE a rendu un avis le 22 avril 1997, puis la loi bioéthique de 2004 a décidé d'interdire toute forme de clonage, reproductif et thérapeutique. Ainsi, est interdite « toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée » (article 16-4 alinéa 3 du Code civil).

⁴²⁵ ONU, *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, 11 novembre 1997, article 11 : « Des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains, ne doivent pas être permises. Les États et les organisations internationales compétentes sont invités à coopérer afin d'identifier de telles pratiques et de prendre, au niveau national ou international, les mesures qui s'imposent, conformément aux principes énoncés dans la présente Déclaration ».

⁴²⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, *Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains*, Paris, 12 janv. 1998, Art. 1, 1 : « Est interdite toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort. ».

⁴²⁷ UNION EUROPEENNE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, 2000/C 364/01, 18 déc. 2000, Article 3, 2 : « Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés : (...) - l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains ».

⁴²⁸ Article 16-7 du Code civil.

⁴²⁹ Suisse, LPMA, Article 4 : « Pratiques interdites ».

⁴³⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DIRECTEUR DE BIOETHIQUE, *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, CDB/INF (2005) 7 REV 2.

don de sperme, d'ovocyte et d'embryon⁴³¹. L'ensemble des autres répondants pratique sur leur territoire national le don de sperme. Toutefois, il existe plusieurs pays qui, à l'instar de la Suisse, autorisent le don de sperme alors que celui d'ovule est interdit. Par exemple, en Allemagne, l'ovocyte fécondé artificiellement ne peut être réintroduit que chez la femme chez qui a été prélevé l'ovocyte⁴³². Ces pays qui autorisent le don de sperme mais interdisent celui d'ovule sont au nombre de cinq, à savoir l'Autriche, la Croatie, l'Allemagne, la Norvège et la Suisse. Lorsque l'anonymat est un principe régissant le don, cela concerne indifféremment le don d'ovocyte et le don de sperme⁴³³. De manière générale, les modalités du don sont identiques (anonymat, gratuité) ou assez proches (critère d'âge) lorsque les deux types de dons de gamètes sont autorisés⁴³⁴. La seule distinction entre le don de sperme et celui d'ovocyte intervient donc principalement au niveau de son acceptation. Ainsi, le don de sperme semble être plus acceptable que celui d'ovocyte qui crée deux composantes maternelles « biologiques » à savoir la mère génitrice et la mère gestatrice. La question de l'interdiction du don d'ovocyte en Suisse « a été très controversée. Finalement, après de nombreuses tergiversations, le don d'ovule a été interdit, afin de préserver l'unité de la fonction maternelle et de respecter ainsi les conditions naturelles de la procréation. En revanche, cette naturalisation n'a pas été appliquée de la même manière à la paternité »⁴³⁵.

138. Mis à part le clonage, la ligne de partage entre les techniques autorisées et celles interdites semble coïncider avec la remise en cause de la maternité comme un donné naturel. Ainsi, les techniques de PMA sont définies en excluant certaines méthodes jugées trop problématiques, notamment par rapport à la définition de la maternité (don d'ovocyte et GPA). Entre les techniques de PMA autorisées et celles interdites se trouve une zone grise qui regroupe les nouvelles méthodes ne faisant l'objet d'aucune législation propre.

2°. Des pratiques de facto non reconnues en droit

139. Des méthodes nouvelles ne sont *de facto* pas reconnues en droit comme des techniques de PMA mais ne sont pas pour autant interdites. Ces techniques pourraient avoir vocation à intégrer la définition des techniques de PMA.

140. Par exemple, en matière de préservation de la fertilité, « on observe trois pratiques qui soulèvent d'importantes questions éthiques : la cryoconservation de tissu ovarien, la cryoconservation de tissu testiculaire et l'autoconservation dite sociétale, à savoir la

⁴³¹ CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DIRECTEUR DE BIOETHIQUE, *op. cit.*, pp. 36-38, question posée : « Est-il possible, dans votre pays de procéder à un don de a) sperme ? b) ovocyte ? c) embryon ? » ; ces trois pays répondent non à chaque question.

⁴³² CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DIRECTEUR DE BIOETHIQUE, *op. cit.*, p. 37 ; Allemagne, Loi sur la protection de l'embryon, Article 1, § 1, n°2.

⁴³³ CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DIRECTEUR DE BIOETHIQUE, *op. cit.*, p. 66.

⁴³⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DIRECTEUR DE BIOETHIQUE, *op. cit.*

⁴³⁵ Isabelle ENGELI, *Les politiques de la reproduction. Les politiques d'avortement et de procréation médicalement assistée en France et en Suisse*, L'Harmattan, 2010, p. 232.

conservation d'ovocytes en dehors de toute indication médicale »⁴³⁶. La cryoconservation de tissu ovarien est proposée aux femmes dont les traitements médicaux –chirurgicaux, chimiques ou radiologiques– causent une infertilité : du tissu ovarien est prélevé, congelé puis il sera procédé, à l'issue du traitement, à une autogreffe sur la personne. De la même manière, il est possible de cryoconserver du tissu testiculaire et cette pratique est particulièrement intéressante lorsqu'il n'y a pas de spermatozoïde dans l'éjaculat ; à la place d'une autogreffe, l'ICSI permet directement de féconder l'ovule en injectant dedans le spermatozoïde immature. Ces méthodes pourraient également s'appliquer aux personnes pré-pubères dans le cas où les recherches sur la maturation des gamètes avanceraient. Enfin, « la récente maîtrise de la conservation ovocytaire par le procédé de vitrification amène à envisager son application à l'autoconservation »⁴³⁷. La pratique est mise en oeuvre en cas de raison médicale, c'est-à-dire en cas de cancer et il s'agirait alors d'élargir l'utilisation de ce procédé à des situations sans indication médicale immédiate, à titre préventif, « pour des raisons liées à des projets de vie »⁴³⁸. Comme l'explique la CNE, « les demandes d'autoconservation sociétale s'expliquent en partie par les données sociologiques dont on dispose sur la structure et l'évolution des ménages et, tout particulièrement, l'augmentation de l'âge des femmes au moment du mariage et de la naissance du premier enfant, ainsi que la part des femmes actives professionnellement »⁴³⁹. La CNE oppose deux arguments au développement de cette pratique : le premier, d'ordre médical, fait valoir qu'une fécondation naturelle serait possible et que les méthodes de PMA auraient des conséquences sur la santé de l'enfant et l'autre, d'ordre social, consiste à dire que le problème – de trouver un partenaire ou de concilier vie professionnelle et vie familiale– n'est pas résolu mais uniquement repoussé⁴⁴⁰. La conservation sociale des ovocytes est possible dans certains centres de fertilité en Suisse⁴⁴¹. Il apparaît des enjeux légaux : en effet la limite de conservation est fixée à cinq ans⁴⁴², même s'il est toujours possible de transférer les ovules à l'étranger⁴⁴³. En France, la pratique de l'autoconservation ovocytaire est depuis peu permise lorsque la personne donne ses ovocytes⁴⁴⁴.

⁴³⁶ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 14.

⁴³⁷ COLLEGE NATIONAL DES GYNECOLOGUES ET OBSTETRICIENS FRANÇAIS, *L'autoconservation sociétale des ovocytes : la position du Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français*, Communiqué de presse, Paris, 12 décembre 2012.

⁴³⁸ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 15.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, pp. 15-16.

⁴⁴¹ Dorothea WUNDER, « Social freezing in Switzerland and worldwide – a blessing for women today? », *Swiss Medical Weekly*, 2013, feb. 27, p. 143.

⁴⁴² Suisse, LPMA, Article 15 : « 1. Les gamètes d'une personne ne peuvent être conservés qu'avec son consentement écrit et pendant cinq ans au maximum.

2. Un délai plus long peut être convenu avec les personnes qui donnent leurs gamètes à conserver pour assurer leur propre descendance avant un traitement médical ou l'exercice d'une activité qui peut les rendre stériles ou endommager leur patrimoine héréditaire ».

⁴⁴³ Dorothea WUNDER, *op. cit.*, p. 143.

⁴⁴⁴ Décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 relatif au don de gamètes : désormais, le donneur n'a pas besoin d'avoir procréé et peut « conserver une partie de ses gamètes en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation » ; voir la nouvelle rédaction des dispositions de l'article R. 1244-2 du Code de la santé publique.

141. Une autre pratique n'est pas formellement encadrée car elle en est encore à un stade expérimental⁴⁴⁵ mais pourrait être pratiquée en France à brève échéance. Il s'agit de la greffe d'utérus, qui permet à des personnes de recevoir un utérus d'une donneuse afin de restaurer ou de développer une capacité gestationnelle dans chaque cas où une personne désire vivre l'expérience de la grossesse plutôt que d'avoir recours à l'adoption ou à une femme porteuse⁴⁴⁶. Destinées aux femmes souffrant de facteurs utérins d'infertilité, la greffe d'utérus est présentée comme une alternative au recours à l'adoption ou à une GPA. Toutefois, la question de l'encadrement –voire de la légalité– de cette pratique qui se situe à l'intersection entre les greffes d'organes et les techniques de PMA se pose : en effet, il conviendrait de respecter les exigences des deux régimes juridiques pour mettre en œuvre la greffe d'utérus. En particulier, dans le cas d'un don d'organe entre vif, il doit y exister un « intérêt thérapeutique direct d'un receveur »⁴⁴⁷ tandis que le don d'organe prélevé sur une personne décédée, doit, quant à lui, poursuivre « des fins thérapeutiques ou scientifiques »⁴⁴⁸. Ces conditions doivent être mises en perspective avec la finalité de la greffe d'utérus, à savoir la naissance d'un enfant puisque la capacité gestationnelle ne serait vraisemblablement rétablie que le temps d'une grossesse. La naissance d'un enfant constitue-il un intérêt thérapeutique direct ou ne serait-ce qu'une fin thérapeutique ? Il semble possible d'en douter car l'utérus est un organe non vital.

142. Ces techniques d'autoconservation sont appelées à se développer et pourraient remettre en question certaines conditions d'accès aux techniques de PMA. Prenons l'exemple d'une femme qui a eu du tissu ovarien ou des ovocytes cryoconservés, elle ne pourrait les utiliser que pour réaliser un projet parental en cas d'infertilité médicale et avec un partenaire masculin. Ces techniques permettent toutefois de réduire le recours aux dons de gamètes, qui de manière générale, posent de nombreuses questions.

B. Limitations du recours aux dons de gamètes

143. Le recours aux dons de gamètes a été autorisé mais strictement encadré. Le régime juridique actuel relatif aux dons de gamètes limite le recours aux gamètes de tiers dans le cadre de la mise en œuvre de techniques de PMA : cela résulte à la fois de considérations explicites (a) et implicites (b).

⁴⁴⁵ pour les expériences étrangères voir not. W. FAGEEH *et al.*, "Transplantation of the human uterus", *Int J Gynaecol Obstet*, 2002, 76, pp. 245-251 ; Ruby CATSANOS, Wendy ROGERS et Mianna LOTZ, « The Ethics of Uterus Transplantation », *Bioethics*, 2013, 27, 2, pp. 65-73 ; T. GAUTHIER, P. PIVER, C. MESNARD, P. MARQUET, N. PICHON, A. GUILLAudeau, M. DROUET, E. GARDET, M. LASKAR, M. ESSIG, Y. AUBARD, « Transplantation utérine. État des lieux », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, vol. 40, 11, nov. 2012, pp. 691-694.

⁴⁴⁶ Ariel LEFKOWITZ, Marcel EDWARDS et Jacques BALAYLA, « The Montreal Criteria for the Ethical Feasibility of Uterine Transplantation », *Transplant International*, 2012, 25, pp. 439-447, spec. p. 440 : "Uterine transplantation (UTx) would allow females to receive an allogeneic uterus from a human donor to restore gestational ability in cases where the woman has a desire to undergo the experience of carrying a fetus, as well as a predilection not to seek adoption and surrogacy".

⁴⁴⁷ Article L. 1231-1 du Code de la santé publique.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

a. Les limitations juridiques

Le régime juridique du recours aux dons de gamètes en matière de PMA vise à limiter l'accès aux gamètes de tiers. En effet, une hiérarchisation dans l'accès aux gamètes est prévue et en particulier, le recours aux gamètes de tiers est pensé comme une exception (1°). Face aux limites existantes et notamment l'interdiction du double don de gamètes, la procédure d'accueil d'embryon est permise de manière subsidiaire en France (2°).

1°. Le recours aux gamètes de tiers comme exception

144. Les textes juridiques issus du Conseil de l'Europe et notamment les principes adoptés par le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales (CAHBI) témoignent de la flexibilité du droit concernant le don de gamète⁴⁴⁹. Le onzième principe établit en effet qu'« en principe, la fécondation *in vitro* doit être effectuée avec les gamètes du couple. La même règle s'appliquera à toute autre méthode impliquant des ovules *in vitro* ou des embryons *in vitro*. Toutefois, dans des cas exceptionnels à définir par les États membres, l'utilisation des gamètes de donneurs peut être autorisée »⁴⁵⁰. Ainsi, chaque État membre est libre de moduler dans sa législation la part respectivement prise par le principe d'utilisation des gamètes du couple et l'exception qui conduit à avoir recours à des donneurs de gamètes.

Le droit français et le droit suisse suivent ce principe directeur et dans les deux législations, le recours aux gamètes d'un tiers présente un caractère subsidiaire, c'est-à-dire que ce n'est permis que lorsqu'il est impossible d'utiliser les gamètes du couple. En droit suisse, il y a en plus du caractère subsidiaire du recours au don de sperme, un régime juridique restrictif réservant le don de sperme aux seuls couples mariés⁴⁵¹. En droit français, les dons de gamètes font également l'objet d'un encadrement strict et en particulier, alors que le don de sperme et le don d'ovocyte sont autorisés, il est interdit d'avoir recours à un double don de gamète. Il est précisé qu'il est impossible d'utiliser les « gamètes ne provenant pas d'au moins un des deux membres du couple »⁴⁵², en dehors de la procédure d'accueil d'embryon⁴⁵³.

145. L'interdiction du double don de gamète a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), que la Cour de cassation a décidé de ne pas transmettre⁴⁵⁴. En l'espèce, une femme avait bénéficié d'un double don de gamète en Espagne et souhaitait en obtenir la prise en charge par la sécurité sociale. Les arguments mobilisés par la requérante avaient trait à la discrimination subie par les couples dont les deux membres sont stériles et mobilisait à cette fin, le principe d'égalité devant la loi et le préambule de la Constitution de 1946 qui garantit à la

⁴⁴⁹ Comité qui a précédé au sein du Conseil de l'Europe le Comité directeur pour la bioéthique.

⁴⁵⁰ CAHBI, Principes énoncés dans le rapport du comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales, 1989.

⁴⁵¹ Suisse, LPMA, Article 3 alinéa 3.

⁴⁵² L'article L. 2141-3 du Code de la santé publique précise que l'embryon « ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple ».

⁴⁵³ Articles L. 2141-5 et L. 2141-6 du CSP et Art. R. 2141-2 à -13 du Code de la santé publique.

⁴⁵⁴ Cass., 1ère Civ., 19 janvier 2011, FS-P+B+I, n° 11-40.089.

famille les conditions nécessaires à son développement⁴⁵⁵. La Cour de cassation refuse de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC aux motifs que « dans sa décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel a, dans les motifs et le dispositif, déclaré cette disposition, (...) alors codifiée à l'article L. 152-3 du Code de la santé publique, conforme à la Constitution »⁴⁵⁶ et qu' il « n'est survenu aucun changement de circonstance de nature à justifier que la conformité de cette disposition à la Constitution soit à nouveau examinée par le Conseil constitutionnel »⁴⁵⁷. Cette disposition n'avait pourtant pas fait l'objet d'un examen spécifique par le Conseil constitutionnel⁴⁵⁸ et on peut également s'interroger sur l'existence de changement de circonstances⁴⁵⁹.

146. En résumé, il existe une hiérarchie dans le recours aux gamètes : sont d'abord privilégiés les gamètes du couple, est ensuite envisagé le recours à un don de spermatozoïdes pour les couples mariés en Suisse seulement. En France, il est également possible d'avoir recours à un don d'ovocyte ou de procéder à l'accueil d'embryon provenant d'un couple tiers. L'accueil d'embryon permet de contourner le dispositif d'interdiction du double don de gamètes⁴⁶⁰.

2°. L'accueil d'embryon en droit français

147. Interdit en droit suisse⁴⁶¹, l'accueil d'embryon fait l'objet en France d'un encadrement spécifique et est notamment « subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception »⁴⁶². L'accueil d'embryon concerne les embryons dont le projet parental a été épuisé, c'est-à-dire que le couple a satisfait ses projets parentaux et qu'il n'a plus besoin des embryons surnuméraires, ou encore les embryons dont le projet parental a cessé du fait d'une séparation ou d'un décès. La veuve ne peut pas en l'état actuel du droit français utiliser l'embryon conçu dans le cadre d'un projet parental qu'elle portait avec un homme décédé, quelle que soit la provenance des spermatozoïdes. Elle peut toutefois décider, seule, de donner l'embryon à un autre couple. Certains auteurs parlent d'ailleurs de cruauté puisque la veuve doit faire le deuil de son compagnon et des embryons en même temps, mais peut toutefois consentir à en faire don à un

⁴⁵⁵ T. DE RAVEL D'ESCLAPON, Prohibition du double don de gamètes : la Cour de cassation refuse de transmettre la QPC, note sous Cass., 1ère Civ., 19 janvier 2011, FS-P+B+I, n° 11-40.089, Dalloz actualité 31 janvier 2012.

⁴⁵⁶ Cass., 1ère Civ., 19 janvier 2011, FS-P+B+I, n° 11-40.089.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

⁴⁵⁸ Aude MIRKOVIC, « Interdiction du double don de gamètes : déjà déclarée conforme à la Constitution... Circulez, il n'y a rien à dire ! », note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 19 janvier 2012, pourvoi numéro 11-40.089, *Gazette du Palais*, 22 juin 2012, pp. 174-175.

⁴⁵⁹ Jean HAUSER, « Procréations médicalement assistées : pas de QPC », *RTD civ.*, 2012, p. 303.

⁴⁶⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, op. cit., p. 60 : « Par cohérence avec cette solution, l'interdiction du double don de gamètes devrait être maintenue, le double don n'étant d'aucune utilité dès lors que la possibilité d'accueillir un embryon est maintenue ».

⁴⁶¹ Suisse, LPMA, Article 4.

⁴⁶² Article L. 2141-6 alinéa 2 du Code de la santé publique ; Arrêté du 22 août 2008, NOR : SJSP0820540A à propos du consentement du couple ou du membre survivant à l'accueil de l'embryon par un couple tiers.

autre couple⁴⁶³. Pour autant, il semble exister des éléments d'explication à cette situation. La production d'embryons en dehors d'un projet parental est interdite et il semble plus facile de justifier l'utilisation d'embryons existants dans le cadre d'un autre projet parental que de les détruire⁴⁶⁴. L'accueil d'embryon s'apparenterait alors à l'adoption d'un embryon. Dans cette optique, on parle d'ailleurs d'accueil plutôt que de don⁴⁶⁵. La nature exacte de l'accueil d'embryon n'est pas définie et fait l'objet de débats⁴⁶⁶ puisque selon le référent choisi (don de gamète ou adoption), les implications en termes de mise en œuvre diffèrent. De plus, l'accueil de l'embryon par un couple permet tout de même à la femme de vivre la grossesse et pendant ce temps, de réaliser des échanges physiologiques et psychologiques avec l'embryon. D'une certaine façon, l'embryon est alors issu de la femme, même s'il ne partage pas avec elle le même patrimoine génétique⁴⁶⁷. Si l'accueil d'embryon est une faculté offerte par la loi de 1994, sa mise en œuvre est récente⁴⁶⁸, notamment du fait de l'adoption tardive des décrets d'application⁴⁶⁹. La procédure a abouti à la naissance d'un petit nombre d'enfants⁴⁷⁰. Le faible recours à cette possibilité s'explique par son caractère récent et subsidiaire⁴⁷¹ davantage que par l'imprécision de sa nature juridique. Afin d'encourager la pratique, la loi du 7 juillet 2011 a supprimé le caractère « exceptionnel » du recours à cette technique⁴⁷².

148. L'accueil d'embryon est autorisé alors que le double don de gamètes est quant à lui interdit en droit français. En l'état, les raisons d'une telle interdiction ne semblent pas toujours bien

⁴⁶³ Jean PENNEAU, « Corps humain », in Dalloz, *Répertoire de droit civil*, décembre 2005, actualisé en juin 2012, §374 : « À cet égard, on ne peut que noter l'inhumaine froideur du législateur : celui-ci, dans le même temps qu'il impose à la veuve de ne pas obtenir le transfert in vitro des embryons conçus avant le décès de son mari - et qu'il la confronte, ainsi, d'une certaine manière, à un double deuil : celui de son mari et celui des embryons conçus -, lui impose de répondre à la question de savoir si elle consent à abandonner ces embryons au profit d'un autre couple ».

⁴⁶⁴ Cette thèse est notamment promue par des associations catholiques aux États-Unis, qui considèrent qu'il s'agit - dans une perspective de définition de la vie dès la fécondation - d'offrir une famille à ces embryons et de les sauver de la destruction.

⁴⁶⁵ David BAKOUCHE, « Le transfert d'embryons post mortem », pp. 153-167 in *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, 2004, Economica, p. 165 : « le législateur préfère une terminologie qui est celle du droit des personnes et non pas des biens ».

⁴⁶⁶ Amendement présenté par M. Muselier et M. Door, Bioéthique (Deuxième lecture) - (n° 3403), Assemblée Nationale, 20 mai 2011

⁴⁶⁷ Frédérique DREIFUSS-NETTER, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD Civ*, 1996, p. 1 : « Certes cette méthode fait intervenir deux donneurs et non pas un seul. Néanmoins on peut considérer que l'enfant est tout de même issu de l'un des partenaires du couple (la femme) bien que son patrimoine génétique soit entièrement extérieur. En effet, lors de la grossesse, se produisent des échanges physiologiques et psychologiques importants entre la mère et l'enfant. Le législateur parle aujourd'hui d'"accueil d'embryon" ».

⁴⁶⁸ Grégoire MOUTEL, « Don et accueil d'embryons : une évolution novatrice qui demeure sensible », *La Lettre du Gynécologue*, n° 307, décembre 2005, pp. 4-7, spéc. p. 4 : « En 2004 : naissance du premier enfant français issu d'un accueil d'embryon. Le journal l'Express, dans son édition du 21 juin 2004, annonçait en titre : "Le premier embryon adopté" ... ».

⁴⁶⁹ Décret n°99-925 du 2 novembre 1999 relatif à l'accueil de l'embryon et modifiant le Code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État).

⁴⁷⁰ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2011*, p. 65 : à savoir, en 2010, 14 enfants sur les 22 401 nés par PMA (soit un peu plus de 0,06%) ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2013*, pp. 104-105 : en 2012, 24 enfants sur les 23 887 (soit un peu plus de 0,12%).

⁴⁷¹ Article L. 2141-6 alinéa 1er du Code de la santé publique : « Un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce ».

⁴⁷² Article L. 2141-5 du Code de la santé publique (ancienne version).

comprises⁴⁷³ même s'il semble que le nombre limité de gamètes disponibles et en particulier, d'ovocytes puisse être un élément de réponse. L'Agence de la biomédecine souligne ainsi que « le don d'ovocytes n'est pas développé en France à hauteur des demandes, entraînant pour les couples infertiles de longs délais d'attente »⁴⁷⁴. En matière de don d'ovocytes, le régime juridique général « des produits et éléments du corps humain », et en particulier la gratuité, n'est pas adapté aux spécificités du don d'ovocytes.

b. Les limitations pratiques

149. L'inadéquation du régime juridique des éléments et produits du corps humains à la spécificité du don d'ovocyte conduit *de facto* à une limitation supplémentaire du recours aux dons (1°). En effet, la gratuité des dons de gamètes conduit à une véritable pénurie d'ovocytes en France (2°).

1°. Le régime du don de gamètes

150. Les techniques mises en œuvre en matière de PMA évoluent rapidement, comme le montre l'exemple de l'utilisation des gamètes. Initialement, le sigle CECOS signifiait « Centre d'étude et de conservation du sperme humain » puisque seuls les dons de spermatozoïdes étaient pratiqués dans le premier centre créé en 1973. En comparaison, les premières conservations de tissu ovarien en France datent de 1995⁴⁷⁵. La loi de 2011 a ensuite autorisé la vitrification, qui est une technique de congélation ultrarapide qui permet de cryoconserver les ovocytes⁴⁷⁶.

De manière générale, le recours au don de gamètes pose des difficultés, en termes de disponibilité notamment. C'est pourquoi, des techniques se développent afin de permettre de ne pas avoir recours à des gamètes de tiers. Ainsi, le recours au don de sperme a connu une diminution importante depuis les années 1990 et le développement d'une nouvelle technique. En effet, l'ICSI (Intra Cytoplasmic Sperm Injection) permet d'injecter directement dans l'ovule un spermatozoïde, même immature, prélevé directement dans les testicules du candidat à la paternité. Désormais, les spermatozoïdes de l'homme peuvent être utilisés dans un plus grand nombre de cas qui auraient auparavant nécessité d'avoir recours à un donneur. La technique de l'ICSI est également utilisée, dans une moindre mesure, avec du sperme ou des ovocytes provenant d'un don⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Association Les enfants Kdos, Propositions de l'association les enfants KDOS à l'Agence de Biomédecine dans le cadre de la future révision de la loi bioéthique, 18 décembre 2008, p. 3 : « Nous ne comprenons pas les raisons de cette interdiction, alors qu'un double don de gamètes paraît plus « simple à gérer pour les donneurs, les receveurs et très probablement pour le futur enfant, qu'un don d'embryon ».

⁴⁷⁴ AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Rapport annuel 2011*, p. 68.

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

⁴⁷⁶ Article L. 2141-1 alinéa 4 du Code de la santé publique : « La technique de congélation ultra-rapide des ovocytes est autorisée ».

⁴⁷⁷ AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Rapport annuel 2011*, p. 65 : 8127 enfants sont nés d'ICSI intraconjugales en 2010, pour 160 enfants nés d'ICSI avec don de sperme et 101 enfants nés d'ICSI avec don d'ovocytes.

151. La situation concernant les dons d'ovocyte est plus problématique car il y a une réelle pénurie d'ovocyte. Cela conduit à la mise en œuvre d'arrangements et d'ajustements par rapport aux textes : ainsi, les dons d'ovocytes croisés ou encore appelés dons relationnels tendent à se développer. Les femmes en demande d'ovocyte peuvent parfois bénéficier de délais plus courts si elles « apportent » des ovocytes dans le circuit. Dans ce système relationnel, la femme en demande de don vient avec une donneuse d'ovocytes dont le don bénéficiera à une autre femme. Le développement de cette pratique questionne la gratuité du don de gamètes qui était à l'origine pensée pour le don de sperme. En effet, en 1973, le don de sperme est mis en œuvre selon les règles qui président au don de sang. Le régime juridique relatif au don de sang a en effet été repris par Monsieur Georges David, co-fondateur des CECOS, qui avait travaillé à la mise en place de ce cadre. Ainsi, le triptyque adopté dès le début des années 1970, à savoir anonymat, gratuité et volontariat, est repris par les premières lois bioéthiques comme des principes structurant du régime général des éléments et produits du corps humain⁴⁷⁸. C'est dans ce cadre général, pensé sur le modèle du don de sang, que le don de sperme s'inscrit d'abord, avant d'être rejoint par les dons d'ovocytes. Toutefois, aujourd'hui, ce régime montre ses limites. La pénurie des dons d'ovocytes est réelle⁴⁷⁹ et questionne un système inadapté du fait de sa neutralité à l'égard du « genre » du don.

2°. Le régime neutre du don de gamètes à l'épreuve de la pénurie de don d'ovocytes

152. Le « genre du don » apparaît dans le titre d'un ouvrage de Madame Irène Théry⁴⁸⁰, mais ne fait malheureusement pas l'objet de longs développements⁴⁸¹, alors que cela nous semble particulièrement pertinent. En effet, le régime qui encadre les dons de gamètes, indifféremment le sperme et les ovocytes, ne prend pas en compte les spécificités du don d'ovocyte⁴⁸². Ces spécificités tiennent au protocole médical pour obtenir des ovocytes qui est assez lourd pour la femme : en plus de la stimulation ovarienne, une opération chirurgicale est nécessaire pour extraire les ovules. Les risques associés au don d'ovocyte sont bien supérieurs à ceux liés au don

⁴⁷⁸ Sylviane AGACINSKI, *Corps en miettes*, Café Voltaire, Flammarion, 2009, p. 116 : « Aussi étrange que cela puisse paraître, on a traité les dons de sperme, puis d'ovocytes comme des dons de substance biologique quelconque, en appliquant les trois principes de base qui régissent le don en France : l'anonymat, la gratuité et le consentement ».

⁴⁷⁹ Pierre ABALLEA, Anne BURSTIN et Jérôme GUEJ, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, IGAS, Rapport N°RM2011-024P, Tome 1, février 2011, p. 4 : « La situation du don d'ovocytes est en effet caractérisée en France par une très nette insuffisance des dons au regard des besoins des couples nécessitant cet apport de gamète pour pallier une infertilité féminine. En 20082, 265 dons ont permis 145 naissances alors que plus de 1600 couples étaient en attente de don selon les données de l'ABM. Ces données nationales ne reflètent de surcroît qu'une partie du besoin : selon les estimations de la mission à partir d'un faisceau d'indices, et en restant dans le cadre éthique voulu par le législateur et dans le cadre de prise en charge par l'assurance maladie (couples hétérosexuels, femme de moins de 43 ans) la demande réelle serait comprise entre 1500 et 6000 couples ».

⁴⁸⁰ Irène THERY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'EHESS, Coll. « Cas de figure », 2010.

⁴⁸¹ Irène THERY, *op. cit.*, p. 13 : « Cette féminisation des dons est venue non seulement interroger la notion même de maternité, désormais « incertaine », mais bousculer une certaine représentation du don en général, dont on n'avait pas réalisé qu'il reposait implicitement sur le modèle masculin du don de sperme ».

⁴⁸² Voir sur la question du traitement juridique des gamètes au prisme du genre, Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de l'AMP sous le prisme du genre », *RJPF*, 2015, 3/7.

de sperme⁴⁸³. De même, le temps et le caractère invasif du protocole n'ont rien à voir. C'est dans ce contexte que la pénurie d'ovocyte intervient. Si le Conseil d'État, refuse de remettre en cause la gratuité du don d'ovocyte, il reconnaît toutefois que « le don d'ovocytes présente des inconvénients et même des risques médicaux pour la femme » et qu'il conviendrait d'appliquer plus rigoureusement le principe du remboursement de l'ensemble des frais engagés à l'occasion du don⁴⁸⁴. En effet, un décret de 2009⁴⁸⁵ prévoit l'« indemnisation de la perte de rémunération subie par le donneur »⁴⁸⁶ qui « est versée sur présentation des justificatifs nécessaires et ne peut être supérieure au quadruple de l'indemnité journalière maximale de l'assurance maladie du régime général prévue à l'article L. 323-4 du code de la sécurité sociale »⁴⁸⁷. De même, les déplacements effectués aux fins du don doivent être pris en charge⁴⁸⁸. *In fine*, l'établissement de santé prend à sa charge l'ensemble des frais médicaux associés⁴⁸⁹. Toutefois, « le décret du 24 février 2009 relatif au remboursement des frais engagés à l'occasion d'un don n'est en effet pas appliqué, en pratique, au don d'ovocytes »⁴⁹⁰.

Le don d'ovocyte questionne en profondeur l'actuelle application du régime des produits et éléments du corps humain aux dons de gamètes. Ce régime n'a pas été mis en place pour des dons aussi spécifiques que ceux de gamètes et encore moins en tenant compte du protocole médical lourd associé aux dons d'ovocytes. Le remboursement systématique de l'ensemble des frais engagés semble être le minimum qui doit être mise en place. D'autres pistes de réflexion pourraient être explorées comme un encadrement législatif des dons croisés d'ovocytes sur le modèle du don d'organes. Il semble difficile de renoncer au don relationnel mais il est en

⁴⁸³ Marie MERCAT-BRUNS, « Droits sur les produits du corps de la femme et discrimination : l'éclairage du droit français et du droit américain », in Marie MERCAT-BRUNS (dir.), *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006, p. 159.

⁴⁸⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois bioéthique*, op. cit., pp. 55-56 : « Le don de gamètes ne fait pas l'objet d'une rémunération ou d'une indemnisation, en raison du principe de non-patrimonialité du corps humain et de ses éléments. La question d'une évolution se pose cependant s'agissant des ovocytes. Certains professionnels ont pris position en ce sens, au regard notamment de la pénurie existante. Cet argument peut être pris en considération, mais dans le domaine de l'éthique, on ne peut admettre que nécessité ~~soit la justification d'une telle mesure~~ fasse loi. Le principe de gratuité, corollaire du principe de non-patrimonialité, garde toute son importance face aux dérives possibles et à la création d'un marché. Il est d'autant plus souhaitable de le maintenir que le don d'ovocytes présente des inconvénients et même des risques médicaux pour la femme. Dans ce contexte, un paiement risquerait d'inciter des femmes en difficulté financière à se mettre en danger pour que soient prélevés leurs ovocytes, ce qui n'est pas acceptable. Il faut cependant que les "donneuses" d'ovocytes soient intégralement défrayées des dépenses engendrées par leur don – transports et pertes de revenus, notamment. Il s'agirait ici non pas d'un paiement forfaitaire, ce qui correspondrait à une rémunération, mais d'un remboursement des frais réels, avec le souci que la démarche ne coûte par au donneur qui fait acte de générosité. Cela n'est pas encore suffisamment le cas, d'une part parce que les hôpitaux ne disposent pas de budget spécifique, d'autre part parce que la réglementation n'a longtemps pas pris ce sujet en compte, même si des efforts ont été récemment entrepris ».

⁴⁸⁵ Décret n° 2009-217 du 24 février 2009 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.

⁴⁸⁶ Article R. 1211-5 alinéa 1er du Code de la santé publique.

⁴⁸⁷ Article R. 1211-5 alinéa 2 du Code de la santé publique.

⁴⁸⁸ Article R. 1211-6 du Code de la santé publique.

⁴⁸⁹ Article R. 1211-8 du Code de la santé publique : « L'établissement de santé qui réalise le prélèvement ou la collecte prend à sa charge les frais d'examens et de traitement prescrits en vue du prélèvement, la totalité des frais d'hospitalisation, y compris le forfait mentionné à l'article L. 174-4 du code de la sécurité sociale ainsi que les frais de suivi et de soins assurés au donneur en raison du prélèvement dont il a fait l'objet. »

⁴⁹⁰ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2011*, p. 68.

revanche possible de songer à diversifier les sources de dons⁴⁹¹. À cette fin, il serait nécessaire de mettre en place des campagnes d'appel aux dons d'ovocytes spontanés⁴⁹². Une autre piste consiste à inciter les femmes déjà inscrites dans un parcours de PMA et ayant besoin d'une stimulation ovarienne et d'un prélèvement des ovocytes à faire bénéficier de leurs ovocytes surnuméraires des tiers⁴⁹³. Les bénéficiaires d'un don de sperme pourraient également être invités à fournir en contre-don des ovocytes. Cette mutualisation des dons permettrait sans doute de réduire en partie la pénurie⁴⁹⁴.

Dans le cadre de la révision de la loi de bioéthique en 2011, la condition tenant à ce que le donneur de gamète ait déjà procréé a été supprimée⁴⁹⁵. Le décret d'application précise les informations à délivrer aux donneurs de gamètes et introduit une nouvelle mesure que l'on peut voir comme une sorte de compensation au don⁴⁹⁶. En effet, désormais, les personnes qui donnent des gamètes et qui n'ont pas encore procréé peuvent « conserver une partie de ses gamètes en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation » en cas d'obtention d'une quantité suffisante de gamètes⁴⁹⁷. Afin de rendre plus attractif le don d'ovocyte, le décret permet désormais la conservation ovocytaire sans indication médicale. Pour autant, la réalisation ultérieure de la PMA devra s'inscrire dans le cadre relatif aux techniques et en particulier, il est bien précisé que « la conservation des gamètes se poursuit en vue de don si le donneur n'est plus en âge de procréer »⁴⁹⁸. Le recrutement de donneuses d'ovocyte permet ainsi d'introduire une nouvelle pratique –la conservation ovocytaire à son propre bénéfice– tout en inscrivant cette pratique dans les limites actuelles du cadre naturaliste à la PMA : ces femmes ne pourront donc pas bénéficier de leurs propres ovocytes lorsqu'elles ne seront plus jugées en âge de procréer par les instances médicales. Dans ces conditions, il est d'autant plus important que le législateur fixe la borne supérieure de ce critère.

153. La Suisse ne connaît pas cette situation du fait de l'interdiction du don d'ovocyte. Toutefois, il est intéressant de noter que lorsque la CNE recommande de mettre fin à l'interdiction du don d'ovule, dans la mesure où cela serait « discriminatoire au regard du don de sperme »⁴⁹⁹ et fondé « sur une justification naturaliste plus que discutable »⁵⁰⁰, elle propose d'organiser le don

⁴⁹¹ Pierre ABALLEA, Anne BURSTIN et Jérôme GUEDJ, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, IGAS, Rapport N°RM2011-024P, Tome 1, février 2011.

⁴⁹² *Ibidem*.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ Comme l'explique le décret d'application n°2015-1281, « la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a modifié les dispositions relatives au don de gamètes en ouvrant la possibilité aux personnes n'ayant pas eu d'enfant de donner leurs gamètes ».

⁴⁹⁶ Décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 relatif au don de gamètes.

⁴⁹⁷ Article R. 1244-2 du Code de la santé publique.

⁴⁹⁸ Article R. 1244-7 alinéa 3, 4° du Code de la santé publique.

⁴⁹⁹ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

d'ovules « comme le don d'organes, en prévoyant deux types de don : le don intra-familial (*related donor*), et le don "anonyme" (*un related donor*) »⁵⁰¹.

154. C'est dans ce contexte législatif, limitant la définition de la PMA aux techniques les plus acceptables et l'usage des gamètes de tiers, que sont mises en œuvre les techniques de PMA. De la sorte, le potentiel disruptif des techniques est fortement réduit et permet une meilleure inscription dans un cadre naturaliste, du couple parental, hétérosexuel, vivant et en âge de procréer. En effet, l'apparence du couple est celle d'un couple fertile et permet alors de cacher le recours aux techniques de PMA, aux dons de gamètes ou à la procédure d'accueil d'embryons.

§II. Modalités de mise en œuvre des dons de gamètes

155. Les conditions initialement posées par les professionnels de santé avaient pour but de légitimer une pratique médicale nouvelle et de garder secret le recours aux techniques de PMA. En particulier, les modalités de mise en œuvre des techniques de PMA hétérologues, c'est-à-dire celles qui nécessitent un don de gamète, permettent de masquer le rôle joué par les tiers, professionnels de santé et donneurs, dans le processus de reproduction. En France, pour permettre aux parents de garder secret le recours à une PMA hétérologue, les équipes des CECOS ont pris l'initiative d'apparier le profil du donneur de gamète à celui de la personne infertile du couple receveur (A). Le principe d'anonymat du don de gamètes renforce cette pratique professionnelle et assure la pérennité du secret (B).

A. L'appariement des donneurs de gamètes aux candidats à la PMA

156. Le recours aux dons de gamètes est mis en œuvre par les professionnels de santé de telle manière que cela est impossible à détecter. Pour cela, une procédure d'appariement est réalisée et consiste à sélectionner un donneur ayant des caractéristiques proches de la personne stérile du couple. Ainsi, sont mis en comparaison deux à deux, le donneur et la personne stérile du couple ou encore les deux couples en cas d'accueil d'embryon (a). La provenance de ce terme, il est vrai peu usité par ailleurs, ne semble pas connue mais témoigne de la logique derrière la procédure. Il s'agit en effet de créer les conditions du secret en choisissant selon différents critères les ressources génétiques idéales à chaque couple (b).

a. La procédure d'appariement

Le choix des gamètes par le biais d'une procédure d'appariement a été mis en place par les professionnels de santé en France, aussi bien pour les dons de gamètes que dans le cadre de la procédure d'accueil d'embryon (1°). En Suisse, cette procédure, également d'origine professionnelle, a fait l'objet d'une consécration législative dans la LPMA (2°).

⁵⁰¹ *Ibid.*

1°. En France, une règle de bonne pratique professionnelle

157. En France, l'appariement a d'abord été pratiqué pour les dons de sperme (i) avant d'être étendu aux autres types de dons et en particulier à l'accueil d'embryon (ii).

i. Mise en place initiale de l'appariement pour le don de sperme

158. L'appariement tel qu'il a été mis en place dès les années 1970 dans les CECOS consiste à sélectionner le donneur pour qu'il corresponde au profil du mari stérile ; les critères pris en compte sont physiques (couleur de peau, des yeux, des cheveux, taille, poids) mais aussi biologique (groupe sanguin). Au sein du groupe clef ainsi défini à partir des critères morphologiques et du groupe sanguin du mari stérile, le donneur est interchangeable. Tout est ainsi fait pour ne pas créer de discordances majeures entre l'enfant et les parents et en particulier, ces conditions permettent aux parents d'avoir le choix de dire ou non aux enfants issus de dons de quelles manières ils ont été conçus. Le choix du donneur ne force pas les parents à informer l'enfant sur les conditions de sa conception. Au contraire, il est possible de penser que ce n'est pas le choix mais bien le secret qui est ainsi promu et protégé. « Au centre de ce secret garanti par l'institution médicale, [se trouve] la procédure d'*appariement* entre le donneur de sperme et le mari stérile, permettant de faire passer celui-ci pour le géniteur : même groupe sanguin, même couleur de peau, des yeux, des cheveux, tout a été conçu pour parfaire l'illusion. Cet appariement est encore pratiqué aujourd'hui »⁵⁰². En effet, les règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques de la PMA précisent, à propos de l' « attribution et de la mise à disposition des gamètes », qu' « un appariement entre le couple receveur et le donneur ou la donneuse dont les gamètes sont utilisés est souhaitable. Il tient compte des caractéristiques physiques et des groupes sanguins du couple receveur »⁵⁰³. Sans apparaître dans les textes législatifs relatifs à la PMA, cette procédure, d'origine professionnelle, est consacrée comme une bonne pratique pour les dons de gamètes. Elle a aussi été étendue à la procédure d'accueil d'embryon.

ii. Extension de la procédure d'appariement à l'accueil d'embryon

159. La procédure d'appariement est également pour l'accueil d'embryon et interroge dans la mesure où elle influence la perception que l'on peut avoir de sa nature. Si on considère, l'accueil d'embryon sur le modèle du don de gamètes, la procédure d'appariement s'impose alors que dans l'hypothèse où l'accueil d'embryon serait considéré comme une adoption prénatale, l'appariement serait superflu. Une étude synthétise les pratiques observées concernant l'appariement du couple receveur au couple donneur et met en lumière le fait que si « l'appariement entre le couple donneur et le couple receveur n'est pas exigé par la loi,

⁵⁰² Irène THÉRY, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁰³ Arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

cependant, l'ensemble des centres réalise un appariement selon l'origine ethnique des couples. Selon les centres, l'appariement peut également être fait sur le groupe sanguin, les caractéristiques physiques ou l'âge de la femme. Pour les centres qui réalisent un appariement portant en particulier sur les groupes sanguins, le but est de laisser la liberté aux couples receveurs de choisir d'informer ou non l'enfant sur ses origines »⁵⁰⁴. L'Agence de la biomédecine recommande dans ses bonnes pratiques que « l'appariement des caractères phénotypiques (soit) réalisé pour favoriser la naissance d'un enfant qui ne soit pas d'emblée perçu comme différent de la famille »⁵⁰⁵. En particulier, il est précisé que « chaque fois que possible, l'appariement sur le groupe sanguin rhésus est pris en compte mais il n'est pas toujours réalisable dans l'accueil d'embryons »⁵⁰⁶. *In fine*, l'Agence de la biomédecine s'en remet aux professionnels et aux parents puisqu'il est précisé que « la mise en œuvre des critères d'appariement restera au final à la discrétion de la politique interne de l'équipe médicale et du souhait du couple receveur avec qui il sera préalablement discuté »⁵⁰⁷.

En France, la procédure d'appariement concerne l'ensemble des autres dons, d'ovocyte et d'embryon. Pour autant, en France, cette norme professionnelle n'a jamais fait l'objet d'une reconnaissance législative et demeure au rang des bonnes pratiques.

2°. En Suisse, une règle de bonne pratique consacrée réglementairement

160. En Suisse, la procédure d'appariement est également le fruit d'une pratique professionnelle. Pour autant, la formulation adoptée par les recommandations de bonnes pratiques françaises concernant la procédure d'appariement est très différente de celle retenue par le droit suisse. En Suisse, les directives et recommandations d'éthique médicale de l'Académie suisse des sciences médicales du 17 novembre 1981 prévoyaient que « le médecin (...) choisira dans la mesure du possible un donneur dont l'enfant puisse avoir l'apparence d'un enfant du couple concerné ». La loi fédérale relative à la PMA a ensuite consacré la procédure d'appariement en droit suisse : « seuls le groupe sanguin et la ressemblance physique du donneur avec l'homme à l'égard duquel un lien de filiation sera établi sont déterminants lors de la sélection des spermatozoïdes »⁵⁰⁸. Cette formulation est intéressante : s'il s'agit bien d'une reconnaissance de l'appariement comme norme professionnelle de sélection des gamètes, les critères de sélection sont désormais énumérés de manière limitative et la règle consiste à ne permettre qu'aucun autre critère ne soit utilisé. Il ne s'agit pas alors d'encourager ou de rendre

⁵⁰⁴ Christiane WITTEMER et Karima BETTAHAR-LEBUGLE, « État des lieux de l'accueil d'embryons en France », *Médecine de la Reproduction, Gynécologie Endocrinologie*, vol. 10, n° 1, janvier-février 2008, pp. 18-20, spéc. p. 20.

⁵⁰⁵ AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Recommandations de bonnes pratiques en accueil d'embryons*, Conseil d'orientation, 17 décembre 2010, p. 14

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *op. cit.*, p. 15

⁵⁰⁸ Suisse, LPMA, Article 22, « utilisation de sperme provenant de dons », 4.

obligatoire la procédure d'appariement mais de reconnaître quels en sont les contours admissibles.

La reconnaissance par le droit suisse de la procédure d'appariement légitime davantage cette pratique professionnelle, en dépit d'une formulation qui tend à encadrer et limiter les critères de sélection. Quelle que soit la valeur reconnue à cette norme, professionnelle et réglementaire en France et professionnelle et législative en Suisse, il apparaît que la finalité de la procédure d'appariement est tout autant discutable.

b. Quels critères utiliser dans la sélection des gamètes ?

161. La procédure d'appariement est mise en œuvre sans que son bien-fondé et ses objectifs n'aient fait l'objet de débats de fond. La question de la pertinence d'un tel dispositif, pierre angulaire du secret, se pose aujourd'hui. Il s'agit alors d'analyser les critères mobilisés lors de la sélection des gamètes et de délimiter ceux qui relèvent d'impératifs sanitaires et ceux qui sont des demandes sociales (1°) en vue de proposer un dispositif de sélection des donneurs moins discutable (2°).

1°. Les critères utilisés dans la procédure d'appariement

162. La procédure d'appariement est exigeante. Le terme même d'appariement, qui signifie l'« action d'apparier, d'unir par couple, d'assortir par paire »⁵⁰⁹, laisse penser qu'il n'existe qu'une configuration possible et qu'il faut nécessairement trouver le donneur qui correspond le mieux au bénéficiaire. Pour trouver le ou les donneurs potentiels, différents critères sont mobilisés et répondent à des enjeux différents.

Certains critères visent directement à perpétuer le secret. Il s'agit de l'ensemble des critères basés sur la ressemblance phénotypique : en particulier, des critères physiques et morphologiques sont pris en compte pour que le donneur de gamètes ressemble au membre stérile du couple candidat. Ils n'ont pas de justification médicale mais peuvent être justifiés par le fait qu'ils guident les professionnels de santé en prenant modèle sur la reproduction charnelle. Associé au critère du groupe sanguin, les critères précédents prennent toutefois une autre dimension et montrent qu'il s'agit bien de maquiller le recours au don. L'appariement du groupe sanguin révèle une réelle volonté de permettre le secret de manière durable. En effet, l'appariement phénotypique rend possible le secret sur le recours à un don de gamète à l'égard des tiers tandis que l'appariement du groupe sanguin crée les conditions du secret à l'intérieur de la famille. Les parents peuvent ainsi choisir de ne jamais révéler à l'enfant les conditions de sa conception et celui-ci ne pourra pas l'apprendre au détour d'une prise de sang ou d'une hospitalisation.

⁵⁰⁹ TLFI, « appariement ».

D'autres critères utilisés dans la procédure d'appariement ne remplissent pas l'objectif de maintenir secret le recours au don et répondent au contraire à une logique médicale. Il peut par exemple s'agir de prendre en compte des indications génétiques et de choisir un donneur compatible avec les parents de ce point de vue. Ce critère de sélection s'inscrit par ailleurs dans un processus plus large de prise en compte des risques sanitaires par rapport à la sélection des gamètes.

Ainsi il apparaît trois types de critères : ceux médicaux et sanitaires, indispensables ; ceux qui permettent le secret vis-à-vis des tiers et de l'enfant. Cette typologie rapide montre que l'objectif principal de la procédure d'appariement est de créer les conditions du secret quant au recours au don de gamètes et inscrit l'utilisation des techniques de PMA dans un cadre naturaliste. Monsieur Jacques Testart s'interroge sur « la légitimité qu'auraient les praticiens pour imposer ainsi des règles qui sont plus sociales que sanitaires (sauf pour une éventuelle incompatibilité foëto-maternelle) »⁵¹⁰. Nous pensons également que la procédure d'appariement devrait être remise en cause et être remplacée par une procédure de sélection des gamètes.

2°. Les critères à utiliser dans la procédure de sélection des gamètes

163. La procédure d'appariement est inscrite au cœur d'un dispositif normatif problématique qui ne respecte pas l'histoire de l'enfant. Aussi, il convient de définir les critères qui pourraient être maintenus dans la nouvelle procédure de sélection des gamètes, au prisme de l'intérêt de l'enfant. Cela participerait également à déconstruire le naturalisme de l'encadrement juridique actuel des techniques de PMA.

La question de la pertinence de l'appariement physique et morphologique se pose. Ces critères s'inscrivent dans un cadre naturaliste que nous ne cautionnons pas, toutefois, ils permettent à l'enfant de partager des traits physiques avec ses parents et surtout, cela ne permet pas à l'enfant d'être perçu comme étant né de techniques de PMA. De plus, remettre en question cet appariement demande alors ensuite de définir une procédure de sélection. En l'état actuel des pratiques, ce sont les médecins qui choisissent et imposent ces critères, en référence aux couples. Si l'appariement phénotypique n'est pas réalisé, les parents pourraient alors souhaiter des critères physiques particuliers ou sélectionner le donneur sur des critères physiques, comme cela se fait outre-Atlantique. C'est pourquoi l'appariement phénotypique semble devoir être maintenu, bien qu'il puisse être dans une certaine mesure allégé, avec moins de critères retenus ou encore des critères moins précis. La sélection des gamètes en fonction des caractères physiques et morphologiques, notamment ethniques, encadrent les pratiques des médecins et disqualifient toutes les demandes éventuelles des auteurs du projet parental.

Si nous maintenons ces critères qui permettent de ne pas trahir la conception de l'enfant vis-à-vis des tiers, il nous paraît toutefois opportun et indispensable de remettre en cause le critère du

⁵¹⁰ Jacques TESTART, « Appariement et accueil d'embryons », *Revue du praticien*, 2004, 86, pp. 33-35.

groupe sanguin. En effet, le groupe sanguin est utilisé dans un cadre strictement médical. Or, tant que l'enfant est petit, il est entouré de ses parents dans les relations avec les médecins. Lorsqu'il devient par la suite un acteur de santé autonome, y compris avant sa majorité, son implication dans l'interaction médicale repose sur la compréhension qu'il peut avoir de la situation⁵¹¹. De la sorte, il est certain qu'il serait également en âge de connaître les conditions de sa conception. Les parents pourraient informer l'enfant plus tôt et s'ils ne le font pas, ils sauraient que cela pourrait être révélé à l'enfant à l'occasion d'un examen médical. Enfin, il nous semble important de ne pas laisser à la discrétion des parents le choix d'avoir recours ou non à un tel appariement. En effet, dans la mesure où ce dispositif rend possible le secret, il doit faire l'objet d'une réflexion et d'un encadrement au niveau institutionnel et permettre à tous les enfants de connaître les circonstances de leur naissance.

La sélection des gamètes ou de l'embryon prendrait en compte l'ensemble des critères médicaux et sanitaires nécessaires et, autant que possible, les grands traits phénotypiques des auteurs du projet parental. Pour autant, il ne s'agit pas de trouver le « double idéal » au parent ou au couple stérile et ce n'est pas un appariement dans le sens où de nombreux donneurs peuvent répondre à ces critères. Cette nouvelle procédure de sélection, qui ne prend plus en considération le groupe sanguin, constituerait en outre une étape importante vers la levée du secret qui entoure actuellement le recours aux dons de gamètes. La remise en cause du secret passe également en droit français par une évolution quant à l'anonymat des dons.

B. L'anonymat des dons de gamètes

164. En droit français, les dons de gamète suivent le régime juridique des éléments et produits du corps humain. C'est pourquoi, en plus du principe de gratuité –dont on a déjà souligné le caractère problématique en matière de don d'ovocyte–, le principe d'anonymat s'applique. L'anonymat du donneur de gamète contribue à favoriser les conditions du secret en assurant aux acteurs que le donneur ne sera jamais une figure concurrente aux parents. Emprunté aux règles bioéthiques, l'anonymat est un principe structurant en droit français qui révèle la faiblesse de la PMA comme dispositif où en l'absence de statut, le donneur est envisagé comme un concurrent au père (a). Au contraire, le droit suisse reconnaît l'importance pour les enfants d'avoir accès à leurs origines (b).

⁵¹¹ Voir not. article 371-1 alinéa 3 du Code civil: « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité » et article L. 1111-2 alinéa 5 du Code de la santé publique : « Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle ».

a. L'anonymat du don de gamètes en droit français

165. En droit français, l'anonymat est un principe bioéthique général pour l'ensemble des produits et éléments du corps humains, y compris les dons de gamètes. Pour autant, ce principe général semble particulièrement inadapté aux dons de gamètes qui, contrairement aux autres produits et éléments du corps humain, rendent possible la naissance d'un tiers, l'enfant (1°). En particulier, il révèle la difficulté à concevoir la paternité de l'auteur du projet parental en cas de recours à un don de sperme (2°).

1°. Un principe bioéthique général

166. L'anonymat est un principe qui est utilisé en particulier pour permettre la circulation des produits et éléments du corps humains, catégories regroupant l'ensemble des matériaux biologiques humains⁵¹². Le principe a été repris concernant le don de gamètes⁵¹³. Toutefois, il est fortement remis en cause du fait de la particularité du don de gamètes au sein des éléments et produits du corps humain. Pour Madame la professeure Catherine Labrusse-Riou, « si l'anonymat du donneur d'organe nous paraît justifié d'un point de vue anthropologique, l'anonymat du donneur de gamètes et, pire encore d'embryon, est particulièrement discutable et d'ailleurs discuté en fait comme en droit »⁵¹⁴. Très critique à l'égard de l'assimilation des gamètes aux autres produits et éléments du corps humains, elle estime que « l'anonymat du donneur, règle générale, révèle la réduction fictive des moyens biologiques de la reproduction à n'importe quel autre élément corporel »⁵¹⁵. De la même manière, Madame Irène Théry parle du cadre juridique de la PMA comme un système du « ni vu ni connu »⁵¹⁶ et dénonce l'anonymat du donneur qui permet aux parents de ne jamais être remis en cause dans leur statut par un tiers. Elle propose alors la notion de don d'engendrement pour valoriser le donneur dans le processus de PMA. En effet, derrière cette formule, elle entend que le don de gamètes, d'embryon ou la mise à disposition d'un utérus sont des actes qui permettent à d'autres individus d'engendrer un enfant. Le don d'engendrement est en somme le don qui permet à d'autres d'engendrer. De cette

⁵¹² Au livre II, intitulé « Don et utilisation des éléments et produits du corps humain », titre Ier « Principes généraux », l'article L. 1211-5 du Code de la santé publique dispose que « Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique ».

Le principe est également en exergue du Code civil dont l'article 16-8 dispose que « aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci ».

⁵¹³ Sylviane AGACINSKI, *op. cit.*, p. 116 : « Aussi étrange que cela puisse paraître, on a traité les dons de sperme, puis d'ovocytes comme des dons de substance biologique quelconque, en appliquant les trois principes de base qui régissent le don en France : l'anonymat, la gratuité et le consentement ».

⁵¹⁴ Catherine LABRUSSE-RIOU, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », pp. 81-108 in Alain SERIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie juridique, 1996, p. 88.

⁵¹⁵ Catherine LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, p. 91.

⁵¹⁶ Irène THÉRY, *op. cit.*

manière, l'enfant serait inscrit dans une biographie plus conforme à la réalité avec la reconnaissance de l'ensemble des acteurs et en particulier les donneurs de gamètes ou les couples qui permettent à d'autres couples de bénéficier d'embryons⁵¹⁷. Elle met par ailleurs en avant les revendications des enfants nés de dons de gamètes et qui le savent. Irène Théry parle de 15% seulement d'enfants qui savent être nés d'une AMP avec tiers donneur sur les 45 000 enfants nés de cette manière depuis 1973⁵¹⁸. Depuis 2002, l'association Procréation Médicalement Anonyme donne de la visibilité aux enfants nés de dons de gamètes⁵¹⁹.

Remis en cause en doctrine, le principe d'anonymat du donneur de gamètes n'est pas remis en cause par la jurisprudence et semble voué à perdurer tant qu'une modification législative n'interviendra pas. L'avis rendu le 13 juin 2013 par le Conseil d'État statuant au contentieux confirme la validité juridique du principe. En particulier, il a jugé que les dérogations prévues aux articles L. 1244-6 et L. 1131-1 dernier alinéa du Code de la santé publique concernant l'accès aux données non identifiantes de nature médicale ménagent un équilibre satisfaisant entre les intérêts en cause. De même, il ne juge pas le refus de l'accès à l'identité de l'auteur du don de gamètes contraire aux stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet avis prend appui sur l'absence de remise en cause du système de la PMA avec IAD lors de la révision des lois de bioéthique en 2011 et semble s'inscrire dans un « souci de préservation de la pérennité d[e ce] système »⁵²⁰. Des juridictions administratives du fond avaient déjà rendues des jugements en ce sens⁵²¹.

L'anonymat du donneur de gamète s'est d'abord imposé comme norme professionnelle puis comme exigence légale. Aujourd'hui, ce principe bioéthique, remis en cause en doctrine et par des enfants nés de dons, perdure. Il semble en effet remplir un rôle important au sein du corpus juridique de la PMA, en ce qu'il garantit le secret et conforte la paternité de l'homme, auteur du projet parental.

2°. Un principe corroborant la paternité de l'auteur du projet parental

167. Les règles relatives à l'établissement de la filiation de l'enfant né par PMA hétérologues permettent de comprendre une des fonctions essentielles remplies par l'anonymat du donneur de sperme. Elle consiste en particulier à rassurer le donneur et les auteurs du projet parental quant au fait que le lien génétique qui l'unit à l'enfant ne pourra jamais servir à établir sa paternité. Pourtant, l'anonymat paraît superfétatoire dans la mesure où des dispositions spécifiques prévoient explicitement l'impossibilité d'établir la paternité du donneur. Ainsi,

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ Irène THÉRY, *op. cit.*, p. 110.

⁵¹⁹ Site de l'association Procréation médicale anonyme : <http://www.pmanonyme.asso.fr/>.

⁵²⁰ Sylvia-Lise BADA, *Le principe de l'anonymat des donneurs de gamètes passe le cap du Conseil d'État*, in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 4 juillet 2013.

⁵²¹ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », note sous TA de Montreuil, 14 juin 2012, Mme G., n° 1009924 et TA de Paris, 21 septembre 2012, M. M., *AJDA*, 12 novembre 2012, n°38/2012, p. 2119.

l'article 311-19 du Code civil met à l'abri le donneur de sperme de tout rôle juridique à jouer, le protégeant d'une action en responsabilité ou en recherche de paternité⁵²². Au contraire, l'article 311-20 s'assure de l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du conjoint ou du mari qui s'est engagé dans une PMA hétérologue⁵²³. Des dispositions formalisent d'ailleurs le recours aux dons de gamètes⁵²⁴ : « l'homme et la femme doivent préalablement déposer un consentement écrit auprès d'un juge ou d'un notaire. Cet engagement atteste du projet parental »⁵²⁵. De la sorte, en cas d'IAD, « un des soucis du législateur a été de clarifier la filiation des enfants conçus par AMP et de fixer les droits et les devoirs de leurs parents »⁵²⁶.

L'anonymat du don de sperme peut ainsi être lu comme révélant la concurrence qui existerait entre l'homme, auteur du projet parental et le donneur quant à la paternité de l'enfant. Cette situation concerne particulièrement le don de sperme dans la mesure où la définition de la paternité est bien moins certaine que celle de la maternité, aujourd'hui, assimilée à la gestation et à l'accouchement. Par exemple, jusqu'à la loi de 2011, les donneurs de gamètes devaient être eux-mêmes parents. Madame Aude Mirkovic écrit à ce sujet que l'autorisation du « don par des donneurs n'ayant pas fait l'expérience de la procréation, [...] rend douteuse la possibilité pour eux de donner un consentement en connaissance de cause »⁵²⁷. L'expérience de la parenté est confondue –dans l'ancienne condition légale et par Madame Aude Mirkovic– avec celle du don de sperme alors que le père et le donneur ne sont pas du tout dans les mêmes rapports avec leurs enfants et ceux nés à partir de leur don de sperme. Les débats autour de l'ouverture de la PMA aux femmes seules et aux couples lesbiens montrent également la manière dont le donneur de sperme est parfois appelé à signifier, d'un point de vue symbolique, la différence des sexes. Madame Sophie Paricard écrit ainsi qu'« un enfant aurait seulement une mère ou deux mères au gré de la source du désir d'enfant, sans la possibilité de retrouver un jour une figure paternelle,

⁵²² Article 311-19 du Code civil : « En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur ».

⁵²³ Les deux derniers alinéas de l'article 311-20 du Code civil disposent que : « Celui 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.

En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331 ».

⁵²⁴ Le dernier alinéa de l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique dispose que « les époux, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire ». L'alinéa 1^{er} de l'article 311-20 du Code civil précise ainsi 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, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ».

⁵²⁵ Bertrand PULMAN, *op. cit.*, p. 73.

⁵²⁶ *Ibidem* : « De façon à éviter que le membre masculin d'un couple bénéficiant d'une IAD ne puisse ensuite se dégager de ses obligations paternelles, il est prévu que l'homme et la femme doivent préalablement déposer un consentement écrit auprès d'un juge ou d'un notaire. Cet engagement atteste du projet parental et, bien que l'homme ne soit pas le géniteur de l'enfant d'un point de vue strictement biologique, ceci interdit toute action ultérieure en contestation de filiation ».

⁵²⁷ Aude MIRKOVIC, « Le don de gamètes, entre espoirs et impasses », *Droit de la famille*, n°2, février 2013, étude 2.

le donneur de sperme étant totalement effacé »⁵²⁸. Le donneur est manifestement confondu avec un père en puissance alors que bien des hommes peuvent être amené à jouer le rôle d'une figure paternelle.

La question de la levée de l'anonymat du donneur revient régulièrement dans les débats publics et politiques en France dans la mesure où ce principe participe pleinement du secret autour de la PMA. Dans cette optique, le droit suisse paraît particulièrement intéressant en ce qu'il permet aux enfants d'accéder à des informations sur le donneur de sperme qui a permis leur naissance.

b. Le secret sans l'anonymat en droit suisse

168. Le droit suisse s'illustre par l'absence d'anonymat du donneur de sperme (1°). Pour autant, cette exigence constitutionnelle de permettre à l'enfant né d'un don d'accéder à des informations sur le donneur⁵²⁹ ne remet pas en cause le secret dans la mesure où la procédure d'appariement ainsi que les conditions tenant à l'apparente fertilité du couple parentale demeurent (2°).

1°. Remise en cause du principe d'anonymat du donneur de gamète

169. En dotant le donneur d'un statut spécifique, le droit suisse semble davantage que le droit français reconnaître les modifications apportées par les techniques de PMA « dans la structure familiale »⁵³⁰. Pour autant, cela n'a pas toujours été le cas. En effet, avant l'adoption de la LPMA, les directives médico-éthiques relatives à la PMA posent le principe d'anonymat du donneur de sperme – puisque seules des informations qui ne permettent pas d'identifier le donneur peuvent être communiquées par le médecin aux parents et/ou à l'enfant⁵³¹. Avec l'adoption de la LPMA, cette norme professionnelle est remise en cause et entre en contradiction avec les dispositions légales qui ne garantissent pas l'anonymat des donneurs de gamètes⁵³². En effet, l'encadrement législatif des techniques de PMA est l'occasion pour le législateur de revoir l'équilibre qui existe entre les droits des parties en présence, et notamment de reconnaître le droit à la connaissance des origines aux enfants nés d'un don de sperme⁵³³.

Cette modification intervient à la suite d'un arrêt du Tribunal fédéral rendu le 15 mars 1989⁵³⁴ qui juge « problématique la garantie absolue de l'anonymat du donneur à une insémination hétérologue [qui était conforme aux bonnes pratiques médicales en vigueur à l'époque] et dans

⁵²⁸ Sophie PARICARD-PIOUX, *La convenance personnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2003, §403, p. 371.

⁵²⁹ Suisse, Constitution fédérale, Article 119, 2, g : « toute personne a accès aux données relatives à son ascendance ».

⁵³⁰ Dominique MANAI, *op. cit.*, p. 317.

⁵³¹ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Directives médico-éthique pour la procréation médicalement assistée*, 21 février 1990, Article 8 : Tenue d'archives et droit à l'information : « 2. Sur demande des parents ou de l'enfant, le médecin peut présenter les documents relatifs au donneur, à l'exception des indications permettant son identification. 3. Les intérêts personnels et juridiques du donneur doivent être sauvegardés. Le secret de son identité doit être garanti par des mesures particulières de protection des données ».

⁵³² Dominique MANAI, *op. cit.*, p. 320.

⁵³³ Isabelle ENGELI, *Les politiques de la reproduction, Les politiques d'avortement et de procréation médicalement assistée en France et en Suisse*, L'Harmattan, 2010, p. 256 : « La question de l'anonymat du don de sperme a été très controversée en Suisse. Avec la justification de l'intérêt de l'enfant, la règle de l'anonymat du don appliquée par le corps médical a été abolie ».

⁵³⁴ ATF 115 Ia 234, JdT 1991 II 203 (rés.).

chaque cas il convenait de peser les intérêts contradictoires »⁵³⁵. Le législateur suisse inscrit alors à l'article 119 de la Constitution fédérale que « toute personne a accès aux données relatives à son ascendance ». La LPMA a par la suite instauré un dispositif particulier pour répondre à cette exigence constitutionnelle : « le donneur doit, avant le don, être informé par écrit sur la situation juridique, en particulier sur le droit de l'enfant de prendre connaissance du dossier du donneur »⁵³⁶. « L'enfant âgé de 18 ans révolus peut obtenir de l'office [fédéral de l'état civil] les données concernant l'identité du donneur et son aspect physique »⁵³⁷. Seul un « intérêt légitime »⁵³⁸ permet à l'enfant, « quel que soit son âge »⁵³⁹, c'est-à-dire avant sa majorité, « d'obtenir toutes les données relatives au donneur »⁵⁴⁰, notamment la date du don de sperme et les résultats des examens médicaux. Concrètement, l'Office fédéral de l'état civil reçoit « immédiatement après la naissance de l'enfant » les informations transmises par le médecin traitant⁵⁴¹ et ces données sont conservées pendant quatre-vingt ans⁵⁴². La procédure consiste à informer le donneur avant de communiquer à l'enfant son identité, « dans la mesure du possible » et « si le donneur refuse de rencontrer l'enfant, celui-ci doit en être avisé et doit être informé des droits de la personnalité du donneur et des droits de la famille de celui-ci. Si l'enfant maintient la demande déposée en vertu de l'alinéa 1, les données lui seront communiquées »⁵⁴³. En outre, « le choix d'un ami du couple comme donneur n'est pas exclu *a priori* par l'article 22 LPMA »⁵⁴⁴.

Alors qu'en France, la question de l'existence d'un droit à la connaissance des origines est toujours en suspens⁵⁴⁵, la Suisse l'a constitutionnellement consacré et a organisé en conséquence une procédure pour permettre aux enfants nés d'un don de sperme d'accéder aux informations sur le donneur. En ce sens, « le système juridique suisse confère à l'enfant un droit subjectif à connaître ses ascendants, à l'instar de l'enfant adopté »⁵⁴⁶. Ce droit subjectif reconnu à l'enfant au niveau constitutionnel fait écho à des dispositions du droit international et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En particulier, la Convention de New York relative aux droits de l'enfant consacre à l'article 7 le droit à la connaissance des origines puisqu'il dispose que « l'enfant (...) a (...) dans la mesure du possible, le droit de

⁵³⁵ Dominique MANAI, *op. cit.*, p. 335.

⁵³⁶ Suisse, LPMA, Article 18, 2.

⁵³⁷ Suisse, LPMA, Article 27.

⁵³⁸ *Ibidem*.

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ Suisse, LPMA, Article 24, 2.

⁵⁴¹ Suisse, LPMA, Article 25.

⁵⁴² Suisse, LPMA, Article 26.

⁵⁴³ Suisse, LPMA, Article 27, 3.

⁵⁴⁴ Dominique MANAI, *op. cit.*, p. 334.

⁵⁴⁵ Aude MIRKOVIC, « Le don de gamètes, entre espoirs et impasses », *Droit de la famille*, n°2, février 2013, étude 2 : « Clotilde Brunetti-Pons (...) explique qu'il n'existe pas de droit de l'homme à la connaissance de ses origines. La Cour européenne des droits de l'homme a consacré un intérêt primordial à connaître les informations d'ordre personnel et familial détenues par les services sociaux, car elles touchent à la vie privée et familiale des requérants, mais non un droit ».

⁵⁴⁶ Dominique MANAI, *op. cit.*, p. 335.

connaître ses parents et d'être élevé par eux ». De même, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme fait de la connaissance de ses origines une composante de l'identité personnelle⁵⁴⁷. En particulier, la CEDH fait entrer la question de l'accès à ses origines personnelles dans le cadre plus large de la protection des données à caractère personnel. Sur ce fondement, le Royaume Uni a été condamné pour avoir refusé de donner pleinement accès aux dossiers personnels détenus par les services sociaux à une personne autrefois prise en charge par ces services⁵⁴⁸. Toutefois, concernant la confidentialité qui était permise dans le cadre de la procédure d'accouchement sous X, la France n'a pas été condamnée pour violation des articles 8 et 14 de la Convention⁵⁴⁹. En effet, la Cour a estimé qu'un juste équilibre avait été ménagé entre les intérêts de l'enfant, notamment à la connaissance de ses origines et la protection de la santé des mères. En revanche, l'Italie a été condamnée à propos du système d'accouchement secret qui ne permet d'avoir accès à aucune information non identifiante, y compris à l'identité de la mère biologique avec son accord⁵⁵⁰. Au regard de cette dernière jurisprudence, les évolutions législatives françaises quant à l'accouchement sous X qui permettent, depuis la loi du 22 janvier 2002, de communiquer de telles données et une réversibilité du secret conditionnée à l'accord de la femme paraissent opportunes⁵⁵¹. Ni la Convention de New-York, ni la jurisprudence de la CEDH n'imposent de reconnaître un droit subjectif à la connaissance de son ascendance génétique et les évolutions intervenues en droit français ne concernent que l'accouchement sous X. Le principe d'anonymat du don de gamète, quant à lui, perdure en droit français. Il pourrait être intéressant de s'inspirer de ce qui existe en Suisse ; toutefois, il convient de relativiser l'existence du droit subjectif d'accès à la connaissance de son ascendance consacrée en droit suisse. En effet, celui-ci ne met pas pour autant fin au secret qui entoure le recours aux techniques de PMA hétérologues.

2°. Permanence de la procédure d'appariement et survivance du secret

170. Dans le contexte français de remise en cause du principe d'anonymat du don de gamète, l'exemple suisse permet de comprendre que la fin de l'anonymat du don ne signe pas nécessairement la fin du secret autour de la PMA. En effet, le secret est davantage permis par les critères utilisés dans la procédure d'appariement et l'ensemble des conditions d'accès aux techniques de PMA que par la reconnaissance du droit à connaître ses origines. Le secret perdure en droit suisse dans la mesure où les conditions d'accès à la PMA consacrent un couple

⁵⁴⁷ CEDH, Odièvre contre France, requête n° 42326/98, 13 février 2003, §II9 : « La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention qui trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce ».

⁵⁴⁸ CEDH, arrêt Gaskin c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, série A n° 160 et CEDH, arrêt M.G. c. le Royaume-Uni du 24 septembre 2002, requête n° 39393/98.

⁵⁴⁹ CEDH, Grande chambre, Odièvre contre France, requête n° 42326/98, 13 février 2003.

⁵⁵⁰ CEDH, Godelli contre Italie, requête n° 33783/09, 25 septembre 2012.

⁵⁵¹ Voir en particulier l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles et l'ensemble de la loi n°2002-93 du 22 janvier 2002 instituant le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP).

parental à l'apparence fertile et où le donneur de sperme est sélectionné pour correspondre à l'homme stérile. Comme l'explique Madame la professeure Dominique Manaï, face à la « pulvérisation des repères »⁵⁵² opérées par les nouvelles technologies de la reproduction, la doctrine suisse juge que le « souci [du législateur] est de ne pas trop s'écarter du modèle familial traditionnel et de ses fondements biologiques, sous peine de déstabiliser l'enfant et les rapports sociaux »⁵⁵³. C'est d'ailleurs dans cette perspective que le don de sperme est seulement autorisé pour les couples mariés. De même, l'énonciation sous forme restrictive des critères pouvant être utilisés dans la procédure d'appariement ne remet pas en cause le bien fondé de ce type de procédure. En particulier, le choix du groupe sanguin identique et d'une correspondance physique entre le donneur de sperme et le mari, co-auteur du projet parental, est contradictoire avec la fin de l'anonymat et la connaissance des origines. En effet, si « à ses 18 ans, la personne "issue" du don peut accéder aux informations personnelles du donneur, son identité, sa profession, ainsi qu'à des informations sur son aspect physique et sur sa santé »⁵⁵⁴, c'est à la condition d'en faire la demande. Pour cela, il est nécessaire de savoir que l'on a été conçu par PMA avec IAD. Or, cette information peut demeurer secrète dans la mesure où les parents paraissent fertiles, l'enfant leur ressemble et où son groupe sanguin correspond. La persistance du secret, permise notamment par la procédure d'appariement et l'ensemble des conditions d'accès à la PMA, montre combien le principe d'anonymat n'est qu'une facette du système mis en place.

171. L'encadrement actuel des méthodes de PMA est décrit comme un « mensonge légalisé »⁵⁵⁵, « un crime parfait »⁵⁵⁶ ou encore un système du « ni vu ni connu »⁵⁵⁷. Madame Marcela Iacub parle de « crime parfait » pour mettre en exergue le fait que « l'assistance médicale à la procréation laisse imaginer l'acte sexuel comme cause, comme point d'origine d'enfants pourtant nés d'une procréation artificielle »⁵⁵⁸. En effet, ce dispositif organisé est plus sophistiqué qu'un simple mensonge car il efface toutes les traces du passage des institutions médicales et des donneurs. Il est vrai que les conditions du secret sont réunies pour permettre un recours à la PMA invisible pour les parents, l'enfant et l'ensemble de la société. Le couple hétérosexuel est d'apparence fertile et les conditions d'appariement du donneur au couple en

⁵⁵² Dominique MANAÏ, *op. cit.*, p. 318 : « le père social distinct du père biologique, le père biologique distinct à son tour du père juridique, cette pulvérisation des repères... ».

⁵⁵³ Dominique MANAÏ, *op. cit.*, p. 319.

⁵⁵⁴ Dominique MANAÏ, *op. cit.*, p. 232.

⁵⁵⁵ Frédérique DREIFUSS-NETTER, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD Civ*, 1996, p. 1 : « Plus généralement, la technique de la fiction de filiation charnelle nous paraît une erreur puisqu'elle repose sur un mensonge légalisé. Pourtant, c'est elle qui a été choisie par le législateur dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation ».

⁵⁵⁶ Marcela IACUB, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Flammarion, Champs essais, 2009, pp. 203-224, Chapitre 9, Un crime parfait : l'assistance médicale à la procréation.

⁵⁵⁷ Irène THERY, *op. cit.*

⁵⁵⁸ Marcela IACUB, *op. cit.*, spéc. p. 203.

cas de recours à un don de gamète permettent de passer sous silence le recours au don tandis que l'anonymat assure, en plus en France, la disparition du géniteur.

172. De la sorte, les conditions d'accès aux techniques de PMA permettent de reproduire des familles traditionnelles, nucléaires, formées d'un père et d'une mère avec des enfants qui leur ressemblent. En plus de ce caractère normatif, justifié explicitement en droit suisse au regard du bien de l'enfant, les conditions d'accès définies dans des termes biologiques ne correspondent pas à des catégories juridiques : « être vivant », « en âge de procréer », être en couple formé d'un homme et d'une femme, l'ensemble de ces conditions du droit français, également présente sous une formulation différente en droit suisse, contribuent à renforcer les stéréotypes de genre. En particulier, les techniques de PMA ne sont pas pensées comme un droit reproductif auquel toutes les femmes devraient avoir accès ; au contraire, les femmes sont définies uniquement par rapport à leur relation conjugale hétérosexuelle et l'interprétation de certaines conditions d'accès comme l'âge de procréer leur est particulièrement préjudiciable. Les conditions limitatives et naturalistes d'accès aux techniques de PMA ne contribuent pas à libérer les femmes des contraintes biologiques de la reproduction et ne permettent pas à la volonté de prendre dans ce domaine une place importante. Ce n'est donc pas l'autonomie reproductive qui sous-tend l'existence du projet parental mais bien le modèle de la reproduction naturelle. Les femmes sont ainsi considérées comme des mères dans la mesure où elles peuvent être enceintes tandis que les hommes peuvent devenir père, sans implication biologique, par le biais d'un recours au don de sperme, tant que ce dernier demeure secret.

173. La mise en œuvre des techniques renforce d'ailleurs le caractère naturaliste du cadre relatif à la PMA en donnant aux techniques reproductives une valeur thérapeutique. La médicalisation des techniques de PMA limite leur accès aux couples hétérosexuels dans la mesure où elles réparent la nature défailante.

Chapitre II – Les conditions de mise en œuvre des techniques reproductives

174. La mise en œuvre médicalisée des techniques de PMA renforce le naturalisme du cadre juridique aux techniques en lui apportant une justification en termes médicaux et en le verrouillant. En effet, le législateur, les praticiens et les organismes d'assurance maladie s'accordent pour définir et penser –même implicitement– l'infertilité comme une maladie, et les techniques de PMA comme des remèdes à l'infertilité pathologique d'un couple hétérosexuel. Cette médicalisation du projet parental, à travers la pathologisation de l'infertilité du couple hétérosexuel, permet de reconnaître la légitimité de la réalisation du projet parental par les professionnels de santé et une prise en charge corrélative des traitements par les organismes d'assurance maladie.

175. La légitimation du projet parental passe par une médicalisation de celui-ci qui semble incontournable. Les techniques de PMA ont émergé et d'abord été pratiquées en l'absence d'encadrement réglementaire et législatif par les professionnels de santé. Ensuite, elles ont été inscrites par les textes juridiques ultérieurs dans un cadre fortement médicalisé dans la mesure où le caractère médical des techniques de PMA est un élément de leur définition et que leur recours est pensé comme motivé par des indications médicales. La médicalisation est aujourd'hui importante et renforce le naturalisme des conditions d'accès aux techniques de PMA. En effet, les praticiens jouent un rôle central dans la mesure où le législateur a fait reposer sur eux la responsabilité de vérifier que les conditions d'accès aux techniques de PMA sont remplies. L'interprétation du critère tenant à l'âge de procréer est paradigmatique et montre la prégnance des stéréotypes de genre et la manière dont ils opèrent au moment de la réalisation du projet parental, alors que des conditions importantes, comme la conjugalité hétérosexuelle du couple, peuvent ne pas toujours être vérifiées. L'âge de procréer fait en effet l'objet par les praticiens d'une définition fortement différenciée selon le sexe du patient tandis que l'assurance maladie limite en France le remboursement des actes aux femmes âgées de 43 ans.

Aussi, comme nous le monterons non seulement la médicalisation justifie le cadre naturaliste des techniques de PMA et le renforce autant au niveau de la mise en œuvre de celles-ci par les praticiens (Section I) que de leur prise en charge par l'assurance maladie (Section II).

Section I – La légitimation médicale du projet parental

Section II – Le remboursement sélectif des projets parentaux

Section I – La légitimation médicale du projet parental

176. La médicalisation consiste à « conférer une nature médicale à des représentations et pratiques qui n'étaient jusqu'alors pas socialement appréhendées dans ces termes »⁵⁵⁹. Pour autant, « la médicalisation n'est pas en soi l'appropriation par les médecins d'un problème qui, auparavant, ne relevait pas de leurs prérogatives, même si c'est historiquement souvent le cas. Elle est une transformation culturelle et non simplement une conquête professionnelle »⁵⁶⁰. En d'autres termes, derrière la médicalisation est à l'œuvre « un type spécifique de construction sociale de la réalité »⁵⁶¹ et il apparaît alors que « le langage médical est ainsi une forme toujours plus légitime d'expression du politique »⁵⁶². En matière de techniques reproductives, la médicalisation apparaît clairement comme un processus de légitimation des techniques de PMA d'abord et du projet parental des couples infertiles ensuite. Autrement dit, les conditions d'accès et de mises en œuvre des projets parentaux en France et en Suisse –qui miment la nature et promeuvent une famille traditionnelle– trouvent leur justification en termes médicaux.

177. La médicalisation du projet parental permet à celui-ci d'acquérir sa légitimité et en ce sens, le processus de médicalisation s'est accompagné d'une institutionnalisation des techniques de PMA comme des techniques médicales légitimes. La légitimité des techniques de PMA a été reconnue à travers l'énumération limitative des deux principales indications médicales justifiant leur recours. Une fois construites comme des remèdes (§I), les techniques de PMA sont mises en œuvre par les praticiens qui jouissent d'un pouvoir important lié notamment à l'interprétation des conditions d'accès aux techniques (§II).

§I. La définition des techniques de PMA comme des remèdes

178. Il convient de garder à l'esprit que derrière la médicalisation est à l'œuvre « un type spécifique de construction sociale de la réalité »⁵⁶³ et que « le langage médical est ainsi une forme toujours plus légitime d'expression du politique »⁵⁶⁴. En matière de techniques reproductives, la médicalisation apparaît clairement comme un processus de légitimation de la réponse apportée par les médecins aux couples ayant un projet parental qu'ils n'arrivent pas à mener à bien sans une assistance médicale. C'est dans ces conditions que la médicalisation a reformulé dans des termes médicaux certaines demandes sociales d'enfant ; ainsi, se trouvent légitimés les projets parentaux qui émanent de couples répondant aux deux cas d'ouvertures distincts des techniques de PMA, qui ressemblent à des indications médicales (A). Pourtant, dans

⁵⁵⁹ Didier FASSIN, « Les politiques de la médicalisation », pp. 1-13 in Pierre AÏACH et Daniel DELANOË (dir.), *L'ère de la médicalisation*, Anthropos, 1998, spéc. p. 5.

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ Marcel DRULHE et Serge CLEMENT, « Enjeux et formes de la médicalisation : d'une approche globale au cas de la gérontologie », pp. 69-97 in Pierre AÏACH et Daniel DELANOË (dir.), *L'ère de la médicalisation*, Anthropos, 1998, spéc. p. 71.

⁵⁶² Didier FASSIN, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁶³ Marcel DRULHE et Serge CLEMENT, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁶⁴ Didier FASSIN, *op. cit.*, p. 10.

la mesure où les traitements de PMA ne permettent pas de guérir ou de soigner la stérilité mais seulement de la contourner, les techniques de PMA relèvent davantage du palliatif que de la thérapeutique (B).

A. Les indications médicales donnant accès aux techniques de PMA

179. La limitation de l'accès à la PMA à certains projets parentaux est rendu possible, d'une part, par des conditions limitatives et est justifiée, d'autre part, par la définition d'indications médicales. L'expression « indication médicale » désigne une recommandation à mettre en œuvre un traitement, qui correspond, en l'espèce, aux méthodes de PMA. Que ce soit en droit suisse ou en droit français, il y a deux « indications médicales » ou cas d'ouverture de la PMA et les formulations utilisées sont très proches. En droit français, « l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité »⁵⁶⁵ tandis que le droit suisse dispose que « la procréation médicalement assistée n'est autorisée que : a. si elle permet de remédier à la stérilité d'un couple et que les autres traitements ont échoué ou sont vains, ou b. si le risque de transmission d'une maladie grave et incurable aux descendants ne peut être écarté d'une autre manière »⁵⁶⁶. Nous nous intéresserons successivement aux deux indications, à savoir le risque de transmission d'une maladie grave (a) et l'infertilité du couple (b) en comparant leur portée en droit suisse et en droit français.

a. En cas de risque de transmission d'une maladie grave

180. Si les techniques de PMA peuvent être mises en œuvre en droit suisse et en droit français en cas de risque de transmission d'une maladie grave, ce ne sont pas les mêmes situations qui sont visées. En droit français, il est possible d'avoir accès à la PMA dans des cas plus nombreux que ceux prévus en droit suisse. En effet, les personnes concernées par le risque de maladie peuvent aussi bien être, depuis 2004⁵⁶⁷, l'enfant qu'un membre du couple tandis que le droit suisse ne prend en compte que les « descendants ». De même, les maladies concernées sont plus nombreuses en droit français qu'en droit suisse puisque, d'un côté, il est fait mention d'une maladie d'une particulière gravité tandis que le droit suisse rajoute l'incurabilité en plus du critère de gravité. La différence majeure ne se situe pourtant pas dans la formulation mais dans les moyens disponibles. En effet, en Suisse, le DPI est interdit, ce qui réduit considérablement les possibilités d'éviter le risque de transmission de la maladie. Il est « possible que le couple décide d'avoir recours à l'insémination hétérologue afin que cette grave maladie ne se transmette pas. Si la maladie découle, par exemple, d'un gène muté localisé sur le chromosome X, il y a un intérêt

⁵⁶⁵ Article L. 2141-2 alinéa 1er du Code de la santé publique.

⁵⁶⁶ Suisse, LPMA, Article 5, 1.

⁵⁶⁷ Cet élargissement des personnes concernées par le risque de transmission de la maladie a été prévu en 2004 lors du vote de la révision de la loi de bioéthique.

à savoir si l'ovule a été fécondé par un spermatozoïde porteur d'un chromosome X ou d'un chromosome Y. Dans ces cas, avant de procéder à une insémination homologue, on peut tenter de séparer par la force centrifuge les spermatozoïdes portant un chromosome X de ceux qui en portent un Y, leur poids n'étant pas le même. Il n'est en revanche pas possible de procéder à un examen génétique des spermatozoïdes et des ovules sans les détruire »⁵⁶⁸. En Suisse, les maladies concernées sont principalement les infections virales masculines transmissibles sexuellement telles que le VIH, les hépatites B et C alors qu'en France, il s'agit également des myopathies, de la mucoviscidose, des maladies de Charcot-Marie-Tooth⁵⁶⁹... Du fait de cette différence significative, les centres français reçoivent parfois des patients suisses⁵⁷⁰. La liste des maladies justifiant d'avoir recours à une PMA n'est pas fixée dans un texte en droit français et en droit suisse et c'est pourquoi, le rôle du médecin est important dans l'appréciation des critères de gravité de la maladie. Cette indétermination semble être saluée dans la mesure où elle permet une appréciation *in concreto* de la situation et est source de souplesse⁵⁷¹.

181. Enfin, l'esprit de ces dispositions n'est pas semblable, du fait de l'interdiction du DPI en droit suisse. En effet, en droit français, il existe un parallélisme entre les dispositions relatives à l'interruption médicale de grossesse et celles relative à la PMA. Une interruption volontaire de grossesse peut être pratiquée, à toute époque, s'« il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »⁵⁷². Ainsi, la possibilité d'avoir accès à une IMG dans ce cas rend légitime la PMA, car « si une telle hypothèse autorise un avortement, alors *a fortiori* elle peut autoriser une procréation, la possibilité de la naissance d'un enfant apparaissant comme nécessairement plus légitime que la suppression d'un fœtus »⁵⁷³. En droit suisse, ce parallélisme n'existe pas :

⁵⁶⁸ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une protection respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996, 96.058, FF 1996 III 197, p. 249.

⁵⁶⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe*, Rapport du Joint research center, décembre 2007 (EUR 22764 EN), p. 38 : "All three are major IVF and genetics centres, with a long track record and broad experience. Two of these three centres offer PGD for monogenic diseases and chromosomal abnormalities. All the centres offer PGD for several common monogenic disorders plus some diseases of particular interest to the centre, e.g. Charcot-Marie-Tooth type 1 or retinoblastoma. Some of the centres also offer sexing for X-linked monogenic diseases. However, none of the centres offers sexing for social reasons or preimplantation genetic screening (PGS), both of which are forbidden in France".

⁵⁷⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *op. cit.*, p. 39 : "One centre reported that it receives patients and samples from abroad, i.e. from Germany and Switzerland. Since this centre is close to the French-German and French-Swiss border, this is not surprising. The obvious reason for these cross-border flows is the legal situation in both Germany and Switzerland. The second French centre also receives Swiss patients for legal reasons, while the third has treated one patient from outside the EU (Lebanon) for reasons related to test availability".

⁵⁷¹ Aurore CATHERINE, *op. cit.*, pp. 420-436.

⁵⁷² Article L. 2213-1 du Code de la santé publique.

⁵⁷³ Dominique THOUVENIN, « Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.*, 1995, p. 149 ; voir aussi sur l'articulation entre DPI, DPN et interruption de grossesse, CONSEIL DE L'EUROPE, *Document de base sur le diagnostic préimplantatoire et prénatal, situation clinique et situation juridique*, CDBI/INF(2010)6, p. 4 : « Les progrès de la médecine de la reproduction offrent aujourd'hui de nouveaux moyens d'éviter les maladies génétiques, grâce au transfert sélection des embryons. Au début des années 90, le diagnostic génétique préimplantatoire (DPI) a été introduit en tant que procédure expérimentale comme alternative possible au diagnostic génétique prénatal (DPN) pour les couples risquant de

l'interruption de grossesse n'est pas punie si « un avis médical démontre qu'elle est nécessaire pour écarter le danger d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou d'un état de détresse profonde de la femme enceinte »⁵⁷⁴. Cette absence de parallélisme en droit suisse entre les dispositions relatives à l'IMG et à la PMA s'explique par l'interdiction du diagnostic préimplantatoire. Le 16 mai 2010, un projet visant à remplacer l'interdiction du DPI par une admission réglementée a été soumise à consultation par le Conseil fédéral. Dans cette optique, une modification de l'article 119 de la Constitution est indispensable⁵⁷⁵. Cette réforme apparaît opportune comme le souligne la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion de l'examen de la législation italienne interdisant le DPI : seuls trois pays interdisent au sein du Conseil de l'Europe l'accès à ces techniques, à savoir l'Italie, l'Autriche et la Suisse. En l'espèce, les juges de Strasbourg ont souligné l'incohérence du droit italien qui n'autorisait pas la réalisation d'un DPI pour certaines maladies qui pouvaient par ailleurs justifier un recours à une IMG. Ainsi, la CEDH a condamné l'Italie pour violation de l'article 8 relatif au droit à la vie privée et familiale⁵⁷⁶.

182. Les différences de formulation entre le droit français et le droit suisse sont moins importantes qu'il n'y paraît de prime abord mais ont des conséquences pratiques importantes, du fait de l'interdiction du DPI. Cela conduit notamment à un recours davantage limité aux techniques de PMA en cas de risque de transmission d'une maladie en Suisse. Par ailleurs, le caractère plus strict de la législation suisse est renforcé par la subsidiarité attachée à la PMA en droit suisse. Il est en effet précisé que la PMA est permise « si le risque de transmission d'une maladie grave et incurable aux descendants ne peut être écarté d'une autre manière »⁵⁷⁷. La subsidiarité concerne également en droit suisse l'autre cas d'ouverture de la PMA qui vise à « remédier à la stérilité d'un couple »⁵⁷⁸, où il doit en outre être démontré que « les autres traitements ont échoué ou sont vains »⁵⁷⁹.

transmettre une anomalie génétique particulièrement grave, et à leur épargner ainsi un choix difficile concernant une interruption de grossesse ».

⁵⁷⁴ Suisse, article 119 du code pénal.

⁵⁷⁵ L'article 119 2) c) de la Constitution fédérale suisse dispose que « ne peuvent être développés hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryon que le nombre d'ovules humains pouvant être immédiatement implantés ». Or pour réaliser un diagnostic préimplantatoire et augmenter la probabilité d'avoir un embryon sain au regard de la maladie dont la transmission doit être évitée, le développement de plusieurs embryons est nécessaire.

⁵⁷⁶ CEDH, Costa et Pavan contre Italie, 28 août 2012, n° 54270/10 : Les requérants sont porteurs sains de la mucoviscidose et ne peuvent accéder au DPI en Italie et ne peuvent que procéder à une IMG en cas d'embryon porteur de la maladie, c'est pourquoi ils allèguent une violation des articles 8 et 14 de la Convention (§3). Sur la violation de l'article 8, le gouvernement met en avant la protection de la santé de l'enfant et de la femme, la protection de la dignité et de la liberté de conscience des professions médicales et le risque de dérives eugéniques (§46). La Cour conclue à l'application de l'article 8 au cas d'espèce (§57) et pointe du droit l'incohérence du système législatif italien (§64) : « l'ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale a été disproportionnée » (§71). En revanche, la Cour exclut la violation de l'article 14 de la Convention.

⁵⁷⁷ Suisse, LPMA, Article 5, 1.

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

⁵⁷⁹ *Ibid*.

b. En cas d'infertilité ou de stérilité d'un couple

183. Le droit suisse et le droit français n'emploient pas le même vocabulaire : il est question d'infertilité dans la LPMA⁵⁸⁰ tandis que le Code de la santé publique se réfère à la stérilité⁵⁸¹. La stérilité désigne l'« incapacité pour un être vivant de se reproduire, de procréer, due à des troubles fonctionnels, à des lésions organiques des organes génitaux ou à une stérilisation volontaire »⁵⁸². Certains démographes ont proposé de mesurer la stérilité d'une population grâce à un indicateur indirect, le taux d'infécondité involontaire, qui correspond au pourcentage de femmes mariées restant involontairement sans enfant⁵⁸³. « Sur le plan médical, et en accord avec les critères de l'OMS, il est d'usage de n'employer le terme d'infécondité que lorsque la recherche infructueuse (d'avoir un enfant) dépasse un an. À l'opposé, la fertilité correspond à la capacité à obtenir un enfant, donc à une potentialité. Dans ce sens le terme "stérilité" correspond à une fertilité nulle, donc à une incapacité totale à obtenir un enfant. Sauf cause précise (...), cela ne peut se juger qu'à la fin de la vie reproductive. La plupart des consultations pour infécondité relèvent d'une simple hypofertilité »⁵⁸⁴. Par exemple, concernant la fécondation *in vitro*, « la population admise en FIV inclut à la fois des couples stériles, c'est-à-dire des couples ayant une probabilité nulle de concevoir sans aide médicale, et des couples hypofertiles, qui ont une probabilité non nulle de concevoir "naturellement" »⁵⁸⁵. Il apparaît à la lumière de ces définitions et de cet exemple que les termes d'infertilité ou d'infécondité paraissent plus adaptés que celui de stérilité, même s'ils ont finalement tous un sens assez proche.

Enfin, à partir de certaines définitions de l'infertilité et de la stérilité, il semble émerger une difficulté à cerner les personnes sujettes à l'infertilité : en effet, il est fait référence aussi bien en droit suisse qu'en droit français à une incapacité qui touche le couple alors que les définitions médicales se réfèrent plutôt aux individus. Aussi, « la stérilité, qui était un problème féminin, est devenue une maladie du couple et c'est pour cette raison que le gynécologue doit voir en consultation les deux partenaires : - cause féminine : 30% ; - cause masculine : 30% ; - cause mixte : 40% »⁵⁸⁶. Aucun élément ne vient expliciter ce déplacement de sujet, de la femme vers le couple, si ce ne sont les chiffres cités qui montrent effectivement que l'un ou l'autre des

⁵⁸⁰ Suisse, LPMA, Article 5, 1.

⁵⁸¹ Article L. 2141-2 alinéa 1er du Code de la santé publique.

⁵⁸² TLFJ, entrée « stérilité ».

⁵⁸³ Elise DE LA ROCHEBROCHARD, « Des hommes médicalement assistés pour procréer : IAD, FIV, ICSI, bilan d'une révolution dans la prise en charge médicale de l'infertilité masculine », *Population*, vol. 58, n°4-5, 2003, pp. 549-586, spéc. p. 560, citant Henri LERIDON, « Fécondité, fertilité, stérilité : problèmes de terminologie », pp. 17-30, in Alfred Spira, Pierre JOUANNET (dir.), *Facteurs de la fertilité humaine (avec référence particulière au sexe masculin)*, Les Colloques de l'Inserm, Cargèse, 21-23 septembre 1981.

⁵⁸⁴ Jacques DE MOUZON, « Epidémiologie de la fertilité », pp. 19-27 in Bernard BLANC (dir.), *Stérilité*, Arnette, 2002, spéc. p. 20 ; La quatrième de couverture précise que : « Ce livre est destiné aux gynécologues médicaux, gynécologues obstétriciens et médecins biologiste. Il répond également aux attentes des médecins généralistes et des étudiants en médecine ».

⁵⁸⁵ Elise DE LA ROCHEBROCHARD, *op. cit.*, p. 562, citant Henri LERIDON, *op. cit.*

⁵⁸⁶ Géraldine PORCU, « Bilan de l'infécondité », pp. 443-447 in Bernard BLANC (dir.), *Stérilité*, Arnette, 2002, spéc. p. 444.

partenaires peuvent être touchés quand ce ne sont pas les deux. Ces chiffres montrent toutefois qu'il ne s'agit d'un problème du couple que dans moins de la moitié des cas (40%).

184. La médecine est quelque peu déstabilisée lorsqu'il s'agit d'aider des personnes à réaliser leur projet parental. Une hypothèse explicative pourrait être que l'action des médecins est nettement facilitée lorsqu'il existe un contexte médical⁵⁸⁷. De la sorte, l'indication médicale de stérilité ou un contexte médical, en termes de maladies, permettrait à l'équipe soignante de ressentir la légitimité d'une prise en charge. Cela explique que le premier cas d'ouverture des techniques de PMA, en cas de risque de transmission d'une maladie grave, ne fasse que peu débat⁵⁸⁸. Au contraire, la question de la stérilité est problématique, notamment face aux demandes de couples qui ne répondent pas au modèle naturaliste et hétérosexué de la famille, aux femmes qui ne sont pas dans les « canons de la conjugalité procréative »⁵⁸⁹ ou dans « le paradigme de la nécessité médicale »⁵⁹⁰. La formulation des cas de recours à la PMA soient formulés en termes d'indications médicales rend objectif le recours à la PMA et construit les techniques de PMA comme des thérapeutiques.

B. La construction de la stérilité comme pathologie

185. Il existe une différence de nature entre les deux indications médicales : en particulier, la condition tenant à une stérilité pathologique en ce qu'elle inscrit les techniques de PMA dans le domaine de la thérapeutique. Les actes de PMA auraient alors une finalité thérapeutique, à savoir remédier à l'infertilité du couple (a). Pourtant, cela semble contestable dans la mesure où les techniques de PMA ont pour but d'aider à la réalisation d'un projet parental et qu'il n'y a aucune indication médicale à la naissance d'un enfant (b).

a. Des stérilités pathologiques médicalement diagnostiquées

186. Les expressions utilisées en droit français et en droit suisse, à savoir « remédier à l'infertilité d'un couple »⁵⁹¹ et « remédier à la stérilité d'un couple »⁵⁹², insistent sur le couple. Il

⁵⁸⁷ Philippe BATAILLE et Louise VIROLE, « Quand la morale du soignant devient l'éthique du soin. Conflits éthiques et normes professionnelles en médecines de la reproduction et palliative », *La nouvelle revue du travail* [En ligne], 2 | 2013, mis en ligne le 30 mars 2013, consulté le 21 avril 2013, p. 7 : à la suite d'observations menées dans un service de PMA, les auteurs écrivent que « la représentation morale de ce qu'est un enfant, les motivations des parents pour engendrer, le cadre conjugal et hétérosexuel de la demande sont des préoccupations non médicales dont la médecine de la reproduction s'accommode pourtant jusqu'à l'excès de zèle, en ouvrant ou pas les portes d'accès du soin. Les mêmes s'affranchissent par exemple de leurs retenues morales sur l'intérêt de l'enfant à ne pas naître quand la mort d'un parent est envisagée en raison d'une maladie grave, par exemple la mucoviscidose d'une jeune mère ou la phase terminale d'un cancer d'un père. Elle cède de manière aléatoire s'il s'agit d'un homme âgé dont la partenaire plus jeune à un problème de stérilité ou d'infertilité ».

⁵⁸⁸ Patricia HENNION-JACQUET, « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038. : « Quant à l'AMP pour infertilité, elle n'est pas non plus fondée sur une nécessité médicale : c'est le ressenti d'un couple en mal d'enfant qui autorise l'acte de fécondation artificielle, qui n'a pas pour but de soigner l'infertilité ».

⁵⁸⁹ Philippe BATAILLE et Louise VIROLE, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁹⁰ Voir l'article éponyme de Patricia HENNION-JACQUET, *op. cit.* ; pour autant, l'auteur ne dénonce pas ce paradigme mais, au contraire, confronte les actes médicaux non thérapeutiques à la nécessité médicale comme élément de définition de l'acte médical pour mieux les disqualifier.

⁵⁹¹ Article L. 2141-2 alinéa 1er du Code de la santé publique.

⁵⁹² Suisse, LPMA, Article 5, 1.

s'agit d'une construction sémantique et médicale, dans la mesure où l'infertilité ou la stérilité concernent les individus. De plus, l'emploi du verbe « remédier », qui signifie « traiter par les remèdes appropriés », « corriger par », « apporter un remède »⁵⁹³, laisse entendre qu'il existe une possibilité de traitement. L'existence de deux indications médicales autant que leur formulation met en exergue le fait que la stérilité a été construite comme une maladie et les techniques de PMA comme un remède. De la sorte, stérilité et méthodes de PMA sont pensées et exprimées en termes de normal et de pathologique⁵⁹⁴. La situation pathologique permet aux médecins d'intervenir et d'offrir leur concours à la réalisation de certains projets parentaux. En droit français, il est même précisé que « le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué »⁵⁹⁵. Cette formulation crée une ligne de démarcation entre les infertilités qui relèvent d'un diagnostic médical et celles qui ne peuvent pas être justifiées et légitimées en ces termes⁵⁹⁶. Cet ancrage dans la dialectique du normal et du pathologique est ancien et substantiel à l'histoire de la médecine⁵⁹⁷. Dans un manuel relatif à la stérilité, il est expliqué au sujet de la prise en charge d'un couple infécond, qu'il faut différencier deux situations : « le couple est pathologique » quand sont mis en évidence certains troubles chez la femme ou chez l'homme ou alors « le couple est normal »⁵⁹⁸. Il semble difficile de parler de couple pathologique ou de couple normal ; il s'agit de commodités de langage mais ces expressions sont très significatives et montrent la posture médicale et l'adhésion des professionnels de santé à la dialectique du normal et du pathologique. Même lorsqu'aucun trouble n'est mis en évidence⁵⁹⁹, l'absence de grossesse peut justifier le recours aux techniques de PMA, ce qui tend à relativiser la nécessité du caractère pathologique de l'infertilité. De même, il y a un nombre significatif de grossesse spontanée après un recours aux techniques de PMA, y compris lorsqu'elles ont échoué⁶⁰⁰.

187. Dans un contexte où la stérilité est définie comme pathologique, une différence de traitement est justifiée entre les couples qui relèvent de cet état et ceux pour qui le recours aux techniques de PMA serait de pure convenance, c'est-à-dire sans fondement médical. À la

⁵⁹³ TLFJ, entrée « remédier »

⁵⁹⁴ La stérilité apparaît comme devant faire l'objet de thérapeutique car elle apparaît comme un état dysfonctionnel ; Georges CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, 12e éd., 2013, p. 102 : « Nous pensons que la médecine existe comme art de la vie parce que le vivant humain qualifie lui-même comme pathologiques, donc comme devant être évités ou corrigés, certains états ou comportements appréhendés, relativement à la polarité dynamique de la vie, sous forme de valeur négative ».

⁵⁹⁵ À la seconde phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique.

⁵⁹⁶ Laurence BRUNET, « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS*, N°5, septembre-octobre 2012, p. 829 : « Il est exclu d'admettre des infertilités liées à l'orientation sexuelle ou à des choix de vie ».

⁵⁹⁷ Georges CANGUILHEM, *op. cit.*

⁵⁹⁸ Géraldine PORCU, *op. cit.*, p. 445.

⁵⁹⁹ voir not. en ce sens Marianne DOLLANDER, « Que sait-on de l'infertilité psychogène masculine ? », *Bulletin de psychologie*, 5/2009, n°503, pp. 467-477 : « Des enquêtes nationales démographiques (INED, 1991) et des enquêtes épidémiologiques régionales (INSERM-DGS, 1989-90) rapportent que 33 % des infertilités ont des causes purement féminines, 21 % des causes purement masculines, 39 % de causes mixtes, et 7 % des causes inexplicables ».

⁶⁰⁰ Voir en ce sens not. Pénélope TROUDE *et al.*, « Spontaneous pregnancies among couples previously treated by in vitro fertilization », *Fertility and Sterility*, Vol. 98, n° 1, July 2012, 0015-0282.

« condition de nécessité thérapeutique »⁶⁰¹ s'oppose en effet la simple convenance⁶⁰². « La convenance personnelle désigne en réalité dans le discours doctrinal et législatif toutes les demandes d'assistance médicale à la procréation s'écarterant de la procréation naturelle et notamment la demande émanant d'un couple homosexuel ou d'une femme célibataire »⁶⁰³. Le choix même du vocabulaire montre la manière dont est rendue illégitime la demande qui ne trouve pas de justification en termes médicaux⁶⁰⁴.

188. À la place de l'opposition entre nécessité médicale et convenance personnelle, il est également possible de distinguer les stérilités selon leur origine, médicale ou sociale. La séparation entre stérilité sociale et stérilité médicale est une conséquence directe du schéma de pensée produit par le modèle naturaliste de la PMA : un couple répondant aux critères d'accès à la PMA devrait pouvoir, en l'absence de la pathologie, réussir à procréer alors que dans les autres cas, c'est la situation de la personne, seule, détenue en prison ou en couple avec une personne du même sexe qui est responsable de l'infertilité. Les couples hétérosexuels, par nature « reproductifs », c'est-à-dire qui devraient pouvoir se reproduire, peuvent dans ces conditions être pris en charge par les médecins même si la cause de leur stérilité n'est pas clairement identifiée dans la mesure où ils ne remettent pas en cause le modèle naturaliste de la PMA. Au contraire, les personnes seules, détenues en prison ou en couple avec une personne du même sexe ne peuvent procréer et l'aide des médecins, qui est alors indispensable, ne vient pas pallier un état naturel mais apporte une solution médicale à une situation sociale.

189. Pour les détenus, la privation d'accès à la réalisation d'un projet parental peut être vue comme accessoire à la peine de prison⁶⁰⁵. Pour autant, cette conception s'articule mal avec le mouvement général de reconnaissance de droits aux détenus, sous la houlette de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire Dickson contre Royaume-Uni⁶⁰⁶, les juges strasbourgeois ont conclu à une violation de l'article 8 de la Convention « applicable aux griefs

⁶⁰¹ Patrick DEMAY DE GOUSTINE, « Procréation médicalement assistée et pouvoir médical », *RDSS*, 1996, p. 1.

⁶⁰² Voir en ce sens Sophie PARICARD-PIOUX, *La convenance personnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2003.

⁶⁰³ Sophie PARICARD-PIOUX, *op. cit.*, p. 371.

⁶⁰⁴ Le terme de convenance a d'ailleurs été utilisé en doctrine au sujet de la légalisation de l'avortement, cf. not. Sophie PARICARD-PIOUX, « Refuser d'être parent », pp. 57-83 in Claire NEIRINCK (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?*, ERES, 2003 : « Il est vrai que la convenance personnelle est une expression à connotation fortement péjorative qui suscite presque unanimement le rejet. La charge émotionnelle de l'expression est incontestablement très forte » ou encore Sophie PARICARD-PIOUX, *La convenance personnelle*, *op. cit.*, n°26, p. 30 : « La convenance personnelle est une notion à forte connotation péjorative utilisée par la doctrine pour dénoncer ou prévenir "l'illégalité" d'une loi : il a été relevé que la convenance personnelle en doctrine désigne la zone dans laquelle le législateur ne doit pas s'aventurer. De plus les juges n'utilisent la notion de convenance personnelle que pour refuser d'appliquer la loi. Par exemple la seule évocation du "changement de prénom pour convenance personnelle" suffit à écarter l'application de l'article 60 du Code civil autorisant le changement de prénom pour motif légitime » et pp. 111 et s.

⁶⁰⁵ CEDH, Dickson contre Royaume-Uni, 4 décembre 2007, req. n° 44362/04, § 75 : Les détenus ne sont pas automatiquement privés de l'ensemble de leurs droits et la grande chambre rappelle bien qu'« il n'y a pas de place dans le système de la Convention, qui reconnaît la tolérance et l'ouverture d'esprit comme les caractéristiques d'une société démocratique, pour une privation automatique des droits des détenus se fondant uniquement sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique ».

⁶⁰⁶ CEDH, Dickson c. Royaume-Uni, 4 décembre 2007, Requête n° 44362/04, Martine HERZOG-EVANS, « Détenus : vers un droit à procréer ? », sous CEDH, Dickson contre Royaume-Uni, Grande Chambre, 4 décembre 2007, req. 44362/04, *AJ Pénal*, 2008, p. 47.

des requérants en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne leur vie privée et familiale »⁶⁰⁷ dans la mesure où ce refus outrepassa la marge d'appréciation reconnue aux États membres en la matière⁶⁰⁸. En l'espèce, un homme condamné à une longue peine de prison rencontre une femme lors de sa détention et ils se marient. La femme sort de prison et ils décident d'avoir un enfant et demandent à bénéficier d'une insémination artificielle avec le sperme de son mari car au Royaume-Uni les visites conjugales pour les détenus n'existent pas. Le Royaume-Uni leur refuse l'accès à la technique de PMA demandée. Dans un premier temps, la chambre de la CEDH conclut qu'« il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention »⁶⁰⁹. La chambre raisonne à partir d'une appréciation combinée de la marge d'appréciation laissée aux États membres sur ce sujet et de la proportionnalité. En particulier, « la Cour estime qu'il n'a pas été établi que la décision de refuser la possibilité de pratiquer l'insémination artificielle en l'espèce était arbitraire ou déraisonnable, ou que cette décision a failli à ménager un juste équilibre entre les intérêts opposés en présence »⁶¹⁰. L'arrêt fait par la suite l'objet d'un renvoi devant la grande chambre de la CEDH qui conclut à une violation de l'article 8 de la Convention. À titre liminaire, la cour consacre le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques comme partie intégrante de la vie privée et familiale protégée par l'article 8⁶¹¹. Par ailleurs, la grande chambre estime qu'en l'absence de visites conjugales⁶¹², la balance entre les intérêts publics et privés n'est pas satisfaisante⁶¹³, d'autant plus que le Parlement n'a jamais « débattu des questions de proportionnalité qui se posent à cet égard »⁶¹⁴.

À l'opposé de cette conception se trouve celle de l'Académie nationale de médecine, ancrée dans une conception naturaliste, pour laquelle, la solution aux difficultés à procréer rencontrées par les personnes détenues réside dans la mise en place de parloirs conjugaux⁶¹⁵. Les techniques de PMA sont envisagées « sur le même plan que le traitement de toute autre pathologie »⁶¹⁶ et deux critères d'accès sont mis en avant, l'infertilité médicalement prouvée et la persistance d'une

⁶⁰⁷ CEDH, Dickson contre Royaume-Uni, 4 décembre 2007, Requête n° 44362/04, §65.

⁶⁰⁸ CEDH, Dickson contre Royaume-Uni, 4 décembre 2007, Requête n° 44362/04, voir not. §78 : « dès lors qu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu (tel le choix de devenir un parent génétique), la marge d'appréciation laissée à l'État est en général restreinte. » et § 85.

⁶⁰⁹ CEDH, Dickson contre Royaume-Uni, 18 avril 2006, req. 44362/04, §40.

⁶¹⁰ CEDH, Dickson contre Royaume-Uni, 18 avril 2006, req. 44362/04, §39.

⁶¹¹ CEDH, Dickson contre Royaume-Uni, Grande Chambre, 4 décembre 2007, req. 44362/04, §66.

⁶¹² CEDH, Dickson contre Royaume-Uni, Grande Chambre, 4 décembre 2007, req. 44362/04, §81.

⁶¹³ CEDH, Dickson contre Royaume-Uni, Grande Chambre, 4 décembre 2007, req. 44362/04, §82.

⁶¹⁴ CEDH, Dickson contre Royaume-Uni, Grande Chambre, 4 décembre 2007, req. 44362/04, §83.

⁶¹⁵ Roger HENRION, *Assistance médicale à la procréation en prison*, Rapport de l'Académie nationale de médecine, adopté le 23 octobre 2012, p. 2 : Le rapport place la PMA en prison dans le droit commun. Ainsi, « l'Académie nationale de médecine approuve le développement des unités de vie familiale et des parloirs familiaux ; reconnaît que toute demande d'AMP en prison est a priori recevable à la condition qu'elle réponde aux dispositions de la loi de bioéthique en vigueur ».

Sur les unités de vie familiale, voir not. l'Article D. 406 du Code de procédure pénale relatif aux parloirs et la circulaire JUSE0340043 C du 18 mars 2003 relative à l'expérimentation des unités de visites familiales.

⁶¹⁶ Roger HENRION, *op. cit.* p. 1 : Le rapport « constate que la réalisation d'une AMP dans ces conditions doit être placée sur le même plan que le traitement de toute autre pathologie et discute la compatibilité de l'AMP avec les deux termes de la loi bioéthique : infertilité médicalement prouvée et persistance d'une communauté de vie ».

communauté de vie. Le prisme adopté –celui de l'équivalence de traitement⁶¹⁷– disqualifie d'emblée les projets parentaux dont la réalisation est rendue impossible par la détention, en l'absence de parloirs conjugaux. Par ailleurs, le second critère mis en avant, en plus de l'infertilité, semble quelque peu inhabituel voire superfétatoire : la communauté de vie n'a jamais été un critère légal d'accès à la PMA et cela renforce la singularité des projets parentaux des personnes en détention.

190. Distinguer les stérilités en fonction de leurs origines est un moyen de nier la finalité des techniques de PMA⁶¹⁸ et le fait que tous les projets parentaux sont de même nature, en ce qu'ils visent tous ce même objectif. En effet, les techniques de PMA ne permettent jamais de soigner la stérilité, elles permettent uniquement de contourner les difficultés et proposent une solution palliative. Ainsi, les individus parviennent à devenir parent tandis que leurs éventuels problèmes médicaux, par exemple une absence, ou un petit nombre ou une mauvaise qualité des spermatozoïdes, des ovules... ne sont pas toujours soignés. La prise en charge consiste à atteindre le but recherché, devenir parent, en offrant des moyens de substitution.

b. La PMA ou l'absence de nécessité médicale

191. Les techniques de PMA ont fait l'objet d'une construction sémantique et juridique *a posteriori* pour pouvoir être présentées comme relevant d'une nécessité médicale dans la mesure où face à des « couples pathologiques », les médecins proposeraient une solution thérapeutique⁶¹⁹. Historiquement, quand les techniques de PMA se sont développées, l'aspect thérapeutique était secondaire et au contraire, le développement de ces techniques est ancré dans le monde de la recherche : les praticiens investigaient d'abord la génétique et les aspects physiologiques de la reproduction humaine et l'aspect thérapeutique est arrivé ensuite⁶²⁰.

Il semble difficile de définir les techniques de PMA comme relevant de la thérapeutique dans la mesure où « le modèle dit "thérapeutique" ne soigne pas la stérilité »⁶²¹. En particulier, le don de gamète apparaît comme particulièrement topique⁶²². Madame la professeure Dominique Thouvenin explique ainsi que « l'insémination avec donneur d'un couple stérile a dû pour

⁶¹⁷ Concernant la santé des détenus, l'article 381-3 du Code de la sécurité sociale permet une affiliation au régime général de l'assurance maladie et l'article 46 de la loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009 reconnaît le principe d'égalité des soins.

⁶¹⁸ Daniel BORRILLO, « Bioéthique à la française et paternalisme d'État », *Raison publique*, 15 mai 2012, <http://www.raison-publique.fr/article524.html> : « Que le désir d'enfant soit de fait, et de toute évidence, la raison fondamentale de recourir à l'assistance médicale à la procréation, n'implique pas de désigner la satisfaction de ce désir comme la finalité justifiant la mise en œuvre de cette pratique ».

⁶¹⁹ TFLI, entrée « thérapeutique » : « Ensemble des moyens propres à lutter contre les maladies, à rétablir, préserver la santé. » ou encore « Traitement spécifique de telle maladie, de tel trouble ».

⁶²⁰ Laurence TAIN, « Corps reproducteurs et techniques procréatives : images, brouillages, montages et remue-ménage », *Cahiers du Genre*, 2003/1, n°34, pp. 171-192, spéc. p. 172

⁶²¹ Irène THERY, *op. cit.*, p. 267 : il s'agit d'un modèle thérapeutique dans le sens où il y a une véritable construction rhétorique.

⁶²² Voir dans le même sens Irène THERY, *op. cit.*, p. 268 : « Ce qui s'affiche à propos de l'AMP en général, comme un critère thérapeutique s'avère, à propos de l'AMP avec tiers donneur, être un choix qui n'a rien de médical, un choix social qui consiste à accepter d'aider uniquement certains modèles de couple et de famille à engendrer un enfant ».

s'imposer apparaître comme une intervention médicale ayant un caractère thérapeutique acceptable ; aussi a-t-il fallu pour cela qu'elle soit reconnue comme un palliatif à l'incapacité de la médecine de soigner les stérilités d'origine masculine »⁶²³. En effet, la personne n'est pas soignée une fois la PMA réalisée dans la mesure où son « problème » à l'origine de la stérilité est toujours présent. Cela est vrai pour le recours aux dons de sperme mais pour l'ensemble des techniques de PMA. L'absence de nécessité médicale derrière les actes de PMA est une idée défendue autant par ceux qui dénoncent le dévoiement de la notion d'acte médical⁶²⁴ que par ceux qui défendent l'autonomie dans la mise en œuvre des actes médicaux non thérapeutiques.

En outre, la définition de l'infécondité comme un état pathologique qui nécessite une intervention médicale paraît délicate en dehors d'une demande des individus, c'est-à-dire d'un projet parental de leur part. La stérilité peut être vécue de manière durable sans difficulté, tant que les personnes ne cherchent pas à avoir d'enfant. De même, avant le développement de la médecine de la reproduction, l'adoption, qui n'a rien de médical, a permis et permet toujours de devenir parent. De même que l'adoption, les techniques de PMA sont des procédés et procédures qui permettent de réaliser un projet parental. Les techniques de PMA ne correspondent pas à des indications médicales en soi : seul le choix de la technique à mettre en œuvre relève d'un diagnostic particulier. Le terme médical présent dans les techniques de PMA entretient une confusion quant à la place des médecins. Il y a une confusion entre la médicalisation qui correspond à la mise en œuvre médicalisée des techniques par des professionnels de santé en établissement de santé et la médicalisation comme processus rhétorique de légitimation de certains projets parentaux. En effet, l'intervention des médecins demeure nécessaire pour la mise en œuvre des projets parentaux en dehors des indications médicales. Aucune différence de situation et de réalisation du traitement par une équipe médicale n'existe entre un couple de femmes et un couple hétérosexuel dont l'homme souffre d'azoospermie : une insémination avec un tiers donneur de sperme est nécessaire afin d'obtenir une grossesse. De manière similaire, un couple dont l'homme est en détention et ne peut avoir accès à un parloir conjugal a besoin d'une aide médicale afin de permettre l'insémination avec son propre sperme : l'insémination intraconjugale est pratiquée de la même manière pour un couple hétérosexuel dont par exemple la glaire cervicale de la femme empêche la fécondation. L'action des médecins est ainsi exactement la même dans ces situations différentes, qui visent toute à la réalisation d'un projet parental et poursuivent en cela un but social. Il serait même permis d'affirmer que le besoin d'assistance médicale est plus important pour les couples composés de personnes de même sexe ou pour des personnes détenues dans la mesure où un changement de situation conjugale ou

⁶²³ Dominique THOUVENIN, *op. cit.*

⁶²⁴ Patricia HENNION-JACQUET, *op. cit.* : « quant à l'AMP pour infertilité, elle n'est pas non plus fondée sur une nécessité médicale : c'est le ressenti d'un couple en mal d'enfant qui autorise l'acte de fécondation artificielle, qui n'a pas pour but de soigner l'infertilité ».

sociale ne relève pas uniquement de leur volonté⁶²⁵. Ce qui relève du médical dans le sigle PMA, c'est bien l'assistance fournie par les médecins ; au contraire, il ne semble pas exister de définition d'une procréation qui répondrait à une indication médicale, c'est-à-dire dont la nécessité s'impose d'un point de vue médical. L'assistance à la procréation est toujours motivée par des raisons non médicales, à savoir un projet parental.

192. Le caractère acceptable et légitime de la prise en charge médicale des projets parentaux est amplement déterminé par le contexte et des éléments extérieurs, sans rapport avec la médecine, à savoir la situation sociale des individus⁶²⁶. Il nous semble contestable de conditionner l'accès à une offre de soins à la situation conjugale hétérosexuelle des personnes et cela semble peu compatible avec le principe de l'égal accès aux soins. L'affirmation d'un côté du principe d'« égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé »⁶²⁷ est en effet contradictoire avec le cadre actuel relatif aux techniques de PMA qui fait dépendre l'accès aux soins d'une situation conjugale reproductive.

193. Aujourd'hui, la légitimité du projet parental repose sur son caractère pathologique, appréciée par le personnel médical au regard des critères légaux. Ainsi, la ligne de démarcation qui existe actuellement entre les stérilités qui relèveraient du champ du médical et celles apparentées au domaine social a été construite en commun par les différents acteurs, professionnels de santé qui ont milité en faveur de la prise en charge et de la reconnaissance de la stérilité comme une maladie, des pouvoirs publics et du législateur qui ont validé un modèle naturaliste qui prend la nature comme modèle et justification. Pourtant, une fois le caractère pathologique de la stérilité discutée et le caractère thérapeutique des techniques de PMA remis en cause, il semble difficile de soutenir qu'il y ait une nécessité médicale aux actes de PMA. En l'absence de nécessité médicale, il est délicat voire contestable de subordonner l'accès aux soins à des éléments sociaux tenant à la situation conjugale alors que la finalité des techniques est toujours identique, permettre à des individus de devenir parents.

La construction de ces techniques, à partir d'une conception médicale classique reposant sur le normal et le pathologique a contribué à cristalliser une conception extrêmement restreinte et normative de leur accès. Autant que le modèle naturaliste, la rhétorique de la pathologie et de la thérapeutique sont construits par les discours médicaux et les textes juridiques et viennent justifier et renforcer le naturalisme du cadre juridique définissant le projet parental et sa mise en œuvre. Ainsi, la médicalisation agit d'abord comme un processus de légitimation de certains

⁶²⁵ Cela est vrai si on se situe à l'échelle du couple ; à l'échelle individuelle, un homme souffrant d'azoospermie ne pourra pas procréer sans avoir recours aux techniques de PMA.

⁶²⁶ Laurence TAIN, « Genre et techniques de reproduction : évidence, alliances et turbulences », *L'Homme et la société*, 2004/2, n°152-153, pp. 229-246, spéc. p. 231 : « il y a aussi le processus qui tend à gommer les rapports de force et à reformuler la situation en termes médicaux. C'est ainsi la légitimité du recours à l'assistance médicale à la procréation qui se construit ».

⁶²⁷ Article L. 1110-1 du Code de la santé publique.

projets parentaux et d'exclusion de ceux qui ne répondent pas à un modèle « thérapeutique ». Pourtant, à notre sens, la seule finalité médicale acceptable lors de la mise en œuvre des techniques est la sécurisation de la réalisation du projet parental, en offrant des soins de qualité dans des conditions assurant la sauvegarde de la santé des personnes. Cet objectif, visant à sécuriser la mise en œuvre du projet parental est également assuré par la médicalisation.

§II. La réalisation médicalisée des projets parentaux

194. « L'évidence de la médicalisation »⁶²⁸ s'est imposée par un activisme de la part des professionnels de santé eux-mêmes. Il s'agit d'un véritable « combat des professionnels »⁶²⁹, « fondé sur une alliance entre chercheurs et médecins spécialistes »⁶³⁰. La régulation intervient alors *a posteriori* pour reconnaître le rôle joué par les professionnels de santé dans le domaine de l'infertilité. Ces derniers se voient alors attribuer des pouvoirs importants tant au niveau de la relation médicale où ils assurent la vérification des critères et la mise en œuvre des techniques qu'au niveau de la régulation des pratiques professionnelles (A). En dépit de cette importante autonomie et délégation partielle de la régulation en matière de techniques de PMA, des dispositifs particuliers ont été mis en place pour sécuriser la réalisation des projets parentaux : à la régulation de l'offre médicale s'ajoutent des dispositifs en matière de sécurité sanitaire et de vigilance (B). Cet encadrement des pratiques médicales ne permet pourtant pas de relativiser le rôle substantiel joué par les professionnels de santé, y compris en marge du domaine médical.

A. Institutionnalisation du rôle social des médecins

195. La médicalisation consiste à faire des activités de PMA des activités relevant du champ médical, mises en œuvre par des médecins dans des établissements de santé. L'institutionnalisation des techniques de PMA est de fait une reconnaissance du rôle social des médecins. En effet, l'encadrement des techniques de PMA délègue aux médecins la responsabilité d'interpréter les critères légaux d'accès aux techniques de PMA avant de les mettre en œuvre (a). À ce pouvoir médical délégué s'ajoute le pouvoir médical inhérent à la relation médicale et intrinsèque aux techniques de PMA (b).

a. Le pouvoir médical tiré de la réglementation

196. La médicalisation s'exprime de manière concrète lorsque les médecins doivent mettre en œuvre les techniques de PMA. En effet, ils doivent préalablement interpréter les critères d'accès aux techniques de PMA et apprécier le projet parental au regard du bien de l'enfant (i). Cette

⁶²⁸ Laurence TAIN, *op. cit.*, p. 232.

⁶²⁹ *Ibidem*.

⁶³⁰ *Ibid.* ; l'alliance entre médecins gynécologues et chercheurs biologistes se retrouve dans les dispositions de l'article L. 2141-10 alinéa 1er du Code de la santé publique où il est fait mention de l'« équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire ».

délégation de l'interprétation des critères et de la vérification du projet parental confère un pouvoir important aux médecins qui s'ajoute à celui tiré de la régulation des pratiques médicales par les guides de bonnes pratiques. En effet, l'élaboration des guides de bonnes pratiques permet une autorégulation indirecte des professionnels de santé des pratiques médicales (ii).

i. Le pouvoir médical d'interprétation des critères d'accès et d'appréciation du projet parental

197. Les professionnels de santé jouent un rôle important en matière de PMA, encore aujourd'hui alors que les techniques font l'objet d'une reconnaissance du fait de leur encadrement. En France, « le corps médical a toujours joui d'une large autonomie en matière de procréation médicalement assistée. La quasi-totalité des techniques restent autorisées et le corps médical est laissé seul juge du choix des techniques à utiliser »⁶³¹. En outre, les principes bioéthiques et les critères d'accessibilité aux techniques sont mis en œuvre et interprétés par les praticiens et cliniciens eux-mêmes, ainsi que la qualité du projet parental.

Ce sont les professionnels de santé qui reçoivent directement les demandes des couples dans les centres de PMA. En droit français, il est précisé que la technique de PMA « ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent titre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître »⁶³². Cette délégation du pouvoir d'interprétation des critères aux médecins est assumée. De même, l'Académie nationale de médecine écrit, à propos de l'accès à la PMA en prison, que « le respect des conditions fixées par la loi pour accéder à une AMP implique que la décision revienne au médecin exerçant dans un centre autorisé pour cette activité. En cas de refus, le motif de la décision doit être clairement signifié aux intéressés »⁶³³. De même, les recommandations d'éthique médicale sur l'insémination artificielle prises par l'Académie suisse des sciences médicales de 1981 prévoyaient explicitement que « la médecine ne doit pas seulement se laisser guider par des considérations médicales, mais il s'assurera autant que possible que de bonnes garanties existent que *l'enfant à naître ait des conditions de vie favorables* ». En outre, l'article 3 alinéa 1^{er} de la LPMA consacre le bien de l'enfant comme « le critère fondamental pour une aide à la procréation » et il est précisé que « celui-ci relève de l'appréciation du médecin »⁶³⁴.

Pourtant, certains critères d'accès ne sont pas faciles à interpréter. C'était par exemple le cas du critère de stabilité du couple qui existait jusqu'en 2011 en droit français. La condition de deux

⁶³¹ Isabelle ENGELI, *op. cit.*, p. 134.

⁶³² Article L. 2141-10 alinéa 6 du Code de la santé publique.

⁶³³ ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, *Assistance médicale à la procréation en prison, Rapport*, 2012, p. 12.

⁶³⁴ Dominique MANAI, *op. cit.*, p. 326.

ans correspondait à des impératifs différents, tant médicaux que juridiques⁶³⁵. D'une part, il s'agissait de distinguer les couples selon la nature juridique du lien qui les unissait et d'intégrer une durée de temps dans une perspective juridique. D'autre part, la stérilité peut plus facilement être appréciée si effectivement le couple cherche à procréer depuis deux ans sans succès. Pour évaluer la force des liens entre les deux individus, il devait alors y avoir une intrusion du médecin dans la sphère de l'intime⁶³⁶. La suppression du critère a d'ailleurs été justifiée par le fait que, « les médecins répugnent à l'appliquer, car ils estiment que ce n'est pas leur rôle »⁶³⁷ : certains ont ainsi pu témoigner, « nous, médecins, ne souhaitons pas être transformés en policiers exigeant des pièces justificatives dont nous ne savons pas exactement lesquelles sont valables »⁶³⁸. Le critère de l'âge est encore laissé à la discrétion des équipes soignantes. Différentes normes soignantes existent : dans certains centres, il faut « que l'enfant ait au moins vingt ans à la mort du père »⁶³⁹ ou encore « l'âge de la femme ajouté à celui de l'homme ne doit pas dépasser 100 ans »⁶⁴⁰. Ces normes renvoient à « l'image que des biologistes et des médecins ont du "bon âge social" pour procréer »⁶⁴¹. De plus, en l'absence de limite d'âge fixée par le législateur, non seulement des arguments moraux intègrent la décision médicale, mais en plus il y a une absence d'harmonisation des décisions entre les centres, problématique vis-à-vis des couples, qui ne jouissent pas d'un égal accès aux soins⁶⁴².

En plus d'évaluer si le couple correspond aux critères d'accès à la PMA, les médecins peuvent également soumettre le projet parental à un examen d'opportunité par rapport à l'intérêt de l'enfant à naître. Il s'agit alors de contrôler les motivations et les qualités des individus à la parenté. Outre le délai de réflexion, les médecins peuvent refuser l'accès à la PMA : cela a par exemple été le cas lorsque la femme présentait un antécédent d'infanticide ou encore lorsque l'homme avait des antécédents de pédophilie⁶⁴³. Ce contrôle exercé par le corps médical contraste grandement avec la liberté de la procréation naturelle. Madame Aurore Catherine, dont la thèse porte sur le pouvoir médical et les droits des patients, montre que la procéduralisation qui a eu lieu avec les lois de bioéthique en matière de PMA a eu un effet contraire à celui attendu⁶⁴⁴. En effet, « la loi étend les prérogatives du médecin à l'appréciation

⁶³⁵ Voir not. CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois bioéthique*, La documentation française, spéc.p. 51 : En faveur du maintien de la condition de vie commune de deux ans, le Conseil d'État souligne que cela permet d'attester de la difficulté à procréer autant que de la stabilité du couple, assurant ainsi l'intérêt de l'enfant.

⁶³⁶ Pour une critique de l'évaluation de conditions sociales et psychologiques d'accès à un acte médical, voir not. Aurore CATHERINE, *op. cit.*, p. 425.

⁶³⁷ Rapp. AN n° 3111, au nom de la commission spéciale, p. 62.

⁶³⁸ Mme J. BELAISH-ALLART, in AN n° 3111, Rapport de la mission d'information, p. 29.

⁶³⁹ Philippe BATAILLE et Louise VIROLE, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴⁰ Philippe BATAILLE et Louise VIROLE, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁴¹ Philippe BATAILLE et Louise VIROLE, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴² Philippe BATAILLE et Louise VIROLE, *op. cit.*, p. 6 « Pourtant, en comparant plusieurs situations semblables, par exemple celles des couples dont l'âge du père est élevé sans pour autant qu'il soit la cause de l'infertilité du couple, on ne comprend pas pourquoi une équipe accepte une demande qui est refusée par une autre ».

⁶⁴³ Bertrand PULMAN, *op. cit.*, p. 78.

⁶⁴⁴ L'auteure entend par procéduralisation le développement de règles procédurales au détriment des règles substantielles, voir not. Aurore CATHERINE, *op. cit.*, pp. 155-163.

de l'intérêt d'un être qui n'est pas encore conçu, à une situation future »⁶⁴⁵, appréciation peu évidente pour n'importe quelle personne. Elle souligne alors le paradoxe qui existe : « alors que l'objectif premier des lois bioéthiques est de limiter le pouvoir médical de crainte qu'il ne repousse les frontières de la science, le législateur parvient à créer une nouvelle forme de pouvoir, à l'intérieur même desdites techniques, dans la relation intime médecin-patient »⁶⁴⁶. Le médecin apparaît alors sous la figure d'un « contrôleur des conduites sociales »⁶⁴⁷ du fait du pouvoir d'appréciation des conditions d'accès à l'acte médical qu'il détient de la loi. Ainsi, il joue « pour le compte de l'État, le rôle d'un *contrôleur* de la conformité biographique et d'éventuels *confidants*, chargés, ici, rien moins que de recueillir le "désir d'enfant des couples" »⁶⁴⁸. Au final, « la loi attribue au médecin un pouvoir juridique, c'est-à-dire un pouvoir qu'elle crée elle-même. (...) Par exemple, la loi confère au médecin un pouvoir d'appréciation et de décision considérable dans le cadre de l'AMP »⁶⁴⁹. Toutefois, cette responsabilité semble parfois être vécue comme un poids par le corps médical⁶⁵⁰.

Devant la difficulté de s'assurer de certaines réalités non médicales, la stabilité d'un couple, appréciée selon une durée ou encore la nature du lien qui unit deux individus, certains professionnels peuvent décider de ne procéder qu'à des vérifications sommaires ou ne pas s'immiscer du tout dans la sphère de l'intime des personnes. Ainsi, certains projets parentaux sont réalisés alors qu'ils ne correspondent pas au modèle naturaliste repris au niveau légal, que cela soit volontairement ou par omission⁶⁵¹. Il paraît très difficile d'évaluer le nombre de situations de cette nature. Pour autant, il est évident que certains médecins ne prennent pas toujours la peine et le temps de s'assurer de la réalité du couple : théoriquement, les deux membres du couple doivent être présents à trois moments, à savoir la première consultation, lors de l'insémination ou fécondation pour réitérer leur consentement et en cas de don de sperme pour consentir à la parenté. Toutefois, l'ensemble des actes peut être mis en œuvre sans ces vérifications et étapes qui relèvent du contrôle administratif des critères juridiques. En plus de cette liberté d'appréciation laissée aux médecins, certains couples peuvent être constitués uniquement pour l'occasion. Un contentieux illustre la possibilité d'existence d'un tel montage⁶⁵²

⁶⁴⁵ Aurore CATHERINE, *op. cit.*, p. 160.

⁶⁴⁶ Aurore CATHERINE, *op. cit.*, pp. 160-161.

⁶⁴⁷ Voir en ce sens les développements Aurore CATHERINE, *op. cit.*, pp. 420-436.

⁶⁴⁸ Dominique MEMMI, *Faire vivre et laisser mourir, Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, La découverte, coll. Textes à l'appui, 2003, pp. 45-46.

⁶⁴⁹ Aurore CATHERINE, *op. cit.* p. 631

⁶⁵⁰ Voir les réponses de MM. DUCLOUX et STEFANI, respectivement président et directeur de la section déontologie du Conseil national de l'ordre des médecins, Sabine BOUSSAR et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Les rapports entre droit et déontologie. Le point de vue du Conseil national de l'ordre des médecins », pp. 93-98 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006.

⁶⁵¹ Philippe BATAILLE et Louise VIROLE, *op. cit.*, p. 6 : « Le problème étant qu'en PMA ce qui est interdit n'est pas nécessairement refusé, alors que ce qui est refusé n'est pas obligatoirement interdit ».

⁶⁵² Cass., 1^{ère} Civ., 9 mars 1994, n° 92-16774 : « Attendu que M. Y... et Mme X..., qui étaient, chacun, engagés dans une liaison homosexuelle, ont décidé d'avoir un enfant en commun ; que Mme X..., inséminée artificiellement avec le sperme de M. Y..., a mis au monde, le 13 juin 1988, une fille prénommée Julie, qui a été reconnue avant sa naissance

dont le nombre reste bien entendu indéterminé. Les professionnels de santé peuvent ainsi tout à fait prendre en charge des femmes seules ou des couples de femmes homosexuelles, en ne cherchant pas volontairement à s'assurer de l'existence d'un conjoint. Une telle prise en charge qui n'implique pas la vérification des critères sociaux recentre d'ailleurs le rôle des médecins sur la dimension médicale dans la mise en œuvre des techniques de PMA.

Le rôle des professionnels de santé est important et le législateur a donné un pouvoir d'interprétation et de décision considérable aux médecins dans la mise en œuvre des techniques de PMA. À ce pouvoir donné par le législateur qui s'exprime au niveau de la relation de soin s'ajoute une autre dimension, cette fois régulatrice. En effet, la pratique de la PMA est régulée par de nombreux guides de bonnes pratiques dont l'élaboration revient au corps médical.

ii. Une régulation en partie déléguée au corps médical

198. La définition des bonnes pratiques met en exergue le fait que la régulation des pratiques professionnelles en matière de PMA est en fait assurée par les praticiens eux-mêmes. En effet, les recommandations de bonne pratique (RBP) sont « des synthèses rigoureuses de l'état de l'art et des données de la science à un temps donné »⁶⁵³ émises « afin d'améliorer la prise en charge et la qualité des soins »⁶⁵⁴. En matière de PMA, les activités biologiques et cliniques d'assistance médicale à la procréation⁶⁵⁵ et la stimulation ovarienne⁶⁵⁶ font notamment l'objet de guides de bonnes pratiques prévus par le Code de la santé publique⁶⁵⁷. Il y a une multiplication des RBP, avec une imbrication des agences avec une superposition des domaines d'intervention et d'expertise des agences⁶⁵⁸. L'enchevêtrement des recommandations de bonnes pratiques peut poser des difficultés en termes de lisibilité et mener à des contradictions. Après un débat quant à la nature juridique des guides de bonnes pratiques⁶⁵⁹, le Conseil d'État a tranché quant à leur

par ses parents » ; Evelyne MONTEIRO, « Exercice de l'autorité parentale et insémination artificielle entre parents homosexuels », *D.*, 1995, p. 197.

⁶⁵³ http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_418716/fr/methodes-delaboration-des-recommandations-de-bonne-pratique

⁶⁵⁴ http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1250022/fr/bonne-pratique-professionnelle

⁶⁵⁵ Arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, JORF n°0211 du 11 septembre 2010 page 16522, texte n° 24.

⁶⁵⁶ Arrêté du 22 juin 2015 définissant les règles de bonnes pratiques applicables à la stimulation ovarienne y compris lorsqu'elle est mise en œuvre indépendamment d'une technique d'assistance médicale à la procréation ; voir aussi AFSSAPS, *Les médicaments inducteurs de l'ovulation : les gonadotrophines, Recommandations*, Edition d'avril 2004 et AFSSAPS, *Les médicaments inducteurs de l'ovulation : les gonadotrophines, Recommandations*, Actualisation d'Avril 2007.

⁶⁵⁷ Article L. 2141-1 alinéa 6 du Code de la santé publique : « La stimulation ovarienne, y compris lorsqu'elle est mise en œuvre indépendamment d'une technique d'assistance médicale à la procréation, est soumise à des règles de bonnes pratiques fixées par arrêté du ministre chargé de la santé » ; alinéa 7 : « Un arrêté du ministre chargé de la santé, pris sur proposition de l'Agence de la biomédecine, définit les règles de bonnes pratiques applicables à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ».

⁶⁵⁸ Voir par exemple, article R. 2142-24 du Code de la santé publique : « L'établissement de santé ou l'organisme doit respecter les règles de bonnes pratiques définies par arrêté du ministre chargé de la santé, pris sur proposition du directeur général de l'Agence de la biomédecine après avis de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. Ces règles tiennent compte des recommandations de la Haute Autorité de santé conformément aux dispositions du 2° de l'article L. 161-37 du code de la sécurité sociale ».

⁶⁵⁹ Pour un aperçu complet, voir Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU, Didier TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, Thémis droit, 3e éd., 2012, n°377 « Les références médicales, bonnes pratiques et normes en droit de la santé », pp. 423-427 ou encore Anne LAUDE, « Dix ans de droit de la santé », *Les Tribunes de la santé*, 4/2009, n° 25, pp. 51-62 : le droit de la

degré de normativité. Il reconnaît que les recommandations de bonne pratique sont des actes qui peuvent faire grief, à l'instar des circulaires⁶⁶⁰ et étend par la suite cette solution aux recommandations qui n'ont pas fait l'objet d'homologation⁶⁶¹ : il s'agit alors d'une reconnaissance généralisée du caractère de décision faisant grief aux RBP, sans pour autant qu'elles soient présentées comme des directives administratives⁶⁶².

En cas de contradiction entre des recommandations régulant le même domaine, la différence de valeur normative des guides de bonnes pratiques ne pourrait être un critère pertinent ; il faudrait alors s'intéresser aux procédures d'élaboration des règles afin de dégager quelle serait leur valeur scientifique, déplaçant les considérations de la sphère du juridique vers le domaine d'expertise médicale. En effet, de manière générale, les recommandations de bonne pratique, en ce qu'elles témoignent des données acquises de la science⁶⁶³ servent d'élément d'appréciation pour fonder une sanction disciplinaire à l'égard des médecins en cas de faute⁶⁶⁴. Le Conseil d'État a par exemple utilisé les recommandations de bonnes pratiques élaborées par l'agence nationale pour le développement de l'évaluation en médecine pour confirmer la sanction disciplinaire prise à l'égard d'un médecin⁶⁶⁵. De la même manière, les recommandations ont été

santé est traversé depuis une quinzaine d'années par un développement de la *soft law*, c'est-à-dire d'un « un droit en quelque sorte "parallèle" au droit de la santé figurant dans le Code de la santé publique, dont la force et la nature juridiques mériteraient sans doute d'être précisée » ; Filali OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 509 ; Anne LAUDE, « Force juridique des références médicales opposables », *Médecine et Droit*, 1998, n°28, page 1 ; Caroline MASCLET, « Les recommandations des autorités sanitaires : quelle valeur juridique ? », *JDSAM*, 2015, n°3, pp. 20-28.

⁶⁶⁰ Conseil d'État, 26 septembre 2005, n°270234 : « si les recommandations de bonnes pratiques ainsi définies, qui visent normalement à donner aux professionnels et établissements de santé des indications et orientations pour l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'accès des patients aux informations médicales, n'ont pas en principe, même après leur homologation par le ministre chargé de la Santé, le caractère de décision faisant grief, elles doivent toutefois être regardées comme ayant un tel caractère, tout comme le refus de les retirer, lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative » ; le Conseil d'État reconnaît alors la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé par le Conseil national de l'Ordre des médecins contre les recommandations de la Haute autorité de santé qui avaient été homologuées par arrêté du ministre chargé de la Santé.

⁶⁶¹ Conseil d'État, 27 avril 2011, n°334396 : « eu égard à l'obligation déontologie, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du Code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques, ces dernières doivent être regardées comme des décisions faisant grief susceptibles de fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ».

⁶⁶² Florian SAVONITTO, « Les recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé », *RFDA*, 2012, p. 471 : « Par cette formulation ne présentant aucune restriction, le Conseil d'État opère une reconnaissance généralisée du caractère de décision faisant grief des recommandations de bonne pratique ».

⁶⁶³ Article R. 4127-32 du Code de la santé publique.

⁶⁶⁴ Joël MORET-BAILLY, Note sous CE, 12 janvier 2005, n°256001, *RDSS*, 2005, p. 496 : « Les « recommandations » de bonne pratique constituent donc des "normes" en ce qui concerne l'évaluation des fautes professionnelles ».

⁶⁶⁵ Conseil d'État, 12 janvier 2005, n°256001, « La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales », *AJDA* 2005, p. 1008 : « la section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des médecins a pu, sans commettre d'erreur de droit, estimer que M. K. n'avait pas tenu compte pour dispenser ses soins à ses patients des données acquises de la science, telles qu'elles résultent notamment des recommandations de bonnes pratiques élaborées par l'agence nationale pour le développement de l'évaluation en médecine (...), et qu'il avait ainsi méconnu les dispositions des articles 8 et 32 du code de déontologie ».

utilisées pour reconnaître la faute d'un médecin, en matière pénale⁶⁶⁶ et en matière civile⁶⁶⁷ ou au contraire pour écarter une telle faute⁶⁶⁸.

Il semble difficile d'évaluer la place et le rôle exact de ces nombreux guides de bonnes pratiques en matière de PMA en France. Ils jouent toutefois un véritable rôle infra-normatif, de régulation des comportements⁶⁶⁹ et les RBP peuvent être définies « comme des modalités d'action publique »⁶⁷⁰ qui « rendent effective la puissance publique sur le mode d'un gouvernement dans lequel l'État agit à distance tout en responsabilisant les destinataires de ses actions »⁶⁷¹. De manière générale, les RBP sont effect destinées à « orienter la pratique médicale vers des objectifs de santé publique⁶⁷² et (à) réaliser des économies budgétaires »⁶⁷³. Elles présentent également un intérêt pour les patients qui se retrouvent dans une posture de vulnérabilité inhérente à la relation médicale⁶⁷⁴. Les patients deviennent « auxiliaires des pouvoirs publics »⁶⁷⁵. Dans un renversement de perspective, « les quasi normes, le plus souvent perçues comme des obligations ou des contraintes professionnelles, pourraient ainsi progressivement s'imposer comme des droits nouveaux pour les usagers du système de santé et des garanties pour le respect des exigences fondamentales d'efficacité, de qualité et de sécurité des soins »⁶⁷⁶. Les guides de bonnes pratiques, nombreux dans le domaine de la PMA, agissent comme du droit souple⁶⁷⁷ en ayant un véritable pouvoir de régulation infra-normatif des comportements des professionnels de santé et permettent également d'informer les usagers. Les procédures d'élaboration des RBP ainsi que la place qui leur est reconnu par le Conseil d'État montrent l'importance prise par le savoir médical dans la régulation des pratiques. Ainsi, la régulation exercée par les pouvoirs publics est déléguée au corps médical en France. Au contraire, en Suisse

⁶⁶⁶ Cass., Crim., 18 mai 2010, n°3008.

⁶⁶⁷ Cass., 1ère Civ., 14 octobre 2012, n°09-68471.

⁶⁶⁸ Cass., 1ère Civ., 4 janvier 2005, n°03-14206.

⁶⁶⁹ Christine ROLLAND et François SICOT, « Les recommandations de bonne pratique en santé, Du savoir médical au pouvoir néo-managérial », *Gouvernement et action publique*, 2012/3, n°3, pp. 53-75, spéc. pp. 55-56 : « la sanction en cas de non-respect des RBP ne constitue qu'une modalité, peut-être marginale, des outils dont se dotent ses producteurs pour modifier les comportements des professionnels, à côté de degrés variables de conseils, d'incitations, de référence à l'autonomie et à la responsabilité caractéristiques de cette "conduite des conduites" visée par M. Foucault » ; voir dans le même sens, Marie GROSSET, « Les bonnes pratiques en droit de la santé : des avantages et des limites d'une médecine normée », *JDSAM*, 2013 n° 1, pp. 26-30, spéc. p. 27-28 : L'auteure distingue ainsi entre le caractère normatif des bonnes pratiques, qui « ont vocation à guider les comportements individuels » et « leur degré exact de normativité, c'est-à-dire le degré de contrainte qu'elles exercent sur leurs destinataires, varie fortement selon le type de document et son auteur ».

⁶⁷⁰ Christine ROLLAND et François SICOT, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁷¹ Christine ROLLAND et François SICOT, *op. cit.*, p. 61.

⁶⁷² Marie GROSSET, *op. cit.*, spéc. p. 26 : « Au gré des scandales sanitaires et notamment de l'affaire dit edu sang contaminé révélée en 1991, le recours aux bonnes pratique s'est trouvé, pour la puissance publique, être une arme efficace pour répondre aux exigences toujours plus fortes de sécurité sanitaire ».

⁶⁷³ Christine ROLLAND et François SICOT, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁷⁴ Marie GROSSET, *op. cit.*, pp. 26-30 : « accessibles à tous, elles renforcent également indirectement les droits des patients et répondent au souci de transparence ».

⁶⁷⁵ Christine ROLLAND et François SICOT, *op. cit.*, p. 64.

⁶⁷⁶ Didier TABUTEAU, « Référentiels, bonnes pratiques et recommandations : nouvelles normes ou "quasi normes" en santé ? », *JDSAM*, 2015, n°3, pp. 7-16, spéc. p. 16.

⁶⁷⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple. Étude annuelle 2013*, Collection « Les rapports du Conseil d'État », n° 64, 2013.

il n'existe pas de tels dispositifs⁶⁷⁸ depuis que la LPMA a remplacé les recommandations professionnelles de l'Académie suisse des sciences médicales⁶⁷⁹. Toutefois, il convient de distinguer les deux types de recommandations : les recommandations de bonnes pratiques en France sont des prescriptions des pouvoirs publics dont l'élaboration est confié au corps médical alors qu'en Suisse, il s'agissait de recommandations purement médicales. Pourtant, « les frontières entre les travaux des sociétés savantes, les consensus de la communauté médicale et les prescriptions des pouvoirs publics peuvent paraître (...) s'estomper »⁶⁸⁰ dans la mesure où de nombreuses réglementations sont parfois adoptées sous l'apparence de scientificité des RBP⁶⁸¹.

199. Le processus initial de médicalisation des techniques de PMA montre l'ambivalence de la régulation à l'égard des professionnels de santé. Ce sont d'abord eux qui ont permis l'émergence de ces techniques de PMA, en légitimant à la fois les demandes sociales de traitements palliatifs de la stérilité et les pratiques médicales nouvelles. Par la suite seulement, le droit est intervenu pour réguler et encadrer les pratiques existantes et paradoxalement conférer aux médecins un large pouvoir que ce soit dans l'élaboration des guides de bonnes pratiques ou encore dans l'interprétation des critères d'accès aux techniques reproductives. À ces pouvoirs de type juridique s'ajoute un pouvoir médical inhérent à la relation de soin et particulièrement important dans la mise en œuvre des techniques de PMA.

b. Le pouvoir médical tiré de la relation de soin

200. Le pouvoir médical s'exerce non seulement au niveau de l'accès aux techniques, soumis à leur contrôle, mais également ensuite dans la mise en œuvre des techniques où les corps reproducteurs sont fortement médicalisés. En effet, la médicalisation des techniques entraîne une relation de vulnérabilité inhérente au rapport médecin-patient et les corps reproducteurs, notamment féminins, sont l'objet d'un contrôle médical important. Cette critique est particulièrement formulée par certaines féministes et son influence a été plus importante en Suisse lors de l'élaboration du cadre juridique des techniques de PMA, expliquant partiellement leur plus faible libéralisation⁶⁸².

⁶⁷⁸ En Suisse, la LPMA ne contient pas le syntagme nominal « bonnes pratiques ». Le cadre législatif fixé est très général : au sujet des bonnes pratiques, l'article 9 2. énumère les obligations des médecins, notamment d'exercer leur activité avec sérieux et conformément à la loi (b) et de garantir la conservation des gamètes conformément à l'état des connaissances scientifiques et techniques (e).

⁶⁷⁹ Avant l'adoption de la loi fédérale relative à la PMA en 1998, l'académie suisse des sciences médicales avait adopté des « directives médico-éthiques pour la procréation médicalement assistée » en 1990. Elles complétaient et modifiaient les « recommandations d'éthique médicale sur l'insémination artificielle de 1981 » et les « Directives médico-éthiques pour le traitement de la stérilité par fécondation in vitro de 1985 ». Ces directives, très générales, sont aujourd'hui remplacées par les dispositions de la LPMA, qui semblent suffire au regard du rôle joué par les sociétés savantes, notamment la Société Suisse de Médecine de la Reproduction.

⁶⁸⁰ Didier TABUTEAU, *op. cit.*, spéc. p. 15.

⁶⁸¹ *Ibidem* : « l'"habillage" sémantique de nombreuses réglementations qui auraient précédemment été édictées par voie traditionnelle de règlement sanitaire présente sans doute l'avantage aux yeux de leurs auteurs, et peut-être de la communauté médicale et soignante, d'une apparence de scientificité susceptible de favoriser leur diffusion et leur adoption dans les pratiques professionnelles ».

⁶⁸² Isabelle ENGELI, « La problématisation de la procréation médicalement assistée en France et en Suisse. Les aléas de la mobilisation féministe », *Revue française de science politique*, 2009/2, vol. 59, pp. 203-219.

Le pouvoir médical est inhérent à la relation de soin, indissociable de celle-ci. La relation médicale est en effet marquée par une asymétrie importante : en particulier, le sujet, malade, se retrouve dans une position de vulnérabilité face à un médecin, détenteur du savoir⁶⁸³. Les revendications des personnes malades, notamment constituées en association, à travers AIDES pour le SIDA, ou encore AFM Téléthon, ont contribué à faire évoluer la nature de la relation en permettant la reconnaissance de droits aux personnes malades et usagers du système de santé. En dépit d'une consécration législative, notamment à travers l'emblématique loi du 4 mars 2002, le pouvoir médical demeure important dans la relation de soin. En outre, il connaît des expressions singulières lors de la mise en œuvre des techniques de PMA, notamment à l'égard des femmes qui font l'objet de la plupart des actes médicaux.

201. D'abord, les techniques de PMA interviennent dans un domaine très intime, à savoir la sexualité et l'équipe médicale, mettant en œuvre les techniques, se livre à un véritable examen de celle-ci. Ce n'est pas tant le diagnostic de la condition générale d'infertilité qui est recherchée que la cause plus spécifique de cette infertilité qui permettra alors de déterminer la technique adaptée. Pour ne donner qu'un exemple, le test post-coïtal de Hühner consiste à examiner, 8 à 12 heures après le rapport sexuel, l'interaction entre les spermatozoïdes et la glaire cervicale⁶⁸⁴. La recherche de la cause de l'infertilité amène les équipes médicales à une forte immixtion dans l'intimité du couple. À ces actes médicaux diagnostics embarrassants s'ajoutent des actes invasifs, pratiqués principalement sur les femmes.

Les techniques de PMA s'inscrivent dans la continuité d'un processus continu de médicalisation des corps reproducteurs et des corps reproducteurs féminins en particulier, de l'accouchement aux techniques reproductives en passant par la maîtrise de la fécondité⁶⁸⁵. L'inévitable médicalisation de l'accouchement⁶⁸⁶ est d'ailleurs remise en cause et la Hongrie a été condamnée par la CEDH pour violation du droit au respect de la vie privée pour ne pas avoir permis aux femmes qui le souhaitent d'accoucher à domicile⁶⁸⁷. Concernant la contraception, depuis la loi Neuwirth de 1967 qui autorise la contraception médicalisée, il y a également une

⁶⁸³ Voir en ce sens la citation attribuée à Guy de Chauliac, chirurgien du XIV^e siècle, à savoir que le praticien doit obtenir du malade « qu'il [lui] obéisse comme un serf à son seigneur », Bernard HERNI et Robert SAURY, *Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine*, Masson, 1998, p. 10.

⁶⁸⁴ Pour en savoir plus sur cette technique, voir not. Lionel BARRAND, *Test post-coïtal de Hühner : intérêts et limites*, Université de Strasbourg, Mémoire de DIU de Biologie Appliquée à la Procréation, présenté en sept. 2012.

⁶⁸⁵ Elise DE LA ROCHEBROCHARD et Henri LERIDON, « Chap. 1, Patient ou acteur d'une reproduction médicalisée », pp. 29-57 in Elise DE LA ROCHEBROCHARD (dir.), *De la pilule au bébé-éprouvette, choix individuels ou stratégies médicales ?*, Ined, 2008.

⁶⁸⁶ Voir not. sur l'histoire de la médicalisation de l'accouchement, Olivier FAURE, « La médicalisation vue par les historiens », pp. 53-68 in Pierre AIACH et Daniel DELANOË (dir.), *L'ère de la médicalisation*, Anthropos, 1998, spéc. p. 57 : « comment, à l'époque moderne et singulièrement au XVIII^e siècle, l'accouchement avait été peu à peu confisqué aux femmes et aux matrones de village pour être confié à des sages-femmes formées par des accoucheurs, ou aux accoucheurs eux-mêmes. La naissance passait ainsi d'un monde villageois, féminin coutumier, convivial et dangereux à un univers rassurant mais aussi masculin, froid et impersonnel, soucieux des impératifs techniques, mais oublieux des femmes, de leurs croyances et de leurs traditions ».

⁶⁸⁷ CEDH, 2^e Section, Ternovszky contre Hongrie, 14 décembre 2010, requête n° 67545/09.

médicalisation croissante en France avec un recours croissant à la pilule et au stérilet⁶⁸⁸. Les techniques procréatives s'inscrivent dans la même perspective et correspondent à une « demande nouvelle adressée au corps médical »⁶⁸⁹. En d'autres termes, « comme la santé intègre des éléments du champ social, qui jusque-là, lui échappaient, elle offre, par conséquent, à l'expertise médicale de nouveaux domaines d'activité »⁶⁹⁰.

La médicalisation des corps reproducteurs et notamment des corps féminins s'inscrit partiellement dans la légende rose de l'histoire de la médicalisation décrite par Monsieur le professeur Olivier Faure en libérant les femmes des contraintes de la maternité⁶⁹¹. Il est également permis de l'inscrire dans la légende noire de l'histoire de la médicalisation, c'est-à-dire dans celle qui est connotée négativement⁶⁹². En effet, en matière de PMA, le « protocole médical (...) mobilise principalement le corps féminin, même en cas d'infertilité masculine »⁶⁹³ dans la mesure où la fécondation *in vitro* qui nécessite une ponction ovarienne est utilisée pour établir un diagnostic sur le pouvoir fécondant du sperme⁶⁹⁴. De même, en cas de problème d'infertilité masculine, la réalisation d'une ICSI⁶⁹⁵ ou d'une FIV nécessite également une ponction ovarienne. Ce qui permet de conclure que « c'est sur le corps des femmes que sont effectuées la plupart des interventions et des traitements souvent lourds et risqués, alors même que la pathologie en cause ne les concerne pas toujours »⁶⁹⁶.

Madame Laurence Tain, sociologue, qui a analysé les trajectoires des personnes ayant recours à des fécondations *in vitro*, a pu mettre en exergue des traits communs parmi les « pionnières longue durée » et en particulier, le poids important de l'institution médicale. Ainsi, ces femmes qui ont fait jusqu'à neuf tentatives appartiennent au milieu médical et ont un faible niveau de

⁶⁸⁸ Henri LERIDON, Pascale OUSTRY, Nathalie BAJOS et l'équipe COCON, « La médicalisation croissante de la contraception en France », *Population et Sociétés*, 2002, n°381, pp. 1-4, spéc. p. 1 : « La pilule était déjà en 1978 la méthode la plus utilisée et elle continue à se diffuser, passant de 40% à 60% de l'ensemble des utilisatrices en 22 ans (figure 1). Le recours au stérilet a aussi progressé dans la première décennie, et s'est stabilisé ensuite vers 23%. Les autres méthodes réversibles (préservatifs, retrait, abstinence périodique, produits spermicides, etc.) ont donc reculé, de 43% à 16%, le préservatif représentant aujourd'hui à lui seul près des deux tiers de ce groupe, alors que le retrait venait largement en tête en 1978 » et p. 4 : « Ces résultats confirment la médicalisation de la contraception en France, avec une diffusion toujours accrue de la pilule tandis que le stérilet est de plus en plus prescrit comme contraception d'arrêt ».

⁶⁸⁹ Claude SUREAU, « Préface », pp. 21-27 in Elise DE LA ROCHEBROCHARD (dir.), *De la pilule au bébé-éprouvette, choix individuels ou stratégies médicales ?*, Ined, 2008, spéc. p. 24.

⁶⁹⁰ Pierre AIACH, « Les voies de la médicalisation », pp. 15-36 in Pierre AIACH et Daniel DELANOË (dir.), *L'ère de la médicalisation*, Anthropos, 1998, spéc. pp. 15-16.

⁶⁹¹ Olivier FAURE, *op. cit.*, pp. 57-58.

⁶⁹² *Ibidem*.

⁶⁹³ Laurence TAIN, « Les nouvelles techniques de reproduction, nouveaux acteurs, nouveaux enjeux », *Informations sociales*, 2005/8, n°128, pp. 52-59, spéc. p. 55.

⁶⁹⁴ Dominique ROYERE, « Stratégie des PMA en cas d'infertilité masculine : la FIV dans le cas d'altérations non spécifiques du sperme », *Contraception, fertilité, sexualité*, 1991, vol. 20, n° 7 et 8, pp. 720-724 cité par Laurence TAIN, *op. cit.*, spéc. p. 55.

⁶⁹⁵ Ilana LÖWY, *L'emprise du genre*, La Dispute, « Le genre du monde », 2006, p. 156 : « la nouvelle thérapie de la stérilité masculine remédie à la défaillance physiologique d'une personne par la manipulation médicale intensive du corps sain d'un autre ».

⁶⁹⁶ Madeleine AKRICH et Françoise LABORIE, « Introduction : De la contraception à l'enfantement, l'offre technologique en question », *Cahiers du Genre*, 25, 1999, p. 5-17, spéc. p. 7.

qualification⁶⁹⁷. Les vulnérabilités semblent alors s'ajouter : vulnérabilité médicale inhérente à la relation de soins, rapports de genre et inégalités sociales renforcent la situation de dépendance de la femme qui peut parfois être au centre de parcours longs qui relèvent de l'acharnement reproductif. Pour toutes les femmes, il existe des difficultés dans la conciliation entre le travail productif et le travail reproductif médicalement assistée⁶⁹⁸. Cela est essentiellement dû aux caractéristiques de ce « parcours médicalisé atypique. Le protocole de FIV implique des rendez-vous réguliers dans les services d'AMP, tous les deux jours, voire tous les jours durant les périodes de stimulation ovarienne, mais ce qui est très particulier, c'est que ces rendez-vous, hospitalisation et arrêts maladies ne peuvent être rigoureusement anticipés tant ils dépendent des réactions hormonales des patientes »⁶⁹⁹. Au regard du rôle central des femmes dans la procréation médicalement assistée, il est possible d'affirmer que « l'évidence du recours aux techniques de reproduction se construit par superposition et croisement au fil de lignes de force du pouvoir médical et de la domination de genre, notamment »⁷⁰⁰.

202. Ces particularités expliquent que les féministes aient été très divisées sur la question des nouvelles techniques de la reproduction⁷⁰¹. La critique féministe des nouvelles technologies de la reproduction, portée par les féministes radicales, se concentre sur l'instrumentalisation des corps des femmes et « le renforcement de l'assignation maternelle des femmes [qui] augment[ai]ent encore la pression à la maternité »⁷⁰². Les arguments féministes de cette nature ont été davantage repris dans les débats en Suisse, notamment via les mouvances politiques écologistes, qu'en France⁷⁰³. Les débats les plus récents sur la gestation pour autrui tournent également autour de considérations de type féministe, sur la marchandisation et l'exploitation des femmes. Pour autant, ces arguments ne sont pas toujours l'apanage des féministes et sont alors utilisés au soutien de démonstrations qui essentialisent la femme gestatrice⁷⁰⁴.

203. L'institution médicale occupe une place centrale dans la mise en œuvre des techniques de PMA : les professionnels bénéficient d'une délégation de pouvoir quant à l'interprétation des critères d'accès. Le moment de la mise en œuvre des techniques est par ailleurs assez significatif

⁶⁹⁷ Laurence Tain, « L'hôpital, la femme et le médecin : la construction des trajectoires de fécondation *in vitro* », *Population*, 56e année, n°5, 2001, pp. 811-844, spéc. p. 829.

⁶⁹⁸ Irène-Lucile HERTZOG, « Les coûts de l'assistance médicale à la procréation pour les femmes salariées », *Cahiers du Genre*, 2014/1, n° 56, pp. 87-104, spéc. p. 87 : « L'assistance médicale à la procréation (AMP), en arraisonnant le corps des femmes à un contrôle biomédical auquel tout le reste doit être suspendu, permet de réinterroger les divisions genrées entre sphère productive et reproductive ».

⁶⁹⁹ Irène-Lucile HERTZOG, « Femmes actives et assistance médicale à la procréation. La réalisation de soi doublement fragilisée », *Dialogue*, 2011/2, n° 192, pp. 123-135, spéc. 126.

⁷⁰⁰ Laurence TAIN, « Genre et techniques de reproduction : évidence, alliances et turbulences », *L'Homme et la société*, 2004/2, n°152-153, pp. 229-246, spéc. p. 238.

⁷⁰¹ Voir sur ce sujet en France, Philippe BATAILLE, *Attitudes féministes face à la procréation médicalement assistée*, EHESS, thèse de doctorat, 1993.

⁷⁰² Isabelle ENGELI, « La problématisation de la procréation médicalement assistée en France et en Suisse, Les aléas de la mobilisation féministe », *Revue française de science politique*, 2009/2, vol. 59, pp. 203-21, p. 212.

⁷⁰³ Isabelle ENGELI, *op. cit.*

⁷⁰⁴ Muriel FABRE-MAGNAN, *Gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013.

des rapports de vulnérabilité conjuguant des rapports de pouvoir liés à la médicalisation et liés au genre. Au pouvoir médical inhérent à la mise en œuvre des actes dans la PMA, il paraît opportun de ne pas rajouter un pouvoir juridique délégué au corps médical. Au contraire, dans un tel contexte où la médecine joue un rôle social important, il conviendrait que la décision médicale redevienne un choix technique. La décision médicale est celle « qui demeure libre pour le praticien, une fois respecté le cadre légal »⁷⁰⁵. En l'espèce, elle correspond au choix de la technique de PMA : insémination, FIV, ICSI... Pour nous, l'évaluation de la légitimité du projet parental par rapport au modèle naturaliste imposé par les pouvoirs publics ne relève pas des compétences des médecins.

204. S'il est important, le pouvoir des praticiens connaît toutefois des limites. Il existe en effet de nombreux dispositifs visant à encadrer les pratiques médicales et à responsabiliser les médecins, en plus des recommandations de bonnes pratiques et sur lesquels ils n'ont pas prise.

B. Encadrement des pratiques médicales

La régulation des pratiques professionnelles en matière de PMA est importante afin de sécuriser la mise en œuvre des projets parentaux (a). À cet encadrement des pratiques médicales qui pèse notamment sur les établissements et les professionnels de santé s'ajoute des dispositions spécifiques permettant d'engager la responsabilité des médecins qui dérogeraient au cadre légal. Il est toutefois possible de se demander quelle est réellement la portée de ces dispositions en matière pénale (b).

a. Sécuriser la mise en œuvre du projet parental

205. L'encadrement par les pouvoirs publics des activités de PMA est antérieur à l'adoption d'une réglementation définissant les techniques ainsi que leur accès ; il s'agissait en effet dans un premier temps de réguler l'offre de soins en soumettant les établissements à un agrément. En Suisse, les activités de PMA relèvent du monopole des médecins⁷⁰⁶ et nécessitent une autorisation cantonale⁷⁰⁷. En France, le contrôle de la pratique de la PMA passe au contraire par un encadrement des établissements autorisés à mettre en œuvre ces techniques⁷⁰⁸ : les établissements⁷⁰⁹ doivent alors vérifier le parcours universitaire et professionnel des praticiens

⁷⁰⁵ Didier TRUCHET, « La décision médicale et le droit », *AJDA*, 1995, p. 611.

⁷⁰⁶ Suisse, OPMA, Article 9 alinéa 1 : « seuls des médecins peuvent être autorisés à pratiquer la procréation médicalement assistée ».

⁷⁰⁷ Suisse, LPMA, Article 8, 1 : « Doit être en possession d'une autorisation cantonale toute personne : a. qui pratique la procréation médicalement assistée ; b. qui conserve des gamètes ou des ovules imprégnés ou qui pratique la cession de sperme provenant de dons sans mettre elle-même en œuvre les méthodes de procréation médicalement assistée » ; voir également OPMA, 4 décembre 2000, RS 810.112.2, RO 2000 3068, Section 2 – Conditions de l'autorisation, Article 2 – Qualifications requises pour pratiquer la procréation médicalement assistée et Article 9 alinéa 2.

⁷⁰⁸ Article L. 2142-1 alinéa 1er du Code de la santé publique : « Les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle et de la stimulation ovarienne, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé ».

⁷⁰⁹ Article L. 2142-1 alinéa 5 du Code de la santé publique ; Arrêté du 13 février 2015 fixant les conditions de formation et d'expérience des praticiens exerçant les activités d'assistance médicale à la procréation mentionnées à l'article L. 2142-1 du Code de la santé publique.

qui y travaillent⁷¹⁰. Dès 1988, les activités de PMA ont été régulées au niveau des établissements⁷¹¹ et il a également existé entre 1994 et 2011 une procédure supplémentaire d'agrément intervenant au niveau des praticiens⁷¹², qui a été supprimée en 2011⁷¹³ pour « éviter les lourdeurs administratives (...). En effet, de nombreux mécanismes de contrôle existent, pour les laboratoires et les pratiques, et la procédure d'agrément de l'agence de la biomédecine n'apporte aucune valeur ajoutée »⁷¹⁴. Quel que soit le niveau de l'encadrement – au niveau individuel, comme c'est le cas en Suisse ou au niveau des établissements de santé, comme en France –, le processus d'institutionnalisation consacre un monopole médical régulé par un régime d'autorisation préalable.

⁷¹⁰ Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, Instruction n°DGOS/R3/PF/DGS/PP4/2011/425 du 14 novembre 2011 relative à la suppression des agréments délivrés par l'Agence de la biomédecine (ABM) aux praticiens en assistance médicale à la procréation (AMP) et en diagnostic prénatal (DPN).

⁷¹¹ Voir les décrets dits Barzach, à savoir le décret n° 88-328 du 8 avril 1988 portant création de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et le décret n°88-327 du 8 avril 1988 relatif aux activités de procréation médicalement assistée ; Ces décrets, qui consistaient en un consensus minimal en termes de régulation de la PMA, ont donné lieu à de nombreux contentieux et mécontentements, voir not. en ce sens Jean-Michel DE FORGES, « Les établissements hospitaliers et la procréation médicalement assistée », *RDSS*, 1989, p. 58 : « Maladroite, incomplète, incohérente, entachée de diverses irrégularités, la réglementation des activités de PMA engendre une grande insatisfaction. Insatisfaction des établissements contraints d'interrompre leurs activités, insatisfaction de ceux qui considèrent que la PMA est un "droit" dont l'exercice est arbitrairement rationné par l'État, insatisfaction aussi de toutes les familles spirituelles qui souhaitent, les uns l'interdiction pure et simple de la PMA, les autres sa limitation aux problèmes de stérilité du couple » ; Isabelle ENGELI, *Les politiques de la reproduction. Les politiques d'avortement et de procréation médicalement assistée en France et en Suisse*, L'Harmattan, 2010, p. 130 ; Jean-Michel DE FORGES, « Les établissements hospitaliers et la procréation médicalement assistée », *RDSS*, 1989, p. 58 : « Les vraies questions sont d'abord de savoir d'où vont provenir gamètes et ovocytes, et ensuite de savoir qui pourra demander l'implantation d'un embryon. Sur ce point, le décret n'interdit rien, et, puisqu'il constitue la seule réglementation existante en la matière, il sera forcément interprété comme autorisant tout » ; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Le projet parental », *Journal international de bioéthique*, n° 2, 1990, pp. 78 et s. : Le ministère de la santé a publié le 2 novembre 1988 (JO 14 déc. 1988) une liste de 73 établissements alors que plus de deux cents centres avaient sollicité une habilitation ; T.A. Dijon, 25 avril 1989, Clinique chirurgicale du Creusot, req. n°892071, note *RDSS* 1989, 468 ; pour un accord du sursis à l'exécution du refus de l'autorisation de poursuivre des activités de procréation médicalement assistée, voir not. Tribunal administratif de Rennes, 3 mai 1989, Centre obstétrico-pédiatrique de Bréquigny, req. n°89331 ; pour une étude plus générale, voir Jean-Michel DE FORGES, « Les refus d'autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée dans les établissements hospitaliers privés », note sous TA Paris, 5 juillet 1989, SA Clinique du Belvédère et autres, concl. G. Corouge, supra, *RDSS*, 1990, p. 91 ; Jean-Michel DE FORGES, « Procréation médicalement assistée pratiquée dans les établissements hospitaliers », note sous CE, 21 juill. 1989, Association des médecins pour le respect de la vie, Req. n° 98 889, *RDSS*, 1990, p. 79.

⁷¹² Article L. 152-9 du Code de la santé publique (abrogé au 22 juin 2000), créé par Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 - Article 8 JORF 30 juillet 1994 et abrogé par Ordonnance 2000-548 2000-06-15 Article 4 I JORF 22 juin 2000 : « Les actes cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, définis par décret en Conseil d'État, sont effectués sous la responsabilité d'un praticien nommément agréé à cet effet dans chaque établissement ou laboratoire autorisé à les pratiquer » ; Article L. 2142-4 3° du Code de la santé publique : « Les modalités d'application du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'État, et notamment : 3° Les conditions de formation et d'expérience requises des praticiens pour qu'ils soient agréés pour pratiquer des activités d'assistance médicale à la procréation » ; voir également le décret n°95-560 du 6 mai 1995 relatif aux activités d'assistance médicale à la procréation et modifiant le Code de la santé publique précise les modalités d'agrément (notamment un agrément par disciple et le rattachement du praticien à un établissement). De même, le décret n° 2006-1660 du 22 décembre 2006 relatif au don de gamètes et à l'assistance médicale à la procréation et modifiant le Code de la santé publique intervient à la suite de la loi bioéthique de 2004 et le décret n° 2010-344 du 31 mars 2010 tire les conséquences, au niveau réglementaire, de l'intervention de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires ; voir également l'Article R. 2142-10 du Code de la santé publique qui détaille les modalités de demande d'agrément auprès du directeur de l'Agence de la biomédecine.

⁷¹³ Ainsi, comme il est supprimé à l'article L. 1418-1 du Code de la santé publique, des missions de l'Agence de la biomédecine la délivrance de l'agrément des praticiens procédant à des activités cliniques ou biologiques d'AMP, ce dernier est également supprimé du 3° de l'article L. 2142-4 du Code de la santé publique, voir l'article 30 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

⁷¹⁴ Rapport n° 388 (2010-2011) de M. Alain MILON, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 30 mars 2011.

206. La sécurisation de la réalisation du projet parental passe aussi par l'adoption de dispositifs visant à « assurer la qualité et la sécurité des [tissus et cellules humaines], notamment afin de prévenir la transmission de maladies »⁷¹⁵. Les dispositifs en matière de sécurité sanitaire permettent ainsi de réduire les risques lors de l'utilisation de gamètes⁷¹⁶ (ou d'embryons en France⁷¹⁷) tandis que les dispositifs d'AMP-vigilance permettent de signaler les incidents survenant lors de la mise en œuvre des techniques de PMA. Au niveau européen, il existe un European IVG Monitoring (EIM) qui publie des statistiques annuelles à partir des dispositifs de recueil de données qui existent dans chaque pays. En suisse, le registre national suisse relatif à la FIV a été mis en place en 1997 à partir de ce qui existait en France, le dispositif FIV-NAT. Le fichier est géré par la société suisse de médecine reproductive et permet de recenser les événements indésirables. Les données recueillies montrent par exemple que le syndrome d'hyperstimulation ovarienne est également une des complications les plus fréquentes concernant la mise en œuvre des techniques de PMA en Suisse⁷¹⁸. En France, depuis 1986, l'association FIV-NAT assure le recueil et l'exploitation des données concernant les techniques de PMA⁷¹⁹ tandis que l'Agence de la biomédecine a été chargée en 2004 de mettre en œuvre le dispositif français d'AMP-vigilance⁷²⁰ et d'en assurer la coordination⁷²¹.

207. Ces dispositifs de surveillance visant à assurer la sécurité et la qualité de la mise en œuvre des techniques de PMA sont complétés par une multitude de guides de bonnes pratiques qui tendent à réguler les pratiques professionnelles. Toutefois, à la différence des RBP, les médecins ne jouent aucun rôle dans l'élaboration des dispositifs et ils y sont, au contraire, entièrement soumis. Les professionnels de santé peuvent également engager leur responsabilité, y compris pénale, s'ils dérogent aux conditions d'accès et de mise en œuvre des techniques de PMA.

⁷¹⁵ Directive 2004/23/CE du parlement et du conseil européen du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains, considérant (1).

⁷¹⁶ Article L. 1211-6 du Code de la santé publique : « le prélèvement d'éléments et la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques, ainsi que les activités ayant les mêmes fins, mentionnées dans le présent livre et relatives à ces éléments et produits, sont soumis aux règles de sécurité sanitaire en vigueur, concernant notamment les tests de dépistage des maladies transmissibles » ; Article L. 2141-10 alinéa 5 du Code de la santé publique : « L'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire » ; Article L. 2141-12 du Code de la santé publique : ces règles sont « déterminées par décret en Conseil d'État » ; En droit suisse, l'exigence en termes de sécurité sanitaire ressort notamment de l'article 10 2.a. de la LPMA qui mentionne que les médecins « et leurs collaborateurs choisiront avec soin les donneurs de sperme ».

⁷¹⁷ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Recommandations de bonnes pratiques en accueil d'embryons*, 17 décembre 2010.

⁷¹⁸ Marc VAN DEN BERGH *et al.*, "Ten years of Swiss National IVF Register FIVNAT-CH. Are we making progress?", *Reproductive BioMedicine*, Vol. 11, N° 5, 2005, pp. 632-640.

⁷¹⁹ Gérard BREART et Jacques DE MOUZON, « AMP Vigilance », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 1995, 179, n°8, pp. 1759-1764, spéc. 1760.

⁷²⁰ Article L. 1418-1 du Code de la santé publique : « 4° (...) elle évalue notamment les conséquences éventuelles de l'assistance médicale à la procréation sur la santé des personnes qui y ont recours et sur celle des enfants qui en sont issus ; elle met également en œuvre, dans ce domaine, un dispositif de vigilance en matière d'activités cliniques et biologiques. Elle prévoit la publication régulière des résultats de chaque centre d'assistance médicale à la procréation selon une méthodologie prenant en compte notamment les caractéristiques de leur patientèle et en particulier l'âge des femmes ; au vu de ces données, elle diligente des missions d'appui et de conseil dans certains centres, voire propose des recommandations d'indicateurs chiffrés à certains centres ».

⁷²¹ Décret n° 2008-588 du 19 juin 2008 transposant en matière de don de gamètes et d'assistance médicale à la procréation la directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004.

b. La responsabilité des médecins quant au respect des conditions d'accès à la PMA

208. Les professionnels de santé qui contreviendraient au cadre légal et réglementaire défini pour la mise en œuvre des techniques de PMA pourraient voir leur responsabilité engagée sur différents plans, disciplinaire, administratif, civil et/ou pénal.

Il est évident que le droit commun de la responsabilité administrative s'appliquera en cas de faute de service ou de faute personnelle détachable du service⁷²². De même, le droit privé de la responsabilité concernera les « personnes privées (qui) apportent leur concours aux opérations d'assistance médicale à la procréation »⁷²³ en cas de dommages. La responsabilité pénale des acteurs peut également être engagée comme l'illustrent les faits de l'arrêt rendu le 29 juin 2010 par la chambre criminelle de la Cour de cassation⁷²⁴. Un médecin gynécologue, condamné pour mise en danger de la vie d'autrui, s'est pourvu en cassation⁷²⁵. La haute juridiction revient sur les constatations des juges du fond : « selon les experts, la prise en charge et le suivi du dossier médical des patientes n'avaient pas été réalisés conformément aux règles de l'art et que les soins pratiqués avaient constitué pour elles un danger certain ; que les juges relèvent que les infractions sont constituées dès lors qu'en méconnaissance de l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique et de l'arrêté du 12 janvier 1999, la réalisation des assistances médicales à la procréation a été faite sans évaluation préalable d'une équipe pluridisciplinaire, sans un bilan clinique complet des deux partenaires et sans un bilan sanitaire et diagnostique »⁷²⁶ et conclut « que la cour d'appel déduit de ces constatations qu'X... a, par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, exposé autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente »⁷²⁷. Cette condamnation se fonde sur « des obligations particulières de sécurité et de prudence [qui] furent ainsi identifiées au sein d'un arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en matière d'assistance médicale à la procréation et au sein de l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique »⁷²⁸. Le droit commun de la responsabilité s'applique en cas de dommages générés par un manquement professionnel mais c'est surtout en droit pénal que s'expriment des spécificités importantes.

⁷²² Annick BATTEUR, « Assistance médicale à la procréation et responsabilité civile de droit privé », *Petites affiches*, 26 juin 2002, n° 127, p. 4 : « Les règles de la responsabilité administrative s'appliquent. C'est le centre hospitalier qui est éventuellement responsable des dommages causés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, sur le fondement d'une faute de service, voire éventuellement d'une pratique illicite, les juridictions administratives étant compétentes pour juger des faits. Quant aux différents intervenants, ils ne pourraient être responsables qu'en cas de faute personnelle détachable du service, donc uniquement lorsque les actes reprochés révèlent un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique ».

⁷²³ Voir not. Annick BATTEUR, *op. cit.*

⁷²⁴ Cass. crim., 29 juin 2010, n° 09-81661 ; *Rev. pénit*, 2011, p. 221, obs P. MISTRETTA.

⁷²⁵ Laurence CIMAR, « De la dangerosité de l'acharnement procréatif "sauvage" ; à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 29 juin 2010 », *Droit de la famille*, n°12, décembre 2010, étude 32.

⁷²⁶ Cass. crim., 29 juin 2010, n° 09-81661 ; *Rev. pénit*, 2011, p. 221, obs P. MISTRETTA.

⁷²⁷ *Ibidem*.

⁷²⁸ Patrick MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Editions CUJAS, 2013, pp. 212-213.

209. En matière de responsabilité pénale, le domaine de la procréation médicalement assistée fait l'objet d'incriminations propres prévues par les lois de bioéthique, qui tranchent d'ailleurs avec le silence concernant les actes médicaux⁷²⁹. Ainsi, des incriminations spécifiques visent au respect des règles de sécurité sanitaire⁷³⁰, à la protection de l'embryon⁷³¹, etc. Pour Monsieur le professeur Patrick Mistretta, il s'agit d'infractions éthiques tandis que d'autres seraient « faussement éthiques »⁷³², dans la mesure où « malgré leur positionnement au sein des dispositions pénales en matière d'éthique biomédicale, certaines infractions relèvent en réalité du droit pénal technique pour être fondées sur la volonté de garantir le respect de la réglementation technique qui régit la matière sans intention aucune de promouvoir la moindre règle éthique fondatrice »⁷³³. Tel serait le cas de l'article 511-24 du Code pénal – repris à l'article L. 2162-5 du Code de la santé publique – qui dispose que « le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ». Les fins en question, définies par renvoi au Code de la santé publique⁷³⁴, sont la stérilité du couple ou le risque de transmission d'une maladie grave. Se pose alors la question de l'incrimination des actes de PMA mis en œuvre alors qu'il y a eu retrait du consentement d'un des conjoints ou encore le décès de l'un des deux puisque cela constitue normalement des obstacles légaux à la mise en œuvre des techniques de PMA. De même, la condition de stérilité s'inscrit dans un cadre naturaliste plus large : la prise en charge d'un couple de personnes homosexuelles ou d'une personne célibataire pourrait alors être poursuivie sur le fondement de cet article quand bien même une des femmes présenterait une stérilité pathologique. Le détournement d'assistance médicale à la procréation ne semble pas avoir d'éléments constitutifs précis dans la mesure où il s'agit de sanctionner un dévoiement des fins poursuivies, qui est toujours la naissance d'un enfant, mais bien la réalisation des actes en infraction au cadre naturaliste. Cette absence de précision quant aux véritables éléments constitutifs dénature le précepte de légalité criminelle⁷³⁵. De manière générale, il s'agit d'une critique adressée à l'ensemble du droit pénal

⁷²⁹ Florence LAROCHE-GISSEROT, « La responsabilité du médecin en matière de procréation médicalement assistée », *Petites affiches*, 22 septembre 1999, n°189, p. 43 : « Les obligations qu[e les textes de 1994] imposent aux médecins – à la fois éthiques, déontologiques et sanitaires – sont sanctionnées par de lourdes responsabilités pénales et administratives pouvant aller jusqu'au retrait d'agrément. Cependant, il n'y a strictement rien sur les actes médicaux ».

⁷³⁰ Article 511-11 du Code pénal ; Patrick MISTRETTA, *op. cit.*, p. 368 : « L'incrimination est ici doublement spécifique. Quant à son domaine tout d'abord, la loi ne vise que les gamètes, ce qui exclut logiquement l'ensemble des autres produits humains. Quant à son objet ensuite, le texte fait directement référence aux tests de dépistage des maladies transmissibles, et non plus généralement aux règles de sécurité sanitaire ».

⁷³¹ Voir not. article 511-16 du Code pénal.

⁷³² Patrick MISTRETTA, *op. cit.*, pp. 366-374.

⁷³³ Patrick MISTRETTA, *op. cit.*, p. 366.

⁷³⁴ Alain PROTHAIS, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP G.*, n°15, 14 avril 1999, I, p. 129 : « En l'occurrence, les deux tiers des infractions sont définis par renvoi et même fréquemment uniquement par renvoi ».

⁷³⁵ Alain PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *Revue de science criminelle*, 2000, p. 39 : « La légalité criminelle est une grande conquête du droit pénal moderne libéral, la clef de voûte de notre système d'incrimination dont on ne cesse de vanter les intérêts et mérites. Elle est exprimée aujourd'hui de façon très nette

en matière de bioéthique : « à la simple lecture, aucun des textes répressifs en matière bioéthique n'est vraiment compréhensible et donc applicable d'après ses seuls termes d'incrimination »⁷³⁶. Ces formulations, vagues, laissent penser que la Cour de cassation pourrait refuser d'appliquer ces infractions, et qu'en cas de QPC, le juge constitutionnel pourrait également les abroger.

Les dispositions de droit pénal, créées pour les besoins de la bioéthique⁷³⁷, sont l'objet de vives critiques⁷³⁸. Elles rempliraient ainsi une fonction générale « de consécration juridique de la bioéthique (qui) se manifeste, en particulier, par l'insistance avec laquelle recours est fait au droit pénal pour en assurer la sanction »⁷³⁹. En effet, le droit pénal semble instrumentalisé et utilisé dans une « conception archaïque », « celle d'un droit sanctionnateur, subsidiaire, qui ne servirait qu'à apporter la force de sa sanction à des normes d'autres branches du droit »⁷⁴⁰. En outre, « ces incriminations multiples créées en matière bioéthique sont en réalité beaucoup *plus permissives que prohibitives*. En vertu de la règle d'interprétation stricte de tout texte pénal (art. 111-4 du code pénal), tout ce qui n'est pas spécialement et expressément incriminé n'est pas punissable »⁷⁴¹. Or en matière de PMA, cela serait de mettre en œuvre les techniques en absence de stérilité du couple ou de risque de maladie.

En l'état des dispositions pénales relatives à l'assistance médicale à la procréation que les médecins qui prendraient des libertés avec les conditions d'accès aux techniques ne courent qu'un faible risque d'engager leur responsabilité pénale. Il faudrait en effet d'abord que l'infraction soit détectée et par la suite, que les éléments constitutifs de l'incrimination résistent au test de légalité auquel ils seraient soumis devant la Cour de cassation et/ou le Conseil constitutionnel. Toutefois, des sanctions administratives –tenant en un retrait d'agrément⁷⁴²– restent à craindre, même si, depuis le retrait de l'agrément individuel des médecins par la loi bioéthique de 2011, celles-ci n'affectent pas de la même manière les professionnels de santé. Le pouvoir donné aux professionnels de santé pour interpréter les critères et assurer eux-mêmes le

dans l'article 111-3 du code pénal : « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi ».

⁷³⁶ *Ibidem*.

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ Voir également en ce sens, Murielle BENEJAT, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal*, 2012, p. 392.

⁷³⁹ Alain PROTHAIS, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁴⁰ *Ibidem* : « Les dispositions pénales spéciales n'apparaissent alors que comme le prolongement sanctionnateur des règles de bioéthique ».

⁷⁴¹ *Ibid.* : « Les dispositions pénales spéciales n'apparaissent alors que comme le prolongement sanctionnateur des règles de bioéthique », voir aussi dans le même sens, Murielle BENEJAT, *op. cit.* : « Car, alors que les incriminations se montrent répressives par des éléments constitutifs larges et des sanctions dissuasives, l'effectivité de la répression n'est pas démontrée. En réalité, les lois bioéthiques se révèlent plus permissives que répressives ».

⁷⁴² Article L. 2142-3 du Code de la santé publique : « Toute violation constatée dans un établissement, un organisme ou un laboratoire, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires applicables à l'assistance médicale à la procréation, entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues à l'article L. 2142-1, dans les conditions fixées à l'article L. 6122-13 ».

filtrage de l'accès aux techniques est d'autant plus important que les sanctions paraissent peu effectives.

210. Le processus de médicalisation a rendu acceptable la réalisation médicalisée d'un projet parental, tout en définissant de manière stricte celui-ci, à partir de la rhétorique du normal et du pathologique. La construction de l'infertilité comme une maladie et des techniques de PMA comme un traitement permet de tracer une ligne de démarcation entre les projets parentaux légitimes et les autres, ceux qui ne relèvent pas d'une logique médicale. Les projets parentaux relèvent d'une logique médicale lorsque les techniques de PMA répondent à une indication médicale et que la stérilité est jugée pathologique. Dans ce cadre de pensée, seuls les projets parentaux portés par un couple hétérosexuel peuvent être pris en charge par la médecine qui répare une fonction défaillante. Le cadre naturaliste des techniques de PMA se trouve alors justifié dans des termes médicaux et cela explique peut-être l'adhésion des praticiens au contrôle des conditions d'accès aux techniques de PMA, y compris lorsqu'elles n'ont aucune dimension médicale. Les rapports de pouvoir sont particulièrement importants lors de la mise en œuvre des techniques de PMA, notamment à l'égard des corps féminins et s'ajoutent à ceux qui existent déjà entre le professionnel de santé et le patient. En outre, l'encadrement des pratiques médicales est important mais vise essentiellement à sécuriser la mise en œuvre du projet parental par des guides de bonnes pratiques réalisés par le corps médical ou des dispositifs de sécurité sanitaire ou d'AMP-vigilance. En revanche, les dispositions en matière pénale ne semblent que peu précises et ont essentiellement un rôle dissuasif. La médicalisation a permis de reconnaître l'infertilité comme problème social et d'intégrer cette question au sein du giron médical, avec toutes les critiques que cela emporte en termes de rapport de pouvoir et de définition de la stérilité comme maladie.

211. En résumé, en plus de jouer un rôle de reconnaissance de la médecine de la reproduction et du rôle des médecins, le processus de médicalisation permet de définir les projets parentaux motivés par des causes médicales et ainsi de rendre légitime leur prise en charge par les médecins et les organismes d'assurance maladie qui opèrent également une régulation supplémentaire. En effet, la reconnaissance de l'infertilité comme maladie permet un remboursement de certains actes médicaux nécessaires à la réalisation des projets parentaux. La médicalisation agit alors comme justification au naturalisme et constitue un verrou supplémentaire dans l'accès aux techniques.

Section II – Le remboursement sélectif de certains projets parentaux

212. La médicalisation permet de définir les contours du projet parental légitime et une prise en charge corrélative de celui-ci par les organismes d'assurance maladie. Il ne s'agit pas d'une

question anodine compte tenu du coût élevé des techniques⁷⁴³ et de la nécessité d'une mise en œuvre récurrente⁷⁴⁴. Par ailleurs, le niveau du remboursement permet de situer la position de la société vis-à-vis des techniques et témoigne de leur degré d'acceptabilité. Il apparaît d'ailleurs une différence significative entre la position de la France, très généreuse dans la prise en charge (§I) et celle, plus en retenue, de la Suisse (§II).

Au-delà de ces divergences, les règles de prise en charge par l'assurance maladie assurent, en France et en Suisse, une régulation supplémentaire en définissant un niveau d'acceptabilité supérieure pour certains projets parentaux qui sont donc pris en charge. Les autres, réalisés, par exemple, au-delà des 43 ans de la femme en France ou par FIV en Suisse, peuvent être mis en œuvre par les praticiens mais ne seront pas remboursés. L'assurance maladie contribue ainsi, à son échelle, à la régulation des techniques de PMA et distinguent certains projets parentaux comme plus acceptables que d'autres.

§I. Le remboursement des actes de PMA en France

213. En France, le remboursement étendu des actes de PMA est paradoxal dans la mesure où il ne s'agit pas de soins nécessaires (A). Par ailleurs, le droit de la sécurité sociale, en établissant des critères supplémentaires, sélectionne les projets parentaux qui peuvent faire l'objet d'un remboursement : ce mode de régulation des comportements procréatifs s'ajoute au cadre légal et en renforce le caractère naturaliste (B).

A. Une prise en charge importante de soins non indispensables

La prise en charge des actes de PMA en France est singulière, en ce que les actes font l'objet du régime de prise en charge le plus étendu possible (a). Toutefois, du fait de leur caractère non indispensable, les bénéficiaires de l'Aide médicale de l'État (AME) n'ont pas accès à ces soins (b).

a. Une prise en charge à 100% singulière

En France, les actes de PMA sont remboursés à 100% par l'assurance maladie depuis l'arrêté du 7 février 1990⁷⁴⁵ sachant que la stérilité était prise en charge à 100% dès 1978⁷⁴⁶. Il y a donc

⁷⁴³ Pour avoir une idée du coût des techniques de PMA, voir not. L. GARCEAU *et al.*, "Economic implications of assisted reproductive techniques: a systematic review", *Human Reproduction*, 2002, vol. 17, n°12, pp. 3090-3109.

⁷⁴⁴ SOCIÉTÉ SUISSE DE MÉDECINE DE LA REPRODUCTION, *Rapport annuel 2013. Cycles 2012*, version 01.09.2014, pp. 4-5 : En Suisse, la proportion de grossesses obtenues par rapport au nombre de patientes traitées est de 35,3% en 2012 et parmi ces grossesses entamées, 74,2% sont menées à terme et débouchent sur un accouchement en 2012 ; AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Rapport annuel 2011*, pp. 65-66 : « Les chances de grossesse après fécondation *in vitro* intraconjugale sont en moyenne de 25 % par tentative et les taux de naissance de 19 % » ; un tableau présente en détails le taux de grossesse échographique après tentative d'assistance médicale à la procréation selon le type de technique et l'origine des gamètes en 2010 : par exemple, le taux de grossesse est de 12,6% pour une insémination intra-utérine intraconjugale, de 20,6% pour la même technique avec don de sperme et de 28,6% avec don d'ovocyte.

⁷⁴⁵ Isabelle ENGELI, *Les politiques de la reproduction, Les politiques d'avortement et de procréation médicalement assistée en France et en Suisse*, L'Harmattan, 2010, p. 147, citant l'arrêté du 7 février 1990 modifiant la nomenclature des actes de biologie médicale.

⁷⁴⁶ Isabelle ENGELI, *op. cit.*, p. 135.

« une couverture financière très complète »⁷⁴⁷ et « le niveau minimal d'accès garanti par l'État, n'a jamais vraiment fait partie du débat sur les questions de procréation médicalement assistée en France »⁷⁴⁸. Cette prise en charge est possible du fait de la médicalisation : les différents actes de procréation médicalement assistée pratiqués par des médecins – qu'il s'agisse des différents prélèvements, d'ovocytes, de spermatozoïdes ou de la glaire cervicale ou encore des transferts d'embryons ou insémination artificielle – sont répertoriés dans la classification commune des actes médicaux (CCAM) et pris en charge par l'assurance maladie. Il apparaît clairement que c'est la médicalisation initiale des actes qui permet leur prise en charge. Les garanties qui existent quant à la formation des médecins et biologistes intervenant dans la mise en œuvre des techniques de PMA expliquent la prise en charge des actes, refusée au contraire, par exemple, pour l'ostéopathie en l'absence d'un contrôle aussi strict de leur cycle d'études⁷⁴⁹.

Les techniques de PMA font l'objet d'un remboursement singulier en France au regard des autres prestations de santé⁷⁵⁰. En effet, peu d'actes médicaux même thérapeutiques sont ainsi pris en charge à 100%. La prise en charge à 100% du tarif conventionnel par l'assurance maladie peut concerner des personnes (grands invalides ou titulaire d'une rente pour maladie professionnelle par exemple), des prestations liées à une période (la prise en charge de la maternité), des prestations liées à une maladie inscrite sur la liste des affections longues durées par exemple (le diabète, le cancer, le VIH...). Les soins pour le diagnostic et le traitement de l'infertilité sont au nombre des soins pouvant faire l'objet d'une prise en charge à 100% et peuvent être rapprochés de deux des autres catégories de soins : la maternité ou les affections longues durées. En effet, la maternité s'entend d'un temps long quoi que circonscrit, comme le traitement de l'infertilité dans l'hypothèse où il débouche sur une grossesse. En cas d'échecs, l'infertilité peut davantage être comparée à une affection longue durée et c'est dans ce cas que les limitations au remboursement imposées par arrêtés concernant le nombre de tentatives semblent particulièrement inconciliables avec la construction de l'infertilité comme maladie. En effet, pour les affections longues durées, il ne peut y avoir de limitation dans le remboursement due à un trop grand recours aux soins. En résumé, le remboursement des actes de PMA a des caractéristiques communes avec les soins relatifs à la maternité –temporalité momentanée et

⁷⁴⁷ *Ibidem*.

⁷⁴⁸ *Ibid*.

⁷⁴⁹ L'article 75 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a reconnu l'ostéopathie comme une profession réglementée, voir not. sur la question de la qualification de l'ostéopathie, Joël MORET-BAILLY, « L'ostéopathie : profession de santé ou activité de soins ? », *RDSS*, 2009, p. 290.

⁷⁵⁰ Voir not. en ce sens, Aude MIRKOVIC, « Le don de gamètes, entre espoirs et impasses », *Droit de la famille*, n°2, février 2013, étude 2 : « Florence Taboulet, professeur d'économie de la santé à l'Université de Toulouse, explique que le remboursement des activités d'AMP en général et de don de gamètes en particulier relève de l'exception. La régulation des dépenses de santé signifie leur maîtrise : il faut limiter les dépenses. Depuis trente ans, on ne fait que diminuer le taux de couverture par l'assurance-maladie. Or, les activités d'AMP sont prises en charge à 100%, sans franchise, sans ticket modérateur. Le principe général est la participation de l'assuré social par le ticket modérateur (CSS, Article R. 322-1), cette dérogation étant réservée aux maladies graves. On peut donc se poser la question de la cohérence de cette disposition au regard des règles de prise en charge d'une part, et de la répartition et de l'efficience des dépenses ».

finalité sociale– et ceux nécessités par une affection longue durée –temporalité longue et finalité thérapeutique.

214. Toutefois, une telle inscription ne prend pas en compte le caractère d'acte médical non thérapeutique de la PMA. Une comparaison avec la prise en charge des actes de chirurgie esthétique permet de comprendre la singularité de la PMA au regard de cette catégorie hétérogène. Les actes de chirurgie esthétique font l'objet d'une distinction selon leur finalité et seuls les actes de chirurgie esthétique à visée réparatrice sont remboursés. Toutefois, le remboursement et la finalité thérapeutique ne semblent pas entièrement coïncider. Ainsi, à l'occasion d'un contentieux relatif au régime d'exonération de la TVA en cas d'opérations de chirurgie esthétique, la CJUE s'est prononcée quant au critère à prendre en compte, il s'agissait en l'espèce de la finalité thérapeutique⁷⁵¹ et un rôle important est reconnu au professionnel dans l'interprétation d'une telle finalité. Au contraire, le gouvernement français défend une conception légèrement différente basée sur le remboursement. Pour l'administration française, « les seuls actes qui bénéficient de l'exonération de TVA sont ceux qui sont pris en charge totalement ou partiellement par l'Assurance maladie, c'est à dire notamment les actes de chirurgie réparatrice et certains actes de chirurgie esthétique justifiés par un risque pour la santé du patient ou liés à la reconnaissance d'un grave préjudice psychologique ou social »⁷⁵². Le non-remboursement de l'acte semble être un critère plus objectif que la finalité thérapeutique des actes laissés à l'appréciation des praticiens. Ce dialogue juridictionnel montre que la finalité thérapeutique est importante pour définir une prestation de soin et que cela est un critère satisfaisant selon le droit de l'Union européenne. La position de l'administration française témoigne de la singularité française qui centre davantage la conception de l'activité de soin sur le remboursement : ainsi, les techniques de PMA relèveraient de la sphère des soins de santé, non pas par leur finalité thérapeutique discutable, mais bien par le critère du remboursement.

Le remboursement revêt un caractère politique et témoigne de la place accordée par les pouvoirs publics à la prestation de soin au sein de la société. En France, les techniques de PMA ont une place singulière au regard des autres prestations du fait de leur prise en charge à 100% en l'absence de finalité thérapeutique. Toutefois, le remboursement potentiel des actes de PMA, corrélé à la médicalisation, n'est possible que pour les couples pris en charge par les médecins qui mettent en œuvre les critères légaux d'accès aux techniques. En outre, le remboursement n'est pas automatique et la PMA n'est pas prise en charge pour certains couples, qui répondent pourtant aux critères d'accès, remettant de ce fait en question la nécessité médicale des techniques de PMA.

⁷⁵¹ CJUE, 3e ch., 21 mars 2013, aff. C-91/12, Skatteverket contre PFC Clinic AB, 6 26 : « À cet égard, il convient de rappeler que, si les "soins médicaux" et les "prestations de soins à la personne" doivent avoir un but thérapeutique, il ne s'ensuit pas nécessairement que la finalité thérapeutique d'une prestation doive être comprise dans une acception particulièrement étroite ».

⁷⁵² Rescrit du 10 avril 2012 (RES n° 2012/25), Bulletin officiel des finances publiques, 27 septembre 2012.

b. Exclusion des techniques de PMA de l'AME

215. Ce n'est pas tant l'exclusion des techniques de PMA du périmètre des actes de soins assurés dans le cadre de l'aide médicale d'État (AME) que les justifications utilisées qui mettent en lumière l'absence de finalité médicale des techniques de PMA. Les étrangers en situation irrégulière qui ne répondent pas à la condition de résidence nécessaire à l'obtention de la couverture maladie universelle (CMU) peuvent prétendre à l'AME⁷⁵³. Grâce à ce dispositif, un accès aux soins, notamment assuré par une dispense d'avance des frais, est permis aux étrangers en situation irrégulière⁷⁵⁴. Il est explicitement prévu que « les actes techniques et les examens de biologie médicale spécifiques à l'assistance médicale à la procréation, tels que mentionnés dans la liste prévue à l'article L. 162-1-7 du code de la sécurité sociale »⁷⁵⁵ sont exclus de la prise en charge par l'AME. Cette exclusion des frais relatifs aux cures thermales et à l'assistance médicale à la procréation est motivée par le fait que « les catégories d'actes, produits et prestations » ont un « service médical rendu (qui) n'a pas été qualifié de "moyen" ou d'"important" ou qui ne sont pas destinés directement au traitement ou à la prévention d'une maladie »⁷⁵⁶. Ces deux justifications visent à la fois les cures thermales et les techniques de PMA et on ne sait pas si c'est l'absence de lien direct avec le traitement ou la prévention d'une maladie ou le service médical rendu trop faible qui justifient l'exclusion de la PMA. Dans les deux cas, il apparaît toutefois que l'indication médicale initiale, formulée en termes de stérilité pathologique autant qu'en termes de risque de transmission d'une maladie grave, ne résiste pas face aux besoins de santé des plus démunis. L'exclusion du bénéfice met en lumière l'absence de nécessité thérapeutique des traitements de PMA et le fait qu'il ne s'agit pas de soins indispensables. Cette limitation au remboursement tranche nettement avec le remboursement à 100% prévu par ailleurs ; il convient également de voir que les règles relatives au remboursement assurent une régulation supplémentaire.

B. Le rôle incitatif du remboursement

216. Le remboursement est un élément particulièrement important en matière de PMA dans la mesure où il est utilisé comme un moyen de régulation du comportement des individus. Il agit en renforçant les normes reproductives, entendues comme des normes sociales relatives à la procréation différenciées selon le genre mais également selon d'autres diviseurs hiérarchisant comme l'âge, la race, la classe, etc. Les femmes sont ainsi soumises à de nombreuses injonctions concernant la reproduction, comme la temporalité de la grossesse, le nombre d'enfants, la

⁷⁵³ Article L. 251-2 du Code de l'action sociale et des familles.

⁷⁵⁴ Sur les conditions à remplir pour avoir accès à l'AME, voir not. Marie MESNIL, « AME et droit de timbre, retour au *statu quo ante* », *Les Tribunes de la santé*, 3/2012, n° 36, pp. 11-17.

⁷⁵⁵ Décret n° 2011-1314 du 17 octobre 2011 relatif à la prise en charge des frais de santé par l'aide médicale de l'État ainsi qu'au droit au service des prestations, Article 1^{er}.

⁷⁵⁶ *Ibidem*.

situation maritale et professionnelle souhaitable⁷⁵⁷. Les normes reproductives désignent l'ensemble de ces injonctions sociales, qui trouvent par ailleurs des expressions au niveau juridique. Par exemple, le critère légal d'accès aux techniques de PMA qui consiste pour les candidats à être « en âge de procréer » est une expression des normes procréatives. Dans cette optique, le remboursement des actes de PMA régule spécifiquement la temporalité de la grossesse dans la mesure où la prise en charge des actes est possible en dessous de 43 ans pour les femmes en France tandis que la Suisse se livre à un calcul d'opportunité (a). De même, le remboursement est utilisé afin de réguler l'accès aux techniques, certaines étant exclues de toute possibilité de remboursement tandis que les autres voient leur recours limité puisque le remboursement n'est plus possible au-delà de plusieurs tentatives (b).

a. Des limites réglementaires supplémentaires illégales

217. En France, il existe des limitations à la prise en charge des actes de PMA qui s'ajoutent aux conditions légales d'accès aux techniques de PMA et renforcent les normes procréatives et le naturalisme des techniques de PMA.

En plus de la condition tenant à être « en âge de procréer », il est précisé dans la classification commune des actes médicaux (CCAM) que les actes de PMA « ne peuvent pas être facturés au-delà du jour du 43e anniversaire de la femme »⁷⁵⁸. En d'autres termes, le remboursement est conditionné par l'âge de la femme et derrière cette limitation du remboursement, il s'agit clairement de réguler les comportements reproductifs et de les inscrire dans la norme reproductive. Mesdames Nathalie Bajos et Michèle Ferrand expliquent que, « dans la mesure où il devient possible d'éviter d'être enceinte et de refuser de poursuivre une grossesse en recourant à l'IVG, il importe, plus que jamais, que les conditions les meilleures soient réunies pour avoir un enfant. C'est le respect de ces conditions, socialement définies, que nous nommons "norme procréative". (...) Elle définit le "bon moment de la maternité" : ni trop tôt ni trop tard, entre 25 et 35 ans (avant, les grossesses sont stigmatisées comme "précoces", après comme "tardives", donc "à risques") »⁷⁵⁹. En effet, au-delà du 43e anniversaire de la femme, le couple peut toujours accéder aux techniques de PMA tant que les professionnels estiment qu'ils sont encore « en âge de procréer ». Néanmoins, l'ensemble des actes et des consultations n'est plus pris en charge par l'assurance maladie, puisque celle-ci refusera l'entente préalable nécessaire à cette prise en charge. En Suisse, la limitation tenant à l'âge est exprimée de manière moins directe. En effet, l'article 3 de la LPMA relatif au bien de l'enfant réserve la PMA aux couples, qui,

⁷⁵⁷ Pour des éléments de définition par rapport à la norme procréative, voir not. Nathalie BAJOS et Michèle FERRAND, « L'interruption volontaire de grossesse et la recomposition de la norme procréative », *Sociétés contemporaines*, 2006/1, n° 61, pp. 91-117, spéc. p. 91 : « la norme procréative, à savoir les « bonnes conditions » (âge, type de relation, situation professionnelle) socialement définies, pour avoir un enfant, qui prévaut aujourd'hui dans la société française ».

⁷⁵⁸ CCAM, livre II, chapitre 9, sous-chapitre 9-2 relatif à l'Assistance médicale à la procréation.

⁷⁵⁹ Nathalie BAJOS et Michèle FERRAND, *op. cit.*, spéc. p. 92.

« en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité ». Aucune limite chiffrée n'est ainsi définie par la loi. Au Centre hospitalier universitaire vaudois, la limite est fixée à 43 ans pour les femmes car au-delà le taux de réussite est proche de zéro et à 62 ans pour les hommes compte tenu de leur espérance de vie. Un calcul d'opportunité peut également être réalisé par la caisse d'assurance maladie et conduire à un refus de prise en charge si la femme est trop âgée ; en effet, dans ce cas, le critère de l'efficacité du traitement n'est pas rempli.

218. D'autres limitations de nature réglementaire existent concernant le remboursement des techniques de PMA et tiennent au nombre de tentatives de grossesse. Ainsi, la CCAM précise qu'« une seule insémination artificielle par cycle peut être facturée avec un maximum de 6 pour l'obtention d'une grossesse ; [et que] 4 tentatives de fécondation *in vitro* avec ou sans micromanipulations peuvent être facturées pour l'obtention d'une grossesse ». Cette limitation a fait l'objet de contentieux et il apparaît alors que la procédure à suivre est importante : en effet, « l'absence de réponse dans les 15 jours [de la part de la caisse primaire d'assurance maladie] vaut accord ». Toutefois, la chambre sociale de la Cour de cassation a cassé le jugement rendu par le tribunal des affaires de sécurité sociale de Saint Etienne qui enjoignait à la Caisse de prendre en charge une 5e tentative de FIV aux motifs que « la nomenclature des actes de biologie médicale ne prévoyait que la cotation de quatre tentatives successives de fécondation *in vitro*, ce qui excluait pour l'assurée la prise en charge d'une cinquième tentative et rendait donc inopérante la demande d'entente préalable »⁷⁶⁰. Il a également été précisé le sens à donner à « l'obtention d'une grossesse » : la Cour de cassation retient ainsi que « ayant relevé que Mme X s'était trouvée enceinte à la suite de la troisième tentative de fécondation *in vitro*, puis avait subi deux nouvelles fécondations *in vitro* dont la dernière avait également donné lieu à une grossesse, le tribunal en a exactement déduit que, peu important que les grossesses précédentes aient été ou non menées à terme, la nouvelle tentative de fécondation devait être prise en charge par la caisse »⁷⁶¹. Cette limitation du recours aux techniques qui se traduit par une absence de prise en charge en cas de tentatives sans résultat montre la difficulté des parcours de PMA. En Suisse, ces échecs trouvent une autre expression, du côté du consentement dans la mesure où « après trois cycle de traitement sans résultat, le couple doit renouveler son consentement et observer un nouveau temps de réflexion »⁷⁶².

219. Ces deux restrictions réglementaires au remboursement des techniques de PMA tranchent nettement avec le reste de la prise en charge –qui s'étend jusqu'au remboursement des transports liés aux investigations nécessaires au diagnostic de la stérilité et son traitement. En effet, passée 43 ans pour la femme et un certain nombre de tentatives non suivies de grossesse,

⁷⁶⁰ Cass., Soc., 11 avril 1996, n°94-10468, note de Philippe PEDROT, *RDSS*, 1997, p. 165.

⁷⁶¹ Cass., 2e Civ., 3 juillet 2008, n°07-12944.

⁷⁶² Suisse, LPMA, Article 7-1.

l'ensemble des soins ne sont plus pris en charge à 100% mais font l'objet d'une prise en charge classique, c'est-à-dire à hauteur de 70% du tarif conventionnel. La réalisation de ces projets parentaux, au-delà de l'âge valorisé de la maternité ou qui demandent davantage de traitements du fait des causes de la stérilité, nécessite pour leurs auteurs d'en « payer le prix ». Affranchies du carcan de la norme procréative, les femmes doivent littéralement payer pour réaliser leur projet parental, jugé trop tardif par la collectivité.

En France, ces limitations de nature réglementaire ont été remises en cause devant les tribunaux même si elles continuent à être opposées aux assurés sociaux par les organismes de sécurité sociale. En effet, par une décision rendue le 27 novembre 2000, le Conseil d'État a annulé les arrêtés du 25 janvier 2000 modifiant la nomenclature générale des actes professionnels et fixant la nomenclature des actes de biologie médicale⁷⁶³ « en tant qu'ils excluent de la prise en charge par l'assurance maladie les actes d'exploration et de traitement de la stérilité conjugale effectués après le 43e anniversaire de la femme ou après la 4e tentative infructueuse pour l'obtention d'une grossesse »⁷⁶⁴. L'annulation est prononcée dans la mesure où « les ministres n'étaient pas compétents pour édicter par le moyen des nomenclatures de telles limitations »⁷⁶⁵. L'arrêt, rendu au visa de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, souligne que les ministres n'ont pas « compétence pour restreindre les droits des assurés tels qu'ils résultent de l'article L. 321-1 précité du code de la sécurité sociale, en subordonnant à des conditions non prévues par cet article la prise en charge par l'assurance maladie des frais médicaux ou chirurgicaux ou d'actes de biologie médicale »⁷⁶⁶. À la suite de l'annulation pour excès de pouvoir des arrêtés interministériels en date du 25 juin, le tribunal des affaires de sécurité sociale du Mans a condamné la caisse primaire d'assurance maladie de la Sarthe à prendre en charge un acte de PMA auquel un refus à la demande d'entente préalable à la prise en charge avait été opposé⁷⁶⁷. La Cour de cassation rejette ensuite le pourvoi de la caisse primaire d'assurance maladie aux motifs que « le moyen fondé sur la violation de dispositions d'un arrêté ministériel annulées pour excès de pouvoir, ne peut être accueilli »⁷⁶⁸.

Ainsi, en France, les techniques autorisées doivent être prises en charge par la collectivité, une fois mises en œuvre dans le cadre légal. Cette prise en charge, qui ne semble pouvoir souffrir de restrictions imposées par des normes réglementaires, s'explique par le caractère thérapeutique des techniques. Ainsi, la norme reproductive qui s'exprime par rapport à l'âge de procréer des femmes ne peut être précisée par le pouvoir réglementaire. De même, si les traitements de

⁷⁶³ Il s'agit plus spécifiquement de l'arrêté du 25 janvier 2000 modifiant la nomenclature générale des actes professionnels des médecins, des chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux et l'arrêté du 25 janvier 2000 modifiant l'arrêté du 3 avril 1985 fixant la nomenclature des actes de biologie médicale.

⁷⁶⁴ Conseil d'État, 27 novembre 2000, n°219375, Recueil Lebon 2001, D., 2001, p. 2450.

⁷⁶⁵ *Ibidem*.

⁷⁶⁶ *Ibid*.

⁷⁶⁷ Tribunal des affaires de sécurité sociale du Mans, 20 décembre 2006.

⁷⁶⁸ Cass., 2e Civ., 4 décembre 2008, n°07-11.994.

l'infertilité sont thérapeutiques, alors leur recours ne peut être limité uniquement à l'appréciation des médecins. Le Conseil d'État souligne en ce sens que « les ministres peuvent seulement soumettre la prise en charge ou le remboursement de certains actes aux procédures du contrôle médical »⁷⁶⁹. Dans ces conditions, il semble que les refus de prise en charge des actes de PMA pour des femmes de plus de 43 ans ou après 6 inséminations artificielles et 4 fécondations *in vitro* peuvent être combattus en justice. Toutefois, il sera nécessaire de justifier de différents éléments. D'un point de vue formel, il faudra prouver l'envoi de la demande d'entente préalable dans les délais. Par ailleurs, lorsque l'âge est en cause, il faudra tout de même remplir le critère légal tenant à l'âge de procréer, c'est-à-dire être guère plus âgée de 43 ans en l'état actuel de la représentation de la fertilité féminine. Lorsque c'est le nombre de tentatives qui fait débat, il est nécessaire de prouver que les tentatives supplémentaires présentent, selon les médecins et de leurs rapports d'expertise, une chance de succès.

220. *In fine*, le remboursement ne peut pas être modulé par le pouvoir réglementaire afin de réguler les comportements reproductifs. En effet, l'inscription des techniques de PMA dans le domaine des soins de santé qui induit une application des règles de droit de la sécurité sociale. Cela explique d'ailleurs que les actes pratiqués à l'étranger lorsqu'ils répondent aux conditions légales sont aussi pris en charge par la sécurité sociale en France alors que ceux interdits ne peuvent, en revanche, être remboursés.

b. Un remboursement limité des techniques mises en œuvre à l'étranger

221. Le critère de l'autorisation des techniques est mis en exergue par les contentieux liés à la prise en charge du double don de gamètes et à celle de fécondation *in vitro* avec dons d'ovocytes réalisés en Espagne.

222. Concernant le don d'ovocyte, il existe en France une pénurie, due notamment aux modalités d'encadrement et d'organisation du don, qui induit une longue période d'attente avant de pouvoir en bénéficier⁷⁷⁰. Dans ce contexte, de nombreuses femmes autour de quarante ans se rendent en Espagne afin de pouvoir bénéficier d'une fécondation *in vitro* avec don d'ovocyte ; certaines demandent ensuite le remboursement de ces actes. Plusieurs Cours d'appel ont condamné des caisses primaires d'assurance maladie à prendre en charge les frais exposés par des requérantes pour une FIV avec don d'ovocyte réalisée en Espagne dans les mêmes conditions que si elles avaient fait droit à l'autorisation d'entente préalable⁷⁷¹. Les juridictions

⁷⁶⁹ Conseil d'État, 27 novembre 2000, n°219375, Recueil Lebon 2001, Dalloz 2001, p. 2450

⁷⁷⁰ Pierre ABALLEA, Anne BURSTIN et Jérôme GUEDJ, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, IGAS, RAPPORT N°RM2011-024P, février 2011, p. 24 : « Les délais sont au minimum de 12 mois, plus généralement compris entre 18 mois et trois ans ». Un tableau présente en détail les délais d'attente par centres de PMA selon que le couple bénéficiaire vienne avec une donneuse ou non. Ainsi, dans le centre de Nice, le délai est de 5 ans sans donneuse et de 16 mois si le couple receveur présente une donneuse.

⁷⁷¹ Voir not. Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 17 avril 2012, n°2012/414, Cour d'appel de Pau, 23 juin 2011, n°10/00041, Cour d'appel de Pau, 27 septembre 2012, n°10/00182, Cour d'appel de Rennes, 3 mars 2010, n°08/03527

rappellent ainsi le droit applicable, à savoir les articles R. 332-3 et R. 332-4 du code de la sécurité sociale. Pour obtenir la prise en charge du recours au don d'ovocyte en Espagne, une demande d'entente préalable doit avoir été faite dans les délais, c'est-à-dire que les soins ne peuvent être réalisés avant une réponse ou l'expiration d'un délai de 15 jours suivant la réception de l'entente préalable par la caisse primaire d'assurance maladie⁷⁷². En outre, « si la demande d'entente ne doit pas respecter des formes particulières prévues par la loi, elle doit *a minima* contenir une demande d'autorisation de remboursement de soins »⁷⁷³. À défaut, un courrier de demande d'information ne pourra pas être jugé « remplir les conditions d'une demande expresse d'entente préalable puisque aucune requête en autorisation n'était formulée par l'assurée »⁷⁷⁴. Une fois une telle demande préalable effectuée, les refus pour la prise en charge de soins dispensés aux assurés sociaux dans un autre État membre de l'Union européenne ne peuvent être motivés que par deux raisons : la réglementation française prend en charge ces soins et il n'est pas possible de bénéficier en temps opportun d'un traitement identique présentant le même degré d'efficacité en France compte tenu de l'état du patient et de son évolution probable⁷⁷⁵. Les jugements rendus par les tribunaux des affaires de sécurité sociale qui validaient le refus opposé à la demande d'entente préalable aux motifs que les conditions d'accès et de mise en œuvre des fécondations *in vitro* avec don d'ovocyte ne sont pas conformes à la législation française, notamment en ce que les donneuses d'ovocytes sont rémunérées en Espagne, sont cassés par les cours d'appels puisque ces conditions ne peuvent motiver un tel refus⁷⁷⁶. Les moyens opposés par les caisses primaires d'assurance maladie peuvent également concerner le nombre de tentatives de fécondations *in vitro* ou d'inséminations artificielles⁷⁷⁷.

Le critère de l'obtention en temps opportun en France de tels traitements ne semble pas faire débat, compte tenu du consensus concernant la pénurie d'ovocytes. Selon l'IGAS, « la situation du don d'ovocytes est en effet caractérisée en France par une très nette insuffisance des dons au

⁷⁷² Dispositions de l'article R. 332-4 alinéa 1er du Code de la sécurité sociale : « Hors l'hypothèse de soins inopinés, les caisses d'assurance maladie ne peuvent procéder que sur autorisation préalable au remboursement des frais des soins hospitaliers ou nécessitant le recours aux équipements matériels lourds mentionnés au II de l'article R. 712-2 du Code de la santé publique dispensés aux assurés sociaux et à leurs ayants droit dans un autre État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen et appropriés à leur état. », voir not. en ce sens un refus de prise en charge motivé par l'absence de demande préalable réalisé avant les soins C.A. Paris, 19 janvier 2012, n°09/11634

⁷⁷³ C.A. Agen, Chambre sociale, 4 octobre 2011, n° 10/02118, 399.

⁷⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁷⁵ Article R. 332-4 du Code de la sécurité sociale alinéa 2 : « Cette autorisation ne peut être refusée qu'à l'une des deux conditions suivantes : 1° Les soins envisagés ne figurent pas parmi les soins dont la prise en charge est prévue par la réglementation française ; 2° Un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité peut être obtenu en temps opportun en France, compte tenu de l'état du patient et de l'évolution probable de son affection ».

⁷⁷⁶ Voir not. en ce sens Cour d'appel de Rennes, 3 mars 2010, n°08/03527, Cour d'appel de Paul, 23 juin 2011, n°10/00041, Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 17 avril 2012, n°2012/414 : « [La Caisse Primaire d'Assurance Maladie des Bouches du Rhône] fait valoir que la demande d'entente préalable est inopérante dans la mesure où l'on se situe dans le cadre d'une cinquième tentative de fécondation *in vitro* non prévue par la législation française et que par ailleurs, le don d'ovocytes est rémunéré en Espagne, ce qui est contraire à la loi de Bioéthique française qui prévoit la gratuité des soins ».

⁷⁷⁷ Voir not. en ce sens Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 17 avril 2012, n°2012/414.

regard des besoins des couples nécessitant cet apport de gamètes pour pallier une infertilité féminine. En 2008, 265 dons ont permis 145 naissances alors que plus de 1600 couples étaient en attente de don selon les données de l'Agence de la biomédecine. Ces données nationales ne reflètent de surcroît qu'une partie du besoin : selon les estimations de la mission à partir d'un faisceau d'indices, et en restant dans le cadre éthique voulu par le législateur et dans le cadre de prise en charge par l'assurance maladie (couples hétérosexuels, femme de moins de 43 ans) la demande réelle serait comprise entre 1500 et 6000 couples »⁷⁷⁸.

Au final, la pénurie d'ovocytes, en partie due à l'inadaptation de l'encadrement du don d'ovocyte calqué sur le modèle du don de sperme, conduit un certain nombre de femmes françaises à se rendre en Espagne pour bénéficier de ces techniques. Ainsi, la gratuité du don dont ces femmes bénéficient n'est pas assurée mais la prise en charge par la sécurité sociale des frais engagés est, quant à elle, rendue possible par la coordination des systèmes de sécurité sociale dans l'Union européenne⁷⁷⁹. Le système français paraît alors quelque peu incohérent en remboursant des actes de PMA mis en œuvre à l'étranger qui ne répondent pas à l'anonymat du don de gamètes, pourtant au cœur du modèle bioéthique. Or, il semble que ce soit le modèle bioéthique avec la gratuité qui est lui-même à l'origine de la pénurie d'ovocytes et donc du tourisme procréatif. Du fait du modèle thérapeutique choisi pour encadrer les techniques de PMA en France, l'accès aux soins et au don d'ovocyte en particulier est ainsi permis sans pour autant remettre en cause la gratuité du don de gamètes. Cette prise en charge par la sécurité sociale est rendue possible par le fait que la fécondation *in vitro* avec don d'ovocyte est une technique autorisée en France alors qu'il n'en va pas de même pour le double don de gamètes.

223. En effet, le double don de gamètes n'est pas permis en France⁷⁸⁰. C'est pourquoi la caisse primaire d'assurance maladie a refusé de prendre en charge les frais afférents à la fécondation *in vitro* réalisée en Espagne avec les gamètes d'un donneur et d'une donneuse. La femme saisit alors le tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris et pose une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'interdiction du double don de gamète⁷⁸¹. « C'est donc par ricochet, en ce que l'interdiction française du double don de gamètes ne permet pas le remboursement des frais occasionnés par une procréation médicale assistée à l'étranger, que la disposition du Code de la santé publique est critiquée (...) »⁷⁸². La Cour de cassation refuse de transmettre la question qui remet en cause la constitutionnalité de la prohibition du double don de gamètes car

⁷⁷⁸ Pierre ABALLEA, Anne BURSTIN et Jérôme GUEDJ, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁷⁹ Voir en droit de l'Union européenne, le Règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et la Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers.

⁷⁸⁰ Article L. 2141-3 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique : « Un embryon ne peut être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-1. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple ».

⁷⁸¹ Ordonnance Tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris, 26 octobre 2011.

⁷⁸² Marie LAMARCHE, « D'un éventuel droit au don de gamètes dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation », *Droit de la famille*, n°12, décembre 2011, alerte 97.

la disposition a déjà été déclarée conforme à la Constitution⁷⁸³. En l'état, la lecture combinée de l'arrêt S. H. contre Autriche de la CEDH et le rejet de la QPC par la Cour de cassation montre que si le tourisme procréatif est prôné « pour contourner les interdictions nationales en matière de procréation médicale assistée »⁷⁸⁴, « la prise en charge de frais occasionnés par le recours à des techniques »⁷⁸⁵ interdites par un État ne peut lui être imposée. En cela, il est possible de dénoncer les « limites d'une certaine hypocrisie européenne »⁷⁸⁶. En effet, sans remboursement des actes pratiqués à l'étranger, les interdictions pèsent considérablement mais surtout de manière inégalitaire sur les individus. Le tourisme procréatif, s'il existe⁷⁸⁷, est réservé aux personnes pouvant assumer les frais liés au voyage et à la mise en œuvre des actes recherchés. 224. *In fine*, le remboursement des techniques de PMA mises en œuvre à l'étranger est subordonné à différentes conditions dont notamment la légalité de la technique. En Suisse, le remboursement semble, quant à lui, être en plus subordonné à l'efficacité de la méthode.

§II. Le remboursement des actes de PMA en Suisse

225. En comparaison avec la situation en France où les actes de PMA sont pris en charge à 100%, la Suisse s'illustre par une position plus contrastée et ambivalente vis-à-vis de ces techniques. En effet, le droit suisse a choisi de ne pas prendre en charge toutes les techniques autorisées⁷⁸⁸. Ainsi, le remboursement est limité et différencié en particulier selon les techniques de PMA : l'insémination intra-utérine (IIU) est prise en charge mais pas la fécondation *in vitro* (FIV) qui serait une méthode pas assez efficace (A). Le critère d'efficacité, discutable, n'a pas été remis en cause par le tribunal fédéral (B).

A. Un remboursement différentiel des techniques

226. En Suisse, le remboursement n'est pas corrélé à la seule médicalisation⁷⁸⁹. En effet, alors que l'IIU fait l'objet d'un remboursement, la FIV est exclut de la liste des prestations de l'assurance obligatoire des soins.

⁷⁸³ Cass., 1ère Civ., 19 janv. 2011, FS-P+B+I, n° 11-40.089, T. de RAVEL D'ESCLAPON, « Prohibition du double don de gamètes : la Cour de cassation refuse de transmettre la QPC », note sous Cass., 1ère Civ., 19 janv. 2011, FS-P+B+I, n° 11-40.089, Dalloz actualité 31 janvier 2012.

⁷⁸⁴ Marie LAMARCHE, *op. cit.*

⁷⁸⁵ *Ibidem*.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DIRECTEUR DE BIOETHIQUE, Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA, CDB/INF (2005) 7 REV 2, pp. 64-65 : À la question relative à la GPA, « avez-vous connaissance de l'existence d'une pratique illégale dans votre pays ? », la France a répondu qu'elle avait « connaissance de cas de ressortissants français ayant eu recours à cette pratique à l'étranger ». De même, la personne à l'origine de la QPC atteste de la réalité du tourisme procréatif.

⁷⁸⁸ Isabelle ENGELI, *op. cit.*, p. 234 : l'auteure parle d'un « niveau d'accès garanti par l'État inexistant » et d'une « couverture financière » qui « est très restrictive ».

⁷⁸⁹ Suisse, Arrêt du tribunal fédéral des assurances K 107/03 du 2 mars 2005 : Le Tribunal fédéral a réaffirmé dans un arrêt du 2 mars 2005 que les normes « qui définissent uniquement le cadre juridique dans lequel une FIVETE est autorisée en Suisse, [ne peuvent permettre de reconnaître] un droit à sa prise en charge financière par l'assurance-maladie obligatoire ».

227. Le remboursement de l'IIU est admis depuis deux arrêts rendus par le Tribunal fédéral en 1995⁷⁹⁰ alors qu'auparavant le remboursement était exclu dans la mesure où il ne s'agissait pas d'une mesure thérapeutique. Dans ces arrêts, le Tribunal fédéral affirme ainsi que la stérilité est une maladie et que le caractère thérapeutique de l'IIU justifie sa prise en charge. La médicalisation permet ainsi la prise en charge. Toutefois, ce raisonnement n'est pas étendu à la FIV, qui en dépit de sa mise en œuvre médicalisée, est exclue de la liste des prestations remboursées par l'assurance obligatoire des soins. En effet, l'annexe 1 de l'ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie détermine la « prise en charge par l'assurance obligatoire des soins de certaines prestations fournies par les médecins »⁷⁹¹. L'insémination intra-utérine avec, au maximum, trois cycles de traitement par grossesse, est prise en charge. Au contraire, la fécondation *in vitro* à fin diagnostique, c'est-à-dire réalisée en vue de déterminer une éventuelle stérilité et la qualité des gamètes, et la fécondation *in vitro* suivie d'un transfert d'embryon (FIVETE) ne sont pas prises en charge, selon une décision valable depuis le 1er avril 1994. Les différentes techniques de PMA ont été examinées par la Commission des prestations, notamment au regard des critères d'efficacité, d'adéquation et de caractère économique posés par l'article 32 de la loi sur l'assurance maladie fédérale et seule l'insémination artificielle intra-utérine a été mise obligatoirement à la charge de l'assurance maladie depuis le 1^{er} janvier 2001.

La question de la prise en charge par les caisses maladie limitée aux inséminations artificielles a été posée devant les juridictions suisses. Depuis 1987, le tribunal fédéral juge légal le refus de prise en charge de la FIVETE par l'assurance maladie⁷⁹² et le justifie notamment au regard de l'efficacité de la technique⁷⁹³. Le Tribunal fédéral a maintenu sa position en 2005⁷⁹⁴ et en 2012⁷⁹⁵.

B. Une justification critiquable en termes d'efficacité

228. Le Tribunal fédéral a pendant un temps validé le refus de prise en charge des fécondations *in vitro* aux motifs que la technique ne satisfaisait pas aux critères d'efficacité, d'adéquation et du caractère économique⁷⁹⁶. Par exemple, dans l'arrêt du 2 février 1987, « le tribunal s'est fondé essentiellement sur quatre arguments :

⁷⁹⁰ Suisse, ATF 121 V 289 et 302.

⁷⁹¹ Suisse, OPAS, RS 832.112.31 Annexe 1

⁷⁹² Voir not. décisions Suisse, ATF 113 V 42, ATF 119 V 26, TFA 121 V302, ATF 125 V 21, confirmé par l'arrêt du tribunal fédéral 9C_835/2011 du 1er octobre 2012.

⁷⁹³ Suisse, ATF 113 V 42.

⁷⁹⁴ Suisse, Arrêt du tribunal fédéral K 107/03 du 2 mars 2005.

⁷⁹⁵ Suisse, Arrêt du tribunal fédéral 9C_835/2011 du 1er octobre 2012.

⁷⁹⁶ Suisse, Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) du 18 mars 1994 (État le 1er janvier 2013), Article 32 – Conditions : « 1 Les prestations mentionnées aux Article 25 à 31 doivent être efficaces, appropriées et économiques. L'efficacité doit être démontrée selon des méthodes scientifiques. 2 L'efficacité, l'adéquation et le caractère économique des prestations sont réexaminés périodiquement ».

- la FIVETE revêt un caractère expérimental et n'est donc pas encore véritablement éprouvée par la science médicale ;
- le taux de réussite de la méthode est relativement faible (environ 10 pour cent) ;
- en cas de succès de la fertilisation, il existe un risque non négligeable de grossesse anormale ;
- la probabilité de naissances multiples (notamment de jumeaux, voire de triplés) est relativement forte - et non souhaitée - ce qui est inhérent à la méthode qui, pour augmenter les chances de réussite, rend nécessaire le transfert simultané de plusieurs embryons dans l'utérus de la patiente »⁷⁹⁷.

Aujourd'hui, face à « l'argumentation des recourants (qui) repose sur une démonstration que la FIVETE répondrait aux critères de l'art. 32 al. 1 LAMal : efficacité, adéquation et caractère économique », le Tribunal fédéral, « lorsque la matière est réglée par ordonnance et selon un système de listes, se limite au contrôle de la constitutionnalité et de la légalité. Or, le Conseil fédéral et le DFI ont fait un usage régulier de la compétence que leur confère la loi si bien qu'il n'y a pas place pour substituer une autre appréciation à celle de l'autorité compétente qui s'est fondée, au demeurant, sur l'avis de spécialistes »⁷⁹⁸. Ainsi, la fécondation *in vitro* n'est pas à charge des soins de l'assurance obligatoire et le Tribunal fédéral opère un contrôle très limité.

Un examen de l'ensemble des jurisprudences fait apparaître les cinq principaux arguments du Tribunal fédéral justifiant le non remboursement de la FIV :

- le système de liste prévue en annexe de l'OPAS a été voulu par le législateur et repose sur des bases légales valables ;
- ce système de liste négative prévoyant uniquement l'exclusion des actes est efficace, en termes de clarté et de sécurité juridique et permet une révision ;
- compte tenu du système, l'examen exercé par le tribunal lors d'un recours doit être limité et ne peut rentrer dans les considérations médicales ;
- le refus du remboursement de la FIV n'est pas jugé arbitraire car il est toujours justifié – même s'il y a une évolution quant à l'argumentation ;
- ni la CEDH ni la Constitution fédérale n'imposent de rembourser la FIV⁷⁹⁹.

Pour les auteurs de cette analyse, la « retenue du tribunal confine (...) au déni de justice »⁸⁰⁰ car même si le justiciable prouve que les critères en termes d'efficacité, d'adéquation et d'économie sont remplis, il ne pourra obtenir une prise en charge car l'ordonnance trouve à s'appliquer. Ainsi, « la position du Tribunal fédéral est de plus en plus contestée. Les associations de patients

⁷⁹⁷ Suisse, BGE 119 V 26 S. 29 à propos de ATF 113 V 42.

⁷⁹⁸ Suisse, BGE 125 V 21 S. 31.

⁷⁹⁹ Voir pour le détail de chaque de ces arguments, Valérie JUNOD, Dominique SPRUMONT et Anne DECOLLOGNY, « Non-remboursement de la fécondation *in vitro* : il est temps de changer d'avis », *Revue suisse d'assurances sociales*, 2014, pp. 387-419, spéc. pp. 396-404.

⁸⁰⁰ Valérie JUNOD, Dominique SPRUMONT, Anne DECOLLOGNY, *op. cit.*, p. 405.

placent en tête de leurs priorités le remboursement. Le corps médical n'est pas non plus satisfait, contestant le fait que le Tribunal fédéral considère le taux de succès comme faible. Il n'est pourtant pas encore enclin à prêter main forte aux associations de patients dans leur revendication »⁸⁰¹.

229. Contestée devant les tribunaux, cette limitation de la prise en charge est également jugée discriminatoire par la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine. Selon la CNE, l'absence de prise en charge des FIV « génère une inégalité de traitement sur la base du capital économique dont bénéficient les personnes concernées »⁸⁰². Certains auteurs se sont d'ailleurs intéressés aux avantages et inconvénients du remboursement de la FIV par l'assurance maladie d'un point de vue médical⁸⁰³. En effet, les auteurs craignent que le remboursement des techniques conduisent à une augmentation du recours à la FIV, y compris dans des situations où cela présente un faible taux de réussite ; toutefois, une comparaison avec des pays comme la France ou la Belgique montrent que les médecins assurent une sélection⁸⁰⁴. Ils font alors valoir que le remboursement de la FIV permettrait d'éviter d'avoir recours aux techniques remboursées moins efficaces dans certaines situations et que cela faciliterait l'accès aux traitements⁸⁰⁵.

230. En Suisse, seule l'insémination artificielle est à la charge de la caisse maladie. La fécondation *in vitro* demeure exclue de la sphère de solidarité nationale, pour un motif, de plus en plus contestable, tenant à l'efficacité de la technique. La pérennisation du refus de prise en charge par la caisse maladie du coût des fécondations *in vitro* peut être mise en perspective avec le cadre juridique relatif aux techniques de PMA, plus strict, en ce qu'il exclut la procédure d'accueil d'embryon, le don d'ovocyte et limite le don de sperme aux couples mariés. Toutefois, elle apparaît fortement remise en cause aujourd'hui et seul le Tribunal fédéral refuse d'assurer un contrôle juridictionnel étendu. En revanche, en France, le critère décisif du remboursement semble être l'autorisation de la technique. Ainsi, les fécondations *in vitro* avec dons d'ovocytes réalisées en Espagne -où les donneuses d'ovocytes sont rémunérées- sont prises en charge par l'assurance maladie alors qu'une telle prise en charge est refusée pour le double don de gamètes, qui est, quant à lui, interdit. Le remboursement apparaît en France comme étant particulièrement important et peut être mis en lien avec la volonté de reconnaître un caractère thérapeutique aux techniques de PMA : une fois autorisées, les techniques de PMA ne semblent pouvoir souffrir d'aucune restriction réglementaire dans leur prise en charge par l'assurance

⁸⁰¹ Isabelle ENGELI, *op. cit.*, p. 256.

⁸⁰² COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁰³ Patrick HOHLFELD, Dorothea WUNDER-GALIE et Dominique DE ZIEGLER, « Fécondation *in vitro* : intérêt et désavantage du remboursement par l'assurance maladie en Suisse », *Revue Médicale Suisse*, 2009, pp. 2106-2110.

⁸⁰⁴ *Ibidem*.

⁸⁰⁵ *Ibid.*

maladie. Mêmes annulées pour excès de pouvoir, ces restrictions demeurent toutefois toujours opposées aux assurés sociaux. De la sorte, le remboursement exprime toujours la norme reproductive et régule l'âge de la bonne maternité pour les femmes. Un peu d'activisme juridique permettrait d'effacer ces dispositions du droit de la sécurité sociale et de garantir une meilleure information aux assurés sur leurs droits quant à la prise en charge des traitements contre l'infertilité.

La différence qui existe quant au remboursement des techniques de PMA entre la France et la Suisse s'explique par l'acceptabilité des techniques de PMA en général et en particulier par leur intégration dans le giron médical. Le remboursement apparaît comme le corollaire de la médicalisation même s'il ne se confond pas avec celle-ci. En effet, le caractère médical de l'infertilité est une condition d'accès aux techniques mais n'assure pas nécessairement le remboursement des actes mis en œuvre. Le droit de la sécurité sociale a une logique propre, fondée sur l'efficacité, ce qui explique les limitations quant à l'âge de la femme, le nombre de cycles et en Suisse, même si cela est de plus en plus contesté, les techniques utilisées.

231. Le remboursement de la PMA en France et de l'insémination artificielle en Suisse est corrélé à la médicalisation des techniques reproductives. Le processus de médicalisation des techniques de PMA opère à plusieurs niveaux. Les techniques de PMA ont été construites comme des thérapeutiques en limitant leur accès aux couples dont la stérilité est perçue comme pathologique. Ainsi la PMA a été inscrite comme un traitement de la stérilité d'un couple hétérosexuel, justifiant le naturalisme du cadre général et verrouillant le dispositif. Pourtant, le rôle des médecins est strictement identique lorsqu'il s'agit d'aider un couple hétérosexuel dont l'homme souffre d'azoospermie, qu'une femme seule ou un couple de femmes. En outre, les professionnels de santé doivent mettre en œuvre les techniques et interpréter les critères d'accès, comme par exemple, évaluer si les candidats présentent les qualités nécessaires pour accueillir et élever un enfant. La régulation des pratiques médicales dans le domaine de la PMA est limitée. Si les dispositifs permettant d'assurer la sécurité de la mise en œuvre du projet parental semblent suffisants, il apparaît que les nombreux guides de bonnes pratiques conduisent indirectement à reconnaître aux professionnels de santé un pouvoir d'autorégulation. La forte médicalisation explique au final que les règles juridiques encadrant la PMA aient été perméables au vocabulaire et aux logiques médicales, reprenant à leur compte et institutionnalisant des normes élaborées par des médecins, comme la condition de stabilité conjugale de deux ans, ou encore, une définition restrictive du bon âge féminin pour procréer.

Le cadre relatif aux techniques de PMA dessine les contours du projet parental légitime, à travers à la fois les conditions tenant aux auteurs du projet parental et aux techniques. La

définition des techniques rentrant sous le vocable PMA diffère selon les pays comme en témoigne la comparaison entre le droit français et le droit suisse. Ainsi, la Suisse a choisi de limiter au maximum les éléments disruptifs, refusant le don d'ovocyte et l'accueil d'embryon qui sont permis en droit français. De même, le don de sperme est réservé aux couples mariés. Au contraire, en France, le statut juridique du couple est indifférent et seul compte *in fine* l'hétérosexualité du couple. Dans les deux pays, les conditions de mise en œuvre reflètent une conception idéologique particulière de la famille et miment la nature. En ce sens, la procédure d'appariement est au centre du dispositif en ce qu'elle permet de maintenir le secret. Le principe d'anonymat du don de gamètes participe également au secret mais n'est pas nécessaire, comme en témoigne le droit suisse qui consacre au contraire un droit à la connaissance de ses origines. La mise en œuvre concrète des techniques de PMA par les équipes pluridisciplinaires clinicobiologiques et le remboursement ensuite assuré par l'assurance maladie renforce le cadre juridique initial.

L'étude des conditions de mise en œuvre des techniques de PMA montre de quelle manière la définition initiale par les praticiens de l'infertilité comme maladie et de la PMA comme remède a ensuite permis une reconnaissance de la légitimité des projets parentaux rentrant dans ce cadre naturaliste. Avec l'aval du législateur, les médecins peuvent réparer la nature défaillante qui ne permet pas à un couple hétérosexuel, vivant et en âge de procréer de le faire. Les techniques de PMA apparaissent alors marquées du double sceau de la médecine et de la nature, exaltant la différence des sexes et renforçant les inégalités et stéréotypes de genre. Il est difficile de savoir si le cadre naturaliste a sciemment été mis en place pour exclure les projets parentaux des couples de même sexe. Toutefois, que cela soit délibéré ou incident, cela conduit à une nette ligne de démarcation entre les projets parentaux qui peuvent être réalisés dans ce cadre et les autres. Loin d'être anodin, le cadre naturaliste ainsi défini –aussi bien en termes d'auteurs du projet parental que de techniques reproductives acceptables– permet par la suite, lors de l'établissement de la filiation, une reconnaissance des seuls projets parentaux légitimes.

Titre II

La consécration du projet parental par le droit de la filiation

232. Les techniques de PMA permettent de dissocier en différentes composantes –biologiques, génétiques et sociales– l'implication des personnes dans la réalisation d'un projet parental. Cette dissociation, qui se traduit par une multiplication des acteurs, devrait s'accompagner d'un questionnement sur les fondements de la parenté. Il s'agit en effet de savoir quelles composantes sont nécessaires et recherchées au moment de consacrer le projet parental à travers l'établissement d'un lien de filiation. Cette réflexion a été, et est toujours en grande partie éludée lorsque le projet parental est réalisé dans le cadre légal. La naissance d'un enfant au sein d'une famille nucléaire traditionnelle composée à partir d'un couple hétérosexuel ayant l'apparence fertile permet d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents selon le droit commun. Le législateur français et le législateur suisse ont choisi d'établir la filiation des enfants nés par PMA selon les règles du droit commun de la filiation alors que ce n'est pourtant pas évident dans la mesure où les fondements classiques à la parenté ne sont pas toujours existants. L'étude des règles d'établissement de la filiation, après le recours à des techniques de PMA dans le cadre légal, montre d'ailleurs qu'il existe de nombreux points de convergences avec les procédures en matière d'adoption. Ce cadre n'a pourtant pas été retenu et au contraire, le projet parental réalisé par PMA est consacré par les règles d'établissement de la filiation du droit commun. Cela conduit à renforcer les stéréotypes de genre présents, au lieu de questionner et de remettre en cause la différenciation des fondements à la parenté en fonction du le sexe du parent.

233. Nous qualifions de projets parentaux légitimes⁸⁰⁶, à la fois les projets parentaux réalisés dans le cadre légal naturaliste et ceux qui, bien que réalisés en dehors du cadre, peuvent par la

⁸⁰⁶ On entend par légitime qui est conforme au droit positif mais également à la morale, selon la définition classique du terme. Il est en effet permis de voir dans le droit un effet légitimant, à propos de la parentalité, voir not. Dominique FENOUILLET, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : l'effet probable d'entraînement », *Les petites affiches*, 24 mars 2010, n°59, p. 18 : « Au-delà de son effet pratique (renforcement concret du rôle des tiers), la réforme produirait en effet très vraisemblablement un effet "légitimant", d'abord parce que l'essor de la parentalité suppose admise comme hypothèse de départ que les adultes sont aptes à remplir correctement un rôle parental dans les situations considérées (le simple fait de voter cette loi vaudrait donc reconnaissance étatique de cette aptitude), ensuite parce que la mise en œuvre de la parentalité conduira vraisemblablement à la banaliser en fait. À ce double titre, la réforme "légitimerait" donc sans doute les couples et familles intéressés en les faisant "rentrer dans la norme de parentalité" » ou encore « Il est probable que la réforme, en renforçant le rôle éventuel du partenaire homosexuel, aura un effet de légitimation symbolique susceptible de produire un effet remontant considérable : si la filiation est un certificat d'aptitude parentale, la preuve de la qualité parentale ne conduit-elle pas naturellement à remonter de l'autorité à la filiation ? ».

suite s'y intégrer. Nous les distinguons alors des projets parentaux illégitimes. La réalisation de ces projets parentaux, sur le territoire français ou suisse, est rendue impossible par l'illégalité de la pratique –comme pour la GPA– ou parce que les personnes candidates ne rentrent pas dans les critères d'accès aux techniques autorisées de PMA. Ces projets parentaux ne sont pas reconnus comme des projets parentaux légitimes, en ce qu'il n'est pas permis de les réaliser en France ou en Suisse. Pour autant, du fait des disparités de législations importantes en Europe et dans le monde, il est possible de se rendre à l'étranger pour les réaliser. Le tourisme procréatif, expression forgée sur le modèle du tourisme sexuel et dont la connotation négative devient alors évidente, regroupe l'ensemble de ces pratiques dont la réalisation est difficile ou impossible en France : PMA pour des femmes ménopausées, seules ou en couple lesbien, PMA avec don d'ovocyte, y compris en France où l'attente est trop importante, GPA pour des couples hétérosexuels dont la femme ne peut porter l'enfant, pour des couples d'hommes ou des hommes seuls. Ces projets parentaux illégitimes ne coïncident pas exactement avec la notion de tourisme procréatif. En effet, certains projets parentaux –don d'ovocyte, double don de gamète, don sans anonymat– peuvent être réalisés à l'étranger sans que cela pose de difficulté en termes de filiation alors que d'autres projets parentaux se heurtent ou s'arrangent avec les règles du droit de la filiation. Nous entendons alors par projets parentaux illégitimes, les projets réalisés en dehors du cadre légal, souvent à l'étranger, et qui posent ensuite des difficultés en termes d'établissement ou de reconnaissance de lien de filiation. Ces projets parentaux remettent en question à la fois le cadre naturaliste d'accès aux techniques de PMA et le choix de consacrer par la suite le projet parental en établissant la filiation selon le droit commun. Le cadre naturaliste conduit ainsi au moment de reconnaître la filiation à la mise en œuvre d'un niveau de contrôle supplémentaire du projet parental. Certains sont consacrés à travers le droit commun de la filiation et cette inscription du projet parental légitime dans le droit commun de la filiation conduit à renforcer les fondements différenciés à la parenté selon le sexe, autrement dit les stéréotypes de genre (Chapitre I). Quant aux projets parentaux illégitimes, ils sont relégués en marge du droit de la filiation dans la mesure où il existe une véritable résistance quant à leur inscription dans le droit commun de la filiation (Chapitre II).

Chapitre I – La consécration par le droit de la filiation du projet parental légitime

Chapitre II – La relégation aux confins du droit de la filiation des projets parentaux illégitimes

Chapitre I – La consécration par le droit de la filiation du projet parental légitime

234. Une majorité de la doctrine présente la filiation en différentes catégories⁸⁰⁷. Ainsi coexistent en droit français et en droit suisse, les filiations du droit commun, les « filiation[s] par procréation assistée »⁸⁰⁸ et les filiations adoptives. La coexistence des règles d'établissement de la filiation après PMA et celles relatives à l'adoption permet une comparaison de celles-ci. De nombreux parallèles peuvent en effet être faits entre les règles en matière d'adoption, notamment plénière, et celles permettant l'établissement de la filiation après une PMA, notamment hétérologue. Toutefois, ces convergences sont théoriques dans la mesure où le projet parental, dans le cas d'une PMA, est la cause de la naissance de l'enfant. Ceci explique le législateur français –autant que le législateur suisse même s'il sera principalement question de droit français dans nos développements– ait choisi d'établir la filiation après un projet parental réalisé par PMA au sein des règles d'établissement du droit commun de la filiation. Cette inscription n'est pas neutre, il s'agit d'une véritable consécration du projet parental naturaliste, qui conduit par ailleurs à renforcer les fondements à la parenté différenciés selon le sexe du parent : l'homme, auteur du projet parental, devient père par sa seule volonté –et ne peut se soustraire de son engagement et doit assumer l'entretien de l'enfant– tandis que la femme doit accoucher de l'enfant pour qu'elle puisse établir sa maternité.

Si la comparaison de l'établissement de la filiation après PMA et par adoption montre toutefois des convergences importantes quant aux mécanismes juridiques mis en cause (Section I), ces parallèles restent très théoriques. En effet, le projet parental réalisé dans un cadre naturaliste est inscrit au cœur du droit de la filiation et cela contribue à accroître les stéréotypes de genre qui y sont présents et tiennent principalement à la division sexuée du travail (Section II).

Section I – Convergences entre filiation après PMA légitime et adoption

Section II – Inscription du projet parental légitime dans le droit commun de la filiation

⁸⁰⁷ Voir en ce sens en droit français, Dominique FENOUILLET, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? Introduction », *Les petites affiches*, 24 février 2010, n° 39, p. 7 : « au pluralisme consacré dans la parenté-filiation (filiation, adoption, filiation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation) » et les différents manuels de droit de la famille qui traitent séparément ces types de filiation, not. en droit français Alain BENABENT, *Droit de la famille*, LGDJ, 3e éd. 2014, pp. 345-421 : l'auteur étudie d'abord « la filiation spontanée » puis « la filiation médicalement assistée » et enfin « la filiation élective : l'adoption » ; Dominique FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, 2e éd., 2008 : l'auteure oppose la « filiation charnelle » à la « filiation artificielle » qui regroupe adoption et PMA ; Jean HAUSER, *La filiation*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, Droit privé, 1996 : il traite dans trois titres distincts de la filiation par procréation naturelle, de la filiation par procréation assistée et de la filiation sans procréation (adoption plénière et simple), en ce sens voir également François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8e éd., 2011. Pour le droit suisse, Olivier GUILLOD, *Droit des familles*, Université de Neuchâtel, Faculté de droit, 2e éd., 2012.

⁸⁰⁸ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8e éd., 2011, spéc. n° 789 et s., pp. 733 et s.

Section I – Convergences entre filiation après PMA légitime et adoption

235. Les règles spécifiques mises en place à la suite de la reconnaissance de la PMA en droit suisse et en droit français sont, sous certains aspects, proches des règles qui régissent la filiation adoptive. En effet, les règles qui régissent l'établissement de la filiation paternelle après le recours à un don de sperme permettent, comme pour l'adoption, de créer un lien juridique alors que l'inexistence du fondement biologique est connue. En outre, cette mise en perspective entre les procédures d'adoption et les règles permettant de consacrer le projet parental montre de quelle manière la reproduction naturelle est prise en exemple lorsqu'il s'agit de penser des modalités d'établissement de la filiation qui pourrait justement s'en détacher –que ce soit par adoption ou après recours aux techniques de PMA. La référence à la nature conduit en outre à la mise en place de dispositifs visant à garder secrets les écarts existants. Ainsi, les règles de filiation après IAD et celles relatives à l'adoption sont toutes les deux pensées sur le modèle procréatif (§I), même si elles permettent au final, un établissement volontaire de la filiation soumis à validation par des tiers (§II).

§I. Des fictions juridiques pour mimer la nature

236. L'adoption et les techniques de PMA ont été introduites en droit à des périodes bien distinctes : l'adoption est une institution issue du droit romain tandis que les techniques de PMA ont pris leur forme actuelle au cours du dernier quart du XXe siècle et elles ont été encadrées dans la dernière décennie du siècle dernier en droit français comme en droit suisse. Pour autant, ces deux moyens d'établir la filiation relèvent d'une même logique puisqu'il s'agit de fictions juridiques (A) qui ont pour but la réalisation d'un projet parental. Le principal effet de la fiction juridique est de permettre l'effacement des géniteurs, respectivement les parents biologiques d'une part et les donneurs, tiers au projet parental d'autre part (B).

A. Rôles de la fiction juridique

237. La filiation après PMA et l'adoption sont deux fictions procréatives dans la mesure où elles permettent d'établir la filiation sur le modèle biologique avec des enfants nés d'autres personnes ou à la suite d'un don de gamète ou d'une procédure d'accueil d'embryon. Comme l'explique Monsieur Yan Thomas, « la fiction est un procédé qui (...) appartient à la pragmatique du droit. Elle consiste à d'abord travestir les faits, à les déclarer autres qu'ils ne sont vraiment, et à tirer de cette adultération même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui s'attacheraient à la vérité que l'on feint, si celle-ci existait sous les dehors qu'on lui prête »⁸⁰⁹. Ainsi, pour la PMA avec don de gamète ou accueil d'embryon et pour l'adoption plénière extrafamiliale, la filiation est établie sur le modèle « naturel » alors qu'il est établi que les enfants

⁸⁰⁹ Yan THOMAS, « *Fictio legis*, L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales » in *Droits*, 21, La fiction, PUF, 1995, pp. 17-63, spéc. p. 17.

ne sont pas biologiquement issus de leurs parents d'intention. En ce sens, il s'agit pour la PMA et l'adoption d'une fiction juridique dont le but est l'établissement du lien de filiation. Toutefois, la fiction remplit une autre fonction dans la mesure où le travestissement initial des faits va au-delà du mécanisme juridique et que les acteurs utilisent la fiction juridique pour alimenter des représentations sociales de la PMA et de l'adoption comme répondant à un modèle familial pseudo-procréatif, traditionnel et naturaliste. Cela est flagrant en matière de PMA dans la mesure où la fiction juridique permet opportunément d'établir la filiation sans déroger au cadre pseudo-procréatif global (a) et plus discret, en matière d'adoption (b).

a. La PMA, une fiction juridique procréative

238. À la suite d'une PMA hétérologue –avec recours à don de sperme, d'ovocyte ou d'embryon–, l'établissement de la filiation paternelle ne répond que partiellement au droit commun. En effet, en droit français, un renforcement de la paternité a été nécessaire⁸¹⁰, afin de s'assurer que l'homme, co-auteur du projet parental, ne remette pas ensuite en cause sa paternité⁸¹¹. La consécration de la paternité de l'homme ayant consenti au don de sperme ou à l'accueil d'embryon relève du mécanisme de la fiction juridique puisque l'absence de fondement biologique à la paternité est connue. Si ni le droit français ni le droit suisse de la filiation ne fait du fondement biologique une condition à l'établissement volontaire de la paternité, il est toutefois présumé exister lorsque la paternité du mari est établie par effet de la loi et il est probable lorsqu'il s'agit d'une reconnaissance volontaire. Il est, au demeurant, indispensable en cas d'établissement judiciaire de la paternité.

L'utilisation de la fiction juridique dans ces situations particulières tranche avec celle qui a lieu concernant l'adoption. En effet, il est possible de remettre en cause la neutralité juridique du procédé dans la mesure où il s'inscrit dans un cadre juridique plus large dont il s'agit d'assurer la cohérence⁸¹². Il s'agirait alors d'une fiction dont la fonction est historique selon la typologie de Monsieur le professeur Jean-Louis Bergel. Pour lui, « les fictions juridiques [de cette catégorie] semblent (...) être le véhicule de l'adaptation du droit à l'évolution de la vie sociale par la continuité de ses instruments : plutôt que de rompre les cadres d'un système juridique établi, on

⁸¹⁰ Articles. 311-20 alinéas 4 et 5 du Code civil : « Celui 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. En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331 ».

Suisse, Code civil, art. 256, al. 3 : « le mari ne peut intenter l'action s'il a consenti à la conception par un tiers. La loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée est réservée en ce qui concerne l'action en désaveu de l'enfant ».

⁸¹¹ En France, avant la mise en place de dispositions particulières par la loi bioéthique de 1994, les tribunaux ont eu à connaître des cas de demande d'annulation de reconnaissance paternelle à la suite d'une insémination avec donneur à laquelle l'homme avait pourtant auparavant consenti : voir not. en ce sens TGI Nice, 30 juin 1976, D. 1977.45 note D. HUET-WEILLER, JCP 1977.II.18597, note M. HARICHAUX-RAMU, Gaz. Pal. 1977.I.48, note E. PAILLET ; RTD civ. 1977.745, obs. R. NERSON ; TGI Paris, 19 févr. 1985, D. 1986.223, note E. PAILLET ; D. 1986.IR.59, obs. D. HUET-WEILLER.

⁸¹² Jean-Louis BERGEL, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *McGill Law Journal*, vol. 33, n°2, 1988, p. 357, spéc. p. 361 : « Certes, les procédés techniques sont neutres en eux-mêmes ; ils peuvent devenir bénéfiques ou maléfiques selon l'usage qui en est fait et les finalités auxquelles on les utilise : c'est le thème bien connu de la polyvalence des techniques ».

en étend les composantes au-delà de leurs limites antérieures et naturelles »⁸¹³. Ainsi, la fiction juridique utilisée pour établir la filiation en cas de PMA hétérologue permet, d'une part, d'assurer la cohérence des règles de filiation et s'inscrit, d'autre part, dans le cadre naturaliste plus large qui régit les techniques reproductives. En effet, la fiction juridique contribue également à effacer les traces du recours au don –de gamètes ou d'embryon– tout comme la procédure d'appariement mise en œuvre en France et en Suisse et le principe de l'anonymat du don qui structure le droit français de la bioéthique. Cette fiction concernant la paternité contribue à faire des techniques de PMA un mime de la procréation « naturelle » et s'inscrit dans le « crime parfait » décrit par Madame Marcela Iacub⁸¹⁴. En matière de PMA, la fiction n'est pas seulement juridique mais a une portée plus globale –d'effacement du recours aux techniques– et en cela, on peut parler d'une fiction narrative. Par fiction narrative, nous désignons le dispositif d'ensemble dans lequel le mécanisme de la fiction juridique intervient, c'est à-dire le cadre naturaliste des techniques de PMA. Cette fiction narrative a été instaurée dès les débuts de la PMA, et permet de raconter que la PMA, qui intervient dans un cadre pathologique pour réparer la nature défaillante, est le miroir de la reproduction « naturelle ».

En matière de PMA, la fiction juridique se fait aussi fiction narrative en intégrant le cadre juridique plus large avec des conditions d'accès et une mise en œuvre qui promeuvent un modèle naturaliste de la famille. Concernant l'adoption, la fiction paraît limitée à son rôle juridique même si la procréation naturelle est aussi un modèle attractif.

b. L'adoption, une fiction juridique parentale

239. L'adoption appartient à un autre type de fictions, celles qui ont une fonction téléologique, c'est-à-dire qu'elles « se caractérisent et se justifient par leur finalité propre »⁸¹⁵. L'adoption est classée parmi les fictions-buts qui interviennent en matière extrapatrimoniale dans la mesure où « l'adoption permet de conférer à un enfant une filiation artificielle à la place de sa filiation d'origine et de lui reconnaître, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime ou, comme au Québec, les mêmes droits que ceux qui s'attachent à la filiation par le sang »⁸¹⁶. Ces « assimilations artificielles, faisant fi de la réalité concrète [permettent] de fournir à certaines personnes une situation jugée plus favorable que leur sort naturel, au nom d'une certaine politique de la famille »⁸¹⁷. La fonction extrapatrimoniale initialement dévolue à l'adoption⁸¹⁸ a depuis évolué, par le biais d'une

⁸¹³ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, spéc., p. 375 et p. 365 : « Les fictions sont alors l'instrument de la cohérence du droit qui permettent, sans rupture de son unité logique, de parvenir à des résultats satisfaisants que l'application pure et simple du droit à la réalité ne permettait pas d'obtenir ».

⁸¹⁴ Marcela IACUB, *op. cit.*

⁸¹⁵ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, spéc. p. 380.

⁸¹⁶ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, spéc. p. 381.

⁸¹⁷ *Ibidem*.

⁸¹⁸ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, spéc. p. 357 : Historiquement, il s'agissait de « promouvoir (...) certains intérêts en matière extrapatrimoniale ».

transformation progressive de la finalité de l'adoption, vers un moyen de fonder une famille⁸¹⁹. En ce sens, la Cour de cassation a reconnu la finalité familiale et sociale de l'adoption qui consiste à « donner une famille à un enfant qui en est dépourvu »⁸²⁰. Ce qui conduit une partie de la doctrine à écrire que, aujourd'hui, « l'adoption est demandée plus pour satisfaire un besoin de relations personnelles affectives avec un enfant qu'un besoin d'héritier »⁸²¹.

L'adoption est un mode d'établissement particulier de la filiation⁸²² entre des parents et des enfants qui ne sont pas biologiquement liés et le mécanisme sous-jacent à ce mode d'établissement de la filiation est la fiction juridique⁸²³. Le recours à une fiction juridique semble en partie inévitable, compte tenu du profil varié des adoptants : en effet, en droit français et en droit suisse, les couples mariés⁸²⁴ et les personnes seules⁸²⁵ peuvent adopter alors qu'ils peuvent ne plus être en « âge de procréer ». L'adoption serait ouverte à toute personne seule par faveur pour celle-ci⁸²⁶. Cette diversité n'est toutefois pas anodine dans le sens où elle conduit à reconnaître que l'adoption n'est pas entièrement un mime de la nature⁸²⁷. En particulier, en

⁸¹⁹ Frédérique EUDIER, « Adoption » in Répertoire de droit civil, Dalloz, 2008, §6 : « la loi du 19 juin 1923 (DP 1923. 4. 257) ouvre l'adoption aux mineurs et en élargit les conditions » : « l'adoption devient [alors progressivement et] essentiellement un moyen de donner une famille à un enfant orphelin ou abandonné » ; voir aussi dans le même sens, François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8e éd., 2011, spéc. n°731, p. 674 : « le souci de venir en aide aux enfants abandonnés et aux orphelins de la guerre amena le législateur à repenser l'adoption, qui devint une opération de charité sociale au profit des mineurs. Il en adoucit les conditions et en accrut les effets, la création d'un nouveau lien familial et le relâchement du lien existant à l'égard de la famille d'origine semblant correspondre à l'intérêt des enfants et des adultes, qui souhaitaient le plus souvent garder l'enfant adopté et l'élever ».

⁸²⁰ Cass., 1ère Civ., 13 déc. 1989, n°88-15655, D 1990.IR 29 rapport de J. Massip, p. 273 ; *RTD com*, 1990, p. 223, obs. Alfandari et Jeantin ; *RTD civ*, 1990, p. 254, obs. Rubellin-Devichi ; *RDSS*, 1990, p. 733, obs. Alfandari. À propos du prononcé de la nullité de l'association, Alma mater dont l'objet est l'organisation de la gestation pour autrui, la Cour de cassation a jugé « que l'activité de l'association, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu ».

⁸²¹ Claire NEIRINCK, « Fasc. 10, Filiation adoptive, Généralités », in *JurisClasseur Civil Code*, Art. 343 à 370-2, 02, 2003, §2 ; voir dans le même sens not. François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8e éd., 2011, spéc. n° 731 à 733, pp. 673-678 : les auteurs présentent d'abord l'adoption mise en place par la Révolutionnaire, « comme un moyen de transmettre sa fortune et son nom » avant de considérer les enjeux contemporains, en termes « de droit à l'enfant ? droit à l'adoption ? ».

⁸²² Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, spéc. p. 376 : « L'adoption, (...), ne semble-t-elle pas installée dans le droit comme une extension spécifique de la filiation ».

⁸²³ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, spéc. p. 374 : « Les fictions de politique juridique dont l'adoption fait partie acquièrent (...) une certaine autonomie en ce sens qu'elles existent par elles-mêmes et non pas seulement en tant que moyen de coordination interne entre divers éléments du système juridique. Elles ne sont pas purement instrumentaires mais au service d'une finalité qui leur est propre ».

⁸²⁴ Article 343 du Code civil : « L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans » ; Suisse, article 264a du Code civil : « 1. Des époux ne peuvent adopter que conjointement; l'adoption conjointe n'est pas permise à d'autres personnes. 2. Les époux doivent être mariés depuis cinq ans ou être âgés de 35 ans révolus ».

⁸²⁵ Article 343-1 alinéa 1 du Code civil : « L'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans » ; Suisse, article 264b du Code civil : « 1. Une personne non mariée peut adopter seule si elle a 35 ans révolus ».

⁸²⁶ Frédérique EUDIER, « Adoption » in Répertoire de droit civil, Dalloz, 2008, §13 : « Statut de l'adoptant - Par faveur pour l'adoption, le législateur l'autorise quel que soit le statut matrimonial de l'adoptant : l'adoption plénière comme l'adoption simple peuvent désormais être demandées par un couple non séparé de corps, par un époux avec le consentement de son conjoint ou par une personne célibataire. En outre, la présence d'enfant légitime n'est plus un obstacle à l'adoption ».

⁸²⁷ Bruno PERREAU, *Penser l'adoption. La gouvernance pastorale du genre*, PUF, coll. Ethique et philosophie morale, 2012, p. 5 : « Ainsi, non seulement l'adoption ne pose pas la différence des sexes comme condition de la filiation mais, de surcroît, elle assouplit fortement l'écart générationnel entre parents et enfants ».

France, lors de l'examen de constitutionnalité de la loi 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe, les requérants faisaient grief à la loi de remettre en cause le « principe de valeur constitutionnelle de la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle »⁸²⁸. Le Conseil constitutionnel répond en mettant en avant les exceptions qui existent en droit français quant à l'établissement bilinéaire de la filiation⁸²⁹ et ne reconnaît pas l'existence d'un principe de l'origine sexuée de la filiation⁸³⁰. Par ailleurs, il rappelle qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique »⁸³¹. Pour Madame Laurence Brunet, « le Conseil dénie [ainsi] toute valeur constitutionnelle à la théorie de la fiction procréatrice supposée inspirer, aux yeux des auteurs de la saisine, le dispositif juridique de l'adoption plénière »⁸³². Cela est d'ailleurs cohérent avec l'histoire de l'adoption. Ainsi, en comparaison avec l'adoption simple et plénière ouverte aux personnes célibataires ou à un seul des époux, les techniques de PMA sont réservées aux couples hétérosexuels, vivant et en âge de procréer. Le mimétisme procréatif semble de la sorte poussé bien plus loin en ce qui concerne le cadre juridique relatif à la PMA qu'en matière d'adoption.

240. Il convient toutefois de relativiser la portée de l'ouverture de l'adoption aux célibataires ou aux personnes seules. En effet, en 1966, seules les femmes célibataires étaient pensées comme destinataires de ces normes⁸³³ et au fur et à mesure de la reconnaissance sociale de l'évolution des mœurs sexuelles et familiales, ce mécanisme a aussi permis à des hommes célibataires d'adopter un enfant. Des réticences et résistances institutionnelles importantes existent toutefois lorsque ces personnes sont homosexuelles. Lors de la réforme du droit de l'adoption en 1996⁸³⁴, l'adoption n'est pas ouverte aux couples de concubins car, comme l'explique Monsieur le professeur Jean Hauser, « ce qu'on ne voulait pas c'est, à travers la question de l'adoption par un couple de concubins, en arriver à poser la question de l'adoption par un couple de deux

⁸²⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 46 ; pour un commentaire détaillé de la décision, voir not. François CHENEDE, « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », *AJ Famille*, 2013, p. 332.

⁸²⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 56 : « l'action en recherche de paternité a vu son régime juridique modifié par la loi du 16 novembre 1912 sur la déclaration judiciaire de paternité naturelle et que l'action en recherche de paternité des enfants adultérins a été interdite jusqu'à la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation ; que de même les règles relatives à l'adoption de l'enfant mineur ont été modifiées par la loi du 19 juin 1923 sur l'adoption ; qu'ainsi, en tout état de cause, doit être écarté le grief tiré de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de "caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle" ».

⁸³⁰ Voir not. Jean-Manuel LARRALDE, « Le mariage pour tous est conforme à la Constitution ! Quelques considérations d'un publiciste sur la décision du Conseil constitutionnel n°2013-669 DC du 17 mai 2013 », *Petites affiches*, 4 juil. 2013, n°133, p. 9.

⁸³¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 51.

⁸³² Laurence BRUNET, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », *RDSS*, 2013, p. 908.

⁸³³ Bruno PERREAU, *op. cit.*, p. 43 : « le caractère naturel de la vocation maternelle des femmes, mariées ou célibataires, était alors si évident que la loi de 1966 put inclure l'adoption individuelle ».

⁸³⁴ François BOULANGER, « Le bilan mitigé d'une réforme : la loi n°96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption », *D.*, 1996, chr. 307, spéc. p. 309.

hommes ou de deux femmes »⁸³⁵. Ainsi, seule la question de l'adoption par une personne homosexuelle s'est posée et a d'ailleurs conduit à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire Emmanuelle B. contre France, un refus d'agrément a été opposé par le Président du Conseil général à la requérante en raison de son homosexualité⁸³⁶. Après examen du dossier, les juges strasbourgeois soulignent que « dans les circonstances de l'espèce, il est permis de s'interroger sur le bien-fondé d'un tel motif qui a finalement pour conséquence d'exiger de la requérante qu'elle justifie, dans son entourage proche, de la présence d'un référent de l'autre sexe, risquant ainsi de vider de sa substance le droit qu'ont les célibataires de demander l'agrément, dès lors que la présente affaire ne concerne pas une demande d'agrément en vue d'adopter présentée par un couple, marié ou non, mais par une célibataire. Aux yeux de la Cour, un tel motif aurait donc pu conduire à un refus arbitraire et servir de prétexte pour écarter la demande de la requérante en raison de son homosexualité »⁸³⁷. Ils reconnaissent alors le caractère illégitime d'un des motifs avancés pour justifier le refus, qui « a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision »⁸³⁸. La France est *in fine* condamnée pour violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'interdiction de la discrimination, combiné avec l'article 8 relatif à la vie privée et familiale. Cette décision de la CEDH permet d'affirmer que désormais le refus d'agrément ne peut reposer sur l'orientation sexuelle du requérant⁸³⁹.

241. Si le droit positif français permet l'adoption par des couples mariés –hétérosexuels et homosexuels depuis la loi du 17 mai 2013–, un époux avec l'accord de l'autre ou des personnes célibataires, il semble que, dans la doctrine et en pratique, la référence au modèle procréatif demeure prégnante. En doctrine, les commentaires autour de l'ouverture de l'adoption plénière aux couples homosexuels mariés par la loi du 17 mai 2013 ont mis en lumière les représentations associées à l'institution par une partie de la doctrine. Pour Madame la professeure Annick Batteur, « si l'adoption crée entre deux personnes un lien juridique de filiation non fondé sur le sang, il n'en reste pas moins qu'elle est calquée sur la filiation biologique : tout doit se passer comme si l'enfant était né du couple adoptif. Dans ce contexte,

⁸³⁵ Jean HAUSER, « Couple et différence de sexe », pp. 95-111, in Clotilde BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, coll. Études Juridiques, 1998, spéc. p. 102.

⁸³⁶ CEDH, Emmanuelle B. contre France, 22 janv.2008, n°43546/02.

⁸³⁷ CEDH, Emmanuelle B. contre France, 22 janv.2008, n°43546/02, §73.

⁸³⁸ CEDH, Emmanuelle B. contre France, 22 janv.2008, n°43546/02, §80.

⁸³⁹ comp. CEDH, Fretté contre France, 26 fév. 2002, n°36515/97 ; Communiqué du greffier : « Dans la présente affaire où sont en cause les intérêts concurrents du requérant et des enfants pouvant être adoptés, force est de constater que la communauté scientifique - et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues - est divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels, compte tenu notamment du nombre restreint d'études scientifiques réalisées sur la question à ce jour. S'ajoute à cela les profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales, sans compter le constat de l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapports aux demandes. Dans ces conditions, les autorités nationales, ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait selon l'article 343-1 du code civil trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soit remis en cause ses choix personnels ».

l'institution de l'adoption par des homosexuels était complexe »⁸⁴⁰. Or, s'il est vrai qu'en matière de PMA, les règles juridiques rendent plausible le fait que l'enfant est né du couple, ce n'est pas le cas pour l'adoption. Dans une conception de l'adoption comme mime de la procréation « naturelle », la possibilité d'établir un lien de filiation à l'égard d'un couple homosexuel, même marié, est inconcevable en ce qu'il s'agirait d'une négation de la nature sexuée de la reproduction. Seule l'adoption simple serait envisageable car elle « permet de préserver l'essentiel, à savoir l'altérité sexuelle, au moins de façon symbolique puisque la double parenté biologique n'est pas effacée »⁸⁴¹. Les réticences des juristes face à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux personnes de même sexe s'expliquent par le modèle procréatif latent associé à l'adoption. La référence à l'altérité sexuelle au niveau symbolique revient également dans les représentations des travailleurs sociaux et des candidats à l'adoption comme en témoigne le travail de recherche de Monsieur Bruno Perreau⁸⁴² consacré à la gouvernance pastorale⁸⁴³.

242. Dans les commentaires juridiques comme dans les faits, l'adoption tend vers le modèle pseudo-procréatif et se rapproche alors de la PMA, en dépit de conditions d'accès différentes. L'ouverture des procédures d'adoption aux couples de personnes de même en 2013 permettra peut-être de relativiser à l'avenir ce constat. Le recours à la fiction juridique en cas de PMA et d'adoption produit les mêmes effets, à savoir établir un lien de filiation à l'égard des parents d'intention et effacer, en les remplaçant, les liens biologiques existants.

B. Effets de la fiction juridique

243. Les effets de la fiction juridique permettent d'entretenir et d'alimenter la fiction narrative, c'est-à-dire de mimer, en toute tranquillité, le modèle procréatif. Pour cela, la fiction permet de créer de manière positive un lien de filiation effectif et exclusif (a) et, en négatif, elle permet un effacement des géniteurs comme s'ils n'avaient jamais existé⁸⁴⁴. Ces deux aspects combinés permettent alors de faire comme si les auteurs du projet parental, réalisés par PMA ou adoption,

⁸⁴⁰ Annick BATTEUR, « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *LPA*, 4 juil. 2013, n°133, p. 29 et spéc. p. 31 : « Rappelons que la filiation adoptive est calquée sur le modèle de la filiation biologique. Tout doit se passer comme si les parents adoptifs étaient les parents biologiques de l'enfant ».

⁸⁴¹ Annick BATTEUR, *op. cit.*, p. 30 : « Mais en soi, ceci n'est pas gênant puisque l'adoption simple permet de préserver l'essentiel, à savoir l'altérité sexuelle, au moins de façon symbolique puisque la double parenté biologique n'est pas effacée » et « Admettre l'adoption simple d'un enfant par un couple homosexuel marié (ou par le conjoint homosexuel), c'est introduire l'enfant dans une famille homosexuelle, mais en maintenant les liens biologiques, au minimum sur le plan symbolique, avec la personne de l'autre sexe dont l'enfant est issu ».

⁸⁴² Bruno PERREAU, *op. cit.*

⁸⁴³ Bruno PERREAU, *op. cit.*, pp. 4-5 : « la reconnaissance de l'adoption passe désormais par la mise en conformité des récits familiaux avec des profils de vie standardisés, profils que promeuvent les institutions pour guider adoptants et adoptés sur la voie des bonnes pratiques. Cette individualisation du contrôle des familles est ce que j'appelle la gouvernance pastorale ».

⁸⁴⁴ À propos des aspects négatifs et positifs de la fiction, voir not. Yan THOMAS, *op. cit.*, spéc. p. 22 : La « fiction négative », « c'est une fiction d'inexistence. Plutôt que d'inventer ce qui n'existe pas, le droit nie ostensiblement ce qui existe. Une donnée, un événement, un acte sont ainsi abolis et effacés, quoique l'on marque bien, par une expression manifeste de l'irréalité même de l'opération, qu'il s'est au contraire produit. Il y a loin de la sorte de la fiction au mensonge. Ce serait une profonde erreur d'évoquer quelque mensonge légal. La fiction jette au contraire le masque. Elle apparaît bien comme une décision de contrer la réalité » et p. 24 : « la fiction positive (...) pose faussement l'existence d'un acte, d'un événement, d'un fait, d'un être ou d'une qualité, peu importe ».

sont les parents biologiques de l'enfant. En matière d'adoption, cet effacement doit être nuancé puisque l'adoption simple ne permet pas de substituer des liens de filiation, mais les ajoute tandis qu'en matière d'adoption plénière, le droit à la connaissance des origines tend à être reconnu (b).

a. Une filiation effective, exclusive et irrévocable

244. Pensée comme une consécration du projet parental, la filiation est exclusive, en matière d'adoption plénière et de PMA pour permettre une intégration entière de l'enfant dans sa famille⁸⁴⁵. L'adjectif « plénier » attaché à cette forme d'adoption est d'ailleurs éloquent. Concernant l'adoption simple, c'est différent dans la mesure où la filiation entre l'adopté et l'adoptant ne remet pas en cause les liens de filiation existants, c'est d'ailleurs pourquoi il n'en sera pas question dans les présents développements. En cas d'adoption plénière, la filiation de l'enfant adopté à l'égard des parents adoptifs s'établit par substitution à d'éventuels liens de parenté existants (1°). Au contraire, en matière de PMA, la parenté ne se substitue pas à un lien de filiation existant mais s'établit à la place de celle du donneur de sperme (2°).

1°. Substitution de liens de filiation en cas d'adoption plénière

245. Que cela soit en droit français ou en droit suisse, l'adoption plénière d'un enfant conduit à une substitution de liens de filiation : les liens de filiation nouvellement établis à l'égard du ou des adoptants vis-à-vis de l'adopté remplacent les liens de filiation antérieurs. Ainsi, en droit français, « l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine »⁸⁴⁶ et en droit suisse « l'enfant acquiert le statut juridique d'un enfant de ses parents adoptifs »⁸⁴⁷ et « les liens de filiation antérieurs sont rompus »⁸⁴⁸. Cette substitution des liens de filiation témoigne de la volonté de n'avoir qu'une seule filiation effective à la suite de l'adoption pour que l'enfant soit pleinement intégré dans sa nouvelle famille. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est pensée sur le même modèle d'intégration complète à la famille recomposée ; toutefois, le lien de filiation antérieur n'est pas effacé ni rompu. Ce tempérament est prévu en droit français⁸⁴⁹ et en droit suisse⁸⁵⁰.

⁸⁴⁵ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8e éd., 2011, spéc. pp. 720 et s. : les auteurs parlent d'« une substitution irrévocable d'une filiation artificielle à la filiation d'origine » ; voir aussi Claire NEIRINCK, « Fasc. 10, Filiation adoptive, Généralités », in *JurisClasseur Civil Code*, Art. 343 à 370-2, 02,2003, §1 : « Ces deux éléments – rupture avec effacement complet de la filiation biologique et création d'un lien adoptif irrévocable – caractérisent l'institution. Ils traduisent la perception contemporaine de cette filiation fictive exclusive ».

⁸⁴⁶ Article 356 alinéa 1^{er} du Code civil.

⁸⁴⁷ Suisse, article 267 C. I. 1 du Code civil.

⁸⁴⁸ Suisse, article 267 C. I. 2 du Code civil.

⁸⁴⁹ Article 356 alinéa 2 du Code civil : « l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux ».

⁸⁵⁰ Suisse, article 267 C. I. 2. du Code civil : « les liens de filiation antérieurs sont rompus, sauf à l'égard du conjoint de l'adoptant ».

Ces règles ne s'appliquent qu'en cas d'adoption plénière et sont, *in fine*, spécifiques à l'adoption. En effet, la reconnaissance d'un lien de filiation après le recours aux techniques de PMA ne passe pas par un effacement d'un lien de filiation antérieure, car il n'en existe pas.

2°. Consécration du projet parental après PMA hétérologue

246. Après avoir eu recours à une PMA hétérologue, il s'agit d'établir la filiation de l'enfant né à l'égard de ses parents, les auteurs du projet parental. L'établissement de celle-ci constitue le point d'aboutissement du projet parental puisque les individus sont reconnus en droit comme les parents des enfants qu'ils ont fait naître, éventuellement avec le concours de tiers.

247. En Suisse, « en raison de la limitation du don de sperme et de l'interdiction du don d'ovules, du don d'embryons et de la maternité de substitution, les conséquences de la PMA sur le droit de la filiation sont donc relativement peu étendues »⁸⁵¹. En effet, l'établissement de la filiation est pensé comme consubstantiel à l'utilisation même des techniques de PMA : la possibilité d'établir le lien de filiation est une condition *sine qua non* d'accès aux techniques⁸⁵². Ainsi, en cas de recours à un don de sperme, « à l'égard de la mère, la filiation résulte de la naissance »⁸⁵³ tandis que pour établir la filiation paternelle, la présomption de paternité de l'article 255 du Code civil joue. À la marge, le droit suisse a subi quelques adaptations nécessaires qui ont consisté à renforcer « la présomption de paternité du mari de la mère »⁸⁵⁴ et à exclure « l'action en paternité contre le donneur de sperme »⁸⁵⁵. En droit français, être marié n'est pas une condition d'accès au don de sperme et les règles de droit commun s'appliquent pareillement : la filiation maternelle résulte de l'accouchement et pour la filiation paternelle, elle est établie par présomption de paternité ou reconnaissance et si l'homme ne reconnaît pas volontairement l'enfant, alors « sa paternité [sera] judiciairement déclarée »⁸⁵⁶.

248. En France et en Suisse, le souci a été de sécuriser la filiation paternelle de l'enfant né à la suite d'un don de sperme. C'est dans cette optique que des ajustements ont été réalisés afin de s'assurer que l'homme, co-auteur du projet parental, soit déclaré père de l'enfant. Le lien de filiation ainsi créé à l'égard de l'homme s'ajoute à celui qui existe vis-à-vis de la femme, mais ne se substitue à aucun lien de filiation préexistant. Seul l'établissement des liens de filiation à l'égard des deux auteurs du projet parental inscrit l'enfant dans sa généalogie familiale, effective. Aucune autre généalogie n'existe, contrairement à l'adoption et c'est d'ailleurs pourquoi, la question des origines biologiques, qui correspond pour la PMA à la reconnaissance et à la traçabilité des gamètes donnés, ne se pose pas dans les mêmes termes que pour l'adoption.

⁸⁵¹ Olivier GUILLON, *op. cit.*, p. 234, § 598.

⁸⁵² LPMA, article 3 : la PMA « est réservée aux couples : a. à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des articles 252 à 263 du code civil) ».

⁸⁵³ Suisse, article 252 A. 1 du Code civil.

⁸⁵⁴ Olivier GUILLON, *op. cit.*, p. 234, § 599.

⁸⁵⁵ *Ibidem*, § 600.

⁸⁵⁶ Article 311-20, alinéa 5 du Code civil.

b. L'accès aux origines biologiques

249. La question de l'accès aux origines biologiques se pose aussi bien en matière d'adoption plénière qu'en cas de naissance à la suite d'une PMA hétérologue. Toutefois, les enjeux ne sont pas exactement les mêmes, compte tenu des spécificités de chaque procédure. Ainsi, en matière de PMA, les origines biologiques de l'enfant renvoient à la source des gamètes, à l'identité et/ou aux informations sur le donneur. En France, le principe d'anonymat a été consacré en 1994 et réaffirmé à deux reprises depuis. Au contraire, en droit suisse, un droit d'accès aux origines est reconnu au profit des enfants nés à partir d'un don de sperme. En matière d'adoption, les origines ne sont pas purement biologiques et recouvrent des réalités différentes selon le parcours de l'enfant : les enfants adoptés ont pu naître dans un pays étranger, déjà avoir eu des parents, ou encore naître sur le sol français d'une femme gestatrice ayant accouché sous X. Nous ne traiterons pas de l'adoption internationale dans la mesure où les informations sur les origines des enfants ne font pas toujours l'objet d'un recueil par l'État par le biais de procédures instituées et nous concentrons en revanche sur l'adoption nationale des enfants nés sous X. En effet, leur situation a, peu à peu, évolué vers une plus grande reconnaissance de leur légitimité à accéder aux informations sur leur « mère » (1°). En revanche, le droit français se montre toujours réfractaire quant à l'accès des enfants nés à la suite d'un don de gamète à des données et/ou à l'identité du donneur (2°).

1°. La reconnaissance progressive aux adoptés d'un accès –même limité– à leurs origines

250. L'adoption plénière est plébiscitée par les adoptants car elle permet une meilleure intégration dans la famille d'accueil⁸⁵⁷. L'effacement des liens de filiation antérieurs par l'adoption plénière a été mis en place par la loi du 11 juillet 1966 en réaction à une bataille judiciaire, l'affaire Didier Novack, qui a été fortement relayée dans l'espace public par les médias⁸⁵⁸. Le secret des origines permet d'assurer la paix des familles car l'enfant est exclusivement intégré à sa famille adoptive et le lien qui l'unissait à ses géniteurs est rompu, offrant ainsi une garantie pour l'adopté et les adoptants. Avec cette réforme législative, l'esprit de l'adoption tournée initialement vers la transmission de patrimoine change et s'oriente

⁸⁵⁷ Frédérique EUDIER, « Adoption » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008, §33 : « [l'adoption plénière] correspond généralement aux vœux des adoptants puisqu'elle efface toute trace de la famille d'origine de l'enfant. Une enquête menée en 2004 par les correspondants du Défenseur des enfants dans un tiers des départements français révèle qu'il y a deux adoptions simples pour mille six cents adoptions en la forme plénière. En pratique, l'adoption simple est essentiellement utilisée en cas d'adoption intrafamiliale ou d'adoption de l'enfant du conjoint » ; citant Claire BRISSET, *Rapport annuel du Défenseur des enfants au Président de la République et au Parlement : année 2004*, La documentation française, novembre 2004.

⁸⁵⁸ Pour avoir une critique du secret autour de l'adoption, voir not. Michel CAHEN, *Accouchement anonyme et adoption plénière, une dialectique des secrets. Essai historique et politique*, Karthala, 2003. La couverture de l'ouvrage représente une des premières manifestations pour le droit aux origines en 1985 devant l'Hôtel de Ville de Paris, le jour de la Fête des Mères. Dans la préface, page 10, Catherine COQUERY-VIDROVITCH écrit que « ce fut pendant des années –face à l'ignorance et à l'inconscience des parents– l'immense responsabilité des œuvres d'adoption, celles de l'État ou DASS (aujourd'hui ASE) incluses. Au contraire, tout était fait (et pas seulement le faux acte de naissance) pour encourager les parents dans l'idée que le passé du bébé était aboli ».

dorénavant vers l'objectif de fonder une famille⁸⁵⁹. Cette évolution est par la suite partiellement remise en cause, notamment par les principaux concernés.

Des enfants nés sous X et des femmes ayant accouché sous X se constituent en association et militent dans les années 1980 et 1990 pour la reconnaissance d'un droit de l'enfant à la connaissance de ses origines biologiques⁸⁶⁰. Dans ce contexte, différentes propositions de réforme sont faites dans les années 1990⁸⁶¹ et en 1996, la loi n°96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption permet un accès non seulement à certaines données non identifiantes mais aussi à l'identité de la mère. Le Président du Conseil général peut communiquer à un enfant né sous X des informations sur ses origines dans deux cas : d'une part, si la mère a accepté de donner de telles informations non identifiantes (raisons du placement, situation familiale et sociale, caractéristiques physiques et culturelles des parents), et d'autre part, si la mère a fait connaître son identité et a été informée que ces informations seront communiquées à leur demande expresse aux représentants légaux de l'enfant, à l'enfant majeur et aux descendants en ligne directe de l'enfant.

Sous la pression des juges de Strasbourg, la position du droit français a continué à évoluer⁸⁶². Ainsi a été adoptée la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État en prévision du jugement rendu par la CEDH dans l'affaire Odièvre⁸⁶³. La loi de 2002 met en place un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), « chargé de faciliter [...] l'accès aux origines personnelles »⁸⁶⁴. Le CNAOP reçoit les demandes de l'enfant, devenu majeur ou avec l'accord de ses représentants légaux s'il est encore mineur, de son tuteur, s'il est placé sous tutelle et de ses descendants en ligne directe majeurs s'il est décédé⁸⁶⁵. Pour pouvoir accéder à ces demandes, le CNAOP doit avoir également reçu « la déclaration de la mère ou, le cas échéant, du père de naissance par laquelle chacun d'entre eux autorise la levée du secret de sa propre identité »⁸⁶⁶. Le CNAOP centralise également les déclarations d'identité formulées par les ascendants, descendants et collatéraux privilégiés

⁸⁵⁹ Bruno PERREAU, *op. cit.* p. 17 ; Frédérique EUDIER, « Adoption » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008, §6 : « La loi du 19 juin 1923 (DP 1923. 4. 257) ouvre l'adoption aux mineurs et en élargit les conditions. Cette réforme transforme l'esprit de l'institution, d'autant plus que l'article 22 de la loi du 16 avril 1930 (CGI, art. 784 anc.) supprime l'intérêt purement successoral et fiscal de l'adoption, sauf cas où l'adopté a été élevé au foyer de l'adoptant pendant sa minorité. L'adoption devient essentiellement un moyen de donner une famille à un enfant orphelin ou abandonné. L'institution joue désormais un rôle social et familial. Le nombre des adoptions passe alors d'une centaine à un millier par an ».

⁸⁶⁰ Pour avoir une idée de l'esprit de l'adoption avant l'adoption de la loi du 22 janvier 2002, voir not. Jean-Louis REY, « Accouchement sous X et accès au dossier d'adoption », *AJDA*, 2004, p. 496 : l'administration et les premiers juges refusent de communiquer à la requérante l'identité des parents de naissance alors que dans les parents n'ont pas fait de demande expresse en ce sens.

⁸⁶¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Statut et protection de l'enfant*, La documentation française, 1991, pp. 79 et s. : la création d'un organisme servant d'intermédiaire est suggérée.

⁸⁶² Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rapport relatif aux réformes nécessaires pour moderniser le droit de la famille*, remis à Mme la Garde des Sceaux en septembre 1999 : parmi les propositions faites se trouve l'idée d'un organisme permettant aux enfants nés sous X d'obtenir des informations sur leurs origines.

⁸⁶³ CEDH, grande chambre, Odièvre contre France, 13 févr. 2003, n°42326/98.

⁸⁶⁴ Article L. 147-1 du Code de l'action sociale et des familles.

⁸⁶⁵ Article L. 147-2 1° du Code de l'action sociale et des familles.

⁸⁶⁶ Article L. 147-2 2° du Code de l'action sociale et des familles.

de l'enfant et les demandes « du père ou de la mère de naissance s'enquérant de leur recherche éventuelle par l'enfant »⁸⁶⁷. Le système instauré permet un accès limité aux origines pour les enfants dont les génitrices ont accouché sous X : en effet, il s'agit d'un système à double guichet et il convient que la volonté des géniteurs de communiquer leur identité rencontre celle de l'enfant de connaître ses origines pour qu'il y ait effectivement un accès effectif de l'enfant à ces informations. En plus de ces éléments relatifs à l'identité de la famille de naissance, le CNAOP centralise les « renseignements ne portant pas atteinte au secret de cette identité, et concernant la santé des père et mère de naissance, les origines de l'enfant et les raisons et circonstances de sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé et habilité pour l'adoption »⁸⁶⁸.

Avec l'arrêt Odièvre rendu le 13 février 2003, « la Cour de Strasbourg a cru devoir délivrer un brevet de conventionalité à la législation française qui tente "d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause" »⁸⁶⁹. Pour autant, de nombreux auteurs déplorent la persistance même de l'existence de la procédure d'accouchement anonyme et secret⁸⁷⁰, qui donnerait à la femme un pouvoir exorbitant. En effet, la loi de 2002 ne consacre pas l'existence d'un droit absolu à la connaissance de ses origines pour les personnes adoptées. Au contraire, l'accès demeure limité. Pour preuve, la demande expresse de secret de la mère a été reconnue comme relevant du droit au respect de sa vie privée, liberté fondamentale protégée au titre de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative⁸⁷¹. En outre, il a été jugé que la connaissance de la nouvelle identité de l'enfant et de sa famille adoptive par une femme ayant accouché sous X fait présumer une faute de la part du département⁸⁷².

Sans aller jusqu'à remettre en cause la procédure d'accouchement sous X, il est possible, comme le fait la CEDH, de mettre en perspective les intérêts des enfants nés sous X avec « celui de la société tout entière à ce que les femmes enceintes en général puisse avoir le choix d'accoucher sous X »⁸⁷³. Face à ce choix de société, le législateur a organisé, de manière conditionnelle, la

⁸⁶⁷ Article L. 147-2 4° du Code de l'action sociale et des familles.

⁸⁶⁸ Article L. 147-5 du Code de l'action sociale et des familles.

⁸⁶⁹ CEDH, grande chambre, 13 févr. 2003, Odièvre contre France, n°42326/98 ; Jean-Pierre MARGUENAUD, « Quand la cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », note sous CEDH, grande chambre, 13 févr. 2003, Odièvre contre France, *RTD Civ.*, 2003, p. 375.

⁸⁷⁰ Voir not. en ce sens, Jean-Pierre MARGUENAUD, *op. cit.* : Pour l'auteur, « le droit français, en admettant l'accouchement sous X, a donné à la mère biologique le moyen imparable de porter atteinte au droit de l'enfant de connaître ses origines » ou encore Claire NEIRINCK, « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS*, 2002, p. 189 : « Le législateur a donc fait le choix de conserver le système le plus dur, celui organisé par les articles L. 22-6 du code de l'action sociale, 341 et 341-1 du code civil, celui d'une naissance juridiquement sans mère ».

⁸⁷¹ Conseil d'État, 25 oct. 2007, n°310125, « Référé-liberté : le droit au respect de la vie privée est une liberté fondamentale », *AJDA*, 2007, p. 2063.

⁸⁷² Conseil d'État, 2^e et 7^e sous-sections réunies, 17 oct. 2012, n°348440, « La faute du département est présumée lorsqu'une femme ayant accouché sous X a connaissance de la nouvelle identité de l'enfant et de sa famille adoptive », *AJ Famille*, 2012, p. 616 ; Hervé RIHAL, « La violation du secret professionnel par l'aide sociale à l'enfance, un nouveau cas de présomption de faute », *AJDA*, 2013, p. 362.

⁸⁷³ Jean-Pierre MARGUENAUD, *op. cit.*

possibilité d'accéder pour l'enfant né sous X à ses origines. Au contraire, le principe d'anonymat du don de gamète résiste toujours en droit français à des propositions d'évolutions similaires.

2°. Persistance du principe d'anonymat face à l'accès aux origines des enfants nés du don

251. L'encadrement du don de sperme a été mis en place sur le modèle de la transfusion sanguine et le principe d'anonymat est repris du cadre relatif aux éléments et produits du corps humain. En outre, l'anonymat du don de gamète permet de sécuriser le lien de filiation et cela semble d'autant plus important que ce dernier est perçu comme un concurrent au père. La confusion entre le père et le donneur de sperme est par ailleurs entretenue par le fait que lorsque le don de sperme intervient en dehors du cadre légal, la reconnaissance de la paternité du donneur est utilisée, autant en droit français⁸⁷⁴ qu'en droit suisse⁸⁷⁵, comme une sanction.

Dans le cadre légal français actuel, le principe d'anonymat du don demeure, même s'il est fortement remis en cause par différentes parties prenantes. Ainsi, des enfants conçus par don et qui veulent connaître leur géniteur ont constitué une association avec également leurs parents, qui les soutiennent dans cette démarche et certains anciens donneurs qui souhaitent aujourd'hui se faire connaître⁸⁷⁶. Dans cette perspective de remise en cause du principe de l'anonymat du don de gamète, les réflexions menées par le Conseil d'État ont mis en lumière quatre possibilités juridiques différentes⁸⁷⁷. D'abord, il est possible d'envisager que l'enfant né du don de gamètes ou d'embryon puisse avoir accès aux données non identifiantes concernant le donneur et à ses motivations. Cette voie est celle qui a été choisie par l'Espagne. De la sorte, le secret est en partie levé mais l'anonymat préservé. Ensuite, le double guichet est une autre alternative, qui consiste pour le donneur à laisser son identité s'il le souhaite et l'enfant aurait accès à sa majorité à cette information. Dans cette hypothèse, le secret n'est pas toujours permis et l'anonymat du donneur n'est levé que si le donneur et l'enfant y consentent tous les deux. Un système mixte, avec le double guichet et l'accès aux données non identifiantes peut également être envisagé : ce système est d'ailleurs celui retenu par le Conseil d'État et il permet à chaque enfant d'avoir un minimum de données sur le donneur et le cas échéant, si le donneur y consent, d'avoir également accès à son identité. Enfin, la quatrième et dernière possibilité est la levée de l'anonymat à la majorité de l'enfant, s'il la demande. La levée de l'anonymat des donneurs pour le futur a été le choix effectué par le Royaume-Uni où les enfants pourront avoir accès à l'identité

⁸⁷⁴ Claire COLNET, « De plus en plus de couples de lesbiennes se tournent vers le don de sperme "sauvage" », *Le Monde*, 19 août 2013, consulté en ligne le 30 octobre 2015 : « Le 27 juillet, le juge aux affaires familiales de Nantes a accordé à un jeune homme un droit de visite sur l'enfant né d'un don de sperme réalisé "artisanalement", début 2011, avec un couple d'amies lesbiennes. Sept mois après la naissance, celui qui ne devait être qu'un simple géniteur avait finalement reconnu l'enfant, au grand dam des deux mères, Magali et Flavie, qui avaient imaginé sans lui leur projet parental ».

⁸⁷⁵ Suisse, LPMA, art. 23 al. 2 : « Lorsqu'un enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme, l'action en paternité contre le donneur (art. 261 ss CC) est exclue; elle est toutefois admise si le donneur a sciemment fait don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée ou de conserver le sperme provenant de dons et d'en pratiquer la cession ».

⁸⁷⁶ Il s'agit notamment de l'association Procréation Médicalement Anonyme créée en 2004.

⁸⁷⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, La documentation française, 1999, pp. 52-55.

de leur donneur à leur majorité en 2023. En 2010, au début du processus de révision de la loi de bioéthique, la ministre de la santé et des sports de l'époque, Madame Roselyne Bachelot avait proposé en première lecture le principe d'une levée partielle de l'anonymat avec un accès possible à l'identité du donneur s'il y consent et à défaut un accès aux données non-identifiantes. En somme, le dispositif proposé, qui n'a pas été *in fine* ni retenu ni adopté, était très proche de celui du CNAOP qui existe pour les enfants nés sous X.

Les résistances actuelles quant à la levée de l'anonymat tiennent en partie à l'absence de statut défini pour le donneur et à l'image de père potentiel qu'il représente pour certains. En l'absence de définition des fondements de la parenté, le donneur présente un lien indéniable avec l'enfant, qui correspond à une affiliation génétique. Dans l'hypothèse où le donneur se manifeste par la suite en réclamant des droits parentaux, la volonté initiale des auteurs du projet parental se trouve mise en concurrence avec une personne dont on ne peut nier le lien d'affiliation génétique qui existe entre elle et l'enfant. Seul un système institutionnel et médicalisé de PMA protège les auteurs du projet parental des velléités futures des donneurs de sperme. La question ne se pose pas avec la même acuité pour les donneuses d'ovocytes, car du fait de l'interdiction de la GPA, la grossesse permet à la femme, auteur du projet parental, de créer un lien biologique avec l'enfant. En outre, lorsqu'il y a eu recours à un donneur de sperme en dehors du cadre légal, celui-ci peut se prévaloir de droits parentaux sur l'enfant. En Suisse, il est explicitement prévu que « si le donneur a sciemment fait don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée ou de conserver le sperme provenant de dons et d'en pratiquer la cession », l'action en paternité contre le donneur de sperme n'est pas exclue⁸⁷⁸. De même, en France, un tribunal a également accordé au donneur de sperme relationnel qui a, par la suite reconnu l'enfant, des droits de visite et d'hébergement⁸⁷⁹. Ces dispositions légales en Suisse et cette jurisprudence française montrent que la définition du donneur et du père ne sont pas toujours distinguées. Cela explique d'ailleurs peut-être la réticence du droit français quant à une éventuelle levée de l'anonymat du donneur. Sur le sujet, le Conseil d'État souligne les « considérations d'intérêt général (qui) ont conduit le législateur à écarter toute modification de la règle de l'anonymat, notamment la sauvegarde de l'équilibre des familles et le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation, le risque d'une baisse substantielle des dons de gamètes ainsi que celui d'une remise en cause de l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps »⁸⁸⁰. Pour lui, « en interdisant la divulgation de toute information sur les données personnelles d'un donneur

⁸⁷⁸ LMPA, Article 23 alinéa 2.

⁸⁷⁹ TGI Nantes, 29 juillet 2013.

⁸⁸⁰ Conseil d'État, avis, 13 juin 2013, n° 362981, §11.

de gamètes, le législateur a établi un juste équilibre entre les intérêts en présence »⁸⁸¹ et qu'il appartient au législateur de revenir sur cet équilibre.

De la sorte, le principe de l'anonymat du don de gamète persiste en droit français, en l'absence de remise en cause lors de l'adoption de la dernière loi de bioéthique en 2011 alors qu'un système proche de celui du CNAOP avait été proposé⁸⁸². La question des origines des enfants nés sous X et nés par don de gamètes aurait alors été réglée de manière similaire. Au contraire, il demeure aujourd'hui une grande différence sur ce point puisque le système institutionnel, organisé et médicalisé de recours à la PMA ne permet pas aux enfants nés de dons d'accéder un jour à des données non identifiantes et/ou à l'identité de leurs donneurs. Ainsi, en droit français, l'effacement des origines biologiques est total en cas de PMA hétérologue alors qu'un dispositif a été mis en place en matière d'adoption.

Au-delà de ces différences quant à l'accès aux origines, il n'en demeure pas moins que, en cas d'adoption ou de PMA, les filiations créées sont électives et validées par une tierce instance de régulation. En cela, la filiation après PMA et la filiation adoptive présentent des similitudes importantes.

§II. Des filiations électives validées par une tierce instance de régulation

252. De la même manière qu'il est possible de définir « l'adoption, [comme une] filiation élective et par jugement »⁸⁸³, la filiation après PMA hétérologue, en particulier lorsqu'il y a accueil d'embryon, correspond à une filiation élective par acte authentique. L'adoption et les techniques de PMA permettent de réaliser un projet parental, « faire famille » selon l'expression des sociologues⁸⁸⁴, sans pour autant que l'enfant soit nécessairement biologiquement issu du couple parental ou de l'adoptant. Dans les deux cas, il s'agit d'un système organisé dans lequel interviennent des tiers, notamment chargés d'assurer une régulation administrative et sanitaire. En d'autres termes, il y a d'un côté, les personnes qui souhaitent devenir parent (A) et de l'autre, des tiers, qui valident le projet parental et veillent à préserver l'équilibre des intérêts, généraux et privés des parties en présence (B).

A. Caractère électif de la filiation établie

253. En cas d'adoption ou de recours à une PMA hétérologue dans le cadre légal, la filiation est établie par dérogation au droit commun de la filiation. Ces aménagements, qui permettent d'établir la filiation en absence de fondement biologique, reposent sur l'idée que la volonté des

⁸⁸¹ Conseil d'État, avis, 13 juin 2013, n° 362981, §12.

⁸⁸² Projet de loi relatif à la bioéthique, n° 2911, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 octobre 2010, spéc. le titre V qui « prévoit l'accès à des données non identifiantes et à l'identité de tout tiers dont les gamètes ont contribué à la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation ».

⁸⁸³ Frédérique DREIFUSS-NETTER, « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *D.* 1998, p. 100.

⁸⁸⁴ Voir not. François FIERRO et Ingrid VOLERY, « Faire famille aujourd'hui. Parents et jeunes dans la société contemporaine », *Empan*, 3/2002, n°47, pp. 112-120.

parents, autrement dit leur projet parental, peut servir à fonder la filiation. Dans ces conditions, le consentement à la parenté des personnes est un prérequis indispensable pour établir le lien de filiation. En ce sens, « la filiation adoptive apparaît comme une filiation fondée sur la volonté, une "filiation élective" »⁸⁸⁵. Les techniques de PMA hétérologues et l'adoption consacrent des « filiations non charnelles [qui] replacent au cœur de l'actualité la réflexion sur le rôle du choix personnel dans l'établissement du lien de filiation »⁸⁸⁶. Si rôle de la volonté est important dans ces situations en ce qu'elle permet de pallier l'absence de lien biologique, celle-ci n'est pas absente du droit commun de la filiation. En outre, il est abusif de parler de filiation charnelle dans la mesure où il s'agit toujours d'un lien juridique construit.

Le projet parental –selon la terminologie retenue en matière de PMA, mais qui existe également dans le cadre d'une adoption– s'exprime sous la forme d'un consentement à la parenté ou encore à l'établissement de la filiation à l'égard de l'enfant adoptable ou à naître. La volonté de devenir parent, par le biais de l'adoption ou de la PMA, est exprimée de manière différente selon la voie choisie. Le consentement à la parenté exprimé en cas d'adoption simple ou d'adoption plénière (a) peut être rapproché de celui exprimé en cas de projet parental satisfait par le recours à un don de gamète ou par le biais d'une procédure d'accueil d'embryon (b).

a. La requête introductive d'adoption

254. Concernant l'adoption, l'expression du consentement à la parenté à l'égard de l'enfant correspond à l'introduction de la requête en adoption. La demande aux fins d'adoption doit être déposée par les personnes souhaitant adopter⁸⁸⁷. Bien entendu, la réalisation du projet parental comprend de nombreuses étapes préalables notamment administratives, qui débouchent sur l'agrément. Pour autant, la requête en adoption incarne le consentement et est notamment décisive en cas de décès de l'adoptant ou de l'adopté, en droit français et en droit suisse.

255. L'adoption posthume –ou *post mortem*– illustre la place du consentement, de son expression et de ses effets quant à la parenté. En droit français, « si l'adoptant décède, après avoir régulièrement recueilli l'enfant en vue de l'adoption, la requête peut être présentée en son nom par le conjoint survivant ou l'un des héritiers de l'adoptant »⁸⁸⁸. Par une lecture *a contrario* de ces dispositions, la Cour de cassation a jugé que le décès de l'adoptant survenu après l'introduction de la requête d'adoption ne dessaisit pas le tribunal qui statue sur l'adoption, qui produit ses effets au jour de l'introduction de la requête⁸⁸⁹. Il s'agit d'une adoption de plein droit

⁸⁸⁵ Claire NEIRINCK, « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP* 1997. I. 4067.

⁸⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁸⁷ Article 1166 et suivants du Code de procédure civile ; Suisse, Article 268 alinéa 2 du Code civil.

⁸⁸⁸ Article 353 alinéa 3 du Code civil.

⁸⁸⁹ Cass., 1^{re} Civ., 11 juil. 2006, n° 04-10.839 : « Mais attendu que c'est seulement lorsque l'adoptant est décédé sans avoir déposé sa requête qu'il est nécessaire, conformément aux dispositions de l'article 353, alinéa 3, du code civil que les héritiers, qui sont censés représenter la personne du défunt, saisissent le tribunal ; que la cour d'appel, qui a relevé que les premiers juges avaient été régulièrement saisis par l'adoptant, en a justement déduit que son décès survenu postérieurement à la présentation de la requête ne dessaisissait pas le tribunal qui devait statuer sur l'adoption,

à partir du moment où la requête en adoption a été introduite⁸⁹⁰. Pareillement, le droit suisse permet l'adoption si l'un des parents décède durant la procédure d'adoption, après le dépôt de la requête « si la réalisation des autres conditions ne s'en trouve pas compromise »⁸⁹¹.

En matière d'adoption, la requête introductive fait office d'expression du consentement à la parenté alors que pour les techniques de PMA hétérologues, il a fallu prévoir le recueil spécifique du consentement en droit français où l'homme et la femme, auteurs du projet parental, ne sont pas nécessairement mariés.

b. Le consentement à la parenté des auteurs du projet parental

256. En matière de PMA hétérologue, l'apport des lois de 1994 est de recueillir le consentement par acte authentique (1°) afin de faire produire des effets irrévocables quant à la paternité de l'homme stérile (2°).

1°. Le recueil du consentement par acte authentique

Concernant la PMA « nécessitant l'intervention d'un tiers donneur »⁸⁹² en France, le consentement des parents doit être exprimé de manière expresse devant un notaire ou le Président du Tribunal de grande instance⁸⁹³, « qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation »⁸⁹⁴. Recueilli par acte authentique, ce consentement à la parenté s'ajoute au consentement aux actes médicaux que chaque membre du couple doit personnellement exprimer aux médecins. Toutefois, ils sont partiellement confondus 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 »⁸⁹⁵. En effet, le consentement à la PMA ne peut intervenir en l'absence de consentement à la parenté et réciproquement.

2°. Les effets indissociables du consentement à l'IAD et à la paternité

Les effets de ce consentement sont particulièrement puissants dans la mesure où « celui 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 »⁸⁹⁶ et « en outre, sa paternité est

laquelle produisait ses effets au jour du dépôt de la requête ». Solution reprise ensuite par Cass., 1e Civ., 13 mars 2007, n° 04-13.925, *AJ fam.*, 2007, p. 231, obs. F. C. et *RTD civ.*, 2007, p. 324, obs. HAUSER.

⁸⁹⁰ Frédérique DREIFUSS-NETTER, *op. cit.* : « L'adoption *post mortem* est de plein droit si le décès intervient après le dépôt de la requête et à l'initiative des héritiers ou du survivant s'il intervient avant la requête mais après le recueil de l'enfant ».

⁸⁹¹ Suisse, Article 268 alinéa 2 du Code civil.

⁸⁹² Article 311-20 alinéa 1er du Code civil.

⁸⁹³ Voir également Claude DESTAME, « PMA, consentement authentique », *JCP*, 1995, p. 29 et le décret n°95-223 du 24 février 1995 relatif au consentement à la procréation médicalement assistée et modifiant le nouveau code de procédure civile (art. 1157-2 et 1157-3 du Code de procédure civile).

⁸⁹⁴ Article 311-20 alinéa 1er du Code civil.

⁸⁹⁵ Article 311-20 alinéa 3 du Code civil.

⁸⁹⁶ Article 311-20 alinéa 4 du Code civil.

judiciairement déclarée »⁸⁹⁷. Ces dispositions introduites par loi n°94-653 du 29 juillet 1994 permettent de sécuriser la filiation de l'enfant né d'un don de sperme.

En effet, en France, avant la mise en place de dispositions particulières par la loi bioéthique de 1994, il était possible d'annuler une reconnaissance de paternité à la suite d'une insémination avec donneur⁸⁹⁸. En absence de dispositions spécifiques, la filiation était établie à l'égard des auteurs du projet parental selon les règles du droit commun, à savoir la présomption de paternité pour le mari, la reconnaissance de paternité ou la possession d'état pour le concubin. Aussi, l'homme qui avait consenti au recours à un don de sperme pouvait ne pas reconnaître l'enfant ou après l'avoir reconnu, suivants les aléas conjugaux, décider de contester sa paternité et ainsi en obtenir l'annulation en l'absence de lien génétique. En 1976, le TGI de Nice accueille par exemple de manière favorable l'action en désaveu de paternité d'un homme qui avait pourtant consenti à une insémination avec tiers donneur. La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 10 juillet 1990⁸⁹⁹, a contrôlé la solution retenue par la cour d'appel de Toulouse⁹⁰⁰. Cette dernière a confirmé la condamnation à des dommages-intérêts d'un homme ayant demandé deux ans après la reconnaissance d'un enfant dont sa concubine avait accouché mais qu'il savait par ailleurs issu d'un don de sperme, l'annulation de celle-ci. L'annulation est demandée en raison de son caractère mensonger, indéniable du fait du recours à un don de gamètes. Les juges du fond accèdent à cette demande et en l'absence de pourvoi incident de la part de la mère, la question est hors de la sphère d'intervention de la Cour de cassation. Ainsi, à l'issue de ce contrôle normatif, la Haute juridiction tranche la question des dommages-intérêts et juge que « comme l'ont retenu à bon droit les premiers juges, M. X..., en consentant à l'insémination artificielle de sa compagne et en reconnaissant volontairement une enfant qu'il savait ne pas être la sienne, a contracté vis-à-vis de l'enfant et de la mère l'obligation de se comporter comme un père en subvenant notamment aux besoins de celle qu'il a reconnue ; que l'inexécution de cet engagement, génératrice d'un préjudice matériel et moral pour l'enfant, peut être sanctionnée par des dommages-intérêts »⁹⁰¹. Le recours à la responsabilité contractuelle met en lumière l'existence d'un contrat qui lie les parties, à savoir l'homme à la femme et l'enfant. La nature contractuelle de l'engagement pris semble reposer conjointement sur l'accord donné par l'homme à l'insémination artificielle avec donneur et sur la reconnaissance volontaire de paternité. Cette solution s'accorde avec la position de la Cour de cassation en cas de contestation

⁸⁹⁷ Article 311-20 alinéa 5 du Code civil.

⁸⁹⁸ Cass., 1^e Civ, 18 mai 2005, n° 02-16.336 (n° 909 F-P+B) : La Cour de cassation rejette le pourvoi du père, transsexuel, alors que les juges du fond ont accédé à la demande de la mère de l'enfant qui, après une séparation, remet en cause la reconnaissance effectuée par le père à la suite d'une insémination avec donneur et voir également, TGI Nice, 30 juin 1976, *D.* 1977.45 note D. HUET-WEILLER, *JCP* 1977.II.18597, note M. HARICHAUX-RAMU, *Gaz. Pal.* 1977.I.48, note E. PAILLET ; cette Revue 1977.745, obs. R. NERSON ; TGI Paris, 19 févr. 1985, *D.* 1986.223, note E. PAILLET ; *D.* 1986.IR.59, obs. D. HUET-WEILLER.

⁸⁹⁹ Cass., 1^e Civ., 10 juil.1990, n°88-15.105, note D. HUET-WEILLER, *D.* 1990, p. 517.

⁹⁰⁰ Toulouse, 1^{ère} ch., 21 sept. 1987.

⁹⁰¹ Cass., 1^e Civ., 10 juil.1990, n°88-15.105, note D. HUET-WEILLER, *D.* 1990, p. 517.

de reconnaissance de paternité en raison de son caractère initialement mensonger⁹⁰². Toutefois, peut-être que le seul consentement donné au recours au don de sperme pourrait servir de fondement à une solution similaire, y compris en l'absence de reconnaissance de paternité⁹⁰³. Le consentement donné à l'utilisation de gamète de tiers n'est pas anodin puisque cet engagement unilatéral de volonté permet de mettre en œuvre une responsabilité contractuelle en cas de désaveu de paternité, même s'il n'a pas nécessairement, avant 1994, d'incidence sur l'annulation de la reconnaissance de paternité⁹⁰⁴.

Certaines juridictions du fond avaient toutefois admis qu'il était possible de remettre en cause sa paternité à la suite d'une IAD mais pour cela, le demandeur doit apporter la preuve que l'enfant n'est pas issu d'un don de sperme. En 1990, le TGI de Bobigny juge ainsi l'action recevable mais la conditionne à une telle preuve⁹⁰⁵. Les juges du fond reconnaissent un rôle positif à la volonté dans l'établissement de la filiation de l'enfant⁹⁰⁶. En appel dans ce cas d'espèce, la Cour de Paris reprend le raisonnement des juges du fond, « considérant que l'évolution des mœurs et des techniques de [PMA] a conduit à donner aux notions de paternité et de maternité un contenu nouveau ; (...) que le recours, par un couple marié, à l'insémination artificielle avec donneur anonyme a pour finalité de créer, par la volonté commune des époux, une paternité de substitution acceptée en raison même de son indétermination biologique (...) qu'il convient donc de soumettre l'action en désaveu à la preuve que l'enfant n'a pas la paternité indéterminée voulue »⁹⁰⁷. Cette solution prétorienne, reprise par la loi bioéthique de 1994 à l'article 311-20 du Code civil, montre le rôle fondateur et décisif de la volonté dans la mise en œuvre de la PMA qui conditionne la naissance de l'enfant.

Les dispositions introduites par la loi de bioéthique de 1994 sécurisent nettement la filiation de l'enfant né d'une technique de PMA mettant en jeu un don de sperme : le consentement donné

⁹⁰² Cass. 1^{ère} civ. 21 juillet 1987, Bull. civ. I, n° 246, p. 179 ; D. 1988, 225 et rép. Defrénois 1988, art. 34186, n°5, note Massip ; Cass. 1^{ère} civ., 6 décembre 1988, Bull. civ. I, n°348, D. 1989, 317 et rép. Defrénois 1989, art. 34464, note Massip.

⁹⁰³ En ce sens, Cass. 1^{ère} Civ., 10 juill. 1990, Defrénois 1990.958, obs. J. Massip : « Cette jurisprudence, qui fonde la responsabilité de celui qui vient contester la reconnaissance qu'il a souscrite sur l'inexécution de l'engagement résultant implicitement de cette reconnaissance de subvenir comme un père aux besoins de l'enfant, trouvait manifestement à s'appliquer en cas d'insémination artificielle d'une concubine avec le consentement du concubin (que ce consentement ait été ou non suivi d'une reconnaissance) ».

⁹⁰⁴ Jean HAUSER, « Insémination artificielle et annulation de reconnaissance », *RTD civ.*, 1991, p. 311 : « Dans tous les cas il faut se féliciter à la fois que nos juridictions résistent à la mode des fictions volontaristes plus solides que la réalité mais qu'elles n'en tiennent pas quitte pour autant à ceux qui les ont fait naître ».

⁹⁰⁵ TGI Bobigny, 18 janv. 1990, D. 1990.332, note C. Saujot ; JCP 1990.II.21592, note P. Guiho ; Gaz. Pal. 1990.2.709, note J. Massip.

⁹⁰⁶ TGI Bobigny, 18 janv. 1990, D. 1990.332, note C. Saujot : « Une telle solution permettrait en effet au mari de la mère ayant accepté l'insémination de sa femme de revenir sur son consentement, sans même avoir à alléguer des motifs circonstanciés, et aboutirait à supprimer à un enfant, dont la conception a été voulue délibérément, une paternité, alors même qu'il serait dans l'impossibilité d'en établir une autre à l'égard d'un père biologique qui, de par l'organisation du procédé de l'insémination artificielle pratiquée dans le cadre d'un organisme comme le CECOS, est inconnu et doit le rester ».

⁹⁰⁷ Paris, 29 mars 1991, D. 1991, p. 562, note A. Sériaux, Ayant autorisé l'insémination artificielle avec donneur, le mari peut rapporter la preuve que l'enfant n'est pas né de cette insémination.

par l'homme à l'insémination vaut désormais consentement à la paternité. Toutefois, pour que la volonté fonde le lien de filiation, des conditions doivent être remplies. Le rôle joué par la volonté, exprimée sous forme de consentement, ne va pas sans rappeler la théorie de Monsieur John Austin sur le performatif. La parole peut avoir un rôle performatif, et c'est d'ailleurs ce que résume le titre de son essai *Quand dire, c'est faire*. Néanmoins pour que cela soit possible, il faut que les conditions de réalisation du performatif soient réunies⁹⁰⁸. À notre sens, il en va strictement de même pour l'adoption⁹⁰⁹ et la PMA⁹¹⁰, pour que le lien de parenté soit établi, il convient qu'en plus du consentement, des instances de régulation et de contrôle valident la volonté exprimée.

B. Régulation destinée à préserver l'intérêt de l'enfant

257. Adoption et PMA permettent d'établir la filiation uniquement à l'issue d'un processus de contrôle par des instances de régulation tierce –de nature administrative, judiciaire et/ou médicale (a). Le fil directeur qui guide l'ensemble de ces contrôles, de nature différente, est la prise en compte de la notion-cadre d'intérêt de l'enfant (b).

a. Le contrôle de tierces instances régulatrices

Afin de préserver l'intérêt de l'enfant, l'administration et l'autorité judiciaire contrôlent les conditions d'accès à l'adoption (1°) tandis que pour la PMA, le contrôle est délégué aux médecins des centres de PMA qui exercent un contrôle plus diffus (2°).

1°. L'adoption, agrément des services sociaux et jugement du TGI

258. En matière d'adoption, en France comme dans certains cantons suisses, la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant est assurée par deux processus qui interviennent successivement : d'abord, l'enquête administrative qui permet aux candidats à l'adoption de disposer d'un agrément et ensuite, le prononcé de l'adoption par un juge.

En droit français, pour pouvoir présenter une demande d'adoption, qu'il s'agisse d'adopter un enfant en France, pupille de l'État ou un enfant étranger, la personne seule ou le couple doit

⁹⁰⁸ John L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Seuil, coll. Points Essais, 1991.

⁹⁰⁹ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8e éd., 2011, spéc. n°771, p. 714 : « Que la demande présentée tende au prononcé d'une adoption simple ou d'une adoption plénière, l'établissement du lien de filiation artificielle suppose toujours l'intervention de l'autorité publique, sous la forme d'une décision judiciaire, ce qui manifeste que la filiation met en cause la société tout entière et qu'elle ne relève pas des seules volontés individuelles, le consentement de la famille par le sang -en principe nécessaire-, la volonté d'adoption de la famille d'accueil -par hypothèse avérée-, ainsi que le consentement personnel du mineur de plus de treize ans à son adoption (art. 345 et 360) ne pouvant suffire à l'établissement du lien de filiation » ; voir aussi dans le même sens Claire NEIRINCK, « Fasc. 10, Filiation adoptive, Généralités », in *JurisClasseur Civil*, Code, Art. 343 à 370-2, 02,2003, §1 : « Comme l'indique sa racine étymologique latine – optare : choisir – il s'agit d'un lien électif totalement détaché du processus biologique de la reproduction. Mais la démarche volontaire indispensable n'est pas suffisante : la filiation adoptive est créée à partir d'un jugement constitutif qui concrétise la fiction fondatrice ».

⁹¹⁰ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8e éd., 2011, spéc. n°849, p. 794 : « Le contrôle exercé n'est pas sans rappeler, là encore, celui qu'exerce l'autorité judiciaire lorsqu'elle prononce une adoption. Un tel contrôle judiciaire semble coexister avec la fonction dont l'équipe médicale est investie, conformément à l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique ».

avoir été agréé par le service de l'aide sociale à l'enfance : « l'agrément est accordé pour cinq ans, dans un délai de neuf mois, par le président du conseil général après avis d'une commission »⁹¹¹. La procédure d'agrément se décompose en plusieurs phases⁹¹² : demande de l'agrément auprès du président du conseil général du département de sa résidence, puis instruction de celui-ci pour s'assurer « que les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté »⁹¹³. Depuis 2005⁹¹⁴, l'agrément est délivré sous la forme unifiée d'un arrêté, auquel est annexée une notice décrivant les souhaits des postulants à l'adoption. Pareillement, en Suisse, l'adoption est soumise à un régime d'autorisation⁹¹⁵. L'enquête exigée par l'article 268a du Code civil porte notamment sur « la personnalité et la santé des parents adoptifs, leur situation économique, leurs mobiles et leurs conditions de famille, ainsi que l'évolution du lien nourricier »⁹¹⁶.

À ce contrôle de type administratif s'ajoute un rôle décisif de l'autorité judiciaire, qui prononce le jugement d'adoption⁹¹⁷. Ainsi, « l'adoption résulte d'un jugement, constitutif et non déclaratif d'état, dont le but est de conférer une famille à un enfant qui s'en trouve dépourvu en droit ou en fait »⁹¹⁸. En Suisse, selon les cantons, l'adoption peut être prononcée par décision administrative – c'est d'ailleurs le cas dans la majorité des cantons ou par jugement comme en France et c'est la procédure suivie dans les cantons de Neuchâtel et de Genève.

Les moyens mis en œuvre par les États pour contrôler l'adoption en assurant le respect de l'intérêt de l'enfant sont importants et complémentaires puisqu'à la fois les autorités administratives, les services sociaux et l'autorité judiciaire interviennent. Au contraire, le dispositif d'encadrement de la PMA prévoit des critères d'accès rigides dont l'interprétation et la mise en œuvre sont déléguées aux médecins.

2°. La PMA, accès régulé par les médecins

259. Les critères légaux d'accès de la PMA posés, les médecins les mettent en œuvre en exerçant un contrôle diffus aussi bien dans sa forme que sur le fond.

Formellement, le refus que peuvent opposer les CECOS n'a pas besoin d'être motivé, contrairement au refus d'agrément pour l'adoption. En effet, les médecins ont un pouvoir

⁹¹¹ Article L. 225-2 alinéa 2 du Code de l'action sociale et des familles.

⁹¹² Pour une présentation détaillée de la loi n°2005-744 du 4 juillet 2005 et des décrets n° 2006-981 du 1er août 2006 (JO 4 août, p. 11691) et n° 2006-1272 du 17 oct. 2006 (JO 19 octobre, p. 15500), voir not. Elisabeth POISSON-DROCOURT, « La procédure d'agrément des personnes souhaitant adopter un enfant », *D.* 2007, p. 163.

⁹¹³ Article R. 225-4 du Code de l'action sociale et des familles.

⁹¹⁴ Loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption.

⁹¹⁵ Suisse, Ordonnance sur l'adoption (OAdo) du 29 juin 2011, article 4 : « quiconque réside habituellement en Suisse et veut accueillir un enfant en vue de son adoption ou adopter un enfant à l'étranger doit obtenir une autorisation de l'autorité cantonale ».

⁹¹⁶ Suisse, article 268a alinéa 2 du Code civil.

⁹¹⁷ Article 353 alinéa 1er du Code civil : « l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

⁹¹⁸ Catherine LABRUSSE-RIOU, « Filiation (1° généralités) », in Dalloz, *Répertoire de droit civil*, 2009, §38.

d'interprétation et d'appréciation de l'opportunité du recours à la PMA quasi-discrétionnaire : la PMA « ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent titre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître »⁹¹⁹. En l'absence de motivation du refus, aucun contrôle ne peut être exercé par le juge.

À l'absence de formalisation de la décision pouvant fermer la porte d'accès aux services de PMA s'ajoute un aléa tenant à l'interprétation des critères d'accès : en effet, ces derniers ne sont pas mis en œuvre de manière uniforme sur l'ensemble du territoire, et peuvent varier selon les équipes ou même au sein des équipes. Le critère de l'âge de procréer est archétypique de la marge d'appréciation laissée aux médecins pour juger de l'opportunité de la réalisation du projet parental⁹²⁰. Toutefois, cette hétérogénéité des protocoles permet également aux candidats à la PMA de choisir un centre plutôt qu'un autre, avec les contraintes pratiques entraînées par un traitement contre la stérilité mis en œuvre à plusieurs kilomètres de son domicile. Le contrôle exercé par les médecins existe et semble d'autant plus arbitraire qu'il n'est pas affirmé comme un réel contrôle d'opportunité, susceptible de recours. Les médecins interviennent de manière objective et définie afin d'assurer le formalisme dans le recueil du consentement aux actes médicaux d'assistance médicale à la procréation tandis que le sentiment qu'ils peuvent ressentir quant au contrôle des critères d'accès est assez personnel⁹²¹. Pour Monsieur Philippe Bataille et Madame Louise Virole, « la médecine de la reproduction (...) apparaît désormais réactionnaire en s'investissant du rôle d'agent moral d'un ordre social qu'elle a pourtant amplement contribué à défaire, par exemple en réalisant la rupture du lien de la procréation et de la sexualité et en ouvrant la voie à une éthique relationnelle de la décision médicale »⁹²².

Si, en cas de doute, « l'équipe médicale (...) peut faire appel, en tant que de besoin, au service social »⁹²³, il ne s'agit pas d'une obligation. Cette disposition rapproche la procédure précédant la mise en œuvre de la PMA de celle de l'agrément nécessaire en cas d'adoption. Toutefois, le rôle des services sociaux apparaît ici davantage comme celui d'experts, indépendants et extérieurs, que comme les véritables décideurs puisque *in fine*, la décision revient aux médecins. Les différences, notables, qui existent entre les contrôles exercés en vue d'une adoption et le rôle décisif joué par les médecins en cas de recours à la PMA s'expliquent par la nature de ces deux moyens d'accéder à la parenté. L'intensité du contrôle dépend de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à adopter, déjà né, et de celui à naître.

⁹¹⁹ Article L. 2141-10 alinéa 6 du Code de la santé publique.

⁹²⁰ Voir not. sur ce sujet, CENTRE D'ETHIQUE CLINIQUE, *Quand la demande d'enfant dérange l'éthique*, Presses de l'AP-HP, 2011, spéc. pp. 25-41.

⁹²¹ Philippe BATAILLE et Louise VIROLE, *op. cit.*, p. 7 : il y a une « prépondérance de la subjectivité des médecins sur la décision médicale sous couvert d'arguments moraux, qu'ils disposent d'un support légal ou pas ».

⁹²² Philippe BATAILLE et Louise VIROLE, *op. cit.*

⁹²³ Article L. 2141-10 alinéa 1er du Code de la santé publique.

b. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant

260. L'intérêt de l'enfant est une expression dont le sens juridique doit être spécifié par des dispositions concrètes pour que sa portée soit précisée. En outre, deux conceptions de l'intérêt de l'enfant tendent à s'opposer alors qu'elles peuvent tout à fait être complémentaires. Il s'agit d'une part, de l'appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant, appliquée à chaque cas d'espèce et d'autre part, de l'acceptation abstraite de l'intérêt de l'enfant, principielle et objective. Pour l'adoption et pour la PMA, les deux acceptations tendent à être utilisées en même temps, car c'est autant par rapport aux situations en présence que dans l'absolu –par rapport à des représentations personnelles de ce qu'est idéalement l'intérêt d'un enfant– que celui-ci est pris en compte. Pourtant, il n'en est pas de même en matière d'adoption et de PMA du fait des différences fondamentales qui existent entre une institution qui vise à recueillir un enfant et des techniques médicales qui aident des personnes à fonder une famille. Ainsi, l'intérêt de l'enfant né marque plus profondément la procédure d'adoption (1°) tandis que celui de l'enfant à naître, pris en compte au moment de l'accès aux techniques, est associé aux conditions d'accès (2°).

1°. L'intérêt de l'enfant né, principe directeur de l'adoption

261. En droit français, l'intérêt de l'enfant et en droit suisse, le bien de l'enfant sont deux principes qui sous-tendent l'ensemble du processus d'adoption.

262. En droit français, le respect de l'intérêt de l'enfant, cité à l'article 353 du Code civil, est une exigence constitutionnelle⁹²⁴. À l'occasion de l'examen de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, les sages de la rue de Montpensier ont répondu à l'argument selon lequel la loi mettrait en place un droit à l'enfant ou un droit à l'adoption. Le Conseil constitutionnel estime que « les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 »⁹²⁵. Une fois rappelée l'existence de ces gardes fous⁹²⁶, pour tous, et sous cette réserve, l'ensemble de la loi du 17 mai 2013 est jugé conforme à la Constitution. Si la portée juridique de la réserve d'interprétation est incertaine, la portée politique est importante dans le cadre de la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe⁹²⁷. Sur le fond, la réserve d'interprétation permet de rappeler que la procédure d'adoption comporte un ensemble de dispositifs de contrôle qui s'appliquent

⁹²⁴ Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, décision n° 2013-669 DC, §53.

⁹²⁵ *Ibidem*.

⁹²⁶ Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, décision n° 2013-669 DC, §54, à propos de l'article 353 du Code civil : « ces dispositions, applicables que les adoptants soient de même sexe ou de sexe différent, mettent en œuvre l'exigence résultant du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

⁹²⁷ Sur la portée politique des décisions du Conseil constitutionnel, voir not. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Portée des décisions du Conseil constitutionnel, juge de la constitutionnalité des lois et des traités*.

indifféremment et de la même manière, pour tous, célibataires ou couples mariés. De la sorte, la décision contribue à reconnaître également le pluralisme des familles en rappelant la portée universelle des dispositions juridiques et l'objectif qu'elles poursuivent.

263. En droit suisse, le bien de l'enfant est un principe essentiel exprimé à l'article 264 du Code civil et dont « le souci [est] d'assurer son bon développement personnel »⁹²⁸. Le tribunal fédéral a donné une interprétation plus précise de la notion en considérant qu'il s'agit d'« assurer le meilleur développement possible de la personnalité de l'enfant et [d']améliorer sa situation. Cette question doit être examinée à tous les points de vue (affectif, intellectuel et physique), en se gardant d'attribuer une importance excessive au facteur matériel »⁹²⁹.

264. En matière d'adoption, l'intérêt des enfants adoptables, nés, correspond certainement à un intérêt abstrait, celui d'être intégré à une famille. Toutefois, cet intérêt premier et absolu ne doit pas conduire à placer l'enfant dans des situations qui pourraient lui nuire et l'ensemble des dispositifs de contrôle vise à s'assurer le respect *in concreto* de l'intérêt ou du bien de l'enfant.

2°. La PMA, prise en compte anticipée de l'intérêt de l'enfant

265. Au contraire, en matière de PMA, l'acceptation concrète et l'acceptation abstraite de l'intérêt de l'enfant se rejoignent. À la question de savoir si l'intérêt de l'enfant est de naître, la réponse par l'affirmative se confond avec la réponse à la question de savoir si l'intérêt de l'enfant est de naître dans cette cellule familiale.

266. En droit français, l'intérêt de l'enfant n'est pas mentionné explicitement sauf lorsqu'il s'agit de considérer l'hypothèse où « un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître »⁹³⁰. Les médecins doivent également refuser de mettre en œuvre les techniques de PMA lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions légales d'accès à ces méthodes⁹³¹. De la même manière, lors d'une procédure d'accueil d'embryon, le juge doit prendre en compte ces deux aspects et s'assurer « que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 »⁹³² et « procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique »⁹³³.

267. Le lien entre les conditions d'accès à la PMA et le bien de l'enfant est plus explicite en droit suisse. En effet, l'article 3 de la LPMA intitulé « bien de l'enfant », après avoir rappelé que « la procréation médicalement assistée est subordonnée au bien de l'enfant », énonce les conditions à remplir pour y accéder. Il apparaît alors que l'hétérosexualité du couple, l'âge, la situation personnelle et le mariage en cas de recours à un don de sperme sont autant de conditions visant

⁹²⁸ Olivier GUILLOD, *Droit des familles*, Université de Neuchâtel, Faculté de droit, 2009, p. 206.

⁹²⁹ Suisse, ATF 125 III 161, 163.

⁹³⁰ Article L. 2141-10 alinéa 6 du Code de la santé publique.

⁹³¹ *Ibidem*.

⁹³² Article L. 2141-6 alinéa 2 du Code de la santé publique.

⁹³³ *Ibidem*.

à garantir le bien de l'enfant. Le Message adressé par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale de 1996 explique l'esprit de ces dispositions : « la procréation médicalement assistée se caractérise par la participation de tiers, qui doivent justifier leur intervention en fonction du bien de l'enfant à concevoir. Le bien de l'enfant prime les intérêts et les désirs du couple à traiter. L'article 3, 1er alinéa, qui précise expressément que la procréation médicalement assistée ne peut être utilisée que lorsque le bien de l'enfant est garanti, est conçu comme une règle de conduite destinée aux médecins et prend appui sur les conditions générales d'adoption des mineurs (art. 264 CC ; RS 210). Les méthodes de procréation ne doivent notamment être utilisées que si elles ne présentent pas, comparativement à la procréation naturelle, un risque accru pour le développement de l'enfant »⁹³⁴.

268. Concernant la PMA, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant se confond avec le contrôle diffus et moral exercé par les médecins. En droit français, la place prise par l'intérêt de l'enfant, primordiale et constante, dans l'ensemble de la procédure d'adoption tranche nettement avec les dispositions concernant la PMA. En effet, exigence constitutionnelle, l'intérêt de l'enfant en matière d'adoption conduit à la mise en place d'un dispositif de contrôle, dual et assumé. La différence d'intensité des contrôles visant à assurer le respect de l'intérêt des enfants adoptables et à naître par PMA s'explique par la plus grande régulation nécessitée pour les besoins d'enfants déjà nés⁹³⁵. En outre, la PMA en se calquant entièrement sur la procréation sans aide médicale ne peut imposer des contrôles qui seraient disproportionnés alors que la procréation est une sphère de libertés pour les personnes, même incapables. Le caractère électif de la filiation ne peut alors justifier un contrôle étendu en matière de PMA, comme c'est pourtant le cas pour l'adoption. C'est d'ailleurs pourquoi, le respect du bien de l'enfant est assuré en amont par le biais d'une définition stricte des conditions d'accès. Cela est particulièrement flagrant en droit suisse. Il apparaît toutefois que l'hétérosexualité d'un couple marié n'est pas seule à même de garantir le bien de l'enfant ; en effet, si le cadre naturaliste permettait vraiment, à lui-seul, de garantir le bien de l'enfant, alors il n'existerait pas de procédure d'agrément en matière d'adoption.

269. Alors que les règles visent à mimer la nature, il apparaît de manière évidente que c'est la volonté qui est le fondement au lien de filiation adoptif ou établi à l'issue d'une PMA hétérologue. Les débats autour de la nature de la procédure d'accueil mettent particulièrement en exergue les similitudes entre l'établissement de la filiation par adoption et celui à la suite

⁹³⁴ Message relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une protection respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996, 96.058, FF 1996 III 197, p. 243.

⁹³⁵ Notamment afin d'éviter le marché noir des enfants en bas âge, Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « L'adoption d'un enfant de moins de deux ans : choix des parents adoptifs par la mère de l'enfant ou par l'Aide sociale à l'enfance », *RTD Civ.*, 1990, p. 249.

d'une PMA hétérologue. Si la volonté prend une place importante à la fois lorsqu'il s'agit d'adoption ou de filiation établie après PMA, il semble quelque peu audacieux de parler pour ces filiations de « filiation par greffe »⁹³⁶ ou de filiation autrement⁹³⁷. En effet, ces expressions entretiennent l'idée que la filiation relèverait par ailleurs uniquement de la nature, du biologique et est calquée entièrement sur les liens du sang, ou encore qu'il y a une manière biologique conforme d'établir la filiation et d'autres manières, alternatives. L'établissement de la filiation après PMA et les procédures d'adoption ne mettent pas en place des filiations à ce point singulières. Il existe une pluralité de modes d'établissements de la filiation et les liens biologiques y sont tempérés par d'autres mécanismes sociaux (reconnaissance et possession d'état par exemple), afin d'assurer la paix des familles. Le système de parenté est complexe et sont respectivement pris en compte la volonté, à travers les liens affectifs, et le sang, par le biais des liens biologiques. En outre, la place importante prise par la volonté en matière de PMA hétérologue et d'adoption est tempérée par les procédures de contrôle existantes et par la construction de ces deux institutions sur le modèle de la reproduction naturelle.

Ces convergences importantes doivent être toutefois relativisées : l'ensemble des techniques de PMA se caractérise par l'existence d'un projet parental préalable à la naissance de l'enfant et qui en est à l'origine⁹³⁸. Cela explique d'ailleurs le choix des législateurs français et suisse d'établir la filiation après une PMA, par le biais des règles du droit commun de la filiation⁹³⁹.

Section II – Inscription du projet parental légitime dans le droit commun de la filiation

270. Certains projets parentaux apparaissent plus légitimes que d'autre au moment de l'établissement de la filiation à l'égard de l'enfant né : celle-ci est en effet établie sans difficulté à l'égard des auteurs du projet parental et en cela, on peut parler d'une consécration du projet parental. Les projet parentaux légitimes recoupent bien entendu ceux réalisés dans le cadre légal sur le territoire national, mais aussi ceux qui, bien que réalisés en dehors de celui-ci, ne s'écartent pas ou très peu du cadre naturaliste. Dans cette seconde catégorie se trouvent toutes les femmes ou tous les couples hétérosexuels qui ne respectent pas d'autres conditions secondaires, comme l'âge ou le recours à un don d'ovocyte ou double don : il s'agit par exemple

⁹³⁶ Voir en ce sens, not. Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Gérard CORNU (dir.), *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée*, Actes des journées d'études des 5 et 6 décembre 1996 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université de Lille II, LGDJ, 1997 : le « système dualiste, pren[d] acte de ce qu'adoption et AMP procèdent de deux démarches distinctes ».

⁹³⁷ Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON, *Droit de la famille*, Sirey, coll. Aide-Mémoire, 8e éd., 2011, p. 177 : les auteurs attribuent à Gérard Cornu l'expression de « la filiation autrement » pour désigner à la fois l'adoption et la PMA.

⁹³⁸ Frédérique DREIFUSS-NETTER, *op. cit.*

⁹³⁹ David BAKOUCHE et Anne LE QUINQUIS, « Le consentement du couple en cas de procréation médicalement assistée avec donneur », in Michelle GOBERT (dir.), *Médecine, Bioéthique et Droit, Questions choisies*, Economica, 1999, spéc. p. 118 : Il a ainsi pu être écrit à propos des règles de filiation de l'enfant issu d'une PMA mises en place avec la loi n°94-653 que « le parti a été pris, non pas de créer un troisième type de filiation, mais plutôt d'assimiler autant que possible la filiation de cet enfant à celle d'un enfant né naturellement ».

de femmes au-delà de l'« âge de procréer » ou ayant recours à un double don de gamète ; en outre, elles peuvent être seules ou en couple hétérosexuel.

271. Dans ces configurations, le projet parental est consacré par l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant né par PMA et le ou les auteurs du projet parental. L'établissement de la filiation se fait en outre selon les règles du droit commun de la filiation : la filiation maternelle est établie par l'accouchement tandis que pour la filiation paternelle, les différents modes d'établissement trouvent à s'appliquer selon la forme juridique du couple. Cette inscription du projet parental légitime dans le droit commun de la filiation n'est pas sans conséquences : elle conduit à modifier les fondements de ces modalités d'établissement de droit commun de la filiation et surtout à renforcer les stéréotypes de genre, en différenciant nettement les fondements selon le sexe du parent.

272. L'inscription du projet parental légitime dans le droit commun de la filiation reprend à son compte les fondements différenciés de la parenté en fonction du sexe et accentue la « dissymétrie fondamentale »⁹⁴⁰ entre la nature maternelle de « la femme » et le caractère culturel et construit de la paternité. « Contrairement à ce que laisse supposer la présentation des textes, la pluralité des modes d'établissement non contentieux de la filiation ne concerne, du fait du dispositif juridique à l'œuvre, presque que la paternité » et au contraire, « la diversité des modes d'établissement de la maternité est illusoire »⁹⁴¹. En effet, il y a une véritable « assimilation entre accouchement d'un enfant par une femme et établissement d'un lien de filiation entre cet enfant et cette femme »⁹⁴². Alors que pour Madame Amélie Dinosi-Peyrusse et Monsieur le professeur Marc Pichard, le fondement principal de la paternité est génétique « mais peut également procéder, par exception, de la volonté »⁹⁴³, nous pensons au contraire que la volonté prime en matière de paternité et que ce n'est qu'à titre subsidiaire que le fondement biologique est utilisé. En tout état de cause, ces différences traduisent effectivement « les fonctions sociales implicitement différentes attribuées aux pères et aux mères »⁹⁴⁴ : « la maternité renvoie à une essence »⁹⁴⁵, alors que « la paternité semble moins liée à une essence qu'à une fonction : entretenir l'enfant »⁹⁴⁶.

Ainsi, l'établissement de la filiation après une PMA hétérologue selon le droit commun de la filiation renforce les fondements différenciés de la parenté selon le sexe. En particulier, la délimitation actuelle des techniques reproductives ne modifie pas la place prise par l'accouchement, comme fait générateur de la maternité (§I) tandis que la volonté continue de

⁹⁴⁰ Amélie DINOSI-PEYRUSSE et Marc PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », pp. 49-66 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD et Diane ROMAN (dir.), *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, CNRS Ed., 2014, p. 56.

⁹⁴¹ Amélie DINOSI-PEYRUSSE et Marc PICHARD, *op. cit.*, p. 57.

⁹⁴² Amélie DINOSI-PEYRUSSE et Marc PICHARD, *op. cit.*, p. 58.

⁹⁴³ Amélie DINOSI-PEYRUSSE et Marc PICHARD, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁴⁴ Amélie DINOSI-PEYRUSSE et Marc PICHARD, *op. cit.*, p. 65.

⁹⁴⁵ *Ibidem*.

⁹⁴⁶ *Ibid.*

jouer un rôle prépondérant dans l'établissement non contentieux du lien de filiation paternelle (§II).

§I. La filiation maternelle, une et charnelle

273. Les techniques de PMA permettent de dissocier les forces reproductrices des femmes en deux composantes complémentaires : d'un côté, les éléments génétiques sont fournis par les ovocytes prélevés par ponction chez une femme, génitrice et de l'autre, grâce à la fécondation *in vitro*, la grossesse peut être menée par une autre femme, gestatrice. D'un point de vue biologique, les deux femmes présentent un lien biologique avec l'enfant qui va naître au terme de la grossesse. Pour autant, la reconnaissance de la divisibilité de la maternité en plusieurs composantes biologiques autant que la dissociation de la maternité de ses composantes biologiques posent difficulté. Le droit tend en effet à consacrer une conception de la maternité comme un tout indivisible et refuse de priver la maternité d'un fondement biologique. L'attachement à la certitude de la maternité est indissociable de l'accouchement, fait biologique qui témoigne du lien de filiation biologique à l'égard de la femme. Ainsi, le naturalisme du droit qui fait de la femme une mère par essence s'exprime aussi bien à travers la définition des techniques reproductives autorisées (A) qu'à travers les règles d'établissement de la filiation du droit commun (B).

A. L'indivisibilité de la maternité

274. La maternité est délicate à définir. D'un point de vue biologique, la femme est impliquée dans la maternité de deux manières, d'une part par le partage de son matériel génétique et d'autre part, par le biais de la période de gestation. Ces liens biologiques sont manifestement de nature différente et sont difficiles à comparer. En outre, à ces deux aspects biologiques s'ajoute la maternité comme lien juridique de parenté à l'égard de la femme. Le refus de la dissociation de la maternité en tant que lien juridique des fondements biologiques à celle-ci peut s'exprimer de manière plus ou moins stricte comme l'illustre la comparaison entre le droit suisse et le droit français. En Suisse, l'interdiction du don d'ovocyte et de la GPA exclut toute dissociation de la maternité en ses composantes biologiques (a). Au contraire, en droit français, seule la GPA est interdite ; toutefois, l'interdiction traduit un souci partagé par les deux législations d'éviter une dissociation de la maternité juridique de ses fondements biologiques, et en particulier de l'accouchement (b).

a. Le refus suisse de toute dissociation de la maternité

275. La Constitution fédérale suisse ne semble pas interdire le don d'ovocyte : seul « le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits »⁹⁴⁷. Toutefois, la

⁹⁴⁷ Suisse, Constitution fédérale, art. 119, 2, d.

LPMA énumère les pratiques interdites, et ajoute le don d'ovule à l'interdiction du don d'embryon et de la maternité de substitution. Il faut alors comprendre que toutes les formes de maternité de substitution dont il est question dans la Constitution incluent le don d'ovocyte.

Ces trois pratiques, interdites et citées de manière exhaustive, ont toutes un rapport avec le principe d'indivisibilité de la maternité. En effet, dans le cas d'un don d'ovule ou d'un don d'embryon, les composantes génétiques de la maternité proviennent d'une femme tierce, la donneuse de ce matériel génétique. De même, la maternité de substitution implique une autre femme pour mener à bien la grossesse et il s'agit alors de la gestatrice. Or le droit suisse n'admet pas que la mère, parent légal, puisse ne pas être à la fois génitrice et gestatrice de l'enfant et vice-versa que la femme, la gestatrice ne soit pas aussi la génitrice et reconnue juridiquement comme la mère de l'enfant. C'est bien d'indivisibilité de la maternité dont il est question. Certains auteurs ont pu écrire à propos de l'interdiction du don d'ovocyte en Norvège qu'il s'agissait d'une « inviolabilité de la maternité »⁹⁴⁸. En particulier, « en insistant sur l'interdiction du don d'ovocytes, le législateur norvégien reconnaît à cette pratique une dimension de désordre reproductif –c'est-à-dire la séparation potentielle qu'elle induit entre la mère gestatrice, la mère génétique et la mère d'intention– et refuse de la cautionner »⁹⁴⁹. Cette analyse est tout à fait transposable aux autres pays dont la Suisse qui comme la Norvège interdisent le don d'ovocyte alors que le don de sperme y est permis.

Il existe d'autres pratiques interdites en droit suisse, mais elles ne le sont pas *per se*. Par exemple, le recours au don de sperme n'est autorisé en droit suisse que pour les couples mariés⁹⁵⁰ et est par conséquent interdit dans toutes les autres hypothèses. Au contraire, tout don en lien avec la maternité est impossible, qu'il s'agisse d'un don de matériel génétique, sous forme d'ovocyte ou d'embryon ou d'une gestation pour autrui, quelle que soit l'implication génétique de la femme porteuse dans la grossesse⁹⁵¹.

276. L'interdiction du don d'ovule n'est pas une spécificité suisse et se retrouve dans plusieurs législations telles que celle de l'Autriche, de l'Allemagne et de l'Italie. À l'occasion d'une mise en cause de la législation autrichienne, la CEDH s'est prononcé à deux reprises –en chambre et en grande chambre– sur la validité des limitations dans l'accès aux gamètes de tiers des candidats à la PMA. En effet, la loi autrichienne sur la procréation artificielle de 1992 prohibe la fécondation *in vitro* avec don de gamètes, c'est-à-dire la procréation hétérologue⁹⁵². Au contraire, les

⁹⁴⁸ Marit MELHUUS, « L'invocabilité de la maternité, Pourquoi le don d'ovocytes n'est-il pas autorisé en Norvège ? », pp. 35-58 in Enric PORQUERES I GENE (dir.), *Défis contemporains de la parenté*, Paris, Editions de l'EHESS, 2009, spéc. p. 37.

⁹⁴⁹ *Ibidem*.

⁹⁵⁰ Suisse, LPMA, Article 3 : « 3. Seul un couple marié peut recourir à un don de sperme ».

⁹⁵¹ Suisse, Constitution fédérale, Article 119, 2, d. « toutes les formes de maternité de substitution sont interdits » ; LPMA, Article 4 : « Le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution sont interdits ».

⁹⁵² CEDH, 1^{re} sect., S. H. et autres contre Autriche, 1^{er} avril 2010, req. n° 57813/00, § 25 à 31, exposé du droit interne citant Fortpflanzungsmedizingesetz, Journal officiel fédéral n°275/1992, §3(1) : « Für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung dürfen nur die Eizellen und der Samen der Ehegatten oder Lebensgefährten verwendet werden.

techniques de PMA sont possibles lorsque les gamètes du couple peuvent être utilisés. De même, le sperme issu d'un don peut être utilisé mais uniquement en cas d'insémination *in vivo*. Les requérants, deux couples sollicitant respectivement un don de sperme suivi d'une fécondation *in vitro* et un don d'ovocyte, se sont vu refuser par les autorités autrichiennes l'accès à ces techniques reproductives. En 1999, la cour constitutionnelle autrichienne reconnaît l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée des requérants en même temps qu'elle la trouve justifiée. La justification tient à la fois au risque d'exploitation des femmes (don d'ovule) et à la création de relations inhabituelles entre les personnes (du fait de la dissociation de la maternité utérine et génétique)⁹⁵³. Les requérants évoquent devant la Cour de Strasbourg une violation commune des articles 8 et 14 de la Convention, du fait de la différenciation d'accès qui existe entre les techniques hétérologues et homologues de procréation médicalement assistée. Lors du premier examen de l'affaire en chambre⁹⁵⁴, l'Autriche est condamnée pour discrimination dans la jouissance du droit au respect de la vie privée et familiale. En particulier, la Cour estime que l'article 8 comprend dans son périmètre l'accès aux techniques de PMA⁹⁵⁵. Quant au raisonnement qui conduit à la condamnation de la législation autrichienne, il pointe l'incohérence du cadre juridique⁹⁵⁶, qui permet la fécondation *in vivo* d'un côté et le don de sperme de l'autre mais pas l'usage combiné de ces deux techniques. De même, la prohibition du don d'ovule, alors que le don de sperme est autorisé, est jugée discriminatoire au regard du principe de proportionnalité⁹⁵⁷. Cet arrêt, qui permet par le biais du principe de non-discrimination de réduire les obstacles à l'utilisation des techniques de PMA à partir du moment où certaines sont autorisées⁹⁵⁸ a été à la fois qualifié d'audacieux⁹⁵⁹ et d'expérimental⁹⁶⁰ et

⁹⁵³ CEDH, 1re sect., S. H. et autres contre Autriche, 1er avril 2010, req. n° 57813/00, §17 : « Elle précisa que l'objectif du législateur consistait à éviter la création de liens familiaux atypiques, notamment ceux qui pourraient se créer entre un enfant et ses deux mères biologiques – c'est-à-dire sa mère génétique et sa mère utérine – et à empêcher l'exploitation des femmes » ; Xavier BIOY, « Débat relatif à l'assistance médicale à la procréation et principes constitutionnels », *Constitutions*, 2010, p. 430 : « La Cour constitutionnelle autrichienne avait jugé l'affaire en 1999, estimant que l'ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie familiale était réelle, mais qu'elle était justifiée car elle visait à éviter à la fois la création de relations inhabituelles entre des personnes (cas des gestations pour autrui), et le risque d'exploitation des femmes soumises à des pressions pour qu'elles donnent leurs ovules ».

⁹⁵⁴ CEDH, 1re sect., S. H. et autres contre Autriche, 1er avril 2010, req. n° 57813/00.

⁹⁵⁵ CEDH, 1re sect., S. H. et autres contre Autriche, 1er avril 2010, req. n° 57813/00, § 60 : « Au vu de ce qui précède, la Cour considère que le droit des couples à procréer en faisant appel à la procréation médicalement assistée entre dans le champ d'application de l'article 8, pareil choix s'analysant manifestement en une forme d'exercice du droit à la vie privée et familiale. En conséquence, cette disposition trouve à s'appliquer en l'espèce ».

⁹⁵⁶ CEDH, 1re sect., S. H. et autres contre Autriche, 1er avril 2010, req. n° 57813/00, § 74.

⁹⁵⁷ Nicolas HERVIEU, « Procréation médicalement assistée (Art. 8 et 14 CEDH) : Discrimination dans le choix des techniques autorisées », CREDOF, *La Lettre Actualités Droits-Libertés*, vendredi 2 avril 2010 : « Cette différence de traitement est donc constitutive d'une discrimination au sens conventionnel, tout comme celle résultant de l'interdiction du don de sperme pour les fécondations *in vitro* ».

⁹⁵⁸ *Ibidem* : « En conséquence, la Cour tend *in fine* à ne laisser aux États qu'un choix binaire : soit refuser tout usage de la PMA, soit ne pas distinguer entre les différentes techniques ».

⁹⁵⁹ Nicolas HERVIEU, « Droit au respect de la vie privée et familiale (Art. 8) : Recul de la Grande Chambre sur les techniques de procréation médicalement assistée (PMA) », CREDOF, *La Lettre Actualités Droits-Libertés*, dimanche 6 novembre 2011 : « une formation de Chambre avait fait preuve d'un net volontarisme voire d'une certaine audace ».

⁹⁶⁰ Jean-Pierre MARGUENAUD, « Le droit de recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », note sous CEDH 1re sect. 1er avr. 2010, S. H. et autres c/ Autriche, *RTD Civ.*, 2010, p. 291 : « L'arrêt S. H. qui n'est qu'un arrêt de chambre susceptible de renvoi devant une Grande chambre, a donc toutes les caractéristiques d'un arrêt

laissait présager un examen en grande chambre. Ce dernier⁹⁶¹, qui intervient sur renvoi, conduit d'ailleurs à l'infirmité de la condamnation de la législation autrichienne. En effet, comme cela avait été relevé dès l'arrêt de chambre⁹⁶², il n'existe pas de consensus européen concernant l'accès à la PMA et la Cour reconnaît qu'une large marge d'appréciation est laissée aux législations nationales. *In fine*, la grande chambre de la CEDH réaffirme l'applicabilité de l'article 8 de la Convention, relatif à la vie privée et familiale, au présent litige⁹⁶³ et en cela, le « contrôle européen en matière de procréation » peut être perçu comme d'« une étendue large et apparemment prometteuse » même si cela est purement virtuel, du fait de la reconnaissance de la marge d'appréciation⁹⁶⁴. En effet, la Grande chambre reconnaît qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 8⁹⁶⁵, dans la mesure où les restrictions en cause « n'ont [pas] excédé la marge d'appréciation dont le législateur autrichien disposait à l'époque pertinente »⁹⁶⁶. La marge d'appréciation semble d'autant plus importante en l'absence de consensus européen sur l'autorisation du don de gamètes⁹⁶⁷.

b. Le refus partagé de la dissociation de la maternité juridique d'un fondement biologique

277. L'arrêt S.H est riche d'enseignements : l'argumentaire développé par l'Autriche pour justifier la prohibition du don d'ovocyte, alors que le don de sperme est permis sous certaines conditions, met en exergue les difficultés qui existent et empêchent de penser la maternité comme la somme de composantes multiples, à la fois biologiques –la personne qui fournit les ovocytes, celle qui fait usage de son utérus –, sociales et juridiques. En particulier, la potentielle dualité de la maternité biologique semble être source de résistances. En effet, les arguments développés à l'égard du don d'ovocyte sont les mêmes que ceux concernant la gestation pour autrui (GPA), avec une intensité différente. Dans les deux cas sont mis en exergue le risque

expérimental ouvrant les pistes qui pourraient conduire vers un grand arrêt éclairant l'ensemble du droit des procréations médicalement assistées ».

⁹⁶¹ CEDH, Gde ch., S.H. et autres contre Autriche, 3 novembre 2011, n°57813/00.

⁹⁶² Jean HAUSER, « Droit d'accès à l'enfant : procréation médicalement assistée et adoption », RTD Civ., 2010, p. 774 : il résume ainsi l'arrêt : « absence de consensus sur l'accès à la PMA, large marge d'appréciation des législations nationales mais obligation de cohérence dans les choix ».

⁹⁶³ CEDH, Gde ch., S.H. et autres contre Autriche, 3 novembre 2011, n°57813/00, §78 : « Le Gouvernement reconnaît que l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce » ; §82 : « La Cour considère que le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève également de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale. En conséquence, cette disposition trouve à s'appliquer en l'espèce ».

⁹⁶⁴ Nicolas HERVIEU, *op. cit.*

⁹⁶⁵ CEDH, Gde Ch., S.H. et autres contre Autriche, 3 novembre 2011, n°57813/00, §116 : « Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des requérants ».

⁹⁶⁶ CEDH, Gde Ch., S.H. et autres contre Autriche, 3 novembre 2011, n°57813/00, §115 : « Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que ni l'interdiction du don d'ovules à des fins de procréation artificielle ni la prohibition du don de sperme à des fins de fécondation in vitro posées par l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle n'ont excédé la marge d'appréciation dont le législateur autrichien disposait à l'époque pertinente ».

⁹⁶⁷ CEDH, Gde Ch., S.H. et autres contre Autriche, 3 novembre 2011, n°57813/00, §97 : « Dès lors que le recours à la fécondation in vitro a suscité et continue de susciter de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, lesquelles s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a pas encore une claire communauté de vues entre les États membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une ample marge d'appréciation (X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, précité, § 44) ».

d'exploitation de la femme –qui pourrait subir des pressions afin d'accepter de donner ses ovocytes ou de prêter son utérus– et la création de relations atypiques –du fait de la dissociation entre deux figures maternelles biologiques.

Le parallèle entre le don d'ovocyte et la GPA est fait en doctrine⁹⁶⁸, notamment à propos de l'avis rendu par le CCNE sur le sujet⁹⁶⁹. Pour Monsieur le professeur Jean-Pierre Marguénaud, les arguments utilisés par la CEDH à propos du don d'ovocyte peuvent être utilisés dans le débat relatif à la GPA et il souligne en particulier que selon la Cour « des considérations de morale ou d'acceptabilité sociale n'étaient pas, en elles-mêmes, des raisons suffisantes pour interdire complètement une technique spécifique de procréation assistée telle que le don d'ovules ; (...) si les risques d'exploitation et d'humiliation de la femme doivent être indubitablement combattus, ils ne sont pas une raison suffisante pour prohiber absolument une technique de procréation assistée lorsqu'il existe la possibilité de concevoir des moyens de s'en protéger »⁹⁷⁰. Le don d'ovocyte et la GPA sont deux pratiques qui divisent la maternité en ses deux composantes biologiques distinctes : le recours à un don d'ovocyte exclut le fondement génétique tandis que la GPA exclut nécessairement le fondement gestationnel et parfois également le fondement génétique. La légalisation du don d'ovule en France pourrait laisser croire que la maternité biologique peut être divisée en ses deux composantes et qu'il suffit de remplir l'une ou l'autre de ces conditions (être mère génétique ou gestationnelle) pour asseoir biologiquement sa maternité. Pourtant, il apparaît de manière constante que contrairement aux hommes, la contribution génétique de la femme n'est pas reconnue : elle n'est pas pertinente pour analyser en termes juridique le lien de filiation maternelle, sauf en cas de recherche en maternité. Si le fondement génétique était davantage valorisé concernant la maternité, la gestation pour autrui pourrait être autorisée à la condition que la mère d'intention contribue par le biais de ses ovocytes au patrimoine génétique de l'enfant. Si l'apport génétique était considéré comme un fondement pertinent, il pourrait être possible de considérer le don d'ovocyte comme une forme de maternité de substitution. La formulation utilisée dans la Constitution fédérale suisse –qui interdit toutes les formes de maternité de substitution – laisse d'ailleurs entendre qu'il y aurait plusieurs formes de maternité de substitution possibles, sans pour autant préciser qu'elles impliquent nécessairement toutes une gestation pour autrui. En d'autres termes, il est commun de différencier la procréation pour autrui de la gestation pour autrui puisque dans le premier cas la femme conçoit avec ses ovocytes l'enfant qu'elle porte et dans le second, elle n'est que gestatrice. La terminologie de maternité de substitution pourrait également couvrir la troisième hypothèse où la femme ne fournit que ses gamètes. De même, le don de sperme pourrait être qualifié de paternité de substitution. En effet, le don de sperme pourrait s'apparenter à une

⁹⁶⁸ Xavier BIOY, *op. cit.*

⁹⁶⁹ CCNE, Les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui, avis n°110, 6 mai 2010.

⁹⁷⁰ Jean-Pierre MARGUENAUD, *op. cit.*

forme, l'unique possible d'ailleurs, de paternité de substitution dans la mesure où le don de sperme épuise l'apport de l'homme à la reproduction. Si l'on pousse la comparaison avec le don de sperme, aucune composante biologique pourrait être remplie et pourtant, la maternité pourrait être reconnue à partir du moment où elle aurait été exprimée par un consentement, extériorisant la volonté d'être mère. Néanmoins, il n'en est rien et l'acceptation du don d'ovocyte tend, au contraire, à renforcer l'ancrage de la maternité biologique du côté de sa composante gestationnelle.

278. La gestation et l'accouchement demeurent des passages obligés pour établir un lien de filiation maternelle, même en cas de don d'ovocyte, c'est-à-dire en l'absence de lien génétique. Au contraire, le fait que le fondement biologique de la paternité, à savoir l'apport génétique, puisse être détaché de la définition juridique de la paternité montre qu'il existe une indifférence quant à l'existence de son fondement biologique, sans que cela pose de difficulté. Ainsi, la femme est mère du fait de la nature, du donné, tandis que l'homme se situerait du côté du construit, de la culture. Finalement, cette mise en perspective du don de sperme et du don d'ovocyte montre la difficulté à comparer la maternité et la paternité dans la mesure où seule la maternité fait l'objet de deux composantes biologiques et qu'en outre, la gestation fait l'objet d'une valorisation extrême. En effet, les réticences et résistances du droit français et du droit suisse face à la GPA s'expliquent par l'attachement à l'accouchement comme fait biologique et générateur de la maternité.

B. L'accouchement, fait biologique de la maternité

279. Le refus de la GPA témoigne de l'attachement à l'accouchement comme fait générateur de la filiation maternelle. Dans la mesure où il s'agit également d'un fait biologique, l'accouchement comme fait générateur de la maternité paraît « naturel ». Pourtant, au regard de l'histoire longue de la maternité, celle n'a pas toujours été aussi étroitement associée à l'accouchement. Madame Marcela Iacub a notamment mis en lumière que le fait générateur de la maternité n'a pas toujours été l'accouchement en dépit de l'adage ancien « mater semper certa est » (a). Pour autant, l'accouchement comme fondement au lien de filiation maternelle est solide et a notamment été renforcé à la suite de l'adoption de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (b).

a. La redécouverte des adages « mater semper certa est » et « pater is est quem nuptiae demonstrant »

280. L'adage latin « mater semper certa est » signifiant que la mère est toujours certaine est inscrit au Digeste (D. 2,4,5). Pour Monsieur le professeur Jean Hilaire, « cet adage péremptoire concernant la preuve de la maternité correspondait aux formes de la vie sociale contemporaine :

il la fondait sur le fait même de la naissance »⁹⁷¹. En particulier, cet adage permet « un régime probatoire commodément accessible tant pour la filiation légitime que pour la filiation naturelle »⁹⁷². La preuve de la maternité, par l'accouchement, doit être mise en perspective avec la preuve de la paternité : « la première est susceptible de démonstration directe car elle découle d'un fait visible, l'accouchement, qui permet de découvrir la mère »⁹⁷³. « Au contraire, la paternité qui procède de la conception ne peut être prouvée directement ; alors même que seraient établies les relations intimes entre les parents, il n'en résulterait pas une certitude de la paternité, la mère ayant pu avoir commerce avec d'autres : la nature ne fait à la femme que des demi-confidences. Force est alors de recourir à une présomption, ce que fit la jurisprudence en posant *Pater is est quem nuptiae demonstrant* »⁹⁷⁴.

La place accordée en droit à ces deux adages est aujourd'hui bien plus importante qu'au moment de l'élaboration du Code civil. L'étude de l'histoire juridique de la maternité met en exergue la manière dont « l'accouchement s'approprie tout l'espace de la légitimité qui découle du mariage »⁹⁷⁵. Pour Madame Marcela Iacub, il suffit « d'ouvrir le Code civil de 1804 (...) pour y constater que les enfants ne naissent pas nécessairement du corps de leur mère ni de leur père, mais en l'occurrence, de leur mariage. Ce faisant, ceci remplissait de fierté les juristes, car ils avaient l'impression que, de cette façon, on dominait les caprices impitoyables de la nature, ces règles laissant la possibilité à des femmes qui n'avaient pas accouché de devenir mères, à condition qu'elles fussent mariées. Ce n'est qu'assez récemment, à partir des années 1970, que ces possibilités d'être mère d'un enfant sans en avoir accouché furent bannies et que les auteurs de ces "fraudes" furent punis de manière de plus en plus systématique, au point que cette répression prit des allures de véritable persécution. La définition de la maternité par l'accouchement en droit français est en fait non seulement aussi arbitraire que n'importe quelle convention, mais encore incroyablement jeune »⁹⁷⁶. Il y a eu une véritable refonte du « modèle familial sur des bases nouvelles : la "vérité" de l'accouchement et non plus la "légitimité" du cadre dans lequel l'enfant a été voulu »⁹⁷⁷. La légitimité du cadre dont il est question est celle du mariage dans la mesure où la filiation était matrimoniale jusqu'à la réforme de 1972 qui permet « d'en finir avec la famille fondée sur le mariage et sur la volonté, et de lui en substituer une autre, fondée sur un principe très jeune et très ancien à la fois, celui de la "vérité" »⁹⁷⁸. Ainsi, entre 1804 et 1972, les femmes mariées pouvaient devenir mère sans accoucher d'un enfant. Il s'agissait « d'un véritable privilège de femme mariée » qui « pouvait s'attribuer un

⁹⁷¹ Jean HILAIRE, *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2013, p.113.

⁹⁷² Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, pp. 428-431

⁹⁷³ *Ibidem*.

⁹⁷⁴ *Ibid.*

⁹⁷⁵ Marcela IACUB, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004, p. 164.

⁹⁷⁶ Marcela IACUB, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁹⁷⁷ Marcela IACUB, *op. cit.*, p. 20.

⁹⁷⁸ Marcela IACUB, *op. cit.*, p. 21.

accouchement qui, en réalité, n'avait jamais eu lieu »⁹⁷⁹. Ce n'était pas une possibilité reconnue par la loi autrement que sous le chef d'une qualification pénale, la supposition d'enfant, mais si les femmes avaient le concours de leur mari, alors leur impunité était assurée⁹⁸⁰. Pour cela, il fallait « faire rédiger un acte de naissance et avoir traité l'enfant conformément aux apparences de toute filiation légitime. Il s'agissait là non pas d'une exception, mais d'une autre manière de faire des enfants, qui était réservée aux couples mariés. L'article 322 instituait donc une sorte de "procréation juridiquement assistée" de noble facture »⁹⁸¹. Le système décrit ressemble nettement à celui des reconnaissances de complaisance qui sont encore aujourd'hui faites par les hommes avec le concours de la mère de l'enfant. Le rapport Théry-Leroyer qui revient sur ces aspects historiques ne mentionne pas cette liberté reconnue aux femmes dans le mariage. En revanche, y est exposée l'asymétrie entre maternité et paternité : « alors que la femme mariée n'a pas plus que la femme non mariée le droit de reconnaître pour sien un enfant qu'elle n'a pas procréé, le mari y est juridiquement autorisé. Il peut donc "jouer" sur le pouvoir que lui donne son état social d'époux : un état qui, certes, peut permettre à l'épouse d'introduire dans la famille un enfant qui n'est pas de lui, mais qui permet aussi au mari de priver l'amant de celle-ci de tout espoir de se voir attribuer un enfant qu'il a fait, et enfin l'autorise à inciter son épouse à utiliser, *ni vu ni connu*, les bons services d'un géniteur secret pour dissimuler une stérilité masculine portant atteinte à une certaine image de sa virilité, et assurer la transmission de son patrimoine »⁹⁸².

281. La lecture actuelle des deux adages relatifs à la maternité et à la paternité en mariage met en avant les fondements différenciés de la parenté selon le sexe alors que, sous l'empire du Code Napoléon et jusque dans les années 1970, une certaine liberté existait quant à l'établissement de la maternité à partir de l'accouchement. Ces adages sont en effet aujourd'hui compris au regard des normes de droit positif qui consacrent effectivement l'accouchement comme fait générateur de la maternité et servent à inscrire les normes actuelles dans la continuité du droit romain. En cela, on peut parler d'une biologisation du lien de filiation maternelle⁹⁸³.

b. L'accouchement ou le secret de l'accouchement

282. Le principal fondement de la filiation maternelle est aujourd'hui biologique, puisque son fait générateur est l'accouchement de la femme. Quelle que soit la manière dont l'enfant a été conçu et le projet parental réalisé, aujourd'hui, c'est l'accouchement qui fait de la femme la mère. Cette évolution, assez récente, participe d'un mouvement général de valorisation de la maternité

⁹⁷⁹ Marcela IACUB, *op. cit.*, p. 33.

⁹⁸⁰ Marcela IACUB, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁹⁸¹ Marcela IACUB, *op. cit.*, p. 73.

⁹⁸² Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, pp. 38-39.

⁹⁸³ Marcela IACUB, *op. cit.* p. 14 : « dans le droit français d'aujourd'hui, l'accouchement s'impose de plus en plus comme la condition *sine qua non* de la maternité, et c'est ce qui fait penser à certains de nos contemporains que nos ressemblances avec les vaches sont, dans ce domaine, spectaculaires ».

à travers la grossesse et met en exergue le naturalisme du droit commun de la filiation à l'égard des femmes. L'ordonnance de 2005 a renforcé ce mouvement en faisant de l'accouchement le fait générateur de la grossesse pour toutes les femmes (1°). L'accouchement sous X apparaît alors comme la seule possibilité –légalement aménagée– pour une femme qui accouche de ne pas devenir mère (2°).

1°. Un mode d'établissement unique de la filiation maternelle

283. À propos de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, Monsieur le professeur Hugues Fulchiron souligne le fait que « aujourd'hui, la *vérité biologique* occupe juridiquement et plus encore socialement une place prépondérante »⁹⁸⁴. Juridiquement, la place occupée par la vérité biologique dans l'établissement du lien de filiation maternelle est accrue par cette réforme du droit de la filiation. Celle-ci permet en effet d'harmoniser les modes d'établissement de la filiation maternelle indépendamment du statut conjugal de la femme qui accouche. Depuis le 1^{er} juillet 2006, « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant »⁹⁸⁵. Les enfants nés durant le mariage de la femme et ceux nés en dehors d'une union sont rattachés à leur mère de la même façon, par désignation du nom de la femme qui a accouché dans l'acte de naissance. Cette modification met en conformité le droit français avec les textes internationaux. D'une part, ce mode unique d'établissement de la filiation maternelle fait écho à l'article 1^{er} de la convention n°6 de la Commission internationale de l'état civil signée par la France en 1962, qui dispose que « lorsqu'une personne est désignée dans l'acte de naissance d'un enfant naturel comme étant la mère de ce dernier, la filiation maternelle est établie par cette désignation. ». D'autre part, la modification s'inscrit dans un mouvement général mettant fin aux distinctions entre enfants légitimes, naturels et adultérins.

Les dispositions de l'article 311-25 du Code civil ont une portée importante. La Cour de cassation a ainsi pu réaffirmer l'importance de l'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance, y compris avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005. Il s'agit d'un « mode d'établissement *automatique* de la filiation maternelle »⁹⁸⁶ et c'est pourquoi, la Cour de cassation estime que la désignation d'une femme en qualité de mère dans l'acte de naissance conduit à l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant à l'égard de celle-ci⁹⁸⁷. Cette décision qui va à l'encontre des dispositions alors applicables aux faits de l'espèce⁹⁸⁸ s'explique par le double visa, des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés et des droits de l'homme. En l'espèce, l'enfant, né en 1933 puis abandonné, établit

⁹⁸⁴ Hugues FULCHIRON, « Toute vérité est-elle bonne à dire ? note à verser au dossier de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *D.*, 2008, p. 3035.

⁹⁸⁵ Article 311-25 du Code civil.

⁹⁸⁶ Elisa VIGANOTTI, « Modes d'établissement de la filiation », *AJ Famille*, 2012, p. 12.

⁹⁸⁷ Voir en matière de nationalité, Cass., 1^{ère} Civ., 14 fév. 2006, n°05-13006 et d'héritage, Cass., 1^{ère} Civ., 15 déc. 2010, n°09-16968.

⁹⁸⁸ Voir pour une critique de la solution au regard de la sécurité juridique, Isabelle ARDEEFF, « Etablissement de la filiation maternelle et rétroactivité », note sous Cass., 1^{ère} Civ., 15 déc. 2010, n°09-16968, *AJ Famille*, 2011, p. 107.

rétroactivement sa filiation et peut alors revendiquer la succession de sa mère qui n'a pas encore été partagée⁹⁸⁹. En matière d'acquisition de la nationalité, la Cour de cassation avait déjà jugé que l'acte de naissance avait un plein effet probatoire⁹⁹⁰. Les fondements de cette réforme, à savoir l'égalité entre les filiations, sont suffisamment puissants pour mettre à mal les dispositions transitoires de l'ordonnance de 2005.

Par ailleurs, la règle nouvelle qui associe nécessairement accouchement et maternité à travers la désignation du nom de la femme dans l'acte de naissance constitue un changement de paradigme. En effet, une partie de la doctrine interprète ainsi ces dispositions comme une présomption : la femme qui indique son nom dans l'acte de naissance est présumée vouloir être déclarée mère de l'enfant⁹⁹¹. La différence de modalités d'établissement de la filiation maternelle entre les femmes mariées et les femmes non mariées avait d'ailleurs été justifiée par le gouvernement belge devant la Cour européenne des droits de l'homme avec des arguments proches d'une présomption d'absence de volonté de la femme non mariée d'être mère de l'enfant dont elle accouche⁹⁹². Cet argument est réfuté par la CEDH et la réforme du droit français quant à l'établissement du lien de filiation maternelle témoigne de ce changement d'esprit du droit. Par principe, la femme qui accouche est la mère de l'enfant. Le droit suisse connaît exactement la même règle, exprimée différemment puisqu'il est fait mention explicitement de la naissance, fait biologique, comme fait générateur de la maternité : « à l'égard de la mère, la filiation résulte de la naissance »⁹⁹³. Ce principe ne souffre, en droit suisse, d'aucune exception puisqu'il n'y a pas, contrairement au droit français, de possibilité légale de demander que l'accouchement demeure secret. Ainsi, en droit français, une femme qui accouche devient automatiquement mère ou doit demander à garder le secret quant à son identité.

⁹⁸⁹ Jean HAUSER, « Des mères rétroactives et putatives dont on hérite... note sous Cass., 1ère Civ., 15 déc. 2010, n°09-16968 », *RTD Civ.*, 2011, p. 114.

⁹⁹⁰ Inès GALLMEISTER, « Etablissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance, note sous Cass., 1ère Civ., 14 fév. 2006, n°05-13006 », *D.* 2006, p. 1029.

⁹⁹¹ Laurence MAUGER-VIELPEAU, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau. À propos de l'ordonnance no 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *Petites affiches*, 27 juin 2007 n° 128, p. 3 : « L'argument qui consistait à refuser ce mode d'établissement de la filiation à la mère naturelle, par peur qu'elle se retrouve mère malgré elle, est désormais totalement réfuté. Le raisonnement du législateur est même inverse puisque la femme n'a plus à manifester expressément sa volonté au moyen d'une reconnaissance pour être mère, elle est présumée vouloir l'être. Par principe, il est donc supposé que la femme, mariée ou non, veut être mère si elle a mené à terme sa grossesse et entend accoucher sans demander le secret de son identité. Pour ce faire il suffit qu'elle soit désignée par son nom dans l'acte de naissance de l'enfant ».

⁹⁹² CEDH, *Marckx contre Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, §39 : « le Gouvernement invoque la différence de situation entre mère célibataire et mère mariée: alors que cette dernière et son époux "contractent ensemble (...) l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants" (article 203 du code civil), il n'y aurait pas de certitude que la mère célibataire consente à supporter seule la charge de la maternité. En lui donnant la liberté de choisir entre reconnaître son enfant ou s'en désintéresser, la loi s'inspirerait du souci de le protéger: il serait dangereux de le soumettre à la garde et l'autorité d'une personne qui n'aurait nullement exprimé le désir de s'occuper de lui. Beaucoup de mères célibataires ne reconnaîtraient pas leur enfant ».

⁹⁹³ Suisse, Article 252 du Code civil.

2°. L'accouchement sous X, exception au principe de la femme-mère

284. Depuis la loi du 8 janvier 1993⁹⁹⁴, l'accouchement secret est permis : « lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé »⁹⁹⁵. En outre, « toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité »⁹⁹⁶. Ces dispositions visant à permettre un accès à leurs origines personnelles aux personnes nées sous X ont été introduites en 2002⁹⁹⁷ et la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité a été supprimée en 2009⁹⁹⁸.

Désormais, l'action en recherche de maternité est permise à l'égard des femmes ayant accouché en demandant le secret de leur identité. Cette disposition est problématique dans l'optique d'une généralisation de la communication d'informations non identifiantes et identifiantes à destination des enfants né sous X. C'est pourquoi le rapport Théry-Leroy, qui propose de recueillir de manière systématique l'identité de la femme qui accouche afin de la communiquer à l'enfant majeur⁹⁹⁹, plaide en faveur d'un rétablissement de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité afin d'assurer aux femmes qui accouchent dans le secret que la procédure fait obstacle à l'établissement, ultérieur, de leur maternité. Il est d'ailleurs mis en exergue le fait « qu'une recherche des origines ne saurait être confondue avec une recherche de filiation »¹⁰⁰⁰.

Les justifications avancées en 2009 pour supprimer la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité tiennent étrangement aux rapports entre les femmes et les hommes. Ainsi, est mise en perspective la possibilité offerte aux femmes qui accouchent d'échapper à leur maternité alors qu'aucune fin de non-recevoir n'existe concernant l'action en recherche de paternité. Pour une partie de la doctrine, « on peut en particulier se demander si la nouvelle loi française ne contrevient pas aux dispositions des articles 8 et 14 [de la Convention européenne des droits de l'homme], étant observé d'une part que la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité repose sur la seule volonté de la mère et, d'autre part, qu'il n'existe plus en droit

⁹⁹⁴ Article 341-1 du Code civil (ancienne version).

⁹⁹⁵ Article 326 du Code civil.

⁹⁹⁶ Article L. 222-6 alinéa 1er du Code de l'action sociale et des familles.

⁹⁹⁷ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

⁹⁹⁸ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, article 1er.

⁹⁹⁹ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 263 : la communication de l'identité de la femme qui a accouché sous X « serait de droit, mais seulement à la majorité de l'enfant, garantissant à celle-ci le maintien de son anonymat pendant 18 ans ».

¹⁰⁰⁰ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 85.

français de fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité »¹⁰⁰¹. Cet argument a été repris par la suite car la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité instituerait « une discrimination entre hommes et femmes fréquemment dénoncée comme contraire à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales »¹⁰⁰². Pour savoir si l'accouchement sous X constitue une discrimination entre les femmes et les hommes, il convient de comparer la situation dans laquelle les femmes et les hommes se trouvent en matière de parenté. Or, comme le souligne le rapport Théry-Leroy, « un tel argument est pourtant discutable, au motif très simple que la femme et l'homme ne sont pas placés dans la même situation, la femme portant l'enfant. Il faut aussi relever que le prétendu équilibre qui aurait été créé par la loi de 2009 entre l'homme et la femme n'en est pas un : en pratique, l'action en recherche [de maternité] n'a que très peu de chances d'aboutir à l'encontre de la femme qui accouche sous X, l'enfant étant adopté, ou s'il ne l'est pas, se trouvant devant l'impossibilité de retrouver l'identité de sa mère »¹⁰⁰³. Le dernier argument est avancé en réponse à la Cour de cassation, qui a refusé de renvoyer une QPC au sujet de l'article 337 du Code civil relatif à l'action en recherche judiciaire de paternité hors mariage¹⁰⁰⁴. En effet, la Haute juridiction judiciaire estime que « la question posée ne présente pas de caractère sérieux au regard du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, dès lors que la maternité hors mariage est susceptible d'être judiciairement déclarée, comme la paternité hors mariage et dans les mêmes conditions procédurales, y compris en cas d'accouchement dans le secret, lequel ne constitue plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité »¹⁰⁰⁵.

285. L'adage latin « *mater semper certa est* » et les dispositions de l'article 311-25 du Code civil contribuent pleinement à ce que l'accouchement soit « la seule vérité incontestable et créatrice que reconnaît le droit français dans la filiation »¹⁰⁰⁶. L'accouchement sous X apparaît comme une exception à ce principe qui ancre de manière rigoureuse et profonde le stéréotype selon lequel la femme qui accouche est une mère en puissance. Au contraire, la paternité apparaît bien moins solide et cela explique alors la multiplicité des fondements possibles : l'importance accordée à la volonté est balancée par le souci d'assurer à l'enfant une source de subsistance. L'inscription des techniques de PMA dans les règles d'établissement de la filiation de droit commun renforce les fondements différenciés de la maternité et de la paternité et par conséquent, les stéréotypes de genre. En effet, la PMA avec don d'ovocyte consacre explicitement le fait que la maternité

¹⁰⁰¹ Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, « L'article 8 de la Conv. EDH et l'état civil dans les États de la CIEC », *RTD eur.*, 1997, p. 653 ; argument repris par Ségolène PERRIN, « Établissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH », *AJ Famille*, 2012, p. 23 : « La contrariété de cette disposition avec la Convention européenne des droits de l'homme avait régulièrement été soulevée en ce qu'elle introduisait une discrimination entre la femme et l'homme, ce dernier ne pouvant jamais se soustraire aux conséquences de sa paternité ».

¹⁰⁰² Rapp. Sénat, n° 145, par H. de Richemont, p. 32.

¹⁰⁰³ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁰⁴ Cass., 1^{ère} Civ., 28 mars 2013, n°13-40001.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁶ Marcela IACUB, *op. cit.*, p. 169.

correspond au lien gestationnel alors que le lien génétique est retenu en matière de paternité. La prohibition de la GPA s'inscrit dans le prolongement de ce dispositif juridique qui fait concorder maternité et accouchement. Alors que le projet parental exprime de manière identique la volonté de deux personnes d'accéder à la parenté, les règles d'établissement de la filiation qui s'appliquent, à savoir celles du droit commun, prennent appui concernant la femme sur sa nature de mère. Ainsi, la délimitation des techniques reproductives autant que leur inscription dans le droit commun renforcent les stéréotypes de genre : d'un côté, la maternité est perçue comme « naturelle », à travers son fondement biologique, l'accouchement alors que, au contraire, les règles relatives à la filiation paternelle reposent, quant à elles, sur un fondement volontariste.

§II. La filiation paternelle, entre la volonté d'être père et l'obligation de soutien financier

286. L'établissement de la paternité après le recours à une PMA avec don de sperme s'inscrit au sein du droit commun de la filiation paternelle et renforce le fondement volontariste de ces règles. Lors de l'établissement de la filiation, le droit commun s'applique au projet parental réalisé par PMA avec recours à un don de sperme. Cela conduit notamment à mettre en exergue le fait que l'établissement non contentieux de la paternité, par présomption de paternité du mari ou reconnaissance, s'avère être relativement volontariste. En revanche, dans le contentieux relatif au lien de filiation paternelle, il apparaît que, ce n'est plus tant la volonté, que la perspective d'assurer à l'enfant une filiation à l'égard d'un homme qui pourrait subvenir à ses besoins qui prime. Les fondements entre la maternité et la paternité apparaissent clairement différenciés et si, la maternité trouve dans l'accouchement un fait biologique incontestable, au contraire, la paternité nécessite plusieurs fondements : la volonté est ainsi le fondement premier (A) et c'est à titre subsidiaire que le recours au fondement biologique est utilisé pour contraindre l'homme à être le soutien financier du foyer (B).

A. Etablissement non contentieux de la paternité

287. Selon les règles du droit commun de la filiation, applicable également en cas de projet parental réalisé par recours aux techniques de PMA, l'établissement non contentieux de la paternité se fait selon plusieurs modalités. Pour chacune de ces modalités d'établissement de la filiation paternelle, la volonté de l'homme est présente. Lorsque que le projet parental a été réalisé par le biais d'une PMA avec don de sperme, l'établissement de la paternité selon les règles de droit commun renforce le fondement volontariste de chacun de ces modes (a). En outre, le fondement volontariste à la paternité trouve, en France, une expression paroxysmique en cas d'accouchement sous X, puisque la volonté de l'homme d'être père peut alors contrarier celle de la femme de ne pas être mère (b).

a. Renforcement du caractère volontariste de l'établissement de la filiation paternelle

288. Le renforcement du caractère volontariste de l'établissement de la filiation paternelle par le biais des techniques de PMA avec recours à un donneur de sperme passe par deux biais. D'une part, l'établissement de la filiation paternelle en cas de recours à un don de sperme correspond à un agencement juridique pour lequel la filiation est fondée uniquement sur la volonté, en connaissance de l'absence de lien biologique. D'autre part, cette situation inédite où la filiation est sciemment établie en fonction du seul fondement volontariste et en négation de tout lien biologique conduit à modifier le sens des modalités d'établissement par le biais desquelles elle est établie.

Après un don de sperme, la filiation paternelle s'établit selon le droit commun : le mode d'établissement de la paternité diffère selon la forme juridique du couple. Lorsque le couple est marié, l'homme, co-auteur du projet parental, bénéficie de la présomption de paternité. En droit suisse où le don de sperme est réservé aux seuls couples mariés¹⁰⁰⁷, l'établissement de la filiation paternelle se fait nécessairement par le biais de la présomption de paternité¹⁰⁰⁸ –qui devient inattaquable¹⁰⁰⁹. Au lieu de l'établissement par présomption de paternité du mari, en France, l'homme co-auteur du projet parental s'il n'est pas marié avec la femme peut faire établir son lien de filiation par le biais d'une reconnaissance ou à défaut par possession d'état. Toutefois, il paraît plus vraisemblable que l'établissement se fasse par reconnaissance, avant la naissance ou rapidement après. À défaut de reconnaissance, la paternité sera établie judiciairement¹⁰¹⁰. De la sorte, l'établissement de la filiation paternelle en cas de recours à un don de sperme repose sur un fondement unique, à savoir la volonté. Celle-ci n'est néanmoins pas mise en avant en l'absence de contentieux et n'intervient qu'à titre subsidiaire pour éviter que le conjoint remette en cause la présomption de paternité ou que le partenaire ou compagnon ne reconnaisse pas l'enfant ou conteste ultérieurement le lien de filiation établi par ce biais. Ainsi, le consentement donné au juge ou au notaire concernant la mise en œuvre de la technique de PMA « nécessitant l'intervention d'un tiers donneur »¹⁰¹¹ est le fondement de la filiation paternelle. Seule l'existence d'un adultère peut substituer à ce fondement volontariste un fondement biologique : il faudra alors que l'homme, co-auteur du projet parental, prouve « que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet »¹⁰¹². À défaut, l'homme, co-auteur du projet parental, ne pourra pas contester sa paternité et s'il ne reconnaît pas l'enfant, sa responsabilité est engagée envers la femme et l'enfant et « en outre, sa

¹⁰⁰⁷ Suisse, LPMA, Article 3, 3 : « Seul un couple marié peut recourir à un don de sperme ».

¹⁰⁰⁸ Suisse, Article 255, A, 1 du Code civil : « l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari ».

¹⁰⁰⁹ Suisse, Article 256, B, I, 3 du Code civil : « Le mari ne peut intenter l'action s'il a consenti à la conception par un tiers. La loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée est réservée en ce qui concerne l'action en désaveu de l'enfant ».

¹⁰¹⁰ Article 311-20 du Code civil.

¹⁰¹¹ Article 311-20 alinéa 1er du Code civil.

¹⁰¹² Article 311-20 alinéa 2 du Code civil.

paternité est judiciairement déclarée »¹⁰¹³. Le fondement de la filiation paternelle après PMA est alors subsumé dans le consentement préalablement donné à une PMA au juge ou au notaire.

Par ailleurs, l'établissement de la filiation paternelle à l'égard de l'enfant né d'un don de sperme, en se faisant selon les règles du droit commun de la filiation, renforce le fondement volontariste des différents modes d'établissement de la paternité. D'aucuns pourraient même affirmer que les techniques de PMA hétérologues changent le sens de certains mécanismes juridiques du droit commun permettant d'établir la filiation paternelle. Ainsi en est-il de la présomption de paternité du mari. Il s'agit d'un mode d'établissement par effet de la loi, c'est-à-dire automatique. La présomption est fondée sur le mariage selon l'adage romain « *pater is est, quem nuptiae demonstrant* » (le père est celui que le mariage désigne) : c'est en effet à partir de ce fait connu, l'homme est marié avec la mère, que l'on en déduit un fait inconnu, le mari est le père de l'enfant¹⁰¹⁴. Toutefois, ce n'est pas tant le mariage que ses effets qui permettent à la présomption de prospérer. Ainsi, les époux sont tenus à la fois d'un devoir de fidélité¹⁰¹⁵ et d'un devoir de communauté de vie¹⁰¹⁶. Certains auteurs rajoutent comme fondement à la présomption de paternité, la vraisemblance et parle d'une présomption de vérité¹⁰¹⁷. Cet aspect –bien que peu explicite si ce n'est à considérer que statistiquement la paternité du mari n'est pas remise en cause–, est toutefois illustré par la condition supplémentaire à remplir pour que la présomption joue, à savoir la désignation du mari en qualité de père dans l'acte de naissance de l'enfant¹⁰¹⁸. Il apparaît alors que, dans le cadre du mariage, la paternité du mari à l'égard de l'enfant né de l'épouse est établie concomitamment à la filiation maternelle et selon une procédure simplifiée. Pour les couples mariés ayant recours à une PMA avec don de sperme, l'établissement de la filiation paternelle peut se faire par présomption, à partir du moment où le mari est désigné comme père dans l'acte de naissance. Dans ce cadre, les époux sont également soumis aux effets et devoirs du mariage ; toutefois, les fondements sous-jacents, à savoir les devoirs de communauté de vie et de fidélité laissant supposer que le mari est le géniteur de l'enfant, sont

¹⁰¹³ Article 311-20 du Code civil.

¹⁰¹⁴ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, PUF, 10e éd., 2014, entrée « présomption », p. 795 : « Conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu (p. ex. la date de naissance et celle du mariage) à un fait inconnu (par ex. la paternité) dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier, procédé technique qui entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu (a. 1352), difficile ou impossible à établir directement, à charge de rapporter la preuve plus facile du fait connu (d'où un déplacement de l'objet de la preuve) mais sous réserve, lorsque la présomption est réfragable, de la preuve, par son adversaire, de l'inexistence du fait inconnu présumé (d'où, en ce cas, un renversement de la charge de la preuve). Le terme désigne à la fois la démarche inductive de celui (législateur ou juge) qui pose ou admet la présomption et la preuve qui en résulte (la preuve induite) ».

¹⁰¹⁵ Article 212 du Code civil.

¹⁰¹⁶ Article 215 du Code civil.

¹⁰¹⁷ Raymond LE GUIDE et Gérard CHABOT, « Filiation (2° modes extrajudiciaires d'établissement » in Dalloz, Répertoire de droit civil, janvier 2009, mise à jour en mars 2014, §47 ; voir aussi de manière plus générale, François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8e éd., 2011, pp. 365 et s, spéc. p. 365 : « À la différence du principe d'égalité, érigé en principe général fondamental placé en tête des dispositions relatives à la filiation naturelle, le principe de vérité n'est nulle part énoncé explicitement dans la loi. Mais il sous-tend le droit français contemporain de la filiation et fonde en général le système de la filiation, sous réserve de telle ou telle limite » ; la présomption de paternité est citée en exemple p. 373.

¹⁰¹⁸ Article 313 du Code civil.

nécessairement absents. Deux hypothèses peuvent alors être proposées. Le don de sperme change le sens de la présomption de paternité : la présomption devient sciemment fiction dans la mesure où il est connu que le mari n'est pas le géniteur. Au contraire, le mécanisme de déduction propre à la présomption reste identique mais les fondements de la paternité changent : le mari est le père de l'enfant car il a vocation, dans le cadre du mariage, à fonder une famille et élever les enfants qui y naîtront. Ce fondement ne semble pas si éloigné de la philosophie générale qui préside à l'existence de la présomption de paternité du mari¹⁰¹⁹. Néanmoins, les aspects purement biologiques sont passés sous silence, au profit de l'intention plus générale –et intrinsèque au mariage– des époux à devenir parents. L'établissement de la filiation paternelle après PMA avec don de sperme par présomption de paternité nie le fondement biologique sous-jacent et y substitue un fondement volontariste. Toutefois, il serait inexact de dire que le fondement volontariste était auparavant entièrement absent de la présomption de paternité. Au contraire, la condition tenant à la désignation du mari en qualité de père dans l'acte de naissance laisse une marge de manœuvre aux deux membres du couple : la présomption de paternité peut être utilisée pour faire établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant de son épouse alors qu'il est issu d'un autre homme. Ce mécanisme a ainsi permis à des couples dont le mari était stérile d'accéder à la parenté, avant la médicalisation du recours au don de sperme. Une certaine continuité peut ainsi être perçue dans les pratiques. Néanmoins, cette fois, le mécanisme est institutionnalisé : conçu par le législateur, il a une existence juridique explicite.

De même, l'établissement de la filiation paternelle à l'égard de l'enfant conçu à partir d'un don de sperme par le biais de la reconnaissance renforce le fondement volontariste de ce mode d'établissement de la filiation de droit commun. La reconnaissance est définie comme « une manifestation de volonté par laquelle une personne accepte de tenir pour établie une situation préexistante de fait (lien de filiation) »¹⁰²⁰ ou peut encore désigner l'« acte unilatéral déclaratif de cette situation »¹⁰²¹. La volonté est un des fondements évidents de la reconnaissance, toutefois, ce n'est pas le seul. En effet, il convient de garder à l'esprit le fait que « la paternité hors mariage ne peut (...) être établie volontairement que par reconnaissance »¹⁰²². C'est le « mode principal d'établissement de la paternité, pour les parents non mariés, depuis la réforme de 2005 »¹⁰²³ et parmi les reconnaissances, certains hommes sont les géniteurs et d'autres non. Dans tous les cas, la reconnaissance laisse entendre de la part de son auteur qu'il est le géniteur

¹⁰¹⁹ Françoise BOUVIER, « À la recherche de la paternité », *RTD civ.*, 1990, p. 394 : « si le fondement de la présomption de paternité reste incontestablement le mariage, c'est non seulement parce qu'il y a une reconnaissance-admission anticipée des enfants de sa femme par le mari, mais aussi parce que corollairement existe une reconnaissance-admission anticipée du mari comme père de ses enfants par l'épouse ».

¹⁰²⁰ Gérard Cornu (dir.), *op. cit.*, p. 772.

¹⁰²¹ *Ibidem*.

¹⁰²² Raymond LE GUIDE et Gérard CHABOT, *op. cit.*, §86.

¹⁰²³ Elisa VIGANOTTI, *op. cit.*

de l'enfant et c'est pourquoi certains auteurs interprètent la reconnaissance comme un aveu de paternité¹⁰²⁴. Il est alors possible de définir plus spécifiquement « la reconnaissance volontaire d'enfant » comme « l'acte par lequel l'auteur déclare vouloir considérer l'enfant désigné comme étant le sien par le sang. Elle contient essentiellement de sa part un aveu, et par là même, en conséquence du lien parental, un engagement à l'égard de l'enfant »¹⁰²⁵. L'engagement parental résulterait alors de l'aveu et non pas de l'acte de volonté lui-même : la volonté intervient ainsi en amont mais ne fonde pas le lien de filiation, c'est bien le lien biologique qui est censé exister et être reconnu. Pourtant, lorsque la reconnaissance est utilisée à la suite d'un don de sperme pour établir la filiation à l'égard de l'homme, co-auteur du projet parental, celui-ci reconnaît qu'il est bien le père d'un point de vue de l'engagement pris initialement. Ainsi, la reconnaissance est sciemment utilisée comme modalité d'établissement de la filiation avec pour fondement exclusif et assumé la volonté.

289. En cas de recours à un don de sperme, le fondement volontariste de la filiation paternelle devient exclusif et permet d'établir la paternité en mariage par présomption et hors mariage par reconnaissance. L'inscription de la PMA avec don de sperme dans ce cadre de droit commun de la filiation modifie ainsi le sens de ces mécanismes d'établissement de la filiation paternelle, en effaçant totalement la possibilité d'existence d'un fondement biologique. Pour autant, le fondement volontariste à la paternité existe déjà dans le droit commun et l'établissement de la filiation paternelle après PMA ne fait que renforcer ce fondement, marquant un stéréotype de genre important entre « ce qui fait un père » et « ce qui fait une mère ». À ce titre, les contentieux qu'il y a eu autour de la filiation paternelle d'un enfant dont la mère a accouché sous X sont éclairants.

b. Une volonté qui peut contrarier celle de la femme accouchant sous X

290. Le rapport entre le géniteur d'un enfant et la femme qui accouche sous X met en exergue les rapports sociaux de sexe qui sont à l'œuvre en matière de filiation. Pour échapper à sa condition de mère, la femme peut demander le secret de son accouchement¹⁰²⁶. Cette possibilité reconnue aux femmes prive alors souvent de fait le géniteur d'un quelconque accès à l'enfant : accès en termes de connaissance de la grossesse d'abord, accès physique à l'enfant né après l'accouchement et accès juridique enfin s'il souhaite faire établir un lien de filiation. Lors de la reconnaissance juridique de l'accouchement secret en 1993 –marquée par son entrée dans le Code civil–, la question du géniteur ne semble pas avoir fait l'objet de débat. L'accouchement

¹⁰²⁴ Raymond LE GUIDE et Gérard CHABOT, *op. cit.*, §92 : « Il y a ainsi un double aspect faisant relever que la reconnaissance est ensemble une « reconnaissance-confession », pour le passé, et une « reconnaissance-admission » pour l'avenir » ; voir aussi Ambroise COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.*, 1902, p. 257.

¹⁰²⁵ Raymond LE GUIDE et Gérard CHABOT, *op. cit.*, §72.

¹⁰²⁶ Art. 326 du Code civil : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé. »

secret est au contraire introduit comme une exception au principe qui fait de toute femme qui accouche la mère de l'enfant, pas le biais quasi-automatique de la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance.

Pourtant, l'existence de l'accouchement sous X est souvent décriée et décrite comme la marque de la primauté de la maternité sur la paternité¹⁰²⁷. Il s'agirait d'un privilège « exercé [par la femme] dans son seul intérêt au mépris de celui de l'enfant et de celui du père, cette faculté discrétionnaire est une prérogative exorbitante »¹⁰²⁸. Plus étrangement encore, une partie de la doctrine prend cet exemple pour illustrer les inégalités entre les sexes en droit de la famille voire les discriminations que les hommes subissent dans ce domaine. Le contentieux relatif à l'effectivité de la reconnaissance prénatale effectuée par un homme dont l'enfant est né sous X a permis à la doctrine de s'exprimer sur cette tension entre « les nouvelles amazones »¹⁰²⁹ et ces « pauvres pères »¹⁰³⁰. Revenons d'abord sur l'affaire Benjamin : une femme et un homme ont une aventure et se séparent lors du cinquième mois de grossesse. Par la suite, le 13 mars 2000, l'homme reconnaît devant l'officier d'état civil de sa commune l'enfant à naître de cette femme et cette dernière accouche anonymement de l'enfant le 14 mai 2000. L'homme s'adresse ensuite au procureur de la République de Colmar pour retrouver l'enfant et faire établir son lien de filiation par le biais de la reconnaissance prénatale. Le 28 septembre 2000, l'enfant est placé auprès d'un couple en vue de son adoption. Le 18 janvier 2001, l'homme intervient alors auprès de la cellule d'adoption du Conseil général de Meurthe et Moselle puis le 20 juillet 2001, il fait une demande en restitution de l'enfant auprès du préfet. Par un jugement en date du 16 mai 2003, le Tribunal de Grande Instance de Nancy statue sur la demande en restitution formée par l'homme. Les juges reconnaissent alors « que le but de "l'accouchement sous X" est de supprimer tous liens entre l'enfant et sa mère, sans que ses effets doivent être étendus au-delà de son objet, ce au mépris des droits du père naturel »¹⁰³¹. En appel, le jugement est infirmé et en particulier, il est jugé que « l'identification de l'enfant résultant de la seule désignation de la mère, qui est censée n'avoir jamais accouché, en application des dispositions de l'article 341-1 du code civil, est inopérante. Admettre le contraire reviendrait à violer le droit à l'anonymat reconnu par la loi à la mère »¹⁰³². Les positions contradictoires des juges du fond témoignent de la difficulté à articuler la faculté de la femme d'accoucher dans le secret avec celle du géniteur d'établir son lien de filiation. La Cour de cassation tranche le litige au regard d'autres éléments, sans se prononcer directement sur les conséquences de l'accouchement secret. La Haute juridiction judiciaire se place du côté de l'homme, reconnaissant le caractère divisible de la filiation d'un

¹⁰²⁷ Amélie DINOSI-PEYRUSSE et Marc PICHARD, *op. cit.*, pp. 62 et s.

¹⁰²⁸ Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 9e éd., 2007, §63, p. 141, v. également §II26, p. 374 et §II69, p. 418.

¹⁰²⁹ Aline CHEYNET DE BEAUPRE, « Homme et femme il les créa », *D.*, 2008, p. 1216.

¹⁰³⁰ *Ibidem*.

¹⁰³¹ TGI Nancy, 16 mai 2003, *AJ fam.*, 2003, p. 310.

¹⁰³² Nancy, 3e ch. civ., 23 février 2004, n° 03/01590, *D.*, 2004, p. 2249.

enfant et détermine alors le moment à partir duquel la reconnaissance a pris effet, à savoir « à la date de naissance de l'enfant dès lors qu'il a été identifié ». En outre, les juges s'appuient également sur l'article 7-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant et affirme ainsi que « l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents ». De fait, ce raisonnement conduit à refuser de prononcer l'adoption dans la mesure où le consentement du père, qui n'a pas été obtenu, est nécessaire. La divisibilité de la filiation est un point important du jugement car cela permet de ne pas confronter la décision de la femme d'accoucher anonymement à celle de l'homme de reconnaître l'enfant. Cela s'explique pour Monsieur le professeur Jean Hauser par le fait que si « on peut refuser les conséquences d'une maternité, on ne peut refuser l'*existence* d'une maternité parce que c'est un fait qui échappe au droit »¹⁰³³. Néanmoins, l'institution de l'accouchement sous X est elle-même ambiguë et radicale en ce qu'elle laisse justement entendre que l'accouchement n'a pas eu lieu.

L'affaire Benjamin se conclut finalement par le prononcé de l'adoption simple de l'enfant, avec le consentement de son père¹⁰³⁴ et révèle la difficulté pour certains auteurs de percevoir les stéréotypes de genre. En effet, d'aucuns semblent s'arrêter à une lecture assez comptable des facultés accordées aux femmes et aux hommes en matière de filiation sans s'arrêter sur les fondements qui structurent l'ensemble des règles d'établissement de la filiation, comme nous le faisons. Il est alors possible de lire que « la plus frappante des discriminations réside dans l'article 326 du code civil »¹⁰³⁵ et que « l'accouchement sous X est inégalitaire, intrinsèquement et dans ses conséquences »¹⁰³⁶. Il est dénoncé le fait qu'il est plus difficile pour un homme de ne pas assumer sa paternité dans la mesure où la recherche de paternité est permise¹⁰³⁷. Toutefois, cette lecture partielle ne prend pas en compte l'ensemble des dispositions relatives à la filiation et la manière dont les stéréotypes de genre affectent les femmes et les hommes et innervent l'ensemble des règles relatives à la filiation. En particulier, l'accouchement secret s'inscrit dans un corpus juridique plus large marqué par une séparation des rôles sociaux des individus en fonction de leur sexe. Les femmes sont ainsi enfermées dans leur statut naturel de mère, auquel elles ne peuvent échapper que de manière extrême en accouchant dans le secret. Au contraire, la présence des hommes n'est pas nécessaire à l'éducation des enfants : s'ils souhaitent remplir ce

¹⁰³³ Jean HAUSER, « L'identification de l'enfant aux mains de la mère : une expropriation d'enfant d'utilité privée », obs. sous TGI Nancy, 16 mai 2003, *RTD civ.*, 2003, p. 488.

¹⁰³⁴ Jean HAUSER, « *Happy end* dans l'affaire dite "Benjamin" ou que ferait-on sans l'adoption simple ? », *RTD civ.*, 2007, p. 558.

¹⁰³⁵ Aline CHEYNET DE BEAUPRE, *op. cit.*

¹⁰³⁶ *Ibidem*.

¹⁰³⁷ *Ibid.* : « la gestation procure à la femme un avantage qui se transforme en exclusivité. Elle pourra aussi ne pas informer l'homme qu'il a conçu » ou encore « L'accouchement sous X permet à une femme de ne pas assumer sa maternité. Cette faculté n'est pas offerte à l'homme. Si une mère veut forcer un homme à assumer sa paternité, la recherche de paternité de l'article 327 du code civil le lui permet. La réciproque n'est pas vraie. C'est une inégalité juridique, non une différence imposée par la Nature. De même, la protection accordée par la Cour européenne des droits de l'homme à une femme enceinte qui sollicite une interruption de grossesse, bien que fondée sur l'article 8 de la Convention, n'a pas d'équivalent masculin ».

rôle de manière volontaire, tant mieux et sinon, il est effectivement possible de les y contraindre par une action en recherche de paternité ou alors d'obtenir uniquement l'aspect le plus central de la paternité, un soutien financier, par le biais de l'action à fin de subsides. Cette expression de la division sexuée du travail en droit de la filiation conduit à des inégalités en chaîne et s'exprime notamment au niveau de l'organisation de la société par une plus grande implication des femmes dans l'éducation des enfants.

Les conséquences de l'affaire Benjamin ainsi que les modifications apportées par la loi du 22 janvier 2002 sont importantes. Un réel mouvement en faveur des pères tend en effet à remettre en cause la portée du secret de l'accouchement que les femmes ont la faculté de demander. L'exposé des motifs du projet de loi insiste sur l'objectif, qui est « de concilier le droit de toute femme enceinte d'être protégée et d'accoucher en sécurité, dans une confidentialité qui n'est pas remise en cause, et le droit de l'enfant d'accéder à son histoire originaire »¹⁰³⁸. Pourtant, en plus de ce « souci de réversibilité des secrets »¹⁰³⁹, la loi vise à « permettre l'établissement de la paternité du géniteur autant que possible malgré l'absence d'établissement de la filiation envers la mère de naissance »¹⁰⁴⁰. Désormais, « si la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant »¹⁰⁴¹. Même si ces dispositions paraissent difficiles à mettre en œuvre et n'agir qu'à la marge, elles invitent les femmes souhaitant accoucher dans le secret à ne pas prévenir le géniteur de l'existence de l'enfant à naître. Cela semble d'autant plus pertinent qu'il est par ailleurs possible depuis la réforme de 2009 de faire établir un lien de filiation à l'égard de la femme¹⁰⁴². L'accouchement sous X mis en perspective avec la reconnaissance prénatale réalisée par le géniteur permet de mettre en exergue le positionnement de la doctrine sur les facultés dont disposent les hommes et les femmes en matière de filiation. Pour notre part, nous souhaitons au contraire aborder de manière plus globale la place des stéréotypes de genre dans le droit de la filiation et en particulier, la manière dont l'inscription des techniques de PMA dans le droit commun renforce la différenciation des fondements à la parenté selon le sexe du parent. À la maternité naturelle, reposant sur l'accouchement, s'oppose ainsi une paternité construite, où la volonté existe de manière générale. Si, effectivement, la volonté de l'homme ne permet pas nécessairement de se soustraire de l'établissement d'un lien de filiation, il dispose toutefois d'une faculté importante, celle d'établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant auquel

¹⁰³⁸ Assemblée Nationale, Projet de loi relatif à l'accès aux origines personnelles, n° 2870, déposé le 17 janvier 2001.

¹⁰³⁹ Frédérique GRANET, « Né de père inconnu... », *D.*, 2002, p. 1710.

¹⁰⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁴¹ Article 62-1 du Code civil.

¹⁰⁴² La loi du 16 janvier 2009 a ainsi supprimé la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité qui était auparavant prévu par l'article 325 du Code civil.

il n'est pas biologiquement lié. Au contraire, il est impossible pour une femme de devenir mère sans accoucher, sauf à recourir aux procédures d'adoption.

L'étude des fondements des modes non contentieux d'établissement de la filiation paternelle, à savoir la présomption et la reconnaissance de paternité, a montré le rôle accru reconnu à la volonté. L'établissement de la filiation paternelle après un recours à des techniques de PMA avec don de sperme selon les règles du droit commun de la filiation renforce par ailleurs ce fondement volontariste. Le contentieux relatif à la filiation paternelle est, quant à lui, intéressant en ce qu'il illustre la fonction attribuée à la filiation paternelle, fonction que le droit et les juges cherchent à faire remplir aux hommes, à travers deux fondements hiérarchisés, la volonté ou, à défaut, le lien biologique.

B. Contentieux relatif à l'établissement de paternité

291. En matière de contentieux, la filiation paternelle après PMA avec recours à un don de sperme répond à des règles dérogatoires. En effet, en droit français, « 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 »¹⁰⁴³. Autrement dit, la paternité volontaire ne peut être remise en cause que s'il existe un fondement biologique à la filiation paternelle et dans ce cas, l'enfant ne doit pas être issu du don, ni de l'homme co-auteur du projet parental. Bien que spécifiques à la PMA hétérologue, ces règles partagent le même esprit que les règles générales quant au contentieux relatif à la filiation paternelle. En effet, si on étudie plus largement le contentieux relatif à l'établissement de la filiation paternelle, on constate qu'un homme peut aisément prendre la place de père sur le seul fondement de sa volonté à la place du géniteur si celui-ci ne souhaite pas l'occuper (a). Ce n'est que de manière subsidiaire, si aucun homme n'est volontaire pour occuper cette place, que le géniteur pourra être forcé à devenir père sur le seul fondement de son rattachement biologique à l'enfant (b).

a. La paternité volontaire peut être mensongère

292. La présomption de paternité et la reconnaissance sont deux mécanismes qui permettent d'établir la filiation paternelle sans qu'il existe nécessairement un fondement biologique au lien de filiation. À partir de l'exemple de la reconnaissance mensongère, nous souhaitons montrer que la paternité volontaire peut être mensongère, c'est-à-dire effectuée par un homme qui sait qu'il n'est pas le géniteur de l'enfant, et que ce n'est pas considéré comme une fraude par le ministère public. La Cour de cassation a en effet refusé de sanctionner ce type de comportement

¹⁰⁴³ Article 311-20 alinéa 2 du Code civil.

comme un faux en écriture publique¹⁰⁴⁴. Par ailleurs, le ministère public ne semble pas considérer les reconnaissances mensongères comme des fraudes et ce positionnement révèle le primat accordé au fondement volontariste de la paternité sur le fondement biologique. Ainsi, la circulaire de présentation de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation permet de définir ce qu'il faut entendre par un comportement frauduleux en matière d'établissement de la filiation paternelle¹⁰⁴⁵. À propos de l'article 336 du Code civil qui permet au ministère public d'agir « en cas de fraude à la loi »¹⁰⁴⁶, la circulaire explique que « constitue une reconnaissance frauduleuse toute reconnaissance souscrite par son auteur en vue de se procurer un avantage particulier et dont la finalité est étrangère à l'intérêt de l'enfant et à son éducation. Il en est par exemple ainsi en cas de reconnaissances multiples d'enfants afin de permettre l'acquisition d'un titre de séjour ou la nationalité française »¹⁰⁴⁷. Il est alors clairement précisé, que, « en revanche, dès lors que l'auteur de la reconnaissance s'engage par cet acte à assumer les conséquences du lien de filiation ainsi établi, la reconnaissance mensongère ne porte pas atteinte à l'ordre public et ne peut être contestée par le ministère public »¹⁰⁴⁸. Le caractère mensonger de la reconnaissance n'est pas suffisant pour caractériser l'existence d'une fraude. Cela semble faire par ailleurs écho aux éléments de définition de la fraude en droit commun¹⁰⁴⁹. La fraude, définie en doctrine comme supposant « la volonté délibérée de se soustraire à une règle obligatoire »¹⁰⁵⁰, n'est en effet pas reconnue en matière de reconnaissance mensongère. Pour justifier la limitation de l'ingérence du ministère public en matière de reconnaissance mensongère ou de complaisance, la notion d'« intérêt rival » peut être mobilisée¹⁰⁵¹ : ce critère a été utilisé dans un arrêt fondateur du 17 décembre 1913¹⁰⁵². En l'espèce, un homme reconnaissait des enfants en Indochine, contre rémunération, pour leur

¹⁰⁴⁴ Hugues FULCHIRON, « Vérité contre stabilité des filiations ? », *D.*, 2013 p. 2958, à propos de Crim. 8 mars 1988, JCP 1988. II. 21162, note crit. W. Jeandidier : « La reconnaissance mensongère, si commune et si pratique que la Cour de cassation refuse de la sanctionner comme un faux en écriture publique, constitue-t-elle vraiment une fraude ? ».

¹⁰⁴⁵ Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, CIV 2006-13 C1/30-06-2006, 30 juin 2006.

¹⁰⁴⁶ Article 336 du Code civil : « La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi ».

¹⁰⁴⁷ Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, CIV 2006-13 C1/30-06-2006, 30 juin 2006.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*.

Ces éléments sont confirmés par une réponse du Ministère de la justice, Réponse ministérielle à la question écrite n° 23432 de M. Philippe Goujon, « Reconnaissances de paternité de complaisance », JO Sénat du 20/07/2006, p. 1966 : « Le garde des sceaux, ministre de la justice, fait connaître à l'honorable parlementaire que *le droit de la filiation ne conditionne pas la validité de la reconnaissance de paternité ou de maternité à la preuve de la vérité biologique de la filiation ainsi établie*. Si l'auteur de la reconnaissance s'engage par cet acte à assumer toutes les conséquences juridiques résultant de la filiation et que la reconnaissance n'est pas contestée, elle peut valablement établir un lien de filiation qui n'est pas conforme à la vérité biologique. Toutefois, les reconnaissances frauduleuses d'enfants souscrites par des personnes dont l'intention n'est pas d'assumer les obligations et responsabilités parentales mais de rechercher un avantage lié à la qualité de parent sont manifestement contraires à l'ordre public et à l'intérêt de l'enfant ».

¹⁰⁴⁹ Géraldine VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *Droit de la famille*, n° 4, Avril 2009, étude 18.

¹⁰⁵⁰ José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 127.

¹⁰⁵¹ Géraldine VIAL, *op. cit.*

¹⁰⁵² Cass. civ., 17 déc. 1913 : DP 1914, 1, 261, note Binet ; S. 1914, 1, 153, note Ruben de Couder.

permettre d'acquérir des droits en tant que citoyens français. Le procureur général d'Indochine a alors agi en nullité de ces reconnaissances mensongères et la Cour de cassation juge irrecevable l'action du Ministère public aux motifs que « le droit d'action ne s'explique et ne se justifie que dans les circonstances où l'ordre public est directement et principalement intéressé, à l'occasion de faits qui y portent une grave atteinte, sans léser aucun intérêt rival »¹⁰⁵³. Les juges prennent alors la peine de définir un périmètre à l'ordre public familial : « les questions de paternité et de filiation intéressent moins l'ordre public que l'honneur et le repos des familles qui doivent être protégés par la loi contre toute atteinte »¹⁰⁵⁴. Si les reconnaissances mensongères ne constituent pas des fraudes, c'est parce qu'il est reconnu dans l'intérêt de l'enfant d'avoir une filiation bilinéaire avec une branche paternelle remplie de manière volontaire. C'est l'engagement de l'homme à assumer la paternité de l'enfant qui permet dans ces situations de fonder le lien de filiation.

L'importance accordée à cet engagement est également illustrée par le fait qu'une annulation de reconnaissance mensongère peut engager la responsabilité de l'homme. D'aucuns insistent sur la constance de cette jurisprudence : « de longue date, la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 4 juillet 2005 a, en effet, estimé qu'en souscrivant une reconnaissance qu'il savait être contraire à la réalité biologique, l'auteur de celle-ci contractait l'engagement de se comporter comme un père à l'égard de l'enfant ; par suite, l'inexécution de cet engagement a toujours été considérée comme une faute de l'auteur de la reconnaissance, justifiant l'engagement de la responsabilité de ce dernier tant envers l'enfant qu'envers sa mère »¹⁰⁵⁵. L'engagement, qui rend inattaquables les reconnaissances mensongères par le ministère public, a une portée en matière de responsabilité civile de l'auteur. Cette solution prétorienne a par ailleurs été transposée pour l'établissement de la filiation paternelle après recours à une PMA avec don de sperme et est consacrée au niveau législatif. Ainsi, « celui 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 »¹⁰⁵⁶. La révocation de l'engagement de l'homme d'assumer la charge de l'enfant engage sa responsabilité, de la même manière qu'il s'agisse d'une reconnaissance mensongère ou d'un recours à un don de sperme. En l'absence de fondement biologique, le fondement volontariste est, par ce biais, nettement valorisé afin de sécuriser le lien de filiation.

Le contentieux –négatif et positif– ayant trait aux reconnaissances mensongères montre que la volonté est un fondement très important de la filiation paternelle et que les autorités publiques

¹⁰⁵³ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁴ *Ibid*.

¹⁰⁵⁵ Raymond LE GUIDEDEC et Gérard CHABOT, *op. cit.*, §183 ; voir en ce sens : Cass., 1ère Civ., 4 mars 1981, Bull. civ. I, n° 81 ; 21 juill. 1987, *ibid.* I, n° 246, Rapp. annuel C. cass., p. 135, D. 1988. 225, note J. Massip ; 6 déc. 1988, Bull. civ. I, n° 348, Rapp. annuel C. cass., p. 152, D. 1989. 317, note J. Massip ; 10 juill. 1990, Bull. civ. I, n° 196 ; Paris, 28 sept. 2006, AJ fam. 2006. 426, obs. F. C.

¹⁰⁵⁶ Article 311-20 alinéa 4 du Code civil.

le respectent dans la mesure où cela garantit à l'enfant une filiation paternelle dont la fonction de soutien est indéniable. Seule la terminologie, à savoir reconnaissance mensongère ou de complaisance, témoigne du fondement biologique de la paternité et du fait qu'il est absent. Toutefois, cette absence n'a pas le même poids qu'en matière de filiation maternelle. Ainsi, comme le remarque à juste titre, Madame Marcela Iacub, « rien n'atteste mieux la dissymétrie entre le régime de la vérité paternelle et celui de la vérité maternelle que le fait que les fausses paternités, même si elles sont volontaires, ne peuvent en aucun cas être considérées comme un crime ou un délit, alors qu'une femme qui mentirait sur un accouchement commet une infraction pénale »¹⁰⁵⁷. Ainsi, la paternité repose principalement sur la volonté, que le projet parental ait été réalisé ou non à partir d'un don de sperme. Lorsque le projet parental est réalisé à partir d'un don de sperme, le fondement volontariste de la paternité est indéniablement renforcé. Le caractère construit de la paternité qui permet à un homme de devenir père de n'importe quel enfant sans filiation paternelle tranche nettement avec l'impossibilité pour une femme de devenir mère en absence d'accouchement. Ainsi, même lorsque l'enfant est issu d'un projet parental qui exprime de la même manière la volonté d'un homme et d'une femme de devenir parent, le droit de la filiation différencie les fondements à la parenté selon le sexe du parent. Le caractère construit de la paternité, qui repose principalement sur la volonté de l'homme, est parfois masqué par la place prépondérante acquise ces dernières années par l'expertise biologique en matière de recherche de paternité.

b. La recherche par expertise du géniteur en l'absence de père

293. L'action en recherche de paternité est en effet souvent prise comme exemple pour illustrer le fait que les géniteurs ne peuvent pas se soustraire de leurs responsabilités et échapper à leur paternité. Cet élément doit toutefois être relativisé dans la mesure où le fondement biologique est utilisé de manière subsidiaire, en cas de contentieux uniquement. La faculté offerte aux femmes d'accoucher dans le secret est un tempérament au principe de l'accouchement, fait générateur indirect et innommé de la maternité. Par exception, les femmes peuvent ne pas être désignée comme étant la mère de l'enfant dont elles accouchent mais elles n'ont pas la possibilité pour devenir mère que d'adopter un enfant ou de le mettre au monde. Au contraire et en opposition au caractère nécessairement naturel et donné de la maternité, la paternité est construite : si aucun homme n'est volontaire pour assumer le rôle du père, alors le géniteur pourra être recherché afin qu'il remplisse la fonction de soutien financier pour l'enfant. Ainsi, l'expertise biologique est de droit en matière de contentieux et illustre l'objectif du droit de la filiation, à savoir donner à chaque enfant un père. Le délai de prescription relativement court tend à relativiser la portée de ce mode probatoire et témoigne du fait que l'exercice effectif de la paternité est *in fine* le critère décisif. Autrement dit, lorsque la branche paternelle est libre, la

¹⁰⁵⁷ Marcela IACUB, *op. cit.*, p. 173.

paternité est recherchée et lorsqu'elle est remplie depuis un certain temps, le fondement biologique n'est plus pertinent.

Depuis son introduction en droit français¹⁰⁵⁸, la place prise par l'expertise biologique au sein des contentieux relatifs à la filiation n'a cessé de croître jusqu'à être consacrée par la jurisprudence. Depuis 2000, « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation »¹⁰⁵⁹. Seul un motif légitime peut justifier le refus des juges d'y procéder. Ce revirement de jurisprudence en matière de contestation de reconnaissance paternelle est confirmé¹⁰⁶⁰ et étendu à d'autres types d'actions où l'existence d'une preuve administrative était jusqu'alors nécessaire¹⁰⁶¹. Avant l'adoption de la réforme de la filiation en 2005, la Cour de cassation ouvre largement l'accès à l'expertise biologique en matière de contestation de filiation paternelle¹⁰⁶². Le recours à l'expertise biologique est également de droit lorsqu'il s'agit de rétablir la présomption de paternité du mari lorsque celle-ci a été écartée¹⁰⁶³ ou encore pour une action à fins de subsides¹⁰⁶⁴. Concernant l'action à fins de subsides, l'expertise biologique vise à prouver l'existence entre la mère et le défendeur de relations sexuelles pendant la période légale de conception¹⁰⁶⁵. Ainsi, l'expertise biologique est bien utilisée pour donner un père, ou à défaut un soutien financier, à l'enfant et à la mère qui l'élève et c'est alors, à titre subsidiaire, le fondement biologique qui sert de fondement à la paternité.

L'expertise biologique joue certes un rôle primordial en matière de filiation paternelle. Elle met en exergue l'importance du fondement biologique et son recours de droit en cas de contentieux. Néanmoins, il convient de relativiser la place prise par cette dernière au vu de l'existence du délai de prescription relativement court concernant l'action en recherche de paternité. En effet, s'il est toujours permis par le biais de l'expertise biologique d'avoir connaissance avec certitude

¹⁰⁵⁸ La loi du 16 novembre 1912 (DP 1912. 4. 113) a introduit le principe de l'action en recherche de paternité puis la loi du 3 janvier 1972 sur la recherche en paternité, inscrit à l'article 340 du Code civil, quatre cas d'ouverture à la recherche en paternité : 1° en cas d'enlèvement ou de viol de la mère pendant la période légale de conception ; 2° en cas de séduction dolosive ; 3° lorsqu'il existe un écrit propre à établir la paternité de manière non équivoque ; 4° en cas de concubinage ; 5° en cas de participation à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant et quatre fins de non-recevoir : l'inconduite notoire de la mère, le commerce de celle-ci avec un autre individu, l'impossibilité physique de cohabitation et l'impossibilité de la paternité établie par un examen des sangs ou toute autre méthode médicale certaine (C. civ., anc. art. 340-1, réd. L. 3 janv. 1972). Enfin, la loi du 8 janvier 1993 supprime les cas d'ouverture et les remplace par la nécessité de rapporter l'existence de présomptions ou indices graves (C. civ., anc. art. 340, al. 2, réd. L. 8 janv. 1993), abroge l'art. 340-1 du Code civil et supprime les fins de non-recevoir correspondantes.

¹⁰⁵⁹ Cass., 1ère Civ., 28 mars 2000, n°98-12806.

¹⁰⁶⁰ Cass., 1ère Civ., 30 mai 2000, n°98-16.059.

¹⁰⁶¹ Cass., 2e Civ., 7 mars 2002, n° 00-15.978.

¹⁰⁶² Cass., 1ère Civ., 12 mai 2004, n°02-16.152.

¹⁰⁶³ Cass., 1ère Civ., 29 mai 2001, n° 99-21.830, Bull. civ. I, n° 152 ; D. 2002. 1588, note Cocteau-Senn ; D. 2002. 2018, obs. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2001. 872, obs. Hauser.

¹⁰⁶⁴ Cass., 1ère Civ., 14 juin 2005, n° 04-13.901, Bull. civ. I, n° 254 ; D. 2006.1139, obs. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2005. 584, obs. Hauser et Cass. 1ère Civ., 14 juin 2005, n° 03-12.641, Bull. civ. I, n° 253 ; Dr. fam. 2005. 182, note Murat ; JCP 2005. IV, n°s 2732 à 2734 ; D. 2006. 1139, obs. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2005. 584, obs. Hauser ; confirmé par Cass., 1ère Civ., 12 déc. 2007, n° 07-14.616.

¹⁰⁶⁵ Article 342 alinéa 1er du Code civil : « Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception ».

de la paternité fondée sur la biologie, ce n'est possible que lorsque l'action est recevable¹⁰⁶⁶. En particulier, lorsque la possession d'état est conforme au titre, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a introduit un nouveau délai de prescription, de cinq ans¹⁰⁶⁷. Autrement dit, cinq ans suffisent pour faire obstacle au fondement biologique de la paternité et montrent que si le rôle du père est assuré par un homme alors ces liens, affectifs, effectifs et juridiquement reconnus, sont préservés. À propos de cette « refonte générale des délais des actions en contestation de la paternité »¹⁰⁶⁸, Monsieur le professeur Hugues Fulchiron explique que « tel était d'ailleurs l'apport essentiel de la réforme de la filiation : la sécurisation des filiations, notamment en cas de concordance quinquennale entre le titre et la possession d'état. Le principe est plein de sagesse : *quieta non movere* »¹⁰⁶⁹. Les dispositions en cause ont fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité au regard du « principe d'égalité des articles 1er et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, [d]u droit à un recours effectif de l'article 16 de ladite Déclaration et [d]u droit au respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 2 de cette Déclaration »¹⁰⁷⁰. La Cour de cassation n'a pas renvoyé au Conseil constitutionnel la QPC jugeant que celle-ci ne présente pas un caractère sérieux. En effet, selon la Haute juridiction judiciaire, « l'article 333 du code civil, qui régleme les conditions et les délais de l'action en contestation de la filiation, répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les personnes bénéficiant d'une possession d'état, en distinguant selon la durée de celle-ci, afin de stabiliser leur état, dans un but d'intérêt général et en rapport avec l'objet de la loi qui a recherché un équilibre entre les composantes biologique et affective de la filiation, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés »¹⁰⁷¹.

Avant la réforme du droit de la filiation par l'ordonnance du 4 juillet 2005, la Cour de cassation s'était prononcée sur l'articulation entre la possession d'état et l'expertise biologique. Ainsi, en plus du délai de prescription raccourci lorsque le titre est conforté par une possession d'état, la possession d'état est un des seuls domaines du contentieux de la filiation dans lequel l'expertise biologique n'est pas de droit. À propos d'une action en établissement de filiation fondée sur une

¹⁰⁶⁶ Hugues FULCHIRON, « Toute vérité est-elle bonne à dire ? note à verser au dossier de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *D.*, 2008, p. 3035 : « Désormais accessible, et accessible à tous, (la vérité biologique) permet d'apaiser une angoisse ancestrale en offrant la certitude de la paternité. Elle bénéficie également de l'aura qui entoure dans la culture occidentale les sciences exactes : la seule vérité serait celle de la science ; le reste n'est que spéculations ou expédients qui ne peuvent que céder devant la preuve scientifique. On en oublierait presque que la place accordée à la vérité scientifique est elle aussi la marque d'une culture donnée à un moment donné de notre histoire ».

¹⁰⁶⁷ Article 333 du Code civil : « Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté.

Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ».

¹⁰⁶⁸ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁰ Cass., 1ère Civ., 24 févr. 2011, n° 10-40.068, D. 2011. 1585, spéc. 1587, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2011. 213, obs. F. Chénédey ; RTD civ. 2011. 334, obs. J. Hauser.

¹⁰⁷¹ *Ibidem*.

possession d'état, la Cour de cassation a jugé qu'« en matière de possession d'état, la preuve s'établit par tous moyens, de sorte que l'expertise biologique n'est pas de droit »¹⁰⁷². Selon Madame la professeure Frédérique Ferrand, « cette formulation ambiguë semblait signifier que, si l'expertise biologique, dans ce contexte, n'était pas obligatoire, elle était toutefois possible dans certaines circonstances... sans toutefois préciser lesquelles »¹⁰⁷³. Nous souscrivons à son constat selon lequel il est paradoxal d'avoir recours à une expertise biologique lorsque l'on souhaite établir une filiation par possession d'état, c'est-à-dire sur des critères sociologiques¹⁰⁷⁴. Un arrêt plus récent permet de lever cette ambiguïté en affirmant clairement qu'« en matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique »¹⁰⁷⁵. Cette solution nous paraît cohérente en ce qu'elle cantonne l'expertise biologique en dehors du domaine de la possession d'état pour laquelle le fondement biologique n'est pas pertinent et « la Cour de cassation tire tout simplement la conséquence de la nature de la filiation établie par possession d'état : il s'agit d'une filiation affective et sociologique, et il y aurait quelque ironie à l'établir par des voies scientifiques »¹⁰⁷⁶. Si la possession d'état ne peut pas être constatée par une expertise biologique, elle peut également, lorsqu'elle est reconnue et confortée par un titre, faire obstacle au prononcé d'une telle mesure. Par sept arrêts en date du 14 juin 2005, la Cour de cassation a jugé que l'existence d'une possession d'état conforme au titre de naissance constituait un motif légitime de ne pas procéder à une expertise biologique : « de sorte que l'action en contestation de paternité et la demande d'expertise sanguine étaient irrecevables »¹⁰⁷⁷.

294. La place prise par l'expertise biologique en matière d'établissement et de contestation de la paternité doit ainsi être relativisée, notamment au regard de l'importance accordée à la possession d'état. Si pour la Cour de cassation, la constitutionnalité des dispositions de l'article 333 du Code civil qui prescrivent l'action en recherche de paternité par cinq ans en présence d'une possession d'état conforme au titre ne fait pas débat, la Cour européenne des droits de l'homme semble, quant à elle, marquer sa préférence pour le fondement biologique en matière de filiation¹⁰⁷⁸. Dans un contentieux mettant en cause le droit croate, une femme et sa fille

¹⁰⁷² Cass., 1^{ère} Civ., 6 déc. 2005, n° 03-15.588, Bull. civ. I, n° 476 ; D. 2006. Pan. 1139, obs. Granet-Lambrechts ; Gaz. Pal. 16-17 août 2006. Pan. 19 ; Personnes & Famille 3/2006, p. 26 ; RTD civ. 2006. 98, obs. Hauser. GARE, « Le droit à l'expertise biologique semble atténué en présence d'une possession d'état », *Personnes & Famille*, 5/2006, p. 22.

¹⁰⁷³ Frédérique FERRAND, « Preuve », in Dalloz, *Répertoire de droit civil*, décembre 2013, §877.

¹⁰⁷⁴ Voir en ce sens not. François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8e éd., 2011, spéc. n°644, p. 586 : « au regard de la notion même de possession d'état, filiation sociologique et non pas biologique : il est rationnel d'écarter la preuve génétique que le demandeur prétendrait apporter au soutien de l'action en constatation de la possession d'état puisque cette preuve porte sur un fait qui n'est pas celui sur lequel porte l'action ».

¹⁰⁷⁵ Cass., 1^{ère} Civ., 16 juin 2011, n° 08-20.475, Bull. civ. I, n° 116 ; AJ fam. 2011. 376, obs. Chénéde ; Procédures 2011, comm. n° 270, obs. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2011. 524, obs. Hauser.

¹⁰⁷⁶ Frédérique FERRAND, *op. cit.*, §877.

¹⁰⁷⁷ Cass., 1^{ère} Civ., 14 juin 2005, n° 02-18.654.

¹⁰⁷⁸ Frédérique FERRAND, *op. cit.*, §878 : « La Cour européenne des droits de l'homme marque donc une faveur pour la preuve biologique en matière de filiation ».

cherchent en vain à faire établir la paternité d'un homme qui ne se soumet pas au test biologique ordonné par les tribunaux. La requérante fait alors valoir devant la CEDH « que son droit au respect de sa vie privée et familiale a été violé du fait que les tribunaux internes se sont montrés incapables de statuer sur son action en recherche de paternité et l'ont donc laissée dans l'incertitude quant à son identité personnelle »¹⁰⁷⁹. Les juges strasbourgeois condamnent la Croatie pour violation de l'article 8 de la Convention : « l'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité »¹⁰⁸⁰. Le droit français semble compatible avec les exigences européennes dans la mesure où le refus du défendeur de se soumettre à une expertise biologique fait l'objet d'une interprétation par les juges.

Qu'en est-il de la conventionalité du délai de prescription en cas de possession d'état conforme au titre ? D'autres affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'homme apportent des éléments de réponse. Par exemple, un homme marié s'est retrouvé dans l'impossibilité de contester sa paternité alors qu'il avait la preuve biologique d'absence de lien avec l'enfant car selon le droit maltais, l'action en contestation de la filiation doit être introduite dans les six mois suivant la naissance de l'enfant¹⁰⁸¹. Malte est notamment condamnée pour violation de l'article 8 de la CESDH car « une situation dans laquelle une présomption légale peut prévaloir sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec l'obligation de garantir le "respect" effectif de la vie privée et familiale, même eu égard à la marge d'appréciation dont jouissent les États »¹⁰⁸². De même, la Slovaquie est condamnée pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où l'autorité de la chose jugée faisait obstacle à ce qu'un homme remette en cause sa paternité au regard d'une preuve biologique plus récente¹⁰⁸³. La Cour souligne qu'« il apparaît donc que l'absence de procédure permettant de mettre la situation juridique en conformité avec la réalité biologique va à l'encontre des souhaits de tous les intéressés et ne bénéficie en fait à personne »¹⁰⁸⁴. S'il semble que le droit français soit plus

¹⁰⁷⁹ CEDH, Mikulic contre Croatie, 7 févr. 2002, req. n° 53176/99, §47.

¹⁰⁸⁰ CEDH, Mikulic contre Croatie, 7 févr. 2002, req. n° 53176/99, §64.

¹⁰⁸¹ CEDH, Mizzi contre Malte, 12 janv. 2006, req. n°26111/02.

¹⁰⁸² CEDH, Mizzi contre Malte, 12 janv. 2006, req. n°26111/02, §113 ; voir aussi §114 : « Pour la Cour, le fait que le requérant n'a jamais été autorisé à contester sa paternité vis-à-vis de Y n'est pas proportionné aux buts légitimes poursuivis. Il s'ensuit qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit du requérant à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques. Dès lors, malgré la marge d'appréciation qui leur est reconnue, les autorités nationales ont failli à assurer au requérant le respect de la vie privée auquel il a droit en vertu de la Convention ».

¹⁰⁸³ CEDH, Paulík contre Slovaquie, 10 octobre 2006, req. n° 10699/05.

¹⁰⁸⁴ CEDH, Paulík contre Slovaquie, 10 octobre 2006, req. n° 10699/05, §46 ; voir également §58 : « La Cour admet que, en principe, l'« intérêt légitime » à assurer la sécurité juridique et la stabilité des relations familiales et à protéger les intérêts de l'enfant peut justifier que l'on traite des personnes ayant intérêt à contester une paternité différemment selon que celle-ci soit simplement présumée ou qu'elle ait été déterminée par une décision devenue définitive. En l'espèce, toutefois, la recherche de cet intérêt a eu pour effet de priver le requérant de toute procédure

équilibré, il n'est pas pour autant entièrement satisfaisant pour une partie de la doctrine. Ainsi, Monsieur le professeur Hugues Fulchiron propose d'aménager les dispositions de l'article 333 du Code civil afin de ne pas laisser une filiation qui n'est plus effective perdurer même si une possession d'état d'une durée de cinq ans et conforme au titre a rendu l'action en contestation de la filiation irrecevable. Il expose alors que, « en fait, la solution la plus raisonnable pourrait être de ré-ouvrir l'action en contestation à la majorité de l'enfant, lorsque du moins la possession d'état a cessé. Réservée à l'enfant, l'action pourrait être exercée dans un délai de cinq ans. À lui d'apprécier son intérêt et d'exercer en quelque sorte un droit à ne plus être juridiquement rattaché à un homme auquel ne l'unissent plus ni les liens du sang, ni les liens de l'affection. Pas de vérité biologique, plus de vérité sociologique, une volonté contraire de l'intéressé = plus de lien juridique. On retrouve l'équation posée par la Cour européenne des droits de l'homme »¹⁰⁸⁵. Il nous semble que cette proposition est intéressante en ce qu'elle permet à l'enfant d'agir et d'apprécier lui-même ses intérêts. Toutefois, cela semble correspondre à une fonction utilitariste de la paternité : une fois le lien disparu, quel serait, en effet, le fondement à un potentiel nouveau lien de filiation si ce n'est un fondement biologique ? Il apparaît contestable de permettre aux individus de modifier leur lien de filiation paternelle au regard des évolutions et reconfigurations familiales. Cela tendrait à fragiliser la paternité et à affirmer son caractère construit, précaire et provisoire. Nous pensons que l'adoption simple de l'enfant du conjoint ou encore des outils juridiques proposés pour reconnaître une place aux beaux-parents¹⁰⁸⁶ seraient plus adaptés à ce genre de situations.

295. Les fondements à la filiation paternelle sont multiples et l'équilibre entre chacun est difficile à mettre en évidence selon les modalités extrajudiciaires d'établissement de la filiation et les procédures contentieuses. Toutefois, il nous semble manifeste que la paternité est perçue comme une fonction avant toute chose et que c'est dans cette optique que les règles sont pensées : volontaire, l'homme peut facilement devenir le père d'un enfant qu'il sait ne pas être de lui mais, lorsqu'il n'y a personne pour remplir ce rôle, alors, il est permis d'avoir recours au fondement biologique pour s'assurer que la place du père soit prise. Ce constat apparaît d'autant plus simpliste que les règles sont articulées de manière complexe, notamment lorsqu'elles interagissent avec des dispositifs tels que l'accouchement sous X. En outre, la jurisprudence de la CEDH et la place croissante prise par l'expertise biologique en général, pourraient modifier cet équilibre. En outre, cet état du droit se justifie par des implications corporelles différentes des hommes et des femmes en matière de reproduction liées à la différence des sexes. Justifiés en termes de biologie et en référence à la nature, les fondements différenciés à la maternité et la

lui permettant de faire invalider la déclaration de sa paternité, alors que d'autres parties dans une situation analogue auraient pu agir en ce sens ».

¹⁰⁸⁵ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*

¹⁰⁸⁶ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, spéc. Chapitre 10, pp. 275 et suivants ; Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, n° 1856, enregistrée à l'Assemblée Nationale le 1^{er} avril 2014.

paternité peuvent difficilement être remis en cause à partir de la seule conception classique de l'égalité et c'est pourquoi, il semble nécessaire de raisonner également en termes de stéréotypes de genre. Les techniques reproductives qui auraient pu atténuer les stéréotypes de genre sous-jacents aux fondements différenciés de la parenté en fonction du sexe du parent les ont, au contraire, renforcés en inscrivant l'établissement de la filiation après une PMA hétérologue dans le droit commun de la filiation. Ainsi, l'accouchement demeure le fait générateur de la maternité et la volonté le fondement principal de la paternité, sachant que le fondement biologique sera utilisé en dernier recours.

296. En dépit des nombreuses convergences qui existent entre les règles relatives à la filiation adoptive et celles qui régissent la filiation après la réalisation d'un projet parental par PMA, l'établissement de la parenté dans cette seconde situation se fait selon les règles du droit commun de la filiation. Cette consécration du projet parental légitime s'avère être un renforcement important des stéréotypes de genre présents au sein du droit commun de la filiation. Le naturalisme du cadre relatif aux techniques autant que le refus de tenir compte de certaines spécificités de la PMA par rapport à la reproduction « naturelle » conduit à une accentuation importante de la différenciation entre les fondements de la maternité et de la paternité et à une relégation des projets parentaux illégitimes en marge du droit de la filiation. En effet, le caractère légitime ou illégitime du projet parental s'exprime pleinement au moment de l'établissement de la filiation. Une nette ligne de démarcation existe entre les projets parentaux menés sur les territoires nationaux – suisse ou français – dans le cadre légal et médical pour lesquels l'application des règles de l'adoption est exclue et les projets parentaux, illégitimes, menés en dehors des frontières françaises. La filiation est alors utilisée *a posteriori* pour sanctionner les projets parentaux qui s'éloignent du cadre naturaliste et est source d'inégalités entre les sexes mais surtout entre les enfants.

Chapitre II – La relégation aux confins du droit de la filiation des projets parentaux illégitimes

297. Lorsque les projets parentaux sont réalisés par PMA en dehors du cadre naturaliste et qu'ils s'en éloignent nettement, le droit de la filiation est utilisé comme sanction à leur encontre. Nous parlons de projet parental illégitime lorsque l'établissement de la filiation est problématique, c'est-à-dire soit plus difficile, soit impossible. Ces projets parentaux ne peuvent être réalisés dans le cadre légal médicalisé sur le territoire national français et posent par la suite la question de leur reconnaissance *a posteriori* en droit interne. En plus de la réalisation des projets parentaux à l'étranger, il existe un autre phénomène, dont l'ampleur est également très difficile à évaluer. Il s'agit de la réalisation « artisanale », ou en tout cas en dehors de tout protocole médical, de don de sperme ou de GPA sur le territoire national. Cela concerne en particulier deux situations différentes en France : il s'agit d'une part des projets parentaux réalisés par des couples lesbiens et d'autre part, de l'ensemble des projets parentaux réalisés par GPA que ce soit par des couples hétérosexuels, des hommes seuls ou en couples homosexuels. Tous ces projets parentaux illégitimes, réalisés en dehors du cadre légal national, posent en droit la question de la reconnaissance *a posteriori* d'un lien de filiation entre l'enfant né et les auteurs du projet parental. Le droit de la filiation est alors utilisé pour sanctionner la réalisation de ces projets parentaux (Section I). Les résistances qui s'expriment dans les conditions d'accès aux techniques trouvent ainsi une expression spécifique en droit de la filiation ; cela est également vrai lorsqu'est considérée une éventuelle ouverture de la PMA aux couples lesbiens : les réflexions qui accompagnent celle-ci témoignent d'une importante réticence quant à un établissement de la filiation selon les règles du droit commun (Section II). Au final, c'est bien la parenté des couples de personnes de même sexe qui est d'abord un impensé juridique, voire maintenant, impensable aussi bien en droit français qu'en droit suisse.

Section I – La sanction des projets parentaux illégitimes par le droit de la filiation

Section II – La réticence à l'appréhension des projets homoparentaux par le droit commun de la filiation

Section I – La sanction des projets parentaux illégitimes par le droit de la filiation

298. L'absence ou la plus difficile reconnaissance de la filiation est utilisée comme une sanction *a posteriori* des projets parentaux illégitimes, qui violent le cadre légal naturaliste des techniques reproductives. Il existe toutefois une gradation de la sanction selon les types de projets parentaux et la ligne de démarcation n'est pas exactement la même en droit français et en droit suisse, même s'il existe des convergences certaines.

Dans deux hypothèses principales, les juridictions françaises ont fait preuve de défiance et n'ont pas volontairement reconnue la filiation de l'enfant né à l'issue de ces projets parentaux : il s'agit d'une part, des projets parentaux réalisés par les couples lesbiens qui ont recours à une PMA hétérologue à l'étranger et d'autre part, de tous les projets parentaux réalisés par GPA, sans considération de les auteurs. S'il est théoriquement possible, actuellement en France, d'établir la filiation à l'égard des enfants nés dans ces configurations, cela n'a été permis, à chaque fois, que par une évolution du droit venue de l'extérieur, à savoir le législateur pour la PMA et la CEDH en matière de GPA. Là encore, les juridictions ont fait preuve et font toujours preuve de résistances quant à l'application effective des dispositions nouvelles : le droit de la filiation est toujours en partie utilisé comme un moyen de marquer du sceau de l'illégitimité ces projets parentaux.

En France, lorsque deux femmes ont recours aux procédés de PMA hétérologues, en contournant le cadre naturaliste légal, les procédures d'établissement de la filiation marquent encore aujourd'hui une certaine désapprobation, même si elles peuvent recourir aux procédures d'adoption de l'enfant de la conjointe depuis la parution de la loi du 17 mai 2013, cela implique des lourdeurs importantes (§I). Les règles du droit de la filiation traduisent un rejet de reconnaître la filiation lorsque les projets parentaux dérogent au cadre naturaliste. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de parents de même sexe mais également, en droit français, lorsque l'homme ou le couple –hétérosexuel ou homosexuel– a eu recours à la GPA qui fait l'objet d'une interdiction d'ordre public. Ainsi, en France, l'établissement de la filiation après GPA est refusé pour tous les couples, alors que ce n'est le cas que pour les couples d'hommes en Suisse, du fait de l'impossibilité de reconnaître un double lien de filiation à l'égard de parents de même sexe (§II).

§I. La filiation à l'égard de la seconde mère après PMA

299. Concernant les couples de femmes qui réalisent des projets parentaux à l'étranger ou sur le territoire national en dehors des protocoles médicaux dans la mesure où l'accès leur en est fermé, la femme qui porte l'enfant acquiert le statut de mère légale par l'accouchement tandis que la seconde femme n'est pas reconnue légalement mère. Il s'agit d'un parent social¹⁰⁸⁷ ou

¹⁰⁸⁷ Florent BERDEAUX-GACOGNE, « La discrète reconnaissance du "parent social" », *AJ Famille*, 2013, p. 346 : « Au contraire des beaux-parents, nouveaux conjoints des parents, qui peuvent se succéder dans la vie de l'enfant au fil des

parent de fait, co-auteur du projet parental ayant abouti à la naissance de l'enfant. Il a été pendant longtemps impossible d'établir un second lien de filiation dans cette situation du fait des résistances des juges français, aussi bien judiciaires que constitutionnels (A). Cela est désormais possible par le biais de la procédure d'adoption de l'enfant de la conjointe depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2013 : il y a alors une réelle complémentarité du mécanisme d'adoption dans le cas de la réalisation d'un projet parental par un couple de femmes, qui tranche avec le droit commun qui s'applique en cas de projet parental légitime (B).

A. Le refus de la parenté des couples lesbiens pacsés

300. Le refus de la parenté des couples homosexuels est implicite : juridiquement, il s'agit d'abord d'un impensé et aucune disposition juridique n'explicite le fait que la parenté ne peut être établie qu'à l'égard de deux personnes de sexe opposé. Toutefois, face aux évolutions des mœurs et à la réalisation de projets parentaux par des couples lesbiens, la jurisprudence a eu à s'exprimer sur le sujet de la reconnaissance de liens de parenté à l'égard de deux personnes du même sexe. Les juridictions françaises ont fait preuve d'une résistance importante, refusant l'adoption de l'enfant de la partenaire au sein des couples de femmes ayant eu recours à une PMA (a). Devant cette impossibilité d'établir un lien de parenté, une solution intermédiaire – permettant une reconnaissance juridique partielle du rôle de mère assumé de fait par la seconde femme – a été trouvée et consiste à demander en justice une délégation partage de l'autorité parentale (b).

a. Refus du recours aux mécanismes d'adoption de l'enfant du conjoint

301. Les couples de femmes, ayant réalisé leur projet parental à l'étranger, ont demandé par la suite aux juridictions françaises de reconnaître un lien de parenté à l'égard de la seconde mère, à travers la procédure d'adoption simple de l'enfant de la partenaire¹⁰⁸⁸. Après des décisions fluctuantes des juridictions du fond¹⁰⁸⁹, la Cour de cassation refuse l'application des dispositions de l'article 365 du Code civil à ces cas d'espèce¹⁰⁹⁰. En substance, la Cour considère qu'il est alors

unions et des séparations, le parent social est celui qui, seul avec le parent légal aura été à l'origine du projet commun ayant abouti à une naissance, justifiant, aux yeux des associations de défense des droits des familles homoparentales, qu'un statut à part lui soit réservé : c'est ce à quoi contribue, timidement, la loi du 17 mai 2013 ».

¹⁰⁸⁸ Article 365 alinéa 1er du Code civil.

¹⁰⁸⁹ Adoption simple prononcée en première instance, voir not. TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006 et TGI de Paris, 27 juin 2001 ; voir en sens contraire Cour d'appel de Riom, 27 juin 2006, n° 06-00793 : le parquet a interjeté appel de la décision du TGI de Clermont-Ferrand (24 mars 2006) en faisant valoir qu'elle est entachée d'une erreur manifeste de droit. La Cour d'appel de Riom infirme le jugement en réservant l'application de l'article 365 du Code civil aux seuls couples mariés, voir en part. « l'article 365 du Code civil prévoit que l'adoptant et le parent naturel soient investis concurremment des droits d'autorité parentale, à la condition qu'ils soient conjoints ; qu'en l'état de la législation française, des conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage et qu'aucune extension n'a encore été prévue par le législateur aux personnes pacsées ».

¹⁰⁹⁰ Cass., 1^{re} Civ., 19 déc. 2007, n° 06-21369, AJ fam. 2008. 75 ; D. 2008, p. 1028 obs. L. Mauger-Vielpeau ; p. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts ; p. 1786, obs. J.-J. Lemouland : « d'une part, (...) la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard » et « d'autre part, (...) l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale

impossible de prononcer l'adoption de l'enfant de la partenaire car cela emporte un transfert des droits d'autorité parentale¹⁰⁹¹. Depuis ces premiers arrêts, la jurisprudence est constante et la Cour de cassation s'oppose de manière catégorique à l'établissement d'un lien de filiation adoptif à l'égard de la partenaire de la mère¹⁰⁹². Autrement dit, le projet parental des couples lesbiens pacsés n'est pas reconnu puisque l'accès à la parenté leur est refusé.

L'adoption simple de l'enfant par la « mère de fait » ne semble possible qu'en cas d'impossibilité pour la mère en droit de s'occuper de ses enfants¹⁰⁹³. Par exemple, dans une décision non publiée, le TGI de Paris a permis une telle adoption en cas de décès de la mère légale¹⁰⁹⁴. Dans toutes les autres situations, les plus courantes, l'adoption simple de l'enfant de la partenaire est refusée car il ne s'agit pas d'un conjoint. Ce refus s'inscrit dans un cadre prétorien plus large, marqué par une forte hostilité à l'égard de la conjugalité et de la parenté des couples homosexuels. En matière de parenté, la Cour de cassation a refusé l'exequatur du jugement d'adoption –pléniaire¹⁰⁹⁵– en 2012¹⁰⁹⁶ : notamment au visa de l'article 310 du Code civil¹⁰⁹⁷, les juges estiment « qu'est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe »¹⁰⁹⁸. Ainsi, il n'y avait pas à l'époque en droit français de possibilité

que dans le cas d'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage ».

¹⁰⁹¹ Voir dans le même sens Cass., 1^e Civ., 20 fév. 2007, n°06-15647 : « cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique à élever l'enfant, de ses propres droits » et Cass., 1^e Civ., 20 fév. 2007, n°04-15676, D., 2007, p. 721, obs. C. Delaporte-Carre ; p. 891, obs. P. Chauvin ; p. 1047 obs. D. Vigneau ; p. 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; p. 1561, obs. J.-J. Lemoulant : la cour d'appel de Paris avait à bon droit refusé l'adoption en retenant que la « mère des enfants, perdrait son autorité parentale sur eux en cas d'adoption par [sa partenaire], alors qu'il y avait communauté de vie, puis relevé que la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué, et qu'en l'espèce, une telle délégation ou son partage étaient, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant ».

¹⁰⁹² Voir par la suite Cass., 1^e Civ., 6 fév. 2008, n°07-12948 : « Vu l'article 365 du code civil ; attendu que l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté » ; Cass., 1^e Civ., 9 mars 2011, n°10-10385 : « Attendu qu'ayant relevé, d'une part que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage, la cour d'appel, qui n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, et qui a pris en considération l'intérêt supérieur des enfants a légalement justifié sa décision ».

¹⁰⁹³ « Couple homosexuel : refus de l'adoption simple », Note sous Cass., 1^{ère} Civ., 20 février 2007, n°06-15647, *AJ Famille*, 2007, p. 182.

¹⁰⁹⁴ TGI Paris, 18 juin 2003.

¹⁰⁹⁵ Comp. adoption simple de l'enfant de la conjointe Cass., 1^{ère} Civ., 8 juill. 2010, D. 2011. 1374, obs. Jault-Seseke, et 1585, obs. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010. 387, obs. Mirkovic, obs. Haftel, interview Mécarry ; *RTD civ.* 2010. 547, obs. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2010. 747, note Hammje.

¹⁰⁹⁶ Cass., 1^{ère} Civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 et n° 11-30.262, D. 2012. 1546, obs. I. Gallmeister, et 1992, note D. Vigneau ; *AJ fam.* 2012. 397, obs. B. Haftel, et 400, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2012. 856, avis C. Petit, et 857, note F. Chénéde.

¹⁰⁹⁷ Article 310 du Code civil : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».

¹⁰⁹⁸ Cass., 1^{ère} Civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 et n° 11-30.262, D. 2012. 1546, obs. I. Gallmeister, et 1992, note D. Vigneau ; *AJ fam.* 2012. 397, obs. B. Haftel, et 400, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2012. 856, avis C. Petit, et 857, note F. Chénéde.

d'établir juridiquement un lien de filiation à l'égard de parents de même sexe. Cela explique d'ailleurs le fait que les juges constitutionnels et conventionnels aient fait preuve de beaucoup de réserve lorsqu'ils ont eu à juger de la validité de l'interprétation faite par la Cour de cassation de l'article 365 du code civil –qui rend impossible l'adoption simple de l'enfant de la partenaire alors qu'il ne s'agit pas d'une interdiction textuelle¹⁰⁹⁹.

Le Conseil constitutionnel a d'abord été saisi par la Cour de cassation le 9 juillet 2010, dans le cadre d'une QPC afin de se prononcer sur la conformité à la Constitution de leur interprétation de l'article 365 du Code civil¹¹⁰⁰. Dans leur décision, les sages jugent que celle-ci est conforme à la Constitution¹¹⁰¹, ne porte pas atteinte au principe d'égalité¹¹⁰², ni au droit de mener une vie familiale normale qui « n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive »¹¹⁰³. Ce dernier point est particulièrement éclairant en ce sens où la partenaire de la femme légale est définie et considérée, d'abord et avant tout, dans sa relation de couple alors qu'elle a pu être impliquée, très en amont, dans l'élaboration du projet parental. Ce rôle-ci est nié et ramené à un accessoire de la relation de couple. Pour Maître Caroline Mécary, « le Conseil constitutionnel a manqué de courage, il n'a pas été, dans cette procédure, à la hauteur des enjeux sociétaux : quid de la protection juridique des enfants élevés par des couples de personnes de même sexe, qui juridiquement n'ont qu'un parent ? »¹¹⁰⁴. Pour l'avocate, la probabilité d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme « est extrêmement importante »¹¹⁰⁵. Pourtant, l'arrêt rendu en la matière par la Cour de Strasbourg ne conclut pas à une violation et refuse de reconnaître une discrimination indirecte¹¹⁰⁶. Pourtant, on aurait pu voir « derrière une apparente égalité de traitement, (...) une discrimination indirecte, qui ne touche que les couples de personnes de même sexe, dont l'enfant ne peut pas être adopté par le parent social »¹¹⁰⁷, puisqu'ils ne peuvent pas se marier. L'argumentaire relatif à une discrimination indirecte est repris devant la CEDH¹¹⁰⁸. Cette dernière estime qu'il n'y a pas de discrimination liée à l'orientation sexuelle des requérantes qui ne sont pas placées dans la même

¹⁰⁹⁹ Daniel VIGNEAU, « Hier le rôle, le titre : pas encore ! », *D.* 2007, p. 1047.

¹¹⁰⁰ Cass. QPC, 8 juillet 2010, n°12143 : Concernant le grief tenant à une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, le Conseil constitutionnel rappelle sa jurisprudence, constante, selon laquelle, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

¹¹⁰¹ C.C., 6 octobre 2010, déc. n°2010-39-QPC, I. GALLMEISTER, « Adoption simple : l'article 365 du code civil conforme à la Constitution », *D.* 2010, p. 2744.

¹¹⁰² C.C., 6 octobre 2010, déc. n°2010-39-QPC, §6.

¹¹⁰³ C.C., 6 octobre 2010, déc. n°2010-39-QPC, §8.

¹¹⁰⁴ Caroline MECARY, « Le Conseil constitutionnel manquerait-il de courage ? », *AJ Famille*, 2010, p. 489.

¹¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹¹⁰⁶ CEDH, Gas et Dubois contre France, 15 mars 2012, n°25951/07, D. 2012. 1241, note Dionisi-Peyrusse ; *AJDA* 2012. 1726, chron. Burgorgue-Larsen ; *AJ fam.* 2012. 220, obs. Siffrein-Blanc ; *RTD civ.* 2012. 275, obs. Marguénaud ; *ibid.* 306, obs. Hauser ; *JCP* 2012, no 589, note Gouttenoire et Sudre ; *RLDC* 2012/97, no 4815, note Le Boursicot.

¹¹⁰⁷ Caroline MECARY, *op. cit.*

¹¹⁰⁸ CEDH, Gas et Dubois contre France, 15 mars 2012, n°25951/07, §42 à 47.

situation qu'un couple marié et qui se voient, au contraire, opposer les mêmes règles qu'un couple hétérosexuel non marié¹¹⁰⁹. Si certains auteurs apprécient la prudence dont fait preuve la Cour de Strasbourg¹¹¹⁰, on peut se demander si, saisis, aujourd'hui, de la même question, les juges strasbourgeois trancheraient l'affaire dans le même sens. En effet, dans un cas d'espèce proche, mettant en cause la législation autrichienne, la grande chambre conclut à une violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹¹¹. Toutefois, cette condamnation n'est possible que parce qu'il existe une discrimination en droit autrichien entre les couples hétérosexuels non-mariés pour lesquelles s'appliquent les dispositions relatives à l'adoption co-parentale et les couples homosexuels non-mariés. La Cour maintient sa position quant à l'existence d'un statut spécifique réservé aux couples mariés et en cela la France ne serait peut-être toujours pas condamnée¹¹¹².

Le droit suisse semble également bénéficier d'un brevet de conventionalité au regard de ces jurisprudences. En effet, en Suisse, l'adoption de l'enfant du conjoint n'est possible que pour les couples mariés et le mariage n'est pas ouvert aux couples de personnes de même sexe. Au sein des couples liés par un partenariat enregistré, le partenaire assiste le parent quant à l'exercice de ses droits d'autorité parentale¹¹¹³. Une révision du droit de l'adoption est en cours en Suisse et permettrait l'adoption de l'enfant du partenaire¹¹¹⁴. En France, devant l'impossibilité d'établir un lien de filiation, une solution prétorienne consistait à partager les droits d'autorité parentale, sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 377 du Code civil¹¹¹⁵ : ainsi l'homoparentalité a pu être reconnue alors que l'homoparenté était refusée.

b. La délégation partage de l'autorité parentale

302. Petit à petit, une véritable construction prétorienne s'est faite et les conditions d'obtention d'une délégation partage d'autorité parentale ont été assouplies afin de reconnaître *a minima* le projet parental des couples lesbiens.

Au niveau des juridictions du fond, la jurisprudence est d'abord incertaine. La demande de délégation a ainsi pu être refusé parce qu'il ne s'agit pas, par ce biais, de « pallier l'impossibilité juridique pour un enfant d'avoir une deuxième filiation »¹¹¹⁶. En effet, les travaux parlementaires qui ont conduit à l'adoption de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale

¹¹⁰⁹ CEDH, Gas et Dubois contre France, 15 mars 2012, n°25951/07, §64 à 69.

¹¹¹⁰ Caroline SIFFREIN-BLANC, « Confirmation du refus d'accorder à une femme le droit d'adopter l'enfant de sa compagne », note sous CEDH, Gas et Dubois c. France, 15 mars 2012, n°25951, *AJ Famille*, 2012, p. 220.

¹¹¹¹ CEDH, X et autres contre Autriche, 19 fév. 2013, n° 19010/07, D. 2013. 502, obs. Gallmeister ; ibid. 2013. Chron. 1286, note Ferrero AJ fam. 2013. 227, obs. Chénédé ; Dr. fam. 2013, n° 53, obs. Neirinck.

¹¹¹² Nicolas HERVIEU, « Un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales » in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 26 février 2013.

¹¹¹³ Suisse, LPart, article 27, 1. : « Lorsque l'un des partenaires a des enfants, l'autre est tenu de l'assister de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien et dans l'exercice de l'autorité parentale et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent. Les droits des parents sont garantis dans tous les cas ».

¹¹¹⁴ Voir Suisse, Projet, FF 2015 899 et Message du Conseil fédéral, FF 2015 835.

¹¹¹⁵ Article 377 alinéa 1^{er} du Code civil.

¹¹¹⁶ TGI Paris, 2 avril 2004.

qui modifie l'article 377 du Code civil montrent qu'il s'agissait de prendre « en compte la place grandissante des tiers (grands-parents, beaux-parents) aux côtés des parents »¹¹¹⁷. Une interprétation rigoureuse des dispositions de l'article 377 alinéa 1er du Code civil conduit ainsi à priver les familles dans lesquelles deux femmes élèvent des enfants de toute protection juridique à l'égard de la seconde mère, même si est possible d'y voir des tiers¹¹¹⁸. Par la suite, le TGI de Paris accède à une demande de délégation¹¹¹⁹. Dans le même sens, le TGI de Nice accorde, par trois fois, une délégation d'autorité parentale au profit de la mère de fait en soulignant qu'il apparaît « de l'intérêt de l'enfant, en raison des liens d'affection très forts l'unissant à [la concubine], de faire droit à la requête »¹¹²⁰. La Cour de cassation se prononce en 2006 sur l'opportunité¹¹²¹ et les modalités de mise en œuvre d'une telle délégation d'autorité parentale au profit de la mère de fait de l'enfant¹¹²². Elle dégage clairement les conditions dans lesquelles peut intervenir la délégation : 1°) le parent qui délègue son autorité parentale doit en être le seul titulaire ; 2°) le délégant et le délégataire doivent vivre en union stable et continue ; 3°) la délégation doit être justifiée par des circonstances particulières, pouvant tenir à la crainte d'événements accidentels qui placeraient la mère en droit dans l'impossibilité d'exercer ses droits ; 4°) la délégation doit être conforme à l'intérêt de l'enfant, apprécié *in concreto*.

Une fois que la Cour de cassation a validé le recours à la délégation de l'autorité parentale, les conditions d'obtention de celle-ci se sont assouplies entraînant une diversification des situations dans lesquelles elle est prononcée. Plusieurs décisions montrent la flexibilité dont font preuve les juridictions du fond dans l'interprétation des critères. À propos de la vie commune et stable, il a pu être jugé que la délégation d'autorité parentale pouvait être demandée par la mère d'un enfant en faveur de son ancienne compagne¹¹²³. De la sorte, la communauté de vie entre la

¹¹¹⁷ Marc DOLEZ, *Rapport autorité parentale*, première lecture, n°3117, commentaire sous art. 5, p. 39.

¹¹¹⁸ Voir en ce sens, la définition de tiers donnée par Dominique FENOUILLET, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? Introduction », *Les petites affiches*, 24 février 2010, n° 39, p. 7 : « en matière familiale, lorsque le Code civil parle de "tiers", il songe plus étroitement à la personne qui n'est ni le père ni la mère de l'enfant et prend en charge celui-ci, ou entretient avec lui des relations personnelles, ou assiste ses parents dans l'exercice de leur autorité ».

¹¹¹⁹ TGI Paris, 2 juillet 2004, *AJ Famille*, 2004, p. 361, obs. F. Chénéde.

¹¹²⁰ TGI Nice, 8 juillet 2003, RG n° 01/00318 ; 7 avril 2004, RG n° 01/06009 ; 30 juin 2004, RG n° 03/06007, *AJ Famille*, 2004, p. 453, obs. F. Chénéde.

¹¹²¹ François CHENEDE, « Délégation volontaire et partielle d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : la Cour de cassation donne son aval ! », note sous 1^{re} Civ., 24 février 2006, n°04-17090, *AJ Famille*, 2006, p. 159 : Il s'agit d'un moyen d'office relevé par la Cour de cassation « concernant la question de savoir si l'exercice de l'autorité parentale dont un parent est seul titulaire peut être délégué en tout ou partie, à sa demande, à une personne de même sexe avec laquelle il vit en union stable et continue ».

¹¹²² Cass., 1^{re} Civ., 24 fév. 2006, n°04-17090, Bull. civ. I, no 101 ; R., p. 243 ; GAJC, 12e éd., no 53-55 (I) ; D. 2006. 897, note Vigneau ; ibid. Pan. 1148, obs. Granet-Lambrechts, et 1421, obs. Lemouland et Vigneau ; ibid. IR 670, obs. Gallmeister ; ibid. Point de vue. 876, par Fulchiron ; JCP 2006. I. 199, no 16, obs. Rebourg ; Defrénois 2006. 1067, obs. Massip ; AJ fam. 2006. 159, obs. Chénéde ; Dr. fam. 2006, no 89, note Murat ; RJPF 2006-4/32, obs. Mulon ; RLDC 2006/27, no 2056, note Bourgault-Coudevylle ; RDSS 2006. 578, note Neirinck ; RTD civ. 2006. 297, obs. Hauser : « l'article 377, alinéa 1er, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou une partie de 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 ».

¹¹²³ TGI Lille, 18 déc. 2007 : il « paraît discriminatoire d'exclure un enfant de la possibilité de bénéficier du partage de l'autorité parentale souhaité par sa mère et son ancienne amie sur le seul motif qu'elles sont de même sexe ».

déléataire et la délégante n'apparaît pas être une condition indispensable à la délégation¹¹²⁴. De même, la Cour de cassation a validé la délégation d'autorité parentale réalisée par le père des enfants à l'égard de la compagne de leur mère, décédée, chez qui ils ont continué à résider depuis la mort de cette dernière alors que leur tante demandait également à son profit une telle délégation¹¹²⁵. Aussi, concernant le fait que le parent déléguant doit être le seul titulaire de l'autorité parentale, il apparaît que cela ne fait pas obstacle à ce que le père et la mère, titulaires de l'autorité parentale, demandent à en déléguer une partie à la compagne de la mère¹¹²⁶. L'accord commun des parents légaux concernant la délégation fait moins débat que l'interprétation souple des circonstances justifiant la délégation¹¹²⁷. En effet, c'est bien le contenu de cet autre critère qui a fait l'objet d'une évolution profonde au fil des jugements¹¹²⁸. Ainsi, pour caractériser l'existence de circonstances particulières qui justifient la délégation de l'autorité parentale, de nombreuses juridictions ont mis en évidence l'existence de déplacements professionnels de la mère¹¹²⁹. L'indisponibilité de la mère s'efface peu à peu comme circonstance particulière¹¹³⁰ et est remplacée par la situation de ces familles. Ainsi, les juridictions du fond accèdent aux demandes afin de reconnaître l'intérêt de l'enfant à avoir « une situation juridique (...) en adéquation avec sa situation affective et matérielle »¹¹³¹. Comme le soulignent les auteurs, favorables¹¹³² ou non¹¹³³ à ces décisions, cette situation est un moyen de reconnaître juridiquement ces familles en l'absence d'adoption simple possible de l'enfant de la partenaire. Toutefois, lorsque la Cour de cassation contrôle les conditions particulières, la lecture redevient plus rigoureuse¹¹³⁴. Cela est source « d'incertitude regrettable pour les enfants et les couples

¹¹²⁴ Adeline GOUTTENOIRE, note sous TGI Lille, 18 déc. 2007, *JCP* 2009. I. 102, n° 8.

¹¹²⁵ Cass., 1^e Civ., 16 avr. 2008, n°07-11273.

¹¹²⁶ TGI Paris, 22 fév. 2013, n°12/35092.

¹¹²⁷ Inès GALLMEISTER, « Autorité parentale : délégation partage au profit de la compagne de la mère », note sous TGI Paris, 22 février 2013, n°12/35092, *AJ Famille*, 2013, p. 232.

¹¹²⁸ Caroline MECARY, « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », note sous TGI Créteil, 24 mars 2011, n°10/06078, *AJ Famille*, 2011, p. 604.

¹¹²⁹ Voir not. en ce sens, TGI Paris, 28 mars 2008, n°07/43787 et TGI Grenoble, 28 janvier 2008, n°07/04889.

¹¹³⁰ TGI Paris, 18 septembre 2009, n°09/34715 ; pour des délégations croisées, voir TGI Créteil, 24 mars 2011, n°10/06078 et n°10/06079 ; TGI Nanterre, 30 août 2011, n°11/04363 ; TGI Paris, 23 septembre 2011, n°11/35995 ; TGI Paris, 14 octobre 2011, n°11/35997 ; Paris, 20 octobre 2011, n°11/04042 et n°10/11743 ; TGI Bayonne, 26 octobre 2011.

¹¹³¹ TGI Paris, 21 septembre 2012, n°11/44249 : « Bien que n'ayant pas de lien biologique avec l'enfant, [la partenaire pacsée de la mère biologique de l'enfant] constitue pour Dakota un référent affectif incontestable et est appelée à gérer également le quotidien de l'enfant. Dès lors, bien que les requérantes ne justifient pas d'un empêchement particulier de la mère dans l'exercice de ses fonctions parentales, il est de l'intérêt de Dakota que sa situation juridique soit en adéquation avec sa situation affective et matérielle et qu'elle puisse au même titre que [la mère] prendre des décisions à son égard et accomplir même en l'absence de cette dernière, les démarches administratives concernant l'enfant ».

¹¹³² Voir not. en ce sens, Caroline MECARY, « La protection juridique des enfants élevés par deux personnes de même sexe », pp. 83-100 in *Homoparentalités, état des lieux*, ERES, 2005.

¹¹³³ Pour une critique de ces solutions, voir not. Jean HAUSER, « Montages de filiation et d'autorité parentale : une nouvelle catégorie juridique, la filiation par délégation ou l'enfant bricolé », note sous TGI Paris, 2 juil. 2004 et Montpellier, 10 fév. 2004, *RTD Civ*, 2005, p. 116 ; Caroline SIFFREIN-BLANC, « L'absence de circonstance particulière n'empêche pas la délégation-partage », note sous TGI Paris, 21 sep. 2012, n°11/44249, *AJ Famille*, 2012, p. 550.

¹¹³⁴ Cass., 1^e Civ., 8 juil. 2010, n°09-12623 : « si l'article 377, alinéa 1^{er}, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

concernés »¹¹³⁵. En dépit de ce rappel des conditions par la Cour de cassation, les juridictions du fond tendent à accorder plus ou moins librement la délégation de l'autorité parentale à la mère de fait.

Construite dans les prétoires, la délégation d'autorité parentale au profit de la mère de fait constitue bien un « bricolage juridique »¹¹³⁶ pour pallier l'impossibilité d'établir un lien de filiation à l'égard de la seconde mère. Les projets parentaux réalisés par deux femmes ne trouvent ainsi qu'une reconnaissance très limitée : cela s'explique d'une part, par l'hostilité à l'égard de la parenté des couples de même sexe et d'autre part, par le cadre d'accès aux techniques de PMA. Exclues du bénéfice des techniques reproductives, ces femmes ne réussissent que difficilement à faire reconnaître *a posteriori* leur projet parental. Le Conseil constitutionnel avait validé l'interprétation de l'article 365 du Code civil en renvoyant au législateur la responsabilité d'ouvrir ce mécanisme d'adoption aux couples homosexuels¹¹³⁷. Avec l'adoption de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe¹¹³⁸, ces familles peuvent désormais faire établir un lien de filiation, adoptif, à l'égard de la seconde mère. Il apparaît alors que les projets parentaux réalisés par des couples de femmes ayant recours à une PMA à l'étranger sont *in fine* reconnus par le biais du mariage et de l'adoption. Seule l'intervention du législateur permet aux juridictions de faire évoluer leur position.

B. Le dispositif de la loi du 17 mai 2013

303. La loi n°2013-404 du 17 mai 2013 permet de reconnaître le projet parental des couples de femmes ayant été réalisé en dehors du cadre légal d'accès aux techniques de PMA. En dépit de l'écart que cela constitue par rapport au cadre naturaliste des techniques de PMA, il est désormais possible pour les couples de femmes d'établir une filiation à l'égard de l'enfant né à la suite du recours à un don de sperme. Cela découle de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, qui permet désormais à ces couples de bénéficier des dispositions réservées en matière d'adoption aux couples mariés, dont la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint. Ainsi, la reconnaissance légale du projet parental des couples lesbiens, à travers la reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard de ses deux mères, passe nécessairement par le biais de la une procédure d'adoption de l'enfant de la conjointe et est donc subordonnée au mariage des auteurs du projet parental (a). La reconnaissance du projet parental des couples

¹¹³⁵ Adeline GOUTTENOIRE, « Coup d'arrêt à la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale », note sous Cass., 1^e Civ., 8 juil. 2010, n°09-12623, JCP G, n°41, 2010, 994.

¹¹³⁶ Mais le bricolage porte sur le droit et non sur l'enfant comme Monsieur le professeur Jean Hauser l'écrit ; voir Jean HAUSER, *op. cit.*

¹¹³⁷ Conseil constitutionnel, 6 oct. 2010, déc.n°2010-39-QPC, §9: « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe ».

¹¹³⁸ Pour un commentaire de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 dans une perspective de droit de la santé, voir not. Marie MESNIL, « La loi Taubira et au-delà... », *JDSAM*, n° 2-2013, pp. 9-19.

lesbiens résulte d'une évolution législative, dans la mesure où les juges judiciaires et constitutionnels avaient refusé de reconnaître la filiation à l'égard des enfants nés du projet parental d'un couple lesbien. Toutefois, il apparaît encore après l'adoption de la loi du 17 mai 2013 des résistances de la part des juridictions du fond qui refusent à prononcer l'adoption de l'enfant de la conjointe (b).

a. Le mariage, condition de reconnaissance du projet parental de deux femmes

304. Comme le soulignent à la fois l'exposé des motifs à la loi du 17 mai 2013¹¹³⁹ et les juges constitutionnels dans leur décision du même jour, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe « a pour conséquence de permettre l'adoption par des couples de personnes de même sexe ainsi que l'adoption au sein de tels couples »¹¹⁴⁰. Seule la reconnaissance juridique des couples de personnes de même sexe par le droit permet, par le biais du mariage, de reconnaître également leurs familles. Paradoxalement, alors qu'il y a un recul du mariage dans la société et que le droit de la PMA français est indifférent aux formes juridiques du couple, l'institution du mariage devient le ciment de la famille lorsque les parents sont de même sexe et réalisent leur projet parental en dehors du cadre légal. Cette évolution du droit est importante en ce qu'elle reconnaît la parenté à l'égard des couples de même sexe et permet, en particulier, d'établir un lien de filiation à l'égard de la seconde mère en cas de recours à un don de sperme. Toutefois, cela met en exergue la différence fondamentale qui existe entre les projets parentaux légitimes, réalisés dans le cadre légal, et les autres, ceux des couples lesbiens, qui s'éloignent du cadre naturaliste. Dans cette situation, pour pouvoir établir un lien de filiation à l'égard de la seconde mère, co-auteur du projet parental, les couples de femmes doivent être mariés (1°) et cela pose difficulté lorsque les couples se sont séparés, après avoir réalisé leur projet parental, sans avoir pu bénéficier du dispositif mis en place par la loi du 17 mai 2013 (2°).

1°. L'adoption de l'enfant de la conjointe, seul moyen de reconnaître le projet parental

305. Afin d'accéder à une reconnaissance juridique de leurs familles, les femmes élevant des enfants ensemble, après avoir réalisé leur projet parental par adoption, ou par PMA à l'étranger ou hors de tout cadre médical sur le territoire national, peuvent faire établir un lien de filiation à l'égard de la seconde mère par le biais de l'adoption de l'enfant de la conjointe. Dans l'hypothèse

¹¹³⁹ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, exposé des motifs : « Tel est l'objet du présent projet de loi qui ouvre le droit au mariage aux personnes de même sexe et par voie de conséquence l'accès à la parenté à ces couples, via le mécanisme de l'adoption. ».

¹¹⁴⁰ Conseil constitutionnel, déc. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, §32 : « 32. Considérant que les articles 343 et 346 du code civil, applicables tant à l'adoption plénière qu'à l'adoption simple, disposent, d'une part, que l'adoption « peut être demandée par deux époux. . . » et, d'autre part, que « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux » ; qu'en outre, il résulte tant de l'article 356 du code civil, applicable à l'adoption plénière, que de l'article 365 du même code applicable à l'adoption simple, compte tenu de la portée que la jurisprudence constante de la Cour de cassation confère à ces dispositions, que la faculté d'une adoption au sein d'un couple est réservée aux conjoints ; que, par suite, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a pour conséquence de permettre l'adoption par des couples de personnes de même sexe ainsi que l'adoption au sein de tels couples ».

où l'enfant est né d'un projet parental réalisé par PMA à l'étranger ou par « arrangements » en France, en dehors du cadre médical, les deux femmes doivent se marier pour accéder au statut de conjointe. Par la suite, la seconde femme peut accéder au statut de mère par le biais d'une procédure d'adoption simple¹¹⁴¹ ou plénière¹¹⁴² de l'enfant de la conjointe. Par dérogation à l'alinéa 1er de l'article 356, l'adoption plénière n'emporte pas une substitution à la filiation d'origine et au contraire, « l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille »¹¹⁴³.

La loi du 17 mai 2013 ne modifie pas les autres dispositions relatives à l'adoption simple ou plénière de l'enfant du conjoint qui trouvent à s'appliquer, en l'état, à tous les couples mariés. Pourtant, seuls les couples de femmes doivent recourir à la procédure d'adoption de l'enfant de la conjointe après avoir réalisé leur projet parental par PMA, en dehors du cadre médical ou du territoire national. L'adoption devient alors le seul mode d'établissement de la filiation pour les couples de personnes de même sexe. Ce qui est salué par une partie de la doctrine. Par exemple, Monsieur Eugène Follain, magistrat, écrit que « le législateur n'a pas ignoré la réalité biologique qui oblige à constater qu'un enfant naît toujours de l'union fécondante entre un homme et une femme, aucun enfant ne pouvant être réputé issu de deux hommes ou de deux femmes. Dès lors qu'un enfant dispose d'une filiation paternelle ou maternelle établie, aucun autre établissement de paternité ou de maternité ne peut intervenir, hormis par l'adoption »¹¹⁴⁴. Pour les couples de femmes, qui osent remettre en cause le cadre naturaliste des techniques de PMA, en réalisant leur projet parental en dehors de celui-ci, la procédure d'adoption de l'enfant de la conjointe devient complémentaire aux techniques reproductives. Toutefois, la reconnaissance du second lien de filiation est subordonnée au mariage des deux femmes du couple et réintroduit, de manière indirecte le mariage, comme condition de réalisation du projet parental. Cela est paradoxal à la fois au regard des conditions d'accès aux techniques de PMA en France et au regard des évolutions qui traversent les familles. En effet, depuis le début des années 2000 jusqu'à nos jours, il y a une baisse continue du nombre de mariage qui témoigne d'une désaffection pour ce dernier¹¹⁴⁵. De manière générale, une étude menée entre 1989 et 2003 au niveau de neuf pays européens qui ont adopté des législations relatives à l'union homosexuelle montre que « le mouvement de légalisation des couples de même sexe prend place dans un mouvement général de désaffection à l'égard de l'institution matrimoniale (sauf peut-être au Danemark) »¹¹⁴⁶. D'autre part, il y a une progression importante du « démariage »¹¹⁴⁷ et des

¹¹⁴¹ Article 365 du Code civil.

¹¹⁴² Article 345-1 du Code civil.

¹¹⁴³ Article 356 alinéa 2 du Code civil.

¹¹⁴⁴ Eugène FOLLAIN, « Focus sur les conséquences sur les enfants de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *AJCT*, 2013, p. 506.

¹¹⁴⁵ Ainsi, de 305 234 mariages célébrés en 2000, ce chiffre passe à 241 000 en 2012, soit une baisse de 21% (voir tableau 3).

¹¹⁴⁶ Patrick FESTY, « La légalisation des couples homosexuels en Europe », *Population*, 2006/4 Vol. 61, pp. 493-531.

recompositions familiales subséquentes¹¹⁴⁸. En outre, le pourcentage d'enfants nés hors mariage ne cesse d'augmenter depuis le début du XXe siècle, passant de 8,7% en 2001 à plus de 50% depuis 2007, en France métropolitaine (voir tableau 4). Par comparaison, en Suisse, les statistiques de l'Office Fédéral de la Statistique (OFS) montrent que parmi les ménages privés, les couples mariés représentent la plus grande part des couples avec enfants¹¹⁴⁹.

Il semble paradoxal de subordonner la reconnaissance légale du recours à la PMA par un couple de femmes à deux mécanismes complémentaires particulièrement rigides au regard des évolutions générales de la société française, à savoir le mariage et la procédure d'adoption plénière ou simple. En outre, cela tranche nettement avec les règles d'accès à la PMA en France où la forme juridique du couple est indifférente et les règles d'établissement de la filiation, celles de droit commun, à quelques ajustements mineurs près. Ces procédures, lourdes, témoignent d'une forme d'hostilité à l'égard de ces projets parentaux qui s'écartent du cadre naturaliste. Le dispositif mis en place par la loi n°3013-404 du 17 mai 2013 connaît d'ailleurs des limites certaines, puisqu'il rend impossible la reconnaissance du projets parental lorsque le couple s'est séparé.

2°. Les limites d'une parenté subordonnée à la conjugalité

306. Seules les couples de femmes qui ne se sont pas séparés peuvent établir un lien de filiation à l'égard de la seconde mère En effet, il n'y a aucun moyen d'établir un lien de filiation à l'égard du second parent de même sexe si celui-ci s'est séparé entre temps du parent légal, sauf si le couple séparé se marie afin de demander l'adoption de l'enfant du conjoint. La loi du 17 mai 2013 renforce toutefois les dispositifs existants en matière de parentalité pour ces personnes, sans apporter une réponse entièrement satisfaisante. Dans les différentes hypothèses où l'établissement du lien de filiation à l'égard du second parent, parent social, n'est pas permis¹¹⁵⁰, il est possible de recourir aux dispositions de l'article 371-4 du Code civil¹¹⁵¹. Ce dernier a été modifié par la loi du 17 mai 2013, en vue de prendre en compte la situation du parent social séparé du parent légal comme en témoigne le rapporteur à l'amendement selon lequel « il convient d'assurer la place du parent qui, sans que l'enfant ait une filiation établie à son égard,

¹¹⁴⁷ Voir not. sur ce sujet, Irène THERY, *Le Démariage*, Odile Jacob, 1993.

¹¹⁴⁸ Voir not. sur ces questions Irène THERY (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993 et Irène THERY (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées? Une approche pluridisciplinaire internationale*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1995.

¹¹⁴⁹ Suisse, OFS, Ménages privés, en 2011, doc. gr-f-01.05_2011 : Par exemple, si l'on considère uniquement les couples avec des enfants de moins de 25 ans, il y a 801 200 familles dont les parents sont mariés pour 68 900 où le couple vit en union libre, soit 1 famille dont les parents vivent en union libre pour 11,63 familles dont les parents sont mariés ou en d'autres termes, il y a moins de 8% de famille dont les parents vivent en union libre sur l'ensemble des familles élevant des enfants.

¹¹⁵⁰ Florent BERDEAUX-GACOGNE, *op. cit.* : « L'adoption de l'enfant du conjoint ne sera toutefois pas toujours possible. Ainsi, lorsqu'il existera déjà deux parents légaux, lorsque les intéressés ne souhaiteront pas se marier, s'ils sont déjà séparés ou se séparent avant d'avoir entrepris des démarches d'adoption, le parent social n'aura pas vocation à devenir un parental légal ».

¹¹⁵¹ Article 371-4 du Code civil.

l'a élevé et éduqué à l'égal de l'autre parent »¹¹⁵². D'une part, cette disposition permet de « garantir le maintien des relations, après séparation, entre l'enfant et ce tiers privilégié »¹¹⁵³. En effet, l'article 371-4 du Code civil dans son ancienne rédaction, issue de la loi du 4 mars 2002, était auparavant l'unique fondement pour le parent social d'obtenir un droit de visite et d'hébergement. Désormais, la nouvelle rédaction précise le cadre dans lequel ces dispositions interviennent, même si en pratique, cela ne change rien aux droits auxquels le parent social, tiers, peut prétendre¹¹⁵⁴. Pour Monsieur Florent Berdeaux-Gacogne, cette modification est symboliquement importante car elle reconnaît que « le parent social n'est pas un simple tiers »¹¹⁵⁵, toutefois « l'égalité entre le parent social et le deuxième parent légal est (...) loin d'être acquise »¹¹⁵⁶. D'autre part, la loi du 17 mai 2013 permet également au parent social de former tierce opposition au jugement d'adoption dans le cas où le parent légal, séparé du co-auteur du projet parental, souhaiterait faire adopter l'enfant qu'ils élevaient ensemble par son nouveau conjoint. Ainsi est reconnue l'exclusivité du lien entre le parent social et l'enfant par le nouvel article 353-2 du Code civil¹¹⁵⁷, qui est issu du même amendement¹¹⁵⁸. Ces dispositions permettent de maintenir des liens entre l'enfant et la seconde mère après séparation mais ne permet pas l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et celle-ci, pourtant co-auteur du projet parental. Assez paradoxalement d'ailleurs, les dispositions de l'article 353-2 du Code civil conduisent « à priver un enfant d'un lien de filiation »¹¹⁵⁹, puisque la seconde mère ne peut adopter l'enfant mais peut s'opposer à son adoption.

En ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe, la loi du 17 mai 2013 permet, de manière incidente, la reconnaissance de la filiation à l'égard de parents de même sexe et en particulier la reconnaissance du projet parental de deux femmes. Les imperfections du dispositif mis en place tiennent au fait que celui-ci n'a pas été clairement pensé comme un moyen de consacrer le projet parental des couples lesbiens. Cela explique d'ailleurs qu'après l'adoption de la loi du 17 mai 2013, les juridictions du fond aient été divisées quant à l'application de la procédure d'adoption de l'enfant de la conjointe au projet parental réalisé par PMA à l'étranger.

b. La filiation adoptive comme réhabilitation du projet parental illégitime

307. Les débats doctrinaux et législatifs qui ont précédé l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ont été particulièrement vifs. De nombreuses résistances sont apparues dans les milieux politiques, universitaires, et au sein de la magistrature quant à l'opportunité d'ouvrir le mariage et

¹¹⁵² Amendement n° COM-22 présenté le 18 mars 2013 par J.-P. Michel.

¹¹⁵³ *Ibidem*.

¹¹⁵⁴ Voir en ce sens, Florent BERDEAUX-GACOGNE, *op. cit.*

¹¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ Article 353-2 du Code civil : « Constitue un dol au sens du premier alinéa la dissimulation au tribunal du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers, décidé par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 371-4 ».

¹¹⁵⁸ Amendement n° COM-22 présenté le 18 mars 2013 par J.-P. Michel.

¹¹⁵⁹ Florent BERDEAUX-GACOGNE, *op. cit.*

l'adoption aux couples de personnes de même sexe. Ces oppositions se sont également exprimées par la suite au moment d'appliquer le texte : alors que l'exposé des motifs est clair¹¹⁶⁰, certaines juridictions ont ainsi refusé de prononcer l'adoption de l'enfant de la conjointe dans la mesure où le projet parental avait été réalisé en fraude à la loi¹¹⁶¹. Par exemple, il a été jugé que « le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude [...] et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu »¹¹⁶². Ce raisonnement en termes de fraude à la loi est repris par « plusieurs procureurs [qui] se sont prononcés contre l'adoption par des femmes de l'enfant de leur conjointe né à la suite d'une assistance médicale à la procréation »¹¹⁶³. Au contraire, d'autres juridictions prononcent l'adoption¹¹⁶⁴. Par exemple, le TGI de Nanterre estime que « le recours par la requérante et sa compagne devenue son épouse, à la procréation médicalement assistée par insémination artificielle avec sperme de donneur anonyme ne constitue pas un processus frauduleux de nature à empêcher par l'épouse de la mère l'adoption de l'enfant issu de cette procréation »¹¹⁶⁵. Certains auteurs critiquent le recours à la théorie de la fraude dans la mesure où la PMA n'est pas interdite en France : « peut-on admettre de qualifier de "frauduleuse" ou de contraire à l'ordre public international la conception d'un enfant ? Peut-on raisonnablement envisager de contrôler les conditions de la conception ? »¹¹⁶⁶. Pour Monsieur le professeur Hugues Fulchiron, ce raisonnement porte préjudice à l'enfant alors que c'est « au juge de garantir à l'enfant le respect de ses droits »¹¹⁶⁷.

Avant d'être saisie de cette question par le biais d'un pourvoi, la Cour de cassation s'est prononcé par le biais de deux avis et estime que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »¹¹⁶⁸. À la suite de cet avis, si au moins un TGI a refusé de prononcer l'adoption de l'enfant de la conjointe au motif d'une fraude à la loi¹¹⁶⁹, la situation juridique a été

¹¹⁶⁰ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : « tel est l'objet du présent projet de loi qui ouvre le droit au mariage aux personnes de même sexe et par voie de conséquence l'accès à la parenté à ces couples, via le mécanisme de l'adoption » ; cela constitue « une nouvelle étape (qui) doit donc être franchie ».

¹¹⁶¹ TGI Versailles, 29 avr. 2014 (3 jugements), D. 2014. 1041 ; AJ fam. 2014. 368, obs. C. Mécaray, et 267, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Dr. fam. 2014. Comm. 113, note P. Reigné.

¹¹⁶² TGI Versailles, 29 avril 2014, n° 13/00168, AJ fam. 2014, p. 267 obs. A. Dionisi-Peyrusse.

¹¹⁶³ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « Actualités de la bioéthique », *AJ fam.*, 2014, p. 145.

¹¹⁶⁴ Voir not. TGI Lille, 17 oct. 2013, Dr. fam. 2014. Comm. 4, obs. C. Neirinck.

¹¹⁶⁵ TGI Nanterre, 8 juillet 2014, n° 13/14804, D. 2014. 1669, obs. P. Reigné.

¹¹⁶⁶ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « Actualités de la bioéthique : refus de l'adoption d'un enfant conçu par PMA », *AJ fam.*, 2014, p. 267.

¹¹⁶⁷ Hugues FULCHIRON, « *Fraus omnia corrumpit* ? », *D.*, 2014, p. 1162.

¹¹⁶⁸ Cour de cassation, avis n° 15011 et 15010 du 22 sept. 2014, D. 2014. 1876, obs. A. Dionisi-Peyrusse, D. 2014. 2031, note A.-M. Leroyer ; *ibid.* 2015. 21, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* 649, obs. M. Douchy-Oudot.

¹¹⁶⁹ TGI Cahors, 12 juin 2014, RG n°15/00122, Dalloz actualité, 30 juin 2015, obs. T. Coustet.

clarifiée. Pour Madame la professeure Anne-Marie Leroyer, « ces deux avis ont donc une portée plus large que la simple admission de l'adoption par la femme de la mère. Implicitement, mais nécessairement, ils viennent cantonner la portée de l'interdiction d'avoir recours à l'AMP pour les couples de femmes et invitent par conséquent à s'interroger sur les fondements d'une telle interdiction, à l'heure où l'établissement d'une double filiation maternelle est déjà admise »¹¹⁷⁰. Nous ne pensons pas que la reconnaissance du projet parental d'un couple de femmes remette directement en cause les conditions d'accès actuelles aux techniques de PMA. En effet, il existe, aujourd'hui, en droit français deux cadres juridiques selon les auteurs des projets parentaux. Réalisé dans le cadre légal, le projet parental est consacré avec l'établissement de la filiation selon le droit commun alors que, au contraire, lorsque le projet parental est réalisé par deux femmes, le nécessaire recours à la procédure d'adoption marque le caractère illégitime du projet parental. Le droit de la filiation est ainsi utilisé pour sanctionner les projets parentaux qui dérogent au cadre naturaliste, que ce soit au niveau de des conditions d'accès aux techniques de PMA ou au niveau des techniques utilisées. Ainsi, la réalisation d'un projet parental par GPA se solde par des difficultés importantes au moment de l'établissement de lien de filiation à l'égard des auteurs du projet parental. En d'autres termes, le droit de la filiation et en particulier la fraude sont utilisés pour sanctionner le recours à la GPA, technique reproductive interdite.

§II. L'impossible filiation après GPA ?

308. La gestation pour autrui (GPA) consiste à faire porter à une femme, la femme porteuse, un enfant issu de gamètes, qui peuvent provenir des parents d'intention uniquement, d'un des parents d'intention et d'un tiers – qui peut-être la femme porteuse ou de deux tiers –dont éventuellement la femme porteuse¹¹⁷¹. Dans l'hypothèse où la femme gestatrice fournit également ses ovocytes, on peut alors parler de procréation pour autrui. En l'absence de cadre légal en France, le recours à la GPA à l'étranger diffère selon les destinations et les législations qui sont alors en vigueur. Dans nos développements, nous ne différencierons pas ces situations sauf lorsque cela paraît pertinent du point de vue du droit. De la même manière, nous nous intéresserons aussi bien aux GPA réalisées par des couples hétérosexuels qu'à celles mises en œuvre au profit de couples de personnes de même sexe (dans les faits essentiellement des hommes) dans la mesure où la jurisprudence française semble, au regard du critère de l'orientation sexuelle des parents d'intention, assez homogène. Toutefois, au regard du droit suisse, il convient de traiter ces questions de manière distincte. La question de l'incidence de

¹¹⁷⁰ Anne-Marie LEROYER, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.*, 2014, p. 2031.

¹¹⁷¹ La LPMA définit la mère de substitution comme « une femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après accouchement ».

l'interdiction de la pratique de la GPA sur la retranscription des actes de naissance à l'état civil se pose dans de nombreux pays de l'Union européenne¹¹⁷² aussi bien qu'en Suisse.

309. La GPA fait l'objet de régimes juridiques très divers en Europe et deux questions doivent être distinguées, à savoir l'encadrement de la pratique et la reconnaissance d'un lien de filiation. Ainsi, seuls la Grèce¹¹⁷³ et le Royaume-Uni¹¹⁷⁴ ont mis en place un cadre juridique permettant le recours à une femme porteuse¹¹⁷⁵. D'autres pays connaissent la pratique sans pour autant l'encadrer : en Belgique, il n'y a aucune disposition relative à la GPA mais concernant la filiation paternelle, la reconnaissance ou la transcription est possible et une procédure d'adoption permise pour établir le second lien de filiation, qu'il s'agisse d'une filiation maternelle ou d'une seconde filiation paternelle. De même, aux Pays-Bas, la pratique est pénalisée même s'il existe un guide de bonnes pratiques de la société néerlandaise d'obstétrique et de gynécologie datant de 1997¹¹⁷⁶ et la filiation est établie par adoption par les parents d'intention de l'enfant ou alors les actes de naissance étrangers sont transcrits à l'état civil néerlandais. La France et la Suisse font partie des pays qui interdisent la GPA, tout comme l'Italie, l'Espagne, l'Allemagne, pour ne citer que ceux-là¹¹⁷⁷. Parmi les pays où la GPA est clairement interdite, seules la France et l'Espagne refusent toute transcription des actes de naissance. En effet, en Autriche¹¹⁷⁸, toutes les formes de dissociation des fonctions maternelles sont interdites mais la Cour constitutionnelle valide la filiation des enfants nés par GPA, sans avoir recours au mécanisme d'adoption, au nom de l'intérêt de l'enfant et au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme car elle estime que l'interdiction de la GPA ne fait pas partie de l'ordre public¹¹⁷⁹. Pareillement, en Allemagne¹¹⁸⁰, la GPA est condamnée mais l'adoption demeure possible pour la mère tandis qu'un effet partiel direct est reconnu à l'acte de naissance à l'égard du père. En Italie¹¹⁸¹, le droit pénal est particulièrement rigoureux puisque les acteurs directs et les intermédiaires peuvent faire l'objet de sanctions. Pour autant, ces sanctions sont limitées au droit interne et les juges du fond reconnaissent les actes de naissance en Italie. En Espagne, la situation semble s'être complexifiée à partir du moment où les cas de GPA concernent des couples d'hommes¹¹⁸², même si, auparavant déjà, les conventions de GPA étaient nulles et des sanctions pénales étaient prévues¹¹⁸³.

¹¹⁷² Laurence BRUNET *et al.*, *A comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Directorate General for Internal Policies, Legal and Parliamentary Affairs, mai 2013.

¹¹⁷³ Grèce, Loi 3089/2002 pour la régulation de la reproduction médicalement assistée et loi 3305/2005.

¹¹⁷⁴ Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

¹¹⁷⁵ Laurence BRUNET *et al.*, *op. cit.*, pp. 38 et s.

¹¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ Laurence BRUNET *et al.*, *op. cit.*, pp. 100-104.

¹¹⁷⁹ Verfassungsgerichtshof, 11.10.2012 – B 99/12 ua ; Verfassungsgerichtshof, 14.12.2011.

¹¹⁸⁰ Laurence BRUNET *et al.*, *op. cit.*, pp. 106-107.

¹¹⁸¹ Laurence BRUNET *et al.*, *op. cit.*, pp. 107-108.

¹¹⁸² Laurence BRUNET *et al.*, *op. cit.*, pp. 125-130.

¹¹⁸³ Laurence BRUNET *et al.*, *op. cit.*, p. 108.

La GPA est formellement interdite en France et en Suisse ; toutefois la portée de l'interdiction est très différente au regard de la filiation des enfants nés d'une femme porteuse. En effet, l'interdiction, d'ordre public en France a conduit les tribunaux à refuser la retranscription de l'acte de naissance des enfants nés par GPA à l'étranger sur les registres d'état civil (A). Cette position dogmatique a fait l'objet d'une vive condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, qui considère dans l'intérêt de l'enfant de dissocier la question de l'accès à la GPA de celle de la reconnaissance d'un lien de filiation à l'égard de l'enfant (B).

A. L'interdiction de la gestation pour autrui

310. L'utilisation de la filiation de l'enfant comme sanction à des pratiques illicites est une solution que personne n'avait semblé envisager initialement, « heureusement »¹¹⁸⁴. Pourtant c'est bien ce qui se passait en France jusqu'à ce que la Cour européenne des droits de l'homme condamne cette pratique contraire aux droits de l'enfant. Ainsi, la portée de l'interdiction de la GPA est bien différente entre la France et la Suisse. En Suisse, si toutes les formes de dissociation de la maternité sont interdites par la Constitution, seul le second père au sein des couples d'hommes ne peut pas établir sa filiation à l'égard de l'enfant (a) tandis qu'en France, l'interdiction de la GPA, intégrée dans la notion d'ordre public, a conduit les juridictions à refuser toute reconnaissance de la filiation à l'égard des parents (b).

a. En suisse, interdiction constitutionnelle de dissociation de la maternité

311. En Suisse, la Constitution fédérale condamne explicitement « toutes les formes de maternité de substitution »¹¹⁸⁵ et ce principe vise à « assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille »¹¹⁸⁶. Les trois pratiques interdites sont « le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution »¹¹⁸⁷. L'interdiction est d'autant plus forte qu'il est prévu une sanction pénale pour les médecins comme pour les intermédiaires¹¹⁸⁸. L'étude de droit comparé réalisée par le Sénat en 2008 met en avant la situation particulière à l'Allemagne, l'Italie et la Suisse où ce sont les techniques de PMA dans leur ensemble qui font l'objet d'une législation restrictive. Plus que la GPA, « c'est plutôt l'interdiction générale du don de gamètes en Italie et l'interdiction du don d'ovules en Allemagne ainsi qu'en Suisse qui est en cause »¹¹⁸⁹. En outre, le rapport met en avant l'ampleur très limitée des pratiques de GPA

¹¹⁸⁴ Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD Civ.*, 1990, p. 254 : « S'agissant de la technique utilisée pour conférer une filiation à l'enfant ainsi obtenu - personne n'a envisagé, heureusement, de sanctionner les pratiques illicites à travers la filiation de l'enfant - elle est rappelée par les décisions portant nullité des associations ».

¹¹⁸⁵ Suisse, Constitution fédérale de la Confédération suisse, art. 119, 2, d.

¹¹⁸⁶ Suisse, Constitution fédérale de la Confédération suisse, art. 119, 2.

¹¹⁸⁷ Suisse, LPMA, article 4 « Pratiques interdites ».

¹¹⁸⁸ Suisse, LPMA, article 31 : « 1. Quiconque applique une méthode de procréation médicalement assistée à une mère de substitution sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

2. Sera puni de la même peine quiconque sert d'intermédiaire à une maternité de substitution ».

¹¹⁸⁹ SENAT, *La gestation pour autrui*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 182, janvier 2008, p. 7.

réalisées par des ressortissants suisses à l'étranger¹¹⁹⁰ ; ce qui semble conforme aux observations du Conseil fédéral qui a connaissance d'environ dix cas¹¹⁹¹.

312. En Suisse, le tribunal fédéral s'est prononcé une seule fois sur la retranscription en cas de recours à une GPA¹¹⁹². En l'espèce, il s'agissait d'un couple d'hommes suisses, vivant en partenariat enregistré qui a eu recours à une GPA en Californie. À leur retour des États-Unis, ils demandent la reconnaissance du jugement américain et du certificat de naissance qui les désignent comme les parents dans les registres d'état civil suisses¹¹⁹³. L'Office fédéral de la justice (OFJ) conteste l'enregistrement du second homme, celui qui n'a aucun lien biologique avec l'enfant, en qualité de père. Le tribunal fédéral admet le recours de l'OFJ : en effet, la décision américaine revient à reconnaître un lien de filiation adoptif à l'égard du partenaire et cela est contraire à l'ordre public suisse qui exclut une telle adoption¹¹⁹⁴. En outre, le tribunal fédéral souligne le fait que le recours à la GPA constitue une fraude puisqu'aucun des deux hommes n'a d'attaches avec les États-Unis. En revanche, le lien à l'égard du père biologique est reconnu et assure à l'enfant le respect de sa vie privée et familiale, notamment au regard de l'article 8 de la Convention européenne¹¹⁹⁵. Le tribunal fédéral suisse ne remet pas en cause le lien de filiation du père biologique et inscrit sa jurisprudence dans le refus de la parenté des couples homosexuels. L'absence de remise en cause de la filiation du géniteur –autant que l'absence de contentieux sur le sujet– témoigne du fait qu'en Suisse, les couples hétérosexuels peuvent établir un double lien de filiation à l'égard de l'enfant né par GPA. Seuls les projets parentaux réalisés par deux hommes dérogent au cadre naturaliste de la filiation et ne peuvent à ce titre être reconnus. En 2012, le Conseil fédéral publie un Rapport sur la maternité dans lequel il est mis en exergue le fait qu'« un lien de filiation établi à l'étranger par le biais d'une mère porteuse ne s'oppose pas formellement à l'ordre public de la Suisse »¹¹⁹⁶. Aussi, en Suisse, il est reconnu que « la prohibition de la maternité de substitution par l'article 119 alinéa 2 de la Constitution ne s'applique pas directement à la reconnaissance de décisions étrangères en matière de filiation »¹¹⁹⁷. Autrement dit la question de la filiation et celle de la prohibition de la GPA sont nettement distinguées et si la réforme de l'adoption est votée en Suisse, le second père pourrait adopter l'enfant de son partenaire. La position dogmatique du droit français a fait l'objet d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme qui devrait conduire à

¹¹⁹⁰ SENAT, *op. cit.*, p. 35 : « Il semble que certains couples se rendent à l'étranger pour bénéficier de dispositions moins restrictives que celles qui sont en vigueur en Suisse. Toutefois, les tribunaux suisses n'ont pas encore eu à se prononcer sur la filiation maternelle des enfants ainsi nés ».

¹¹⁹¹ Suisse, CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la maternité de substitution*, 29 novembre 2013, en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, p. 10.

¹¹⁹² Suisse, TF arrêt 5A_748/2014 du 21 mai 2015.

¹¹⁹³ *Ibidem*.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ Suisse, CONSEIL FÉDÉRAL, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁹⁷ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, « Constitutionnalité et conformité à la Convention sur la protection des droits de l'enfant de la reconnaissance de décisions étrangères établissant la filiation d'un enfant né par maternité de substitution » in CONSEIL FÉDÉRAL, *op. cit.*, p. 42.

une évolution de celui-ci. En effet, l'interdiction de la GPA en France avait une portée importante du fait du caractère d'ordre public de l'interdiction qui conduisaient les juridictions à refuser d'établir tout lien de filiation en cas de GPA.

b. En France, interdiction d'ordre public de la gestation pour autrui

313. Parallèlement à l'encadrement des méthodes de PMA, les lois de bioéthique ont introduit un article qui dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »¹¹⁹⁸ et que cette disposition est d'ordre public¹¹⁹⁹. Avant l'introduction de ces dispositions, la Cour de cassation s'était prononcée sur l'interdiction de la GPA¹²⁰⁰. Il a été jugé que l'adoption ne pouvait être prononcée à la suite d'une GPA car « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »¹²⁰¹. Les principes dégagés par l'assemblée plénière, à savoir le principe d'indisponibilité de l'état des personnes¹²⁰² et le principe d'indisponibilité du corps humain¹²⁰³ font l'objet d'un commentaire critique fourni de la part de Madame la professeure Michelle Gobert, qui met en perspective cet arrêt avec celui rendu par la première chambre civile le 13 décembre 1989, interdisant une association aidant à la mise en œuvre de GPA¹²⁰⁴. Elle propose une solution proche de celle existante en matière de mariage, à propos des fiançailles et de raisonner en termes de liberté¹²⁰⁵. La référence aux principes d'ordre public d'indisponibilité de l'état des personnes et de l'indisponibilité du corps humain conduit les juridictions à refuser toute reconnaissance d'un lien de parenté à l'égard d'un enfant né par GPA. À notre sens, le recours à ces deux principes, indisponibilité de l'état des personnes et indisponibilité du corps humain, est très important pour expliquer ensuite le sens

¹¹⁹⁸ Article 16-7 du Code civil.

¹¹⁹⁹ Article 16-9 du Code civil.

¹²⁰⁰ Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, D.1991.J.417, rapp. Chartier et note Thouvenin ; RTD civ. 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller.

¹²⁰¹ *Ibidem*.

¹²⁰² Michelle GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD Civ.* 1992, §23 : À propos du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, elle souligne que « seule la première chambre civile justifie cette référence en précisant que de telles conventions "ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspond pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation ou d'une cession également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère" ».

¹²⁰³ Michelle GOBERT, *op. cit.*, §25 : Au sujet du recours au principe de l'indisponibilité du corps humain, elle parle d'un « fantastique bouleversement que vient d'opérer l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en se référant au "principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain" qu'elle projette ainsi de l'imaginaire dans le droit positif ».

¹²⁰⁴ Cass., 1^e Civ., 13 déc. 1989, n° 88-15655.

¹²⁰⁵ Michelle GOBERT, *op. cit.*, §30 : « peut-être aurait-il suffi de s'inspirer de la formule imaginée, à propos des fiançailles, par la chambre civile en 1838 et de décider que la promesse concernant son enfant faite par une mère au profit d'un couple, est "nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister" de reconnaître ou non son enfant. C'eût été le rappel solennel d'une liberté qui, tant que le législateur n'en a pas décidé autrement –et il y a peu de chances qu'il le fasse–, doit rester fondamentale et ne trouver sa limite que dans l'adoption par une autre femme de l'enfant, comme les fiançailles la trouvent dans le mariage ».

et la portée prise par l'interdiction, autonome et d'ordre public, de la GPA par les articles combinés 16-7 et 16-9 du Code civil.

314. En effet, l'argumentation juridique est précisée au fur et à mesure des dossiers que la Cour de cassation doit trancher. Les derniers arrêts rendus par la Cour de cassation montrent que le raisonnement diffère selon que l'on considère un refus de retranscription motivée par le refus de la substitution de la filiation maternelle ou le refus de la reconnaissance de paternité. Ces deux situations illustrent l'autonomisation de l'interdiction de la GPA par rapport au principe initial d'indisponibilité de l'état des personnes pour finalement davantage mettre en avant le principe d'indisponibilité du corps humain. En particulier, un véritable argumentaire -avec diverses positions féministes- se développe sur cette question¹²⁰⁶.

Le 6 avril 2011, la Cour de cassation a rendu trois arrêts concernant la maternité de substitution dans lesquels elle affirme avec constance la contrariété à l'ordre public de la retranscription des actes d'état civil¹²⁰⁷, ce qui entraîne notamment un refus de reconnaître la filiation par possession d'état des parents¹²⁰⁸. Les décisions sont rendues au visa des articles 16-7 et 16-9 du Code civil et du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes dans la mesure où il s'agissait de reconnaître un lien de filiation, par possession d'état ou transcription des actes de naissance à l'état civil, à l'égard des parents d'intention. Dans ces couples, tous hétérosexuels, la substitution de la filiation maternelle est certaine et correspond à la définition littérale de maternité de substitution. Les juges tendent à relativiser la portée de l'absence de reconnaissance par le droit français d'un lien de filiation puisque « une telle situation, (...) ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que le droit de l'État du Minnesota lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France »¹²⁰⁹.

Par la suite, la jurisprudence connaît un durcissement dans la mesure où est refusée la reconnaissance de la filiation paternelle à l'égard d'enfant né par GPA et en particulier, la

¹²⁰⁶ Voir en ce sens not. Diane ROMAN, « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2, n° 28, pp. 191-197, spéc. pp. 191-192 : l'auteure explique qu'il y a une « explosion contemporaine des arguments de type féministe sur la gestation pour autrui au tournant des années 2010. Le thème de l'indisponibilité du corps humain est relégué à la seconde place ; on parle désormais du corps des femmes, de leur utérus, de leur condition socio-économique et de leur rapport à la maternité et à la grossesse. Bref, le prisme de l'analyse de genre est devenu la clé du positionnement pour ou contre la GPA » ; p. 194 : « Que l'on soit pour ou contre la GPA, c'est désormais au nom de la cause des femmes que l'on se justifie ».

¹²⁰⁷ Cass., 1ère Civ., 6 avr. 2011, n°09-17130 : Ainsi, elle avait jugé « qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français » ; voir également n°10-19053, D., 2011, p. 1522 et n° 09-66486 : dans les deux autres arrêts rendus le même jour, la même motivation sert à justifier « le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français »

¹²⁰⁸ Cass., 1ère Civ., 6 avr. 2011, n°09-17130.

¹²⁰⁹ *Ibidem* ou encore cette décision « ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ».

reconnaissance de paternité est annulée aux motifs d'une fraude à la loi sur le fondement de l'article 336 du Code civil¹²¹⁰. À notre sens, il s'agit d'une interprétation extensive des dispositions de l'article 336 du Code civil afin de faire obstacle à tout établissement de filiation en France lorsqu'un enfant est né par GPA. Alors qu'en 2011, le ministère public agissait sur le fondement de l'article 423 du Code de procédure civile qui couvre les hypothèses d'atteinte à l'ordre public¹²¹¹, c'est l'article 336 du Code civil qui fonde les décisions de 2013. Ce dernier concerne les cas de filiations invraisemblables ou établis par le biais d'une fraude à la loi¹²¹². Les modifications apportées à l'article 339 du code civil tendent à élargir la situation de fraude dans la mesure où auparavant, « l'ancien article 339 du code civil (...) visait exclusivement une reconnaissance destinée à frauder les règles relatives à l'adoption »¹²¹³. Désormais, « le ministère public peut ainsi agir non seulement dans cette hypothèse mais aussi, par exemple, en cas de violation des articles 16-7 et 16-9 du code civil prohibant la procréation et la gestation pour le compte d'autrui »¹²¹⁴. Le rapport précise par ailleurs que « dans tous les cas, le demandeur doit rapporter la preuve de l'inexactitude de la filiation selon les règles de droit commun »¹²¹⁵. Il semble alors que si la GPA est bien rentrée dans le périmètre de la fraude aux lois d'établissement de la filiation, c'est en ce qu'elle contrevient à la règle selon laquelle la mère est la femme qui accouche. Au contraire, dans les cas d'espèce dont la Cour de cassation a eu à connaître, l'acte de naissance indien respecte les règles d'établissement de la filiation du droit français et mentionne la femme porteuse comme mère et le requérant comme père, ce dernier ayant à la fois fourni ses spermatozoïdes et l'intention d'élever l'enfant. C'est d'ailleurs la position qu'avait retenue la Cour d'appel de Rennes qui soulignait « qu'elle n'est pas saisie de la validité d'un contrat de gestation pour autrui, mais de la transcription d'un acte de l'état civil dont ne sont contestées ni la régularité formelle, ni la conformité à la réalité de ses

¹²¹⁰Cass., 1ère Civ., 13 sept. 2013, n°12-30138 et n°12-18315 et Cass., 1ère Civ., 13 sept. 2013, nos12-18.315 et 12-30.138, D. 2013. 2382, obs. I. Gallmeister ; ibid. 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; ibid. 2377, avis C. Petit ; ibid. 2384, note M. Fabre-Magnan ; ibid. 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot ; ibid. 954, obs. REGINE ; ibid. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske ; ibid. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; ibid. 1516, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; ibid. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; AJ fam. 2013. 579, obs. F. Chénéde ; ibid. 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; ibid. 600, obs. Clélia Richard et F. Berdeaux-Gacogne ; AJCT 2013. 517, obs. R. Méza ; Rev. crit. DIP 2013. 909, note P. Hammje ; RTD civ. 2013. 816, obs. J. Hauser.

¹²¹¹ L'article 423 du Code de procédure civile dispose qu'« en dehors de ces cas, (le ministère public) peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ».

¹²¹² Article 336 du Code civil : « la filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi » ; sur ce sujet, voir not. Géraldine VIAL, « Rôle du ministère public en matière de filiation. Les frontières de l'ordre public et de la fraude à la loi », *AJ Famille*, 2012, p. 34.

¹²¹³ Rapport n° 145 (2007-2008) de M. Henri de RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 19 décembre 2007, Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

¹²¹⁴ *Ibidem*.

¹²¹⁵ *Ibid.* ; voir dans le même sens : Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, CIV 2006-13 C1/30-06-2006, Bulletin officiel du ministère de la justice n°103 (1er juillet au 30 septembre 2006) : De même, la circulaire du 30 juin 2006 explicite l'esprit du texte en donnant une définition de la reconnaissance frauduleuse : « constitue une reconnaissance frauduleuse toute reconnaissance souscrite par son auteur en vue de se procurer un avantage particulier et dont la finalité est étrangère à l'intérêt de l'enfant et à son éducation. (...) Dans tous les cas, le demandeur doit rapporter la preuve de l'inexactitude de la filiation selon les règles de droit commun ».

énonciations »¹²¹⁶. Le ministère public obtient la cassation de cet arrêt et la Cour de cassation durcit sa jurisprudence, en visant cette fois, « les article 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 336 du même code »¹²¹⁷. L'autre arrêt de la Cour de cassation confirme quant à lui le refus de retranscription en reprenant le même attendu¹²¹⁸ et en précisant en réponse au second moyen « que l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code »¹²¹⁹.

L'analyse de ces deux arrêts montre de quelle manière l'interdiction de la GPA s'autonomise : il s'agit désormais d'une interdiction propre, qui s'émancipe peu à peu d'au moins un de ces fondements : ainsi, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes visait à préserver la règle selon laquelle la mère est la femme qui accouche et aucune substitution ne peut être opérée. Dans les cas d'espèce, les règles de filiation sont respectées et au contraire, seule la question du respect du principe d'indisponibilité du corps humain pourrait être discutée. Au-delà des critiques quant à la découverte de ce principe par la Cour de cassation en 1991¹²²⁰, il met en avant le refus de voir une femme disposer de son utérus afin de mener –contre rémunération, indemnisation ou sans aucune contrepartie pécuniaire– une grossesse pour le compte d'un tiers, le père, en l'espèce. Ce dernier ne peut accéder à la paternité qu'au prix « de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant »¹²²¹ avec la femme porteuse.

Les plus récentes jurisprudences de la Cour de cassation mettent en exergue un refus catégorique de reconnaître en France, des liens de filiation à l'égard des enfants nés par GPA à l'étranger, que ce soit par possession d'état, retranscription de l'état civil ou reconnaissance de paternité. Ce durcissement s'explique par le fait que les jurisprudences initiales auraient pu conduire à reconnaître la filiation de l'enfant né par GPA à l'égard de son père lorsque celui-ci n'est pas en couple hétérosexuel. Or, il apparaît que les résistances du droit français à l'égard de la parenté des couples homosexuels –dont les projets parentaux sont en rupture avec le naturalisme du cadre juridique relatif aux techniques reproductives– sont importantes comme

¹²¹⁶ CA Rennes, 21 fév.2012, n°11/02758 et c'est pourquoi, « dès lors que cet acte satisfait aux exigences de l'article 47 du code civil, sans qu'il y ait lieu d'opposer ou de hiérarchiser les notions d'ordre public tel l'intérêt supérieur de l'enfant ou l'indisponibilité du corps humain », la Cour avait confirmé la demande de transcription à laquelle les premiers juges avaient déjà accédé.

¹²¹⁷ Cass., 1ère Civ., 13 sept. 2013, n°12-30138 : « en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés ».

¹²¹⁸ Cass., 1ère Civ., 13 sept. 2013, n°12-18315 : « en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés ».

¹²¹⁹ *Ibidem*.

¹²²⁰ Voir en ce sens Michelle GOBERT, *op. cit.*

¹²²¹ Cass., 1ère Civ., 13 sept. 2013, n°12-18315 : « l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant » est un des éléments retenus par la Cour d'appel pour caractériser l'existence d'une convention de GPA.

en atteste les contentieux relatifs à la filiation à l'égard de la seconde mère en cas de PMA. Cette position des juridictions françaises, particulièrement dogmatique, peut être mise en perspective avec la jurisprudence suisse qui refuse de reconnaître un lien de filiation à l'égard du second père. La situation en droit suisse s'explique repose sur les règles en matière d'adoption qui ne permettent pas d'établir la filiation à l'égard de parents de même sexe. En revanche, en France, le refus de reconnaître la filiation à l'issue d'une GPA est d'abord motivé par le caractère d'ordre public de l'interdiction de la GPA et s'exprime avec la même vigueur pour tous les couples. Cette position dogmatique devrait toutefois évoluer compte tenu de la condamnation de la France par la CEDH.

B. L'évolution forcée du droit français

315. La position rigide des juges français conduit à ce que la filiation ne soit pas reconnue en droit français à l'égard des enfants nés par GPA. La filiation de l'enfant est en effet utilisée par les juges comme une sanction civile innommée qui touche aussi bien les parents que l'enfant lui-même¹²²². Cette position dogmatique qui refuse de dissocier la question de la reconnaissance de la filiation de celle de l'interdiction de la pratique a conduit à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (a). En dépit de cette condamnation, les évolutions tardent à être mises en œuvre et semblent témoigner du fait que des solutions juridiques sont recherchées pour reconnaître *a minima* les effets de la GPA sans réduire la portée de l'interdiction de la pratique (b).

a. La condamnation de la France par la CEDH

316. La pratique des juridictions françaises a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 8 relatif à la vie privée et familial des enfants¹²²³. La condamnation était probable¹²²⁴ notamment au regard de la jurisprudence antérieure de la CEDH en matière d'adoption¹²²⁵.

¹²²² Voir sur le sujet Dominique FENOUILLET, « Les sanctions en droit de la famille. Incohérences ou politique résolument diversifiée », pp. 151-183 in Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET, *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, L'esprit du droit, 2012, spéc. p. 174 et 182 et Sylvain BOLLEE, « Les sanctions en droit international privé. La violation de la légalité dans un contexte de relativité normative et de montée en puissance des droits fondamentaux », pp. 595-611 in Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET, *op. cit.*, pp. 606 et s.

¹²²³ CEDH, 26 juin 2014, Mennesson contre France, req. n°65192/11 et CEDH, 26 juin 2014, Labassee contre France, req. n°65941/11.

¹²²⁴ Jean-Pierre MARGUENAUD, « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », note sous CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, Mennesson c/ France et n° 65941/11, Labassée c/ France, *RTD civ.*, 2014, p. 835 : « Les arrêts Mennesson et Labassée sont donc clairs, cohérents et prévisibles pour qui se souvient de l'attachement de la Cour à la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, de sa détermination, affirmée au moins depuis l'arrêt Mazurek à enrayer l'application des lois qui font payer aux enfants les fautes de leurs parents, et de sa méfiance viscérale à l'égard de l'application aveugle d'interdictions générales ».

¹²²⁵ CEDH, 1e sect., Negreponitis-Giannis contre Grèce. 3 mai 2011, n° 56759/08, §58 : La Grèce a été condamnée pour notamment une violation du droit au respect de la vie familiale car les autorités ont refusé de reconnaître l'adoption d'un jeune adulte par son oncle prononcée régulièrement aux États-Unis. Ce refus de reconnaître les effets juridiques constitue « une ingérence incontestable dans le droit protégé par l'article 8 » ; comp. CEDH, 5e sect. 21 décembre 2010, Chavdarov c. Bulgarie, voir not. Nicolas HEVIEU, « Limitation, au nom de la protection de l'ordre public national,

Dans l'affaire Mennesson, un couple marié dont la femme souffre de facteurs d'infertilités utérins s'est rendu en Californie pour réaliser un projet parental : à partir d'un don d'ovule et des gamètes du père d'intention, une GPA est réalisée. Pour répondre à certaines critiques liées à la marchandisation du corps des femmes –en particulier pauvres, « les requérants précisent que, conformément au droit californien, la "mère-porteuse" n'était pas rémunérée mais seulement défrayée. Ils ajoutent que, mariée à un cadre et cadre elle-même, elle disposait de ressources bien supérieure aux leurs, et qu'elle agissait par solidarité »¹²²⁶. À l'issue de la GPA, des jumelles naissent et les autorités californiennes font établir un certificat de naissance qui désigne le géniteur comme père et son épouse comme mère légale. Au consulat français de Los Angeles, les services refusent de transcrire les actes de naissances sur les registres de l'état civil français et transmettent le dossier au parquet de Nantes. La transcription est finalement réalisée par le ministère public mais qui l'attaque aussitôt. Le TGI de Créteil déclare l'action irrecevable car le procureur de la République était « seul à l'origine de la transcription effectuée, qu'il n'[avait] opérée que dans le but désormais avoué d'introduire la présente action en annulation »¹²²⁷ et ne pouvait « être considéré comme recevable à invoquer un ordre public qu'il [avait] lui-même troublé, alors que les dispositions de l'article 47 du code civil dont il se [prévalait] lui permettaient de procéder à tout contrôle de régularité des actes et de refuser toute demande de transcription tendant à leur conférer opposabilité en France »¹²²⁸. Le jugement est confirmé par la Cour d'appel de Paris¹²²⁹. La Cour de cassation juge quant à elle qu'il existe un intérêt à agir du ministère public dans la mesure où il ressort des éléments qu'il y a eu recours à une GPA¹²³⁰. La Cour d'appel de renvoi annule la transcription des actes de naissance¹²³¹, puis la Cour de cassation rejette le pourvoi des époux Mennesson¹²³². Devant la CEDH, ces derniers invoquent une violation de l'article 8 de la Convention dans la mesure où « ils n'ont pas la possibilité d'obtenir en France la reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger », de l'article 14 combiné à l'article 8 puisqu'il s'agit d'une « situation juridique discriminatoire par rapport

des effets juridiques d'une adoption réalisée à l'étranger », note sous CEDH, 1^{er} sect. 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, req. n° 56759/08, in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 4 mai 2011 : L'enjeu semble tourner autour des effets de la non reconnaissance du lien de filiation adoptif, régulièrement établi à l'étranger. En effet, dans une autre affaire, la Cour a « estimé que le refus de reconnaissance juridique et officielle du lien de filiation n'emportait pas en soi violation de l'article 8 dès lors, toutefois, que les incidences concrètes de ce refus sur la vie familiale demeuraient réduites ».

¹²²⁶ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §8.

¹²²⁷ TGI Créteil, 13 décembre 2005.

¹²²⁸ *Ibidem*.

¹²²⁹ Paris, 1^{re} Ch. civ., 25 octobre 2007, D. 2007. AJ. 2953, obs. F. Luxembourg, JDI 2008. 145, note G. Cuniberti ; v. aussi sur cet arrêt F. Jault-Seseke, D. 2008. 1507 ; J. Hauser, RTD. civ. 2008. 93 ; M. Bandrac, G. Delaisi de Parseval et V. Depadt-Sebag, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », D. 2008. Chron. 434.

¹²³⁰ Cass., 1^{ère} Civ., 17 décembre 2008, n°07-20468, D. 2009. 340.

¹²³¹ Cour d'appel de Paris, 18 mars 2010.

¹²³² Cass., 1^{ère} Civ., 6 avril 2011, n°10-19053, D. 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *ibid.* 1001, édito. F. Rome ; *ibid.* 1064, entretien X. Labbé ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 2012. 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2011. 262, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 265, obs. B. Haftel ; *ibid.* 266, interview M. Domingo ; AJCT 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; Rev. crit. DIP 2011. 722, note P. Hammje ; RTD civ. 2011. 340, obs. J. Hauser.

aux autres enfants », de l'article 12 relatif au droit au mariage et de l'article 6 pour dénoncer « le caractère inéquitable de la procédure à l'issue de laquelle les juridictions françaises ont refusé de reconnaître les effets du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 ». En absence de « consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger »¹²³³, « les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation »¹²³⁴ sur ces sujets. Toutefois, la Cour estime qu'il convient « d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce »¹²³⁵ car « il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation »¹²³⁶. Les juges contrôlent alors la position de l'État dans sa marge d'appréciation¹²³⁷, d'abord par rapport au droit au respect de la vie familiale des requérants puis eu égard au droit au respect de la vie privée des enfants. Concernant l'article 8 de la Convention, la Cour estime qu'un juste équilibre a été ménagé « entre les intérêts des requérants et ceux de l'État »¹²³⁸. Toutefois, le droit au respect de la vie privée « exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation »¹²³⁹ et c'est pourquoi, la Cour estime que l'absence de reconnaissance de la filiation des deux enfants porte atteinte à leur intérêt supérieur¹²⁴⁰. La CEDH précise enfin que « cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant »¹²⁴¹. La Cour conclut alors qu'il y a violation de l'article 8 relatif au respect au droit à la vie privée des enfants mais qu'« il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale »¹²⁴². Pour Monsieur le Professeur Jean-Pierre Marguénaud cette distinction limite la portée de la condamnation de la France et il demande alors à une partie de la doctrine qui y voit un pas vers la légalisation de la GPA : « comment, en effet, des arrêts qui refusent d'admettre les droits de parents qui ont eu recours à la gestation pour autrui à l'étranger pourraient-ils leur reconnaître le droit d'en bénéficier directement en France ? »¹²⁴³.

317. Les conséquences juridiques des arrêts *Mennesson* et *Labassée* ne sont pas encore entièrement tirées par le gouvernement et les juridictions françaises. Toutefois, la question du

¹²³³ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §78.

¹²³⁴ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §79.

¹²³⁵ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §80.

¹²³⁶ *Ibidem*.

¹²³⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §81.

¹²³⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §94 : « au vu, d'une part, des effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers requérants et les troisième et quatrième d'entre eux sur leur vie familiale, et, d'autre part, de la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur ».

¹²³⁹ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §96.

¹²⁴⁰ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §99.

¹²⁴¹ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §100.

¹²⁴² CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §108.

¹²⁴³ Jean-Pierre MARGUENAUD, *op. cit.*

certificat de nationalité française (CNF) a d'ores-et-déjà été tranchée. Comme les requérants le faisaient valoir « en l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation avec les premiers requérants, [les enfants] n'ont pas la nationalité française, n'ont pas de passeport français, n'ont pas de titre de séjour valable (même si elles sont protégées de l'expulsion par leur minorité), et pourraient se heurter à l'impossibilité de l'obtenir et donc de bénéficier à leur majorité du droit de vote et de séjourner sans condition sur le territoire français »¹²⁴⁴. La circulaire Taubira relative à la délivrance des certificats de nationalité française rappelait que « le fait que le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47 précité »¹²⁴⁵. Maladroite ou mal interprétée, la circulaire n'a pas permis la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants des époux Mennesson qui font d'ailleurs valoir auprès de la CEDH¹²⁴⁶. L'article 18 du code civil selon lequel « est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français » ne trouve pas à s'appliquer à raison de l'article 47 du Code civil relatif à la fraude car comme le souligne la CEDH, même si le père biologique est français, son lien de filiation n'est pas reconnu¹²⁴⁷. La circulaire, très discutée lors ce qu'elle a été prise par la ministre de la justice de l'époque, Madame Christiane Taubira, faisait par ailleurs l'objet de plusieurs recours en annulation devant le Conseil d'État. Ce dernier a estimé « que la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité

¹²⁴⁴ CEDH, 26 juin 2014, Mennesson contre France, req. n°65192/11, §68.

¹²⁴⁵ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française, NOR : JUSC1301528C.

¹²⁴⁶ CEDH, 26 juin 2014, Mennesson contre France, req. n°65192/11, §70 : « Les requérants ajoutent que, nonobstant la circulaire du 25 janvier 2013 (paragraphe 36 ci-dessus), les troisième et quatrième d'entre eux ne peuvent obtenir un certificat de nationalité. En effet, selon eux, du fait de l'arrêt rendu dans leur cause par la Cour de cassation et de sa jurisprudence du 13 septembre 2013 qualifiant de « frauduleux » le processus ayant permis l'établissement de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui, les actes de naissance américains de ces dernières ne font pas foi au sens de l'article 47 du code civil, de sorte que cette disposition est inopérante. Ils ajoutent que le sens de la circulaire est de ne pas faire obstacle à la délivrance d'un certificat de nationalité sur la foi d'un simple soupçon de recours à la gestation pour autrui ; elle serait donc sans effet sur les situations comme la leur, où les juridictions ont explicitement constaté qu'il y avait eu gestation pour autrui ».

¹²⁴⁷ CEDH, 26 juin 2014, Mennesson contre France, req. n°65192/11, §90 : « La Cour note cependant que des interrogations subsistent quant à cette possibilité.

En premier lieu, elle observe qu'aux termes mêmes du texte ainsi invoqué, la nationalité française est attribuée à raison de celle de l'un ou l'autre parent. Or elle constate que la détermination juridique des parents est précisément au cœur de la requête qui lui est soumise. Ainsi, à la lecture des observations des requérants et des réponses du Gouvernement, il apparaît que les règles de droit international privé rendent en l'espèce particulièrement complexe, voire aléatoire, le recours à l'article 18 du code civil pour établir la nationalité française des troisième et quatrième requérantes ».

judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie »¹²⁴⁸. Cela conduit les juges administratifs à considérer « que le seul soupçon de recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française dès lors que les actes d'état-civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, peuvent être, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, regardés comme probants, au sens de l'article 47 »¹²⁴⁹ et de conclure que « la circulaire attaquée n'est entachée d'aucun excès de pouvoir »¹²⁵⁰. L'arrêt du Conseil d'État tire, dans une certaine mesure, les conséquences des arrêts Mennesson et Labassée mais dans un domaine différent des questions relatives à la filiation et à la nationalité¹²⁵¹. Pour Madame Amélie Dionisi-Peyrusse, « la légalité de la circulaire ne règle quasiment aucune difficulté mais invite, voire suppose, une évolution de la jurisprudence judiciaire » sur les questions de filiation et de nationalité¹²⁵². Le droit de la filiation pourrait alors cesser d'être utilisé pour sanctionner les projets parentaux, réalisés par GPA, en contravention avec le cadre légal relatif aux techniques reproductives. Sous l'impulsion de la CEDH, les juridictions et le gouvernement français sont en effet obligés de revoir leur position vis-à-vis des effets en matière de filiation de la GPA. Il semble néanmoins difficile à certains acteurs de séparer la question de l'état civil de celle de la sanction du recours à la GPA.

b. Séparer la question de l'état civil de celle de la sanction

318. La filiation des enfants nés par GPA ne peut plus être utilisée comme sanction au regard des droits de l'enfant notamment protégés par la Cour européenne des droits de l'homme. Cela conduit à une évolution importante dans la mesure où les juridictions doivent tirer en matière d'état civil les conséquences des arrêts Mennesson et Labassée. Il apparaît toutefois des résistances encore et des difficultés à reconnaître la filiation des enfants nés par GPA (1°) sans pour autant affaiblir l'interdiction de la GPA. C'est pourquoi, des moyens alternatifs sont recherchés pour lutter contre le recours à la GPA (2°).

1°. L'état civil des enfants nés par GPA

319. La réception des arrêts Mennesson et Labassée vient contredire une jurisprudence élaborée et renforcée depuis le début des années 1990. Une partie de la doctrine n'hésite pas à

¹²⁴⁸ Conseil d'État, 12 décembre 2014, Association Juristes pour l'enfance et autres, n^{os} 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861, §11.

¹²⁴⁹ *Ibidem*.

¹²⁵⁰ *Ibid*.

¹²⁵¹ Cet aspect est en particulier souligné dans le communiqué de presse accompagnant la décision : « Comme l'a rappelé le rapporteur public dans ses conclusions, cette décision intervient peu après les deux décisions rendues le 26 juin dernier par la Cour européenne des droits de l'homme : Mennesson c. France (requête n° 65192/11) et Labassée c. France (requête n° 65941/11). Elle ne se prononce cependant pas sur les conséquences qu'il convient, le cas échéant, d'en tirer en matière de filiation et de nationalité, ces questions ne relevant pas, ainsi qu'il a été dit, de la compétence du juge administratif ».

¹²⁵² Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « GPA : la "circulaire Taubira" est validée », *AJ fam.*, 2015, p. 53.

écrire que ces arrêts « sont une parfaite illustration des dérives de l'instrumentalisation contemporaine des droits de l'homme »¹²⁵³ et appellent alors les juges de la Cour de cassation à maintenir leur jurisprudence qu'ils jugent *pro legem*¹²⁵⁴. Depuis la condamnation de la France, la Cour de cassation a fait évoluer sa position mais certains points demeurent encore flous, car les arrêts de la CEDH sont ambigus quant à leur portée.

Ainsi, la Cour de cassation se met en conformité avec la jurisprudence de la CEDH en reconnaissant la filiation du géniteur. Dans un premier cas d'espèce, un homme est allé en Russie pour bénéficier d'une GPA et l'acte de naissance de l'enfant le mentionne comme le père et la femme gestatrice comme la mère¹²⁵⁵. Alors que la transcription avait été refusée au motif de l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de GPA conclue entre les parents, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt. En effet, la Cour d'appel n'a « pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité »¹²⁵⁶. Au regard des règles de filiation, il s'agit bien des parents de l'enfant et la GPA ne peut justifier que la transcription de l'acte de naissance soit refusée¹²⁵⁷. Dans le second cas d'espèce, les faits très proches avaient conduit la Cour d'appel de Rennes à prononcer, le 16 décembre 2014, la transcription et c'est pourquoi la Cour de cassation rejette le pourvoi du parquet¹²⁵⁸.

Ces décisions constituent une reconnaissance minimaliste de la filiation après GPA, limitée uniquement à la filiation paternelle à l'égard du géniteur. Cela s'explique par les faits des cas jugés par la Cour de cassation mais également par l'ambiguïté du paragraphe n°100 de l'arrêt Mennesson consacré à la question du lien génétique qui unit le géniteur aux deux enfants. En effet, le lien génétique est utilisé comme un argument supplémentaire permettant de justifier une solution déjà dégagée : « au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité¹²⁵⁹, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance »¹²⁶⁰. Si l'élément génétique comme composante de l'identité d'un individu a déjà pu être mis en avant par la jurisprudence de la CEDH, il s'agit ici, en fait, d'une réponse aux observations des requérants. Ces derniers ont mis

¹²⁵³ François CHENEDE, « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1172.

¹²⁵⁴ *Ibidem*.

¹²⁵⁵ Cass., Ass. plén., 3 juillet 2015, n°14-21323.

¹²⁵⁶ *Ibidem*.

¹²⁵⁷ *Ibid.*

¹²⁵⁸ Cass., Ass. plén., 3 juillet 2015, n°15-50002 : « ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. X...et Mme Z... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ».

¹²⁵⁹ CEDH, 13 juillet 2006, Jäggi contre Suisse, req. n° 58757/00.

¹²⁶⁰ CEDH, 26 juin 2014, Mennesson contre France, req. n°65192/11, §100.

en avant « que le refus de transcription prive [le géniteur] de la reconnaissance de son lien de parenté avec les troisième et quatrième requérantes alors qu'il est leur père biologique et que rien ne s'opposait à la reconnaissance de ce lien par l'état civil français »¹²⁶¹. Cet argument avait d'ailleurs amené le gouvernement français à mettre en exergue le fait « qu'en égard à la diversité des fondements et des modes d'établissement de la filiation prévus par le droit français, le privilège qui pourrait ainsi être accordé à un critère purement biologique "paraît très contestable" »¹²⁶². En outre, le gouvernement estime qu'il ne convient pas « de dissocier les situations respectives des membres »¹²⁶³ du couple, auteur du projet parental avançant le fait qu'« en termes d'intérêt de l'enfant, il semble préférable de situer les deux parents sur le même niveau de consécration juridique des liens existants entre eux et leurs enfants »¹²⁶⁴. Ces arguments sont très singuliers au regard de la manière dont s'établit la filiation à l'égard d'enfants nés de projets parentaux réalisés au sein de couples de femmes grâce au recours à un don de sperme à l'étranger. Il apparaît de manière très paradoxale que le gouvernement reconnaît l'importance des fondements sociologiques et volontaires à la parenté dans une affaire qui vise à sanctionner civilement le recours à la GPA, qui dissocie justement accouchement et maternité et que, au contraire, la CEDH défend le fondement biologique de la paternité, élément d'une identité personnelle, permettant ainsi de reconnaître aussi indirectement la filiation maternelle de la femme qui n'a pas accouché.

Ces éléments jettent le trouble quant à la portée des arrêts. En effet, « on pourrait être porté à croire, dans ces conditions, que, au regard de la Cour européenne des droits de l'Homme, la reconnaissance de la filiation est nécessaire seulement à l'égard du père d'intention et biologique ou, dans d'autres hypothèses que celle des affaires *Mennesson* et *Labassée*, vis-à-vis de la mère d'intention qui est aussi la mère biologique parce qu'elle a fourni les ovules ayant permis de créer l'embryon transféré dans l'utérus de la mère porteuse, mais jamais relativement à la mère d'intention qui n'est que mère d'intention »¹²⁶⁵. Cette solution semble d'ailleurs celle adoptée par la Cour de cassation et est proche de celle adoptée par le tribunal fédéral suisse postérieurement à la condamnation de la France par la CEDH.

D'autres solutions pourraient être mises en œuvre¹²⁶⁶. Par exemple la retranscription de la filiation pourrait être faite uniquement à l'égard du géniteur et par la suite, la femme ou l'homme avec laquelle il vit et qui partage son projet parental pourrait bénéficier d'une délégation partage de l'autorité-parentale, d'un lien de filiation adoptif ou de la possession

¹²⁶¹ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §67.

¹²⁶² CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11, §72.

¹²⁶³ *Ibidem*.

¹²⁶⁴ *Ibid.*

¹²⁶⁵ Jean-Pierre MARGUENAUD, *op. cit.*

¹²⁶⁶ Voir en ce sens CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, La documentation française, 2009, spéc. p. 66.

d'état¹²⁶⁷. Certains auteurs, réticents à l'idée de reconnaître un second lien de filiation, proposent de créer un statut spécial, organisant concrètement la vie familiale, mais différent de la filiation¹²⁶⁸. Ces solutions, minimalistes, ne remettent pas en cause le dogme de la certitude de la maternité. D'autres, plus ambitieuses, consisteraient à retranscrire l'ensemble de l'acte de naissance étranger et de reconnaître de manière indivisible la filiation maternelle et la filiation paternelle¹²⁶⁹. L'établissement de la filiation se ferait ainsi par le biais de la retranscription et ne modifie pas les règles du droit de la filiation français. Il reste encore à préciser les solutions quand l'acte de naissance ne désignera pas le géniteur comme père et la femme gestatrice comme mère, mais les auteurs du projet parental comme les parents¹²⁷⁰.

Pour une partie de la doctrine et des magistrats, la reconnaissance du lien de filiation remettrait en cause la portée de l'interdiction de la GPA et c'est pourquoi, l'établissement de la filiation était d'abord refusé. Le lien de filiation était bien utilisé pour sanctionner la réalisation d'un projet parental par GPA alors que la technique reproductive fait l'objet d'une interdiction d'ordre public. Ces projets parentaux illégitimes ne pouvaient trouver en droit interne une consécration par le biais de la reconnaissance de la filiation entre les auteurs du projet parental et l'enfant né par GPA. Maintenant que le droit français est forcé d'évoluer sous l'impulsion de la condamnation de la CEDH, des solutions sont recherchées par certains auteurs et parlementaires du côté du droit pénal pour continuer à assurer la sanction du recours à la technique.

2°. Les sanctions pénales à l'égard des parents

320. Le recours à sanctions pénales en cas de GPA semble difficile car il existe déjà des incriminations mais elles ne sont pas utilisées. Deux incriminations en droit pénal français pourraient déjà être utilisées au regard de la pratique de la maternité de substitution. Il s'agit d'une part de l'incitation à l'abandon d'enfant¹²⁷¹ –les intermédiaires à une GPA sont spécifiquement visés¹²⁷²– et d'autre part, de « la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant »¹²⁷³. Toutefois, ces dispositions n'ont pas été appliquées¹²⁷⁴ lors des premiers contentieux dans la mesure où toutes les étapes de la GPA avaient été réalisées par les époux Mennesson sur le sol américain¹²⁷⁵. En

¹²⁶⁷ Voir en faveur de la possession d'état des parents ou juste du second parent, Xavier LABBEE, « L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite », *D.*, 2007, p. 1251 et Louis D'AVOUT, « La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée », *D.*, 2014, p. 1806.

¹²⁶⁸ Muriel FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013.

¹²⁶⁹ Voir en ce sens Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*

¹²⁷⁰ Voir not. Valérie AVENA-ROBARDET, *op. cit.*

¹²⁷¹ Article 227-12 alinéa 1er du Code pénal.

¹²⁷² Article 227-12 alinéa 3 du Code pénal.

¹²⁷³ Article 227-13 du Code pénal.

¹²⁷⁴ Voir l'ordonnance de non-lieu, TGI Créteil, ord., 30 sept. 2004, *D.* 2005. Jur. 476, note V. Depadt-Sebag ; *RTD civ.* 2005. 378, obs. J. Hauser.

¹²⁷⁵ SENAT, *Rapport d'information* n° 421 (2007-2008) de Mme Michèle ANDRE, MM. Alain MILON et Henri DE RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, « Contribution à la réflexion sur la

effet si la GPA se déroule à l'étranger dans un pays qui n'incriminent pas ces faits, le principe de territorialité du droit pénal empêche la mise en œuvre des poursuites, sauf s'il s'agit d'un crime¹²⁷⁶. À la suite de cette affaire, il a été écrit que « ce n'est pas le droit pénal qui viendra réfréner le désir d'un enfant à tout prix (à payer par l'enfant lui-même !) et la décision du Tribunal de Créteil, qui constate que le fait d'aller procéder à une opération de maternité pour autrui avec don d'ovocytes aux États-Unis ne constitue pas une infraction punissable sur le territoire national, montre bien que l'ordre public national n'est plus qu'une coquille vide et que les lois en matière de PMA, en face du tourisme procréatif, sont des chiffons de papier qu'il serait plus franc de brûler définitivement en ouvrant la porte aux désirs individuels puisque toute résistance est inutile au nom de la libre circulation »¹²⁷⁷. Au contraire, il est possible d'estimer que « l'admission de la gestation pour autrui à l'intérieur des limites dans lesquelles elle semble aujourd'hui justifiable donnerait une légitimité nouvelle à l'interdiction de cette pratique dans tous les cas qui ne rempliraient pas les conditions fixées par la loi »¹²⁷⁸. En d'autres termes, l'encadrement de la pratique sur le territoire français permettrait de distinguer les projets parentaux légitimes, des autres qui justifieraient le recours à des sanctions pénales.

Maintenant que la filiation ne peut plus être utilisée comme un moyen de relégation du projet parental, des parlementaires cherchent à renforcer les sanctions pénales à l'encontre de la GPA. En particulier, Monsieur le député Jean Leonetti a déposé une proposition de loi visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui : il est proposé d'une part, de doubler les sanctions pénales existantes et d'autre part, d'incriminer « le fait d'effectuer des démarches auprès d'agences ou d'organismes, français ou étrangers, permettant ou facilitant, contre un paiement, la pratique de la gestation pour le compte d'autrui » et « le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la naissance d'un enfant par la pratique de la gestation pour le compte d'autrui, sur le sol français ou à l'étranger, contre un paiement, quelle qu'en soit la forme »¹²⁷⁹. Rejetée en première lecture à l'Assemblée nationale, cette proposition de loi permettait d'incriminer les actes préparatoires commis en France. Une autre proposition de loi vise à renforcer les sanctions et à ne pas reconnaître la filiation des enfants¹²⁸⁰ et témoigne du fait que séparer la question de l'état civil des enfants de celle de la sanction des parents semble difficile aux fervents opposants à la pratique de la GPA.

maternité pour autrui », déposé le 25 juin 2008 : En effet, « dans l'affaire jugée par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007, évoquée en introduction, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil avait ainsi délivré à l'encontre de Dominique et Sylvie Mennesson un réquisitoire introductif visant les articles 227-12 et 227-13 du code pénal. Comme toutes les démarches du couple avaient été entreprises sur le sol américain, depuis la prise de contact avec la mère de substitution jusqu'à la demande de transcription des actes de naissance des jumelles sur les registres de l'état civil consulaires, une ordonnance de non-lieu fut rendue le 30 septembre 2004 ».

¹²⁷⁶ Article 113-6, alinéas 1 et 2 du Code pénal.

¹²⁷⁷ Jean HAUSER, « Les montages et la filiation (suite) : l'autorité parentale, un jeu... d'enfant ! », *RTD civ.*, 2005, p. 378.

¹²⁷⁸ Valérie DEPADT-SEBAG, « Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui », *D.*, 2005, p. 476.

¹²⁷⁹ Assemblée nationale, Proposition de loi visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui, n°2277, enregistré le 14 octobre 2014, *AJ Fam.* 2014, p. 583.

¹²⁸⁰ Assemblée nationale, Proposition de loi visant à lutter contre le recours à une mère porteuse, n°2706, enregistrée le 8 avril 2015.

De telles évolutions quant aux sanctions du recours à la GPA auraient certainement un impact important en cas de poursuites à l'encontre des parents et ouvriraient alors un véritable débat de société sur ce sujet, extrêmement clivant. Mis à part l'éventuel rôle de catalyseur qu'elles pourraient avoir, elles ne nous semblent pas opportunes car elles pénaliseraient nécessairement aussi les enfants nés par GPA. Pour Madame la professeure Dominique Fenouillet, « il est douteux que l'arme pénale soit ni très efficace, ni très opportune : il n'est pas sûr que des magistrats décident d'emprisonner ceux qui auront transgressé la légalité pour satisfaire un désir d'enfant sans limiter, car la sanction risquerait de préjudicier à l'enfant, privé du soutien de ceux qui assument en fait sa charge ; quant aux peines d'amende, elles seront sans doute peu dissuasives à l'égard de couples qui sont d'ores et déjà prêts à dépenser beaucoup d'argent pour devenir parents »¹²⁸¹. C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'il est proposé au contraire de limiter le « tourisme biomédical » en conditionnant l'accès aux seuls résidents, conformément à l'esprit du droit de l'Union européenne¹²⁸².

Le caractère illégitime des projets parentaux réalisés par GPA apparaît de manière évidente lorsque l'on s'intéresse à la fois à la question de la filiation des enfants et des éventuelles sanctions pénales à l'encontre des parents. Il est particulièrement frappant de voir que la filiation est utilisée comme moyen de ne pas reconnaître le projet parental réalisé par le biais de cette technique reproductive prohibée. Les nécessaires évolutions quant à l'établissement de la filiation des enfants nés par GPA permettront de voir quelle place prendra l'adoption dans le processus. Pour le moment, il est certain, en France comme en Suisse, que le géniteur établit sa filiation par transcription de l'acte de naissance ; quant au second parent, s'il s'agit d'un homme, il ne peut actuellement avoir recours à l'adoption en droit suisse, qu'en sera-t-il en France ? et s'il s'agit d'une femme, pourra-t-elle devenir mère en adoptant l'enfant de son conjoint ou par possession d'état ? Ces questions, pour le moment sans réponse, montrent de quelle manière l'illégitimité du projet parental détermine les règles d'établissement de la filiation.

321. Concernant les techniques de PMA, il est désormais fixé en droit français que les projets parentaux réalisés par les couples de femmes trouvent une consécration à travers l'adoption. En dépit des convergences entre la filiation adoptive et la filiation après PMA, cela témoigne de la réticence du droit français vis-à-vis de la parenté des couples homosexuels. En effet, ces derniers sont clairement exclus du droit commun de la filiation. Au contraire, les projets parentaux légitimes ont recours à ces règles et il s'agit manifestement d'un choix du législateur d'inscrire la parenté permise par le recours à des dons de gamètes ou d'embryon dans le droit commun de la

¹²⁸¹ Dominique FENOUILLET, « Les sanctions en droit de la famille. Incohérences ou politique résolument diversifiée », pp. 151-183 in Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, L'esprit du droit, 2012, pp. 182-183 ; voir également Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », pp. 143-161 in Astrid MARAIS (dir.), *La procréation pour tous*, Dalloz, 2015, spéc. pp. 158-160.

¹²⁸² Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, spéc. pp. 160-161.

filiation, permettant ainsi de ne pas avoir à faire exister le recours aux techniques et aux dons au moment de l'établissement de la filiation. L'établissement de la filiation après PMA s'inscrit dans le droit commun de la filiation, reprenant les schémas généraux qui tracent les règles de filiation différenciées selon les sexes. Cette inscription permet par ailleurs d'établir la paternité après don de sperme facilement, tandis que la gestation pour autrui est impensable au regard des règles de filiation classique. La légitimité du projet parental suit la ligne de démarcation entre filiation établie selon les règles de droit commun et celles adoptives, nécessaires pour que le projet parental non reconnu mais déjà réalisé, accède *a posteriori* à la sphère de reconnaissance du droit français.

322. Les résistances du droit français et suisses à l'égard de la parenté des couples de même sexe sont importantes : elles s'expriment d'abord, à travers le cadre naturaliste d'accès aux techniques de PMA, mais également ensuite, lors de l'établissement du lien de la filiation. Actuellement, les hautes juridictions suisses refusent, comme la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel jusqu'à la loi n°404-2013 du 17 mai 2013, de reconnaître que la parenté puisse s'établir à l'égard de deux personnes de même sexe. Cela concerne aussi bien les couples de femmes qui réalisent leur projet parental par PMA hétérologue, que les couples d'hommes qui ont recours à une GPA. En France, la situation est aujourd'hui différente : l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a permis de reconnaître un lien de filiation à l'égard des deux membres de ces couples. Toutefois, cela ne peut être mis en œuvre qu'en cas de recours aux techniques de PMA par des couples lesbiens car il existait jusqu'à encore très récemment un refus catégorique des juridictions françaises de reconnaître un lien de filiation lorsque le projet parental a été réalisé par GPA. Cette position de principe qui s'exprime à l'égard des couples hétérosexuels et homosexuels a été remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme mais ne semble pas conduire à une reconnaissance facilitée des liens de filiation. Il demeure donc des procédures dérogatoires et lourdes pour établir la filiation en cas de projet parental illégitime, quand cela n'est pas tout simplement impossible. La relégation du projet parental illégitime aux confins du droit de la filiation s'exprime également en doctrine lorsqu'il est question d'envisager l'établissement de la filiation en cas d'ouverture de la PMA aux couples de femmes.

Section II – La réticence à l'appréhension des projets homoparentaux par le droit commun de la filiation

323. Depuis la loi n°404-2013 du 17 mai 2013, le droit français permet à des enfants d'avoir leur filiation établie à l'égard de deux parents de même sexe. Néanmoins, l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de deux parents de même sexe mariés ne peut se faire que par le biais des mécanismes d'adoption : adoption simple ou plénière d'un enfant par un couple de personnes de

même sexe mariées, adoption simple ou plénière de l'enfant du conjoint ayant fait l'objet d'une première adoption par le conjoint en qualité de personne célibataire, adoption simple ou plénière de l'enfant de la conjointe dont le lien de filiation paternelle n'est pas établi –car né à la suite d'un don de sperme anonyme réalisé à l'étranger par exemple. Cet état du droit est novateur dans la mesure où, jusqu'alors, l'établissement de lien de filiation à l'égard de deux parents de même sexe était impossible car systématiquement refusé par les juges¹²⁸³. Cependant, d'autres aspects sont plus conservateurs, comme le fait de devoir se marier pour faire établir un second lien de filiation à l'égard de l'enfant ou encore, de manière plus significative, l'inévitable recours aux mécanismes d'adoption pour établir le lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe. Ainsi, l'établissement de la parenté en cas de projet parental réalisé par deux femmes est plus difficile que lorsque le projet parental est mis en œuvre dans le cadre légal. La vision naturaliste de la famille qui préside à celui-ci a en effet inscrit l'établissement de la filiation dans le droit commun. Aux projets parentaux légitimes pour lesquels la filiation s'établit selon le droit commun s'opposent les autres, pour lesquels la filiation ne peut s'établir que par le biais de l'adoption lorsqu'il s'agit de parents de même sexe. Par ailleurs, les difficultés d'application de la loi du 17 mai 2013 en matière d'adoption sont source d'une importante insécurité juridique et pourraient justifier une évolution du cadre juridique relatif à la PMA en France.

324. S'il avait dans un premier temps été question d'une « loi famille » qui aurait pu intégrer dans son périmètre l'ouverture de l'accès à la PMA à toutes les femmes, cela n'est plus aujourd'hui à l'agenda politique du gouvernement¹²⁸⁴. Il demeure toutefois aujourd'hui le rapport demandé par la ministre déléguée chargée de la famille, Madame Dominique Bertinotti à Madame Irène Théry et à Madame la professeure Anne-Marie Leroyer qui ont constitué un groupe de travail sur la thématique « Filiations, origines et parentalité »¹²⁸⁵. Rendu public en avril 2014, ce rapport contient des réflexions riches et mérite à ce titre qu'on s'y intéresse. En effet, de nombreux auteurs refusent tout simplement de considérer l'éventualité de l'ouverture de la PMA aux couples de femmes ou plaident, jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel du

¹²⁸³ Pour le refus du bénéfice des dispositions de l'article 365 du Code civil permettant l'adoption simple de l'enfant du conjoint à un couple de femmes pacsées, voir not. Cass., 1^{ère} Civ., 20 fév. 2007, n°04-15676 et 06-15647 ; pour un refus d'exequatur à un jugement étranger prononçant l'adoption d'un enfant par deux personnes de même sexe, voir not. Cass., 1^{ère} Civ., 7 juin 2012, n°11-30261 et n°11-30262.

¹²⁸⁴ En revanche, une proposition de loi a été déposée et comprend certains des sujets qui auraient pu intégrer la grande loi sur la famille, voir Proposition de loi de M. Bruno LE ROUX, Mme Marie-Anne CHAPDELAINE, M. Erwann BINET, Mme Barbara POMPILI, M. François DE RUGY et Mme Véronique MASSONNEAU et les membres du groupe Socialiste, républicain et citoyen et apparentés relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, n° 1856, déposée le 1^{er} avril 2014.

¹²⁸⁵ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.* ; pour un commentaire, voir not. Laurie MARGUET et Marie MESNIL, « Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 06 juin 2014, consulté le 20 juin 2014.

17 mai 2013, en faveur de la reconnaissance en droit français d'un « principe de valeur constitutionnelle de la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle »¹²⁸⁶.

Le rapport Théry-Leroy vise à déconstruire l'actuel cadre relatif à la PMA, en particulier le modèle pseudo-procréatif qui le sous-tend¹²⁸⁷. En particulier, l'ouverture de la PMA aux couples de femmes est présentée comme une opportunité pour proposer de nouvelles règles d'établissement de la filiation qui témoignent de l'histoire procréative des enfants nés de dons de gamètes (§I) et reconnaître en droit français un droit d'accès à la connaissance de ses origines pour les enfants nés d'un don de gamète (§II). Bien qu'ambitieuses, ces propositions ne nous semblent pas parvenir à réaliser cet objectif en ce qu'elles s'arrêtent au milieu du gué en refusant de considérer une remise en cause des stéréotypes de genre dans le droit commun de la filiation par le biais d'une intégration assumée des techniques reproductives en leur sein. La volonté de consacrer un droit à la connaissance des origines, remettant en cause l'anonymat du don de gamète, semble en effet selon les auteurs du rapport primer la lutte contre les stéréotypes de genre et conduit à des propositions discutables.

§I. L'établissement de la filiation après une PMA hétérologue réalisée par deux femmes

325. L'ouverture de la PMA aux couples de femmes est proposée par Madame Irène Théry et Madame la professeure Anne-Marie Leroy dans le cadre d'une remise en cause globale de la conception, construite par les médecins, du caractère thérapeutique du don de gamètes¹²⁸⁸. Cette position, bien qu'à rebours des discours médicaux et représentation médicale et juridique de la PMA, est pourtant tout à fait logique au regard des buts des techniques reproductives, la naissance d'un enfant. Pourtant, le rapport ne déconstruit le caractère thérapeutique que pour les techniques hétérologues : en effet, pour celles-ci, l'aspect palliatif du don de gamète est l'élément justifiant le changement de représentation de ces techniques. Nous pensons que les auteurs ne vont pas suffisamment loin dans leurs réflexions en ne remettant pas en cause le caractère thérapeutique de l'ensemble des techniques reproductives. Il apparaît par ailleurs que la position des médecins sur le sujet évolue lentement vers une certaine réserve. L'avis rendu par l'Académie de médecine au sujet de l'« ouverture de l'Assistance médicale à la procréation avec sperme de donneur (AMPD) à des indications non médicales » est à ce titre très emblématique: d'une part, le résumé de l'avis explicite le fait que « l'AMPD réalisée dans ces

¹²⁸⁶ Conseil constitutionnel, décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 49 : « le législateur, compétent pour fixer les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes en application de l'article 34 de la Constitution, a estimé que l'identité de sexe des adoptants ne constituait pas, en elle-même, un obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive ».

¹²⁸⁷ Ces propositions s'inscrivent dans la continuité des travaux de Madame Irène Théry, notamment dans sa dénonciation du modèle du « ni vu ni connu » qui préside au droit de la PMA, voir. Irène THERY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'EHESS, Coll. « Cas de figure », 2010.

¹²⁸⁸ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, pp. 161-162 : « Renoncer à la définition du don de gamètes comme une supposée « thérapie », à ce titre réservée aux couples souffrant d'une stérilité pathologique médicalement constatée. Dans ce cadre, permettre l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes. Débattre de l'opportunité de l'ouvrir aussi aux femmes seules ».

circonstances n'a pas d'indication ni de contre-indication médicale » et d'autre part, l'Académie rend un rapport de dix-huit pages¹²⁸⁹. Les expressions mêmes d'indication médicale ou d'absence d'indication médicale montrent les limites de la construction de la PMA comme relevant du champ thérapeutique.

Cette proposition d'ouverture de la PMA aux couples de femmes s'inscrit dans la perspective d'une remise en cause plus globale du modèle pseudo-procréatif et c'est pourquoi, il est recommandé en parallèle de « reconnaître que lorsque l'enfant est issu d'un engendrement avec tiers donneur, il doit pouvoir bénéficier d'un nouveau mode d'établissement *sui generis*, identique pour tous les parents et tous les enfants concernés »¹²⁹⁰ (A). Cette recommandation qui tend à singulariser la filiation pour les seuls enfants nés d'un don de sperme nous semble critiquable, et ce, d'autant plus qu'elle ne remet pas en cause les stéréotypes de genre existant dans le droit commun de la filiation (B).

A. Les recommandations du rapport Théry-Leroyer quant à la filiation après PMA hétérologue

326. Le rapport Théry-Leroyer propose d'établir la filiation après recours à un don de gamète par le biais d'une déclaration commune anticipée, qui permet de reconnaître la place de la volonté dans la naissance et la filiation de l'enfant (a). Toutefois, ce mode d'établissement de la filiation réservé aux seuls enfants nés d'un don de gamète est problématique (b).

a. La mise en place d'une déclaration commune anticipée

327. La déclaration commune anticipée est une manière de remettre en cause l'état actuel du droit et des pratiques qui nient le recours au don de gamète en établissant le lien de filiation pour les couples hétérosexuels selon les règles du droit commun de la filiation. À ce propos, les auteurs du rapport parlent d'ailleurs d'une filiation « falsifiée »¹²⁹¹ dans la mesure où « le droit français a construit une pseudo-filiation charnelle »¹²⁹². Cette proposition prend en compte l'ouverture de l'accès au don de sperme aux couples de femmes et pense sciemment un moyen identique pour établir le lien de filiation entre l'enfant né d'un don et ses parents qu'ils soient un couple hétérosexuel ou un couple de femmes. Les auteurs rejettent en effet le recours à l'adoption comme moyen pour établir le lien de filiation à l'égard de la seconde femme, co-auteure du projet parental. Cela leur semble inadéquat « tant au regard du vécu des personnes concernées que des significations habituelles de l'adoption »¹²⁹³ puisque « l'enfant conçu en AMP n'a été ni volontairement privé de filiation, ni abandonné par quiconque »¹²⁹⁴. Ces arguments permettent de rejeter l'adoption comme moyen d'établir la filiation pour les couples

¹²⁸⁹ Pierre JOUANNET *et al.*, *L'ouverture de l'Assistance médicale à la procréation avec sperme de donneur (AMPD) à des indications non médicales*, Rapport Académie de Médecine, 27 mai 2014.

¹²⁹⁰ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 162.

¹²⁹¹ *Ibidem* : « nous respectons le droit de tous enfants à bénéficier d'une filiation non falsifiée ».

¹²⁹² *Ibid.*

¹²⁹³ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 163.

¹²⁹⁴ *Ibidem*.

de femmes comme pour les couples hétérosexuels. Après avoir examiné la possibilité d'un recours aux mécanismes d'adoption, le rapport s'intéresse à la présomption de parenté et à un éventuel élargissement de son domaine d'action au sein des couples de femmes mariées. La présomption de co-maternité à l'égard de la seconde femme, auteure du projet parental, n'est pas retenue par les auteurs du rapport pour deux raisons : d'une part, « il ne s'agit pas d'une présomption, mais d'une fiction »¹²⁹⁵ et d'autre part, « l'utilisation de cette fiction illustre l'attrait des législations pour un modèle particulier : celui d'une filiation charnelle inscrite dans une union instituée »¹²⁹⁶, à savoir le mariage. Ainsi, le rapport préfère retenir « le recours à des déclarations de volonté pour établir la filiation d'un enfant conçu grâce à une procréation médicalement assistée avec tiers donneur »¹²⁹⁷. Le mécanisme de la reconnaissance permet de valoriser le fondement volontariste de la parenté pour les auteurs du projet parental et témoigne de la place centrale prise par le consentement dans le processus médicalisé ayant abouti à la naissance de l'enfant¹²⁹⁸. Les raisons qui ont poussé les auteurs du rapport à proposer une telle reconnaissance sont moins explicitées que les modalités que prendrait une telle déclaration. Néanmoins, il ressort des critiques effectuées à l'encontre des autres options et de certains développements du rapport que la déclaration commune anticipée a été retenue pour sa neutralité. En effet, la déclaration commune anticipée de volonté serait une modalité d'établissement de la filiation commune à la fois aux couples de personnes de même sexe et aux couples de personnes de sexe différent mais également une modalité d'établissement qui concernerait les deux membres du couple. Autrement dit, au sein d'un couple de femmes, la femme qui porte l'enfant et l'autre, co-auteure du projet parental, établiraient leur lien de filiation de la même manière avec l'enfant, sans que le fait biologique de l'accouchement soit pris en compte. Le caractère novateur de cette disposition qui remet en cause l'accouchement comme fait générateur de la maternité est toutefois à nuancer à la lecture de certains autres passages du rapport. En effet, il est étrangement expliqué que le fondement de la maternité, pour la femme qui accouche, est double : « celui physiologique lié au fait de l'accouchement, celui

¹²⁹⁵ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 168 ou encore p. 170 : « La première critique met en exergue l'incohérence à utiliser une présomption qui est un mode de preuve indirect de l'existence de liens de sang, dans des hypothèses où, à l'évidence, de tels liens sont absents, puisque l'enfant est conçu dans le cadre d'une insémination avec tiers donneur ».

¹²⁹⁶ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 170 : « La seconde critique met en exergue une autre incohérence qui est de faire une distinction pour le recours à la présomption, dans le cadre d'une procréation assistée avec tiers donneur, entre, d'une part, l'existence d'un mariage ou partenariat et, d'autre part, un simple concubinage » ; p. 171 : « Par ailleurs, la différence des devoirs et obligations du mariage, du partenariat et du concubinage tenant à l'existence ou non d'un devoir conjugal et de fidélité ne devrait avoir aucune incidence sur l'établissement de la filiation de l'enfant conçu avec l'aide d'un tiers donneur, puisque la conception de l'enfant est indépendante de ces devoirs. (...) Exclure le concubinage ne fait donc qu'attester de la prévalence du modèle matrimonial (le partenariat s'y rattachant par analogie de modèle institué), sur le concubinage dans une situation, la procréation assistée avec tiers donneur, où il est absolument incohérent d'admettre la prévalence d'un tel modèle ».

¹²⁹⁷ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 168, voir encore p. 173.

¹²⁹⁸ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 176 : « C'est en consentant à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur que les futurs parents s'engagent à devenir parents par une déclaration de volonté qu'il est proposé de nommer « déclaration commune anticipée de filiation ».

volontaire lié à la déclaration d'assumer la maternité »¹²⁹⁹. Cela viserait à « sécuriser les situations dans lesquelles l'enfant est né d'un don d'ovocyte, en préservant la mère gestatrice de toute contestation fondée sur une analyse génétique »¹³⁰⁰, ce qui semble inutile dans la mesure où le seul fondement volontariste permet déjà d'atteindre ce but, comme en matière de paternité actuellement. Mis à part ces réserves, il est important de souligner que la déclaration commune anticipée ne distingue pas les modalités d'établissement de la filiation selon le sexe ou l'orientation sexuelle des parents. De même et par voie de conséquence, la forme juridique du couple n'est absolument pas prise en compte. Les projets parentaux formés par un couple de femmes trouvent ainsi leur inscription dans un des aspects pionniers du droit de la PMA, à savoir la valorisation du couple *per se*, indifféremment de son statut juridique. En cela, les propositions du rapport Théry-Leroy sont intéressantes et contribuent grandement à la réflexion sur l'égalité entre les sexes en droit de la procréation. Toutefois, les propositions en matière de filiation du rapport Théry-Leroy ne poursuivent pas comme but premier à promouvoir l'égalité entre les sexes au sein du droit de la reproduction et c'est peut-être pour cela qu'elles manquent d'ailleurs d'atteindre réellement cet objectif.

328. En outre, la déclaration commune anticipée comme mode d'établissement de la filiation *sui generis* devient le mode d'établissement de la filiation en cas de recours à une PMA hétérologue et le seul mode d'établissement de la filiation ouvert aux couples de femmes. À cette singularisation des projets parentaux réalisés par don de gamète s'ajoute un retour du pluralisme des filiations.

b. Une fâcheuse résurgence du pluralisme des filiations

329. Le rapport Théry-Leroy réintroduit du pluralisme dans la filiation, en consacrant des fondements nettement différenciés à la filiation selon les modalités d'établissement de celle-ci et tend à consacrer trois types de filiation. Dans le rapport, il y a de longs développements consacrés à la distinction juridique entre la filiation et les modalités d'établissement de celle-ci. En cela, le rapport parle d'un droit de la filiation commun et pluraliste. Commun, ce droit de la filiation l'est dans les effets que le lien juridique institué emporte entre l'enfant et le parent : les devoirs et les obligations sont identiques quelle que soit la manière dont le lien a été établi, indifféremment du sexe du parent ou de la forme juridique de son couple¹³⁰¹. Une perspective socio-historique montre qu'il s'agit là d'une évolution du droit de la filiation vers plus d'égalité :

¹²⁹⁹ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, pp. 178-179 : « Pour la maternité : pour la femme qui accouche, l'accouchement établirait la filiation de la mère, conforté par sa déclaration de maternité. L'impact de ce changement doit être bien mesuré. La filiation maternelle d'un enfant issu d'une AMP avec don, reposerait ainsi sur un double fondement : celui physiologique lié au fait de l'accouchement, celui volontaire lié à la déclaration d'assumer la maternité. Ce double fondement permettrait ainsi de sécuriser les situations dans lesquelles l'enfant est né d'un don d'ovocyte, en préservant la mère gestatrice de toute contestation fondée sur une analyse génétique ».

¹³⁰⁰ *Ibidem*.

¹³⁰¹ Voir en ce sens les dispositions de l'article 310 du Code civil qui dispose que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère » et corroborent ce constat d'unicité de la filiation.

égalité entre les sexes au sein du couple parental d'une part, égalité entre les enfants avec la suppression des statuts d'enfants légitimes ou naturels d'autre part. Quant au terme de « pluralisme », il souligne le fait que les modalités d'établissement de la filiation peuvent être différentes. Elles correspondent en fait à une procréation naturelle, un engendrement avec donneur ou encore une adoption. Il apparaît alors que les auteurs du rapport confondent les modalités d'établissement de la filiation avec ce qui serait plutôt des types de filiation. En effet, au sein du droit commun de la filiation, il existe différentes manières d'établir la filiation¹³⁰². La pluralité des types de filiation est une traduction juridique des modalités de conception de l'enfant. Aux deux types de filiation actuels, de droit commun et adoptive, s'ajouterait selon les auteurs du rapport celle par engendrement avec tiers donneur.

Il apparaît alors qu'en dehors de l'adoption et de la déclaration commune anticipée en cas de PMA avec recours à un don de gamète, la filiation est bilinéaire et fondée sur l'engendrement par procréation charnelle, sous-entendant que le fondement exclusif des règles d'établissement de la filiation y est alors biologique. Au contraire, le fondement de la filiation adoptive est la volonté¹³⁰³ tandis que celui pour la filiation établie par la déclaration commune anticipée serait l'intention couplée à une dimension corporelle importante. Les auteurs soulignent cette spécificité ou encore dualité de l'implication des acteurs à travers la notion d'engendrement¹³⁰⁴. Ainsi, les projets parentaux des couples de personnes de même sexe ne peuvent exister qu'au sein de deux des types de filiation, par adoption et par le biais de la PMA hétérologue après une déclaration commune anticipée. Autrement dit, l'accès aux règles du droit commun de la filiation reste fermé aux couples de parents de même sexe et le droit commun de la filiation demeure alors profondément marqué par les stéréotypes de genre.

B. Lutter contre les stéréotypes de genre dans le droit commun de la filiation

330. À notre sens, ce n'est pas tant le pluralisme des types de filiation qu'il est important d'introduire et de valoriser en droit français que la diversité et la complexité des fondements de la filiation de droit commun. En refusant d'intégrer les projets parentaux réalisés par PMA hétérologues au sein du droit commun, le rapport Théry-Leroy fait du droit commun le refuge

¹³⁰² Article 310-1 du Code civil : « la filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété ».

¹³⁰³ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 119 : « Tout l'effort consiste en effet à considérer l'adoption non comme une filiation "fictive" fondée sur une pseudo-procréation, mais comme *une filiation à part entière, fondée sur la volonté et instituée par le droit* ».

¹³⁰⁴ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 160 : « la notion d'engendrement est particulièrement heuristique, car elle permet de rendre compte d'une dimension essentielle de l'AMP avec tiers donneur, que manquent les descriptions fondées sur le "projet parental" entendu au sens de l'expression pure de la volonté : les deux valeurs que l'on présente systématiquement comme les plus opposées, les plus contradictoires, quand on cherche à définir le "vrai parent" en opposant le parent biologique et le parent social (ou psychologique), sont ici *liées au sein d'un même couple, d'un même "projet d'engendrement"*. Ce projet témoigne indissolublement de l'importance extrême attachée au fait de procréer –pour l'un–, et de l'importance extrême attachée au fait de pouvoir devenir parent sans procréer –pour l'autre ».

des stéréotypes de genre et laisse penser que les modalités d'établissement reposent toutes au sein de ce type de filiation, « par procréation charnelle », sur un fondement biologique exclusivement. Nous pensons au contraire, qu'il pourrait être opportun d'introduire la reconnaissance des projets parentaux des couples de personnes de même sexe au sein du droit commun afin de lutter contre une biologisation de ce type de filiation.

La proposition du rapport Théry-Leroy quant à la déclaration commune anticipée est reprise par le HCEf/h dans sa prise de position en faveur de l'ouverture de la PMA aux femmes¹³⁰⁵. En revanche, le Défenseur des droits laisse, quant à lui, la question ouverte. S'il juge d'abord que « l'ouverture de la PMA impliquera l'instauration d'un nouveau mode de filiation de l'enfant »¹³⁰⁶, il écrit plus loin que « l'ouverture de la PMA à toutes les femmes devra être accompagnée d'une réflexion sur les modalités de filiation concernant la mère d'intention. Plusieurs options sont possibles : présomption de maternité, déclaration de maternité, déclaration commune anticipée »¹³⁰⁷. Ainsi, le rapport Théry-Leroy semble être une base de travail pour l'ensemble des réflexions institutionnelles sur le sujet sans qu'une lecture critique des propositions n'ait nécessairement été faite. C'est pourquoi, nous souhaitons insister, pour notre part, sur le fait que la remise en cause du modèle pseudo-procréatif du droit de la PMA devrait être l'occasion de réformer plus généralement le droit commun de la filiation. L'extension des modalités d'établissement de la filiation de droit commun –comme par exemple la présomption de paternité– aux couples de femmes contribuerait à déconstruire les stéréotypes de genre en droit de la filiation. En effet, cela permettrait d'affirmer des nouveaux fondements à ce mécanisme juridique : l'objet de la preuve serait déplacé de la biologie vers l'intention.

Pour les auteurs du rapport Théry-Leroy, la présomption de co-maternité serait une fiction et non plus une présomption en ce que la mère, co-auteure du projet parental, ne serait ni génitrice, ni gestatrice. Selon nous, il est possible de conserver le mécanisme de la présomption, qui consiste à déduire d'un fait connu un fait inconnu, tout en changeant effectivement les faits concernés. Actuellement, la présomption de paternité permet de déduire du fait connu, l'homme est le mari de la femme, le fait inconnu qui consiste à dire qu'il est également le géniteur et de ce fait le père de l'enfant né. La présomption de paternité n'existe qu'au sein d'un couple marié et repose sur deux fondements complémentaires : d'une part, le consentement donné par l'époux lors du mariage qui vaut reconnaissance pour l'avenir des enfants nés dans ce cadre et d'autre part sur l'obligation de fidélité, qui respectée, permet d'affirmer avec certitude que le mari est le géniteur de l'enfant. Le fondement biologique est absent en matière de PMA hétérologue même si cela n'est pas assumé par le droit et qu'au contraire, le recours à la présomption sert à conserver le secret autour de la PMA hétérologue. Il serait ainsi possible de maintenir ce

¹³⁰⁵ HCEf/h, *Contribution au débat sur l'accès à la PMA*, avis n°2015-07-01-SAN-17 adopté le 26 mai 2015.

¹³⁰⁶ DEFENSEUR DES DROITS, Avis n°15-18, 3 juillet 2015, p. 6.

¹³⁰⁷ DEFENSEUR DES DROITS, *Avis n°15-18, 3 juillet 2015*, p. 7.

mécanisme de présomption de parenté au sein des couples mariés, de personnes de même sexe ou de personnes de sexe opposé, et alors, le fait inconnu qu'il s'agirait de présumer est que le conjoint ou la conjointe est co-auteur du projet parental réalisé par PMA. La preuve contraire pourrait être rapportée en l'absence de consentement exprimé devant le notaire ou le juge.

Ce refus d'intégrer les projets parentaux de personnes de même sexe au sein du droit commun de la filiation, qui regroupe déjà différentes modalités d'établissement de la filiation témoigne d'un mouvement de biologisation de ce dernier. C'est en cela que nous nous demandons alors si le droit commun n'est pas le refuge des stéréotypes de genre. D'autres auteurs que ceux du rapport¹³⁰⁸ constatent « que l'engendrement biologique est le modèle de la filiation du titre VII »¹³⁰⁹. Il pourrait alors être opportun d'atténuer les fondements différenciés selon le sexe en matière de filiation à travers l'intégration de ces projets parentaux au sein du droit commun. Le rapport Théry-Leroyer refuse cela au motif que de telles évolutions devraient être accompagnées d'un débat de société...¹³¹⁰

En outre, dans le rapport Théry-Leroyer, la remise en cause du modèle pseudo-procréatif est orientée dans une perspective visant à reconnaître la place des différents acteurs intervenants dans les parcours de PMA et notamment lorsqu'il y a recours à une tierce personne pour un don de gamète. La mise en conformité du cadre normatif avec la réalité des parcours de PMA notamment hétérologue passe par la déclaration commune anticipée de filiation, mais surtout par des propositions visant à donner de la visibilité au recours au don de gamètes. Les auteurs du rapport souhaitent pouvoir « accorder à l'enfant une identité narrative qui ne falsifie pas délibérément son histoire biographique : il a bien eu dans sa vie des parents **et** un donneur ou une donneuse »¹³¹¹. Pour cela, « il s'agit d'assumer le passage d'une logique du *ou* (et de la rivalité pour une seule place à prendre, par hypothèse celle de parent) à une logique du *et* (et de la complémentarité entre les statuts de donneur et de parent), sans confusion ni des rôles ni des places ni des responsabilités »¹³¹².

§II. L'accès à la connaissance des origines biologiques

331. Organiser l'accès à la connaissance de leurs origines biologiques aux enfants nés d'un don est difficile à penser tant le recours au don est aujourd'hui l'objet d'un déni institutionnalisé. De fortes résistances existent, qu'elles soient sémantiques ou juridiques. Ainsi, l'expression même d'origine(s) biologique(s) –au singulier ou au pluriel– est peu explicite. Dans le vocabulaire

¹³⁰⁸ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, voir not. p. 79 : « *filiation par procréation charnelle* ».

¹³⁰⁹ Amélie DINOSI-PEYRUSSE et Marc PICHARD, *op. cit.* p. 50 : « À la différence de la filiation adoptive, la filiation du titre VII doit permettre le rattachement d'un enfant à deux personnes, ni plus, ni même moins (au sens où la ou les places de parents demeurée(s), le cas échéant, vacante(s) auront vocation à être comblées, à l'initiative de celui qui se prétendrait l'auteur-e de l'enfant ou de l'enfant lui-même), et à deux personnes de sexes différents au moment de la conception (le changement de sexe ultérieur d'un parent ne modifie pas l'acte de naissance de l'enfant qui en est issu9). Ce constat invite à considérer que l'engendrement biologique est le modèle de la filiation du titre VII ».

¹³¹⁰ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, pp. 19 et suivants.

¹³¹¹ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 162.

¹³¹² *Ibidem*.

courant, l'origine désigne les « circonstances de l'apparition d'un phénomène »¹³¹³, ou encore un moment, la « phase primitive (d'une histoire) »¹³¹⁴ ou le « stade initial (d'une réalité qui évolue) »¹³¹⁵, voire une cause, « ce qui détermine, ce qui provoque l'apparition d'un phénomène »¹³¹⁶. Le pluriel peut davantage renvoyer à un moment fondateur, quasi-mythique, « les origines de l'homme, de l'humanité, de son histoire »¹³¹⁷. À cette idée de commencement, à la fois très scientifique et symbolique, s'ajoute un second sens car l'origine désigne également « ce dont quelqu'un ou quelque chose est issu »¹³¹⁸. Les idées d'« ascendance »¹³¹⁹, d'« extraction »¹³²⁰ et de « naissance »¹³²¹ sont ainsi sous-jacentes. La notion d'origines personnelles est utilisée concernant les personnes pupilles de l'État ou adoptées. Le rapport reprend cette expression pour les enfants nés d'un don de gamètes même si souvent, c'est plutôt l'expression d'origines biologiques qui sert à désigner l'identité de la personne qui a donné ses gamètes. Les origines personnelles d'une personne pupille de l'État ou adoptée et d'un enfant né d'un don de gamète ne renvoient pas exactement à la même réalité. En effet, les origines personnelles de l'enfant né à partir d'un don de gamète visent à prendre connaissance d'informations antérieures à la naissance, visant une personne impliquée dans une procédure médicalisée de recueil de dons de gamète. L'adjectif « biologique » permet d'ailleurs de mieux cerner la nature des informations que recouvre l'expression d'origine : il s'agit en effet de savoir d'où proviennent les gamètes. Les renseignements devraient permettre de répondre à deux questions : qui est la personne qui a donné ses gamètes et quelles étaient ses motivations ?

332. En plus de la question sémantique, il convient de se demander quelles normes fondamentales sont concernées par l'accès de l'enfant né d'un don aux informations sur la personne ayant réalisé ce don. Il apparaît alors que les droits fondamentaux qui peuvent être mobilisés diffèrent selon les acteurs, parent stérile, personne ayant fait un don de gamète, personne née à partir de ce don. Le droit au respect de la vie privée semble concerner l'ensemble des protagonistes, même si ce ne sont pas exactement les mêmes composantes de la notion de vie privée qui sont impliquées. Lors d'un contentieux porté devant le Tribunal administratif de Montreuil, la requérante née à partir d'un don de gamète et souhaitant accéder à des informations non identifiantes ainsi qu'à l'identité du donneur a fait valoir une violation des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les juges administratifs avaient alors considéré que « la règle de l'anonymat du donneur de gamètes, qui répond notamment à l'objectif de respect de la vie familiale au sein de la famille légale de

¹³¹³ TLFi, entrée « origines ».

¹³¹⁴ *Ibidem*.

¹³¹⁵ *Ibid.*

¹³¹⁶ *Ibid.*

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ *Ibid.*

¹³¹⁹ *Ibid.*

¹³²⁰ *Ibid.*

¹³²¹ *Ibid.*

l'enfant conçu à partir de gamètes issues de ce don, ainsi qu'à l'objectif de préservation de la vie privée du donneur n'implique par elle-même aucune atteinte à la vie privée de la personne ainsi conçue »¹³²². Certaines jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, à propos de l'accouchement sous X notamment, laissent pourtant penser que « la naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention »¹³²³ et qu'à ce titre, les enfants nés d'un don de gamètes pourraient avoir un intérêt à avoir accès à certaines informations sur la personne qui a effectué le don à partir duquel ils sont nés. En plus de la question de la vie privée, du donneur, des parents et des enfants, d'autres normes fondamentales peuvent être mise en avant en cas de remise en cause du principe d'anonymat du don de gamètes. C'est notamment le cas du secret médical, en particulier concernant les parents stériles ou encore du droit à la connaissance des origines qui pourrait éventuellement être reconnu au profit des enfants nés à partir d'un don de gamète. La prise en considération de ces deux droits dont la normativité est très différente – l'un étant consacré en droit français et l'autre non –, nous amène à remettre en cause les propositions du rapport Théry-Leroy faisant de l'état civil le témoin du recours à un don de gamète (A) et à proposer, de manière alternative, de faire de l'identité de la personne ayant donné ses gamètes et des informations sur cette dernière, des données du dossier médical des enfants nés à partir de ces dons (B).

A. L'origine biologique comme élément de l'état civil

333. Après avoir proposé d'ouvrir la PMA aux couples de femmes dans les mêmes conditions que pour les couples hétérosexuels « lorsque le couple ne peut concevoir sans le recours à un tiers donneur »¹³²⁴ et d'établir la filiation par le biais d'une déclaration commune anticipée, reçue en la forme authentique par le notaire ou le juge¹³²⁵, le rapport Théry-Leroy aborde la question de « l'accès aux origines des personnes nées d'engendrement avec tiers donneur »¹³²⁶ (a). Dans le rapport Théry-Leroy, les origines biologiques permettent

¹³²² TA Montreuil, 14 juin 2012, n°1009924, G. c. AP-HP et a..

¹³²³ CEDH, Odièvre contre France, req. n°42326/98, 13 février 2003, §II9 : « La Cour rappelle à cet égard que « l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. (...) La sauvegarde de la stabilité mentale est à cet égard un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée » (arrêt Bensaid c. Royaume-Uni, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I). À cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs (Mikulić c. Croatie, n° 53176/99, §§ 54 et 64, CEDH 2002-I). La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention qui trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce ».

¹³²⁴ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 166.

¹³²⁵ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 178 : « Devant le notaire ou le juge recevant le consentement à l'assistance médicale à la procréation avec don d'engendrement, les futurs parents font une "déclaration commune anticipée de filiation". Le consentement et la déclaration sont reçus en la forme authentique ». Cette déclaration permet l'établissement ultérieur de la filiation à l'égard de chacun des deux parents, quelle que soit la forme du don ».

¹³²⁶ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, spéc. chapitre 8, pp. 211 et suivants.

l'articulation entre l'établissement de la filiation après une PMA hétérologue par le biais de la déclaration commune anticipée et la levée de l'anonymat du don de gamètes et passent par une réforme de l'état civil. La réforme des actes d'état civil proposée vise à s'assurer que l'enfant puisse avoir connaissance, à travers son type de filiation, des conditions de sa conception et en particulier s'il a été conçu à partir d'un don de gamète (b).

a. L'accès aux origines biologiques

334. Le rapport Théry-Leroyer revient dans un premier temps sur les termes du débat et tente de dissiper les confusions qui existent notamment autour de l'expression communément employée de « levée de l'anonymat ». Pour les auteurs du rapport, le principe d'anonymat du don de gamètes doit demeurer *ab initio*¹³²⁷ et la levée de l'anonymat ne concernerait que les enfants nés du don une fois qu'ils auraient atteint la majorité. Cette proposition est justifiée par la nature spécifique du don d'engendrement par rapport aux autres dons des éléments et produits du corps humain¹³²⁸. Nous ne nions pas la singularité du don d'engendrement ; toutefois, nous pensons que la remise en cause du principe d'anonymat en matière de don de gamètes peut se justifier autrement que par cette singularité et par exemple, au regard du caractère relatif du principe d'anonymat dans certaines circonstances. Ainsi, loin d'être absolu, ce principe ne s'applique pas pour les dons d'organe entre vifs. Au contraire même, le prélèvement d'un organe réalisé sur une personne vivante est conditionné à l'existence d'un lien entre les personnes concernées¹³²⁹. L'anonymat du don ne peut donc pas perdurer au nom d'un modèle bioéthique dont les principes seraient catégoriques. Il est tout à fait possible d'apporter des tempéraments au principe d'anonymat, notamment en matière de don de gamètes. En effet, l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines, protégé par l'article 7-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, pourrait parfaitement justifier la mise en place d'une nouvelle dérogation au principe d'anonymat du don au profit du don de gamète. Les auteurs du rapport semblent ne pas assez prendre en compte le caractère relatif du principe d'anonymat en souhaitant distinguer « entre deux grands types de dons »¹³³⁰.

Quoi qu'il en soit, il est certain que l'enjeu principal concernant la levée de l'anonymat n'est pas tant l'entaille que cela constituerait dans une approche bioéthique française jugée monolithique et absolue que dans la représentation des rôles et statuts respectifs et concurrentiels de donneur de sperme et de père. La rigueur du principe d'anonymat n'est avancée que comme prétexte

¹³²⁷ Les gamètes feraient toujours l'objet d'une anonymisation et la procédure de sélection ne serait pas modifiée.

¹³²⁸ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 209 : « Le premier grand changement exprimé par le droit d'accès aux origines dans le cas de l'AMP est que le don de gamètes est considéré désormais comme vraiment spécifique. On n'accepte plus de le ramener au modèle du don d'éléments du corps humain en général, car *le don en AMP n'implique pas seulement deux parties mais bien trois : les donneurs, les receveurs, et l'enfant né du don* ».

¹³²⁹ L'article L. 1231-1 du Code de la santé publique dispose que « le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur ».

¹³³⁰ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 208.

pour ne pas faire évoluer un cadre normatif qui vise à protéger les intérêts des parents qui souhaitent garder le secret sur le recours au donneur de sperme. C'est pourquoi, sur le sujet de la concurrence entre les figures du père et du donneur de sperme, les développements théoriques inspirés par les travaux de Madame Irène Théry nous semblent plus pertinents. En effet, l'approche relationnelle mobilisée permet de distinguer nettement l'implication de chacun dans le processus et de restituer, à travers la notion de « donneur d'engendrement »¹³³¹ et de « receveur/parent par la filiation »¹³³², la place de chacun. Ainsi, alors que la filiation du père est établie de manière systématique une fois que celui-ci a consenti au don de sperme, le donneur de gamète, au contraire, lui, ne laisse que son identité. L'enfant, une fois majeur, pourra alors demander à avoir connaissance de celle-ci¹³³³. En plus d'un accès à l'identité du donneur, le rapport préconise un accès étendu à des renseignements non identifiants. Dans cette optique, ces derniers « sont donnés non pas à la place de l'accès aux origines et pour l'interdire, mais au contraire comme un élément du processus complexe menant à l'accès aux origines »¹³³⁴. Compris de manière complémentaire, les donneurs de gamètes ou d'embryons seraient « incités (...) à laisser, au moment du don, un ensemble de renseignements non identifiants qui seront conservés par l'organisme recevant le don »¹³³⁵. Le CNAOP dont les activités seraient étendues aux « origines des personnes issues d'un don dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation »¹³³⁶ servirait ensuite d'intermédiaire entre l'enfant né d'un don de gamète et ces informations – renseignements non identifiants et identité de la personne ayant réalisé le don. *In fine*, ce dispositif vise à « permettre la transmission de ces renseignements non identifiants à l'enfant issu du don dès sa minorité, accompagné de ses représentants légaux »¹³³⁷ et l'accès à l'identité, une fois la majorité atteinte.

Dans une optique de déconstruction assez poussée des représentations actuelles de la PMA, l'idée de secret –qui entoure aujourd'hui de manière implicite le don de gamètes et est exprimée à l'article 311-20 du Code civil– serait remplacée par les auteurs du rapport Théry-Leroy par

¹³³¹ *Ibidem*.

¹³³² *Ibid*.

¹³³³ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 230 : « - Permettre à toute personne issue d'un engendrement avec tiers donneur (gamètes, embryons) réalisé dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, qui en fait la demande de se voir délivrer l'identité de son donneur à sa majorité. Pour cela, modifier l'article 311-19, alinéa 3: La personne majeure issue de la procréation peut se voir délivrer à sa demande l'identité de son ou ses donneurs. Le CNAOP est seul habilité à obtenir celle-ci auprès de l'organisme chargé de la préserver.

- Une telle demande étant de plein droit, elle n'aura pas à être assortie de justifications ».

¹³³⁴ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 228.

¹³³⁵ *Ibidem*. Il est par ailleurs proposé de « prévoir le recueil de ces renseignements non identifiants sous une forme standardisée, afin de favoriser l'égalité de l'information entre les personnes nées de dons » ; p. 226 : Les centres qui recueillent les dons de gamètes seraient en charge de recevoir et de conserver les informations ; seule une partie serait communiquée à l'équipe médicale mettant en œuvre la PMA. Les informations concernées par cette transmission à l'équipe médicale sont strictement nécessaires à la mise en œuvre du processus et ne concernent pas l'identité de la personne ayant donné ses gamètes : il s'agit des informations actuellement transmises, à savoir « certaines informations anonymisées sur le donneur, relatives notamment à ses antécédents médicaux, personnels et familiaux (R. 1244-5 CSP) ou encore aux éléments liés aux caractéristiques morphologiques du donneur, afin de pouvoir réaliser un appariement avec le couple demandeur ».

¹³³⁶ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 232.

¹³³⁷ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 228.

celle de respect de la vie privée. Cela résulte d'une modification des dispositions de cet article concernant le respect de la vie privée des parents¹³³⁸ mais aussi de celle des personnes ayant donné des gamètes ou des embryons, qui sont aussi concernées. En effet, les possibilités de rencontre entre l'enfant né d'un don et les personnes ayant donné leurs gamètes seraient soumises au consentement de ces personnes et strictement médiatisées par CNAOP. En plus de ce dispositif, un autre serait mis en place pour permettre aux enfants nés d'un don de savoir si ils ou elles sont issu-e-s d'un même donneur¹³³⁹.

335. Ces propositions de modification des règles relatives à l'accès à la connaissance des origines biologiques pour les enfants nés d'un don semblent opportunes. Néanmoins quelques critiques peuvent être émises. D'abord, la différence de régime entre l'identité du donneur et l'accès aux renseignements non-identifiants ne nous semble pas suffisamment expliquée : si les renseignements non identifiants ne sont pas pensés à la place de l'identité, pourquoi en permettre l'accès dès la minorité tandis que l'identité ne peut être connue que des personnes majeures ? L'expérience britannique est prise en exemple par le rapport en laissant penser que les renseignements non identifiants peuvent parfois déjà répondre aux attentes des enfants. Nous pensons qu'il est préférable de soumettre l'ensemble des informations au même régime et de laisser à la personne née d'un don le soin de choisir les informations qu'elle souhaite se voir communiquer. De même, le lien général entre les deux thématiques, à savoir l'ouverture de la PMA à tous les couples associés à une nouvelle modalité d'établissement de la filiation par une déclaration commune anticipée et l'aménagement d'un dispositif permettant l'accès aux origines biologiques pour les enfants nés d'un don n'est pas mis en exergue. La fin du secret et du modèle pseudo-procréatif est certes l'objectif du rapport. Toutefois, il apparaît parfois que l'ouverture de la PMA aux couples de femmes soit suffisant pour justifier l'accès aux origines et s'assurer ainsi que l'enfant ait une connaissance symbolique de l'altérité sexuelle nécessaire à sa conception¹³⁴⁰. Cette position n'est pas explicite dans le rapport Théry-Leroy¹³⁴¹ et paraît même combattue dans certains développements qui déconstruisent le fait que les couples de

¹³³⁸ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 178 : « Retoucher l'article 311-20 en indiquant "dans des conditions garantissant le respect de la vie privée" (et non plus : "garantissant le secret") ».

¹³³⁹ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 235.

¹³⁴⁰ Cela ressort notamment dans Agence de la biomédecine, Conseil d'Orientation, « Réflexions sur l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes », Délibération n°2013-CO-13, 18 avril 2013, p. 4 : « Alors que, d'ores et déjà, certains jeunes adultes nés grâce à un don de gamètes expriment un certain mal-être face à l'impossibilité de connaître leurs origines biologiques, la naissance d'un nombre plus élevé d'enfants issus d'un don de spermatozoïdes, dont certains seraient dépourvus de filiation paternelle en vertu de la loi, pourrait renforcer la propension à demander la levée de l'anonymat ».

¹³⁴¹ Il apparaît plus explicite dans certains autres écrits de Madame Irène Théry. Par exemple, Irène THERY, « Anonymat des dons d'engendrement. Filiations et identité narrative des enfants au temps du démariage », pp. 81-106 in Enric PORQUERES I GENE (dir.), *Défis contemporains de la parenté*, Éditions de l'EHESS, 2009, spéc. p. 105 : « Tel est le véritable enjeu d'une pensée liant identité narrative de l'enfant et pluriparentalités ordonnées. Echappant à la fausse alternative sur le « vrai » parent, il n'est pas difficile de voir que cette approche de la filiation permettrait, si elle était entendue, de dépassionner bien des débats sur l'homoparentalité en rappelant que dans ces familles des couples de même sexe élèvent des enfants qui, comme les autres, ont été engendrés d'un homme et d'une femme, comme les autres peuvent être nés de l'AMP avec don dans les pays qui l'organisent... ». Ne semble-il pas évident à tous que les enfants élevés par des couples de même sexe sont nés des gamètes d'un homme et d'une femme ?

personnes de même sexe ne souhaitent pas mentir aux enfants en leur faisant croire qu'ils sont issus de leur union¹³⁴². Au contraire, la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe est effectivement un catalyseur pour mettre fin au modèle pseudo-procréatif qui sous-tend la PMA qui ne peut résister à l'accès aux couples de femmes à ces techniques. Nous pensons que l'ouverture de la PMA aux couples de femmes est en soi suffisant pour remettre en cause le modèle pseudo-procréatif et que les recommandations du rapport Théry-Leroy en rapport avec l'état civil sont superfétatoires. Le silence du rapport sur l'actuelle procédure d'appariement qui joue un rôle central dans le fait que le recours à une PMA hétérologue puisse rester secret est à ce titre assez étonnant. Il n'y a qu'une seule occurrence du terme « appariement » dans le rapport Théry-Leroy et dans un paragraphe consacré au maintien de la procédure d'anonymisation actuelle...¹³⁴³ Ainsi, certains aspects qui participent au modèle pseudo-procréatif sont conservés tandis que d'autres sont combattus jusque dans des retranchements que nous trouvons assez peu adaptés comme l'état civil.

b. L'état civil, témoin inopportun du recours à la PMA

336. Les auteurs du rapport Théry-Leroy consacrent de longs développements à l'état civil¹³⁴⁴. Tout en reconnaissant le rôle primordial joué par l'état civil dans la vie des individus, les auteurs proposent d'en faire le témoin du recours à une PMA hétérologue. En effet, ce n'est pas tant du recours à la PMA que du recours au don de gamète dont témoignerait l'état civil, à travers la modalité d'établissement de la filiation *sui generis*, par déclaration commune anticipée. Le recours à l'état civil comme révélateur du recours au don de gamète est expliqué par le rôle des actes d'état civil : « ils font *advenir l'état des personnes* au regard de la communauté sociale, ils marquent leur intégration, ils désignent leur place dans une société, ils font de l'individu "l'un de nous". Et à l'inverse, quand une société se refuse à entériner véritablement une situation ou veut constituer une catégorie "à part" des autres, c'est bien l'état civil qui le traduit en premier »¹³⁴⁵. La manière dont l'état civil peut exclure des individus est notamment illustrée par les refus de transcription des actes de naissance étrangers sur les registres français en cas de gestation pour autrui réalisée à l'étranger¹³⁴⁶. Les auteurs démontrent alors avoir conscience des enjeux qui se jouent autour de l'état civil et c'est pourquoi ils émettent deux séries de réformes : d'une part, « une réforme de la conception de l'acte de naissance visant à le considérer comme le *conservatoire de l'identité civile des personnes*, autrement dit le garant que cette identité ne sera pas manipulée »¹³⁴⁷ et d'autre part, « une réforme des règles de publicité, garantissant aux

¹³⁴² Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, pp. 52 et suivants.

¹³⁴³ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 226.

¹³⁴⁴ Voir en particulier le chapitre 3, « État des personnes, état civil et filiation », pp. 57-73, in Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, 2014.

¹³⁴⁵ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 57.

¹³⁴⁶ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, not. p. 58.

¹³⁴⁷ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 60.

personnes leur droit au respect de la vie privée par une distinction beaucoup plus nette entre la copie intégrale, et les extraits (avec et sans filiation) »¹³⁴⁸.

L'état civil, comme conservatoire de l'état civil des personnes, vise à lutter contre les manipulations¹³⁴⁹. Il convient alors de comprendre ce qu'il faut entendre et comprendre par véritable biographie civile des personnes. En voulant instaurer un même régime pour les enfants adoptés en la forme plénière et les enfants nés à partir d'un don de gamète, le rapport nous semble ne pas assez prendre en compte les spécificités de la PMA par rapport à l'adoption. En effet, s'il nous semble possible de parler de manipulation de l'état civil dans le cas d'une adoption plénière, cela semble plus audacieux et délicat concernant une PMA hétérologue. Ainsi, nous souscrivons à la recommandation du rapport Théry-Leroy en matière d'adoption plénière, qui consiste à « ne plus remplacer un acte de naissance par un autre, mais de garder un seul acte, l'acte de naissance originel »¹³⁵⁰. En revanche, concernant « la question des enfants nés d'AMP avec tiers donneur »¹³⁵¹, nous ne pensons pas que l'acte de naissance à travers le mode d'établissement de la filiation soit adéquat pour traduire le recours à un don de gamète. Les auteurs du rapport Théry-Leroy proposent en effet « d'instituer un nouveau mode d'établissement de la filiation (la "déclaration commune anticipée de filiation") qui, sans trahir aucun secret médical quant au mode de conception de l'enfant, lui permettra et à lui seul de savoir que sa filiation suppose un engendrement avec un tiers donneur »¹³⁵². Cette recommandation est justifiée par le « droit fondamental de la personne que de savoir comment son lien de filiation à ses parents a été établi, et en particulier de ne pas subir des mensonges sur ce point »¹³⁵³. Cet éventuel droit fondamental nous paraît bien différent de la question de l'accès à ses origines... En effet, l'acte de naissance permettrait uniquement de savoir qu'il y a eu recours à un don de gamète, mais ne donnerait aucune indication sur la personne ayant réalisé le don. En outre, la modalité d'établissement de la filiation spécifique aux enfants nés à partir d'un don de gamète semble être une donnée jugée suffisamment sensible pour justifier une réforme de la publicité des actes d'état civil¹³⁵⁴.

¹³⁴⁸ *Ibidem*.

¹³⁴⁹ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 70 : Comme l'expliquent les auteurs du rapport, « cet objectif est d'autant plus important aujourd'hui que l'on a pris conscience de certaines "manipulations" biographiques qui autrefois n'étaient pas perçues comme telles. De là l'affirmation du droit d'accès aux origines personnelles, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La première étape de ce droit est de bénéficier d'un état civil qui soit la mémoire de sa véritable biographie civile ».

¹³⁵⁰ *Ibidem*.

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² *Ibid.*

¹³⁵³ *Ibid.*

¹³⁵⁴ Voir en ce sens Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 67 : Les recommandations faites en matière de publicité des actes d'état civil ne sont pas uniquement justifiées au regard de cette nouvelle modalité d'établissement de la filiation. Les incohérences actuelles des règles de publicité des actes sont soulignées et de manière générale, il est mis en avant le fait que « les copies intégrales des actes de naissance comportent des données à caractère personnel qui relèvent de la vie privée des intéressés, et qui peuvent être sensibles ». Les changements de sexe ou de prénom sont pris en exemple. Le rapport développe plus longuement les enjeux en matière de vie privée des individus, voir not. p. 71 : « si cette fonction de conservatoire de l'identité civile est capitale pour les droits de la personne, en revanche il n'y a pas de justification à publiciser dans les rapports aux tiers le passé civil d'une personne.

Il s'agit alors de revoir les règles de publicité de la copie intégrale afin d'assurer un respect de la vie privée voire du secret médical tandis que l'extrait de l'acte de naissance serait, quant à lui, plus largement accessible aux tiers. En effet, la filiation serait mentionnée dans l'extrait de l'acte de naissance mais seule la copie intégrale permettrait de connaître les modalités d'établissement de la filiation, à savoir par procréation charnelle, adoptive ou par engendrement avec tiers donneur. Le type de filiation serait ainsi inscrit dans l'acte de naissance et permettrait à l'enfant de connaître les conditions de sa naissance. En pratique, le rapport Théry-Leroyer propose que la déclaration commune anticipée soit transmise à l'officier d'état civil qui porte ensuite la déclaration sur l'acte de naissance de l'enfant, établissant par ce biais la filiation à l'égard des deux parents¹³⁵⁵. Le caractère commun de la déclaration anticipée de filiation tient d'ailleurs compte du fait que des modalités d'établissement de la filiation différenciées selon l'implication physique du parent dans le processus de procréation médicalement assistée seraient à même de révéler la stérilité d'un voire des deux parents. S'il est vrai que la déclaration commune ne permettrait pas de connaître cette information, l'identité du donneur remplira quant à elle ce rôle en indiquant s'il s'agissait d'un don de sperme, d'ovocyte ou d'embryon. Il nous semble finalement discutable de faire de l'état civil le réceptacle, même indirect, de ces informations de nature médicale.

De plus, même en revoyant les règles de publicité des actes d'état civil, les précautions qui entourent la communication de la copie intégrale de l'état civil nous semblent justement témoigner du caractère problématique d'une modalité d'établissement de la filiation réservée uniquement aux enfants nés à partir d'un don de gamète¹³⁵⁶. Faire de l'état civil, le témoin d'un recours à une PMA hétérologue nous semble aussi inopportun que d'instituer une nouvelle modalité d'établissement de la filiation, *sui generis*, réservée uniquement aux couples ayant eu recours à la PMA avec don d'engendrement. En effet, en singularisant ce mode de procréation cela conduit à une stigmatisation indirecte des personnes nées par ce biais. S'il semble nécessaire de réformer le cadre actuel qui prend comme modèle la procréation naturelle, utiliser la filiation comme témoin de l'histoire narrative des enfants nous semble superfétatoire à partir du moment où la PMA n'est pas réservée aux couples hétérosexuels et que le principe d'anonymat ne s'applique pas aux dons de gamètes. Pour remettre en cause le principe d'anonymat des dons, nous proposons un dispositif alternatif qui ne repose pas sur une modalité

C'est pourquoi reconnaître cette nouvelle fonction de la copie intégrale de l'acte de naissance est indissociable d'une autre réforme : *il paraît nécessaire, pour assurer le droit à la vie privée des personnes, de rendre la copie intégrale de l'acte de naissance, gardien de la mémoire civile, inaccessible aux tiers, sauf exceptions dument justifiées* ».

¹³⁵⁵ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 181.

¹³⁵⁶ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 71 : Les auteurs soulignent ainsi qu'« il n'y a donc pas de raison de préciser dans les extraits d'acte de naissance quel est le mode d'établissement de la filiation, car cela semble introduire subrepticement une hiérarchie, qui rappelle le temps passé où en effet toutes les filiations ne se valaient pas au plan de la légitimité sociale, et où elles n'emportaient pas les mêmes droits ». Nous pensons qu'il n'y a pas plus de raison de préciser dans la copie intégrale que certains enfants sont nés à partir d'un don de gamète, dans la mesure où cela n'affecte pas le lien de filiation.

d'établissement de la filiation spécifique aux couples ayant recours à une PMA hétérologue. Cette proposition consiste à permettre un accès aux informations sur la personne ayant effectué un don de gamète et de replacer la naissance dans son contexte médicalisé. Cela nous semble davantage en accord avec l'histoire narrative des personnes nées à partir d'un don de gamète et plus adapté que l'état civil, qui remplit une fonction d'identification des citoyens¹³⁵⁷.

B. L'origine biologique comme donnée médicale

337. Nous proposons de permettre aux enfants nés par PMA d'avoir accès à certaines informations sur leur conception et les personnes ayant contribué à leur naissance par le biais des données médicales. Cela nous semble répondre aux enjeux juridiques autant qu'aux revendications des enfants nés de don. D'un point de vue juridique d'abord, il faut reconnaître que le droit à la connaissance des origines n'existe pas en droit français. Contrairement à la Suisse, il n'est inscrit nulle part en droit français que « toute personne a accès aux données relatives à son ascendance »¹³⁵⁸. Si l'on considère les normes supranationales, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne consacre pas un droit à la connaissance de ses origines mais rattache au droit au respect de la vie privée certaines composantes de l'identité personnelle dont ces informations pourraient faire partie. En outre, le droit à la connaissance des « origines », qui fonderait l'accès aux informations sur la personne ayant effectué le don, est souvent rattaché à l'article 7.1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant¹³⁵⁹. Pourtant, cet article dispose que « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux »¹³⁶⁰. Il apparaît alors étrange de fonder l'accès aux « origines personnelles » sur ce texte qui parle en même temps d'un droit à connaître ses parents et à être élevé par eux, bien loin de la signification des « origines personnelles ». Outre le fait que ce texte ne nous semble pas en mesure de fonder un « droit à la connaissance de ses origines », seules certaines dispositions de la Convention sont directement invocables par les justiciables¹³⁶¹. « L'article 7-1 est fréquemment invoqué en faveur de l'applicabilité directe »¹³⁶²,

¹³⁵⁷ Gérard NOIRIEL, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, 13, 1993, L'identification, pp. 3-28.

¹³⁵⁸ Suisse, Constitution fédérale, art. 119, 2. g.

¹³⁵⁹ Ass. gén. ONU, Convention de New York du 26 janvier 1990, Relative aux droits de l'enfant, 20 nov. 1989 ; ratifiée par la L. n°90-548 du 2 juill. 1990, JO 5 juill. 1990, entrée en vigueur le 6 sept. 1990, publiée par le décret n°90-917 du 8 oct. 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990 (JO 12 oct.).

¹³⁶⁰ La version anglaise de l'article 7-1 de la Convention de New York, à avoir "The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents", permet de mieux saisir que le droit de connaître et d'être élevé par ses parents vont ensemble : connaître ses parents peut être pensé comme un préalable à la possibilité d'être élevé par eux, soit il s'agit d'un palliatif lorsqu'il est pas possible d'être élevés par eux.

¹³⁶¹ Par exemple, « les stipulations de l'article 9 de la convention relative aux droits de l'enfant signée à New-York le 26 janvier 1990 créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés », selon Conseil d'État, 29 juillet 1994, n° 143866. De même, les articles 24-1, 16-1 et 27-1 « ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoqués à l'appui de conclusions tendant à l'annulation d'une

comme le souligne Monsieur Dominique Bureau, qui met également en avant le caractère relativement précis de sa rédaction. Le Conseil d'État a d'ailleurs reconnu l'effet direct des stipulations de l'article 7-1 de la Convention de New York, mais dans un contentieux relatif au droit des étrangers¹³⁶³. De même, les dispositions de l'article 7-1 ont pu être visées par la Cour de cassation, lorsqu'il s'agissait de rendre efficace la reconnaissance prénatale effectuée par un homme alors que la femme avait accouché dans le secret de l'enfant¹³⁶⁴. Néanmoins, si les dispositions de l'article 7-1 de la CIDE sont invocables par les justiciables et ont des effets directs en droit interne, elles ne fondent pas directement un droit à la connaissance des origines. Il est alors possible de lire ensemble, comme le fait d'ailleurs dans ses travaux Madame Irène Théry ou encore des juristes tels que Monsieur Dominique Bureau¹³⁶⁵, les dispositions de l'article 3-1 de la Convention de New York sur l'intérêt supérieur de l'enfant¹³⁶⁶ et celles de l'article 7-1 en parlant par exemple de « l' "intérêt supérieur de l'enfant" à connaître ses origines »¹³⁶⁷. Or, le Conseil d'État a reconnu l'applicabilité directe des dispositions de l'article 3-1 de la Convention de New York¹³⁶⁸ tandis que la Cour de cassation a jugé explicitement que « l'article 3-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant la juridiction française »¹³⁶⁹. Cette consécration de la normativité des dispositions de l'article 3-1 de la CIDE est par ailleurs assez étonnante étant donné le caractère protéiforme de la notion d'intérêt de l'enfant¹³⁷⁰. Certains auteurs, à l'instar de Madame Christine Desnoyer pointent du doigt le risque qui « existe d'une absorption des dispositions de la CIDE par ce texte dont on peut dire qu'à lui seul il résume toute la convention – ce qui par ailleurs permettrait de pallier l'absence d'effet direct de certaines stipulations »¹³⁷¹. Pourtant jusqu'à présent, les juridictions françaises refusent de remettre en cause le principe d'anonymat du don de gamète, que ce soit en se fondant sur l'article 7-1 de la Convention de New York, combiné ou non à l'article 3-1 ou encore sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En

décision individuelle ou réglementaire », selon Conseil d'État, 23 avril 1997, n° 163043, D. 1998, p. 15. Au contraire, les articles 3-1 et 12-2 de la Convention peuvent utilement être invoqués pour faire casser un arrêt de Cour d'appel qui n'a pas auditionné un enfant qui en faisant la demande, dans l'affaire, Cass., 1ère Civ., 18 mai 2012, Enfant Chloé.

¹³⁶² Dominique BUREAU, « De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 679, note 38.

¹³⁶³ Conseil d'État, 11 janvier 2006, n°275942. Comp. Conseil d'État, 30 mars 2005, n° 260707 : « que l'article 7 de cette même convention aux termes duquel : l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et dans la mesure du possible le droit de connaître ses parents et être élevés par eux qui crée seulement des obligations entre États ».

¹³⁶⁴ Cass., 1ère Civ., 7 avril 2006, n°05-11285.

¹³⁶⁵ Dominique BUREAU, *op. cit.*

¹³⁶⁶ Convention de New York, Art. 3-1 : « 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 ».

¹³⁶⁷ Irène THÉRY, *op. cit.*, p. 86.

¹³⁶⁸ Conseil d'État, 22 septembre 1997, n° 161364, note C. Desnoyer., D. 1998, p. 297.

¹³⁶⁹ Cass., 1ère Civ., 14 juin 2005, n°04-16942.

¹³⁷⁰ Dominique BUREAU, *op. cit.*

¹³⁷¹ Christine DESNOYER, « En application de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, l'autorité administrative ne peut prendre de décision relative à un enfant sans accorder une attention primordiale à son intérêt supérieur : annulation d'une décision refusant le regroupement familial et renvoyant l'enfant dans son pays d'origine », *D.*, 1998, p. 297.

effet, lorsque des personnes nées de dons ont porté devant les juridictions administratives la question de l'accès aux informations sur la personne ayant effectué ces dons de gamète, ces fondements ont été mobilisés. De manière assez étonnante, le tribunal administratif de Montreuil a écarté le moyen tiré « de l'incompatibilité de la loi française avec les droits garantis par les articles 7-1 et 8 de la convention internationale des droits de l'enfant » au motif que la requérante était « âgée de plus de dix-huit ans à la date de la décision attaquée »¹³⁷². Devant le Conseil d'État, les dispositions de la CIDE ne sont plus invoquées, contrairement aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui sont repris¹³⁷³. L'avis rendu par le Conseil d'État le 13 juin 2013 permet de saisir la position de la haute juridiction administrative sur la communication des données sur la personne ayant effectué le don de gamètes à la personne née à partir de ce don¹³⁷⁴. D'une part, les juges du Conseil d'État estiment que les deux dérogations permettant l'accès aux données non identifiantes de nature médicale, au médecin en cas de nécessité thérapeutique (art. L. 1244-6 CSP) et en cas de diagnostic d'une anomalie génétique (art. L. 1131-1-2 CSP) assurent « la protection de la santé des personnes issues d'un don de gamètes, tout en garantissant le respect des droits et libertés d'autrui »¹³⁷⁵. Il paraît alors moins important que ces données ne puissent pas être accessibles aux personnes concernées mais uniquement aux médecins au regard des objectifs de protection de la santé poursuivis. D'autre part, concernant l'identité de la personne auteure du don de gamètes, le Conseil d'État estime que la règle de l'anonymat « qui s'applique à tous les dons d'un élément ou d'un produit du corps, n'implique par elle-même aucune atteinte à la vie privée et familiale de la personne ainsi conçue, d'autant qu'il appartient au demeurant aux seuls parents de décider de lever ou non le secret sur la conception de la personne »¹³⁷⁶. Le Conseil d'État renvoie *in fine* au législateur la responsabilité de modifier ces dispositions¹³⁷⁷. Etant donné l'absence de normativité du droit à la connaissance des origines, nous pensons qu'un dispositif peut être mis en place sans consacrer explicitement un tel droit dans notre ordre juridique¹³⁷⁸.

Ce dispositif qui consisterait à faire des données identifiantes et non identifiantes sur la personne auteur du don, des données médicales intégrées dans le dossier médical de l'enfant né du don et qu'il pourrait consulter auprès d'un organisme tiers, tels que le CNAOP. Cette proposition nous semble pouvoir satisfaire les revendications des enfants nés de don en leur permettant d'avoir accès à leur histoire personnelle. À notre sens, l'histoire personnelle

¹³⁷² TA Montreuil, 14 juin 2012, n°1009924, G. c. AP-HP et a.

¹³⁷³ Conseil d'État, 13 juin 2013, M. M., n°362981.

¹³⁷⁴ *Ibidem*.

¹³⁷⁵ *Ibid*.

¹³⁷⁶ *Ibid*.

¹³⁷⁷ *Ibid*. : « en la matière, il n'appartient qu'au seul législateur de porter, le cas échéant, une nouvelle appréciation sur les considérations d'intérêt général à prendre en compte et sur les conséquences à en tirer ».

¹³⁷⁸ Cela éviterait peut-être d'ailleurs une condamnation de la France par la CEDH, voir en ce sens not. Anne DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, spéc. pp. 563-573.

d'enfants nés de dons renvoie à l'identité narrative définie par Madame Irène Théry¹³⁷⁹. Pour elle, « c'est du côté de l'identité narrative qu'il faut se tourner si l'on veut comprendre le sens des revendications actuelles d'un droit aux origines, sans faire semblant de faire croire qu'il s'agit de la quête absurde d'un « début » ou d'un « fondement » primordial... »¹³⁸⁰. Elle insiste alors sur le rôle joué par les médecins : « cette image idéalisée de la générosité anonyme a pour caractéristique principale d'effacer totalement le rôle des médecins qui sont pourtant au cœur du système : ce sont eux qui reçoivent concrètement ces dons, les anonymisent, parfois les congèlent, et décident souverainement comment en user en choisissant d'apparier tels donneurs avec tels receveurs »¹³⁸¹. La rapporteure publique dans l'affaire portée devant le Tribunal administratif de Montreuil réduit l'histoire personnelle aux parents et oublie la médicalisation autour¹³⁸². Il existe de nombreux intérêts à faire des informations sur la personne auteure du don de gamète des données médicales. D'abord, cela permet de contourner la réticence des juges et du législateur à consacrer un droit à la connaissance des origines, qui apparaît effectivement discutable¹³⁸³. Ensuite, cela semble respecter la réalité de la conception et l'implication de tiers, personnels médicaux et donneurs, au plus proche de la dénomination des techniques de procréation médicalement assistée hétérologues. Enfin, un tel dispositif permettrait, au contraire des propositions du rapport Théry-Leroyer en rapport avec l'état civil, de dissocier de manière certaine et sans appel la filiation et les informations à propos des auteurs des dons de gamètes¹³⁸⁴.

Nous proposons alors d'intégrer dans le dossier médical de l'enfant conçu à partir de gamètes provenant d'une tierce personne donneuse les informations sur cette personne auxquelles il pourrait accéder plus tard. De fait, ces informations identifiantes et non identifiantes intégreraient alors la catégorie de données de santé à caractère personnel dans le dossier de l'enfant. Ces informations concernant la personne ayant effectué le don sont en effet recueillies en vue de permettre la naissance de l'enfant et c'est par ce biais, qu'elles acquièrent une dimension médicale et ont vocation à intégrer le dossier médical de l'enfant. La mise en place de

¹³⁷⁹ Irène THERY, *op. cit.*, p. 102 : « l'identité au sens de l'*identité narrative* » qui s'oppose à « l'identité au sens de l'*identification* ».

¹³⁸⁰ *Ibidem* ; voir également p. 103 : « ce qu'ils réclament, en revanche, c'est de ne pas être privés de l'accès à leur propre histoire ; qu'elle ne soit pas effacée ; que des secrets sur leur naissance ne soient pas fabriqués par le droit et l'administration et que des informations sur leurs géniteurs cessent d'être détenues dans des dossiers qu'on leur interdit de consulter ».

¹³⁸¹ Irène THÉRY, *op. cit.*, p. 91.

¹³⁸² Irlène BILLANDON, « L'anonymat du donneur de gamètes en question », conclusions sous TA Montreuil, 14 juin 2012, n°1009924, G. c. AP-HP et a., *Administrations et collectivités territoriales*, n°28, 16 juillet 2012, p. 2253 : « il n'est pas certain que, pour sa part, Mme G. y trouve bien son compte : son « *histoire personnelle* » (pour reprendre les termes de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Odièvre*), elle, ne provient pas d'un tube à essai, ça c'est de la génétique. Non, elle s'est forgée grâce à ses parents, qui l'ont conçue, même si c'est par une voie peu traditionnelle, et qui l'ont élevée : c'est ça son histoire personnelle ».

¹³⁸³ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », *AJDA*, 2012, p. 2115 : « On peut certes, au plan axiologique, désapprouver la consécration juridique d'un droit de l'individu à connaître ses origines ».

¹³⁸⁴ En ce sens, à propos de la consécration d'un droit à la connaissance de ses origines, *ibidem* : « il peut signifier une dissociation inédite entre filiation et identité personnelle ».

ce dispositif suppose le consentement exprès et préalable des personnes qui effectuent un don de gamètes dans la mesure où l'ensemble des informations les concernant constituent des données à caractère personnel au sens de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés¹³⁸⁵. Ce consentement obtenu –et il serait nécessairement obtenu dans la mesure où il conditionnerait la possibilité de donner ses gamètes–, l'ensemble des informations accèderait alors à une nouvelle qualification de « données à caractère personnel concernant la santé »¹³⁸⁶ de l'enfant, cette fois. Les informations sur le donneur devraient être définies en partenariat avec les associations d'enfants nés de don mais pourraient concerner : le nom du donneur, des données non identifiantes relatives au donneur, comme « son âge, au moment du don et à ce jour, ainsi que son éventuel décès », « la situation professionnelle au moment du don », « sa description physique », « son environnement au moment du don, notamment sa situation familiale et le nombre de ses enfants », « les motivations de son don », « l'existence éventuelle d'autres dons effectués précédemment », « ses antécédents médicaux, personnels et familiaux », « le nombre d'enfants conçus à partir de ce donneur », pour reprendre la liste des informations demandées par la requérante devant le tribunal administratif de Montreuil¹³⁸⁷. L'ensemble de ces informations, recueillies à partir de formulaires ou sur papier libre, serait alors rassemblé au sein d'un même dossier médical inscrit au nom de l'enfant et transmis à un organisme tiers qui assurerait par la suite sa communication à l'enfant. Les dispositions actuelles concernant le régime de consultation du dossier médical par une personne mineure pourraient s'appliquer : ainsi, « dans le cas d'une personne mineure, le droit d'accès est exercé par le ou les titulaires de l'autorité parentale. À la demande du mineur, cet accès a lieu par l'intermédiaire d'un médecin »¹³⁸⁸. Ce dispositif permet ainsi un accès à la personne mineure, reconnaissant une pré-majorité sanitaire, et ne différencie pas de régime selon les données, identifiantes ou non identifiantes.

¹³⁸⁵ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 2 alinéa 2 : « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres ».

¹³⁸⁶ De telles données peuvent être définies à la suite de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), Bruxelles, le 25.1.2012 COM(2012) 11 final 2012/0011 (COD), p. 24 : « (26) Les données à caractère personnel concernant la santé devraient comprendre, en particulier, l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée; les informations relatives à l'enregistrement du patient pour la prestation de services de santé; les informations relatives aux paiements ou à l'éligibilité du patient à des soins de santé; un numéro ou un symbole attribué à un patient, ou des informations détaillées le concernant, destinés à l'identifier de manière univoque à des fins médicales; toute information relative au patient recueillie dans le cadre de la prestation de services de santé audit patient; des informations obtenues lors d'un contrôle ou de l'examen d'un organe ou d'une substance corporelle, y compris des échantillons biologiques; l'identification d'une personne en tant que prestataire de soins de santé au patient; ou toute information concernant, par exemple, une maladie, un handicap, un risque de maladie, un dossier médical, un traitement clinique ou l'état physiologique ou biomédical de la personne concernée, indépendamment de sa source, qu'elle provienne par exemple d'un médecin ou d'un autre professionnel de la santé, d'un hôpital, d'un dispositif médical ou d'une épreuve diagnostique *in vitro* ».

¹³⁸⁷ TA Montreuil, 14 juin 2012, n°1009924, G. c. AP-HP et a.

¹³⁸⁸ Article L. 1111-7 alinéa 5 du Code de la santé publique.

Ce dispositif pourrait être critiqué dans la mesure où il renforce le rôle de l'institution médicale. Nous pensons au contraire qu'il replace la PMA hétérologue dans son contexte, en soi fortement médicalisé et que l'on peut par ailleurs critiquer. Toutefois, ce n'est pas la mise en place de ce moyen d'accéder aux informations sur le donneur qui médicalise davantage les parcours de PMA. En outre, la communication du dossier serait assurée par un organisme tiers et extérieur à la profession médicale, à l'instar du CNAOP. Une autre critique peut tenir au fait que les données intégrées au dossier médical de l'enfant ne le concernent pas toutes directement et qu'il y a des données personnelles et médicales qui sont davantage relatives à ses parents ou aux donneurs. Seules les données pertinentes pour l'enfant intégreront son dossier médical et la communication de ces données serait limitée à l'enfant. En outre, les autres protagonistes concernés auront préalablement consenti à un tel transfert et partage d'informations au moment du consentement au don. La seule difficulté qui nous semble subsister concerne le secret et c'est pourquoi, il nous semble important de remettre en cause la pratique de l'appariement et notamment concernant le groupe sanguin afin d'encourager les parents à révéler à leurs enfants les circonstances de leur conception et de les accompagner dans leur démarche de consultation de leur dossier médical.

Ce dispositif, alternatif à la consécration directe d'un droit à la connaissance de ses origines en droit français, nous semble ménager un équilibre satisfaisant entre les intérêts en présence et éviter toute confusion entre les informations que l'enfant peut souhaiter connaître sur le donneur et un lien de filiation. Pour nous, la question des origines biologiques ne peut intégrer l'état civil, même indirectement à travers une modalité spécifique d'établissement de la filiation, sans laisser semer un doute sur la solidité du fondement de cette filiation. C'est pourquoi, il nous semble également plus opportun d'intégrer les techniques de PMA au sein du droit commun de la filiation.

338. Dans l'optique de l'ouverture de la PMA à toutes les femmes, il paraît opportun de réformer le droit commun de la filiation et de permettre aux enfants nés à partir d'un don de gamètes d'accéder à des informations sur leur donneur. C'est pourquoi, nous proposons d'appréhender les « origines personnelles » comme des données médicales, et plaidons en faveur d'une remise en cause des stéréotypes de genre dans le droit commun de la filiation. En effet, les règles du droit commun de la filiation actuellement utilisées en cas de recours à un don de gamète prennent modèle sur la procréation naturelle et sont inadaptées à la fois au cadre de la PMA et aux enjeux actuels que les évolutions sociétales posent en termes d'égalité entre les sexes et de reconnaissance des familles dont les parents sont de même sexe. Les techniques reproductives pourraient, au lieu de renforcer la différenciation des fondements de la filiation en fonction du sexe et par voie de conséquence les stéréotypes de genre, participer à favoriser l'égalité entre les

sexes. Loin de déconstruire le stéréotype de la femme-mère et de l'homme dont la paternité est principalement considérée à travers le soutien financier qu'il représente, les techniques reproductives renforcent au contraire cette représentation des rôles parentaux qui traduit une division sexuée du travail.

L'étude de l'inscription des techniques de PMA au sein du droit de la filiation montre la difficulté d'intégrer ces techniques qui sont pensées comme modifiant parfois en profondeur les fondements de la filiation. En dépit de ressemblances importantes entre le droit de l'adoption et la filiation après une PMA hétérologue, les mécanismes d'adoption ne sont pas utilisés pour les projets parentaux légitimes. En revanche, ils viennent pallier les difficultés posées par les PMA réalisées à l'étranger par des couples de femmes et permettent d'établir un second lien de filiation à l'égard du parent de même sexe qui n'a pas accouché. Pour les projets parentaux légitimes, l'inscription dans le droit commun de la filiation autant que la définition des techniques autorisées exacerbent la différenciation des fondements de la parenté selon le sexe. La question d'une éventuelle ouverture de l'accès à la PMA aux couples de femmes est l'occasion de questionner ces normes, mais se heurte bien souvent à des résistances qui semblent irréductibles. Lorsque les auteurs s'autorisent à faire des recommandations dans la perspective d'une ouverture de la PMA à toutes les femmes, le dispositif proposé est aussi ambitieux que complexe et ne répond pas aux enjeux en termes de lutte contre les stéréotypes de genre au sein du droit commun de la filiation. Au contraire, la volonté de lutter contre le modèle pseudo-procréatif mis en place par les conditions d'accès conduit les auteurs du rapport Théry-Leroyer à proposer des évolutions juridiques qui créent un nouveau type de filiation pour les enfants nés par PMA avec don de gamètes.

Au-delà de la question de l'établissement de la filiation après une PMA, notamment hétérologue, c'est bien l'ensemble du cadre relatif aux techniques de PMA qui pose difficulté. En effet, l'inscription des techniques de PMA en droit français –et en droit suisse dans une moindre mesure– a été dissimulée afin de limiter les modifications que cela pourrait engendrer. Ainsi, les techniques de PMA suivent le modèle de la procréation naturelle, tant dans les conditions d'accès aux techniques que dans les règles d'établissement de la filiation. Ce modèle conduit à exacerber les stéréotypes de genre au sein du droit de la reproduction alors qu'au contraire, ces techniques pourraient conduire à les faire reculer. À notre sens, il convient certes de penser ensemble les conditions d'accès aux techniques reproductives et l'établissement de la filiation après le recours à ces techniques, mais surtout de réfléchir plus globalement à l'intégration de ces techniques au sein du corpus du droit de la santé et du droit de la filiation. En effet, les techniques de PMA doivent s'intégrer dans la continuité des autres progrès scientifiques qui permettent de maîtriser la reproduction et renouveler la réflexion sur la place des aspects biologiques au sein du droit de la filiation. La présentation critique du cadre juridique des

techniques de PMA met en lumière les limites actuelles dans lesquelles celles-ci se trouvent, tout en laissant transparaître leur potentiel en termes d'égalité des sexes et de valorisation de la maîtrise de la reproduction.

Nous allons alors rechercher s'il est possible de déconstruire le modèle procréatif qui sous-tend le droit de la PMA et dans quelle mesure il serait possible d'utiliser les techniques reproductives comme catalyseur pour modifier les règles d'établissement de la filiation et le régime juridique des actes médicaux thérapeutiques en rapport avec la reproduction. Pour cela, nous analyserons s'il est envisageable de revoir le cadre actuel des techniques reproductives et d'inscrire les techniques reproductives dans un cadre juridique rénové à la fois en matière de parenté et d'actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction. Il conviendra alors de réfléchir à l'évolution des corpus juridiques au regard des techniques reproductives, et plus spécifiquement au regard des critiques que nous adressons au cadre actuel et aux potentialités que les techniques possèdent.

Partie II

Le projet parental

dans le droit de la reproduction

339. Les techniques reproductives s'inscrivent dans la continuité de l'histoire de la maîtrise de la reproduction. Toutefois, contrairement à la contraception et à l'avortement qui rendent possible une sexualité libérée des contraintes de la reproduction, les techniques de PMA permettent la reproduction, sans que les pratiques sexuelles des individus ne rentrent en ligne de compte. De la sorte, les personnes qui n'ont pas de rapports hétérosexuels –parce qu'elles sont célibataires ou en couple avec une personne du même sexe– et les personnes souffrant de facteurs d'infertilité peuvent accéder à la parenté, dans un cadre médicalisé. Le potentiel des techniques reproductives est en ce sens très important tant d'un point de vue social que d'un point de vue strictement juridique. Toutefois, l'encadrement des technologies de la reproduction –que ce soit en droit français ou en droit suisse– a été pensé sur un modèle naturaliste autour de la famille hétérosexuelle. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il n'a pas permis de modifier en profondeur le corpus juridique relatif à la reproduction, notamment en matière de filiation. Au contraire, la reconnaissance juridique des techniques de PMA renforce le cadre naturaliste de la famille, met en avant la famille traditionnelle fondée sur l'hétérosexualité et conforte les stéréotypes de genre. Cela apparaît aussi bien au niveau de la réalisation du projet parental que de sa consécration en droit de la filiation. En effet, l'établissement de la filiation permet de valider les projets parentaux légitimes, qui répondent au cadre légal naturaliste et de sanctionner les autres en rendant plus difficile voire impossible l'établissement de la parenté.

Pour autant, il n'est pas impossible, comme nous le démontrerons, de faire évoluer le droit de la filiation et le corpus juridique relatif aux actes médicaux non thérapeutiques en matière reproductive vers plus d'égalité entre les femmes et les hommes lors de l'encadrement des nouvelles techniques reproductives. En effet, la notion de projet parental, qui est sous-jacente

aux techniques de PMA, est transversale et permet de penser ensemble les différents événements de la vie sexuelle et reproductive des individus. En l'absence de projet parental, les méthodes abortives et contraceptives –qu'elles soient réversibles ou définitives (stérilisation)– sont privilégiées tandis que le pan positif du droit de la reproduction trouve à s'appliquer en cas de projet parental –qu'il s'agisse des textes relatifs à la PMA, à la filiation ou aux prestations sociales et familiales. En outre, il nous semble que parler aussi de projet parental pour ces techniques visant au contrôle de la procréation change l'image de celles-ci en les valorisant. L'aspect positif de la procréation est nettement plus valorisé que son versant négatif et imprègne l'expression de projet parental. Plus qu'aux modifications qui auraient pu être introduites en même temps que les techniques de PMA dans le droit français, nous allons rechercher dans quelle mesure on pourrait aujourd'hui envisager de faire évoluer l'esprit des techniques de PMA.

Dans cette partie prospective, nous ferons essentiellement des recommandations au regard du droit français afin d'y promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes. Nos développements concernent principalement le droit français même si certaines remarques très générales peuvent s'appliquer à d'autres systèmes juridiques. Afin de promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes, nous cherchons en particulier à supprimer les références à la nature, qui servent à justifier un traitement différencié entre les sexes, et tous les éléments qui concourent à assigner les femmes aux tâches reproductives. En effet, la division sexuée du travail, au cœur d'une organisation genrée de la vie en société, trouve une expression privilégiée dans le droit de la reproduction. Les normes peuvent être spécifiquement destinées aux femmes comme c'est le cas en matière de contraception. Elles peuvent également être différentes dans la mesure où elles concernent principalement des femmes : les dispositions spécifiques concernant l'information et le consentement qui existent en matière d'IVG, de contraception et de stérilisation laissent penser que les femmes ont besoin d'aide et de conseils pour prendre une décision qui ne concernent qu'elles-mêmes.

Cette entreprise de dénaturalisation du droit de la reproduction français prend comme point de départ le projet parental dès lors que nous proposons de structurer le nouveau droit de la reproduction autour de cette notion. En effet, la notion de projet parental permet de penser ensemble les aspects positifs et les aspects négatifs de la reproduction : les principales questions du droit de la reproduction peuvent ainsi être définies en rapport avec le projet parental. En présence d'un projet parental se pose nécessairement des questions en termes de reconnaissance de la filiation ou d'aménagements du contrat de travail alors qu'en l'absence de projet parental, il paraît indispensable d'avoir la possibilité d'accéder à des moyens de contraception et à une IVG. En outre, le projet parental repose sur l'idée centrale de volonté et est une expression concrète de l'autonomie en matière reproductive. Ces nombreux aspects du

projet parental ne doivent pourtant pas faire oublier qu'en lui même, le projet parental n'est pas un fondement juridique. C'est d'ailleurs pourquoi notre recherche visant la promotion de l'égalité entre les sexes et la déconstruction de la division sexuée du travail dans le corpus du droit de la reproduction repose au préalable sur une étude des fondements juridiques qui affleurent derrière l'idée de projet parental. Il s'agit alors de dissocier le projet parental de l'actuel cadre juridique relatif aux techniques reproductives et de se concentrer uniquement sur les idées qui sous-tendent la notion. Les fondements juridiques associés au projet parental posés (Titre I), nous chercherons à proposer une évolution des différents aspects du droit de la reproduction reposant sur cette notion même de projet parental et visant à le dénaturiser (Titre II).

Titre I – Le projet parental, fondement du droit de la reproduction

Titre II – Le nouveau droit de la reproduction, fondé sur le projet parental

Titre I

Le projet parental, fondement du droit de la reproduction

340. Notre recherche vise à penser ensemble les différents sujets du droit de la reproduction à partir de la notion de projet parental. Il s'agit alors de ne plus seulement considérer le droit des techniques reproductives et les questions qu'elles posent par la suite lors de l'établissement de la filiation, mais de considérer les corpus dans lesquels ces questions s'inscrivent. Dans cette partie prospective, consacrée essentiellement au droit français, nous abordons différentes questions sous un angle pluridisciplinaire. Aussi, en droit de la santé, nous interrogerons les questions relatives à la reproduction et à la maîtrise de celle-ci (contraception, IVG, stérilisation, PMA). En droit civil et en droit social, ce sont davantage les interrogations relatives à l'arrivée d'un enfant (établissement de la filiation et congés parentaux) qui retiendront notre attention.

La notion de projet parental n'est toutefois pas suffisante pour servir de fondement juridique à notre démarche, même si elle en est la clef de voûte et l'oriente. En effet, si actuellement en droit français et en droit suisse, le projet parental est celui d'un couple hétérosexuel, cet état du droit n'est pas rattaché au concept de projet parental qui traduit, au contraire, une indifférence au sexe de son ou de ses auteurs. Cette neutralité apparente de la notion de projet parental permet de considérer l'accès à la parenté et les questions reproductives en dehors de toute référence – pouvant apparaître alors comme superflue – au sexe de son ou de ses auteurs. En outre, le projet parental est indissociable de l'idée d'intention et traduit l'importance de la prise en compte de la volonté, dans l'accès aux techniques reproductives et dans l'établissement de la filiation. C'est pourquoi, nous montrerons que le projet parental, allégé du naturalisme actuellement en vigueur dans les conditions d'accès à la PMA, pourrait contribuer à lutter contre les stéréotypes de genre et à favoriser la liberté reproductive.

Dans cette optique de dénaturalisation du droit de la reproduction, le projet parental peut être utilisé comme un catalyseur et prendre appui sur d'autres fondements juridiques. Le principe d'égalité, qui est décliné spécifiquement en principe d'égalité entre les femmes et les hommes peut permettre, comme nous le démontrerons, de lutter contre les stéréotypes de genre et en particulier celui de la femme, mère par nature et de l'homme, pourvoyeur d'aliments (Chapitre I). Quant à la liberté individuelle, nous verrons qu'elle peut trouver une expression particulière en matière reproductive et servir à promouvoir au sein du corpus juridique relatif à la reproduction, l'importance de l'autonomie reproductive –qu'il s'agisse indifféremment de

favoriser la naissance d'un enfant puis d'accéder à la parenté ou au contraire, de prévenir une naissance non souhaitée (Chapitre II).

L'étude de ces deux notions montre qu'aucune n'a été pensée comme prenant en compte les femmes. Ce qui conduit à une certaine inadéquation et inadaptation de ces principes, d'égalité et de liberté, avec nos deux principaux sujets d'études, les femmes et le domaine de la reproduction. En effet, l'égalité visait à l'origine les hommes, limités aux individus de sexe masculin, entre eux alors que la liberté individuelle n'intégrait pas dans son giron la sphère privée et par conséquent les questions reproductives. Il est alors difficile d'appréhender à partir de ces notions le domaine de la reproduction et de les y intégrer ; il y a en quelque sorte une résistance intrinsèque des concepts et une faiblesse de leur reconnaissance en droit positif. Même si dans le principe d'égalité a connu depuis sa consécration en droit positif de nouvelles expressions visant à réaliser son objectif, notamment à travers le principe d'égalité entre les femmes et les hommes, il semble encore peu effectif au regard des inégalités qui persistent. Au contraire, la faiblesse de la notion de liberté reproductive en droit positif ne doit pas pour autant masquer l'effectivité de l'accès aux actes médicaux qui en permettent l'exercice.

Ces deux fondements combinés –de l'égalité entre les sexes et de la liberté reproductive– nous permettront de proposer un droit de la reproduction qui favorise autant l'égalité entre les sexes que l'autonomie reproductive des hommes que des femmes. En effet, il est important dans l'optique de lutter contre la division sexuée du travail, qui est à la base de nombre de stéréotypes de genre et d'inégalités entre les sexes, de promouvoir la légitimité des hommes dans la sphère reproductive et de permettre aux femmes d'en sortir. Ainsi, l'autonomie reproductive de toutes les personnes contribue à l'égalité entre les sexes.

Chapitre I – Le projet parental, pour lutter contre les stéréotypes de genre

Chapitre II – Le projet parental, pour redéfinir les actes médicaux reproductifs

Chapitre I – Le projet parental, pour lutter contre les stéréotypes de genre

341. Parler d'égalité entre les hommes et les femmes en matière de reproduction serait une gageure tant les différences biologiques qui existent entre les sexes sont flagrantes et servent à justifier les inégalités. Il faudrait alors distinguer différences et inégalités¹³⁸⁹, mais le critère de distinction n'est pas évident et relèverait du sens logique ou encore de la nature elle-même¹³⁹⁰. L'analyse comparée du cadre juridique relatif aux techniques reproductives en France et en Suisse montre que les références juridiques à la nature sont construites et qu'elles sont source d'inégalités entre les sexes. Loin de nier les différences d'implications biologiques qui existent entre les individus mâles et femelles lors de la reproduction, nous montrerons qu'il est toutefois possible de relativiser la part que celles-ci prennent dans les normes juridiques. La notion de projet parental permet précisément de ne pas expliciter ces différences d'implication biologique entre les femmes et les hommes dans le processus de reproduction. C'est en cela qu'elle permettrait de promouvoir l'égalité entre les sexes et de lutter contre les stéréotypes de genre. Qu'importe le sexe de l'auteur du projet parental, seule sa volonté de devenir parent compte. L'égalité est au cœur de notre société, il s'agit aussi bien d'un principe politique que d'un principe juridique. Toutefois, ce dernier est imparfait pour saisir les inégalités entre les femmes et les hommes. C'est pourquoi, il a fallu affirmer l'existence d'un principe d'égalité entre les sexes et penser à des déclinaisons de celui-ci afin de réaliser concrètement cet objectif. Après la parité et le *gendermainstreaming*, la notion de stéréotypes de genre permet d'agir de manière juridique au niveau des représentations culturelles et sociales des rôles sociaux. De la sorte, le principe d'égalité et ses expressions dérivées visant à réaliser concrètement l'égalité permettent de remettre en cause en droit de la reproduction la division sexuée du travail, qui assigne aux femmes les tâches reproductives et les hommes à la sphère productive. Pour faire évoluer les normes en matière de reproduction vers plus d'égalité entre les sexes, nous questionnerons aussi bien le principe d'égalité (Section I) que la notion de division sexuée du travail (Section II).

Section I – Les expressions de l'égalité en matière de reproduction

Section II – Pour en finir avec la division sexuée du travail

¹³⁸⁹ Voir not. en ce sens Aline CHEYNET DE BEAUPRE, « Homme et femme il les créa », *D.*, 2008, p. 1216.

¹³⁹⁰ *Ibidem* : « Certaines différences sont juridiquement considérées comme logiques ou incontournables, quand des inégalités sont discriminatoires ou injustes et, partant, doivent être combattues. Il s'agirait surtout de réorienter les efforts de "justice" poursuivis par le droit de la famille, en distinguant *inégalité* et *différence*, pour corriger la première et accepter la seconde. La différence semble naturelle, quand l'inégalité serait injuste » ; l'approche juridique de la distinction homme-femme, encore appelée différence des sexes, est « essentiellement biologique, par tradition, mais aussi peut-être parce que la reproduction est, en attendant la parthénogenèse, nécessairement sexuée ».

Section I – Les expressions de l'égalité en matière de reproduction

342. L'égalité est un idéal politique d'organisation sociale autant qu'un principe juridique. Toutefois, autant comme idéal politique que comme principe juridique, il montre rapidement ses limites lorsqu'il s'agit de considérer les inégalités entre les sexes. Les deux définitions juridiques données à l'« égalité » traduisent le caractère protéiforme de la notion d'égalité¹³⁹¹ et ses caractéristiques historiques. L'égalité peut dans un premier temps être définie comme un « principe (fixé dès 1789) d'après lequel tous les individus ont, sans distinction de personne, de race ou de naissance, de religion, de classe ou de fortune, ni aujourd'hui, de sexe, la même vocation juridique au régime, charges et droits que la loi établit »¹³⁹². Il apparaît clairement que l'égalité entre les sexes a été « oubliée » par les révolutionnaires et cela pèse par la suite sur la lutte contre les inégalités entre les sexes. C'est d'ailleurs en partie à cause de l'ineffectivité de la première définition de l'égalité qu'il est également possible de la définir comme « un idéal d'égalité effective (par exemple économique, d'instruction, etc.) que les règles et institutions tendraient progressivement à réaliser, en atténuant les inégalités de fait »¹³⁹³.

Ces définitions montrent qu'il y a eu une véritable évolution dans la manière dont l'égalité est perçue, abstraitement ou concrètement. En d'autres termes, l'égalité peut être consacrée par les textes, il s'agit d'une égalité juridique, *de jure*, alors que par ailleurs, dans les faits, l'égalité n'est pas réalisée et c'est pourquoi la recherche d'effectivité conduit à consacrer la notion d'égalité *de facto*. Ces deux conceptions, davantage complémentaires qu'antagonistes, sont exprimées par les deux définitions données à l'égalité. En particulier, nous montrerons que si l'égalité est passée du statut de principe politique fondateur à celui de principe juridique, intégrant dans son giron l'égalité entre les sexes, il apparaît que le principe d'égalité n'est pas suffisant pour réaliser son objectif politique (§I) et c'est pourquoi, d'autres expressions juridiques au principe d'égalité ont émergées (§II).

§I. Du principe politique d'égalité au principe juridique d'égalité

343. L'égalité comme principe issu de la Révolution française a un sens juridique très limité dans la mesure où elle est pensée qu'entre les hommes, de sexe masculin. L'égalité apparaît ainsi d'abord comme une égalité des droits entre des individus abstraits tandis que l'égalité des sexes ou entre les sexes est seconde, au moins d'un point de vue historique. Autrement dit, l'histoire du principe politique d'égalité (A) marque le régime du principe juridique d'égalité (B).

A. De l'égalité des droits à l'égalité des droits entre les femmes et les hommes

344. L'histoire de l'égalité recoupe celle des idées et institutions politiques et sociales et révèle l'ambiguïté de la relation entre ce principe et la position des femmes dans la société. En effet,

¹³⁹¹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10e éd., 2014, entrée « égalité », p. 388.

¹³⁹² *Ibidem*.

¹³⁹³ *Ibid.*

lorsque l'égalité a été inscrite au fronton des droits et libertés civiles par les révolutionnaires, les femmes étaient exclues de son bénéfice. Cette relégation des femmes est indirecte et invisible : elle résulte de l'éviction des femmes du statut de citoyen et n'apparaît pas explicitement du fait de l'abstraction de la formulation des droits de l'homme. Toutefois, de principe politique fondateur, l'égalité est devenue un principe juridique à valeur constitutionnelle (a) et a su par la suite intégrer le sexe comme un des critères de différenciation discriminatoire. Le principe d'égalité des droits entre les femmes et les hommes a ainsi, dans un second temps, fait l'objet d'une consécration autonome dans le préambule de la Constitution de 1946 (b).

a. L'égalité, un principe politique fondateur

345. L'égalité est à la fois un fondement politique issu de la Révolution française et un principe juridique à valeur constitutionnelle. Sa consécration à l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC)¹³⁹⁴ explique aujourd'hui une partie des critiques qui peuvent lui être adressées ainsi que sa position dans l'ordre juridique français.

En effet, les rédacteurs de la DDHC ont fortement été inspirés par les théories du contrat social, « Cet accord volontaire par lequel les hommes décident de mettre fin à leur état de nature primitif, en fondant le pouvoir politique et instituent un souverain, tout en garantissant certaines libertés »¹³⁹⁵. Ce récit des origines mythiques de la société n'est pas exempt de critiques. Pour Madame la professeure Carole Pateman, politologue et philosophe, qui a analysé la pensée libérale contractualiste au prisme du genre¹³⁹⁶, le contrat social est indissociable d'un second contrat, qu'elle appelle le contrat sexuel¹³⁹⁷. Elle définit « le pacte originel »¹³⁹⁸ comme « un contrat sexuel autant qu'un contrat social : il est sexuel au sens où il est patriarcal – dans la mesure où il établit le droit politique des hommes sur les femmes – et au sens où il instaure un accès réglé des hommes aux corps des femmes »¹³⁹⁹. Elle explique ainsi que « l'histoire du contrat social est traitée comme une description de la création de la sphère publique de la liberté civile. L'autre sphère, la sphère privée, n'est pas considérée comme pertinente d'un point de vue politique »¹⁴⁰⁰. C'est pourquoi, elle imagine la manière dont le contrat originel a été conclu¹⁴⁰¹ et son ouvrage permet ainsi de « raconter la moitié manquante de l'histoire, révéler le

¹³⁹⁴ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, Article 1er : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées sur l'utilité commune ».

¹³⁹⁵ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Diane ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, Hypercours, 1ère éd., 2013, p. 46 ; 2e éd., 2015, p. 50.

¹³⁹⁶ Maria Eleonora SANNA, « Carole PATEMAN, *Le contrat sexuel* », *Clio. Histoire, femmes et sociétés* [En ligne], 34 | 2011, mis en ligne le 31 décembre 2013, consulté le 02 septembre 2014.

¹³⁹⁷ Carole PATEMAN, *Le contrat sexuel*, La Découverte et Institut Emilie Du Châtelet, 2010, p. 18 : « Ce n'est qu'après plusieurs années de travail sur la théorie du contrat classique et sur les problèmes théoriques et pratiques connexes du consentement que j'ai pris conscience que le contrat social présupposait le contrat sexuel, et que la liberté civile présupposait le droit patriarcal ».

¹³⁹⁸ Carole PATEMAN, *op.cit.*, p. 23.

¹³⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰⁰ Carole PATEMAN, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁰¹ Carole PATEMAN, *op. cit.*, p. 151 : « les individus qui concluent le contrat sont des frères (les fils d'un même père) qui se transforment en fraternité civile en contractant ensemble. Ils sont liés les uns aux autres (comme nous le dit le

contrat sexuel et les origines de la sphère privée est nécessaire pour comprendre le patriarcat moderne »¹⁴⁰². D'autres auteurs ont également critiqué les théories libérales du contrat social dans une optique féministe. Madame Monique Wittig parle ainsi de « contrat hétérosexuel »¹⁴⁰³ ou encore de « contrat social en tant qu'hétérosexuel »¹⁴⁰⁴ et explique que, pour elle, « les deux termes de contrat social et d'hétérosexualité sont superposables, ce sont deux notions qui coïncident »¹⁴⁰⁵.

En plus des théories contractualistes qui inspirent les révolutionnaires dans la rédaction de la DDHC, l'abstraction et l'universalisme du texte contribuent également à exclure les femmes des destinataires des droits : « les droits proclamés le sont sans considération de leur effectivité concrète et sans que des garanties juridiques soient aménagées »¹⁴⁰⁶. Ainsi, l'abstraction de la formulation de la DDHC masque l'exclusion des femmes de la catégorie des citoyens. C'est d'ailleurs pourquoi, dès 1791, Madame Olympe de Gouges, révolutionnaire française, proclame une Déclaration des droits de la Femme et de la citoyenne dont l'article 1er dispose que « la femme naît libre et demeure égale à l'homme en droits ». Les droits de l'Homme sont ainsi historiquement les droits des hommes, excluant implicitement les femmes de leurs bénéficiaires. Ces critiques féministes ne concernent pas spécifiquement le principe d'égalité mais concerne l'esprit général de la DDHC et la nature prétendument universelle et effectivement abstraite des droits de l'homme et du citoyen reconnus par les révolutionnaires. L'article 1er de la DDHC demeure aujourd'hui un des principaux fondements juridiques au principe d'égalité. En effet, depuis la décision « Liberté d'association » rendue par le Conseil constitutionnel le 16 juillet 1971¹⁴⁰⁷, le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 a valeur constitutionnelle et les textes auxquels il renvoie –dont la DDHC– font partie du bloc de constitutionnalité.

346. De principe politique fondateur, le principe juridique d'égalité a acquis deux cents ans plus tard valeur constitutionnelle. Il est par ailleurs consacré par divers textes internationaux et européens, tels que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies (DUDH)¹⁴⁰⁸, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés du

récit familial du contrat social) par leur intérêt commun de défendre les lois civiles pour garantir leur liberté. Mais ils sont également liés par un lien fraternel constitué par la dimension oubliée du contrat originel. Ils ont aussi un intérêt commun *en tant qu'hommes* à défendre les termes du contrat sexuel, c'est-à-dire à s'assurer que la loi du droit sexuel masculin continue à être mise en œuvre ».

¹⁴⁰² Carole PATEMAN, *op.cit.*, p. 164.

¹⁴⁰³ Monique WITTIG, « À propos du contrat social », pp. 63-69 in *La Pensée Straight*, éd. Amsterdam, 2007, spéc. p. 64.

¹⁴⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁰⁵ Monique WITTIG, *op. cit.*, spéc. p. 66.

¹⁴⁰⁶ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Diane ROMAN, *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁰⁷ Conseil constitutionnel, décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971.

¹⁴⁰⁸ ONU, Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 1948, Article 1er : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ».

Conseil de l'Europe (CESDH)¹⁴⁰⁹ ou encore la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁴¹⁰.

De la sorte, le principe d'égalité n'est pensé, à l'origine, que par rapport à la sphère publique et concerne à ce titre uniquement les hommes. Au contraire, les femmes et la sphère privée restent en dehors du contrat social et c'est pourquoi, les questions reproductives sont initialement exclues du giron de l'égalité. Les critiques adressées au principe d'égalité, tant sur le plan politique que juridique, dans la mesure où il permet d'exclure les femmes de son bénéfice sont corroborées par l'affirmation plus tardive d'un principe d'égalité spécifique, l'égalité entre les sexes¹⁴¹¹.

b. L'inclusion de l'égalité des droits entre les femmes et les hommes au projet politique initial

347. L'égalité entre les sexes, ou entre les femmes et hommes, a été affirmée spécifiquement, après la Seconde Guerre mondiale. Les femmes se voient d'abord reconnaître le statut de citoyenne à part entière en obtenant le droit de vote par l'ordonnance du 21 avril 1944 ; puis, la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit explicitement dans son préambule que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes ». Le principe d'égalité entre les sexes fait son entrée dans l'ordre juridique français¹⁴¹², même s'il est par la suite absent de la Constitution de la Ve République. Au contraire, il apparaît au fronton de la Constitution fédérale suisse¹⁴¹³. Au niveau européen aussi, l'égalité entre les sexes devient « un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe »¹⁴¹⁴. Cette préoccupation fait écho à l'article 14 de la CESDH qui interdit les discriminations fondées notamment sur le sexe¹⁴¹⁵. Le droit de l'Union européenne renforce le dispositif normatif, en affirmant d'abord un principe

¹⁴⁰⁹ CESDH, Article 14 – Interdiction de discrimination : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

¹⁴¹⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Article 20 – Égalité en droit : « Toutes les personnes sont égales en droit ».

¹⁴¹¹ Michel LEVINET, *Droits et Libertés Fondamentaux*, PUF, Que sais-je ?, 2010, p. 54 : « III. Hommes et Femmes ; Le principe d'égalité devrait rendre inutile une telle rubrique. Mais la longue nuit de l'infériorité du statut des femmes n'est pas terminée ».

¹⁴¹² Réjane SENAC-SLAWINSKI, *La parité*, PUF, Que sais-je ?, 2008, p. 13 : « L'égalité de droit entre les sexes participe ainsi à l'instauration d'un universalisme égalitaire associé au modèle démocratique occidental d'après-guerre ».

¹⁴¹³ Constitution fédérale de la confédération suisse du 18 avril 1999, Article 8 – Égalité :

« 1 Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

2 Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

3 L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

4 La loi prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées ».

¹⁴¹⁴ CEDH, plén., Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni, 28 mai 1985, requête n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, §78.

¹⁴¹⁵ CESDH, Article 14 – Interdiction de discrimination.

d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans le domaine du travail¹⁴¹⁶. L'adoption de la Charte des droits fondamentaux est l'occasion d'affirmer un principe général d'égalité entre les hommes et les femmes : elle « doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération »¹⁴¹⁷. Des mesures de rattrapage, également appelées discrimination positive, sont également permises¹⁴¹⁸. Enfin, l'égalité entre les hommes et les femmes est affirmée comme un principe fondateur de l'Union européenne, aux articles 2 et 3 du Traité sur l'Union européenne.

348. Au niveau international, la DUDH affirme dans son préambule l'égalité entre les femmes et les hommes¹⁴¹⁹. L'article 2 de la DUDH formalise cet objectif en refusant toute distinction fondée sur le sexe dans la jouissance des droits et libertés¹⁴²⁰. Si la déclaration s'adresse à « tous les êtres humains »¹⁴²¹, elle vise spécifiquement le sexe comme un facteur de discrimination prohibé, contrairement à la DDHC dont l'abstraction et l'universalisme étaient à la source de l'exclusion des femmes. L'égalité entre les femmes et les hommes est désormais partie intégrante de la question des droits humains. En 1946, les Nations Unies ont par ailleurs fondé une Commission dédiée à la condition de la femme et dont les travaux ont débouché sur l'adoption d'une Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹⁴²². La Convention –communément appelée par l'acronyme CEDAW qui vient du nom anglais, *Convention Eliminating All Forms of Discrimination Against Women*–, a été adoptée par le Conseil des Nations Unies le 18 décembre 1979. Le texte introductif à la CEDAW explique qu'« en analysant en détail la signification de la notion d'égalité et les moyens de l'atteindre, la Convention, en plus d'être une déclaration internationale des droits des femmes, énonce aussi un programme d'action pour que les États parties garantissent l'exercice de ces droits ». Dans son préambule, les textes internationaux affirmant l'égalité entre les sexes sont cités, mais les États parties restent, quant à eux, « préoccupés toutefois de constater qu'en dépit de ces divers instruments les femmes continuent de faire l'objet d'importantes discriminations ». Il existe un important décalage entre l'affirmation du principe d'égalité entre les femmes et les hommes et la

¹⁴¹⁶ Adopté en 1957, le principe se trouve aujourd'hui à l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à savoir « 1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur ».

¹⁴¹⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 18 décembre 2000, 2000/C 364/01, Article 23, alinéa 1er.

¹⁴¹⁸ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 18 décembre 2000, 2000/C 364/01, Article 23, alinéa 2 : « le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté ».

¹⁴¹⁹ ONU, Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948, Préambule : « les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et qu'ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande ».

¹⁴²⁰ ONU, Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948, Article 2.1 : « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

¹⁴²¹ ONU, Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948, Article 1er.

¹⁴²² ONU, Treaty Series, vol. 1249, p. 13.

réalité, notamment en matière reproductive. Cela peut s'expliquer par l'histoire du principe d'égalité, qui a d'abord été consacré en France à propos des droits civils et politiques des femmes avant d'être décliné, au niveau de l'UE, en principe d'égalité sur le marché du travail. Ainsi, le principe d'égalité n'est pas pensé initialement comme intégrant la sphère privée et les questions reproductives ; au contraire, il s'agit d'intégrer les femmes dans la sphère publique, auparavant réservée aux hommes. Pendant longtemps, l'égalité entre les sexes n'a pas été pensée comme devant également intégrer les hommes dans le domaine de la reproduction et c'est d'ailleurs pour cela que la notion de projet parental est intéressante. En plus de ces aspects historiques, les limites au principe d'égalité, notamment en matière de reproduction, s'expliquent par le sens juridique donné à l'égalité.

B. Les difficultés juridiques à réaliser l'égalité entre hommes et femmes

349. Alors que les principes juridiques d'égalité et d'égalité entre les sexes sont consacrés en droit français, il apparaît difficile de réaliser concrètement leur objectif¹⁴²³. En effet, il existe des obstacles juridiques inhérents aux concepts employés. Ainsi, tant le principe d'égalité que celui d'égalité entre les sexes ne permettent pas de réaliser une égalité concrète entre les femmes et les hommes, notamment en matière reproductive, du fait de la définition des concepts et de leur mise en œuvre.

Le principe juridique d'égalité peut prendre plusieurs formes et aucune ne semble concerner spécifiquement la reproduction : il apparaît majoritairement dans des jurisprudences administrative et constitutionnelle selon que le contrôle vise l'action de l'administration ou l'œuvre du législateur, même s'il rayonne jusqu'au sein des rapports de droit privé¹⁴²⁴. Pour le juge administratif, le principe d'égalité est un principe général du droit¹⁴²⁵. Comme l'explique Monsieur Bruno Genevois, « le recours à la théorie des principes généraux du droit a permis au juge, nonobstant les incertitudes affectant la valeur juridique du Préambule, d'obliger l'administration à respecter le principe d'égalité »¹⁴²⁶. Toutefois, c'est surtout le principe

¹⁴²³ Est-ce d'ailleurs pour cela que Madame la professeure Nicole Belloubet-Frier décrit l'égalité comme « principe de philosophie politique et sociale plus que norme juridique précise » ?, cf. Nicole BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1998, p. 152.

¹⁴²⁴ Voir not. sur ce sujet Pierre MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2003, p. 18 : « Transposé au droit privé, le postulat égalitaire des constituants de 1789, ne signifie plus seulement l'égalité devant les droits et libertés accordés par l'État –ou devant leur refus en présence d'un loi qui les nierait- mais une forme d'égalité à la fois plus concrète et plus diffuse, devant les prérogatives au sens large : égalité des chances, égalité des armes, égalité de fait assurée par le droit... » ; p. 20 : « L'étude du principe d'égalité en droit privé est celle de ses multiples manifestations entre particuliers. Elle se donne pour objet l'observation de la réception en droit privé d'un principe constitutionnel « dénaturé » par sa transposition au champ des relations entre particuliers ».

¹⁴²⁵ Conseil d'État, 25 juin 1948, Société Journal l'Aurore, Lebon p. 289 ; Conseil d'État, 9 mars 1951, Société des concerts du Conservatoire, Lebon p. 151.

¹⁴²⁶ Bruno GENEVOIS, « Principes généraux du droit », octobre 2010 mise à jour en juin 2014, in Dalloz, *Répertoire de contentieux administratif*, §116.

d'égalité devant la loi, fondé sur l'article 6 de la DDHC¹⁴²⁷ qui est invoqué devant le juge administratif. Ce principe renvoie à deux des trois expressions de l'égalité¹⁴²⁸, à savoir l'égalité devant la règle de droit et l'égalité dans la règle de droit. Ainsi, le principe d'égalité de l'article 6 de la DDHC impose d'une part à ceux qui appliquent la loi de ne pas appliquer la règle de droit différemment selon les justiciables si cela n'est pas prévu par le texte. Cette lecture de l'égalité permet la fin de l'arbitraire de l'Ancien Régime et se confond avec le principe de l'égalité, tout en réalisant une égalité formelle. D'autre part, l'article 6 de la DDHC renvoie au processus d'édiction des lois et impose au législateur de ne pas commettre d'inégalités dans la rédaction des textes si celles-ci ne sont pas justifiées par une différence de situation ou l'utilité commune. Ce principe d'égalité trouve des déclinaisons particulières, à savoir égalité devant la justice ou devant l'impôt¹⁴²⁹.

350. L'application du principe d'égalité par le juge administratif ressort de l'arrêt « Société des concerts du conservatoire » de 1951¹⁴³⁰. Il appert alors du raisonnement du juge administratif que « le principe d'égalité implique que toutes les personnes se trouvant placées dans une situation identique à l'égard du service public doivent être régies par les mêmes règles »¹⁴³¹ même si « le principe d'égalité n'interdit cependant pas à l'administration de traiter différemment des personnes à la condition que la différence de traitement soit en rapport avec la différence de situation ou qu'elle tienne à des considérations d'intérêt général liées au fonctionnement même du service public »¹⁴³². Ainsi, il n'existe pas, en droit administratif, un principe d'égalité par la règle de droit qui constituerait la troisième expression du principe d'égalité et obligerait à traiter autrement des situations différentes¹⁴³³. Appliquée au domaine de la reproduction, cela peut expliquer que les hommes et les femmes puissent être traitées différemment en droit, en considération de certaines différences qui existent entre eux.

¹⁴²⁷ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1789, Article 6 : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

¹⁴²⁸ Nicole BELLOUBET-FRIER, *op. cit.* : l'auteure distingue l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi et l'égalité par la règle de droit.

¹⁴²⁹ Nicole BELLOUBET-FRIER, *op. cit.* : « Le principe d'égalité est un principe général, source de toutes les autres manifestations qui en découlent. C'est un principe-gigogne, dont les autres expressions (égalité devant la justice, devant l'impôt...) ne sont que des corollaires ».

¹⁴³⁰ Conseil d'État, Sect., 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Réc. 151, pp. 425-433 in Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLLE et Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15e éd., 2005, n°67 : selon l'arrêt rendu par le Conseil d'État, l'administration « a méconnu le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics et qui donnait à la société requérante, traitée jusqu'alors comme les autres grandes sociétés philharmoniques, vocation à être appelée ».

¹⁴³¹ Conseil d'État, Sect., 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Réc. 151, p. 425-433 in Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLLE, Bruno GENEVOIS, *op. cit.*, p. 428.

¹⁴³² Conseil d'État, Sect., 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Réc. 151, pp. 425-433 in Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLLE, Bruno GENEVOIS, *op. cit.*, p. 429.

¹⁴³³ Nicole BELLOUBET-FRIER, *op. cit.* : « La légalité par la règle de droit poste l'exigence d'une égalité établie par la loi. L'égalité par la loi oblige à traiter autrement des situations différentes ».

351. Le Conseil constitutionnel a également recours au principe d'égalité et a, dans une très large mesure, aligné sa jurisprudence sur celle, antérieure, du Conseil d'État¹⁴³⁴. Il existe en effet plusieurs sources constitutionnelles au principe d'égalité¹⁴³⁵. D'une part, il résulte de textes, à savoir les articles 1er, 6 et 13 de la DDHC, les alinéas 1er, 3, 11, 12, 16 et 18 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et les articles 1er, 2 et 3 de la Constitution du 4 octobre 1958. Pour autant, les juges de la rue de Montpensier usent principalement de quatre de ces fondements, à savoir l'égalité devant et dans la loi de l'article 6 de la DDHC, l'égalité devant l'impôt de l'article 13 de ce même texte, l'égalité devant la loi de l'article 1er de la Constitution de 1958 et l'universalité du suffrage de l'article 3 alinéa 3 de ce même texte. En outre, les sages utilisent un principe général d'égalité, « sans que soient précisément qualifiées les domaines dans lesquels cette norme à vocation à être mise en œuvre ou les motifs de dérogation interdits »¹⁴³⁶. Depuis 1996, l'égalité, dite indéterminée, consiste à juger que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »¹⁴³⁷.

352. Le droit de la non-discrimination regroupe l'ensemble des normes qui interdisent d'utiliser certains critères pour fonder des différenciations de traitement. En droit français, les discriminations expressément interdites par l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 sont celles fondées sur l'origine, la race, la religion et les croyances tandis que l'alinéa 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 rajoute à cette liste le critère du sexe. Au niveau international, la DUDH mentionne comme critères, de manière non exhaustive, la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation¹⁴³⁸. La CESDH interdit notamment les discriminations fondées « sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »¹⁴³⁹. Enfin, la Charte des

¹⁴³⁴ Voir en ce sens not. CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, La documentation française, 1998, p. 29 : « La nature constitutionnelle de ces dispositions a eu pour conséquence de faire intervenir le juge constitutionnel sur le terrain du contrôle du principe d'égalité où statuait déjà, depuis le début du siècle, le juge administratif. Une telle dualité de juridiction aurait pu donner lieu à des divergences d'appréciation. Or, celles-ci se sont révélées mineures, pour ne pas dire négligeables ».

¹⁴³⁵ Conseil Constitutionnel, décision n°73-51 DC, 27 décembre 1973, Taxation d'office, pp. 70-83 in Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 16e éd., 2011.

¹⁴³⁶ Conseil Constitutionnel, décision n°73-51 DC, 27 décembre 1973, Taxation d'office, in L. FAVOREU et Loïc PHILIP, *op. cit.*, p. 74.

¹⁴³⁷ Conseil constitutionnel, décision n°96-375 DC, 9 avril 1996 ; voir également dans le même sens : Conseil constitutionnel, décision n°2003-468 DC, 3 avril 2003 : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

¹⁴³⁸ ONU, DUDH, Article 2.

¹⁴³⁹ CESDH, Article 14.

droits fondamentaux de l'Union européenne interdit « toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle »¹⁴⁴⁰. Les corpus juridiques internationaux et européens viennent ainsi enrichir les critères prohibés de discrimination du droit français. Pour Madame la professeure Nicole Belloubet-Frier, « la non-discrimination ne constitue en effet qu'une forme d'application du principe d'égalité »¹⁴⁴¹ et en particulier, elle souligne les limites du droit de la non-discrimination, qui « porte la marque d'une égalité passive là même où c'est une égalité active qui est attendue »¹⁴⁴². En d'autres termes, le droit de la non-discrimination ne peut être suffisant pour réaliser l'égalité, et en particulier l'égalité entre les sexes dans un domaine comme la reproduction, marqué par des différences importantes entre les hommes et les femmes.

353. L'égalité entre les sexes est un principe juridique consacré et le sexe est un critère de discrimination prohibé. Toutefois, le contenu juridique que donnent les juges administratifs et constitutionnels au principe d'égalité conduit à réduire la portée de ces normes à une égalité formelle. Les limites du principe d'égalité appliqué spécifiquement aux femmes et aux hommes sont mises en avant par différents auteurs. Est-il alors seulement possible de penser l'égalité entre « deux êtres que l'on présente d'emblée dans leurs différences, un homme et une femme »¹⁴⁴³ ? La critique féministe du droit abonde dans ce sens en mettant en avant, « qu'à bien des égards, certains concepts juridiques centraux produisent des effets défavorables aux femmes »¹⁴⁴⁴ et « la critique du principe d'égalité –en particulier de l'approche formelle de l'égalité entendue comme l'égalité de tous devant la loi »¹⁴⁴⁵ est alors citée en exemple. Deux séries de critiques sont formulées : d'une part, « pour fonctionner, le principe d'égalité suppose l'existence d'un comparateur ; or, précisément, les femmes sont souvent placées dans des situations où il n'existe pas de comparateur adéquat. Cela peut être le cas pour des motifs biologiques (ainsi, les femmes pouvant seules être enceintes, il n'existe pas de comparateur qui permettrait de vérifier, dans une situation d'emploi par exemple, que la travailleuse enceinte ne fait pas l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe puisqu'on ne peut pas comparer le traitement dont elle fait l'objet avec celui dont ferait l'objet un travailleur enceint). Mais l'absence de comparateur peut aussi relever de motifs plus empiriques ; ainsi par exemple, il

¹⁴⁴⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Article 21.

¹⁴⁴¹ Nicole BELLOUBET-FRIER, *op. cit.*

¹⁴⁴² *Ibidem*.

¹⁴⁴³ Francette FINES, « Égalité entre l'homme et la femme », pp. 353-357 in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUENAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, Quadrige, 2008, spéc. p. 353 : « Mais comment penser l'égalité de deux êtres que l'on présente d'emblée dans leurs différences, un homme et une femme ? Bien évidemment, la prise en compte des différences ne doit pas conduire à désavantager l'un des sexes. Or souvent, la mise en avant de différences physiologiques, sociales ou psychologiques a servi de prétexte à la subordination, la minorisation ou même l'infériorisation des femmes ».

¹⁴⁴⁴ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Diane ROMAN, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴⁴⁵ *Ibidem*.

existe des professions qui sont de fait presque totalement féminisées –on songe par exemple aux assistantes maternelles-, de sorte qu'il est difficile d'y faire fonctionner un principe d'égalité fondé sur l'existence d'un comparateur »¹⁴⁴⁶. D'autre part, « lorsque le principe s'applique à des situations caractérisées au départ par l'inégalité entre hommes et femmes, il ne fait qu'aggraver l'inégalité »¹⁴⁴⁷ : la réforme du régime des retraites de 2010 illustre cette situation dans la mesure où une approche formelle de l'égalité ne prenait pas en compte le fait que les femmes interrompaient davantage leur carrière pour s'occuper des enfants et conduisait à ce que les femmes doivent travailler plus longtemps pour atteindre le même niveau de cotisation que les hommes. La HALDE a rendu des préconisations afin d'« éviter que la réforme ait un impact disproportionné sur les femmes qui soit constitutif d'une discrimination indirecte »¹⁴⁴⁸. Le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé sur la constitutionnalité des mesures de compensation prises par le législateur à l'occasion de l'adoption de la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites. Le nouvel article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale disposant que « les femmes assurées sociales bénéficient d'une majoration de leur durée d'assurance d'un trimestre pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant, dans des conditions fixées par décret, dans la limite de huit trimestres par enfant » a été validé par le Conseil constitutionnel alors qu'il lui était reproché de méconnaître le principe d'égalité entre les femmes et les hommes. Après avoir rappelé le contenu du principe d'égalité¹⁴⁴⁹, les juges constitutionnels posent le principe selon lequel « l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents »¹⁴⁵⁰ tout en reconnaissant toutefois « qu'il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet »¹⁴⁵¹.

354. Les critiques générales adressées au principe d'égalité sont encore plus pertinentes lorsqu'elles sont appliquées au domaine spécifique de la reproduction où les différences d'implication biologique entre les femmes et les hommes sont indéniables et parfois utilisées pour expliquer par la suite, la vocation privilégiée des femmes aux fonctions parentales. Le

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁴⁸ HALDE, Délibération n°2010-202 du 13 septembre 2010.

¹⁴⁴⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2003-483 DC, 14 août 2003, « Loi portant réforme des retraites », §23 : « Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

¹⁴⁵⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2003-483 DC, 14 août 2003, « Loi portant réforme des retraites », §24.

¹⁴⁵¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2003-483 DC, 14 août 2003, « Loi portant réforme des retraites », §25 : « Considérant, toutefois, qu'il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ; qu'en particulier, elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants ; qu'ainsi, en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes ; que les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieures de plus du tiers à celles des hommes ; qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la prévention des conséquences qu'aurait la suppression des dispositions de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale sur le niveau des pensions servies aux assurées dans les années à venir, le législateur pouvait maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître ».

principe d'égalité, tel qu'il est pensé par les juges administratifs et constitutionnels c'est-à-dire assimilé à une égalité formelle, permet d'être réservé quant aux possibilités de réaliser, à partir de ces interprétations, l'objectif d'une égalité réelle entre les hommes et les femmes, y compris en matière reproductive. C'est d'ailleurs pourquoi, le principe d'égalité a connu des expressions conceptuelles et juridiques nouvelles afin de tendre vers une égalité réelle.

§II. De l'égalité des droits à l'égalité réelle

355. Le principe juridique d'égalité ainsi que le principe de non-discrimination sont insuffisants pour réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes. C'est pourquoi, le corpus juridique a été enrichi d'autres concepts qui sont venus s'ajouter aux principes politiques et juridiques fondateurs dans le but de réaliser l'objectif affiché par le préambule de la Constitution de 1946 en matière d'égalité entre les sexes.

D'abord, les discriminations sont aujourd'hui comprises dans un sens plus large, sous l'influence du droit de l'Union européenne notamment. Ainsi, une discrimination peut aussi bien être directe qu'indirecte¹⁴⁵². La discrimination indirecte est particulièrement intéressante en ce qu'elle remet en cause des dispositions qui peuvent paraître neutre, par exemple en ce qu'elles s'adressent à l'ensemble des personnes à temps partiel alors que statistiquement, ces personnes sont majoritairement des femmes¹⁴⁵³. Le recours aux statistiques est alors un outil nécessaire pour mettre en lumière la manière dont la norme, d'apparence neutre, s'applique plus spécifiquement à une catégorie d'individus. En plus de l'emploi de la notion de discrimination indirecte, il a été jugé utile d'introduire en droit d'autres conceptions de l'égalité pour réaliser cet objectif¹⁴⁵⁴. Ces nouvelles expressions juridiques du principe d'égalité visent à réaliser

¹⁴⁵² Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, Article 1er : « constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation ou identité sexuelle, son sexe ou son lieu de résidence, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable » ; « constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

¹⁴⁵³ Voir not. en ce sens, CJUE, affaire C-300/06, 6 décembre 2007, §44 : « En conséquence, il y a lieu de répondre à la question posée que l'article 141 CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale en matière de rémunération des fonctionnaires, telle que celle en cause au principal, qui, d'une part, définit les heures supplémentaires effectuées tant par les fonctionnaires employés à temps plein que par ceux employés à temps partiel comme les heures qu'ils accomplissent au-delà de leur horaire individuel de travail, de sorte que les fonctionnaires à temps partiel sont moins bien rémunérés que les fonctionnaires à temps plein en ce qui concerne les heures qu'ils effectuent au-delà de leur horaire individuel et jusqu'à concurrence du nombre d'heures dues par un fonctionnaire à temps plein dans le cadre de son horaire, dans le cas où : parmi l'ensemble de travailleurs soumis à ladite réglementation, un pourcentage considérablement plus élevé de travailleurs féminins que masculins est affecté, et la différence de traitement n'est pas justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ».

¹⁴⁵⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, La documentation française, 1998, p. 45 : « On voit d'ailleurs se dessiner de nouvelles figures de l'égalité des chances autour des thèmes de l'équité économique et sociale, de l'égalité des territoires et de la parité entre les hommes et les femmes. Ces exemples sont choisis parmi de nombreux autres en raison de leur importance actuelle. Ils illustrent l'idée que le rétablissement de l'égalité des chances est devenu un objectif nécessaire à la préservation du principe d'égalité au centre de notre État de droit ».

concrètement l'égalité entre les femmes et les hommes (A). Plus récemment encore, la réflexion sur l'égalité semble s'enrichir d'une nouvelle notion, celle de stéréotype de genre, complétant ainsi la boîte à outils juridiques en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes (B).

A. Les nouvelles expressions juridiques visant à réaliser l'égalité

356. Des dispositifs très divers sont regroupés sous le terme générique de mesures de discrimination positive. Pour Madame Gwénaële Calvès, « en droit international comme dans les nombreux pays où elle est pratiquée, la discrimination positive est l'instrument clé d'une politique de rattrapage entre différents groupes. Elle vise à promouvoir entre eux une plus grande égalité de fait, ou, à tout le moins, à garantir aux membres des groupes désavantagés une véritable égalité des chances. Elle s'inscrit dans une logique de comblement d'un écart de développement économique et social et suppose donc, plus qu'un simple traitement différencié, l'instauration d'un véritable traitement *préférentiel*. Par définition, celui-ci a vocation à disparaître lorsque le groupe ou les groupes concernés auront surmonté leur handicap et rattrapé leur retard par rapport au reste de la société »¹⁴⁵⁵. En France, c'est la parité qui a concentré la majorité des enjeux du débat autour de l'introduction de mesures de discrimination positive¹⁴⁵⁶. En effet, le domaine de la représentation politique y a été un terrain expérimental particulièrement fécond et a permis la mobilisation d'un concept d'égalité renouvelée. Ainsi, la parité apparaît comme une discrimination positive motivée par la recherche d'une égalité réelle entre les femmes et les hommes (a). Dans la même optique, les pouvoirs publics ont été conduits à se questionner, dès l'élaboration de leurs nouveaux projets, sur les enjeux en termes de rapports sociaux de sexe. Cette démarche dite de *gender mainstreaming* a d'abord été mise en œuvre au niveau de l'Union européenne avant de faire des émules en France (b).

a. La saga juridique de la démocratie paritaire en France

357. La saga juridique autour de la question de la parité en démocratie montre la résistance des juges constitutionnels face à l'introduction de mesures visant à promouvoir la participation des femmes en politique¹⁴⁵⁷. La démocratie paritaire vise à remettre en cause concrètement l'organisation et le fonctionnement des instances politiques en France dans la mesure où ni l'ouverture du suffrage universel aux femmes en 1944 ni l'affirmation du principe d'égalité entre les sexes au fronton de la Constitution de 1946 ont permis de donner un accès satisfaisant aux

¹⁴⁵⁵ Gwénaële CALVES, *La discrimination positive*, PUF, Que sais-je ?, 3e éd., 2010, p. 7.

¹⁴⁵⁶ Voir not. en ce sens Réjane SENAC-SLAWINSKI, *La parité*, PUF, Que sais-je ?, 2008, p. 6 : « En dérogeant au principe de l'égalité des droits pour promouvoir l'égalité des chances, les lois dites sur la parité s'inscrivent dans le débat international sur le recours aux mesures de discrimination positive tout en se réappropriant l'héritage politique française de l'« universalisme républicain ».

¹⁴⁵⁷ En ce sens, voir not. Diane ROMAN et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Seul le législateur peut imposer la parité hommes-femmes dans les listes de candidats aux élections aux chambres d'agriculture », *RFDA*, 2013, p. 882 : « La saga de la parité : une course d'obstacles jurisprudentiels ».

femmes aux responsabilités politiques¹⁴⁵⁸. Les difficultés auxquelles se trouvent confrontées le concept de parité alors qu'il s'agit d'une expression renouvelée de l'égalité dans le champ traditionnel de celle-ci, le domaine politique, mettent en exergue le fait que dans d'autres domaines de la sphère privée, comme la reproduction, l'égalité est d'autant plus délicate à réaliser.

358. La parité est un terme juridique issu du droit social et désigne une « égalité en nombre », « égalité mathématique entre diverses catégories dans la composition d'un groupe, réalisée lorsque chaque catégorie y est représentée par un même nombre de personnes »¹⁴⁵⁹. En plus de ne pas être utilisé dans son sens juridique classique, le terme parité n'apparaît pas explicitement dans les textes juridiques. Il était présent dans le titre de l'Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes créé par décret en 1995¹⁴⁶⁰ mais ce dernier a été supprimé en 2013 lors de la création du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes¹⁴⁶¹. Le concept de parité fait son apparition dans le droit français à la suite de longs débats menés d'abord au-delà des frontières¹⁴⁶², puis dans les arènes politiques et juridiques françaises. En effet, les juges constitutionnels se sont opposés à l'introduction de telles mesures qu'ils s'agissent de quotas¹⁴⁶³ ou de listes tendant à assurer la parité¹⁴⁶⁴, qui n'ont pu être prises par le législateur qu'après révision de la Constitution. Ainsi, la loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juillet 1999 relative à

¹⁴⁵⁸ Réjane SENAC-SLAWINSKI, *op. cit.*, pp. 3-4 : La première assemblée nationale élue après 1946 comporte 5,6% de femmes et en 1993, après les élections législatives, la proportion de femmes élues députées est quasiment identique (5,9%).

¹⁴⁵⁹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10e éd., 2014, entrée « parité », p. 735.

¹⁴⁶⁰ Décret n° 95-1114 du 18 octobre 1995 portant création d'un Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes.

¹⁴⁶¹ Décret n° 2013-8 du 3 janvier 2013 portant création du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes.

¹⁴⁶² Voir not. Assemblée du Conseil de l'Europe, Recommandation 1269 (1995) relative à un progrès tangible des droits des femmes à partir de 1995, §3 : « L'Assemblée est convaincue que l'égalité de jure et de facto entre les femmes et les hommes est cruciale pour le fonctionnement même d'une société démocratique. La question de la démocratie paritaire est particulièrement importante dans les nouveaux États membres, où la rapidité des réformes politiques et économiques a eu parfois des incidences négatives sur la situation des femmes ».

¹⁴⁶³ Conseil constitutionnel, décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Quotas par sexe I* : En se fondant sur l'article 3 de la Constitution et l'article 6 de la DDHC, les juges de la rue de Montpensier refusent de diviser par catégories les électeurs ou personnes éligibles. Il est par ailleurs rappelé que « la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité » (cons. 7), c'est-à-dire dans les mêmes conditions aux femmes et aux hommes. La disposition qui prévoyait que « les listes de candidats ne peuvent comporter plus de 75 pour 100 de personnes du même sexe » est déclarée contraire à la Constitution. Il est par ailleurs intéressant de noter que l'inconstitutionnalité de cette disposition n'avait pas été soulevée par les députés et sénateurs qui avaient déféré la loi au Conseil constitutionnel.

¹⁴⁶⁴ Conseil constitutionnel, décision n°99-407 DC du 14 janvier 1999, *Quotas par sexe II* : À la suite de cette première censure constitutionnelle à l'égard des quotas, une seconde tentative est faite avec la loi n° 99-36 du 19 janvier 1999 relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux, dont l'article 4 vise cette fois à garantir que « chaque liste assure la parité entre candidats féminins et masculins » pour l'élection des conseillers régionaux. Le texte est à nouveau déféré au Conseil constitutionnel qui le censure « considérant que, en l'état, et pour les motifs énoncés dans la décision susvisée du 18 novembre 1982, la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont exclus ni pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ni pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l' élu, sans que puisse être opérée aucune distinction entre électeurs ou éligibles en raison de leur sexe » (cons. 12). C'est pourquoi, les dispositions sont, pour la seconde fois et en dépit d'une formulation différente, déclarées contraires à la Constitution. Cette décision reprend mot pour mot le raisonnement développé seize années auparavant et oblige le législateur à modifier la Constitution s'il veut pouvoir prendre des mesures en faveur de la parité en politique.

l'égalité entre les femmes et les hommes modifie l'article 3¹⁴⁶⁵ et 4¹⁴⁶⁶ de la Constitution « pour assurer la conciliation des principes d'indivisibilité et d'universalisme de la souveraineté nationale avec l'objectif d'un égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives »¹⁴⁶⁷. La loi du 6 juin 2000 est alors adoptée afin de favoriser la parité en politique¹⁴⁶⁸ et est jugée conforme aux nouvelles dispositions constitutionnelles¹⁴⁶⁹. Dans la continuité de cette première loi sur la parité, des mesures favorisant l'égale participation des femmes et des hommes à la vie politique sont prises successivement, pour les élections des sénateurs¹⁴⁷⁰, des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen¹⁴⁷¹, des membres de l'Assemblée de Corse¹⁴⁷², des conseillers généraux¹⁴⁷³ et des conseillers départementaux, municipaux et des délégués communautaires¹⁴⁷⁴ et pour la composition des exécutifs des communes de 3 500 habitants et plus, ainsi que dans les exécutifs régionaux¹⁴⁷⁵. En dépit de ces mesures législatives répétées, la féminisation des fonctions politiques reste contrastée¹⁴⁷⁶ : un plafond de verre demeure ainsi en réservant les postes à responsabilités aux hommes et il n'y a pas non plus de « remise en cause la répartition genrée des fonctions sociales

¹⁴⁶⁵ Constitution du 4 octobre 1958, Article 3, alinéa 5 (ancienne version) : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ».

¹⁴⁶⁶ Constitution du 4 octobre 1958, Article 4, alinéa 2 : « [Les partis et groupements politiques] contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1er dans les conditions déterminées par la loi ».

¹⁴⁶⁷ Réjane SENAC-SLAWINSKI, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁶⁸ Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives : Elle impose l'alternance stricte entre un candidat de sexe féminin et un candidat de sexe masculin sur les listes aux élections européennes et aux élections sénatoriales à la proportionnelle tandis que pour les élections municipales et régionales, l'alternance entre les femmes et les hommes s'effectue par tranche de six candidats. En outre, des sanctions financières sont prévues pour inciter les partis politiques à respecter le principe de parité dans la présentation des candidats aux élections législatives.

¹⁴⁶⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Quotas par sexe III*, considérant 8 : « les dispositions critiquées de la loi déferée fixant des règles obligatoires relatives à la présence de candidats de chaque sexe dans la composition des listes de candidats aux élections se déroulant au scrutin proportionnel entrent dans le champ des mesures que le législateur peut désormais adopter en application des dispositions nouvelles de l'article 3 de la Constitution ».

¹⁴⁷⁰ Loi n° 2000-641 du 10 juillet 2000 relative à l'élection des sénateurs, modifiée par la loi n° 2003-697 du 30 juillet 2003 portant réforme de l'élection des sénateurs.

¹⁴⁷¹ Loi n° 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques.

¹⁴⁷² Loi n° 2003-1201 du 18 décembre 2003 relative à la parité entre hommes et femmes sur les listes de candidats à l'élection des membres de l'Assemblée de Corse.

¹⁴⁷³ La loi n° 2008-175 du 26 février 2008 facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général.

¹⁴⁷⁴ Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des délégués communautaires, et modifiant le calendrier électoral.

¹⁴⁷⁵ Loi n° 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives.

¹⁴⁷⁶ Selon les chiffres de l'Observatoire de la parité, après les élections législatives de 2012, il y a 26,9% de députées (soit 155 sur 577) contre 18,5% (soit 107 sur 577) en 2007. Quant au Sénat, il est composé à 25% de femmes depuis les élections partielles de 2014 (soit 87 sénatrices sur les 348 sièges). Au niveau local, les conseillers régionaux sont composés de 48% de femmes après les élections régionales de 2010, mais uniquement 7,7% de femmes en sont présidentes alors que 45,5% en sont vice-présidentes. Les conseils généraux comportent seulement 13,9% de femmes élues et sont présidés à 5% par des femmes, après les élections cantonales de 2011. Le même phénomène du « plafond de verre » s'observe également au niveau des conseils municipaux : s'il y a 35% de conseillères municipales élues à la suite des élections municipales de 2008 et 40% à la suite de celles de 2014, moins de 14% sont maires. Ainsi, la proportion de femmes ne progresse que lorsqu'il existe de vraies mesures contraignantes et l'ambition de la parité de permettre un égal accès des femmes à la vie politique est loin d'être réalisée, voir en ce sens Réjane SENAC-SLAWINSKI, *op. cit.*, pp. 72-90.

et politiques »¹⁴⁷⁷. C'est pourquoi la création d'un statut de la personne élue pour libérer les femmes des contraintes de la sphère privée paraît pertinent¹⁴⁷⁸.

359. En dépit de ces résultats contrastés, le législateur a souhaité étendre les dispositifs paritaires à d'autres domaines dans lesquels les femmes ne parvenaient pas à accéder aux postes ayant le plus haut degré de responsabilité. Le Conseil constitutionnel s'est à nouveau montré réticent¹⁴⁷⁹ et il a fallu modifier l'article 3 de la Constitution afin d'élargir les secteurs concernés par la parité au sein des « conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, au sein des comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel, dans les listes de candidats aux conseils de prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique »¹⁴⁸⁰. Après une seconde révision constitutionnelle¹⁴⁸¹, le bénéfice des mesures paritaires est étendu aux sphères économiques et sociales¹⁴⁸², uniquement par voie législative¹⁴⁸³.

Les résistances des juges constitutionnels à l'égard de la parité montrent l'attachement du droit et de ses gardiens à une conception stricte du principe juridique d'égalité, indépendamment du fait qu'il ne permet pas de réaliser concrètement l'objectif de celle-ci. La parité est un exemple d'autant plus parlant des difficultés à réaliser l'égalité entre les sexes qu'elle intervient dans la

¹⁴⁷⁷ Réjane SENAC-SLAWINSKI, *op. cit.*, p. 97 ; voir aussi « en effet, suite aux élections municipales de 2001 et aux élections régionales de 2004, la composition des conseils municipaux et celles des conseils régionaux illustrent une division de l'espace politique à la fois verticale – les exécutifs sont faiblement féminisés, et horizontale – les femmes sont majoritairement en charge de délégation en continuité avec leurs "fonctions domestiques" (affaires sociales, petite enfance, santé, culture, affaires scolaires...), les hommes conservant les « fonctions stratégiques » (budget, développement économique, aménagement du territoire, transport...). Les logiques du recrutement paritaire (re)produisent donc à la fois la domination masculine et la division genrée des tâches. Les usages de la parité ne remettent donc en cause ni la hiérarchie masculine des positions de pouvoir ni les stéréotypes genrés... ».

¹⁴⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁷⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, « Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », spéc. §14 : « Considérant que, si aux termes du cinquième alinéa du même article 3 : " La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ", il résulte des travaux parlementaires que cet alinéa ne s'applique qu'aux élections à des mandats et fonctions politiques » ; §15-16 : si « la composition des organes dirigeants ou consultatifs des personnes morales de droit public ou privé (était) régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes », ce serait faire « prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune » et c'est pourquoi, les dispositions sont déclarées contraires à la Constitution et en particulier au principe d'égalité devant la loi.

¹⁴⁸⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, « Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », §16.

¹⁴⁸¹ La loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République a rajouté un nouvel alinéa à l'article 1er de la Constitution qui dispose depuis que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

¹⁴⁸² les mesures introduites par la loi du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle et la loi du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique peuvent être citées en exemple de ce mouvement global en faveur d'une meilleure participation des femmes aux fonctions à responsabilité.

¹⁴⁸³ Comme en témoigne l'arrêt n° 362280 rendu en assemblée par le Conseil d'État le 7 mai 2013. En effet, le juge administratif avait jugé que le Premier Ministre était incompétent pour « édicter des mesures destinées à rendre effectif un accès plus équilibré des femmes et des hommes aux organes dirigeants des chambres d'agriculture », en l'absence de dispositions législatives l'y habilitant expressément. Après cette censure du juge administratif, la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes introduit les mesures paritaires précédemment invalidées ; voir sur le sujet not. Diane ROMAN et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Seul le législateur peut imposer la parité hommes-femmes dans les listes de candidats aux élections aux chambres d'agriculture », *RFDA*, 2013, p. 882.

sphère publique où l'égalité a émergé et cela n'est pas de bon augure lorsque l'on souhaite considérer, au contraire, les questions reproductives. Toutefois, dans ce domaine, la notion de *gender mainstreaming* pourrait être pertinente. En effet, le concept peut être mis en œuvre dans l'ensemble des politiques publiques, y compris en matière de reproduction.

b. Le paritarisme ou gender mainstreaming

360. Le *gender mainstreaming* est, comme la parité, issu des instances européennes¹⁴⁸⁴. En plus de cette origine commune, une autre affiliation existe du point de vue terminologique puisque la traduction officielle en français de *gender mainstreaming* est paritarisme¹⁴⁸⁵. Pour certains auteurs, cette traduction est surprenante¹⁴⁸⁶ et révèle à la fois la faible compréhension du concept en France et son affaiblissement idéologique¹⁴⁸⁷. En effet, le terme de paritarisme est déjà utilisé en droit social et défini juridiquement comme « système, organisation impliquant des mécanismes paritaires, fonctionnant sous l'entière et seule responsabilité des "partenaires sociaux" »¹⁴⁸⁸.

Le *gender mainstreaming* « a pour ambition de faire prendre en compte la perspective de l'égalité des sexes dans l'ensemble des politiques et dispositifs publics » et est « plus communément traduit en français par « *approche intégrée de l'égalité* »¹⁴⁸⁹. Au niveau du Conseil de l'Europe, le *gender mainstreaming* « est défini comme une tentative d'intégrer les questions d'égalité entre les sexes dans le courant général de la vie sociale (*mainstream*), celui-ci étant composé des directions, des organisations et des idées qui contribuent à une prise de décision en matière, par exemple d'éducation ou de transports. L'approche intégrée consiste en effet en la (ré)organisation, l'amélioration, l'évolution et l'évaluation des processus de prise de décision, aux fins d'incorporer la perspective de l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques »¹⁴⁹⁰. « Qualifié d'acquis communautaire des années 1990 »¹⁴⁹¹, les institutions de

¹⁴⁸⁴ Geneviève FRAISSE et al., « Le *gender mainstreaming*, vrai en théorie, faux en pratique ? », *Cahiers du Genre*, 2008/1 n° 44, pp. 17-26, spéc. p. 19 : « à l'instar de la parité, le *gender mainstreaming* doit être analysé comme la cristallisation française d'une initiative européenne ».

¹⁴⁸⁵ Commission générale de terminologie et de néologie, Avis « Vocabulaire des sciences humaines », JORF n°54 du 4 mars 2006 page 3343, texte n° 113 ; définition : « action en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes ».

¹⁴⁸⁶ Réjane SENAC-SLAWINSKI, « Du *gender mainstreaming* au paritarisme : genèse d'un concept controversé », *Cahiers du Genre*, 2008/1 n° 44, pp. 27-47 ; voir aussi not., Sandrine DAUPHIN et Réjane SENAC-SLAWINSKI, « *Gender mainstreaming* : analyse des enjeux d'un 'concept-méthode' », *Cahiers du Genre*, n°44/2008, pp. 5-16, p. 12 : « l'analyse des tensions inhérentes à sa définition est nécessaire pour comprendre comment cette notion oscille entre légitimité symbolique, légitimité pratique et suspicion idéologique ».

¹⁴⁸⁷ Réjane SENAC-SLAWINSKI, *op. cit.*, p. 43 : « La traduction de *gender mainstreaming* par paritarisme dans l'avis de la Commission générale de terminologie et de néologie publiée au Journal officiel du 4 mars 2006 conforte l'hypothèse de l'oubli, voire de la négation, de la dimension internationale et européenne de cette notion. Elle ne permet pas non plus de la penser dans son articulation avec d'autres référentiels d'égalité, tels que les mesures spécifiques ».

¹⁴⁸⁸ Gérard CORNU (dir.), *op. cit.*, entrée « parité », p. 735.

¹⁴⁸⁹ Sandrine DAUPHIN et Réjane SENAC-SLAWINSKI, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁹⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport final d'activités du Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité. L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*. Guide pour l'évaluation de l'impact du genre, EG-S-MS, 1998, 2, p.13, cité par Réjane SENAC-SLAWINSKI, *op. cit.*, pp. 31-32.

l'Union européenne considèrent le *gender mainstreaming* comme le fait de « ne pas limiter les efforts de promotion de l'égalité à la mise en œuvre de mesures spécifiques en faveur des femmes, mais de mobiliser explicitement en vue de l'égalité l'ensemble des actions et politiques générales en introduisant dans leur conception de façon active et visible l'attention de leurs effets possibles sur les situations respectives des femmes et des hommes »¹⁴⁹². Les différentes définitions du *gender mainstreaming* montrent qu'il peut s'agir d'un concept permettant de réaliser l'égalité entre les sexes dans le domaine de la reproduction.

Toutefois, ce concept européen – issu des organisations internationales¹⁴⁹³ – n'a été que récemment introduit en droit français et uniquement à la marge. Ainsi, deux circulaires du 23 août 2012 mettent en exergue la volonté politique de *gender mainstreaming* du gouvernement de l'époque. Dans la même optique, le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes a été mis en place en 2013 afin de prendre en charge la « dimension transversale et interministérielle de la politique publique d'égalité entre les femmes et les hommes »¹⁴⁹⁴. Enfin, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a introduit en droit français différentes dispositions législatives qui s'intègrent dans une démarche de *gender mainstreaming*¹⁴⁹⁵. Ce véhicule législatif regroupe en outre un ensemble de mesures pour réaliser l'égalité entre les sexes. D'abord, des mesures de discrimination positive de type paritaire sont adoptées au sein des organes dirigeants de tous les établissements publics industriels et commerciaux, des chambres départementales et régionales d'agriculture, des conseils nationaux et locaux des ordres professionnels et des fédérations sportives. Certains auteurs déplorent le fait que la parité ne soit pas une véritable obligation de résultat mais uniquement un objectif ; pour eux, « au vu des mesures prises, on peut formuler l'hypothèse selon laquelle la présente loi a été placée sous le signe de l'édulcoration et du mélange des genres en matière de parité »¹⁴⁹⁶. Ensuite, des mesures variées sont prises dans des domaines, outre les lieux de pouvoir, où le caractère systémique des discriminations à l'égard des femmes

¹⁴⁹¹ Réjane SENAC-SLAWINSKI, *op. cit.*, p.30.

¹⁴⁹² Commission des communautés européennes, Communication de la commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Intégrer l'égalité des chances entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des politiques et actions communautaires*, COM (96) 67 final du 21 février 1996, cité par Réjane SENAC-SLAWINSKI, *op. cit.*, spéc. p. 33.

¹⁴⁹³ Le concept est employé pour la première fois lors de la III^e Conférence mondiale des Nations unies sur les femmes qui s'est tenue à Nairobi en 1985. Il est en particulier utilisé au sein de la Commission des Nations Unies de la Condition de la femme au sujet du rôle des femmes dans le développement. Par la suite, ce sont les organisations non gouvernementales qui promeuvent officiellement cette nouvelle approche au cours de la IV^e Conférence mondiale des Nations unies sur les femmes qui s'est déroulé à Pékin en 1995.

¹⁴⁹⁴ Décret n° 2013-8 du 3 janvier 2013 portant création du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, JORF n°0004 du 5 janvier 2013, page 407, texte n° 3 : Le Haut Conseil à l'égalité « reprend les missions de l'Observatoire de la parité, de la Commission nationale contre les violences envers les femmes ainsi que de la commission sur l'image des femmes dans les médias ».

¹⁴⁹⁵ Ainsi, l'article 1er de la loi du 4 août 2014 dispose que « l'État et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, mettent en œuvre une politique pour l'égalité entre les femmes et les hommes selon une approche intégrée. Ils veillent à l'évaluation de l'ensemble de leurs actions ».

¹⁴⁹⁶ Olivia BUI-XUAN et Charlotte GIRARD, « Dispositions visant à généraliser les mesures de "parité" », in REGINE, « Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n°2014-873 du 4 août 2014 », *D.*, 2014, p. 1895.

est reconnu : ainsi, le titre 1er de la loi est consacré à l'égalité entre les femmes et les hommes dans la vie professionnelle, le titre 2 à la lutte contre la précarité des femmes, le titre 3 aux violences conjugales. Enfin, des mesures dont la portée est davantage symbolique que juridique sont adoptées : nous pouvons citer d'une part la suppression de la mention de l'état de détresse en matière d'IVG¹⁴⁹⁷ et d'autre part, le remplacement de la notion de « bon père de famille » par l'adverbe « raisonnablement » dans l'ensemble des codes¹⁴⁹⁸. Ces mesures ne changent pas le contenu du droit positif. En effet, en matière d'IVG, si l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique dispose désormais que « la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse » à la place de « la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse », cela ne conduit pas à une réelle modification du droit. En effet, depuis 1980¹⁴⁹⁹, le Conseil d'État avait établi qu'il revenait à « la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation »¹⁵⁰⁰ de détresse, comme le confirme le Conseil constitutionnel à qui la loi du 4 août 2014 avait été défermée et qui n'y a vu aucune violation d'un principe constitutionnel¹⁵⁰¹. L'apport principal de la loi du 4 août 2014 réside dans la méthode législative innovante adoptée. En effet, comme le souligne l'exposé des motifs au projet de loi, « cette loi est ainsi toute entière tournée vers l'effectivité des droits, vers l'expérimentation et l'innovation sociale » et « elle sera la première à aborder l'égalité dans toutes ses dimensions ». L'approche transversale, reconnue dans le fait qu'il s'agit d'une loi « cadre » porte la marque du *gender mainstreaming* : les partenaires du ministère des droits des femmes ont longuement été consultés¹⁵⁰² et l'ensemble des ministères a également été mobilisé sur cette thématique. Certains auteurs regrettent que la loi, qui affiche des objectifs ambitieux, n'ait pas pris en compte d'autres questions

¹⁴⁹⁷ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, article 24.

¹⁴⁹⁸ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, article 26.

¹⁴⁹⁹ Conseil d'État, 31 octobre 1980, n°13028 : « Vu le code de la sante publique ; vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ; vu la loi du 30 décembre 1977 ; Considérant que les articles L. 162-1 à L. 162-11 introduits dans le code de la sante publique par l'article 4 de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 permettent à toute femme enceinte, qui s'estime placée par son état dans une situation de détresse et qui s'est soumise aux consultations prévues par les articles L. 162-3 à L. 162-5, d'obtenir l'interruption de la grossesse avant la fin de la dixième semaine ; que si, d'après le dernier alinéa de l'article L. 162-4, "chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et à la décision à prendre", il ressort de ce texte éclairé par les travaux préparatoires de la loi que la disposition en cause, qui présente un caractère purement facultatif, n'a ni pour objet ni pour effet de priver la femme majeure du droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse ».

¹⁵⁰⁰ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014, « Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », cons. 4.

¹⁵⁰¹ Voir not. sur cette décision, Elsa FONDIMARE, « La loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes à l'épreuve du Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 25 septembre 2014, consulté le 26 septembre 2014.

¹⁵⁰² L'exposé des motifs cite notamment les « mouvement féministe, partenaires sociaux, membres du Haut Conseil à l'Egalité entre les femmes et les hommes, membres du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle, collectivités publiques, associations professionnelles... ».

indéniablement en lien avec son objet telles que la reconnaissance des transsexuels et des transgenres ou encore la prostitution¹⁵⁰³.

Des critiques plus générales peuvent être adressées au *gender mainstreaming*. L'existence même d'un texte de loi consacré à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes laisse supposer que cet objectif n'est pas visé dans l'ensemble des autres véhicules législatifs adoptés ou pas de manière satisfaisante. De manière plus générale, « l'approche intégrée ne constitue pas véritablement une nouvelle méthode de promotion de l'égalité des sexes, puisque traditionnellement les actions de promotion de celle-ci fonctionnent dans le partenariat et la transversalité »¹⁵⁰⁴, même si « sa mise en œuvre a principalement consisté en mesures de sensibilisation afin de diffuser une culture de l'égalité »¹⁵⁰⁵.

Le concept de *gender mainstreaming* se heurte à des barrières culturelles et linguistiques même s'il tend finalement à s'insérer dans le paysage législatif français à travers une « approche intégrée de l'égalité » largement affichée depuis 2012. Ces dispositions et démarches viennent enrichir le corpus juridique, comme la parité avant elles, et contribuent à pallier l'inefficacité du principe d'égalité et du principe d'égalité entre les sexes à réaliser cette dernière. En matière de reproduction, le *gender mainstreaming* peut intervenir mais ne saurait être suffisant et c'est pourquoi il paraît intéressant de renouveler la notion d'égalité à partir de la notion de stéréotypes de genre. En effet, finalement, l'ensemble des mesures de discrimination positive, dont la parité est l'expression juridique phare en matière d'égalité entre les sexes¹⁵⁰⁶, entendent « également contrebalancer une discrimination illégale mais persistante, car inscrite au plus profond des mentalités et du fonctionnement des institutions. Il s'agit de dissoudre les préjugés, les clichés et les stéréotypes négatifs légués par un passé d'oppression »¹⁵⁰⁷.

B. Renouveler la réflexion à partir des stéréotypes de genre

361. Le concept, émergent en droit, de stéréotypes de genre permet de renouveler la réflexion sur l'égalité, notamment en matière de reproduction. Bien entendu, les stéréotypes de genre ne se substituent pas au principe d'égalité mais viennent, au contraire, enrichir la boîte à outils juridiques pour réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes. Il s'agit en quelque sorte d'une expression nouvelle visant à lutter contre le pouvoir infra-normatif du droit, c'est-à-dire la perception et les signaux envoyés par le corpus normatif à la société. Selon Monsieur le

¹⁵⁰³ Elsa FONDIMARE, « La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes » *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 28 juillet 2014, consulté le 23 septembre 2014.

¹⁵⁰⁴ Sandrine DAUPHIN, « Promotion de l'égalité des sexes en France : continuité et rupture », *Cahiers du Genre*, 2008/1 n° 44, pp. 139-164, spéc. p. 161.

¹⁵⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁰⁶ Voir not. en ce sens, Réjane SENAC-SLAWINSKI, *La parité*, PUF, Que sais-je ?, 2008, p. 6 : « au-delà de sa traduction législative et électorale, la notion de parité dénonce la naturalisation des inégalités entre les sexes en questionnant la construction sociale des rôles masculins et féminins ».

¹⁵⁰⁷ Gwénaële CALVES, *op. cit.*, p. 46.

professeur Philippe Jestaz, « les deux objectifs du pouvoir juridique »¹⁵⁰⁸ sont « promouvoir la paix sociale, dont l'absence lui ôterait toute légitimité »¹⁵⁰⁹ et « façonner la société dans le long terme »¹⁵¹⁰. C'est ce second objectif, « plus insidieux et éminemment politique »¹⁵¹¹ qui nous intéresse et en particulier dans la mesure où les stéréotypes de genre ne sont pas toujours compris comme contribuant à renforcer ces fonctions du droit. Nous chercherons d'abord à définir la notion de stéréotypes de genre (a) avant de mettre en lumière ceux qui sont présents au sein du corpus de droit de la santé (b).

a. Définir les contours et apports de cette notion émergente

362. Les stéréotypes de genre sont considérés comme un concept juridique renouvelant la réflexion sur l'égalité entre les femmes et les hommes. De nombreux universitaires s'intéressent à cette notion, aux États-Unis et en Grande-Bretagne, comme en attestent autant la publication de manuels¹⁵¹² et articles que la mise en place d'un réseau de veille juridique sur le sujet¹⁵¹³. En France, une partie de la doctrine suit ce mouvement. Ainsi, Madame la professeure Diane Roman définit les stéréotypes de genre comme « les constructions sociales et culturelles différenciant les hommes et les femmes sur la base de critères physiques, biologiques, sexuels et de fonctions sociales qui seraient propres aux hommes ou aux femmes »¹⁵¹⁴. Pour le HCEf/h qui préfère utiliser l'expression de stéréotype de sexe, il s'agit « des représentations schématiques et globalisantes sur ce que sont et ne sont pas les filles et les garçons, les femmes et les hommes » qui « légitiment les rôles de sexe en les "naturalisant" : ils font paraître comme biologiques et naturels des rôles de sexe différents et hiérarchisés, assignés aux femmes et aux hommes »¹⁵¹⁵. De manière plus générale, les stéréotypes peuvent être vus comme étant descriptifs et prescriptifs : les stéréotypes permettent de catégoriser les individus en groupe sur la base de préjugés sur les caractéristiques ou attributs possédés par des personnes ou sur les rôles qu'ils ont ou devraient avoir, du seul fait de leur appartenance à ce groupe¹⁵¹⁶. De manière plus

¹⁵⁰⁸ Philippe JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 8e éd., 2014, p. 2.

¹⁵⁰⁹ *Ibidem*.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*

¹⁵¹¹ *Ibid.*

¹⁵¹² Voir not. Rebecca J. COOK et Simone CUSACK, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010.

¹⁵¹³ <http://stereotypingandlaw.files.wordpress.com/>

¹⁵¹⁴ Diane ROMAN, « Les stéréotypes de genre : "vieilles lunes" ou nouvelles perspectives pour le droit ? », pp. 93-121 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Mathias MÖSCHEL et Diane ROMAN (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2013, spéc. pp. 94-95.

¹⁵¹⁵ HCEf/h, *Rapport relatif à la lutte contre les stéréotypes. Pour l'égalité femmes-hommes et contre les stéréotypes de sexe, conditionner les financements publics*, Rapport n°2014-10-20-STER-013 publié le 20 octobre 2014, p. 9.

¹⁵¹⁶ Rebecca J. COOK et Simone CUSACK, *op. cit.*, p. 9: "As understood in this book, a stereotype is a generalized view or preconception of attributes or characteristics possessed by, or the roles that are or should be performed by, members of a particular group (e.g., women, lesbians, adolescents). In this view, a stereotype presumes that all members of a certain social group possess particular attributes or characteristics (e.g., adolescents are irresponsible), or perform specific roles (e.g., women are caregivers). It does not matter for purposes of characterizing a generalization as a stereotype that attributes or characteristics are or are not common to individual members of that group, or whether members perform those roles or do not. The key consideration is that, because a particular group is presumed to possess those attributes or characteristics or perform those roles, an individual, simply by virtue of membership in

prescriptive, les stéréotypes, notamment de genre, servent de critères pour définir quels sont les comportements ou apparences acceptables pour les individus selon qu'ils sont des femmes ou des hommes : autrement dit, en « véhiculant une représentation figée du monde, dans laquelle hommes et femmes sont assignés à des fonctions différentes, le stéréotype de genre exprime une différence sociale parfois entérinée par la loi »¹⁵¹⁷.

363. Un des apports les plus importants de la notion de stéréotypes de genre réside en fait dans le concept de genre : il ne s'agit pas seulement de dire que les femmes sont limitées dans leur rapport au monde à cause de conceptions sur leur rôle ou leur essence mais de penser, plutôt, qu'il s'agit d'un système dans lequel les hommes et les femmes sont enfermés dans des représentations selon leur sexe. Cet aspect avait déjà été rendu possible par une conception renouvelée de l'égalité entre les sexes, qui permettait alors aux hommes de bénéficier du principe d'égalité pour élargir leur champ des possibles¹⁵¹⁸. Madame la professeure Diane Roman explique ainsi cet apport essentiel de la notion de stéréotypes de genre : « la lutte contre les stéréotypes ne postule donc pas de reconnaître aux femmes les mêmes droits que les hommes mais de mettre en place un nouveau cadre socio-culturel, dans lequel hommes et femmes auraient des droits identiques »¹⁵¹⁹. L'exposé des motifs du rapport sur l'élimination des stéréotypes de genre dans l'Union européenne s'accorde également sur ce fait : « la prévalence des stéréotypes liés au genre dans l'Union européenne, (...) limite les possibilités et les perspectives des hommes, mais plus encore des femmes »¹⁵²⁰. Ainsi, si la notion de stéréotypes de genre conduit à « renouveler l'approche jusqu'alors mise en œuvre en matière de discriminations, en considérant comme discriminatoire l'attribution de certains rôles sociaux aux hommes et aux femmes, qui a historiquement conduit à désavantager les femmes par rapport aux hommes en termes de jouissance des droits »¹⁵²¹, le concept permet d'aller au-delà en transformant les rapports entre les hommes et les femmes. « La lutte contre les stéréotypes de genre peut permettre l'émergence de nouveaux modèles sociaux, conciliant protection et liberté. Car l'objectif principal de l'action contre les stéréotypes de genre est une libération de l'individu d'un certain nombre de carcans sociaux, qui assignent hommes et femmes à des fonctions sociales différentes et généralement hiérarchisées. Parce qu'ils renvoient à un système

that group, is believed to conform to the generalized view or preconception. All the dimensions of personality that make that individual unique are consequently filtered through the lens of a generalized view or preconception of the group with which the individual is identified".

¹⁵¹⁷ Diane ROMAN, *op. cit.*, spéc. pp. 104-105.

¹⁵¹⁸ Voir not. en ce sens, Francette FINES, *op. cit.*, spéc. p. 354 : « Il pourrait paraître redondant de souligner que cette égalité doit être établie entre les hommes et les femmes. À l'origine la revendication de cette égalité visait surtout à protéger les femmes ; il est notable que, plus récemment, sous la pression en particulier du droit européen, cette égalité a conduit à condamner des dispositifs qui offraient plusieurs avantages sociaux spécifiques aux seules femmes, en excluant les hommes de leur bénéfice, alors qu'aucun élément ne permettait de différencier la situation des personnes de sexe masculin ».

¹⁵¹⁹ Diane ROMAN, *op. cit.*, spéc. p. 119.

¹⁵²⁰ Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 12 mars 2013 sur l'élimination des stéréotypes liés au genre dans l'Union (2012/2116(INI)).

¹⁵²¹ Elsa FONDIMARE, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, mis en ligne le 01 juin 2014, consulté le 20 août 2014.

de valeurs, de représentations et de constructions sociales, les stéréotypes de genre interfèrent avec les principes de liberté (autonomie individuelle) et de diversité (pluralisme culturel) en diminuant les perspectives de développement personnel¹⁵²². En ce sens, l'action contre les stéréotypes de genre dépasse le cadre de la seule égalité / non-discrimination ; bien plus, elle s'inscrit dans un projet autonomiste reconnaissant aux personnes la faculté de faire des choix individuels, sans qu'une norme (qu'elle soit culturelle, sociale ou juridique) ne leur réduise *a priori* le champ des possibles »¹⁵²³.

364. La notion de stéréotypes de genre permet ainsi d'aller dans deux directions, à savoir de lutter contre les discriminations en obtenant l'ouverture de droit par les juridictions et de lutter contre la hiérarchie entre les hommes et les femmes dans les rapports sociaux. Si ces deux directions seront abordées dans notre travail de thèse, nous souhaitons plus particulièrement explorer la seconde voie en ce qui concerne le domaine de la reproduction. Nous n'aborderons pas de côté certaines questions en rapport avec les stéréotypes de genre et le droit de la santé, comme celle des personnes trans' et intersexes qui interrogent justement les catégories des hommes et des femmes.

b. Les stéréotypes de genre en droit de la santé

365. Maintenant que la notion de stéréotypes de genre a été définie, nous allons chercher à mettre en lumière quelques-uns des stéréotypes de genre qui sont présents au sein du corpus du droit de la santé¹⁵²⁴, de la même manière que nous avons déjà mis en exergue ceux présents en droit de la filiation¹⁵²⁵. L'abstraction propre aux normes juridiques nous pousse à rechercher les stéréotypes de genre en particulier lorsque le sexe des destinataires des normes est mentionné et cela n'est apparent que lorsqu'il s'agit de femmes. Toutefois, nous prenons aussi en compte la manière dont des normes d'apparence neutre peuvent *in fine* s'appliquer uniquement ou majoritairement aux femmes ou de manière différenciée.

366. Un des stéréotypes présents en droit de la santé concerne la vulnérabilité supposée des femmes et le besoin de protection qui en découle. Ainsi, les femmes apparaissent comme les destinataires de normes spécifiques en matière de recherches biomédicales¹⁵²⁶ ou encore lorsque sont envisagées certaines campagnes de prévention et d'information sur la consommation d'alcool¹⁵²⁷. Concernant les recherches biomédicales, un régime particulier, plus contraignant, est mis en place pour « les femmes enceintes, les parturientes et les mères qui

¹⁵²² Voir not en ce sens Rebecca COOK et Simone CUSACK, *op. cit.*, p. 20 : "Gender stereotyping is not necessarily problematic. It becomes problematic when it operates to ignore individuals' characteristics, abilities, needs, wishes, and circumstances in ways that deny individuals their human rights and fundamental freedoms and when it creates gender hierarchies".

¹⁵²³ Diane ROMAN, *op. cit.*, spéc. p. 118.

¹⁵²⁴ Voir not. sur ce sujet, Marie MESNIL, « Des inégalités de santé liées au genre en partie fondées sur des stéréotypes de genre en droit de la santé », *Les Tribunes de la santé*, 3/2014, n° 44, pp. 35-42.

¹⁵²⁵ Voir §§. 280 à 281 et aussi §§. 595 à 606 et 615.

¹⁵²⁶ Article L. 1121-5 du Code de la santé publique.

¹⁵²⁷ Article L. 3311-3 alinéa 2 et article L. 3322-2 dernier alinéa du Code de la santé publique.

allaitent »¹⁵²⁸. Ces dernières « ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches biomédicales »¹⁵²⁹ que dans deux hypothèses : il faut que le « bénéfice escompté pour elles-mêmes ou pour l'enfant »¹⁵³⁰ soit « de nature à justifier le risque prévisible encouru »¹⁵³¹ ou alors que « ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres femmes se trouvant dans la même situation ou pour leur enfant et à la condition que des recherches d'une efficacité comparable ne puissent être effectuées sur une autre catégorie de la population »¹⁵³². Aujourd'hui, les recherches sont d'abord menées sur des animaux mâles puis sur des hommes exclusivement privant les femmes des bénéfices de tels essais¹⁵³³. Il est difficile de dire si cela résulte des conditions plus restrictives qui existent pour les femmes que pour les hommes ou de biais dans les pratiques des chercheurs. La perception des femmes comme des mères en puissance et l'assimilation du masculin à l'universel sont toutefois deux facteurs d'explication à cette exclusion préjudiciable aux femmes. C'est pourquoi, des scientifiques appellent de leurs vœux des mesures volontaristes pour imposer la participation d'animaux femelles et de personnes de sexe féminins aux essais¹⁵³⁴.

367. L'autre exemple concerne les campagnes d'information pour la prévention de l'alcoolisme : elles doivent « porter sur la prévention du syndrome d'alcoolisation fœtale et inciter en particulier les femmes enceintes à ne pas consommer d'alcool »¹⁵³⁵. Les femmes ne sont alors envisagées que dans leur statut de mère et l'incitation à une absence de consommation d'alcool vise à protéger davantage la santé de leur enfant que la leur. Plusieurs constats peuvent être faits à partir de ces deux exemples : les femmes sont principalement envisagées dans leur fonction reproductive et sont l'objet de mesures de protection, de type paternaliste¹⁵³⁶. Par ailleurs, ces mesures ne contribuent pas à une meilleure protection de la santé des femmes et peuvent même produire des effets inverses.

368. Des normes d'apparence générale conduisent à des conséquences spécifiques lorsqu'elles sont destinées aux femmes, soit par refus d'application d'un régime soit parce que, au contraire, le régime est appliqué sans prise en compte de certaines spécificités. Pour illustrer le refus d'application, il est possible de prendre l'exemple de la non-indemnisation selon les dispositions générales de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique de l'accouchement par voie

¹⁵²⁸ Article L. 1121-5 du Code de la santé publique.

¹⁵²⁹ *Ibidem*.

¹⁵³⁰ *Ibid.*

¹⁵³¹ *Ibid.*

¹⁵³² *Ibid.*

¹⁵³³ Voir not. le dossier « Médicaments. Ils soignent mieux les hommes que les femmes », in *Sciences et Vie*, 21 juillet 2014, n°1163, p. 48. Cette problématique est internationale. Voir not. Françoise BAYLIS, "Pregnant women deserve better", *Nature*, 10 juin 2010, 465, pp. 689-690.

¹⁵³⁴ Janine A. CLAYTON et Francis S. COLLINS, "Policy: NIH to balance sex in cell and animal studies", *Nature*, 15 mai 2014, 509, pp. 282- 283.

¹⁵³⁵ Article L. 3311-3 du Code de la santé publique.

¹⁵³⁶ Carole PATEMAN, *op. cit.*, p. 136 : « usage actuel du terme « paternalisme » dans les discussions portant sur les interdictions que l'État peut légitimement imposer à des activités consensuelles entre citoyens ».

basse¹⁵³⁷ –qualifié d’acte naturel et non d’acte médical¹⁵³⁸. La question des points de vente des tests d’ovulation et de grossesse illustre, quant à elle, la manière dont un régime juridique peut englober une problématique sans tenir compte de certaines spécificités. Ces tests sont en effet qualifiés de tests « médicaux de diagnostic *in vitro* destinés à être utilisés par le public » et relevaient du monopole pharmaceutique¹⁵³⁹ jusqu’à l’adoption de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation¹⁵⁴⁰. Si des raisons en termes de concurrence, notamment sous l’impulsion du droit de l’Union européenne, ont pu être avancées¹⁵⁴¹ pour justifier cette réforme, il est certain que cette libéralisation de la vente des tests d’ovulation et de grossesse en dehors des officines permet de faciliter l’accès pour les femmes et les hommes dans la mesure où ils sont désormais aussi vendus en grandes surfaces¹⁵⁴².

369. À travers ces quelques exemples, dont la liste est loin d’être exhaustive, il apparaît de manière évidente que le droit de la santé –comme le droit de la filiation– véhicule des stéréotypes de genre. Ces dispositions ne présentent toutefois aucun caractère discriminatoire, notamment au sens du Code pénal¹⁵⁴³ et ne remettent pas directement en cause le principe juridique d’égalité puisque les femmes seules sont concernées, ni même l’égalité d’accès aux soins inscrit au fronton du Code de la santé publique¹⁵⁴⁴. Dans ce contexte, l’analyse en termes de stéréotypes de genre semble particulièrement pertinente pour mettre en lumière et déconstruire les représentations des rôles sociaux entre les femmes et les hommes, et en particulier, le fait que les femmes n’apparaissent implicitement ou explicitement en droit de la santé qu’en rapport avec les questions reproductives. Cette utilisation, limitée à la reproduction, des normes sexo-spécifiques, qui contraste grandement avec l’universalité et l’abstraction des autres dispositions du Code de la santé publique, alimente un type particulier de stéréotypes de genre, à savoir celui des femmes qui seraient mères par essence.

¹⁵³⁷ Voir not. § 406.

¹⁵³⁸ Sabine GIBERT, « Les frontières de l’indemnisation du risque sanitaire par la solidarité nationale », *RDSS*, 2010, p. 29 : « il s’agit d’apprécier l’imputabilité directe des dommages à une manœuvre obstétricale déterminée et non simplement à l’acte naturel d’accouchement » ou encore « « l’acte d’accouchement comporte des risques qui lui sont inhérents, pour la mère comme pour l’enfant ».

¹⁵³⁹ Voir not. en ce sens Crim. 19 déc. 1989, *Aff. Saclier*, *aff. Roge*, *aff. Dubois*, *Doc. pharm. jur.* n° 2960.

¹⁵⁴⁰ Article L. 4211-1 du Code de la santé publique modifié par l’article 38 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et en particulier : « 8° - La vente au détail et toute dispensation de dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* destinés à être utilisés par le public, à l’exception des tests destinés au diagnostic de la grossesse ainsi que des tests d’ovulation ».

¹⁵⁴¹ Projet de loi Consommation, Sénat, 1ère lecture, Amendement n°611 rect. bis présenté par Mme Schillinger, 11 septembre 2013, http://www.senat.fr/amendements/2012-2013/810/Amdt_611.html

¹⁵⁴² Sur les tergiversations autour de la qualification des tests de grossesse, notamment durant les années 1980, voir Éric FOUASSIER et Georges VIALA, « Test de grossesse et monopole pharmaceutique : du droit de la santé au monopole constitutionnel », *D.*, 2003, p. 81.

¹⁵⁴³ Article 255-1 Alinéa 1er du Code pénal.

¹⁵⁴⁴ En effet, alors que l’article L. 1110-1 du Code de la santé publique tend à « garantir l’égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé », l’article L. 1110-3 dispose qu’« aucune personne ne peut faire l’objet de discriminations dans l’accès à la prévention ou aux soins ».

370. Tant que l'égalité reste un idéal politique cantonné à la sphère publique et que le principe d'égalité juridique s'accommode d'une égalité formelle, il apparaît que la notion est insuffisante pour prendre en compte les différences de traitement injustifiées entre les hommes et les femmes en matière de reproduction. Les nouvelles formes d'expressions juridiques du principe d'égalité qui visent à réaliser concrètement l'objectif de celui-ci en luttant contre les inégalités et les stéréotypes de genre, sont nettement plus fécondes et peuvent être utilisées pour promouvoir l'égalité entre les sexes en matière de reproduction. La notion de stéréotype de genre, qui correspond à une vision transformative de l'égalité, permet de remettre en cause la division sexuée du travail.

Section II – Pour en finir avec la division sexuée du travail

371. La division sexuée du travail est le principal stéréotype présent en matière de reproduction et trouve des expressions diverses au sein du corpus juridique correspondant. Ce concept décrit et analyse les rapports de pouvoirs entre les femmes et les hommes au sein de la société : en particulier, il met en exergue le fait qu'historiquement l'espace privé est le domaine réservé aux femmes et qu'elles y assurent les tâches reproductives tandis que les hommes exercent les responsabilités productives au sein de la sphère publique. La définition même du concept explique la prégnance des stéréotypes de genre dans le corpus juridique relatif à la reproduction : l'assignation des femmes aux tâches reproductives s'exprime en effet jusque dans les dispositions juridiques.

Le concept de division sexuée du travail est particulièrement intéressant en ce qu'il permet à la fois de décrire l'organisation sociale basée sur la différence des sexes et de critiquer cette dernière dans la mesure où elle est source d'inégalités entre les sexes. Pour remettre en cause la division sexuée du travail et ses expressions au sein du corpus relatif à la reproduction (§I), il paraît opportun de baser notre recherche sur les notions de stéréotypes de genre et d'égalité transformative (§II).

§I. La théorie de la division sexuée du travail

372. Ce travail de thèse part du constat selon lequel le corpus du droit de la reproduction participe pleinement à la division sexuée du travail en véhiculant des stéréotypes de genre. La construction juridique des objets « contraception », « stérilisation » et « IVG » autant que les pratiques des professionnels et les comportements des personnes contribuent à perpétuer et renforcer l'assignation des femmes aux tâches reproductives et contraceptives en particulier. Il ne s'agit pas de dénier aux femmes la plus grande liberté dont elles devraient jouir dans le domaine mais de prolonger ces acquis initiaux en permettant de les libérer en partie des questions contraceptives notamment et d'étendre aux hommes le bénéfice de cette liberté. Les techniques reproductives, autour de la notion neutre de projet parental, apparaissent davantage

construites dans une perspective inclusive des hommes et des femmes dans la mesure où le droit y est pensé pour un couple. D'autres dispositions invitent également à inclure le partenaire, que cela soit en matière de suivi de la grossesse¹⁵⁴⁵ ou d'IVG¹⁵⁴⁶, lorsque cela est respectivement nécessaire ou possible. Notre démarche vise alors à remettre en cause, en droit, le schéma qui rend la femme en charge de l'ensemble des questions reproductives, y compris lorsqu'elles pourraient être partagées. Cette représentation est en effet préjudiciable aux femmes et il apparaît au regard des objectifs et dispositions de la loi du 4 août 2014 que la lutte contre les stéréotypes est une préoccupation des pouvoirs publics.

Dans cette optique, il nous semble alors que la théorie de la division sexuée du travail permettrait autant de décrire que de déconstruire cette assignation juridique –parfois insidieuse mais toujours présente– des femmes aux tâches reproductives. Après avoir défini la notion de division sexuée du travail et montré qu'elle est à la base de l'organisation sociale (A) et encore présente aujourd'hui dans l'ensemble des relations sociales (B).

A. Une définition descriptive et critique de l'organisation sociale

373. « La division sociale du travail entre les sexes, nommée, de façon plus concise : division sexuelle du travail »¹⁵⁴⁷ ou encore division sexuée du travail¹⁵⁴⁸ « désigne initialement l'assignation prioritaire des hommes au travail productif, et des femmes au travail reproductif. À la séparation entre les travaux des hommes et des femmes s'ajoute un principe hiérarchique : les travaux des hommes "valent" plus, sont mieux reconnus, socialement et économiquement, que ceux des femmes. Cette dimension de rapport de pouvoir conduit le féminisme matérialiste à théoriser la division sexuée du travail comme un nœud essentiel de l'oppression des femmes »¹⁵⁴⁹. Rappelons que pour Madame Christine Delphy, le patriarcat peut lui-même être défini par « ce système de subordination des femmes aux hommes dans les sociétés industrielles contemporaines »¹⁵⁵⁰.

374. La séparation de la société en deux sphères distinctes est un constat ancien, effectué notamment par les anthropologues : « dans toutes les sociétés connues, il existe des tâches réservées aux hommes et d'autres réservées aux femmes. Bien que l'assignation d'une tâche à l'un ou l'autre sexe varie selon les sociétés, cette division sexuée suit généralement la distinction entre travail productif (masculin) et travail reproductif (féminin) »¹⁵⁵¹. En philosophie

¹⁵⁴⁵ Article L. 2122-3 du Code de la santé publique.

¹⁵⁴⁶ Article L. 2212-4 alinéa 4 du Code de la santé publique.

¹⁵⁴⁷ Danièle KERGOAT, *op. cit.*, spéc. p. 35.

¹⁵⁴⁸ Nous souscrivons au choix de vocabulaire réalisé par les auteurs du Manuel d'introduction aux *Gender Studies*, cf. Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *op. cit.*, p. 113 : « Nous utilisons ici « division sexuelle du travail » plutôt que l'expression plus usitée de « division sexuelle du travail » car « sexuelle » tend à renvoyer à la sexualité, alors que « sexué » renvoie plus nettement à la différence des sexes ».

¹⁵⁴⁹ Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *op. cit.*, p. 114.

¹⁵⁵⁰ Christine DELPHY, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁵¹ Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *op. cit.*, p. 113.

politique¹⁵⁵², Madame Carole Pateman a montré que l'instauration d'un contrat social avait nécessairement un corollaire, le contrat sexuel et cet acte fondateur a conduit (ou reconduit) à ce que « la société civile patriarcale (soit) divisée en deux sphères »¹⁵⁵³, même si « l'attention ne porte que sur l'une de ces sphères. L'histoire du contrat social est traitée comme une description de la création de la sphère publique de la liberté civile. L'autre sphère, la sphère privée, n'est pas considérée comme pertinente d'un point de vue politique »¹⁵⁵⁴. Cette absence d'importance de la sphère privée conduit à rendre les tâches réalisées par les femmes, en son sein, insignifiantes. C'est à partir de ce constat, de non-reconnaissance et de dévalorisation du travail domestique, que les féministes matérialistes ont fondé leur théorie de l'oppression des femmes. En effet, le travail domestique a longtemps été simplement invisible alors qu'au contraire, il permet de faire rentrer les femmes dans une histoire bien plus longue¹⁵⁵⁵.

375. D'une part, la division sexuée du travail fait peser sur les femmes la majorité des activités de soins¹⁵⁵⁶. Parmi les activités domestiques, les hommes passent plus de temps à réaliser des travaux de jardinage et le bricolage tandis que les femmes assurent majoritairement les activités de ménage, cuisine, linge et de soins aux enfants et aux personnes âgées¹⁵⁵⁷. Si les femmes font moins le ménage qu'auparavant, les hommes n'assurent pas, quant à eux, davantage ces tâches, même s'ils accordent davantage de temps aux enfants au dépend des activités de semi-loisirs comme le bricolage¹⁵⁵⁸. En outre, au sein de la sphère professionnelle, les femmes n'accèdent pas à tous les métiers¹⁵⁵⁹ et la division sexuée du travail tend à se perpétuer, ce qui fait dire à Madame Margaret Maruani qu'il y a un *apartheid* sexuel¹⁵⁶⁰. De manière significative, les femmes sont majoritairement présentes dans le secteur tertiaire et exercent en particulier dans les secteurs, déjà anciennement féminisés, de l'éducation, de la santé et du social¹⁵⁶¹. Il s'agit d'une ségrégation horizontale : les femmes exercent prioritairement des métiers dit du *care*, c'est-à-

¹⁵⁵² Voir en ce sens, Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *op. cit.*, p. 11 : « En philosophie politique, les perspectives de genre permettent de repenser l'un des piliers de la démocratie moderne, la séparation entre sphère privée et sphère publique : cette dichotomie présentée comme neutre s'adosse en effet à une séparation hiérarchisée entre femmes et hommes, entre féminin et masculin. ».

¹⁵⁵³ Carole PATEMAN, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵⁵ Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *op. cit.*, p. 109 : « la prise en considération du travail domestique permet d'apprécier l'ancienneté de la contribution des femmes à l'activité économique, tout en saisissant les ressorts de l'occultation de cette contribution. Pour les sociologues, l'analyse de cette division sexuée du travail constitue une clé essentielle d'élucidation des inégalités de genre dans la sphère professionnelle ».

¹⁵⁵⁶ A. CHADEAU et A. FOUQUET, « Peut-on mesurer le travail domestique ? », *Economie et statistique*, 136, 1981 cité par Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *op. cit.*, p. 112 : Au sein de la sphère privée, les femmes assuraient en 1974 quarante heures de travail domestique par semaine, c'est-à-dire toute activité réalisée gratuitement au domicile alors qu'elle existe sur le marché ; comp. INSEE PREMIERE, « Depuis 11 ans, moins de tâches ménagères, plus d'Internet. », n° 1377, novembre 2011 : L'enquête emploi du temps de l'Insee pour l'année 2009-2010 montre que les femmes consacrent chaque jour 3h52 au temps domestique contre 2h24 pour les hommes.

¹⁵⁵⁷ INSEE PREMIERE, « Depuis 11 ans, moins de tâches ménagères, plus d'Internet », n° 1377, novembre 2011.

¹⁵⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁵⁹ Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *op. cit.*, p. 110 : « L'emprise de la division sexuée du travail se fait sentir, d'autre part, sur les modalités concrètes du travail des unes et des autres : femmes et hommes n'occupent tendanciellement pas les mêmes métiers, et lorsqu'ils le font, leurs expériences sont différenciées et leurs chances de promotion professionnelle inégales ».

¹⁵⁶⁰ Margaret MARUANI, « Le travail inflexible », *Pour*, n°108, Privat, 1987, 3.

¹⁵⁶¹ Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *op. cit.*, pp. 129-130.

dire relatifs aux soins¹⁵⁶². Une des principales spécificités « du travail de "care" est d'être encastré dans le relationnel, que ce soit dans ou hors de la famille »¹⁵⁶³. Par exemple, les femmes représentent 76% des effectifs dans le domaine de l'action sociale –hébergement social et médico-social, les services d'aides à domicile et d'accompagnement– et le revenu salarial moyen y est assez faible (12 400 euros en 2010, soit un salaire horaire moyen inférieur à 10 euros)¹⁵⁶⁴. Pour une partie de la doctrine, cela montre « particulièrement bien comment l'accès des femmes au marché du travail peut induire un déplacement, plutôt qu'une véritable remise en question de la division sexuée du travail. En effet, parce que ces métiers sont perçus comme s'inscrivant dans la continuité du rôle et des valeurs associées aux femmes dans la sphère privé (maternage, soin, souci d'autrui), leur qualification est peu reconnue et leur professionnalisation limitée »¹⁵⁶⁵. Il s'agit d'une véritable déqualification des métiers féminisés¹⁵⁶⁶.

D'autre part, en plus de ces modalités d'exercice d'emploi différentes, les femmes n'ont pas les mêmes modalités d'accès à l'emploi que les hommes. Les mères sont plus nombreuses à ne pas avoir de profession pour s'occuper des enfants, elles sont également plus souvent à temps partiel et souffrent davantage du chômage que les hommes. Ces différences s'expliquent « par la prise en considération non seulement des contraintes objectives qui pèsent sur les femmes du fait de leur assignation au travail domestique, mais aussi des représentations dominantes de la place "normale" des hommes et des femmes dans l'emploi qui découle de cette division sexuée du travail (l'activité féminine étant jugée secondaire par rapport à celle du principal "soutien de famille" masculin, selon un modèle de *male breadwinner*) »¹⁵⁶⁷. La moindre valorisation du travail des femmes apparaît de manière criante à travers les écarts de salaire constatés entre les hommes et les femmes à poste équivalent. En 2010, les femmes gagnent dans le secteur privé 28% de moins que les hommes et dans le secteur public, 18%¹⁵⁶⁸.

376. Enfin, « la division sexuée du travail a par ailleurs des implications générales pour la citoyenneté sociale des femmes »¹⁵⁶⁹.

B. Quelques implications actuelles de la division sexuée du travail

377. Les droits sociaux sont souvent adossés à l'emploi et sont de ce fait plus précaires pour les femmes, qui sont exclues du marché du travail et qui n'en jouissent qu'en qualité d'ayant droit.

¹⁵⁶² Marie-Thérèse LETABLIER, « Le travail centré sur autrui et sa conceptualisation en Europe », *Travail, genre et sociétés*, n°6, 2001, p. 21 : « Le "care" désigne l'action d'aider un enfant ou une personne adulte ou âgée dépendante pour le déroulement et le bien-être de sa vie quotidienne. Il englobe aussi bien la prise en charge matérielle (le travail), économique (le coût) et psychologique (l'affectif, les émotions, les sentiments) ».

¹⁵⁶³ *Ibidem*.

¹⁵⁶⁴ Thomas MORIN et Nathan REMILA, « Le revenu salarial des femmes reste inférieur à celui des hommes », *Insee Première*, n° 1436, mars 2013.

¹⁵⁶⁵ Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *op. cit.*, p. 131.

¹⁵⁶⁶ Danièle KERGOAT, « Ouvriers = ouvrières ? », *Critiques de l'économie politique*, nouvelle série n°5, 1978.

¹⁵⁶⁷ Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁵⁶⁸ Thomas MORIN et Nathan REMILA, *op. cit.*

¹⁵⁶⁹ Laure BERENI, Sébastien CHAUVIN, Alexandre JAUNAIT et Anne REVILLARD, *op. cit.*, pp. 116-117.

La France fait partie de ces « pays où l'idéologie familialiste reste prégnante »¹⁵⁷⁰, et dans lesquels « l'unité est la famille »¹⁵⁷¹. L'organisation du système de protection sociale répond en effet à l'idéal-type familiariste théorisé par Madame Diane Sainsbury¹⁵⁷² : « cette conception fondée sur la différenciation des sexes fait valoir la complémentarité des membres du ménage et le principe d'entretien du chef de famille. Le droit aux prestations est associé au statut de travailleur du chef de famille qui en est le bénéficiaire. L'unité de prestations est le ménage ou la famille, de même que l'unité de cotisation ou l'unité d'imposition. Le système fiscal repose sur l'imposition conjointe, avec déductions pour charges de famille. Le travail de soins est accompli dans la sphère privée et il n'est pas rémunéré »¹⁵⁷³. Elle oppose au contraire l'idéal-type individualisé où « chaque conjoint contribue aux ressources collectives sur une base égalitaire »¹⁵⁷⁴. Elle explique ainsi que, dans le cas français, « la division du travail entre femmes et hommes structure les pratiques quotidiennes. Elle est inscrite dans le droit de la famille, dans les lois sur le travail, dans le système fiscal et dans la législation sociale. Les femmes sont d'abord épouses et mères, ce qui les place dans une situation de dépendance vis-à-vis du chef de famille. La frontière entre sphère publique et sphère privée est clairement tracée »¹⁵⁷⁵. La classification des régimes de soutien de famille de Madame Jane Lewis place la France dans le modèle du soutien de famille modéré dans la mesure où l'État a « promu le rôle des femmes en tant qu'elles sont à la fois épouses, mères et travailleuses, ainsi que l'exprime la politique de protection de l'État à leur égard depuis la fin du XIXe siècle »¹⁵⁷⁶.

378. De manière significative, le montant des retraites des femmes met en lumière le caractère structurel de l'inégalité du système à l'égard des femmes et révèle la manière dont l'organisation sociale contribue à la précarité des femmes¹⁵⁷⁷. Si l'écart tend à se réduire du fait d'une plus grande durée validée par les femmes, directement ou par le biais des droits familiaux, « les écarts salariaux continueront de poser problème »¹⁵⁷⁸. En effet, aujourd'hui les femmes compensent leur plus faible retraite grâce à leur conjoint ou du fait de leur veuvage, grâce à la

¹⁵⁷⁰ Marie-Thérèse LETABLIER, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁷¹ *Ibidem*.

¹⁵⁷² *Ibid.* citant les travaux de Diane Sainsbury et en particulier, Diane SAINSBURY, *Gendering Welfare States*, London, Sage, 1994 ; *Gender, Equality and Welfare States*, Cambridge University Press, 1996 ; *Gender and Welfare States Regimes*, Oxford University Press, 1999 ; « Le genre et la construction des États-providence en Norvège et en Suède », in *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du nord et en France*, vol. IV, Paris : Rencontres et Recherches de la MIRE, 1999, pp. 161-178.

¹⁵⁷³ *Ibid.*

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ Marie-Thérèse LETABLIER, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁷⁶ *Ibidem* citant spéc. Jane LEWIS, « Gender and the Development of Welfare Regimes », *Journal of European Social Policy*, vol.2 (3), 1992, pp. 159-73 et *Women and Social Policies in Europe. Work, Family and the State*, London, Edward Elgar, 1993.

¹⁵⁷⁷ Carole BONNET et Jean-Michel HOURRIEZ, « Inégalités entre hommes et femmes au moment de la retraite en France », *Femmes et hommes. Regards sur la parité*, Insee Références, édition 2012, p. 39 : Concrètement, la pension de droit propre des femmes ne représente actuellement en France que 38% de celle des hommes et si l'on prend en compte les pensions de réversion perçues par les veuves et veufs, alors « la pension totale des femmes représente 64 % de celle des hommes ».

¹⁵⁷⁸ *Ibidem*.

pension de réversion dont elles bénéficient. « Cependant, à l'avenir, le rôle protecteur des pensions de réversion et de la vie en couple va s'affaiblir avec la fragilisation des parcours matrimoniaux et conjugaux »¹⁵⁷⁹. Au final, « l'acquisition de droits individuels à la retraite a toujours été et devrait demeurer plus difficile pour les femmes, compte tenu de leur moindre présence sur le marché du travail et de leurs salaires plus faibles, ce qui est lié entre autres à leur rôle encore dominant dans les tâches domestiques et les soins aux enfants »¹⁵⁸⁰.

379. En matière de fiscalité, le quotient familial est parfois dénoncé comme vecteur d'une vision archaïque de la famille. Dans un ouvrage dont l'ambition est de remettre entièrement à plat le système d'imposition actuel à la veille des élections présidentielles de 2012, il est proposé, outre la mise en place d'un prélèvement à la source, de supprimer le quotient conjugal¹⁵⁸¹. Les propositions faites par Madame Camille Landais et Messieurs Thomas Piketty et Emmanuel Saez sont ainsi guidées par l'équité entre les femmes et les hommes : « l'individualisation et la suppression du quotient conjugal permettront que les femmes cessent enfin d'être traitées comme un revenu d'appoint. Chacun sera imposé en fonction de son revenu propre, et non du revenu de son conjoint. Le système fiscal sera neutre vis-à-vis des choix de vie familiale des uns et des autres. Un nouveau système de prise en compte des enfants, plus simple et plus juste, remplacera l'actuel quotient familial. La réforme que nous proposons a des effets très positifs à la fois sur l'égalité professionnelle hommes/femmes et sur la participation féminine au marché du travail »¹⁵⁸². En effet, le quotient conjugal conduit à reproduire une division sexuée du travail¹⁵⁸³. L'imposition séparée ne fait pas l'unanimité¹⁵⁸⁴, même s'il apparaît que la neutralité d'un système d'imposition à l'égard du genre est importante. L'OCDE définit un système d'imposition et de prestations neutre s'il n'affecte pas la distribution du travail rémunéré parmi

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

¹⁵⁸⁰ Marie-Thérèse LETABLIER, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁸¹ Camille LANDAIS, Thomas PIKETTY et Emmanuel SAEZ, *Pour une révolution fiscale, Un impôt sur le revenu pour le XXI^e siècle*, Seuil, 2011.

¹⁵⁸² Camille LANDAIS, Thomas PIKETTY et Emmanuel SAEZ, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁸³ Camille LANDAIS, Thomas PIKETTY, Emmanuel SAEZ, *op. cit.*, p. 66 : « l'imposition conjointe des couples aboutit en pratique à traiter les femmes comme un revenu d'appoint et à renforcer les inégalités professionnelles hommes/femmes, que l'on cherche par ailleurs à combattre. Dans un couple égalitaire, c'est-à-dire où les deux conjoints apportent le même revenu, le système du quotient conjugal n'apporte strictement aucune réduction d'impôt : le fait de diviser par deux le revenu du couple fait tomber chaque conjoint exactement dans la même tranche et au même niveau du barème que là où il aurait atterri tout seul. Par contre, dès lors que le couple est inégalitaire, la division puis re-multiplication par deux permet de réduire le taux d'imposition. Par définition, plus le couple est inégalitaire, plus la réduction d'impôt est importante : le quotient conjugal fonctionne *de facto* comme une machine à subventionner les couples inégaux ! Voici un bien étrange objectif de politique publique. Et le plus pervers est que ce système incite les couples inégaux à le rester. À partir du moment où l'un des deux conjoints – généralement le mari – a un revenu important, alors l'ensemble du couple est imposé à un taux marginal élevé. Cela implique que si l'autre conjoint – typiquement la femme – décide de travailler ou de passer de mi-temps à plein-temps, alors elle sera immédiatement imposée à un taux élevé... Mieux vaut, dans ces conditions, rester à la maison ou travailler à mi-temps, encouragée en cela par un mari heureux de pouvoir nourrir seul sa famille ! ».

¹⁵⁸⁴ Hélène PERVIER et Rachel SILVERA, « Pour ou contre l'imposition séparée ? », *Travail, genre et sociétés*, 1/2012, n°27, pp. 147-148.

les membres du couple au sein d'une famille et est source d'incitations à travailler identiques pour les deux membres du couple¹⁵⁸⁵.

380. De très nombreux domaines influencent directement la division sexuée du travail et la manière dont les femmes peuvent ou non accéder à la sphère productive. Toutefois, d'autres éléments, notamment conjoncturels peuvent également avoir un rôle significatif sur le travail des femmes. Ainsi, la persistance du chômage dans les années 1990 a pu conduire les mères de jeunes enfants à se retirer du marché du travail, grâce notamment au congé parental d'éducation, ou à travailler à temps partiel¹⁵⁸⁶. Le temps partiel est qualifié de nouvelles politiques d'embauches patronales par Madame Claude Zaidman¹⁵⁸⁷ pour qui celui-ci « est présenté comme la solution miracle pour "la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle". Or, cette idée de "conciliation" est en fait une manière de renvoyer aux seules femmes, à chaque femme, le poids social de la reproduction »¹⁵⁸⁸. Il apparaît alors que « le pouvoir émancipateur du marché du travail ne fait pas de lui une institution égalitaire. Il doit être encadré par un État social porteur d'une norme sociale égalitaire »¹⁵⁸⁹.

381. La théorie de la division sexuée du travail permet une lecture au prisme des rapports sociaux de sexe de la construction théorique de l'organisation sociale jusqu'à son fonctionnement actuel. L'assignation des femmes aux tâches reproductives pèse tout au long de la vie sur leurs parcours et dans l'ensemble de leurs relations sociales. À son échelle, le droit de la reproduction participe à la perpétuation de ce système, autant par les représentations véhiculées par le corpus juridique que par la teneur réelle des normes. En effet, à notre sens, le droit de la reproduction reconnaît et entretient l'existence d'une division sexuée du travail, même si aucune norme n'assigne explicitement aux femmes le soin de remplir les tâches reproductives, toutes participent de ce stéréotype. En effet, la règle de droit « est en effet une espèce de modèle : c'est de sa vocation à servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être qu'un énoncé tire sa signification normative, et non d'un prétendu contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite »¹⁵⁹⁰. Ainsi, nous pensons que l'ensemble des règles de droit de la reproduction qui font des femmes les destinataires privilégiées des questions reproductives et des femmes des mères par essence contribue à donner une certaine normativité à la division sexuée du travail. En parallèle, certains organes et corpus juridiques

¹⁵⁸⁵ OCDE, Family database, PF1.4 – Neutrality of tax/benefit systems: "*Tax/benefit systems are here defined to be 'neutral' if they do not affect the distribution of paid work among adults in such couple families and provide equal incentives to work for both partner*".

¹⁵⁸⁶ Hélène PERIVIER, « 29. De madame Au-Foyer à madame Gagne-Miettes. État social en mutation dans une perspective franco-états-unienne », pp. 309-317 in *Travail et genre dans le monde*, La Découverte, 2013.

¹⁵⁸⁷ Claude ZAIDMAN, « Les "acquis" des femmes en France dans une perspective européenne », in *L'homme et la société*, n°99-100, 1991, *Femmes et sociétés*, pp. 147-157, spéc. p. 150.

¹⁵⁸⁸ Claude ZAIDMAN, *op. cit.*, pp. 150-151.

¹⁵⁸⁹ Hélène PERIVIER, *op. cit.*

¹⁵⁹⁰ Antoine JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron. 206, p. 199, §4.

tendent à reconnaître l'existence spécifique de ce type de stéréotypes de genre et pourraient servir de fondement à une déconstruction de la division sexuée du travail.

§II. La réception juridique de la division sexuée du travail

382. La division sexuée du travail permet de décrire et de critiquer l'organisation des rôles sociaux entre les femmes et les hommes, tout en révélant leur caractère structurel. La théorie de la division sexuée du travail a été conceptualisée en dehors du champ juridique. Pour autant, comme description de l'organisation de la société, le droit ne peut totalement l'ignorer et c'est pourquoi nous allons chercher dans les textes et la jurisprudence la manière dont est reconnue l'existence d'une telle division du travail entre les femmes et les hommes. Il s'agit maintenant de voir dans quelle mesure le droit prend acte de l'existence de la division sexuée du travail et par quels biais il contribue à la remettre en cause. Dans cette optique, nous chercherons les fondements juridiques et les jurisprudences qui mobilisent le concept de division sexuée du travail et contribuent à sa remise en cause au niveau international, au sein du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. Contrairement au droit positif français, la division sexuée du travail est reconnue au niveau international dans la CEDAW (A) et apparaît, même si cela reste encore timide, au niveau européen (B).

A. Au niveau international, la CEDAW comme texte emblématique

383. Au niveau international, un texte apparaît comme particulièrement emblématique et novateur¹⁵⁹¹ en matière de promotion de l'égalité –comprise dans ses multiples dimensions– entre les femmes et les hommes, de lutte contre les stéréotypes de genre et de déconstruction de la théorie de la division sexuée du travail¹⁵⁹² : il s'agit de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes -communément appelée par son acronyme anglais CEDAW¹⁵⁹³.

Nous ne reviendrons pas sur l'histoire de la CEDAW¹⁵⁹⁴ ou encore sur le Comité qui permet le contrôle de l'exécution de celle-ci¹⁵⁹⁵, pour nous concentrer sur ses dispositions en matière

¹⁵⁹¹ Voir sur le sujet not. Marsha A. FREEMAN, Christine CHINKIN and Beate RUDOLF (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012 et Diane ROMAN (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Éditions Pedone, 2014.

¹⁵⁹² CEDAW, Introduction, §8 : « D'une manière générale, les schémas culturels qui définissent le domaine public comme celui de l'homme et le foyer comme celui de la femme sont énergiquement remis en cause dans toutes les clauses de la Convention, qui affirment l'égalité des responsabilités des deux parents dans la vie de la famille et l'égalité de leurs droits en ce qui concerne l'éducation et l'emploi ».

¹⁵⁹³ United Nations, *Convention Eliminating All Forms of Discrimination Against Women*, Treaty Series, vol. 1249, p. 13.

¹⁵⁹⁴ D'un point de vue historique, la CEDAW est une convention internationale des Nations Unies, adoptée par l'Assemblée générale en 1979, et entrée en vigueur le 3 septembre 1981, trente jours après que le 20^{ème} État membre ait ratifié la Convention. Il s'agit de la Convention relative aux droits de l'homme entrée en vigueur le plus rapidement. Pourtant, au-delà de cette rapidité, l'effectivité de la Convention pose difficulté. Il semblerait en effet que la Convention n'ait pas été perçue par les États, universitaires et militants comme un puissant instrument international de promotion des droits de l'homme. Cela s'explique en partie par le fait que la Convention s'adresse uniquement aux femmes et n'aurait pas alors une vocation aussi universelle que les autres conventions. En outre, l'histoire institutionnelle de l'élaboration de la Convention au sein des comités de l'ONU a renforcé cet isolement conceptuel ; voir sur le sujet également, Sophie GROSBON, « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les

d'égalité et en particulier concernant les stéréotypes de genre¹⁵⁹⁶. Il s'agit en effet de « l'un des instruments fondamentaux de la mise en œuvre d'une politique d'égalité qui a opéré un saut qualitatif entre égalité formelle et égalité des chances, entre proclamation d'égalité des chances et pratique de l'égalité »¹⁵⁹⁷. La CEDAW incarne un véritable programme pour l'égalité, qui prend en compte les « trois aspects de la situation des femmes. La Convention expose en détail les droits civiques et le statut juridique des femmes mais porte aussi –et c'est cela qui la différencie en particulier des autres traités sur les droits de l'homme– sur la procréation ainsi que sur les incidences des facteurs culturels sur les relations entre les hommes et les femmes »¹⁵⁹⁸. Ce dernier aspect est particulièrement souligné par les commentateurs de la Convention, pour lesquels, il est nécessaire de déconstruire les comportements structurels et stéréotypés selon le sexe, comme l'article 5 de la Convention y invite : c'est d'ailleurs en cela, que la CEDAW est unique¹⁵⁹⁹. L'attention particulière que la Convention porte sur la modification des comportements renvoie d'ailleurs à la définition de l'égalité transformative et permet de pallier les insuffisances d'une approche limitée à l'égalité formelle ou même substantielle¹⁶⁰⁰. L'article 1er définit de manière très large les discriminations à l'égard des femmes¹⁶⁰¹. Cette définition,

formes de discrimination à l'égard des femmes », pp. 19-47 in Diane ROMAN (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Éditions Pedone, 2014 et Christine CHINKIN et Marsha A. FREEMAN, « Introduction », pp. 2-33 in Marsha A. FREEMAN, Christine CHINKIN and Beate RUDOLF (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012.

¹⁵⁹⁵ Voir sur ce sujet not. Béatrice DELZANGLES et Mathias MÖSCHEL, « Le Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes : trente ans d'activités en faveur des femmes », pp. 49-80 in Diane ROMAN (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Éditions Pedone, 2014.

¹⁵⁹⁶ Voir sur le sujet not. Carole NIVARD, « La Convention, un outil pour l'égalité », pp. 107-132 et Diane ROMAN, « Stéréotypes de genre et rôles traditionnels : la dimension émancipatoire de la Convention », pp. 133-153 in Diane ROMAN (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Éditions Pedone, 2014.

¹⁵⁹⁷ Françoise GASPARD, « Les enjeux internationaux de la parité », *Politique étrangère*, n°1, printemps 2000, pp. 209-210, cité par Réjane SENAC-SLAWINSKI, *La parité*, PUF, Que sais-je ?, 2008, p. 14.

¹⁵⁹⁸ CEDAW, Introduction, §5 ; voir aussi CEDAW, Préambule, §12 : « Convaincus que le développement complet d'un pays, le bien-être du monde et la cause de la paix demandent la participation maximale des femmes, à l'égalité avec les hommes, dans tous les domaines » ; § 13 : « Ayant à l'esprit l'importance de la contribution des femmes au bien-être de la famille et au progrès de la société, qui jusqu'à présent n'a pas été pleinement reconnue, de l'importance sociale de la maternité et du rôle des parents dans la famille et dans l'éducation des enfants, et conscients du fait que le rôle de la femme dans la procréation ne doit pas être une cause de discrimination et que l'éducation des enfants exige le partage des responsabilités entre les hommes, les femmes et la société dans son ensemble » et § 14 : « Conscients que le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer autant que celui de la femme si on veut parvenir à une réelle égalité de l'homme et de la femme ».

¹⁵⁹⁹ Christine CHINKIN et Marsha A. FREEMAN, *op. cit.*, p. 9 : « Further, achieving equality requires addressing the structural patterns of conduct of men and women, as described in Article 5. At the time of its adoption the Convention was unique in requiring States parties to modify such types of behaviour ».

¹⁶⁰⁰ *Ibidem* : « The Convention is not limited to achievement of formal and substantive equality. Rather, States parties 'shall take measures' in all spheres of life for the 'full development and advancement of women' (article 3). This looks to transformation of society and gender relations –what might be termed transformative equality. Such progressive transformation does not depend upon rigid adherence to the applicability of the 'same' rights to women and men but gives effect and legitimacy to areas of difference. Positive obligations under the Convention involve changing social and institutional structures, for example, public life (Articles 7 and 8), the workplace (Article 11(2)), education (Article 10(2)), and common parental responsibilities as describes in the Preamble and Articles 5(2), 11(2)(c), and 16(1)(d)-(f). They also require according differential treatment to women to take account of their specific situation, in particular that of maternity (pregnancy and childbirth), covered in Articles 4(2), 11(2), and 12(2). Human rights law offers (p.10) a vision of the good life –self-determination and freedom from fear and want– to women and men. What is required through societal transformation is that women and men have the same opportunities for achievement of this vision: true equality achieved through recognition of difference ».

¹⁶⁰¹ CEDAW, Article Premier : « Aux fins de la présente Convention, l'expression "discrimination à l'égard des femmes" vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de

centrée uniquement sur les femmes¹⁶⁰², se superpose avec la définition de l'égalité transformative, donnée par Madame la professeure Sandra Fredman¹⁶⁰³. Selon cette dernière, « l'égalité comme transformation n'a pas pour objectif un futur sans marque du genre mais vise plutôt une prise en compte adaptée du genre. Il ne s'agit pas de permettre aux femmes d'entrer dans un monde décliné au masculin mais de faire en sorte que l'égalité pour les femmes permette de restructurer la société. Cette transformation nécessite une redistribution du pouvoir et des ressources et de changer les structures institutionnelles qui perpétuent l'oppression des femmes. Cela demande de remettre en cause la division public/privé et de reconstruire le monde public de telle sorte que les soins aux enfants et l'éducation soient perçus comme des responsabilités communes aux deux parents et à la communauté. L'objectif est de faciliter la pleine expression des capacités et des choix et la pleine participation des femmes dans la société. (...) L'égalité transformative nécessite à la fois de supprimer les barrières mais aussi d'adopter des mesures positives pour susciter le changement »¹⁶⁰⁴. La définition donnée à la discrimination permet de lutter contre des discriminations structurelles et systématiques, apparentées à des stéréotypes de genre¹⁶⁰⁵.

détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine. ».

¹⁶⁰² Andrew BYRNES, « Article 1 », pp. 51-70 in Marsha A. FREEMAN, Christine CHINKIN and Beate RUDOLF (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012, spéc. p. 52 : « A number of States would have preferred that the Convention address discrimination on the ground of sex generally, thereby also covering discrimination against men on the basis of sex, rather than focusing only on discrimination against women. However, the overwhelming view was that such a symmetrical approach would fail to recognize the pervasive discrimination against women on the basis of their sex, and that an asymmetric guarantee was needed in the form of a sex-specific instrument ».

¹⁶⁰³ Sandra FREDMAN, "Beyond the Dichotomy of Formal and Substantive Equality : Toward a New Definition of Equal Rights" in I. BOEREFIJN et al. (eds), *Temporary Special Measures : Accelerating de facto Equality of Women under Article 4(1) UN CEDAW*, 2003, cité par Andrew BYRNES, *op. cit.*

¹⁶⁰⁴ Sandra FREDMAN, *op. cit.*, p. 111 cité par Andrew BYRNES, *op. cit.* : « Equality as transformation does not aim at a gender-neutral future, but one which appropriately takes gender into account. The future is not simply one of allowing women into a male-defined world. Instead, equality for women entails a re-structuring (of) society so that it is no longer male-defined. Transformation requires a redistribution of power and resources and a change in the institutional structures which perpetuate women's oppression. It requires a dismantling of the public-private divide and a reconstruction of the public world so that child-care and parenting are seen as valued common responsibilities of both parents and the community. It aims to facilitate the full expression of capabilities and choices, and the full participation of women in society. ... This shows that equality as transformation requires not just the removal of barriers, but also positive measures to bring about change ».

¹⁶⁰⁵ Andrew BYRNES, *op. cit.*, p. 56 : « This might also be seen as a form of substantive equality with systemic and structural dimensions, and the terms do overlap. This Commentary uses the term 'transformative equality' to denote change of a fundamental and far-reaching nature, an objective which is embodied in the text and spirit of the Convention. » ou encore, p. 59 : 'Any Distinction, Exclusion or Restriction Made on the Basis of [Sex]' : "This phrase, in conjunction with the following ones, is intended to be read broadly to encompass the many ways in which women might be denied equality because of gendered assumptions, practices and social structures. 'Distinction' would include explicit sex-based differential treatment of women and men; 'exclusion' refers to patterns of belief and social practices (including gender stereotypes) which deny to women the opportunities and rights that are available to men; and 'restriction' refers to limitations on the enjoyment of rights to a greater extent than may apply to men's enjoyment of those rights. (...) This Article 1 reference to any distinction, exclusion, or restriction made 'on the basis of sex', does not mean that an explicit reference to sex or sex-related characteristics is required for an action to be discriminatory."

La CEDAW vise à éradiquer les discriminations subies par les femmes¹⁶⁰⁶ à travers des instruments juridiques, mais aussi des programmes de sensibilisation sur les enjeux sous-jacents¹⁶⁰⁷. Par ailleurs, des « mesures temporaires spéciale visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes »¹⁶⁰⁸ peuvent être adoptées sans que cela ne soit considéré comme discriminatoire, notamment concernant la maternité¹⁶⁰⁹. Il est ainsi prévu une prise en compte des besoins spécifiques des femmes en lien avec les aspects biologiques de la maternité¹⁶¹⁰. Toutefois, comme le soulignent Mesdames Christine Chinkin et Beate Rudolf, si la Convention n'utilise pas le langage du genre, la maternité est clairement identifiée comme une fonction sociale construite¹⁶¹¹ et la CEDAW différencie bien deux éléments : les femmes ont effectivement une position particulière avec la maternité du fait de la grossesse qui ne correspond pas à la paternité ; toutefois, la grossesse ne peut justifier à elle seule que les femmes assurent ensuite seules et majoritairement toutes les responsabilités éducatives et de soins aux enfants. Dans ce second temps, les individus, hommes ou femmes, doivent pouvoir avoir des rôles similaires et les préjugés liés au genre concernent aussi bien les hommes et les femmes. C'est d'ailleurs dans cette optique que le droit à la planification familiale est autant reconnu aux hommes qu'aux femmes¹⁶¹². C'est central car si la planification familiale ne s'adressait qu'aux femmes, alors on pourrait penser qu'il y a une essentialisation de celles-ci comme mères. Or, il n'en est rien dans la mesure où la Convention reconnaît la maternité comme une fonction

¹⁶⁰⁶ CEDAW, Article 2 : « Les États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes et, à cette fin, s'engagent à : (...) f) Prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes ».

¹⁶⁰⁷ Andrew BYRNES, "Article 2", pp. 71-99 in Marsha A. FREEMAN, Christine CHINKIN and Beate RUDOLF (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012, spéc. p. 91 : "Non-legal approaches should include the adoption of programmes to raise awareness of the Convention and to challenge stereotypical attitudes and perceptions about the roles and responsibilities of women and men. According to the Committee, such policies should involve non-governmental organizations, national ministries, or other agencies for women, the media, and intellectuals, with the primary goal of encouraging a change in people's way of thinking. Law reform, information, education, and communications, particularly in rural areas, are critical to the attainment of this objective".

¹⁶⁰⁸ CEDAW, article 4.

¹⁶⁰⁹ CEDAW, article 4, alinéa 2 : « L'adoption par les États parties de mesures spéciales, y compris de mesures prévues dans la présente Convention, qui visent à protéger la maternité n'est pas considérée comme un acte discriminatoire ».

¹⁶¹⁰ Frances RADAY, "Article 4", pp. 123-139 in Marsha A. FREEMAN, Christine CHINKIN and Beate RUDOLF (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012, spéc. p. 136 : « This provision is central to the integration of women's special needs associated with maternity in the political, economic, social, cultural, civil, or any other field ».

¹⁶¹¹ Christine CHINKIN et Beate RUDOLF, « Preamble », pp. 35-49 in Marsha A. FREEMAN, Christine CHINKIN and Beate RUDOLF (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012, p. 48, à propos du §13 du Préambule : « While not using the language of gender, Convention Preamble paragraph 13 identifies maternity as a matter of social significance (rather than as a 'women's issue'), implying that it is also socially constructed. By alluding to the use of women's biological role in procreation as a basis for sex discrimination and stating that this should not be so, paragraph 13 goes to the heart of the Convention ».

¹⁶¹² Frances RADAY, *op. cit.*, p. 136 : « maternity is to be understood as a social function, under Article 5(b). States parties shall take all appropriate measures to ensure that family education includes a proper understanding of maternity as a social function and the recognition of the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children. They must also, under Article 16(1)(e), take all appropriate measures to ensure, on a basis of equality of men and women, 'the same rights to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children'. However, these goals have still to be reached in many societies. Furthermore, motherhood is not always voluntary ».

sociale. En particulier, la maternité ne sert pas à définir les femmes en tant que groupe : les femmes n'ont pas des besoins liés à la maternité toute leur vie et certaines n'en ont d'ailleurs jamais, c'est pourquoi elles ne peuvent pas être définies comme une catégorie à partir de ces besoins¹⁶¹³. Au contraire de la grossesse et l'accouchement inhérents à la procréation, le lien de parenté et la prise en charge des enfants en bas âge ne concernent pas uniquement la mère¹⁶¹⁴. Cette continuité culturelle et sociale entre les aspects biologiques et les aspects sociaux de la maternité explique notamment la division sexuée du travail¹⁶¹⁵.

384. L'article 5 de la Convention est spécialement consacré à l'aspect discriminant des rôles sociaux définis en fonction du sexe et obligent les États parties à lutter contre les stéréotypes de genre¹⁶¹⁶. Madame Rikki Holmaat commente ces dispositions en mettant en avant leur complémentarité : en effet, la maternité doit être vue comme une valeur positive plutôt qu'un fondement pour discriminer les femmes. En outre, l'article 5(a) vise à éliminer les pratiques basées sur l'infériorité ou la supériorité supposées des femmes tandis que l'article 5(b) s'attaque à la norme la plus traditionnelle qui discrimine les femmes, leur assignation aux tâches reproductives¹⁶¹⁷. La lutte contre les stéréotypes de genre et notamment les rôles parentaux figés en fonction du sexe s'inscrit dans un contexte plus large de lutte contre les

¹⁶¹³ Frances RADAY, *op. cit.*, p. 137 : « *Biological maternity gives rise to needs for specific health care, specific rights in the workplace, and additional nutrition, which are not required by non-pregnant people, male and female. Women themselves do not have pregnancy or post-natal needs for most of their lives and hence measures to ensure protection of biological maternity are measures of accommodation for an exceptional state for women. In order to achieve de facto equality, it is legitimate and necessary to make provision for the role of women in procreation and to supply special measures as needed to address women's specific needs in this role. Though these measures are special, in that they target women –and only women in their reproductive roles –they should be dealt with as normal and indeed obligatory under Article 4(2) ».*

¹⁶¹⁴ *Ibidem* : « Unlike procreation, parenting or childbearing is a non-biological aspect of maternity. Either parent of, indeed, a biologically unrelated carer may fill the role of childrearer. Nevertheless, childbearing has been gender-constructed as a 'natural female role'. The woman is constructed as a mother and wife, whose primary obligations are to bear children and take care of her home and family ».

¹⁶¹⁵ Frances RADAY, *op. cit.*, p. 138 : « The stereotypically imposed gendered division of labour restricts women's range of choice and limits their ability to participate in public, political, and economic life ».

¹⁶¹⁶ CEDAW, Article 5 : « les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour : a) Modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ; b) Faire en sorte que l'éducation familiale contribue à faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas ».

¹⁶¹⁷ Rikki HOLMAAT, Article 5, pp. 141-167 in Marsha A. FREEMAN, Christine CHINKIN and Beate RUDOLF (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012, spéc. p. 143 : « The drafters of the Convention stressed the need to see maternity as a positive value instead of a ground to discriminate against women, and they were fully aware that a change in the traditional role of men and women in society and in the family is a prerequisite for achieving full equality between men and women. While Article 5(a) obliges States parties to eliminate all harmful practices 'based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women', Article 5(b) concerns 'the most universal traditionalist cultural norm that disadvantages women, which is the stereotypical assignment of sole or major responsibility for childcare to women'. Negative and detrimental traditional, cultural, customary, or religious beliefs, ideas, rules, and practices concerning women's role in private and public life, should be replaced by a positive appreciation of women's contribution to society and by a practice of sharing parental roles. The sub-section of Article 5, therefore, are two sides of the same coin ». Elle résume finalement le propos de l'article 5 de la manière suivante : « The content and scope of Article 5 can therefore be summarized as the obligation to modify gender stereotypes and fixed parental gender roles ».

discriminations¹⁶¹⁸ et de jouissance des droits fondamentaux, notamment à la dignité, reconnus au profit de chacun¹⁶¹⁹. La valorisation des fonctions liées à la maternité peut être discriminatoire en ce que cela enferme les femmes dans un rôle social déterminé¹⁶²⁰.

385. La remise en cause de la division sexuée du travail passe également par l'adoption de mesures permettant aux femmes d'accéder au marché de l'emploi¹⁶²¹, et en particulier, de concilier vie professionnelle et familiale¹⁶²². Cela implique que le congé de maternité soit uniquement centré sur les besoins physiologiques des femmes liés à la grossesse et l'accouchement. En revanche, ce dernier ne doit pas enfermer les femmes dans les tâches parentales et le soin aux enfants¹⁶²³. L'ensemble de ces articles de la CEDAW contribue à la remise en cause de la division sexuée du travail et leur présentation permet de comprendre l'esprit, les objectifs et les moyens mis en œuvre par la Convention pour mettre fin à toutes les

¹⁶¹⁸ Rikki HOLMAAT, *op. cit.*, p. 144 : "the relationship between Article 5 and Discrimination against Women - Although Article 5 does not speak of discrimination, and although the definition of discrimination in Article 1 does not mention gender stereotypes or fixed parental gender roles, these phenomena are closely related to discrimination against women".

¹⁶¹⁹ Rikki HOLMAAT, *op. cit.*, p. 145 : "*The social and cultural patterns of conduct and stereotyped roles that are addressed by Article 5, which are based on prejudice and on traditional or customary ideas about inferiority of women, deny individual women the possibility to be a person in their own right and to employ all of their human capacities and capabilities to lead a meaningful life as a human being*".

"Gender stereotypes and fixed parental gender roles, therefore, are not only deny women the right to be treated respectfully as an equal and dignifies human being; they also deny women the autonomy to live their lives according to their own choices and convictions about their personal and unique contribution to sustaining and developing humanity".

"Women and men have a fundamental right not to be confined to culturally defined constructions of femininity and masculinity, or to pre-fixed (and fixated) female and male parental roles that are entrenched in their 'culture' as well as in primary social and legal institutions".

"All human beings are equal and have equal rights and deserve equal respect for their human dignity, but at the same time they may have very diverse ideas and wishes about what they actually want to do with their lives. Therefore, the principles of individual autonomy and diversity are essential to a proper understanding of the content and scope of Article 5 and of the Convention as a whole".

¹⁶²⁰ Rikki HOLMAAT, *op. cit.*, p. 146 : "Occasionally, 'woman' is characterized as superior to 'man', especially with respect to her caring or nurturing capacities. 'Woman', thus, is put on a pedestal, deserving a special degree of respect and concern from men, from civil society and/or from the government. However, women occupy this sacred position only when and in as far as they fulfil the traditionally, customary, or religiously determined duties that come along with primarily or exclusively being a mother/care-giver. The other side of celebrating women's 'relational orientation' or her 'special nurturing capacities' is that any transgression of her traditional gender identity or gender role is legally impossible or inconceivable and/or may be severely punished in the society or in the family, even to the point of murder".

¹⁶²¹ Frances RADAY, "Article 11", in pp. 279-309 Marsha A. FREEMAN, Christine CHINKIN and Beate RUDOLF (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012, spéc. p. 281 "Article 11 spans the entire range of measures required to ensure women's access to the labour market and to secure their equal opportunity and conditions as employees".

¹⁶²² CEDAW, Article 11(2) : « Afin de prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage au de leur maternité et de garantir leur droit effectif au travail, les États parties s'engagent à prendre des mesures appropriées ayant pour objet : (...) c) D'encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants; ».

¹⁶²³ Frances RADAY, *op. cit.*, p. 301 : Article 11(2)(c) : "The period of leave which is not to meet the physiological needs of the mother is more properly to be regarded as child care leave and as a parental obligation, as is required under Article 5(b) of the Convention, which requires State parties to recognize the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children. The Convention has encouraged the introduction of parental leave and has called for incentives for men to take up parental leave. The Committee has applauded States parties which have encouraged male employees to use their right to paternity leave and to increase their involvement as caretakers".

formes de discriminations subies par les femmes, y compris lorsque celles-ci sont structurelles et pernicieuses.

386. Texte emblématique, la CEDAW est pourtant peu effective et ne produit aucun effet direct en France¹⁶²⁴. La France a signé la convention le 17 juillet 1980 et la ratifiée le 14 décembre 1983¹⁶²⁵ avec initialement deux réserves¹⁶²⁶. La Convention est entrée en vigueur à l'égard de la France le 13 janvier 1984¹⁶²⁷. À la suite des recommandations du Comité¹⁶²⁸, la France est revenue sur ses réserves, le 14 octobre 2013¹⁶²⁹.

Pourtant, devant les juridictions nationales françaises, la CEDAW est invoquée et visée de manière très limitée dans quelques contentieux uniquement. La CEDAW est davantage invoquée devant le juge administratif que devant le juge judiciaire¹⁶³⁰. Il semble qu'en matière de discrimination fondée sur le sexe devant l'ordre judiciaire, la CEDAW n'est que très peu mobilisée. Cela s'explique très certainement par l'existence de corpus juridiques plus complets et précis sur la discrimination en raison du sexe. En matière de contentieux administratif, la Convention sert de fondement à certains arrêts du Conseil d'État : la CEDAW est ainsi visé dans l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 27 novembre 2000 qui annule les arrêtés restreignant le remboursement des actes de PMA après le 43^{ème} anniversaire de la femme ou après la 4^{ème} tentative infructueuse, alors qu'il s'agissait en l'espèce d'une question d'incompétence des

¹⁶²⁴ Béatrice DELZANGLES, « L'autorité juridique de la Convention dans les ordres nationaux : une intégration en demi-teinte », pp. 81-104 in Diane ROMAN (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Éditions Pedone, 2014.

¹⁶²⁵ À la suite de la loi 83-561 du 1er juillet 1983 autorisant la ratification d'une convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

¹⁶²⁶ Le gouvernement français déclarait que les articles 5 (b) et l'article 16 paragraphe 1 (d) ne devaient pas être interprétés comme impliquant l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans des situations où la législation française permet l'exercice par seulement un parent (Article 383 du Code civil).

¹⁶²⁷ JO du 20 mars 1984 (p 874) ou au BO 84-12 (2661) à la suite du décret n°84-193 du 12 mars 1984 portant publication de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ouverte à la signature à New York le 1er mars 1980, article 1er.

¹⁶²⁸ Voir not. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, CO France CEDAW/C/FRA/CO/6 (2008), §10, p. 2.

¹⁶²⁹ Les autorités françaises, sous l'impulsion du Ministère des droits des femmes, ont remis ce jour-là au Secrétariat Général des Nations Unies la notification de la levée des réserves. Cela s'explique par « la volonté de la France de développer en Europe comme à l'International une diplomatie active des droits des femmes et en interne de franchir une nouvelle étape dans l'égalité entre les femmes et les hommes, celle de l'égalité réelle, qui ne soit plus simplement un principe inscrit dans la loi mais une réalité concrète, visible et vécue au quotidien par les françaises et les français » (Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, CO France CEDAW/C/FRA/7-8, p. 2).

¹⁶³⁰ Nous n'avons trouvé qu'un seul arrêt de la Cour de cassation, voir Cass. 1ère civ. 14 février 2006, n°04-15595 : La CEDAW a été invoquée devant la Cour de cassation dans l'arrêt rendu par la première chambre civile le 14 février 2006. En l'espèce, une femme mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises a engagé contre l'État une action en indemnisation du préjudice qu'elle aurait subi du fait d'une absence de désignation. Devant la cour d'appel de Paris, elle obtient des « dommages-intérêts à raison de l'absence systématique de désignation alors qu'il n'était justifié ni d'une absence d'activité suffisante, ni d'aucun autre motif légitime ». Elle se pourvoit en cassation pour obtenir réparation des autres demandes desquelles elle a été déboutée, à savoir l'action en réparation du dommage matériel sur une autre période et de son préjudice moral et de l'action en réparation du dommage anormal et spécial qu'elle a subi par la suite. Au soutien de ses demandes et alléguant une discrimination, elle mobilise différents textes de droit européens et internationaux dont « le décret n°84-193 du 12 mars 1984 portant publication de la Convention de New York du 1er mars 1980 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes » Le pourvoi est rejeté, les moyens étant jugé inopérants ou ne pouvant être accueillis la cour ayant légalement justifié sa décision et souverainement évalué le préjudice.

ministres¹⁶³¹ et dans l'arrêt rendu le 30 avril 1997 par le Conseil d'État, qui rejette le recours pour excès de pouvoir à propos de l'article 2 du décret du 18 octobre 1995 portant création de l'observatoire de la parité entre les femmes et les hommes¹⁶³². La Convention est également invoquée, par certains requérants, à l'appui de leurs moyens devant différentes cours administratives d'appel¹⁶³³. Il apparaît à la lecture des arrêts rendus par les juridictions administratives du fond que les dispositions des articles 2 et 16 de la CEDAW « n'ont pas d'effet direct et ne créent que des obligations entre États »¹⁶³⁴ et qu'elles « requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire leurs effets à l'égard des particuliers »¹⁶³⁵. Au contraire, en droit suisse, il a été reconnu par le tribunal fédéral un effet direct aux dispositions de l'article 2 de la CEDAW¹⁶³⁶, mais cela a été refusé pour les dispositions des autres articles de la Convention¹⁶³⁷.

387. Le contenu de la CEDAW est particulièrement innovant et pourrait conduire à des changements importants. Pour autant, son aura juridique résulte davantage du contrôle de sa

¹⁶³¹ CE, 27 novembre 2000, n°219375.

¹⁶³² CE, 30 avril 1997, n°176205 : Les requérants arguent de la méconnaissance d'engagements internationaux souscrits par la France. C'est alors l'occasion pour le Conseil d'État de rappeler « que, contrairement à ce qui est soutenu, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes n'exclut nullement l'adoption, par les États parties, de mesures destinées à instaurer une égalité de fait entre les hommes et les femmes ; qu'au surplus, l'article 23 de la convention stipule que celle-ci ne porte atteinte « aux dispositions plus propices à la réalisation de l'égalité entre l'homme et la femme » de la législation d'un État partie ».

¹⁶³³ Tel est le cas des dispositions de l'article 16 relatives au mariage et à la vie de famille, voir C.A.A. Paris, 1ère chambre, 29 septembre 2011, n°10PA04646 : À l'occasion du rejet d'une demande de changement de nom, la Cour administrative d'appel de Paris juge que « les requérants ne peuvent utilement se prévaloir des stipulations de l'article 16 de la convention des Nations-Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dès lors que ces stipulations n'ont pas d'effet direct et ne créent que des obligations entre États » ; voir aussi dans un cas d'espèce proche, C.A.A. Paris, 1ère chambre, 3 juin 2010, n°08PA05962 : La requérante attaquait la décision de rejet de sa demande de substitution du nom de sa mère à son nom actuel, qui correspondait à celui de son père. Concernant les articles 2 et 16 invoquées dans des contentieux concernant le droit des étrangères, voir C.A.A. Paris, 5ème chambre, 31 janvier 2013, n°12PA00148 : Il s'agissait en l'espèce d'une ressortissante algérienne qui attaquait un arrêté refusant le renouvellement de son certificat de résidence. Le tribunal administratif de Paris annule l'arrêté mais le préfet de police fait appel de la décision devant la Cour administrative d'appel qui annule le jugement de première instance. La cour administrative d'appel considère que la requérante « ne peut utilement contester la décision fixant le pays de destination en invoquant les stipulations des articles 2 et 16 de la convention des Nations-Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire leurs effets à l'égard des particuliers » ; voir également un cas d'espèce proche C.A.A. Lyon, 2ème chambre, formation à 3, 30 novembre 2010, n°09LY02343 : la Cour administrative d'appel de Lyon rejette les demandes d'une requérante en visant la CEDAW et considère « que la requérante se borne à soutenir, à l'encontre du refus de titre, que la motivation retenue par les premiers juges pour écarter les autres moyens qu'elle invoquait à l'encontre de cette décision n'apparaît pas justifié juridiquement tant du point de vue du droit interne que du droit international, elle n'assortit pas ce moyen de précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé » ; ou encore C.A.A. Bordeaux, Juge des reconduites à la frontière, 12 juillet 2007, n°06BX02288 : La Cour administrative d'appel de Bordeaux a également pu juger que le moyen alléguant la méconnaissance des articles 3 et 11 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été écarté à bon droit à propos d'une demande d'annulation du jugement rejetant la demande d'annulation de l'arrêté de reconduite à la frontière d'une ressortissante algérienne.

¹⁶³⁴ C.A.A. Paris, 1ère chambre, 29 septembre 2011, n°10PA04646.

¹⁶³⁵ C.A.A. Paris, 5ème chambre, 31 janvier 2013, n°12PA00148.

¹⁶³⁶ Suisse, ATF 137 I 305, 21 novembre 2011 : le canton de Zoug a été obligé par le Tribunal fédéral sur le fondement de l'article 2 de la Convention à remplacer la Commission pour l'égalité et l'égalité des chances entre hommes et femmes qu'il venait de fermer.

¹⁶³⁷ En particulier, cela a été refusé pour les dispositions de l'article 16 alinéa 1 c qui garantit l'égalité des droits dans le mariage et sa dissolution (TF 2C°364/2010, 23 septembre 2010), pour celles de l'article 11 interdisant les discriminations des femmes dans le domaine de l'emploi et de la sécurité sociale ((ATF 139 I 257) ou encore pour l'article 4 (ATF 125 I 21, 7 octobre 1998).

mise en œuvre par le Comité associé que de son application directe par les juges français. Au final, la Convention a aujourd'hui en droit une portée limitée et est clairement sous-utilisée. Ce faible usage résulte peut-être d'une méconnaissance de l'instrument juridique, comme semblent le laisser penser les recommandations faites par le Comité mettant en œuvre la Convention¹⁶³⁸. C'est fort dommage car la CEDAW –et son article 5 en particulier– pourrait servir de fondement pour lutter contre les stéréotypes de genre et spécialement ceux liés à la division sexuée du travail présents en droit. Les droits reproductifs pourraient ainsi être pensés, sur le modèle du projet parental, comme s'adressant aussi bien aux hommes qu'aux femmes et le droit de la filiation revu pour ne plus perpétuer la division sexuée du travail.

B. Au niveau européen, deux approches très différentes

388. Au niveau européen, deux instances supranationales influencent le droit français sur ces thématiques : il s'agit d'une part du Conseil de l'Europe et d'autre part, de l'Union européenne. Toutefois, les approches de ces deux ordres juridiques sont très différentes, y compris sur une même thématique, à savoir la remise en cause de la division sexuée du travail. En effet, si le Conseil de l'Europe, notamment à travers la CEDH, mobilise le corpus juridique des droits de l'homme (a), l'Union européenne propose des réformes davantage fondées sur le marché, et en particulier celui de l'emploi (b).

a. La CEDH, l'approche par les droits de l'homme

389. Si aucune disposition de la CESDH ne fait référence aux stéréotypes de genre ou à la division sexuée du travail, celle-ci réaffirme toutefois un principe général de non-discrimination¹⁶³⁹ et la Cour de Strasbourg a su mobiliser lorsque cela était nécessaire d'autres textes internationaux et notamment l'article 5 de la CEDAW relatif aux stéréotypes de genre.

Dans l'affaire *Konstantin Markin* contre Russie¹⁶⁴⁰, la CEDH a jugé qu'il y avait notamment eu violation de l'article 14 interdisant la discrimination combiné avec l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale de la CESDH. En l'espèce, un militaire russe souhaitait bénéficier d'un congé parental de trois ans à la suite de la naissance de son troisième enfant et de son divorce avec son épouse, dans la mesure où il assurait l'éducation des enfants. Sa

¹⁶³⁸ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, CO France CEDAW/C/FRA/CO/6 (2008), §13, p. 3 : Ce dernier invite ainsi l'État français à « prendre d'autres mesures pour faire mieux connaître la Convention et son protocole facultatif et à informer régulièrement les magistrats et les procureurs de la portée et de l'importance de la Convention pour les inciter à l'invoquer dans les procès et pour encourager les juristes à faire de même. Il recommande en outre que la Convention, son protocole facultatif et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme figurent obligatoirement dans les programmes de formation juridique et des facultés de droit françaises ».

¹⁶³⁹ CESDH, Article 14 « Interdiction de discrimination » : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

¹⁶⁴⁰ CEDH, *Konstantin Markin c. Russie*, requête n° 30078/06, Première section, 7 octobre 2010 ; Grande chambre, 22 mars 2012.

demande a d'abord été rejetée car selon les dispositions législatives russes, seul un personnel militaire de sexe féminin pouvait se voir accorder un tel congé. Il obtient finalement un congé de trois mois, avant d'être rappelé sous les drapeaux, puis un congé de presque deux ans. Il fait un recours devant la Cour constitutionnelle qui est rejeté, avant d'invoquer devant la CEDH une violation des articles 14 et 8 de la Convention : en effet, il avance que le refus de lui accorder un congé parental constitue une discrimination fondée sur le sexe. La Première Section de « la Cour considère que le refus d'accorder aux militaires de sexe masculin le congé parental reconnu à leurs collègues de sexe féminin ne saurait passer pour être raisonnablement et objectivement justifié. Partant, cette différence de traitement constitue une discrimination fondée sur le sexe. La Cour conclut en conséquence, par six voix contre une, à la violation de l'article 14 en combinaison avec l'article 8 »¹⁶⁴¹. Les juges strasbourgeois examinent la différence de traitement au regard des deux éléments de justification du gouvernement russe, à savoir la qualité de militaire et le sexe masculin du requérant. Concernant le sexe, « la Cour n'est pas convaincue par l'argument de la Cour constitutionnelle selon laquelle la différence de traitement entre les militaires de sexe masculin et ceux de sexe féminin au regard du congé parental se justifierait par le rôle spécial des mères dans l'éducation des enfants (§19 ci-dessus). Elle fait observer que, si le congé de maternité et les allocations y afférentes visent avant tout à permettre à la mère de se remettre de la fatigue de l'accouchement et d'allaiter son nouveau-né si elle le souhaite, le congé parental et l'allocation de congé parental se rapportent, quant à eux, à la période qui suit et ont pour but de permettre au bénéficiaire de rester au foyer pour s'occuper en personne du nourrisson »¹⁶⁴². Ensuite, concernant les arguments du gouvernement en lien avec la qualité de militaire du requérant, la Cour souligne que le refus du congé parental qui vise à assurer « l'efficacité opérationnelle des forces armées » n'est pas justifié dans la mesure où il n'est étayé par aucune recherche ou donnée statistique sur le nombre de militaires qui souhaiteraient bénéficier d'un tel congé parental¹⁶⁴³.

À la suite de cette condamnation, le gouvernement russe a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, qui a confirmé la violation combinée des articles 14 et 8. Néanmoins, le raisonnement mobilisé par les juges réunis au sein de la Grande Chambre est légèrement modifié et cela s'explique notamment par le fait que parmi les textes internationaux et éléments de droit comparé pertinents est cité la CEDAW, qui a été ratifiée par la Russie en 1981. Les articles 5 et 16(1) sont particulièrement mis en exergue¹⁶⁴⁴ et le centre des droits de l'homme de l'université de Gand, tiers intervenant à l'instance, « dénonce les dangers des stéréotypes liés au sexe ». Selon lui, en l'espèce, « les deux stéréotypes sous-jacents à la présente affaire seraient, premièrement, l'idée traditionnelle selon laquelle ce seraient les femmes qui s'occuperaient de la

¹⁶⁴¹ CEDH, Konstantin Markin c. Russie, requête n° 30078/06, Première section, 7 octobre 2010, §59.

¹⁶⁴² CEDH, Konstantin Markin c. Russie, requête n° 30078/06, Première section, 7 octobre 2010, §48.

¹⁶⁴³ CEDH, Konstantin Markin c. Russie, requête n° 30078/06, Première section, 7 octobre 2010, spéc. §55 à 58.

¹⁶⁴⁴ CEDH, Konstantin Markin c. Russie, requête n° 30078/06, Grande chambre, 22 mars 2012, §49 à 50.

maison et des enfants tandis que les hommes travailleraient à l'extérieur pour gagner de l'argent et, deuxièmement, la conception que les hommes seraient davantage que les femmes destinés à servir dans l'armée et combattre »¹⁶⁴⁵. Le tiers intervenant se réfère à l'article 5 de la CEDAW et explique que « bien que la présente espèce concerne une discrimination envers un homme, la Convention précitée est pertinente en ce que le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes l'aurait interprétée comme s'appliquant à "tous les êtres humains quel que soit leur sexe" et parce que les stéréotypes s'attachant aux hommes seraient néfastes non seulement pour eux mais aussi pour les femmes. Les stéréotypes liés au sexe enfermeraient les femmes au foyer et en excluraient les hommes, ce qui serait défavorable aux deux sexes »¹⁶⁴⁶. Le raisonnement de la Cour se réfère par la suite de manière implicite aux stéréotypes de genre, en rappelant que les restrictions apportées à l'égalité des sexes ne peuvent se justifier par des traditions, « présumés d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné »¹⁶⁴⁷. Ensuite, la Cour établit que le requérant se trouvait dans une situation analogue à une femme pour ce qui est du congé parental¹⁶⁴⁸. La Cour examine alors s'il existe « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les restrictions imposées et le but légitime consistant à protéger la sécurité nationale »¹⁶⁴⁹. Sur les justifications liées au sexe, « la Cour pense, à l'instar du requérant et du tiers intervenant, que cette différence a pour effet de perpétuer les stéréotypes liés au sexe et constitue un désavantage tant pour la carrière des femmes que pour la vie familiale des hommes »¹⁶⁵⁰ et « en conclut que la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes dans la société ne peut servir à justifier l'exclusion des hommes, y compris ceux travaillant dans l'armée, du droit au congé parental. La Grande Chambre considère comme la chambre que les stéréotypes liés au sexe –telle l'idée que ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent– ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante de la différence de

¹⁶⁴⁵ CEDH, Konstantin Markin c. Russie, requête n° 30078/06, Grande chambre, 22 mars 2012, §119.

¹⁶⁴⁶ CEDH, Konstantin Markin c. Russie, requête n° 30078/06, Grande chambre, 22 mars 2012, §120.

¹⁶⁴⁷ CEDH, Konstantin Markin c. Russie, requête n° 30078/06, Grande chambre, 22 mars 2012, §127 : « La Cour rappelle en outre que la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe et que seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une telle différence de traitement (Burghartz c. Suisse, 22 février 1994, § 27, série A no 280-B, et Schuler-Zraggen c. Suisse, 24 juin 1993, § 67, série A no 263). En particulier, des références aux traditions, présumés d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne suffisent pas à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe. Par exemple, les États ne peuvent imposer des traditions qui trouvent leur origine dans l'idée que l'homme joue un rôle primordial et la femme un rôle secondaire dans la famille (Ünal Tekeli, précité, § 63) ».

¹⁶⁴⁸ CEDH, Konstantin Markin c. Russie, requête n° 30078/06, Grande chambre, 22 mars 2012, §132 : « La Cour a déjà dit que, pour ce qui est du congé parental et de l'allocation de congé parental, les hommes se trouvent dans une situation analogue à celle des femmes. De fait, contrairement au congé de maternité, qui vise à permettre à la mère de se remettre de l'accouchement et d'allaiter son bébé si elle le souhaite, le congé parental et l'allocation de congé parental se rapportent à la période qui suit et ont pour but de permettre au bénéficiaire de rester au foyer pour s'occuper en personne du nouveau-né (Petrovic, précité, § 36). La Cour n'est donc pas convaincue par l'argument du Gouvernement relatif au lien biologique et psychologique particulier qui existe entre la mère et le nouveau-né après la naissance, ce que confirmeraient les recherches scientifiques modernes (paragraphe 116 ci-dessus). ».

¹⁶⁴⁹ CEDH, Konstantin Markin c. Russie, requête n° 30078/06, Grande chambre, 22 mars 2012, §137.

¹⁶⁵⁰ CEDH, Konstantin Markin c. Russie, requête n° 30078/06, Grande chambre, 22 mars 2012, §141.

traitement en cause, pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle »¹⁶⁵¹. De même, l'autre argument tiré de la qualité de militaire du requérant n'est pas jugé pertinent par les juges strasbourgeois. Cette jurisprudence a été qualifiée « de phare »¹⁶⁵², qualificatif qui « doit bien sûr être réservé aux solutions les plus retentissantes à court terme et susceptibles, à moyen et long termes, d'éclairer la jurisprudence européenne ainsi que les pratiques nationales sous une lumière nouvelle »¹⁶⁵³. Comme l'illustre ce contentieux, l'approche en termes de stéréotypes de genre est intéressante en ce qu'elle bénéficie également aux hommes et aux femmes¹⁶⁵⁴.

La jurisprudence de la CEDH *Konstantin Markin contre Russie* est emblématique en ce qu'elle utilise explicitement, au niveau de la Grande Chambre et grâce au tiers intervenant, les dispositions de la CEDAW relatives aux stéréotypes de genre et à la division sexuée du travail. Il faut d'ailleurs noter, comme le fait Madame Avena-Robardet¹⁶⁵⁵, que cette jurisprudence est un revirement par rapport à la décision *Petrovic contre Autriche* de 1998 dans laquelle une certaine marge d'appréciation avait été laissée à l'État¹⁶⁵⁶.

Au sein de l'Union européenne, un raisonnement davantage fondé sur le marché que sur les droits fondamentaux permet de parvenir à un résultat proche.

b. L'Union européenne, l'approche par le marché

390. Au niveau de l'Union européenne, la remise en cause de la division sexuée du travail ne passe pas uniquement comme dans la CEDAW ou au sein du Conseil de l'Europe par les droits fondamentaux, mais également, de par l'histoire de la construction européenne, par le marché. Nous allons présenter trois jurisprudences pour illustrer de quelle manière l'UE contribue à remettre en cause les stéréotypes de genre, d'abord dans le domaine des primes et prestations d'assurance, ensuite en matière de retraite et enfin concernant les droits parentaux.

En matière d'assurance d'abord, la Cour constitutionnelle de Belgique a saisi la CJUE d'une question préjudicielle. En effet, une disposition du droit interne permettait d'établir « une

¹⁶⁵¹ CEDH, *Konstantin Markin c. Russie*, requête n° 30078/06, Grande chambre, 22 mars 2012, §143.

¹⁶⁵² Nicolas HERVIEU, « Condamnation solennelle des stéréotypes de genre dans la répartition des rôles parentaux » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 27 mars 2012.

¹⁶⁵³ *Ibidem*.

¹⁶⁵⁴ Diane ROMAN, « Les stéréotypes de genre : "vieilles lunes" ou nouvelles perspectives pour le droit ? », pp. 93-121 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Mathias MÖSCHEL et Diane ROMAN (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2013, spéc. p. 104-105: « Il peut s'agir, par exemple, de dénier un droit à une personne : ainsi, l'attribution d'un rôle social différent aux hommes et aux femmes en matière de parentalité est sanctionnée par la Cour européenne, dans l'affaire *Konstantin Markin* : l'exclusion des hommes au bénéfice de certaines prestations liées à la parentalité a pour effet de donner corps au stéréotype traditionnel voulant que la femme soit le « principal sollicitant », c'est-à-dire la personne principalement concernée par le soin et l'éducation des enfants. De même, dans la jurisprudence communautaire, les prestations liées à la parentalité réservées exclusivement aux mères sont censurées, sauf lorsqu'elles concernent le fait biologique de la grossesse. Ainsi, la Cour de justice a considéré que le fait de refuser au père le bénéfice d'un congé d'allaitement, naturel ou artificiel, d'un nouveau-né est de nature « à perpétuer une distinction traditionnelle des rôles entre hommes et femmes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale ».

¹⁶⁵⁵ Valérie AVENA-ROBARDET, « Comme les femmes, les hommes ont droit au congé parental », note sous CEDH, *Konstantin Markin c. Russie*, requête n° 30078/06, Première section, 7 octobre 2010, *AJ Famille*, 2010, p. 493.

¹⁶⁵⁶ CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, n°20458/92.

distinction directe proportionnelle (...) sur la base de l'appartenance sexuelle pour la fixation des primes et des prestations d'assurance, lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises »¹⁶⁵⁷ et a été attaquée devant les juridictions. Il est alors demandé à la CJUE si cette disposition permise par l'article 5, paragraphe 2 de la directive 2004/113/CE du Conseil, du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services « est valide au regard du principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes »¹⁶⁵⁸. Pour les juges luxembourgeois, l'objet de la directive étant l'instauration de primes et de prestations unisexes, les dérogations du paragraphe 2 ne sauraient demeurer illimitées dans le temps sans être contraires « à la réalisation de l'objectif d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes que poursuit la directive 2004/113 et incompatible avec les articles 21 et 23 de la charte »¹⁶⁵⁹. Cet arrêt a conduit à ce que désormais les contrats d'assurance automobile français excluent une prise en compte du sexe comme critère pour calculer le montant de la prime d'assurance¹⁶⁶⁰.

Dans un autre contentieux, la Cour de Luxembourg s'est penchée sur les droits à pension de retraite différenciés selon le sexe. Cette fois, la législation autrichienne était en cause en ce qu'elle prévoyait un départ à la retraite à l'âge de 60 ans pour les femmes et de 65 ans pour les hommes. Il s'agit alors de savoir si ces dispositions promouvant l'accès à l'emploi de personnes plus jeunes, constituent une discrimination fondée sur le sexe interdite par la directive 76/207 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail¹⁶⁶¹. La CJUE estime alors que « étant donné que, d'une part, la différence de traitement instaurée par une réglementation telle que celle en cause au principal est directement fondée sur le sexe, alors que, ainsi qu'il ressort du point 37 du présent arrêt, les situations des femmes et des hommes sont identiques en l'occurrence, et que, d'autre part, la directive 76/207 ne comporte pas de dérogation, applicable en l'espèce, au principe d'égalité de traitement, il y a lieu de conclure que cette différence de traitement constitue une discrimination directe fondée sur le sexe »¹⁶⁶². Cette décision a pour but de permettre aux femmes d'avoir les

¹⁶⁵⁷ Loi modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, pour ce qui est de l'appartenance sexuelle en matière d'assurance (*Moniteur belge*, n° 373, du 31 décembre 2007, p. 66175), cité par CJUE, G.C. 1er mars 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL c. Conseil des ministres du Royaume de Belgique, Aff. C 236/09, §11.

¹⁶⁵⁸ CJUE, G.C. 1er mars 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL c. Conseil des ministres du Royaume de Belgique, Aff. C 236/09, §15.

¹⁶⁵⁹ CJUE, G.C. 1er mars 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL c. Conseil des ministres du Royaume de Belgique, Aff. C 236/09, §32.

¹⁶⁶⁰ Étienne GRASS, « Discriminations en fonction du sexe dans les assurances : les contre-pieds de l'arrêt Test-Achats », *Droit social*, 2011, p. 689.

¹⁶⁶¹ CJUE, 18 novembre 2010, Pensionsversicherungsanstalt contre Mme K, affaire C-356/09, §19.

¹⁶⁶² CJUE, 18 novembre 2010, Pensionsversicherungsanstalt contre Mme K, affaire C-356/09, §42.

mêmes opportunités que les hommes de rester sur le marché du travail jusqu'à 65 ans, même si cela peut, au contraire, paraître réduire les droits des femmes.

Ces deux exemples montrent de quelle manière la CJUE assure le respect du principe d'égalité entre les sexes dans la mise en œuvre du droit de l'Union européenne en donnant accès aux femmes à l'emploi et aux services. Cette approche par le marché prend appui sur le principe d'égalité et ne fait pas explicitement référence aux stéréotypes de genre. Dans un autre arrêt relatif à une demande de congé parental, le raisonnement est moins implicite et plus proche de celui mis en œuvre par la CEDH dans l'affaire Konstantin Markin. Il était question de savoir « en substance, si la directive 76/207 (relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail) doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une mesure nationale telle que celle en cause au principal qui prévoit que les travailleurs de sexe féminin, mères d'un enfant et ayant le statut de travailleur salarié, peuvent bénéficier d'un congé, selon diverses modalités, pendant les neuf premiers mois suivant la naissance de cet enfant alors que les travailleurs de sexe masculin, pères d'un enfant et ayant le même statut, ne peuvent bénéficier du même congé que lorsque la mère de cet enfant dispose également du statut de travailleur salarié »¹⁶⁶³. La Cour examine alors si cela constitue une discrimination justifiée par des considérations tenant d'une part, au lien entre les femmes et leur enfant et d'autre part, aux difficultés rencontrées par les femmes sur le marché du travail lorsqu'elles ont des enfants en bas âge. Sur ce premier point, les juges luxembourgeois estiment que « le fait de considérer, ainsi que le soutient le gouvernement espagnol, que seule la mère ayant le statut de travailleur salarié serait titulaire du droit de bénéficier du congé en cause au principal alors que le père ayant le même statut ne pourrait que jouir de ce droit sans en être le titulaire est plutôt de nature à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale ». Concernant le second point, ces mesures n'ont pas pour effet d'éliminer ou de réduire les inégalités, ni de parvenir à une égalité réelle entre les sexes. C'est pourquoi le droit européen est interprété, par la CJUE, comme faisant obstacle à de telles dispositions nationales avec une référence aux rôles parentaux figés en fonction du sexe.

391. Les jurisprudences européennes qui condamnent le caractère discriminatoire des réglementations nationales réservant des congés parentaux aux seules mères remettent en cause un stéréotype de genre important. Si la référence est explicite au niveau de la CEDH, cela est plus subtil du côté de la CJUE. En France, les stéréotypes de genre, notamment liés à la division sexuée du travail, ne sont encore que peu utilisés. En effet, la prise en compte des

¹⁶⁶³ CJUE, 30 septembre 2010, C-104/09, Pedro Manuel Roca Alvarez c. Sesa Strat Espana ETT SA, §18.

stéréotypes de genre s'arrête souvent à ceux véhiculés par les médias ou les manuels scolaires. Cela ressort à la fois du rapport remis au Comité de la CEDAW et des mesures prises par la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. Certaines décisions vont toutefois dans le sens d'une remise en cause de la division sexuée du travail. Par exemple, sur la question du congé d'adoption refusé par la CPAM aux pères adoptants, le Défenseur des droits a été amené à prendre position sur le congé d'adoption¹⁶⁶⁴ et le raisonnement fait implicitement référence aux rôles stéréotypés en fonction du sexe et à la division sexuée du travail, dans le prolongement des arrêts Konstantin de la CEDH et Roca Alvarez de la CJUE qu'il cite.

En droit français, la CEDAW est peu connue. Toutefois, l'influence des jurisprudences européennes, tant des instances juridictionnelles du Conseil de l'Europe que de celles de l'Union européenne, tend à apporter des fondements pour importer une approche juridique en termes de stéréotypes de genre en général et plus particulièrement, de lutte contre la division sexuée du travail. En effet, il nous semble que ce concept permet de mieux comprendre les discriminations structurelles subies par les femmes et les hommes et de pallier les insuffisances du principe juridique d'égalité tout en contribuant à réaliser l'objectif juridique et politique d'égalité réelle entre les sexes.

Le projet parental permet une remise en cause indirecte et implicite de la division sexuée du travail puisque, chacun, indépendamment de son sexe, exprime par ce biais sa vocation à la parenté et à la parentalité. L'auteur du projet parental est indifférencié quant au critère du sexe, même si en l'état du droit, il s'agit encore d'un homme et d'une femme. Même en cas d'hétérosexualité du couple porteur du projet parental, la notion de projet parental permet de mettre homme et femme sur un pied d'égalité en matière de vocation à la parenté. La déconstruction des stéréotypes de genre ne passe pas directement par le projet parental mais est permise indirectement par les principes juridiques que sa neutralité à l'égard des sexes traduit timidement. Ainsi, c'est l'objectif d'égalité entre les sexes que nous souhaitons atteindre à travers la lutte contre un des principaux stéréotypes de genre présent en droit de la reproduction. À notre sens, le stéréotype de genre le plus prégnant en droit de la santé est celui de la figure de la femme-mère. Cette essentialisation de la maternité des femmes tend à limiter les capacités des individus, hommes et femmes, et à reproduire un schéma où les hommes assurent le travail productif et les femmes le travail reproductif. La logique de couple, derrière le

¹⁶⁶⁴ Défenseur des droits, décision n° MLD 2012-97 ; voir aussi les décisions 2010-176 et 2010-177 et la confirmation par la jurisprudence de cette recommandation : CA, Reims, 24 octobre 2012, 11/02940 : Si le droit au congé d'adoption est ouvert au père ou à la mère, l'indemnisation de celui-ci était réservée à la mère. Lorsque cette dernière est sans emploi, le père ne peut pas en bénéficier, y compris s'il est lui-même assuré social. Pour le Défenseur des droits, « une telle différence de traitement à raison du sexe dans l'exercice des droits liés à la parentalité a nécessairement des conséquences négatives sur le partage de l'éducation des enfants au sein du couple et sur l'accès des femmes au marché du travail. En effet, dès lors que ce congé est détaché de la nécessité de protéger la femme en raison de sa condition biologique du fait de la grossesse et de l'accouchement, mais a pour objet l'attention et les soins portés à l'enfant, une telle différence de traitement à raison du sexe ne saurait être justifiée ».

projet parental, traduit le fait que chacun peut et doit s'impliquer dans les questions reproductives, indifféremment de son sexe. C'est ainsi à la fois l'égalité entre les sexes et la promotion de l'autonomie individuelle que nous visons à travers nos propositions. Ces objectifs peuvent également être atteints grâce à une approche basée sur les droits reproductifs et visant l'autonomie reproductive.

Chapitre II – Le projet parental, pour redéfinir les actes médicaux reproductifs

392. Nous avons choisi de regrouper autour de la notion de projet parental la contraception, la stérilisation, l'IVG et les techniques PMA pour montrer la continuité qui existe entre ces techniques visant toutes le contrôle de la fertilité. Partant de ce constat, nous montrerons qu'il est possible de considérer ensemble les techniques permettant un contrôle positif et négatif de la reproduction autour de la notion de projet parental. En d'autres termes, cela revient à proposer une réforme du régime des actes médicaux non thérapeutiques en lien avec la procréation qui prendrait comme support l'idée que le parcours des individus est dynamique et constitué par des phases successives durant lesquelles un projet parental peut exister ou non. Nous nous intéressons uniquement aux actes pour lesquels le caractère thérapeutique n'est pas admis –ou artificiellement construit si l'on pense aux techniques reproductives, et excluons de notre propos l'interruption médicale de grossesse, ainsi que le recours aux techniques reproductives en cas de risque grave de transmission d'une maladie ou encore les diagnostics préimplantatoires dans la mesure où ils relèvent d'une logique différente et répondent à une indication médicale.

393. L'analyse en parallèle du régime juridique de ces différents actes médicaux non thérapeutiques fait apparaître des convergences importantes permettant de définir une notion juridique commune. Cette notion d'actes médicaux non thérapeutiques, fait écho à une autre notion, empruntée au droit international et qui regroupe les mêmes objets –à savoir l'IVG, la contraception, la stérilisation et les techniques de PMA–, celle de droits reproductifs. La mise en perspective de la notion d'actes médicaux non thérapeutiques (Section I) avec celle de droits reproductifs (Section II) montre les difficultés qui existent quant à la reconnaissance d'une autonomie étendue dans le domaine reproductif. En effet, l'exercice des droits reproductifs paraît limité, en droit de la santé, par l'absence de nécessité médicale des actes médicaux correspondants. De même, la notion de droits reproductifs n'est pas consacrée en droit positif alors qu'elle pourrait exprimer la liberté individuelle en matière de reproduction. *In fine*, le domaine de la reproduction est régulé par des normes paternalistes qui tendent à dénier l'autonomie décisionnelle aux individus et en particulier aux femmes, qui assurent principalement la gestion dans ce domaine.

Section I – Des actes médicaux non thérapeutiques

Section II – Des actes médicaux correspondants à des droits reproductifs

Section I – Des actes médicaux non thérapeutiques

394. En droit de la santé, la contraception, l'IVG, la stérilisation, les techniques de PMA ou même l'accouchement sont abordés de manière très singulière par rapport aux autres actes médicaux. Les spécificités du régime juridique de ces actes médicaux tendent à refuser de reconnaître aux individus une autonomie reproductive : alors qu'il n'existe aucune nécessité médicale à la réalisation des actes, les dispositions spécifiques qui existent en matière d'information et de consentement témoignent du fait que l'autonomie reproductive n'est pas consacrée. En effet, l'obligation d'information renforcée n'est pas neutre et vise à dissuader la personne de recourir à l'acte médical tandis que le renforcement de l'expression du consentement témoigne autant du peu de légitimité du recours à l'acte que d'une remise en cause du caractère sérieux de la volonté de la personne. Ces spécificités s'expliquent en partie par l'histoire de l'encadrement de ces actes médicaux non thérapeutiques : contraception, IVG, techniques de PMA et stérilisation ont fait l'objet de nombreux débats sociétaux avant d'être juridiquement reconnus. La consécration de l'autonomie procréative s'est notamment heurtée à l'idéologie nataliste de l'État. Leurs régimes juridiques respectifs, car pensés individuellement, témoignent de ces réticences initiales et s'expriment au final par des dispositions très similaires. Ainsi, l'analyse de la genèse de la reconnaissance juridique de ces actes médicaux montrent leur singularité (§I) tandis que la notion d'acte médical non thérapeutique traduit la convergence de leur régime juridique marqué par une autonomie limitée (§II). Au final, il semble pertinent de penser ensemble ces actes autour de la notion de projet parental et de promouvoir davantage l'autonomie individuelle au sein de leur régime, notamment à travers les droits des usagers du système de santé.

§I. Genèse de l'encadrement juridique

395. L'encadrement juridique de la contraception, de l'IVG, des techniques de PMA et de la stérilisation repose sur deux prémisses différentes. D'un côté, les préoccupations de santé publique ont rendu possible l'émergence de compromis justifiant la légalisation de la contraception et de l'interruption volontaire de grossesse (A). De l'autre, une extension de la notion du médical a directement permis la pratique de la stérilisation contraceptive en France tandis que l'encadrement des techniques de PMA a construit ces dernières comme relevant du champ thérapeutique (B). En d'autres termes, la reconnaissance de la contraception et de l'IVG passe par leur médicalisation alors que la pratique justifiée en termes médicaux de la stérilisation et des méthodes de PMA conduit à leur reconnaissance juridique.

A. La santé publique, comme justification

396. La genèse de l'encadrement juridique de la contraception et de l'IVG montre l'importance des préoccupations de santé publique sous-jacentes. La médicalisation de ces problématiques a

pu aboutir à la reconnaissance juridique de ces actes, au prix de textes juridiques de compromis, empreints d'une certaine réserve (a). Les préoccupations natalistes ont en parallèle conduit à proposer des alternatives au contrôle des naissances comme par exemple la procédure d'accouchement sous X (b).

a. Contraception et IVG: histoires de compromis

397. La contraception et l'IVG peuvent difficilement être présentées séparément tant ces deux notions partagent une histoire juridique proche et interagissent fortement dans la vie des personnes.

Avant les lois Neuwirth de 1967 et Veil de 1974 et 1975, le cadre répressif mis en place en 1810 avec l'adoption du Code pénal a fait l'objet d'un renforcement important dans les années 1920. L'article 317 du Code pénal issu de 1810 condamnait la femme qui avorte à la réclusion et ceux qui provoquaient un avortement aux travaux forcés. La loi du 31 juillet 1920 renforce le dispositif anti-avortement en réprimant tous les discours, toutes les publicités et toutes les formes d'information qui provoqueraient au crime d'avortement. De la même manière la « propagande anticonceptionnelle ou contre la natalité » est visée, ce qui conduit à interdire la vente des contraceptifs féminins tandis que les préservatifs restent accessibles afin de lutter contre la propagation des maladies vénériennes. La loi du 27 mars 1923 rend plus effective la condamnation des avortements en correctionnalisant l'infraction car les jurys populaires avaient tendance à acquitter les personnes poursuivies. Par la suite, le gouvernement Daladier adopte, le 29 juillet 1939, un Code de la famille¹⁶⁶⁵ qui témoigne « de l'adhésion à une conception globale de la politique et des rapports sociaux à travers le prisme familial contre la pensée individualiste républicaine. Le contrôle renforcé sur la fonction procréative des femmes et leur assignation à leur rôle de mère se situent au cœur de ce projet politique et sociétal concernant la maternité, l'enfance et la race (titre des rubriques du Code de la famille) »¹⁶⁶⁶. Sous Vichy, la loi de février 1942 fait de l'avortement un crime contre « la société, l'État et la race » et est désormais puni de la peine de mort. La libération ne signe pas encore la libéralisation de l'avortement, en absence d'indication médicale¹⁶⁶⁷. Il faut alors attendre les années 1970 pour qu'une véritable rupture juridique ait lieu quant aux possibilités d'accès à la contraception et à l'avortement.

398. En 1967, la loi dite Neuwirth¹⁶⁶⁸ autorise l'information relative aux moyens de réguler les naissances et permet la fabrication, l'importation et la vente de produits, médicaments et objets contraceptifs. La délivrance des contraceptifs sur ordonnance permet d'obtenir l'adhésion du

¹⁶⁶⁵ Décret-loi relatif à la famille et à la natalité française.

¹⁶⁶⁶ Bibia PAVARD, Florence ROCHEFORT et Michelle ZANCARINI-FOURNEL, *Les lois Veil : Contraception 1974, IVG 1975*, Armand Colin, Collection U, Histoire, Série « Les événements fondateurs », p. 27.

¹⁶⁶⁷ Le décret n° 55-512 du 11 mai 1955 codifie les dispositions de la loi de 1920 dans le Code de la santé publique.

¹⁶⁶⁸ Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du Code de la santé publique.

Conseil de l'Ordre des médecins et c'est pourquoi, la publicité pour les produits contraceptifs est réservée aux médecins et pharmaciens¹⁶⁶⁹. Toutefois, les décrets d'application mettent par la suite longtemps avant d'être publiés, certains dès 1969, d'autres en 1972 seulement. Pour Monsieur le député Lucien Neuwirth, il s'agirait d'un « sabotage délibéré »¹⁶⁷⁰. De même, la dangerosité de la pilule est utilisée « comme un argument politique par les adversaires de la libéralisation de la contraception »¹⁶⁷¹. Cette méfiance à l'égard de la pilule s'était auparavant exprimée puisque le rapport de la Commission Prigent rendu en 1962 proposait « d'exclure la pilule du décret légalisant la vente des produits contraceptifs féminins »¹⁶⁷². Par ailleurs, le dispositif juridique mis en place par la loi Neuwirth est lourd et témoigne de ces réticences à l'égard de la contraception. L'inscription des contraceptifs sur un tableau spécial oblige par exemple les pharmaciens à utiliser un carnet à souches¹⁶⁷³, comme pour les médicaments à destination des toxicomanes. Pour les mineurs de 18 à 21 ans, l'accord de l'un des parents est également nécessaire¹⁶⁷⁴. En pratique, aucun contraceptif ne bénéficie d'une autorisation de mise sur le marché en tant que tel à l'automne 1969 et les frais d'impression des carnets à souche posent également difficulté¹⁶⁷⁵. Pour autant, certaines femmes arrivent, y compris avant l'adoption de la loi Neuwirth, à se faire prescrire la pilule. Ainsi, « à la fin de l'année 1969, le Service Central de la Pharmacie estime que près de 600 000 femmes prennent la pilule, sous couvert d'indications thérapeutiques »¹⁶⁷⁶. Les ventes de pilule progressent même en l'absence d'application des dispositions de la loi de 1967 et une accélération de la diffusion est entamée en 1972¹⁶⁷⁷. L'objectif initial de la loi Neuwirth, à savoir la réduction du nombre d'avortements, n'est en revanche pas atteint dans la mesure où la diffusion de la contraception n'est pas assez rapide et généralisée¹⁶⁷⁸.

399. Les lois Veil de 1974 et de 1975 apparaissent alors comme des aménagements et évolutions particulièrement nécessaires pour pallier les insuffisances de la loi Neuwirth, qui viennent

¹⁶⁶⁹ Voir loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, Article 5 al. 1er : « Toute propagande antinataliste est interdite. Toute propagande et toute publicité commerciale directe ou indirecte concernant les médicaments, produits ou objets de nature à prévenir la grossesse ou les méthodes contraceptives sont interdites, sauf dans les publications réservées aux médecins et aux pharmaciens ».

¹⁶⁷⁰ Jacqueline LAUFER et Chantal ROGERAT, « Lucien Neuwirth, la bataille de la contraception », *Travail, genre et sociétés* 2/2001, n° 6, pp. 5-15.

¹⁶⁷¹ Sophie CHAUVÉAU, « Les espoirs déçus de la loi Neuwirth », *Clio. Histoire, femmes et sociétés* [En ligne], 18 | 2003, mis en ligne le 08 février 2005, consulté le 13 mars 2015.

¹⁶⁷² *Ibidem*.

¹⁶⁷³ Voir la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, Article 3.

¹⁶⁷⁴ Voir la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, Article 3 al. 5. sauf « pour les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion » (Article 6).

¹⁶⁷⁵ Sophie CHAUVÉAU, *op. cit.*

¹⁶⁷⁶ AN 760601/7 : commission d'études pour l'application de la loi Neuwirth, Service Central de la Pharmacie, note du 20 février 1970 cité par Sophie CHAUVÉAU, *op. cit.* : « ces prescriptions représenteraient un chiffre d'affaires de 21 millions de francs pour l'année 1969, soit 0,3 % des ventes de l'ensemble des produits pharmaceutiques ».

¹⁶⁷⁷ Il s'agit de l'année de parution des derniers décrets d'application de la loi du 28 décembre 1967.

¹⁶⁷⁸ Sophie CHAUVÉAU, *op. cit.* : « La diffusion des moyens contraceptifs les plus confortables et les plus sûrs que sont la pilule et le stérilet est donc relativement lente et n'empêche pas la hausse du nombre des avortements. De ce point de vue, le projet initial qui était de favoriser l'accès à la contraception pour réduire le nombre des avortements est un échec ».

davantage de l'application extrêmement limitée du texte que de la loi elle-même. En matière de contraception d'abord, la loi du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances supprime le carnet à souches et la nécessité d'un accord parental pour obtenir des contraceptifs pour les mineurs entre 18 et 21 ans. L'information sur la contraception est également permise, mais uniquement « dans les publications réservées aux médecins et aux pharmaciens »¹⁶⁷⁹. Enfin, « les centres de planification ou d'éducation familiale agréés sont autorisés à délivrer, à titre gratuit, des médicaments, produits ou objets contraceptifs, sur prescription médicale, aux mineurs désirant garder le secret ainsi qu'aux personnes ne bénéficiant pas de prestations maladie, assurées par un régime légal ou réglementaire »¹⁶⁸⁰ et pour les autres, le remboursement, par la Sécurité sociale, est prévu pour les médicaments, objets, produits contraceptifs et les frais d'analyses et d'examens de laboratoire ordonnés en vue de prescriptions contraceptives¹⁶⁸¹. S'agissant de l'avortement ensuite, la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse suspend pendant une période de cinq ans la pénalisation de l'interruption volontaire de grossesse si elle est « pratiquée avant la fin de la dixième semaine par un médecin dans un établissement d'hospitalisation public ou un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L. 176 du Code de la santé publique »¹⁶⁸². Le chapitre relatif à l'interruption volontaire de la grossesse inséré dans le Code de la santé publique pose les bases du dispositif juridique actuel : « la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse »¹⁶⁸³ ; l'information délivrée par le médecin doit être extrêmement complète, à la fois sur les risques médicaux impliqués par l'IVG mais il doit aussi remettre un dossier-guide énumérant des voies alternatives à celle-ci¹⁶⁸⁴ ; une attestation doit être délivrée après un entretien particulier¹⁶⁸⁵ et la femme doit renouveler sa demande par écrit après un délai d'une semaine suivant la première demande¹⁶⁸⁶ ; pour les femmes mineures célibataires, le consentement d'un parent est nécessaire¹⁶⁸⁷ ; une clause de conscience spécifique existe pour

¹⁶⁷⁹ Loi n°74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, Article 3.

¹⁶⁸⁰ Loi n°74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, Article 2.

¹⁶⁸¹ Loi n°74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, Articles 7 à 10.

¹⁶⁸² Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, Article 2.

¹⁶⁸³ Article L. 162-1 du Code de la santé publique, dans sa version issue de l'article 4 de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁶⁸⁴ Article L. 162-3 du Code de la santé publique, dans sa version issue de l'article 4 de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁶⁸⁵ Article L. 162-4 du Code de la santé publique, dans sa version issue de l'article 4 de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁶⁸⁶ Article L. 162-5 du Code de la santé publique, dans sa version issue de l'article 4 de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁶⁸⁷ Article L. 162-7 du Code de la santé publique, dans sa version issue de l'article 4 de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

tous les professionnels de santé¹⁶⁸⁸ et enfin une information en matière de régulation des naissances doit être délivrée après l'IVG¹⁶⁸⁹. Ce dispositif législatif initial doit être lu en parallèle du principe énoncé à l'article 1^{er} de la loi Veil : « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi »¹⁶⁹⁰. L'IVG est ainsi initialement construit comme une atteinte au respect dû à tout être humain dès le commencement de la vie et non comme un droit des femmes¹⁶⁹¹.

400. Il existait différents modèles juridiques visant à permettre l'accès à l'IVG : la simple dépénalisation sans organisation des services pratiquant les IVG, le recours à l'avortement sur indications médicales uniquement et le recours à l'IVG en cas de détresse de la femme. Alors que le projet de loi de 1973 permettait à une femme d'avoir recours à l'avortement « lorsque la poursuite de la grossesse met en danger sa santé physique, mentale et psychique dans l'immédiat ou par des complications lointaines », avec une évaluation du danger par les médecins, la loi du 17 janvier 1975 permet un recours à l'IVG plus large¹⁶⁹². En effet, l'état de détresse est apprécié subjectivement par la femme elle-même, comme le précise le Conseil d'État dans un arrêt de 1980¹⁶⁹³. Même s'il s'agit *in fine* d'une requête de la femme, l'état de détresse sert de filtre ou d'écran entre la demande initiale de la femme d'avoir recours à une IVG et sa réalisation par le corps médical. Prenant acte à la fois du fait que juridiquement, l'état de détresse est apprécié subjectivement par la femme seule et du fait que symboliquement, l'encadrement de l'IVG a connu d'importantes évolutions qui l'ont fait passer d'un acte dérogatoire à un acte relevant davantage du droit des femmes, il a été proposé de supprimer la notion d'état de détresse. Tels étaient les arguments avancés par les auteurs de l'amendement à l'origine de cette suppression¹⁶⁹⁴, rendue effective avec l'adoption de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. Désormais, l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique dispose que « la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse »¹⁶⁹⁵. Cette modification a

¹⁶⁸⁸ Article L. 162-8 du Code de la santé publique, dans sa version issue de l'article 4 de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁶⁸⁹ Article L. 162-9 du Code de la santé publique, dans sa version issue de l'article 4 de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁶⁹⁰ Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, article 1er.

¹⁶⁹¹ Voir not. en ce sens Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *Rapport relatif à l'IVG, Volet 2 - Accès à l'IVG dans les territoires*, Haut Conseil à l'Égalité Femmes-Hommes, Rapport n°2013-1104-SAN-009 publié le 7 novembre 2013, p. 23 : « Ces diverses dispositions, visant à singulariser l'avortement et à en limiter l'accès dans un contexte soulevant des passions considérables autour de débats de conscience et d'éthique, montrent que l'IVG n'a pas initialement été posée comme un droit à part entière par le législateur, mais comme une concession ».

¹⁶⁹² « [Témoignage]. La loi du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de la grossesse », *Revue française des affaires sociales* 1/ 2011 (n° 1), p. 17-21.

¹⁶⁹³ C.E., Ass., 31 octobre 1980, n°13028.

¹⁶⁹⁴ http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1380/CION_LOIS/CL152.asp et http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1380/CION_LOIS/CL294.asp.

¹⁶⁹⁵ Article L. 2212-1 du Code de la santé publique, modifié par l'article 24 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

été validée par le Conseil constitutionnel qui l'a jugé conforme à la Constitution alors que les députés et sénateurs à l'origine de la saisine faisaient valoir que cette suppression « romprait le compromis et l'équilibre résultant de la loi du 17 janvier 1975 et porterait dès lors atteinte "au principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie" »¹⁶⁹⁶. La suppression de la mention de l'état de détresse était la première des recommandations du rapport relatif à l'IVG rendu en 2013 par le Haut Conseil à l'Egalité entre les Femmes et les Hommes et répond « à la volonté de dédramatiser, de déstigmatiser et de normaliser l'IVG, et ce dans les faits comme dans la loi »¹⁶⁹⁷. En effet, le rapport met en avant un certain paradoxe, d'une part « l'IVG est un acte assez courant de la vie des femmes qui concerne une femme sur trois dans sa vie, de toutes origines et de tous milieux »¹⁶⁹⁸ et d'autre part, « la légitimité du recours au droit, elle, peut être remise en cause : insidieusement par les organisations anti-avortement sur internet, ou par l'utilisation d'expressions telles que "IVG de confort" - renvoyant à l'idée que l'IVG peut être perçue par les femmes comme un moyen de contraception, ou encore d' "échec" de contraception – entendu comme l'échec des femmes à maîtriser leur contraception »¹⁶⁹⁹. En particulier, « l'expression de "femme en situation de détresse" renvoie à l'idée que l'IVG doit être un ultime recours, la faisant basculer d'un droit, à une concession dans des cas exceptionnels »¹⁷⁰⁰. Pour les auteures du rapport, il s'agit ainsi de contribuer « en changeant les mentalités à faire évoluer le système d'offres de soins et ainsi à dépasser les obstacles que peuvent encore rencontrer certaines femmes lorsqu'elles souhaitent avorter »¹⁷⁰¹.

401. Cette évolution s'inscrit dans le prolongement des nombreuses modifications qui sont intervenues concernant le cadre relatif à l'IVG depuis la loi Veil de 1975, notamment en matière de prise en charge financière de l'IVG. D'abord, la loi Pelletier du 31 décembre 1979 a reconduit le dispositif mis en place par la loi Veil¹⁷⁰². Ensuite, en 1982, les dépenses afférentes à l'IVG ont été prises en charge par l'État par le biais de l'assurance-maladie¹⁷⁰³. Si l'IVG devient pérenne et pris en charge par la collectivité publique comme dépense de santé peu de temps après la loi Veil, il faut cependant attendre 2001 pour que soit amorcée une modification en profondeur du sens de l'IVG. Ainsi, la loi du 4 juillet 2001¹⁷⁰⁴, dite loi Roudy, allonge le délai de recours à l'IVG de 10 à 12 semaines, permet la pratique d'IVG en médecine de ville, permet aux mineures d'avoir recours à un IVG même en l'absence d'autorisation parentale, dès lors qu'elles sont toutefois accompagnées par une personne majeure, supprime le caractère obligatoire de la

¹⁶⁹⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014, cons. 1 à 4.

¹⁶⁹⁷ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁹⁸ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*

¹⁷⁰¹ *Ibid.*

¹⁷⁰² Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

¹⁷⁰³ Loi n° 83-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure.

¹⁷⁰⁴ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'IVG et à la contraception.

consultation psycho-sociale préalable pour les majeures, -même si la consultation reste proposée à toutes les femmes- et met en place une nouvelle consultation, -tout aussi facultative-, après l'intervention. Pour les auteures du rapport du Haut Conseil à l'Egalité entre les Femmes et les Hommes, « la loi de 2001 affirme clairement une approche en termes de droit »¹⁷⁰⁵. Il est également souligné que « l'association de l'avortement et de la contraception dans une même loi marque par ailleurs une avancée importante en termes de droit »¹⁷⁰⁶. En effet, la loi du 4 juillet 2001 permet la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures sans que le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal ne soit nécessaire.

402. Enfin, les dernières modifications législatives en la matière concernent l'amélioration de l'accès à l'IVG et à la contraception. D'abord, la loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique prévoit dans le domaine de la contraception et de l'IVG des objectifs à atteindre dans les cinq prochaines années¹⁷⁰⁷, à savoir « assurer l'accès à une contraception adaptée, à la contraception d'urgence et à l'IVG dans de bonnes conditions pour toutes les femmes qui décident d'y avoir recours »¹⁷⁰⁸. Par la suite, la LFSS pour 2013¹⁷⁰⁹ prévoit deux mesures qui renforcent l'effectivité de l'accès à l'IVG et à la contraception. La prise en charge des IVG par l'assurance maladie est dorénavant de 100%¹⁷¹⁰ et le montant du forfait a été revalorisé pour que les établissements ne soient pas déficitaires du fait de la pratique des IVG. Ces deux évolutions vont de pair puisqu'il s'agissait de ne pas faire peser sur les femmes l'augmentation du forfait hospitalier avec un reste à charge plus important. Par ailleurs, pour les mineures d'au moins quinze ans, la gratuité¹⁷¹¹ et le secret¹⁷¹² sont mis en place¹⁷¹³. Il s'agit en effet d'éviter les grossesses non désirées et les recours à l'IVG en favorisant en amont la contraception. Ce dispositif est par ailleurs renforcé par la LFSS pour 2014¹⁷¹⁴ qui met en place le tiers payant pour les consultations et les examens biologiques liés à la délivrance d'un contraceptif en dehors

¹⁷⁰⁵ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁰⁷ Il s'agit de « cent objectifs de santé publique pour chacun des problèmes de santé retenus à l'issue de la consultation nationale ».

¹⁷⁰⁸ Tableau consultable dans le JO n° 185 du 11/08/2004 texte numéro 4 : Pour cela l'objectif préalable est d'« améliorer les connaissances relatives à l'accès à une contraception adaptée, à la contraception d'urgence et à l'IVG » et deux indicateurs sont alors suggérés : d'une part, le « nombre d'IVG survenant en l'absence de contraception ou suite à une mauvaise utilisation de la méthode de contraception » et d'autre part la « population de femmes sexuellement actives qui ne souhaitent pas de grossesse et ont au moins un rapport sexuel sans utiliser de méthode contraceptive au cours des 28 derniers jours ».

¹⁷⁰⁹ Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013.

¹⁷¹⁰ Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, Article 50 modifiant créant un 20° à l'article L. 322-3 du code de la sécurité sociale.

¹⁷¹¹ Article L. 322-3, 21° du Code de la sécurité sociale.

¹⁷¹² Article L. 5134-1, I, alinéa 2 du Code de la santé publique : « La délivrance et la prise en charge de contraceptifs sont protégées par le secret pour les personnes mineures ».

¹⁷¹³ Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, Article 52.

¹⁷¹⁴ Loi n°2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014.

des centres de planification, par des médecins¹⁷¹⁵ ou des sages-femmes¹⁷¹⁶. Quant à la LFSS pour 2015¹⁷¹⁷, elle prévoit que « le Gouvernement remet[te] au Parlement, avant le 1er octobre 2015, un rapport sur l'évaluation du dispositif mis en place dans le cadre des articles L. 162-4-5 et L. 162-8-1 du Code de la sécurité sociale permettant l'accès à la délivrance de contraception aux mineures d'au moins quinze ans de manière anonyme et gratuite »¹⁷¹⁸. Le régime juridique de l'IVG et de la contraception pour les mineurs favorise ainsi leur autonomie décisionnelle, avec des mesures spécifiques notamment en matière de prise en charge financière.

403. Concernant la contraception d'urgence, la loi n°2000-1209 du 13 décembre 2000 a encadré ces nouveaux produits qui se situent à la frontière de la contraception et de l'avortement : désormais « les médicaments ayant pour but la contraception d'urgence (...) ne sont pas soumis à prescription obligatoire »¹⁷¹⁹. Par ailleurs, ils sont délivrés gratuitement dans les pharmacies et à titre exceptionnel « dans les établissements d'enseignement du second degré (...) les infirmières peuvent, (...), dans les cas d'urgence et de détresse caractérisée, administrer aux élèves mineures et majeures une contraception d'urgence. Elles s'assurent de l'accompagnement psychologique de l'élève et veillent à la mise en œuvre d'un suivi médical »¹⁷²⁰.

404. Les évolutions du cadre législatif initial concernant la contraception et l'IVG sont importantes et illustrent un changement de perspective quant à leur légitimité et la facilité de leur accès. Toutefois, « les retards apportés à la diffusion de la pilule du lendemain, dans un pays comme la France, ou le peu d'attention conférée au développement de la contraception masculine, témoignent du caractère très secondaire que la question de la contraception continue à revêtir aux yeux du corps médical et des pouvoirs publics »¹⁷²¹. Le caractère secondaire de ces questions s'explique par l'importance des oppositions dont elles peuvent faire l'objet, oppositions parfois violentes et dans d'autres cas, insidieuses. Face aux oppositions les plus violentes à l'IVG, un délit d'entrave a d'ailleurs été créé en 1993¹⁷²². Est ainsi puni « le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption volontaire de grossesse ou les actes préalables (...) : - soit en perturbant l'accès aux établissements (...) ou la libre circulation des personnes à l'intérieur de ces établissements ; - soit en exerçant des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans ces établissements ou des femmes venues y subir une interruption volontaire de grossesse »¹⁷²³. Par

¹⁷¹⁵ Article L. 162-4-5 du code de la sécurité sociale, créé par l'article 55 de la loi n°2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014.

¹⁷¹⁶ Article L. 162-8-1 du code de la sécurité sociale, créé par l'article 55 de la loi n°2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014.

¹⁷¹⁷ Loi n°2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015.

¹⁷¹⁸ Loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015, Article 48.

¹⁷¹⁹ Article L. 5134-1 alinéa 3 du Code de la santé publique.

¹⁷²⁰ *Ibidem*.

¹⁷²¹ Alisa DEL RE, « Avortement et Contraception », pp. 1-6 in Helena HIRATA, Françoise LABORIE, Hélène LE DOARE et Danièle SENOTIER (dir.), *Dictionnaire critique du féminisme*, PUF, 2e éd. 2004, p. 2.

¹⁷²² Loi n°93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social.

¹⁷²³ Article L. 162-15 du Code de la santé publique devenu depuis l'article L. 2223-2 du Code de la santé publique.

ailleurs, toute « association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, dont l'objet statutaire comporte la défense des droits des femmes à accéder à la contraception et à l'interruption de grossesse, peut exercer les droits reconnus à la partie civile » en la matière¹⁷²⁴. Le délit d'entrave à l'IVG permet ainsi de préserver un accès à l'IVG face à des résistances virulentes de la part d'un petit nombre de personnes.

Cette présentation des législations successives en matière d'avortement et de contraception met en exergue la manière dont le régime actuel résulte de strates successives et le chemin parcouru depuis les années 1970 pour rendre plus légitime ce qui apparaît d'abord comme une concession faite aux femmes. Les oppositions à la contraception et à l'IVG en particulier reposent sur différentes postures morales et religieuses. La question du statut de l'embryon est importante mais d'autres préoccupations tenant à la famille et à la natalité rentrent également en ligne de compte. Parmi les résistances initiales à l'encadrement de l'IVG et de la contraception, les idées natalistes ont tenu une place importante et s'expriment encore aujourd'hui à travers l'accouchement sous X.

b. L'accouchement sous X : témoin des idées natalistes

405. Dès le XIX^e siècle, la natalité est une véritable préoccupation en France puisque la fécondité baisse très vite (-40%) entre 1800 et 1914. Comme l'expliquent plusieurs historiennes, « cette situation démographique spécifique est l'objet d'usages politiques, en particulier après la défaite de 1870, associant la faiblesse de la fécondité à la décadence morale et à la faillite nationale. Ce discours est encore » présent aujourd'hui¹⁷²⁵. Les mêmes élus sont souvent en faveur d'une politique familiale étendue avec la mise en place d'un congé de maternité et d'une politique répressive à l'égard de la contraception et l'avortement afin de favoriser la natalité¹⁷²⁶. Il s'agit d'un natalisme patriotique ou encore de « patriotisme patriarcal »¹⁷²⁷. Sous Vichy, le familialisme s'exprime notamment à travers le décret-loi relatif à la famille et à la natalité française, aussi connu sous le nom de Code de la famille, adopté le 29 juillet 1939 : les peines concernant l'avortement sont plus lourdes, l'accès à l'avortement thérapeutique plus restreints et la surveillance des maisons maternelles accrue. Par la suite, le décret-loi du 2 septembre 1941 sur la protection de la naissance organise la prise en charge secrète des femmes enceintes

¹⁷²⁴ Article L. 162-15-1 du Code de la santé publique devenu article L. 2223-1 du Code de la santé publique.

¹⁷²⁵ Bibia PAVARD, Florence ROCHEFORT et Michelle ZANCARINI-FOURNEL, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷²⁶ Bibia PAVARD, Florence ROCHEFORT et Michelle ZANCARINI-FOURNEL, *op. cit.*, pp. 16-17 : « le médecin et sénateur radical Paul Strauss a rédigé une proposition de loi en 1912 qui inspire nettement les lois répressives de 1920 et de 1923 en même temps qu'il était en 1909 à l'origine de la première loi sur les congés maternité (se référant à Anne COVA, *Maternité et droits des femmes en France (XIX^e-XX^e siècles)*, Anthropos, coll. Historiques, 1997) ».

¹⁷²⁷ Karen OFFEN, « Depopulation, Nationalism and Feminism Fin-de-Siècle France », *American Historical Review*, 1984, p. 89 cité par Bibia PAVARD, Florence ROCHEFORT et Michelle ZANCARINI-FOURNEL, *op. cit.*, p. 17.

gratuitement dans les établissements de santé¹⁷²⁸. Même si la pratique de l'accouchement sous X est antérieure et date de la Révolution française¹⁷²⁹.

406. L'accouchement sous X illustre la persistance des idées natalistes autant qu'il témoigne, aujourd'hui, de la volonté d'éviter que les femmes aient recours à l'IVG. Même si aucune des dispositions juridiques relatives à l'accouchement sous X ne se trouvent dans le Code de la santé publique, il est pensé toutefois comme une alternative à l'IVG. Dans la mesure où l'accouchement dans le secret ne présente en lui-même que des aspects médicaux très limités, il ne peut pas être défini comme un acte médical non thérapeutique. Cela s'explique également dans la mesure où l'accouchement physiologique n'est pas défini comme un acte médical¹⁷³⁰. La jurisprudence¹⁷³¹ – autant que l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)¹⁷³² – excluent l'accouchement du dispositif d'indemnisation des accidents médicaux prévu par l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique car il ne s'agirait pas, en dépit d'une médicalisation importante, d'un « acte de prévention, de diagnostic ou de soins »¹⁷³³.

407. Étant donné que la qualification d'acte médical est déniée à l'accouchement, il paraît difficile de définir l'accouchement sous X comme un acte médical, thérapeutique ou non, même si certains aspects rapprochent l'accouchement sous X des autres actes médicaux non thérapeutiques, en particulier l'existence d'une information renforcée voire finalisée. En effet, la femme qui demande à accoucher dans le secret doit être informée d'un certain nombre d'éléments, à savoir « des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire »¹⁷³⁴, « de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6 »¹⁷³⁵ et du fait « qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance »¹⁷³⁶. Elle est en outre « invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur

¹⁷²⁸ Décret-loi du 2 septembre 1941 sur la protection de la naissance, Article 1er : « Pendant le mois qui précèdera et le mois qui suivra l'accouchement, toute femme enceinte devra, sur sa demande, être reçue gratuitement et sans qu'elle ait besoin de justifier son identité, dans tout établissement hospitalier public susceptible de lui donner les soins que comporte son état.

En conséquence et pendant cette période, il ne pourra être refusé un lit disponible à une femme en état de grossesse qui se présentera dans un établissement pour y être admise ».

¹⁷²⁹ Décret-loi du 28 juin 1793 ; puis bien plus tard, voir aussi la loi du 27 juin 1904.

¹⁷³⁰ Voir not. § 368.

¹⁷³¹ TA Amiens, 6 décembre 2007, AJDA 2008 550 et D. 2009. Somm. 1303 obs Penneau et voir aussi dans le même sens, CAA Douai, 3 juill. 2007, inédit et CAA Nancy, 14 févr. 2008, n°06NC01561, inédit : il a été jugé qu'un accouchement par voie basse réalisé « sans difficulté » ne constitue pas un acte médical entrant dans le champ d'application de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique, privant ainsi la femme d'un dispositif d'indemnisation favorable.

¹⁷³² Sabine GIBERT, *op. cit.* : « il s'agit d'apprécier l'imputabilité directe des dommages à une manœuvre obstétricale déterminée et non simplement à l'acte naturel d'accouchement » ; « il est nécessaire d'identifier un acte de soins à l'origine du dommage » ; « l'acte d'accouchement comporte des risques qui lui sont inhérents, pour la mère comme pour l'enfant ».

¹⁷³³ Sabine GIBERT, *op. cit.*

¹⁷³⁴ Article L. 222-6 alinéa 1er du Code de l'action sociale et des familles.

¹⁷³⁵ *Ibidem*.

¹⁷³⁶ *Ibid.*

sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité »¹⁷³⁷. Ainsi, les informations visent à convaincre la femme de laisser le plus grand nombre d'éléments identifiants sur elle et le géniteur –désigné comme le père– et en cela, on peut parler d'une information orientée ou finalisée. Par ces adjectifs, nous soulignons le fait que l'information délivrée ne vise pas uniquement à recueillir un consentement libre et éclairé mais plutôt à persuader la femme d'agir dans un sens spécifique et ainsi obtenir un résultat particulier. En revanche, il n'y a pas pour l'accouchement sous X, contrairement aux actes médicaux non thérapeutiques, de formalisme particulier concernant le recueil du consentement de la femme.

408. Nos propositions quant à l'accouchement sous X sont faites au moment d'étudier l'établissement de la filiation¹⁷³⁸. En effet, le rôle principal joué par l'accouchement sous X, que nous proposons d'ailleurs de supprimer en sa forme actuelle, se situe au niveau de la filiation et c'est pourquoi il est absent de la suite de nos développements, consacrés uniquement au droit de la santé. Nous utilisons ici l'accouchement sous X pour illustrer de quelle manière les oppositions insidieuses à la contraception et à l'IVG s'expriment. À propos de la QPC validant le dispositif actuel, Madame la professeure Diane Roman souligne d'ailleurs qu'« en France, ce qui relève de la gestation et de la maternité peine à s'affirmer comme un droit subjectif, tant sont à l'œuvre des logiques d'ordre public qui tendent à brouiller le message d'un "droit procréatif" fondé sur une liberté de choix »¹⁷³⁹. Que ce soit en matière de contraception, d'IVG ou d'accouchement sous X, la santé publique est par exemple souvent mobilisée. Plus particulièrement, la légalisation de la contraception devait éviter le recours à l'IVG et la légalisation de l'IVG, les pratiques clandestines qui condamnaient certaines femmes à en mourir. De même, l'accouchement sous X est souvent présenté comme permettant d'éviter les auto-avortements tardifs, les infanticides et les abandons et répondrait en ce sens à des préoccupations de santé publique¹⁷⁴⁰. L'accouchement sous X, en illustrant la prégnance des idées natalistes en France, explique une partie des résistances exprimées, y compris au sein de leur actuel régime juridique, à l'égard de la contraception et de l'IVG. Toutefois, *in fine*, contraception, IVG et accouchement sous X trouvent des justifications à leur existence en termes de santé publique. La genèse de l'encadrement juridique des techniques de PMA et de la

¹⁷³⁷ *Ibid.*

¹⁷³⁸ Voir not. §. 608.

¹⁷³⁹ Diane ROMAN, « La conventionalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », note sous CC, 16 mai 2012, déc. n°2012-248 QPC, *RDSS*, 2012, p. 750.

¹⁷⁴⁰ Conseil constitutionnel, décision n°2012-248 QPC du 16 mai 2012, cons. 6 : « Considérant, que les dispositions de l'article L. 222-6 du code de l'action sociale et des familles reconnaissent à toute femme le droit de demander, lors de l'accouchement, la préservation du secret de son identité et de son admission et mettent à la charge de la collectivité publique les frais de son accouchement et de son hébergement ; qu'en garantissant ainsi un droit à l'anonymat et la gratuité de la prise en charge lors de l'accouchement dans un établissement sanitaire, le législateur a entendu éviter le déroulement de grossesses et d'accouchements dans des conditions susceptibles de mettre en danger la santé tant de la mère que de l'enfant et prévenir les infanticides ou des abandons d'enfants ; qu'il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé ».

stérilisation à visée contraceptive met en exergue d'autres ressorts rhétoriques. En particulier, une dialectique centrée autour de la distinction entre le thérapeutique et le médical se substitue aux préoccupations de santé publique.

B. La part du médical et du thérapeutique

409. Le cadre juridique relatif à la stérilisation et aux techniques de PMA a été mis en place alors que les procédés médicaux étaient déjà mis en œuvre par des médecins dans les interstices silencieux de la loi, sans pour autant qu'il existe des risques juridiques pour les différentes parties prenantes -à la différence de l'IVG. Concernant la PMA, le cadre juridique s'est largement inspiré des règles déontologiques précédemment dégagées par les CECOS. C'est donc à la suite de la prise en charge médicalisée des problèmes d'infertilité des couples par des équipes pluridisciplinaires que les techniques de PMA ont été encadrées, à droit quasiment-constant. La préexistence de la pratique sur l'encadrement juridique explique le fait que les techniques de PMA aient été construites comme des actes médicaux classiques, c'est-à-dire thérapeutiques (a). Si, de la même manière que les techniques de PMA, la pratique de la stérilisation à visée contraceptive a été controversée, celle-ci n'a toutefois pas réussi à s'imposer comme une pratique médicale aussi légitime. En effet, la stérilisation à visée contraceptive des personnes capables relève davantage du champ de la contraception et témoigne des réticences des médecins à s'investir dans le champs du contrôle des naissances. L'élargissement du champ d'intervention de la médecine à la stérilisation à visée contraceptive apparaît alors significatif des bouleversements apportés en droit médical par les actes médicaux non thérapeutiques (b).

a. Les techniques de PMA

410. Le régime juridique des techniques de PMA tend à en faire des actes médicaux thérapeutiques. En effet, il existe deux indications médicales d'accès aux techniques de PMA, à savoir en cas d'infertilité du couple ou en cas de risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple¹⁷⁴¹. Concernant l'infertilité du couple, il a en outre été précisé que le caractère pathologique de celle-ci doit être médicalement diagnostiqué¹⁷⁴². En plus de ces « indications médicales » justifiant le recours à la PMA, le régime juridique des techniques de PMA ne comporte pas certaines spécificités propres aux autres actes médicaux non thérapeutiques. Ainsi, il n'existe pas en matière de PMA, contrairement à l'IVG et à la stérilisation, en France, de clause de conscience spécifique. Lors des débats qui ont précédé l'adoption des lois de bioéthique en 1994, un amendement avait été proposé en ce sens et visait à proclamer l'existence d'une clause de conscience¹⁷⁴³. L'amendement a été repoussé car il a été

¹⁷⁴¹ Alinéa 1er de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique.

¹⁷⁴² *Ibidem*.

¹⁷⁴³ Amendement no 95 visant à proclamer la clause de conscience (Article 46.1).

mis en avant le fait qu'il existe déjà une clause de conscience générale à tous les actes médicaux¹⁷⁴⁴.

La construction des techniques de PMA comme des actes médicaux classiques explique en partie l'absence d'éléments spécifiques aux actes médicaux non thérapeutiques. En outre, ce régime proche du droit commun renforce le sentiment selon lequel les techniques de PMA ont un caractère thérapeutique. Il convient toutefois de se demander dans quelle mesure les techniques de PMA remplissent effectivement une finalité thérapeutique. En effet, « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple » comme en témoigne l'ancienne rédaction de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. L'objectif des techniques de PMA est bien d'aider à la réalisation d'un projet parental et donc *in fine* de favoriser la naissance d'un enfant. Si les facteurs de stérilité peuvent être de différentes natures et origines, il n'en demeure pas moins que les techniques mises en œuvre ne rétablissent pas durablement des fonctions défaillantes mais pallient les insuffisances, grâce à une FIV ou un don de gamète. Une femme seule, une femme en couple avec une autre femme ou une femme dont le compagnon a une azoospermie se trouvent toutes dans la même situation et leur éventuelle grossesse dépend du recours à un don de sperme. La médecine remplit alors une fonction sociale, d'aide à la reproduction, d'assistance à la procréation.

La construction des techniques de PMA comme thérapeutiques est utilisée pour restreindre l'accès à ces techniques aux seuls couples hétérosexuels tandis que l'objectif des techniques, à savoir la naissance d'un enfant dans une famille traditionnelle, est valorisé au sein de l'institution médicale et de la société en général. En ce sens, le rapport Théry-Leroyer dénonce la présentation du don de gamètes comme une thérapie¹⁷⁴⁵ et préconise en conséquence de « renoncer à la définition du don de gamètes comme une supposée "thérapie", à ce titre réservée aux couples souffrant d'une stérilité pathologique médicalement constatée »¹⁷⁴⁶. Il recommande

¹⁷⁴⁴ Gérard MEMETEAU, « À l'abordage ! », in Jean-Christophe GALLOUX, (dir.) « Analyse des lois bioéthiques », *Petites affiches*, 14 déc. 1994, n° 149, n° spécial, p. 41 : « il est, a-t-on dit, superflu, car l'article 39 du Code de déontologie reconnaît déjà la clause de conscience (ce qui est exact) et car seules des équipes volontaires pratiqueront les PMA. Pour ne pas proclamer cette clause expressément, on répond qu'elle existe dans le corpus du droit positif ; pour écrire un statut du corps humain, on prétend qu'il n'y en aurait pas » ; dans cet article, il dénonce plus généralement la manière dont l'argument du vide juridique a été utilisé afin de faire adopter les lois de bioéthique de 1994 et de « créer » un statut juridique au corps humain. Pour lui, l'article 16-3 du Code civil n'était pas nécessaire et le corps humain faisait déjà l'objet d'une protection prétorienne.

¹⁷⁴⁵ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 157 : « ce double niveau (englobant : le don de gamètes est un don comme les autres/englobé : c'est un don spécifique) permet de comprendre l'ambiguïté qui règne autour de la référence à la stérilité du couple. D'un côté, cette notion permet de sélectionner le type de couple accepté : la "stérilité pathologique" d'un couple ne pouvant concerner qu'un couple hétérosexuel. La référence au traitement (niveau englobant, non spécifique) permet alors de justifier ce choix en termes purement médicaux : en France on traite des pathologies, on ne fait pas de médecine "de convenance". Mais le recours au don de gamètes ou d'embryon (niveau englobé, spécifique) indique bien que, justement, dans ce cas il ne s'agit aucunement de traiter une pathologie au sens propre du terme. À la différence de ce qui se passe dans l'AMP intraconjugale, le recours au don de gamètes ne soigne et ne guérit rien de cette stérilité "pathologique". Il la contourne par une pratique sociale : le recours à un géniteur externe au couple ».

¹⁷⁴⁶ Irène THERY, Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, p. 161.

« dans ce cadre, [de] permettre l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes »¹⁷⁴⁷. Ce que le rapport oublie cependant de souligner que c'est l'ensemble des techniques de PMA, et pas seulement celles qui nécessitent un don de gamètes, qui sont faussement présentées comme des thérapies. Cette limitation de la démonstration aux seules techniques mettant en jeu un don de gamètes peut s'expliquer par l'objectif principal poursuivi par les travaux d'Irène Théry, à savoir la dénonciation de l'anonymat du don¹⁷⁴⁸.

L'encadrement des techniques de PMA en fait ainsi des actes médicaux « thérapeutiques » alors qu'il n'en est rien. Le régime juridique mis en place favorise alors le recours à ces techniques pour ceux qui peuvent en être bénéficiaires tandis qu'il rend légitime l'exclusion des autres personnes. Lorsque le sceau de la thérapeutique ne peut être apposé sur des techniques ou pratiques médicales, leur légitimité apparaît plus controversée, comme en témoigne l'histoire de l'encadrement juridique de la stérilisation à visée contraceptive.

b. La « stérilisation à visée contraceptive »

411. Un chapitre du Code de la santé publique est consacré à la « stérilisation à visée contraceptive » même si, par la suite, seuls les actes chirurgicaux correspondants sont nommés, à savoir pour les femmes, « la ligature des trompes » et pour les hommes, « la ligature (...) des canaux déférents »¹⁷⁴⁹. Cette désignation de la stérilisation par le biais des actes médicaux met en évidence la différence des sexes et rend visible les deux sexes et en particulier les hommes. En pratique, ces derniers sont moins concernés que les femmes par les questions contraceptives dans la mesure où il n'existe aucune autre méthode de contraception médicale qui leur est destinée¹⁷⁵⁰. Pourtant, « percevoir les hommes comme irresponsables relève d'une construction historique et culturelle. En effet, aujourd'hui, quatre méthodes de contraception masculine anciennes et plus ou moins efficaces s'offrent aux hommes : l'abstinence, le coït interrompu, la vasectomie et le préservatif »¹⁷⁵¹. La vasectomie est une des méthodes de contraception masculine, relativement récente, caractérisée par son efficacité. Pour autant, le cadre médical

¹⁷⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁴⁸ Voir en ce sens, Irène THERY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'EHESS, Coll. « Cas de figure », 2010.

¹⁷⁴⁹ Articles L. 2123-1 et L. 2132-2 du Code de la santé publique.

¹⁷⁵⁰ Voir en ce sens not. Nathalie BAJOS et Nathalie BELTZER, « De la contraception à la prévention : les enjeux de la négociation aux différentes étapes des trajectoires affectives et sexuelles », pp. 437-460 in Nathalie BAJOS (dir.), Michel BOZON (dir.), Nathalie BELTZER (coord.), *La sexualité en France. Pratiques, genre et santé*, La découverte, 2008, spéc. p. 437 : « le recours aux méthodes de contraception efficaces, sous la responsabilité des femmes ».

¹⁷⁵¹ Cyril DESJEUX, « Histoire et actualité des représentations et pratiques de contraception masculine », pp. 49-63 in Armelle ANDRO et Annabel DESGREES DU LOU, « Régulation des naissances et santé sexuelle : où sont les hommes ? », *Autrepart*, 2009, n°52, spéc. pp. 50-51.

d'administration de la contraception, très féminin¹⁷⁵², tend à marginaliser cette méthode contraceptive¹⁷⁵³, ainsi que les autres méthodes collaboratives impliquant les hommes¹⁷⁵⁴.

Par ailleurs, dans le Code de la santé publique, la visée contraceptive de l'intervention est toujours précisée dans la mesure où la légalité de la stérilisation faisait, avant l'introduction de dispositions spécifiques par la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001, débat. En effet, avant 2001, aucune disposition législative n'encadrait spécifiquement la stérilisation et la légalité de la pratique s'appréciait au regard du droit commun. En d'autres termes, seule la nécessité thérapeutique rendait légale l'atteinte à l'intégrité physique que représente la stérilisation. En l'absence de nécessité thérapeutique, le consentement des personnes ne suffisait pas à rendre la pratique médicale légale. L'arrêt fondateur en la matière est celui de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendu le 1^{er} juillet 1937 qui établit que le consentement n'exonère pas le coupable¹⁷⁵⁵. Toutefois, en l'espèce, il ne s'agissait pas de médecins qui pratiquaient les stérilisations et même s'« ils intervenaient à la demande des personnes concernées, (...) le tribunal correctionnel devant lequel ils ont été jugés n'a jamais eu –et pour cause– à se prononcer sur le point de savoir si le consentement du “patient” était ou non un fait justificatif d'une “intervention chirurgicale” »¹⁷⁵⁶. Il est alors abusif d'en conclure, à partir de l'arrêt dit des « Stérilisés de Bordeaux », « que le consentement de la victime ne constituait pas un fait justificatif de l'intervention médicale sur le corps d'autrui »¹⁷⁵⁷.

Si les principes juridiques au regard desquels a été rendue cette décision n'étaient pas explicites dans le corpus civiliste, ils n'en étaient pas moins existants¹⁷⁵⁸. Il s'agit du moins de la position défendue par Monsieur le Professeur Gérard Mémeteau qui dénonce les arguments fallacieux utilisés par les parlementaires pour justifier l'adoption des lois dites de bioéthique¹⁷⁵⁹. Il explique en particulier, « l'on écrira un nouveau droit, présenté comme bénéfique comblement d'un vide inexistant, afin d'autoriser des pratiques illicites car dépourvues de cause thérapeutique, donc potentiellement pénalement punissables »¹⁷⁶⁰. Ainsi, la loi du 29 juillet 1994 crée l'article 16-3 au Code civil qui dispose qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne » tandis que l'article 41 du

¹⁷⁵² Cécile VENTOLA, *op. cit.*, pp. 6-7 : « La contraception médicalisée est pensée comme féminine, et l'espace même de la consultation est un espace féminin, où la relation principale est celle qui lie le médecin et les femmes et où les hommes sont perçus au mieux comme des tiers embarrassants, au pire comme des ennemis ».

¹⁷⁵³ Cécile VENTOLA, *op. cit.*, p. 7 : « La définition normative de la contraception qu[e les praticiens] élaborent au fil des entretiens renforce cette perception des femmes comme interlocutrices légitimes, en excluant les méthodes contraceptives masculines du panel des méthodes recommandables ».

¹⁷⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵⁵ Cass., Crim. 1^{er} juillet 1937, *Bull. crim.* 1937, n° 139, D.H. 1937, 537, Gaz.Pal. 1937 II 358, S. 1938 I 193, note Tortat.

¹⁷⁵⁶ Dominique THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du code civil », *D.*, 2000, p. 485.

¹⁷⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁵⁸ Gérard MEMETEAU, *op. cit.*

¹⁷⁵⁹ Voir par exemple, *Ibidem* : « Ensuite, que si la bioéthique, dont le droit médical, établit la relative inutilité, doit intervenir, ce n'est qu'à titre complémentaire, en apportant des forces, des méthodes, qui ne sont pas celles de la simple répétition de la jurisprudence ».

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*

code de déontologie dispose qu' « aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux ». La Cour de cassation a par la suite été amenée à se prononcer sur la légalité de la stérilisation à visée contraceptive au regard de l'article 16-3 du Code civil. Il lui était demandé si « une atteinte à l'intégrité du corps humain, telle la ligature des trompes de Fallope, à des fins strictement contraceptives, est (...) légale dans l'hypothèse où la personne intéressée donnerait son consentement libre et éclairé »¹⁷⁶¹. Dans un avis en date du 6 juillet 1998, la Haute juridiction répond qu' « une atteinte à l'intégrité du corps humain, telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du Code civil ; que sont, en conséquence, dépourvues d'objet les autres questions posées »¹⁷⁶², relatives en l'espèce à l'incapacité de la personne concernée.

412. De la sorte, il existe ainsi une nette distinction entre les stérilisations réalisées pour raison médicale et les autres, à visée contraceptive. Les premières relèvent de la nécessité médicale de l'article 16-3 du Code civil car elles sont réalisées à partir d'une indication médicale et la stérilisation n'en est qu'un résultat incident, non recherché. Parmi les stérilisations à visée contraceptive sont distinguées celles devant être pratiquées pour des raisons médicales et celles envisagées « sans raison médicale, à la demande des intéressés »¹⁷⁶³, qui pourraient être qualifiées par certains de stérilisation « de convenance ». La stérilisation à visée contraceptive qui correspond à une méthode de contraception définitive désigne une pratique médicale spécifique, dépourvue la plupart du temps de but thérapeutique –même si la pratique peut parfois avoir une finalité contraceptive et un but thérapeutique. En ce sens, les commentaires sous l'article 41 du Code de déontologie médicale expliquent que « la suppression de la fonction de reproduction est une indiscutable mutilation dont la gravité ne peut échapper »¹⁷⁶⁴ mais soulignent malgré tout le mutisme du droit français sur cette question et « la quasi-absence de jurisprudence [qui] montre que ce type d'intervention est en fait largement toléré »¹⁷⁶⁵. Pour l'ensemble de ces raisons, l'article 16-3 du Code civil a fait l'objet d'une modification en 1999¹⁷⁶⁶ : la « nécessité thérapeutique » a été remplacée par la « nécessité médicale » rendant licite la stérilisation à visée contraceptive.

Cette modification législative intervient à la demande des médecins gynécologues¹⁷⁶⁷ et devient particulièrement pressante à la suite de l'avis rendu par la Cour de cassation. En effet, « certains

¹⁷⁶¹ Cass. avis, 6 juill. 1998 : JCP 1998. IV. 3005; RTD civ. 1998. 881, obs. Hauser ; Gaz. Pal. 1998. 1. Doctr. 2, chron. Darrieux et Fossier.

¹⁷⁶² *Ibidem*.

¹⁷⁶³ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE NATIONAL DES MEDECINS, *Commentaires du Code de déontologie médicale*, Édition 1998, p. 154.

¹⁷⁶⁴ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE NATIONAL DES MEDECINS, *op. cit.*, p. 155.

¹⁷⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶⁶ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.

¹⁷⁶⁷ CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE NATIONAL DES MEDECINS, *op. cit.*, p. 156 : « Il serait souhaitable dans l'avenir, que dans les cas comportant un motif très sérieux, la législation dépénalise cet acte de stérilisation afin de mettre à l'abri le ou la

médecins, de crainte d'une poursuite pénale à propos de certains gestes pratiqués sur leurs patients et dans l'intérêt de ces derniers, ont explicitement revendiqué l'abandon de l'adjectif thérapeutique pour celui de médical censé mieux rendre compte de l'ensemble des pratiques médicales invasives et/ou mutilantes »¹⁷⁶⁸, comme la stérilisation à visée contraceptive pratiquée en l'absence d'indication thérapeutique. Madame la professeure Dominique Thouvenin insiste en particulier sur le fait que « le changement d'adjectif avait pour objectif revendiqué par ses instigateurs de rendre légitime la ligature des trompes, de telle façon que les chirurgiens qui la pratiquent ne risquent pas des poursuites pour blessures ou homicide volontaires. Cette demande est due au fait que la communauté médicale elle-même n'est pas parvenue à un accord sur la légitimité de cette intervention »¹⁷⁶⁹. Elle souligne le fait que « l'absence d'accord des médecins concernés sur la pratique de la ligature des trompes à visée contraceptive a fragilisé sa légitimité »¹⁷⁷⁰ et que « celle-ci a été accentuée par l'avis rendu par la Cour de cassation le 6 juillet 1998 »¹⁷⁷¹.

413. La modification de l'article 16-3 du Code civil par la loi du 27 juillet 1999 permet de rendre licite des actes médicaux non thérapeutiques en l'absence de texte spécifique. Cela ne semble toutefois pas suffisant au regard des enjeux notamment lorsqu'il s'agit de personnes incapables et c'est pourquoi, le législateur a jugé opportun d'encadrer spécifiquement la stérilisation à visée contraceptive¹⁷⁷². La loi du 4 juillet 2001 visait à faciliter l'accès à l'IVG et à la contraception ; la contraception y est comprise dans un sens large, incluant également la stérilisation volontaire. Désormais, pour pouvoir bénéficier d'une ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive, il faut être majeur et exprimer « une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences »¹⁷⁷³. Après une première consultation médicale pendant laquelle « la personne [est informée] des risques médicaux qu'elle encourt et des conséquences de l'intervention », il lui est remis « un dossier d'information écrit »¹⁷⁷⁴, la personne doit ensuite confirmer par écrit « sa volonté de subir une intervention »¹⁷⁷⁵ et enfin, « il ne peut être procédé à l'intervention qu'à l'issue d'un délai de réflexion de quatre mois après la première consultation médicale »¹⁷⁷⁶. Par ailleurs, il existe une clause de conscience spécifique à la stérilisation aux termes de laquelle « un médecin n'est

patiente intéressée et les médecins qui pratiquent ou participent à une telle intervention. » ; De même, Dominique THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil », *D.*, 2000, p. 485 : « en 1987 puis en 1996, le Conseil national de l'ordre des médecins a adopté des propositions demandant une « dépenalisation » de [la stérilisation] en se référant à la loi du 17 janv. 1975 sur l'IVG.

¹⁷⁶⁸ Dominique THOUVENIN, *op. cit.*

¹⁷⁶⁹ *Ibidem.*

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷⁷¹ *Ibid.*

¹⁷⁷² La loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception créé les articles L. 2123-1 et L. 2123-2 du Code de la santé publique.

¹⁷⁷³ Article L. 2123-1 du Code de la santé publique.

¹⁷⁷⁴ *Ibidem.*

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*

jamais tenu de pratiquer cet acte à visée contraceptive mais il doit informer l'intéressée de son refus dès la première consultation »¹⁷⁷⁷. Des dispositions particulières concernent les personnes incapables¹⁷⁷⁸.

L'histoire juridique de la stérilisation contraceptive montre que cette dernière n'a été rendue licite lorsqu'elle est pratiquée sans raison médicale qu'au terme d'un glissement de la nécessité thérapeutique vers la nécessité médicale, autrement dit que par un élargissement de la notion de « médical ». Toutefois, cet élargissement juridique du domaine médical intervient, comme pour l'IVG, avec des dispositions dérogatoires du droit commun, à savoir un délai de réflexion et une clause de conscience spécifique, superfétatoire au regard de celle qui existe déjà pour tous les actes médicaux¹⁷⁷⁹.

414. Par ailleurs, il apparaît au niveau de la pratique que celle-ci n'est que peu utilisée en France et est mise en œuvre dans des proportions significativement différentes entre les hommes et les femmes. Au niveau mondial, la stérilisation féminine est la méthode de contraception la plus commune, utilisée par 19% des femmes âgées de 15 à 49 ans qui sont mariées ou en couple¹⁷⁸⁰. Entre pays voisins, des différences importantes existent cependant. Par exemple, en Suisse¹⁷⁸¹, le recours à la stérilisation est plus fréquent qu'en France¹⁷⁸² ce qui peut s'expliquer par une législation plus favorable. Si la loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes ne date que du 17 décembre 2004, auparavant la situation n'était toutefois pas aussi problématique qu'en France comme en témoignent les directives prises par l'Académie médicale suisse le 17 novembre 1981 qui encadraient déjà la pratique¹⁷⁸³ : la personne majeure devait donner son consentement par écrit après avoir été informée par le médecin de l'irréversibilité de l'intervention¹⁷⁸⁴. Outre l'encadrement de la pratique, plusieurs facteurs expliquent ces différences comme la promotion par les pouvoirs publics de la

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁷⁸ Article L. 2123-2 du Code de la santé publique.

¹⁷⁷⁹ Article R. 4127-47 du Code de la santé publique.

¹⁷⁸⁰ ONU, World Contraceptive Patterns 2013 : il s'agit de la méthode la plus largement utilisée en Amérique latine, dans les Caraïbes, en Chine et en Inde. En Europe, les chiffres sont très différents selon les pays concernés. Dans l'Europe du Nord, le taux de stérilisation des femmes est de 5,8% et celui des hommes de 11,2% : ce taux de recours à la stérilisation particulièrement élevé pour les hommes s'explique par les chiffres, singuliers, du Royaume-Uni où la stérilisation des femmes est de 8% et celle des hommes de 21% (en 2008/2009). En Europe de l'Ouest, la stérilisation masculine concerne seulement 2,9% des hommes et 6,3% des femmes : la Belgique se démarque par un taux de recours à la stérilisation de 8,4%, identique pour les hommes et les femmes (chiffres de 2008/2009) et les Pays-Bas ont, quant à eux, davantage d'hommes que de femmes qui ont recours à la stérilisation contraceptive (7% d'hommes contre 3% de femmes en 2008).

¹⁷⁸¹ ONU, World Contraceptive Patterns 2013 : La Suisse connaît un taux élevé de recours à la stérilisation puisque 13,8% des femmes sont concernées et 8,3% des hommes (chiffres de 1994/1995).

¹⁷⁸² Nathalie BAJOS, Aline BOHET, Mireille LE GUEN, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête FECOND, *op. cit.* : En France, la stérilisation à visée contraceptive est peu utilisée : en 2010, seules 3,9% des femmes ont recours à la stérilisation contraceptive et uniquement 0,3% de leurs partenaires masculins alors que ces derniers peuvent conserver leurs gamètes dans l'optique d'un projet parental futur.

¹⁷⁸³ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Directives d'éthique médicale pour la stérilisation*, adoptées par le Sénat le 17 novembre 1981 : « Des sujets sains d'esprits, capables de discernement, peuvent décider librement de se soumettre à une stérilisation, ce qu'ils doivent confirmer par leur signature ».

¹⁷⁸⁴ Alain GAMI et Henri LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, 2000, p. 155.

stérilisation comme méthode contraceptive ou encore les comportements de prescription du corps médical.

415. En France, la stérilisation contraceptive fait l'objet d'un remboursement par la sécurité sociale, qu'il s'agisse de la ligature des trompes ou des canaux déférents. Toutefois, une limitation quant à l'âge des femmes avait été posée entre août 2010 et novembre 2012 concernant la méthode Essure, peu invasive, qui consiste à placer des micro-implants dans les trompes de Fallope, sans anesthésie, par hystéroscopie¹⁷⁸⁵. Le remboursement de Essure avait été limité pour les femmes de plus de 40 ans et avant 40 ans « aux femmes ayant des contre-indications majeures aux contraceptions hormonales ou dispositifs intra-utérins et ayant des pathologies contre-indiquant la grossesse »¹⁷⁸⁶. Cette limitation dans l'accès à la stérilisation contraceptive a d'abord été dénoncée par le Défenseur des droits, comme discriminatoire en raison de l'âge¹⁷⁸⁷, avant d'être supprimée en 2012¹⁷⁸⁸. Même temporaire, cette limitation dans l'effectivité de l'accès à la stérilisation montre les réticences importantes qui existent quant à un accès libre à la stérilisation, en particulier en dessous de quarante ans alors qu'il n'existe aucune condition légale d'accès tenant à l'âge, en dehors de la majorité. Les réticences exprimées par la sécurité sociale semblent être partagées par une partie des médecins. La clause de conscience spécifique à la stérilisation témoigne d'ailleurs de ces éventuelles réserves tout comme les refus que se voient opposer certaines femmes¹⁷⁸⁹. Compte tenu de l'ensemble de ces facteurs peu favorables à la stérilisation, qui interviennent aussi bien au niveau juridique que dans la pratique, il semble légitime de se demander si le développement de l'autoconservation des gamètes ne pourrait pas faciliter l'accès à la stérilisation contraceptive en France.

416. L'IVG et la stérilisation à visée contraceptive sont passées du statut de pratiques interdites, du fait d'une pénalisation explicite ou *a minima* d'une incertitude juridique, à celui d'actes médicaux faisant l'objet d'un encadrement particulier avec une clause de conscience spécifique à l'acte, un délai de réflexion, la nécessité d'une double expression du consentement, une obligation d'information renforcée... Malgré de notables évolutions, la faible légitimité initiale des actes se retrouve encore visible dans leur cadre juridique rendant difficile leur pleine reconnaissance par la suite. L'encadrement de la contraception est plus souple, avec une multitude des moyens de contraception, même s'il existe une difficulté dans l'articulation entre

¹⁷⁸⁵ Méthode consistant à introduire une mini-caméra dans l'utérus.

¹⁷⁸⁶ Décision du 26 mai 2010 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie, JORF n°0201 du 31 août 2010, page 15860.

¹⁷⁸⁷ Défenseur des droits, Décision n° 2012-41, 8 mars 2012.

¹⁷⁸⁸ Arrêté du 31 octobre 2012 relatif aux conditions de prises en charge du dispositif pour stérilisation tubaire par voie hystéroscopique Essure de la société Conceptus SAS inscrit au chapitre 1er du titre III de la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale, JORF n°0260 du 8 novembre 2012, p. 17491.

¹⁷⁸⁹ Voir not. en ce sens : « La stérilisation », Spirale 4/ 2013 (N° 68), pp. 178-182 : « Malgré l'ensemble de ces éléments et la clarté du texte sur les conditions de réalisation d'une stérilisation, les patientes essuient très fréquemment un refus de leur demande de stérilisation, que ce soit de la part de leur médecin, de leur gynécologue ou du chirurgien auquel elles s'adressent ».

la prescription d'un moyen de contraception et le rôle traditionnel des médecins. Ce positionnement singulier des médecins, en marge du cadre thérapeutique, se retrouve pour toutes les questions reproductives –y compris les techniques de PMA dont la légitimité est plus élevée– dans la mesure où il s'agit d'actes médicaux non thérapeutiques.

§II. La notion d'actes médicaux non thérapeutiques

417. La contraception, l'IVG, la stérilisation et les techniques reproductives interrogent la notion même d'actes médicaux dans la mesure où elles procèdent toutes à une extension du champ médical (A). La nature particulière de ces actes médicaux, à finalité non thérapeutique, permet alors de les désigner comme des « actes médicaux non thérapeutiques ». Cette notion unique fait ressortir des éléments saillants du régime juridique de chacun de ces actes qui s'écartent du droit commun (B).

A. Une extension bidimensionnelle de la notion d'acte médical en matière de reproduction

418. L'encadrement juridique de la contraception, de l'interruption volontaire de grossesse, de la stérilisation et des techniques de PMA a fait rentrer dans le domaine médical des actes nouveaux qui étendent la notion de santé et par conséquent d'acte médical. Au regard de la définition donnée par l'OMS en 1946 à la santé¹⁷⁹⁰, cet élargissement du champ médical aux questions reproductives ne semble pas problématique ; au contraire, il a même été proposé une définition spécifique à la santé sexuelle et reproductive¹⁷⁹¹. Toutefois, au regard de la notion d'acte médical, il semble qu'une partie de la doctrine a plus de difficulté à étendre cette qualification aux actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction. *Stricto sensu*, « l'acte médical est la pratique de certains gestes professionnels énumérés dans la nomenclature fixée par arrêté du ministre de la Santé publique »¹⁷⁹². Il est aussi possible de définir l'acte médical « par la personne qui le pratique, le médecin » ou encore par sa vocation à conserver la

¹⁷⁹⁰ Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 États. 1946; (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n°. 2, p. 100) et entré en vigueur le 7 avril 1948 : « la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ».

¹⁷⁹¹ OMS, Programme d'action adopté à la Conférence internationale sur la population et le développement, Principe d'action 7.2, Le Caire, 1994 : « par santé en matière de reproduction, on entend le bien-être général, tant physique que mental et social, de la personne humaine, pour tout ce qui concerne l'appareil génital, ses fonctions et son fonctionnement et non pas seulement l'absence de maladies ou d'infirmités. Cela suppose donc qu'une personne peut mener une vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité, qu'elle est capable de procréer et libre de le faire aussi souvent ou aussi peu souvent qu'elle le désire. Cette dernière condition implique qu'hommes et femmes ont le droit d'être informés et d'utiliser la méthode de planification familiale de leur choix, ainsi que d'autres méthodes de leur choix de régulation des naissances qui ne soient pas contraires à la loi, méthodes qui doivent être sûres, efficaces, abordables et acceptables, ainsi que le droit d'accéder à des services de santé qui permettent aux femmes de mener à bien grossesse et accouchement et donnent aux couples toutes les chances d'avoir un enfant en bonne santé. Il faut donc entendre par services de santé en matière de reproduction l'ensemble des méthodes, techniques et services qui contribuent à la santé et au bien être en matière de procréation en prévenant et résolvant les problèmes qui peuvent se poser dans ce domaine. On entend également par cette expression la santé en matière de sexualité qui vise à améliorer la qualité de la vie et des relations interpersonnelles, et non à se borner à dispenser conseils et soins relatifs à la procréation et aux maladies sexuellement transmissibles ».

¹⁷⁹² Marie-Hélène RENAUT, « L'évolution de l'acte médical », *RDSS*, 1999, p. 45.

vie ou rétablir la santé¹⁷⁹³. À la lumière de ces éléments de définition, il apparaît qu'il y a eu, notamment en matière de reproduction, une évolution quant aux acteurs réalisant les actes médicaux et quant à la finalité de ceux-ci. D'une part, il y a une diversification des acteurs impliqués (a) et d'autre part, la finalité est nouvelle dans la mesure où elle n'est plus thérapeutique (b). Pour autant, il nous semble difficile de ne pas reconnaître aux actes médicaux non thérapeutiques la qualité d'actes médicaux.

a. Multiplication des acteurs

419. L'acte médical est souvent défini à partir de la qualité de son auteur, nécessairement médecin¹⁷⁹⁴. En matière de reproduction, la multiplication des acteurs impliqués rend possible un accès plus étendu à l'offre contraceptive et abortive.

420. Ainsi, l'accès à la contraception d'urgence est facilité par l'implication des pharmaciens et des infirmières scolaires. En effet, le recours aux pharmaciens permet un accès permanent aux produits contraceptifs, y compris pendant les périodes de vacances scolaires. Les personnes mineures peuvent obtenir des médicaments ayant pour but la contraception d'urgence à titre gratuit dans les pharmacies et les personnes mineures et majeures peuvent également obtenir ces contraceptifs d'urgence auprès des infirmières des établissements d'enseignement du second degré¹⁷⁹⁵. Des dispositions réglementaires encadrent certes strictement la délivrance par le pharmacien, qui doit lors d'un entretien préalable « s'assurer que la situation de la personne mineure correspond aux critères d'urgence et aux conditions d'utilisation de cette contraception »¹⁷⁹⁶. Le pharmacien assure un rôle particulier en devant délivrer des informations étendues en matière de santé sexuelle et reproductive¹⁷⁹⁷. Si le pharmacien doit également apprécier l'urgence, il ne peut demander de documents spécifiques : la minorité « est justifiée par une déclaration orale faite au pharmacien par l'intéressée »¹⁷⁹⁸. De même, pour la délivrance des contraceptifs d'urgence par les infirmières scolaires, il est prévu un entretien préalable qui « a pour but de permettre à l'infirmière ou à l'infirmier d'apprécier si la situation de l'élève correspond aux critères d'urgence et de détresse caractérisés, prévus au deuxième alinéa de l'article L. 5134-1 »¹⁷⁹⁹. En outre, une information doit être délivrée¹⁸⁰⁰ et un suivi,

¹⁷⁹³ *Ibidem*. : pour l'auteure, l'IVG est un acte portant atteinte à la vie, voir not. « Que sollicite la femme enceinte qui veut une IVG sinon l'interruption de la vie qu'elle porte ? » ; dans une vision très conservatrice elle déplore une évolution quant à la finalité de l'acte médical et parle alors de « patients-clients » pour dénoncer ce mouvement et conclut qu'il ne s'agit pas d'une évolution de l'acte médical mais d'une dénaturation de celui-ci.

¹⁷⁹⁴ *Ibid.* : « Il apparaît que la définition de l'acte médical dérive de la qualité de son auteur ».

¹⁷⁹⁵ Article L. 5134-1 du Code de la santé publique.

¹⁷⁹⁶ Article D. 5134-1 alinéa 2 du Code de la santé publique.

¹⁷⁹⁷ *Ibidem* : « l'entretien permet également au pharmacien de fournir à la mineure une information sur l'accès à une contraception régulière, sur la prévention des maladies sexuellement transmissibles et sur l'intérêt d'un suivi médical. Cette information est complétée par la remise de la documentation dont dispose le pharmacien sur ces sujets. Le pharmacien communique également à la mineure les coordonnées du centre de planification ou d'éducation familiale le plus proche ».

¹⁷⁹⁸ Article D. 5134-2 du Code de la santé publique.

¹⁷⁹⁹ Article D. 5134-7 alinéa 2 du Code de la santé publique.

notamment médical, avec un accompagnement psychologique, doit être organisé¹⁸⁰¹. Ces dispositifs d'accès à la contraception d'urgence ont été étendus aux « services universitaires et interuniversitaires de médecine préventive et de promotion de la santé » pour les étudiants¹⁸⁰². Il apparaît clairement à la lecture des dispositions réglementaires que les pharmaciens et infirmiers scolaires ne remplissent pas uniquement une fonction d'accès à la contraception d'urgence, ils ont également un rôle important à jouer en termes d'éducation et de prévention sur les questions sexuelles et reproductives.

421. En matière de contraception, l'enjeu de la délivrance ne tient pas à l'urgence mais davantage à la continuité et à l'étendue de la couverture contraceptive et explique la multiplication d'acteurs impliqués. Des dispositions particulières permettent aux sages-femmes et aux pharmaciens de jouer un rôle important en prescrivant et délivrant des contraceptifs. Les sages-femmes peuvent prescrire des « contraceptifs intra-utérins ainsi que les diaphragmes et les capes » et poser ces derniers¹⁸⁰³. De même, les sages-femmes « sont habilitées à prescrire les contraceptifs locaux et les contraceptifs hormonaux »¹⁸⁰⁴. En particulier, elles « sont habilitées à prescrire une contraception hormonale dans les suites de couches, lors de l'examen postnatal et après une interruption volontaire de grossesse »¹⁸⁰⁵. Les pharmaciens peuvent quant à eux délivrer les contraceptifs « afin de permettre la poursuite d'un traitement contraceptif lorsque la totalité des contraceptifs prescrits a été délivrée »¹⁸⁰⁶. Toutefois, cette délivrance est limitée à six mois et l'ordonnance doit dater de moins d'un an¹⁸⁰⁷. Le pharmacien doit d'ailleurs « informer l'intéressée du caractère non renouvelable au-delà de 6 mois de ce mode de dispensation et de la nécessité de consulter un médecin ou une sage-femme, si elle envisage de poursuivre une contraception médicamenteuse »¹⁸⁰⁸.

422. En matière de contraception d'urgence et de contraception, il est alors possible d'estimer qu'il y a bien une multiplication des acteurs, même s'il s'agit toujours d'acteurs de santé. Dans les autres domaines, le phénomène n'est pas aussi marqué : en matière de PMA, les équipes sont certes pluridisciplinaires et composées de biologistes et médecins mais il n'y a aucune dérogation spécifique par rapport aux compétences des personnes ; de même, la stérilisation à visée contraceptive ne peut être pratiquée que par des médecins spécialistes. En revanche, concernant l'IVG, il apparaît un infléchissement du recours indispensable au seul médecin dans

¹⁸⁰⁰ Article D. 5134-7 alinéa 3 du Code de la santé publique : « chaque fois, il est indiqué à l'élève que la contraception d'urgence ne constitue pas une méthode régulière de contraception et qu'elle peut ne pas être efficace dans tous les cas. L'élève est également informée que ce médicament ne peut lui être administré de manière répétée et que son usage ne peut être banalisé ».

¹⁸⁰¹ Article D. 5134-10 du Code de la santé publique.

¹⁸⁰² Article L. 5134-1 III alinéa 2 du Code de la santé publique et article D. 5134-10-1 du Code de la santé publique, créé par le décret n°2012-910 du 24 juillet 2012, Article 1er.

¹⁸⁰³ Article L. 5134-1 II alinéa 1er du Code de la santé publique ; alinéa 2.

¹⁸⁰⁴ Article L. 5134-1 III alinéa 1er du Code de la santé publique.

¹⁸⁰⁵ Article L. 5134-1 III du Code de la santé publique, créé par la loi du 4 août 2009, Article 102.

¹⁸⁰⁶ Article R. 5134-4-1 du Code de la santé publique.

¹⁸⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁰⁸ Article R. 5134-4-3 du Code de la santé publique.

la mesure où le projet de loi de modernisation de notre système de santé prévoit que les sages-femmes puissent pratiquer des IVG médicamenteuses¹⁸⁰⁹. Cette extension du champ de compétences des sages-femmes avait été proposée par la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, dite HPST. Le Conseil constitutionnel avait cependant censuré ces dispositions de l'article 86, III de la loi HPST dans la mesure où « la possibilité d'étendre aux sages-femmes la pratique des interruptions volontaires de grossesse par voie médicamenteuse » à titre expérimental « dans une région connaissant un taux important de recours à l'interruption volontaire de grossesse » contrevenaient à l'article 37-1 de la Constitution : le législateur aurait du fixer un terme aux dispositifs expérimentaux prévus aux articles 16, 38, 50, 55, 86 et 118 de la loi HPST et ne pouvait « renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de fixer la durée de cette dérogation »¹⁸¹⁰.

D'un point de vue juridique, la multiplication des acteurs appelle deux explications : soit il est possible d'y voir le recul du critère de l'auteur dans la définition des actes médicaux, soit d'interpréter cela comme étant la preuve que ces actes ne rentrent pas pleinement dans la catégorie d'acte médical. Pour notre part, il nous semble difficile de nier le caractère médical des actes pratiqués dans la mesure où ils sont mis en œuvre par des acteurs de santé dans un cadre assurant la sécurité sanitaire ; il serait alors nécessaire, si on refuse de parler d'actes médicaux, de créer une notion renvoyant au cadre plus général dans lequel sont mis en œuvre ces actes, qui pourraient alors être qualifiés par exemple de sanitaire. Quant au recul de la qualité de l'auteur comme critère principal de qualification de l'acte comme médical, il est principalement mis en avant lorsqu'il s'agit d'actes médicaux non thérapeutiques, pour contester leur légitimité. Ainsi, pour Madame Marie-Hélène Renaut, l'IVG « est un acte médical parce que strictement réservé aux médecins »¹⁸¹¹. Peut-être est-il possible de parler d'une transformation de ce critère, transformation qui ne nie pas pour autant le caractère initialement médical de l'acte pratiqué puisque les personnes qui peuvent désormais prescrire des contraceptifs, délivrer des contraceptifs d'urgence et pratiquer des IVG médicamenteuses disposent de qualifications professionnelles importantes, notamment en matière de santé sexuelle et reproductive. L'élargissement des acteurs nous semble alors devoir être interprété comme une volonté d'accroître l'accès aux contraceptifs, aux contraceptifs d'urgence et à l'IVG, renforçant la légitimité du recours à ces actes.

423. La multiplication des acteurs en matière de reproduction s'explique au final par une volonté d'offrir un large accès aux services proposés. Pour toucher indifféremment des personnes majeures, mineures, indépendamment de leur couverture maladie et sur l'ensemble du territoire, les seuls réseaux des médecins généralistes et des spécialistes tels que les

¹⁸⁰⁹ Article 31 du projet de loi de modernisation de notre système de santé.

¹⁸¹⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2009-584-DC, 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, cons. 39.

¹⁸¹¹ Marie-Hélène RENAUT, *op. cit.*

gynécologues semblent insuffisants. Finalement, il est difficile d'affirmer que la multiplication des acteurs dénature la notion d'acte médical dans la mesure où la pratique des actes demeure strictement encadrée. De la même manière, l'évolution du rôle des médecins en matière de reproduction et la finalité des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction ne nous semble pas, non plus, remettre en cause la définition d'acte médical. En d'autres termes, ni le critère du médecin, ni celui de la finalité thérapeutique ne peuvent suffire à définir l'ensemble des actes médicaux, sauf à refuser que cette notion s'applique en matière de reproduction.

b. Une finalité nouvelle

424. La prescription et la délivrance des contraceptifs, la pratique des IVG, la mise en œuvre des techniques de PMA ou la réalisation de stérilisation à visée contraceptive sont certes des actes médicaux mais leur mise en œuvre ne répond à aucune nécessité médicale. La cause génératrice ou encore la justification de la réalisation de ces actes médicaux réside uniquement dans la volonté des individus de contrôler leur capacité en matière de reproduction.

425. Les techniques de PMA présentées comme thérapeutiques ne répondent en fait à aucune nécessité médicale puisque la réalisation d'un projet parental répond à un projet social, à savoir fonder une famille, devenir parent. Ce constat est partagé par de nombreux auteurs, qui ont parfois alors des difficultés à définir les techniques de PMA comme des actes médicaux¹⁸¹². Toutefois, même en l'absence de réelle nécessité médicale, l'illusion d'une telle existence permet une plus grande légitimité des techniques de PMA. Il est vrai que certaines techniques de PMA, notamment le recours au don de gamètes, étaient marquées par une certaine réprobation sociale dans les années 1990¹⁸¹³. Une enquête plus récente ferait certainement apparaître des chiffres différents, tant l'image de l'adoption et des techniques de PMA ont été modifiées par les débats sociétaux et par différents faits divers médiatisés.

426. La stérilisation est un bon exemple d'acte médical dont l'acceptabilité tenait en France à sa finalité thérapeutique. La stérilisation à visée contraceptive n'a été légalisée en France qu'en 2001. Cela montre la difficulté à penser les actes médicaux en dehors d'un cadre thérapeutique et, d'ailleurs, même une fois légalisée, cette pratique fait l'objet d'un régime spécifique et d'un encadrement accru. Ce constat est également partagé pour les techniques de PMA et pour l'IVG surtout. La légitimité de l'IVG est plus faible et tient au cadre juridique initial et aux différentes dispositions dérogatoires qui demeurent. De manière générale, la faible légitimité de ces actes médicaux s'exprime à travers l'existence d'une clause de conscience spécifique. Ainsi, alors qu'il

¹⁸¹² En ce sens, Patricia HENNION-JACQUET, *op. cit.*

¹⁸¹³ Elise DE LA ROCHEBROCHARD, « Des hommes médicalement assistés pour procréer : IAD, FIV, ICSI, bilan d'une révolution dans la prise en charge médicale de l'infertilité masculine », *Population*, 58e année, n°4-5, 2003, pp. 549-586, spéc. p. 569 : Par exemple, l'enquête « Situation familiales et emploi » de 1994 menée par l'INED et l'INSEE montre que « l'IAD est une technique mal acceptée ». En effet, « quel que soit le statut du répondant [étaient pris en compte le sexe du répondant et le fait qu'il ou elle ait rencontré des difficultés pour procréer ou non] la FIV est préférée à l'adoption (49% à 68% en faveur de la FIV, contre 24% à 35 % en faveur de l'adoption) mais l'adoption est préférée à l'IAD (49% à 55% en faveur de l'adoption, contre 24% à 39% en faveur de l'IAD) ».

est prévu une clause de conscience générale, pour tous les actes médicaux, certains actes mentionnent spécifiquement une clause de conscience, tout à fait superfétatoire. De la sorte, « hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles »¹⁸¹⁴ et « s'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins »¹⁸¹⁵. Les clauses de conscience spécifiques prévues en matière d'IVG¹⁸¹⁶, de stérilisation à visée contraceptive¹⁸¹⁷ et de recherches sur les embryons et cellules embryonnaires¹⁸¹⁸ sont donc inutiles en ce qui concerne les médecins. À propos de l'IVG, certains auteurs pensent que, « exclusivement liée à la qualité de médecin, cette clause de conscience est un droit absolu, l'expression la plus achevée de la volonté de ne pratiquer que des actes médicaux à finalité thérapeutique »¹⁸¹⁹. L'existence de la clause de conscience est ainsi directement liée à la finalité non thérapeutique de l'acte : le médecin peut d'autant plus refuser de pratiquer l'acte médical que celui-ci n'a pas de finalité thérapeutique. Cette absence de finalité thérapeutique est visible dans le fait que seule la femme juge de l'opportunité du recours à l'IVG¹⁸²⁰.

427. La faible légitimité des actes médicaux non thérapeutiques s'explique notamment par le fait que l'élément générateur réside dans la seule volonté de la personne et non dans la conservation de la vie ou le rétablissement de la santé¹⁸²¹. Comme l'explique Madame Sophie Paricard, « l'acte médical non thérapeutique, en revanche, n'est pas un acte médical nécessaire. Il n'est fondé que sur la volonté de la personne. Le recours à l'acte médical est alors l'expression d'une liberté, une liberté corporelle. Le rapport de nécessité disparaissant au profit de l'expression d'une liberté, les fondements même du droit médical sont bouleversés »¹⁸²². Elle explique en particulier que « l'interruption non médicale de grossesse est le premier acte médical non thérapeutique à avoir été expressément autorisé par la loi. Ce fut son caractère non nécessaire, purement volontaire, qui éclata alors. "L'avortement voulu" fut par exemple le nom d'une célèbre chronique. La qualification même d'acte médical lui a été contestée par le Conseil national de l'ordre des

¹⁸¹⁴ Article R. 4127-47 alinéa 2 du Code de la santé publique.

¹⁸¹⁵ Article R. 4127-47 alinéa 3 du Code de la santé publique.

¹⁸¹⁶ Article L. 2212-8 alinéa 1er et 2 du Code de la santé publique.

¹⁸¹⁷ Article L. 2123-1 alinéa 5 du Code de la santé publique.

¹⁸¹⁸ Article L. 2151-7-1 du Code de la santé publique.

¹⁸¹⁹ Marie-Hélène RENAUT, *op. cit.*

¹⁸²⁰ Voir not. en ce sens *Ibidem* : « la femme, seul juge de cet état de nécessité et de détresse au caractère subjectif et incontrôlable, s'adresse au médecin pour pratiquer un geste, par définition, anti-médical. » ou encore « Inclure par des dispositions légales l'IVG dans la mission du médecin, faire de l'IVG une pratique légale, c'est pousser les médecins à pratiquer des actes non médicaux. C'est pourquoi, si l'on reprend l'idée de distinguer la médecine de la vie à seule vocation thérapeutique des techniques de santé utilisant d'autres méthodes, on peut admettre que l'IVG, comme la chirurgie esthétique, ne constituent pas de véritables actes médicaux, tout au plus des pratiques paramédicales ».

¹⁸²¹ *Ibid.* : « L'évolution la plus sensible concernant l'acte médical se situe au niveau de sa finalité. Une des qualités intrinsèques de l'acte médical est son but thérapeutique. Or, les patients-clients sollicitent de plus en plus des actes médicaux qui n'ont ni la vocation de conserver la vie ni celle de rétablir la santé ».

¹⁸²² Sophie PARICARD, « Le consentement aux actes médicaux non thérapeutiques », pp. 103-117 in Anne LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, 2014, spéc. p. 104.

médecins. Pour stigmatiser cet acte médical, la doctrine le considéra d'ailleurs comme répondant à la seule convenance de la personne »¹⁸²³. Si la volonté remplit en effet un rôle prépondérant dans les actes médicaux non thérapeutiques, il ne faut toutefois pas oublier que leur régime est singulier. Ainsi, l'extension du champ d'action médical aux questions reproductives s'accompagne, en droit français de la santé, de dispositions spéciales. Chacun des actes médicaux fait l'objet d'un corpus juridique spécifique et au regard de cette grande spécialisation du droit de la santé en la matière, il nous semble pertinent de parler d'un droit spécial de la santé. Ce besoin pour le droit de la santé de se spécialiser pourrait être le signe d'une difficulté à appréhender des actes médicaux pour lesquels le rôle des médecins se limite à permettre la réalisation de l'acte tandis que l'appréciation de l'opportunité de la mise en œuvre ne relève pas de leurs compétences professionnelles. En effet, « quand l'acte médical est thérapeutique, il est couvert par la permission de la loi plus que par le consentement du patient. En revanche, quand l'acte pratiqué par un médecin n'est plus soutenu par cette cause, des lois spéciales interviennent. C'est le cas de l'IVG »¹⁸²⁴, notamment.

B. Les traits singuliers de ces actes médicaux non thérapeutiques

428. « Comme leur nom l'indique, les actes médicaux non thérapeutiques ne sont justifiés par aucun intérêt thérapeutique qu'il soit direct (celui du patient) ou indirect (celui de la personne, d'autrui ou de la collectivité) »¹⁸²⁵. Pour Madame Sophie Paricard, « il s'agit de l'interruption non médicale de grossesse, du clonage à visée reproductive, de l'administration de substances mortifères, de la stérilisation contraceptive, de la gestation pour autrui, de l'assistance médicale à la procréation et de la chirurgie esthétique »¹⁸²⁶. Pour notre part, nous définissons les actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction comme des actes réalisés dans un cadre médical en l'absence d'indication de cette nature et dont la réalisation est justifiée par la liberté individuelle et reproductive. Les actes médicaux non thérapeutiques sont plus fortement encadrés que les actes médicaux thérapeutiques du fait de l'absence de nécessité médicale et de leur légitimité moindre. En particulier, leur régime juridique, singulier, se caractérise par deux éléments principaux, à savoir une information préalable souvent finalisée (A) et un consentement dont l'expression est renforcée (B). Ces dispositions particulières qui remettent en question l'autonomie des personnes s'expliqueraient par le fait qu'il s'agisse d'actes médicaux non thérapeutiques¹⁸²⁷.

¹⁸²³ Sophie PARICARD, *op. cit.*, pp. 105-106.

¹⁸²⁴ Marie-Hélène RENAUT, *op. cit.*

¹⁸²⁵ Sophie PARICARD, *op. cit.*, spéc. p. 105.

¹⁸²⁶ *Ibidem*.

¹⁸²⁷ Sophie PARICARD, *op. cit.*, p. 106 : Ils ont pour seule justification « le consentement à l'acte non thérapeutique [qui] exprime une volonté exclusivement personnelle de subir un acte attentatoire à son intégrité physique. Il mérite donc une protection particulière mise en œuvre par le législateur à l'égard de chacun d'eux afin de garantir son caractère réel et sérieux d'une part et son caractère éclairé d'autre part ».

a. Une information préalable finalisée

429. L'information préalable doit être de nature à permettre par la suite un consentement éclairé. C'est pourquoi, il existe, pour tous les professionnels de santé, une obligation générale d'information, qui doit être orale mais peut-être complétée d'un document écrit¹⁸²⁸. Pour les actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction, des dispositions spécifiques en matière d'information sont prévues et changent le sens de l'obligation générale d'information. En effet, il ne s'agit plus de favoriser l'autonomie des usagers du système de santé, mais d'orienter leur choix, voire des les dissuader de recourir à l'acte médical.

430. Concernant les techniques de PMA, il est précisé que « la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre ». Ces derniers « doivent notamment : (...) 2° Informer [les membres du couple] des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, de leurs effets secondaires et de leurs risques à court et à long terme, ainsi que de leur pénibilité et des contraintes qu'elles peuvent entraîner ; 2° bis Informer ceux-ci de l'impossibilité de réaliser un transfert des embryons conservés en cas de rupture du couple ou de décès d'un de ses membres ; 3° Leur remettre un dossier-guide comportant notamment : a) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation ; b) Un descriptif de ces techniques ; c) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet »¹⁸²⁹. L'information n'est pas uniquement médicale mais porte aussi sur les conséquences juridiques qui en découlent, et notamment sur l'adoption, qui, bien qu'elle ne présente aucun caractère médical, est présentée comme une alternative aux techniques de PMA. En matière de stérilisation à visée contraceptive, le médecin doit avoir délivré, lors d'une

¹⁸²⁸ La remise d'un document écrit n'est, en principe, pas prévue mais il s'agit d'une pratique courante qui ne dispense toutefois pas le médecin d'exposer en détails les informations que le document contient. Il a par exemple été jugé que la remise par un médecin à son patient d'un document libellé en termes très généraux et ne contenant aucune précision quant à la nature des complications et des risques effectivement liés à l'acte médical ne remplit pas les obligations existantes en matière d'information (C.A. Toulouse, 25 oct. 2010, n°10-01705). Dans le guide méthodologique intitulé « Élaboration d'un document écrit d'information à l'intention des patients et des usagers du système de santé » et publié en juin 2008 par la HAS, il est précisé que « l'information écrite est complémentaire de l'information orale et ne se substitue en rien à celle-ci » : « l'information orale est destinée à éclairer le patient ou l'utilisateur sur son état de santé, à lui décrire la nature et le déroulement des soins et à lui fournir les éléments lui permettant de participer au processus de prise de décision en connaissance de cause. Elle a pour principale caractéristique d'être adaptée au cas de chaque personne ». Quant au document écrit, il « a pour objectif de satisfaire une demande d'information et de conseil des patients et des usagers. Il est destiné à compléter ou renforcer les connaissances du patient ou de l'utilisateur afin qu'il puisse mieux participer à la prise de décision le concernant » (HAS, *Élaboration d'un document écrit d'information à l'intention des patients et des usagers du système de santé*, Guide méthodologique, juin 2008, p. 7). Enfin, la preuve du respect de l'obligation d'information incombe au professionnel ou à l'établissement de santé (Article L. 1111-2 alinéa 7 du Code de la santé publique qui reprend une règle prétorienne antérieure, cf. C.E., 5 janvier 2000 ; C.E., 17 mai 2001 et Cass., 1ère Civ., 25 fév. 1997) et en cas de manquement à l'obligation d'information, il peut y avoir réparation d'un préjudice autonome (Cass., 1ère Civ., 3 juin 2010, n°09-13591 et Cass., 1ère Civ., 26 janv. 2012, n°10-26705).

¹⁸²⁹ Article L. 2141-10 du Code de la santé publique.

première consultation¹⁸³⁰, « une information claire et complète sur ses conséquences »¹⁸³¹. L'information ne porte certes pas sur des alternatives possibles, mais est tout de même renforcée dans la mesure où il y a une obligation de remettre un dossier d'information écrit¹⁸³². Concernant l'IVG, il convient de distinguer entre les informations obligatoires et celles facultatives. De manière facultative, « il est systématiquement proposé, avant et après l'interruption volontaire de grossesse, à la femme majeure une consultation avec une personne ayant satisfait à une formation qualifiante en conseil conjugal ou toute autre personne qualifiée dans un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé. Cette consultation préalable comporte un entretien particulier au cours duquel une assistance ou des conseils appropriés à la situation de l'intéressée lui sont apportés »¹⁸³³. La consultation préalable, rendue facultative pour les majeures par la loi du 4 juillet 2001, demeure obligatoire pour les femmes mineures non émancipées¹⁸³⁴. En outre, « après l'intervention, une deuxième consultation, ayant notamment pour but une nouvelle information sur la contraception, est obligatoirement proposée aux mineures »¹⁸³⁵. « L'information de la femme en matière de régulation des naissances » doit également être assurée par « tout établissement dans lequel est pratiquée une interruption de grossesse »¹⁸³⁶. Toutes ces dispositions montrent que l'information fournie à l'occasion d'une IVG porte sur les moyens de contraception afin d'éviter un recours ultérieur à un IVG. Cette finalisation de l'information, visant à réduire le nombre d'IVG fait écho aux dispositions de l'article L. 2211-1 du Code de la santé publique, reprenant l'article 16 du Code civil, qui dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». En plus de la protection de la vie s'exprime des idées natalistes. De manière générale, il est d'ailleurs précisé qu'« en aucun cas l'interruption volontaire de grossesse ne doit constituer un moyen de régulation des naissances »¹⁸³⁷. En revanche, aucune disposition particulière n'est prévue en matière d'information à l'occasion de la prescription ou délivrance de produits contraceptifs. Cela semble témoigner de l'acceptabilité du recours à la contraception, notamment car cela permettrait d'éviter un recours à l'IVG.

¹⁸³⁰ Article L. 2123-1 alinéa 2 du Code de la santé publique.

¹⁸³¹ Article L. 2123-1 alinéa 1er du Code de la santé publique ; voir également alinéa 3 : il doit « informer la personne des risques médicaux qu'elle encourt et des conséquences de l'intervention » et « lui remettre un dossier d'information écrit ».

¹⁸³² Article L. 2123-1 alinéa 3 du Code de la santé publique.

¹⁸³³ Article L. 2212-4 alinéa 1er du Code de la santé publique.

¹⁸³⁴ Article L. 2212-4 alinéa 2 du Code de la santé publique.

¹⁸³⁵ Article L. 2212-7 alinéa 4 du Code de la santé publique.

¹⁸³⁶ Article L. 2212-9 du Code de la santé publique.

¹⁸³⁷ Article L. 2214-2 alinéa 1er du Code de la santé publique : « À cet effet, le Gouvernement prend toutes les mesures nécessaires pour développer l'information la plus large possible sur la régulation des naissances, notamment par la création généralisée, dans les centres de planification maternelle et infantile, de centres de planification ou d'éducation familiale et par l'utilisation de tous les moyens d'information ».

431. L'information fournie avant la réalisation d'actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction est vaste : elle vise ainsi à délivrer des informations juridiques sur la techniques médicales (PMA) et ses alternatives, même lorsqu'elles n'ont aucune implication médicale (adoption) ou encore à délivrer des informations sur un sujet médical différent pour éviter un recours ultérieur à l'acte médical (contraception quand il s'agit d'IVG). Ainsi, l'information fournie dans ce domaine ne vise pas uniquement à renforcer l'autonomie des personnes et à faire en sorte que leur consentement à l'acte médical soit assuré. Ces dispositions -qui impliquent une information finalisée voire dissuasive- témoignent au contraire de la faible acceptabilité du recours à ces actes. Les enjeux sociaux et sociétaux sur ces questions sont certes importants et le rôle des médecins y est singulier ; toutefois, ces actes médicaux sont légaux et expriment la liberté reproductive des personnes. En plus de l'obligation d'information étendue et finalisée s'ajoute une autre exigence légale en matière d'actes médicaux non thérapeutiques, à savoir un consentement renforcé, qui démontre également la difficulté qui existe, dans le domaine reproductif, à reconnaître l'autonomie des personnes et en particulier des femmes.

b. Un consentement renforcé

432. L'exigence d'un consentement à l'acte médical est aujourd'hui un principe général du droit de la santé, inscrit à la fois au fronton du Code civil¹⁸³⁸ et du Code de la santé publique¹⁸³⁹. Dans le Code de la santé publique, le terme de « codécision » est préféré à celui de « consentement » car le consentement traduirait une idée plus restrictive et pourrait se limiter à donner une autorisation ou un accord à un acte, qui pourrait être décidé uniquement par le médecin. C'est d'ailleurs ce sens du consentement qui semble être accepté par une partie de la doctrine¹⁸⁴⁰. L'esprit de la loi du 4 mars 2002 est pourtant tout autre en ce qu'il vise à modifier l'équilibre de la relation patient-médecin. Le terme de « codécision » traduit alors le rôle actif du patient, à égalité avec le médecin ou l'équipe médicale, pour prendre les décisions thérapeutiques et médicales le concernant. C'est donc dans ce sens que doit être compris le consentement, comme relevant du principe de liberté individuelle¹⁸⁴¹.

¹⁸³⁸ La loi n°9653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain a d'abord consacré à l'article 16-3 alinéa 2 du Code civil que « le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

¹⁸³⁹ Ensuite, la loi du 4 mars 2002 a introduit à l'alinéa 1er de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique le principe selon lequel « toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ».

¹⁸⁴⁰ Sophie PARICARD, *op. cit.*, p. 106 : « le consentement à l'acte thérapeutique est en principe un acquiescement à un acte de soin proposé par une équipe médicale ».

¹⁸⁴¹ Voir en ce sens not. Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, *op. cit.*, p. 354 : « le principe du consentement du patient est fondé sur le principe d'autonomie de la personne faisant que seule la personne concernée peut décider des atteintes portées à son corps. Néanmoins, le droit au consentement relève également du principe de la liberté individuelle, selon lequel seule une personne bien informée peut valablement participer aux choix concernant sa santé, et donc valablement consentir. Enfin, ce principe trouve également un fondement dans le principe de la dignité humaine ».

Alors qu'« aucune disposition générale du droit de la santé ne régit les modalités de recueil du consentement du patient »¹⁸⁴², il existe, en matière d'actes médicaux non thérapeutiques dans le domaine de la reproduction, des dispositions spéciales imposant un consentement écrit et le respect d'un délai de réflexion au terme duquel le consentement doit être renouvelé. Ces dispositions dérogatoires sont parfois présentées comme un renforcement de l'obligation de consentir ; à notre sens, il s'agit, au contraire, d'un dévoiement de la notion de consentement. En effet, alors que le consentement exprime l'autonomie, le délai de réflexion et l'obligation d'une confirmation de celui-ci témoignent du caractère sérieux autant que de la fragilité de la décision de la personne. Or, dans le domaine reproductif, il s'agit dans les faits principalement de femmes¹⁸⁴³ et c'est pourquoi, ces dispositions sont d'autant plus problématiques qu'elles corroborent le stéréotype de genre selon lequel les femmes seraient gouvernées par leurs humeurs.

433. Concernant les techniques de PMA, il est précisé que « la demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien »¹⁸⁴⁴ et que « la confirmation de la demande est faite par écrit »¹⁸⁴⁵. Le délai de réflexion est de quatre mois en matière de stérilisation à visée contraceptive¹⁸⁴⁶ et la personne majeure intéressée doit exprimer « une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète »¹⁸⁴⁷ et confirmer par écrit sa volonté de subir cette intervention¹⁸⁴⁸. Il existe des dispositions spécifiques pour la stérilisation à visée contraceptive des personnes incapables¹⁸⁴⁹, justifiées par la gravité des actes¹⁸⁵⁰ autant que par des pratiques passées peu respectueuses des

¹⁸⁴² Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, *op. cit.*, p. 359.

¹⁸⁴³ Voir les propos transposables de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », pp. 143-161 in Astrid MARAIS (dir.), *La procréation pour tous*, Dalloz, 2015, spéc. p. 147 : à propos de la GPA et des arguments visant à discréditer la pratique *per se*, elle écrit : « on confesse qu[e l'analyse] suscite de notre part la méfiance – méfiance vis-à-vis des raisonnements qui reposent sur une disqualification du consentement des personnes (et singulièrement, des femmes ?) en fonction du contenu du consentement exprimé » ou encore « En d'autres termes, il y a des raisons théoriques de questionner l'évidence des arguments prescrivant l'invalidité de certains consentements au regard du *contenu* de ce qu'ils expriment ».

¹⁸⁴⁴ Article L. 2141-10 du Code de la santé publique.

¹⁸⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁴⁶ Article L. 2123-1 alinéa 4 du Code de la santé publique : « Il ne peut être procédé à l'intervention qu'à l'issue d'un délai de réflexion de quatre mois après la première consultation médicale et après une confirmation écrite par la personne concernée de sa volonté de subir une intervention ».

¹⁸⁴⁷ Article L. 2123-1 alinéa 1er du Code de la santé publique.

¹⁸⁴⁸ Article L. 2123-1 alinéa 4 du Code de la santé publique.

¹⁸⁴⁹ Article L. 2123-2 du Code de la santé publique : Il doit notamment exister « une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement » (al. 1). En outre, une décision du juge des tutelles « saisi par la personne concernée, les père et mère ou le représentant légal de la personne concernée » est nécessaire (al. 2) et est rendue après que la personne concernée par l'opération ait été entendue. Il est d'ailleurs précisé que « si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement » (al. 3) De plus, l'audition des proches (al. 4) et l'avis d'un comité d'experts (al. 5) sont prévus.

¹⁸⁵⁰ Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, *op. cit.*, p. 356 : « La gravité de certains actes a parfois conduit le législateur à imposer des garanties supplémentaires au consentement du majeur incapable. Ainsi, en matière de stérilisation à visée contraceptive, il est prévu que l'intervention chirurgicale est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, ses père et mère ou son représentant légal ».

droits de ces personnes handicapées mentales¹⁸⁵¹. L'IVG ne peut être pratiquée sans que la femme ait renouvelé sa demande d'IVG « après l'expiration d'un délai d'une semaine suivant la première demande de la femme, sauf dans le cas où le terme des douze semaines risquerait d'être dépassé »¹⁸⁵² et « le médecin doit lui demander une confirmation écrite »¹⁸⁵³. Pour les mineures, « le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est recueilli. Ce consentement est joint à la demande qu'elle présente au médecin en dehors de la présence de toute autre personne »¹⁸⁵⁴ ; « le médecin doit s'efforcer, dans l'intérêt de [la personne mineure], d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le représentant légal soient consultés ou doit vérifier que cette démarche a été faite lors de l'entretien mentionné à l'article L. 2212-4 du Code de la santé publique »¹⁸⁵⁵. Ce n'est qu'à défaut d'obtention du consentement ou si la mineure souhaite garder le secret que l'IVG peut être pratiquée à la condition que la mineure se fasse « accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix »¹⁸⁵⁶. Enfin, en matière de contraception, il n'existe pas de dispositions particulières visant à renforcer l'exigence générale d'un consentement de l'intéressée.

434. La formalisation du consentement, prévu uniquement de manière explicite pour les actes médicaux non thérapeutiques, viserait à garantir le caractère réel et sérieux de celui-ci¹⁸⁵⁷. Madame Sophie Paricard explique ainsi qu'« il s'agit avant tout de protéger la personne en l'obligeant à prendre conscience de l'acte auquel elle consent »¹⁸⁵⁸ et que « cette exigence permet également au médecin de se préconstituer une preuve du consentement à l'acte médical. Puisque ces actes médicaux constituent encore des infractions lorsqu'ils sont pratiqués sans le consentement de la personne, cet écrit est en effet indispensable pour échapper aux poursuites pénales »¹⁸⁵⁹. De même, elle précise l'existence d'un délai de réflexion « afin d'éviter que la personne ne prenne une décision de façon précipitée »¹⁸⁶⁰ et conclut que, de manière générale, « le cheminement du consentement est donc incontestablement accompagné par la loi afin de

¹⁸⁵¹ Voir en ce sens not. Chantal LAVIGNE et Alain GIAMI, « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le "consentement libre et éclairé" », *Revue de médecine psychosomatique*, 1993, vol. 34, n° 35, pp. 35-46 et Marie-Laure LAGARDERE, Hélène STROHL et Bernard EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, IGAS, 1998.

¹⁸⁵² Article L. 2212-7 du Code de la santé publique.

¹⁸⁵³ *Ibidem*.

¹⁸⁵⁴ Article L. 2212-7 alinéa 1er du Code de la santé publique.

¹⁸⁵⁵ Article L. 2212-7 alinéa 2 du Code de la santé publique.

¹⁸⁵⁶ Article L. 2212-7 alinéa 3 du Code de la santé publique.

¹⁸⁵⁷ Sophie PARICARD, *op. cit.*, p. 107 : « Afin de garantir son caractère réel et sérieux, le consentement à l'acte non thérapeutique a tout d'abord la spécificité d'être formalisé puisqu'il doit faire l'objet d'un écrit. Une confirmation écrite de la volonté de la personne de subir une intervention médicale est ainsi exigée pour une interruption volontaire de grossesse, une stérilisation à visée contraceptive, une assistance médicale à la procréation. Seule la chirurgie esthétique n'est pas concernée en raison de son histoire, à savoir qu'elle est née d'un contrat médical traditionnel fondé sur le principe du consensualisme ».

¹⁸⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*

garantir son caractère réel et sérieux »¹⁸⁶¹. Commentant les recommandations du rapport relatif à l'accès à l'IVG du HCEf/h, Madame Sophie Paricard estime par ailleurs que l'allègement de l'encadrement du consentement serait dangereux. Elle affirme également, de manière quelque peu péremptoire, que « l'IVG n'est justement pas un acte médical thérapeutique comme les autres. Il nécessite une réflexion approfondie, comme c'est le cas pour tous les autres actes médicaux non thérapeutiques »¹⁸⁶².

435. À notre sens, ces justifications autant que les dispositions en cause constituent, non pas un renforcement du principe du consentement, mais un détournement de l'esprit de celui-ci. En effet, il s'agit d'un retour du paternalisme médical et du contrôle social dans ces mesures dérogatoires. Le paternalisme consiste dans « une intervention sur la liberté d'action d'une personne, se justifiant par des raisons exclusivement relatives au bien-être, au bien, au bonheur, aux besoins, aux intérêts ou aux valeurs de cette personne contrainte »¹⁸⁶³. Il est également possible de distinguer un « paternalisme *soft*, qui est légitimé par l'incompétence des personnes et qui s'impose de manière involontaire, et un paternalisme *hard*, qui revendique une action pleinement directive et volontaire sur la personne, quel que soit son degré de compétence »¹⁸⁶⁴. Monsieur Alexandre Jaunait explique alors qu'« on peut considérer que le paternalisme porte davantage atteinte au principe d'autonomie de la personne –définie comme une capacité individuelle à faire ses propres choix et à réaliser ses propres objectifs– qu'au principe de liberté –compris comme non-ingérence. Le paternalisme suppose ainsi qu'il y a des valeurs ou des intérêts supérieurs au prix qu'on peut attacher à l'autonomie d'une personne »¹⁸⁶⁵. Il explique également que si le consentement aux actes médicaux est fondé sur le principe selon lequel, « en tant que sujet de droit, nul ne peut m'imposer certains actes sur mon corps sans mon consentement (...), la tradition médicale n'a pas toujours été conforme à cet idéal. Le paternalisme médical considère qu'au nom de la mission du médecin, le consentement du malade n'est pas une donnée médicalement pertinente et ne doit pas, à cet égard, être considéré comme norme de référence de la décision. De ce point de vue, on peut distinguer deux grands courants d'éthique médicale : l'un fondé sur les valeurs traditionnelles de la médecine et l'autre sur l'émergence de principes libéraux s'appliquant à la médecine comme au reste de la société. La sédimentation de la valeur sociale qu'on accorde au consentement médical dans nos sociétés correspondrait alors à une forme d'intégration de la tradition médicale au cadre global du libéralisme politique ». C'était bien pour promouvoir l'autonomie des usagers que la loi du 4

¹⁸⁶¹ *Ibid.*

¹⁸⁶² Sophie PARICARD, *op. cit.*, pp. 116-117.

¹⁸⁶³ Gerald DWORKIN, « Paternalism », *The Monist*, 56, janvier 1972, p. 65 (nous traduisons), cité par Alexandre JAUNAIT, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, 3/2003, n° 11, pp. 59-79, spéc. p. 60.

¹⁸⁶⁴ Joel FEINBERG, « Legal Paternalism », *Canadian Journal of Philosophy*, 1, 1977, p. 106-124, cité par Alexandre JAUNAIT, *op. cit.*, p. 60.

¹⁸⁶⁵ Alexandre JAUNAIT, *op. cit.*, p. 61.

mars 2002 parle de codécision ou de partage de la décision médicale¹⁸⁶⁶. Les dispositions spécifiques aux actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction vont alors à l'encontre de ces principes directeurs¹⁸⁶⁷. Il s'agit en effet de mesures paternalistes, qui tendent à atténuer l'autonomie des personnes et notamment des femmes, en matière de reproduction et à rendre moins légitime leur recours aux actes médicaux non thérapeutiques dans ce domaine.

436. Les traits singuliers des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction tranchent nettement avec le mouvement actuel de promotion des droits des malades et usagers du système de santé, autant qu'avec les fondements juridiques sous-jacents justifiant l'encadrement de ces actes. La notion de liberté reproductive pourrait en effet servir à justifier la consécration, en droit, d'un régime juridique, pour ces actes médicaux, empreints d'autonomie dans la mesure où la mise en œuvre de ceux-ci permet l'exercice des droits reproductifs.

Section II – Des actes médicaux correspondant à des droits reproductifs

437. Contraception, temporaire ou par stérilisation, IVG, PMA : ces actes médicaux non thérapeutiques relatifs à la reproduction recourent une autre notion juridique, celle, peu usitée en droit français, de droits reproductifs. Cette notion inspirée du droit international montre qu'il existe un véritable mouvement en faveur des droits reproductifs et qu'il appartient aux États de mettre en place un régime juridique qui donne accès aux actes médicaux correspondant aux droits reproductifs (§I). La recherche des fondements juridiques qui justifient l'existence des droits reproductifs montre la portée limitée de la notion et surtout son absence d'unité. Même si la notion n'existe pas en tant que telle en droit positif, il est toutefois possible de mettre en lumière des fondements juridiques différents selon les droits reproductifs qui renvoient tous, *in fine*, à la liberté reproductive (§II). Cela nous permet alors de dénoncer l'encadrement actuel des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction qui va à l'encontre des droits des usagers du système de santé et plus généralement de l'autonomie reproductive des individus.

¹⁸⁶⁶ Aurore CATHERINE, *La codécision, entre mythe et réalité*, pp. 119-130 in Anne LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, 2014, spéc. p. 119 : « La codécision se présente alors comme un outil procédural qui permet de réduire le pouvoir de décision du médecin qui ne doit plus en être le maître exclusif ».

¹⁸⁶⁷ Voir en ce sens Aurore CATHERINE, *op. cit.*, p. 127 : « ainsi promu à la fonction de "contrôleur" des conduites sociales, le médecin devient juge du droit d'accès du patient à certains actes. Dans ces conditions, la codécision devient un mythe. Elle le devient d'autant plus au regard du pouvoir d'appréciation que détient le médecin sur la capacité à consentir du patient » ; voir encore p. 129 : « La loi et le juge ont permis l'extension du champ des possibles médicaux tout en laissant cependant un pouvoir d'appréciation important au médecin sur la "compétence" du patient et sur les conditions de son accès à l'acte médical requis. Dans ces circonstances, le rééquilibrage de la relation médecin-patient s'avère compromis. On est loin de l'idée que véhiculait initialement le mécanisme de la codécision. La clause de conscience corrobore ce constat : le fait que le médecin dispose d'un pouvoir ultime dans le processus décisionnel par ce mécanisme lui permet de ne pas accéder à la demande du patient ».

§I. La notion de droits reproductifs

438. Nous avons montré les spécificités du régime juridique de la contraception, de l'IVG, de la stérilisation à visée contraceptive et des techniques de PMA au regard des autres actes médicaux. Ces actes médicaux non thérapeutiques peuvent également être définis comme des droits reproductifs. Peu utilisée en droit français, la notion de droits reproductifs paraît toutefois pertinente pour témoigner de l'importance de ces actes médicaux et de leur singularité au regard notamment des autres actes médicaux non thérapeutiques. En effet, ils visent à réaliser un programme politique important en contribuant à la promotion de l'autonomie des personnes, en particulier des femmes, et à l'égalité entre les sexes. La présentation de la notion de droits reproductifs, notamment à travers son histoire juridique au niveau international (A) explique que ces derniers fassent encore aujourd'hui principalement l'objet d'une affirmation à travers des instruments juridiques peu contraignants (B).

A. La notion de droits reproductifs

439. Les droits reproductifs peuvent également être désignés comme des droits de la procréation ou encore des droits en matière de reproduction. Des notions voisines existent également comme celle de droits génésiques et de droits sexuels, les premiers ayant trait à la grossesse et à l'accouchement tandis que les seconds concernent la sexualité et les maladies des organes sexuels. La notion plus vaste de "*sexual and reproductive health and rights*" permet de considérer ensemble les droits et la santé en matière sexuelle et reproductive. En dépit de la variété des terminologies employées, il est toutefois possible de retracer la genèse de la notion et d'en définir les principales caractéristiques à partir de son affirmation au sein des instances de l'Organisation des Nations Unies.

440. En effet la notion de droits reproductifs est d'abord associée aux conférences et déclarations internationales relatives à la population ou spécifiques aux droits des femmes¹⁸⁶⁸. Le droit à la planification familiale est reconnu par la déclaration de Téhéran, qui fait suite à la conférence internationale sur la population de 1968¹⁸⁶⁹. C'est la première fois qu'un droit à la planification familiale est ainsi formulé, même s'il comprend des limites certaines, concernant

¹⁸⁶⁸ Cette double inscription marque de différentes manières la notion de droits reproductifs. Cela explique notamment le fait qu'en plus de l'approche féministe favorisant l'égalité entre les sexes, les droits reproductifs s'inscrivent également dans une approche intersectionnelle, c'est-à-dire une prise en compte concrète de la situation des personnes. Les droits reproductifs seraient alors « le fruit d'une conception intersectionnelle du droit à la (non) procréation reconnaissant que les attentes des femmes et les contraintes pesant sur elles ne sont pas les mêmes selon les constructions sociales de la race et de la classe sociale. Les femmes blanches ont souvent été contraintes par des législations répressives ou par l'absence d'accès réel à des services de contraception et d'avortement à porter des enfants non désirés alors que les femmes victimes de discrimination raciale ont été et sont encore souvent empêchées de procréer » (Arlette GAUTIER et Chrystelle GRENIER-TORRES, « Controverses autour des droits reproductifs et sexuels », *Autrepart*, 2014/2, n°70, pp. 3-21, spéc. p. 4). L'effectivité des droits de la reproduction est ainsi une question centrale, indissociable de la reconnaissance de ceux-ci.

¹⁸⁶⁹ ONU, *Déclaration finale de la conférence de Téhéran*, 1986, Article 16 : « Les parents ont le droit humain fondamental de décider librement et de façon responsable quant au nombre et à l'espacement entre les naissances et ont le droit à une éducation et une information adéquate à ce sujet ».

les destinataires, à savoir les parents et non les individus, concernant le contenu des droits reconnus, à savoir l'information et non l'accès aux moyens de contraception ou encore, concernant la possibilité même du refus de toute naissance¹⁸⁷⁰. Les conférences de l'ONU dont l'objet est spécifiquement les femmes adoptent une approche davantage centrée sur l'autonomie : en 1981, la Conférence de Vienne reconnaît le droit à la planification comme faisant partie des droits humains ; en 1985, la Conférence de Nairobi¹⁸⁷¹ introduit deux notions nouvelles à son article 11, celle d'autonomie corporelle d'une part et celle de contrôle de la fécondité d'autre part ; l'objectif étant de reconnaître aux femmes le droit d'avoir ou non des enfants¹⁸⁷². Toutefois, ces conférences ont une faible portée juridique¹⁸⁷³ et relèvent davantage de la déclaration d'intention. Seule la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes (CEDAW) datant de 1979 est un instrument juridique contraignant. Or, la CEDAW impose aux États parties d'« assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme (...) les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits »¹⁸⁷⁴. Au final, « la notion de droits reproductifs apparaît ainsi en réponse à une planification familiale jusqu'alors peu respectueuse de la liberté et de la santé des femmes »¹⁸⁷⁵.

441. Par la suite, la 47ème Conférence des Nations Unies sur la Population et le Développement qui s'est tenue au Caire en 1994 reconnaît et consacre les droits reproductifs. Le Programme d'action de la conférence du Caire et en particulier son chapitre 7 reprend une *Déclaration des femmes* élaborée par un mouvement transnational d'associations se réclamant des droits reproductifs « qui précise les conditions d'une politique féministe, c'est-à-dire fondée sur l'extension aux femmes des Droits de l'homme, soit la liberté de décision féminine, la non-discrimination et les droits sociaux »¹⁸⁷⁶. L'IVG n'a toutefois pas été repris dans la mesure où il s'agit d'un sujet plus sensible que les autres¹⁸⁷⁷, alors qu'elle devrait théoriquement entrer dans la définition de droit reproductif. Le Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement reconnaît également un droit à la santé pour les hommes et les

¹⁸⁷⁰ Arlette GAUTIER, « Les droits reproductifs, une nouvelle génération de droits ? », *Autrepart*, n°15, 2000, pp. 167-180, spéc. p. 168.

¹⁸⁷¹ Voir sur ce sujet, Charlotte G. PATTON, « Women and power: the Nairobi Conference, 1985 », pp. 61-76 in Anne WINSLOW, *Women, Politics, and the United Nations*, Greenwood press, 1995.

¹⁸⁷² Arlette GAUTIER, *op. cit.*, p. 170.

¹⁸⁷³ *Ibidem*.

¹⁸⁷⁴ CEDAW, Article 16, 1, e.

¹⁸⁷⁵ Bérengère MARQUES-PEREIRA et Florence RAES, « Les droits reproductifs comme droits humains : une perspective internationale », pp. 19-38 in *Corps de femmes*, De Boeck Supérieur, 2002.

¹⁸⁷⁶ Arlette GAUTIER et Chrystelle GRENIER-TORRES, *op. cit.*, p. 5.

¹⁸⁷⁷ *Ibidem* : « Cette déclaration a été incluse "presque" telle quelle (...)."Presque", parce que l'avortement n'a pas été inclus comme une liberté essentielle pour les femmes ni même comme une condition nécessaire, bien que non suffisante, de la non-discrimination envers elle ».

femmes, incluant la santé sexuelle et reproductive¹⁸⁷⁸. En outre, il est précisé que les droits en matière de procréation « ont pour fondement la reconnaissance du droit de tous les couples et des individus de décider librement et avec discernement du nombre de leurs enfants et de l'espacement de leurs naissances et de disposer des informations nécessaires pour ce faire, et du droit d'accéder à la meilleure santé sexuelle et génésique possible. Ces droits comprennent aussi le droit de tous de prendre des décisions en matière de procréation sans être en butte à la discrimination, à la coercition ou à la violence, comme cela est dit dans les documents relatifs aux droits de l'homme »¹⁸⁷⁹. Les objectifs correspondants visent alors à assurer l'effectivité de ces droits¹⁸⁸⁰. Le principe d'action 7.12 relatif à la planification familiale détermine, quant à lui, que « les programmes de planification familiale ont pour but de permettre aux couples et aux individus de décider librement et avec discernement du nombre et de l'espacement de leurs enfants et de disposer des informations et des moyens nécessaires à cette fin, de faire des choix éclairés et de mettre à leur disposition toute une gamme de méthodes sûres et efficaces ».

442. *In fine*, il est possible de définir les droits reproductifs, à la suite de l'ONU, « comme des droits, possédés par toutes les personnes, leur permettant l'accès à tous les services de santé reproductive... Ils incluent aussi le droit de prendre les décisions, en étant libre de toute discrimination, violence et coercition »¹⁸⁸¹. Affirmés au sein des instances internationales, grâce à une participation active des associations transnationales en faveur de la santé et des droits sexuels et reproductifs, les droits reproductifs émergent dans les années 1990 et seraient alors des droits nouveaux et singuliers quant à l'histoire des droits de l'homme.

443. Cela est en partie exact dans la mesure où, originellement, les droits de l'homme n'incluaient pas le domaine de la reproduction qui relevait de la sphère privée¹⁸⁸². Il apparaît

¹⁸⁷⁸ ONU, *Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement*, Le Caire, 1994, Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement, principe n°8 : « tout individu a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'il soit capable d'atteindre. Les États devraient prendre toutes les mesures appropriées pour assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, un accès universel aux services de santé, y compris ceux qui ont trait à la santé en matière de reproduction, qui comprend la planification familiale et la santé en matière de sexualité. Les programmes de santé de la reproduction devraient offrir la plus vaste gamme possible de services sans aucun recours à la contrainte. Toute couple et tout individu a le droit fondamental de décider librement et en toute responsabilité du nombre de ses enfants et de l'espacement de leur naissance, et de disposer de l'information, de l'éducation et des moyens voulus en la matière ».

¹⁸⁷⁹ ONU, *Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement*, Le Caire, 1994, Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement, Principe d'action n°7.3.

¹⁸⁸⁰ ONU, *Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement*, Le Caire, 1994, Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement : « Objectifs -§7.5 il s'agit de : a) Faire en sorte que des informations complètes et factuelles et toute la gamme des services de santé en matière de reproduction, y compris la planification familiale, soient accessibles, d'un coût abordable, pratiques et acceptables pour tous les usagers ; b) Veiller et contribuer à ce que ceux-ci prennent leurs décisions de façon responsable et de leur plein gré concernant la procréation et les méthodes de planification familiale de leur choix, ainsi que d'autres méthodes de leur choix de régulation des naissances qui ne soient pas contraires à la loi et disposent de l'information, des moyens éducatifs et autres pour ce faire ; c) Répondre à l'évolution des besoins dans le domaine de la santé en matière de reproduction aux différents âges de la vie, et ceci en tenant compte de la diversité des conditions propres aux communautés locales ».

¹⁸⁸¹ ONU, *World Population Monitoring Report*, 1996. *Selected Aspects of Reproductive Rights and Reproductive Health*, New York, 1998, p. 180, cité par Arlette GAUTIER, *op. cit.*, p. 167.

¹⁸⁸² Voir en ce sens not. Jane JENSON, « La citoyenneté à part entière. Peut-elle exister ? », pp. 25-46 in Alisa DEL RE et Jacqueline HEINEN, *Quelle citoyenneté pour les femmes ? La crise des États-Providence et de la représentation politique en*

alors qu'un des enjeux des théories féministes du droit est de remettre en cause la dichotomie privé/public et d'affirmer l'importance des droits reproductifs. Au sein des instances internationales, la nature des droits reproductifs a certainement fait l'objet de vives discussions : s'agit-il de droits humains nouveaux, de droits catégoriels des femmes ou de la mise en œuvre concrète de droits et libertés antérieurement reconnus ?¹⁸⁸³ Au final, répondre à cette question ne présente qu'un faible intérêt. En effet, « on peut concevoir la liberté reproductive à la fois comme des droits civils, politiques et sociaux. Comme droits politiques, car la liberté reproductive est corrélative des luttes de mouvements de femmes, c'est-à-dire l'affirmation d'un nouveau sujet politique qui lutte et négocie pour faire reconnaître une identité collective fondée sur la visibilité des rapports de genre. Comme droits civils, la liberté reproductive renvoie au principe d'individuation cher au libéralisme classique, à savoir la libre disposition de la personne par elle-même. Comme droits sociaux, la liberté reproductive renvoie à des politiques de santé publique. Bref, la liberté reproductive cristallise en elle les droits-libertés face à l'État et les droits-créances sur l'État »¹⁸⁸⁴. Il est également possible de considérer les droits reproductifs au regard des obligations mises à la charge des États, comme y invite d'ailleurs la CEDAW, à savoir respecter, protéger et réaliser les droits¹⁸⁸⁵.

444. En outre, il existe une dimension politique à la notion qui explique qu'elle soit concurrencée¹⁸⁸⁶ et une dimension programmatique qui justifie l'adoption de résolutions juridiques, instruments du droit international dont la portée normative est limitée.

B. Une approche non contraignante par les résolutions

445. La notion de droits reproductifs est issue du droit international et s'exprime juridiquement, au niveau européen notamment, sous forme de résolutions. Les résolutions sont les instruments

Europe, L'Harmattan, 1996, cité par Arlette GAUTIER, *Genre et biopolitiques, L'enjeu de la liberté*, L'Harmattan, 2012, p. 149 : « les droits civils impliquent fondamentalement l'autonomie et la propriété de son corps. Dans presque tous les pays européens, la capacité des femmes de contrôler leur corps était sévèrement limitée par les restrictions d'accès à la contraception et à l'avortement. Les campagnes pour le droit à l'avortement conduites par les féministes de la seconde vague ont traduit leurs débats théoriques en pratique. Elles ont forcé les compromis législatifs à incorporer les identités collectives des femmes comme individus, sexuellement différents des hommes, non définies par le statut familial et avec le droit au contrôle de la procréation ».

¹⁸⁸³ Arlette GAUTIER, *op. cit.* ; Bérengère MARQUES-PEREIRA et Florence RAES, *op. cit.* ; voir également Bérengère MARQUES-PEREIRA et Alain CARRIER, « Les droits reproductifs : vers une quatrième génération de droits ? », pp. 49-61 in Bérengère MARQUES-PEREIRA et Alain CARRIER, *La citoyenneté sociale des femmes au Brésil. Action collective, reproduction, informalité et domesticité*, CELA-IS et L'Harmattan, 1996.

¹⁸⁸⁴ Bérengère MARQUES-PEREIRA et Alain CARRIER, *op. cit.*, cité par Arlette GAUTIER, *Genre et biopolitiques, L'enjeu de la liberté*, L'Harmattan, 2012, p. 150.

¹⁸⁸⁵ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Diane ROMAN, *op. cit.*, pp. 18-20 : respecter impose aux États de s'abstenir de porter atteinte aux droits ; protéger implique en outre une obligation positive d'empêcher des tiers de porter atteinte aux droits ; réaliser correspond à une obligation positive d'intervention de l'État afin de rendre effectif les droits.

¹⁸⁸⁶ Arlette GAUTIER, *op. cit.*, p. 67 : Le concept même de droits reproductifs est ainsi politique en ce qu'il dénonce « le pouvoir marital, qui peut avoir des bases diverses, notamment économiques ou religieuses, mais aussi légales » ; p. 73 : Dans cette optique, la notion est concurrencée. Elle a par exemple été remise en cause dans les années qui ont suivi la Conférence du Caire et c'est pourquoi « aucun de ses apports n'a été inclus en 2000 dans les Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD) et seul l'objectif concernant la contraception a été réintégré en 2005 » ; voir également Arlette GAUTIER et Chrystelle GRENIER-TORRES, *op. cit.*, p. 3 : Les groupes qui contestent la notion préfèrent alors utiliser la notion de santé reproductive et sexuelle, qui renvoie à une approche plus ancienne basée uniquement sur la santé de la mère et de l'enfant.

juridiques communs en droit international¹⁸⁸⁷ et cela explique peut-être que la résolution juridique soit aussi le véhicule choisi par les organes européens en matière de reproduction. Les caractéristiques des résolutions sont en outre intéressantes : en effet, elles ont certes une faible valeur normative avec un caractère non contraignant mais aussi une portée politique et déclarative importante. Il est possible de chercher à définir plus finement la portée normative des résolutions. Parmi les recommandations des organisations internationales, on peut distinguer d'une part les recommandations définies comme « les résolutions d'un organe international adressées à un ou plusieurs destinataires qui lui sont extérieurs et impliquant une invitation à adopter un comportement déterminé, action ou abstention »¹⁸⁸⁸ « des autres "résolutions" que peut prendre une autorité internationale : déclaration, par laquelle elle se fixe à elle-même une conduite à observer à l'avenir, affirme la valeur de certains principes, reconnaît l'existence d'une situation particulière, ou encore approuve ou désapprouve une action déjà accomplie ; acte créant une situation juridique nouvelle : élection, nomination, admission, approbation d'un budget ou d'une convention, création d'un organe secondaire, prononcé de sanctions, édicton d'un règlement obligatoire, etc. »¹⁸⁸⁹. Ainsi, les résolutions peuvent être des recommandations ou des simples déclarations selon leur contenu, ce qui pourrait indiquer des degrés de normativité différents et c'est alors « la situation de droit dans laquelle se trouve placé leur auteur par rapport à leurs destinataires »¹⁸⁹⁰ qui déterminerait la valeur juridique de la recommandation. Trois catégories de recommandations peuvent alors être dégagées : celles d'ordre intérieur, « parce qu'auteur et destinataire sont placés tous deux dans le cadre d'une seule structure institutionnelle, mais aussi parce qu'elles contribuent au fonctionnement interne de l'organisation »¹⁸⁹¹, celles adressées par « une organisation internationale —ou ses organes »¹⁸⁹² à ses États membres et celles « adressées à un destinataire étranger à l'organisation internationale »¹⁸⁹³. Dans le domaine des droits reproductifs, les résolutions appartiennent à plusieurs de ces catégories : au sein des institutions du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, les résolutions sont adressées aux États membres ainsi qu'aux autres organes de l'organisation internationale ; celles prises par l'Assemblée nationale sont d'ordre intérieur même si elles ont également valeur d'affichage à l'égard des autres États.

446. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont pris position sur la question des droits reproductifs par le biais de résolutions. Au sein de l'Union européenne, le Parlement européen a

¹⁸⁸⁷ Voir not. Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 12e éd., 2014, pp. 424 et s., §395 et s.

¹⁸⁸⁸ Michel VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *Annuaire français de droit international*, volume 2, 1956, pp. 66-96, spéc. p. 68.

¹⁸⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁹⁰ Michel VIRALLY, *op.cit.*, spéc. p. 69.

¹⁸⁹¹ Michel VIRALLY, *op. cit.*, p. 70.

¹⁸⁹² Michel VIRALLY, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸⁹³ Michel VIRALLY, *op. cit.*, p. 90.

adopté le 3 juillet 2002 une résolution sur la santé et les droits sexuels et génésiques¹⁸⁹⁴. Concernant les résolutions au sein de l'Union européenne, ce sont des actes atypiques ou hors nomenclature, car « ces actes, bien qu'émanant des institutions de l'Union, ne relèvent pas de la typologie que présente l'article 288 du TFUE »¹⁸⁹⁵. Les résolutions prises au sein des institutions de l'Union européenne peuvent être définies comme des « actes qui décrivent avec plus ou moins de précision le contenu et la mise en œuvre d'une initiative de l'Union, sous la forme d'un programme d'actions dans un domaine donnée »¹⁸⁹⁶ et « elles sont dépourvues de force contraignante ». En ce sens, elles s'adressent autant aux États membres qu'aux autres organes de l'UE. Différents textes et programmes sont visés en début de la résolution ; ces textes peuvent être vus comme des fondements juridiques aux droits reproductifs. Ainsi, l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté en 1966 est visé. Le 1er alinéa prévoit que « les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre » et montre l'affiliation de la résolution au droit à la santé. D'autres textes juridiques visant à promouvoir la planification familiale sont visés et sont soit relatifs à la lutte contre les discriminations à l'égard des femmes¹⁸⁹⁷ soit aux droits des enfants¹⁸⁹⁸, ainsi que des textes non contraignants, comme le programme d'action de la Conférence des Nations unies sur la population et le développement du Caire ou celui de la Quatrième Conférence des Nations unies sur les femmes de Pékin. Ces derniers témoignent de l'inscription de la résolution dans la continuité des travaux internationaux visant à promouvoir les droits reproductifs. Il est souligné « que le thème de la santé et des droits sexuels et génésiques ne saurait être traité sous le seul angle de l'accès aux contraceptifs et à l'avortement »¹⁸⁹⁹ et c'est pourquoi la résolution traite également de l'éducation sexuelle des adolescents¹⁹⁰⁰. Le volet contraception est particulièrement complet, basé sur l'information, le choix, le consentement, voire la gratuité

¹⁸⁹⁴ Résolution du Parlement européen sur la santé et les droits sexuels et génésiques (2001/2128(INI)).

¹⁸⁹⁵ Claude BLUMAN et Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 5e éd., 2013, p. 563.

¹⁸⁹⁶ Chahira BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, Lextenso éditions, 3e éd., 2014, p. 383.

¹⁸⁹⁷ Ainsi, l'article 12, 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose que « les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine des soins de santé en vue de leur assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les moyens d'accéder aux services médicaux, y compris ceux qui concernent la planification de la famille » et l'article 16, 1, e) considère du point de vue du mariage et des rapports familiaux, cette question en enjoignant les États parties à assurer aux femmes et aux hommes « les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits ».

¹⁸⁹⁸ Dans la perspective de la promotion des droits des enfants, l'article 24, 2, f) de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée en 1989, poursuit le même objectif en invitant les États parties à « développer les soins de santé préventifs, les conseils aux parents et l'éducation et les services en matière de planification familiale ».

¹⁸⁹⁹ Résolution du Parlement européen sur la santé et les droits sexuels et génésiques (2001/2128(INI)), préambule, considérant R.

¹⁹⁰⁰ En particulier, le volet consacré à l'éducation sexuelle vise à promouvoir l'éducation sexuelle dès l'enfance (16) et en prenant en compte les besoins spécifiques en matière de sexualité et de reproduction des adolescents (14).

pour certaines populations et vise à encourager la recherche¹⁹⁰¹. En revanche, le volet consacré aux grossesses non désirées et à l'avortement est bien moins ambitieux¹⁹⁰² : l'avortement n'est prévu que comme un moyen de « protéger la santé et les droits génésiques des femmes » (12). Enfin, la résolution s'achève sur la politique communautaire en la matière¹⁹⁰³. Cette résolution montre que l'approche en termes de santé sexuelle et reproductive est intégrée au sein des institutions politiques de l'Union européenne, même s'il apparaît une certaine frilosité en matière d'avortement.

447. Cette réserve s'exprime également au niveau du Conseil de l'Europe qui a pourtant adopté en avril 2008, une résolution promouvant l'accès à un avortement sans risque et légal en Europe. Le premier paragraphe de la résolution est ainsi une réaffirmation du fait « que l'avortement ne peut en aucun cas être considéré comme un moyen de planification familiale »¹⁹⁰⁴ (§1). Il est également précisé que « l'avortement doit être évité, autant que possible » (§1) et que « tous les moyens compatibles avec les droits des femmes doivent être mis en œuvre pour réduire le nombre de grossesses non désirées et d'avortements » (§1). Ces affirmations contribuent à rendre moins légitime le recours à l'avortement et témoignent des fortes oppositions qui existent sur ce sujet au sein de la société civile mais aussi au sein des institutions, notamment européennes, même si la suite de la résolution vise à promouvoir une législation en faveur de l'avortement. En effet, il est précisé que l'interdiction de « l'avortement n'aboutit pas à réduire le nombre d'avortements » et « mène surtout à des avortements clandestins, plus traumatisants, et contribue à l'augmentation de la mortalité maternelle et/ou au développement du "tourisme de l'avortement", qui est coûteux, reporte le moment de l'avortement et engendre des inégalités sociales » (§4). Au contraire, il est mis en avant le fait que « des politiques et des stratégies

¹⁹⁰¹ À propos de la contraception, il est recommandé aux États membres et aux pays candidats à l'adhésion « d'élaborer une politique nationale de qualité sur la santé sexuelle et génésique (...) en garantissant un accès égal pour tous à une gamme de moyens contraceptifs de qualité et aux méthodes de connaissance de la fécondité » (2), « de veiller à ce que les femmes et les hommes donnent leur consentement en parfaite connaissance de cause à l'utilisation de moyens contraceptifs et aux méthodes de connaissance de la fécondité » (3), de « s'efforcer de fournir gratuitement -ou à moindre coût- des moyens contraceptifs et des services de santé sexuelle et génésique aux groupes défavorisés à cet égard, tels que les jeunes, les minorités ethniques ou les personnes victimes de l'exclusion sociale » (4), d'« améliorer l'accès des personnes indigentes aux services de santé spécialisés dans la reproduction et la sexualité, susceptibles de leur offrir, plus particulièrement, le choix des moyens anti-contraceptifs et de leur permettre de prévenir ou de reconnaître les maladies sexuellement transmissibles » (5), de « promouvoir le recours à la contraception d'urgence (à des prix abordables et sans formalités) en tant que pratique normalisée dans le domaine de la santé sexuelle et génésique » (6), et d'« encourager la recherche scientifique dans le domaine de la contraception destinée aux hommes, de manière à assurer l'égalité des femmes et des hommes en ce qui concerne les effets de l'utilisation des méthodes de contraception » (7).

¹⁹⁰² Il est en effet d'abord souligné que « l'avortement ne saurait être promu en tant que méthode de régulation des naissances » sans pour autant affirmer qu'il relève de la liberté des femmes. Ce n'est qu'après avoir recommandé aux États membres « de mettre en œuvre une politique sanitaire et sociale permettant une inflexion du recours à l'avortement » (9) qu'il est finalement recommandé, « pour protéger la santé et les droits génésiques des femmes, que l'avortement soit légalisé, sûr et accessible à tous » (12).

¹⁹⁰³ Comme cela ressort de l'exposé des motifs de la résolution, « bien que les politiques en matière de santé génésique demeurent pour une large part une compétence des États membres, l'UE pourrait apporter une valeur ajoutée en amorçant un processus d'apprentissage réciproque, basé sur la comparaison des données récoltées en la matière et sur le partage des expériences positives et des meilleures pratiques dans les programmes et les politiques sanitaires des États membres et des "pays candidats" ». C'est ce que prévoit plus en détails le dernier volet.

¹⁹⁰⁴ Conseil de l'Europe, Résolution 1607, Accès à un avortement sans risque et légal en Europe, 16 avril 2008.

appropriées concernant les droits et la santé en matière de sexualité et de procréation, y compris une éducation sexuelle et relationnelle obligatoire pour les jeunes, adaptée à leur âge et à leur sexe, auraient pour conséquence un moindre recours à l'avortement » (§5). *In fine*, « l'Assemblée affirme le droit de tout être humain, en particulier des femmes, au respect de son intégrité physique et à la libre disposition de son corps. Dans ce contexte, le choix ultime d'avoir recours ou non à un avortement devrait revenir à la femme, qui devrait disposer des moyens d'exercer ce droit de manière effective » (§6). Il est alors proposé de manière concrète aux États membres du Conseil de l'Europe de dépénaliser l'avortement, garantir l'exercice effectif de ce droit, respecter la liberté des femmes et favoriser leur autonomie, lever les restrictions à l'exercice du droit¹⁹⁰⁵. D'autres recommandations sont faites concernant l'élaboration de politiques publiques plus générales dans ce domaine et l'accès et les conseils en matière de contraception (§7.6), l'éducation sexuelle des jeunes (§7.7). Si cette résolution du Conseil de l'Europe affirme l'existence d'un droit à l'intégrité physique et à la libre disposition de soi, il apparaît que les conventions adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe et les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme qui ont, elles, un caractère contraignant sont beaucoup moins affirmatives et ambitieuses. En matière d'avortement, l'arrêt A, B et C. contre Irlande rendu le 16 décembre 2010 par la grande chambre de la CEDH constitue en effet « un recul inouï »¹⁹⁰⁶ des droits des femmes au sein du Conseil de l'Europe. Les trois requérantes, confrontées à la législation irlandaise, qui est la plus restrictive en Europe en matière d'IVG, « sont allées se faire avorter à l'étranger pour les motifs suivants : la première requérante pour des raisons de santé et de bien-être, la deuxième requérante pour des raisons de bien-être, et la troisième requérante essentiellement parce qu'elle craignait que sa grossesse ne mît sa vie en danger »¹⁹⁰⁷. Les requérantes faisaient notamment valoir une violation des articles 3, 8, 13 et 14 de la CESDH par la législation irlandaise. L'examen sous l'angle de l'article 8 de la Convention relatif au respect à la vie privée donne lieu à l'intervention de tierces parties et *in fine*, la Cour conclut que « l'article 8 ne saurait en conséquence s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement »¹⁹⁰⁸. Le décalage entre la résolution de 2008 et cet arrêt de grande chambre de 2010 est saisissant en ce que les États membres sont d'un côté appelé à dépénaliser et permettre

¹⁹⁰⁵ En particulier, il est proposé de « dépénaliser l'avortement dans les délais de gestation raisonnables » (§7.1), « garantir l'exercice effectif du droit des femmes à l'accès à un avortement sans risque et légal » (§7.2), « respecter la liberté du choix de la femme et (...) offrir les conditions d'un choix libre et éclairé, sans promouvoir particulièrement l'avortement » (§7.3), « lever les restrictions qui entravent, en fait ou en droit, l'accès à un avortement sans risque, et notamment à prendre les mesures nécessaires pour créer les conditions sanitaires, médicales et psychologiques appropriées, et pour assurer une prise en charge financière adéquate » (§7.4).

¹⁹⁰⁶ Diane ROMAN, « L'avortement devant la Cour EDH : l'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire », Note sous CEDH, Gde ch., 16 déc. 2010, A, B et C c. Irlande, req. n° 25579/05, *RDSS*, 2011, p. 293.

¹⁹⁰⁷ CEDH, Gde ch., 16 décembre 2010, A, B, et C contre Irlande, n°25579/05, § 125.

¹⁹⁰⁸ CEDH, Gde ch., 16 décembre 2010, A, B, et C contre Irlande, n°25579/05, § 214.

l'accès à l'avortement et ne sont pas de l'autre condamné lorsque ce n'est pas le cas -notamment car l'accès à l'IVG est possible dans d'autres États membres¹⁹⁰⁹.

448. Contrairement aux arrêts rendus par la CEDH, la portée des résolutions –du Conseil de l'Europe ou du Parlement européen– est, par leur nature, limitée. Si le Conseil de l'Europe semble fonder ses recommandations sur « le droit au respect de son intégrité physique et à la libre disposition de son corps » et le parlement européen sur le droit à la santé et à la planification familiale, les droits reproductifs apparaissent comme relevant d'un programme politique et juridique à mettre en œuvre par les États membres des deux sous-ensembles européens. Il ne s'agit pas à proprement parler de consacrer des droits mais d'inviter les États membres à mettre en œuvre des politiques qui remplissent cet objectif. L'approche est davantage concrète bien que non contraignante. En effet, les résolutions sont des actes non contraignants, c'est-à-dire qu'elles ne créent aucune obligation juridique. Elles permettent toutefois aux institutions d'exprimer leur position, de faire connaître leur point de vue et d'inviter les États membres à adopter des mesures concrètes¹⁹¹⁰ et ont en ce sens une valeur politique importante¹⁹¹¹.

449. En droit français, la réforme constitutionnelle de 2008 a introduit, à l'article 34-1 de la Constitution, la possibilité pour l'Assemblée nationale d'adopter des résolutions¹⁹¹². Cela permet alors à l'Assemblée de prendre position sur n'importe quel sujet même si les résolutions sont d'ordre intérieur et n'ont aucune portée normative¹⁹¹³. Parmi des résolutions aux objets très

¹⁹⁰⁹ Voir en ce sens l'analyse de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », pp. 143-161 in Astrid MARAIS (dir.), *La procréation pour tous*, Dalloz, 2015, spéc. p. 155.

¹⁹¹⁰ Voir en ce sens, Sophie PARICARD, « La consécration d'un droit à l'avortement ? Quelques réflexions sur la résolution 1607 (2008) du Conseil de l'Europe du 16 avril 2008 relative à un avortement sans risque et légal en Europe », *Droit de la famille*, n° 6, Juin 2009, étude 25 : l'auteure parle à ce sujet d'une invitation du Conseil de l'Europe adressée aux États membres et d'« une étape politique majeure ».

¹⁹¹¹ À propos des résolutions du Conseil de l'Europe, voir not. Alexandre-Charles KISS, « Le Conseil de l'Europe et les suites données par les États membres aux textes adoptés par ses organes », in *Annuaire français de droit international*, volume 13, 1967, pp. 547-565, spéc. pp. 548-549 : « Quant au premier point, l'Assemblée estime qu'elle peut faire connaître son point de vue sous forme de « résolutions » — ce terme est alors officiellement défini comme une "décision de l'Assemblée sur une question de fond dont la mise en œuvre relève de sa compétence ou l'expression d'un point de vue qui n'engage que sa responsabilité" (Note sous l'article 27 du Règlement de l'Assemblée, Conseil de l'Europe, L'Assemblée consultative, procédure et pratique, 5ème éd., Strasbourg, 1965, p. 155). En réalité, les « résolutions » peuvent contenir un appel aux Gouvernements des États membres les invitant à suivre une ligne de conduite donnée, voire à entreprendre une action déterminée ».

¹⁹¹² Voir not. sur le sujet Pierre-Yves GAHDOUN, « L'amélioration de la fabrication des lois », *AJDA*, 2008, p. 1872 : « En réponse à ce qui a été considéré comme un excès de rationalisation, le constituant est donc venu étendre cette possibilité offerte aux assemblées d'œuvrer par le biais des résolutions en insérant un nouvel article 34-1 de la Constitution qui prévoit expressément la possibilité de recourir à cet outil législatif de façon générale. Louable sur le plan des principes, cette innovation l'est sans doute moins d'un point de vue pratique : il faut en effet reconnaître au constituant le souhait légitime qui est celui de confier au Parlement des moyens d'exprimer ce qui serait un simple sentiment ou une préoccupation quelconque sans pour autant mettre en œuvre la procédure législative » ou encore Sylvain NIQUEGE, « Les résolutions parlementaires de l'article 34-1 de la Constitution », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 10/2010, 84, pp. 865-890.

¹⁹¹³ Michel VIRALLY, *op. cit.*, p. 77 : « les recommandations intervenant entre organes indépendants ne conserveront habituellement que la valeur de simples propositions, dépourvues de caractère obligatoire. Ce sera le moyen qu'utiliseront ces organes, dont les attributions peuvent se recouper, mais qui détiennent des pouvoirs différents et ne disposent pas de la même autorité politique, pour coordonner leur action ».

disparates¹⁹¹⁴ se trouve la résolution adoptée en novembre 2014 « à l'occasion du 40e anniversaire de la loi Veil légalisant l'IVG en France » et « réaffirmant le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse en France et en Europe »¹⁹¹⁵. Dans l'exposé des motifs, il est expliqué que « quarante ans plus tard, le droit à l'avortement, souvent contesté, reste fragile » et c'est pourquoi la résolution « réaffirme l'importance du droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse pour toutes les femmes, en France, en Europe et dans le monde » et « rappelle que le droit universel des femmes à disposer librement de leur corps est une condition indispensable pour la construction de l'égalité réelle entre les femmes et les hommes et d'une société de progrès ». De même, « le rôle majeur de la prévention et de l'éducation à la sexualité, en direction des jeunes » et « la nécessité de garantir l'accès des femmes à une information de qualité, à une contraception adaptée et à l'avortement sûr et légal » sont affirmés. Si l'engagement de la France « au niveau européen comme international, en faveur d'un accès universel à la planification familiale » fait l'objet du dernier alinéa, rien n'est dit sur l'IVG et ses conditions d'accès en France. Cette résolution, adoptée par l'Assemblée nationale, ne constitue pas un programme politique et juridique à mettre en œuvre en droit interne, même si des modifications importantes ont été apportées au régime de l'IVG en France ces dernières années avec notamment la suppression de la mention de l'état de détresse¹⁹¹⁶ et celle à venir du délai de réflexion¹⁹¹⁷. Cette résolution apparaît alors davantage comme une proclamation de droits, celui fondamental à l'IVG et celui universel à la libre disposition de son corps, qui n'existent pas (encore) en droit positif.

450. En effet, il y a un décalage significatif entre l'affirmation des droits reproductifs affichée par les organes politiques et leur reconnaissance juridique : l'adoption de résolutions témoigne d'ailleurs de la faiblesse des droits reproductifs et de leur caractère davantage programmatique que juridique. Ce constat est par ailleurs confirmé par la recherche de la reconnaissance en droit positif des droits reproductifs ou d'autres fondements juridiques visant à promouvoir l'autonomie reproductive des personnes.

§II. Les fondements juridiques des droits reproductifs

451. Les droits reproductifs semblent être une notion importante tant au niveau du droit international que des sous-ensembles européens. Même si la notion de droits reproductifs n'est pas à proprement parler une notion juridique dans la mesure où elle n'est pas existante et affirmée en droit positif, elle relève d'un programme politique et juridique. Par ailleurs, elle renvoie à d'autres questions relatives aux rapports des individus à leur corps et du statut du

¹⁹¹⁴ Voir par exemple Assemblée nationale, Résolution n° 160 en hommage à Aimé Césaire, 24 juin 2013 ou encore Assemblée nationale, Résolution n°439 portant sur la reconnaissance de l'État de Palestine, 2 décembre 2014.

¹⁹¹⁵ Assemblée Nationale, Résolution n° 433 réaffirmant le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse en France et en Europe, 26 novembre 2014.

¹⁹¹⁶ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Article 24.

¹⁹¹⁷ Projet de loi de modernisation de notre système de santé, Article 17 bis (nouveau).

corps humain tel que mis en place par les lois dites de bioéthique. Cette approche générale ne permet toutefois pas de faire ressortir les spécificités des droits reproductifs et de définir un fondement unique, tel que le droit à disposer de soi. La notion peine alors à trouver un fondement juridique unique (A). Toutefois, il existe une réelle réflexion sur l'autonomie reproductive qui renvoie à la notion mieux connue –et consacrée– de liberté ou encore d'autonomie et permettrait alors de fonder la notion de droits reproductifs de manière relativement solide (B).

A. La difficile définition juridique des rapports des individus à leurs corps reproductifs

452. La notion de droits reproductifs renvoie à plusieurs autres questions qui ont notamment fait l'objet de recherches juridiques. Il est possible de se demander, de manière générale, si les personnes ont des droits sur leur corps, autrement dit, s'ils peuvent en disposer librement, y compris dans le domaine reproductif. Cette formulation générale fait des droits reproductifs, des droits parmi d'autres que les individus auraient sur leur corps. Il est possible de s'intéresser à cette question à partir de l'hypothèse de l'existence d'un droit générique que serait le droit à disposer de soi¹⁹¹⁸ ou en raisonnant davantage sur la notion de droits multiples, subjectifs, des individus sur leur corps¹⁹¹⁹. En particulier, Madame la professeure Stéphanie Hennette-Vauchez a démontré dans sa thèse que « la proposition "droit de disposer de son corps" n'est jamais valide (...). En effet, ni les pratiques sociales, ni les références axiologiques avancées à l'appui d'un droit de la personne à disposer de son corps, avant et après la mort, ne permettent de justifier la présence de cette expression dans le discours juridique »¹⁹²⁰. De même, le droit à disposer de soi ne relève ni de la catégorie des droits subjectifs, ni de celle des droits de la personnalité¹⁹²¹. En revanche, « le "droit de la bioéthique" est peut-être davantage le lieu d'une police nouvelle que celui de l'"inflation des droits subjectifs" »¹⁹²². En effet, « l'analyse de ce

¹⁹¹⁸ Voir en ce sens Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Etienne PICARD (préface), L'harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2004.

¹⁹¹⁹ Irma ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, préface de Jean-Marie AUBY, Presses universitaires de Bordeaux, 1994.

¹⁹²⁰ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 18.

¹⁹²¹ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, spéc. pp. 328-331 : En effet, s'interrogeant sur le fait que le droit à disposer de soi relèverait de la catégorie des droits subjectifs, l'auteure écarte cette qualification juridique dans la mesure où il existe une difficulté à distinguer l'objet du droit subjectif de son titulaire, c'est-à-dire la personne de son corps ; p. 354 : Une autre des raisons fondamentales à l'absence de qualification de la libre disposition du corps comme droit subjectif ou droit de la personnalité est l'impossibilité de remplir la « condition d'altérité » dans la mesure où « le sujet qui exerce un pouvoir de disposition sur son corps est dans une relation intra-subjective à lui-même » ; p. 356 : Au final, elle conclut que « l'ensemble de ces éléments paraît donc justifier la mise à l'écart de la notion de droit subjectif, tant dans sa conception classique que dans sa forme rénovée que constituent les droits de la personnalité, dans le cadre d'un travail de qualification du droit de la personne à disposer de son corps. Le premier, en effet, semble trop lourd de conséquences au regard de la problématique de la dissociation conceptuelle entre le corps et la personne et de ses implications juridiques dues à la *summa divisio* ; en outre, la définition théorique du contenu du droit subjectif ne semble pas correspondre à la réalité des pouvoirs de disposition que la personne peut exercer à l'égard de son propre corps. Quant à la seconde piste suivie, celle des droits de la personnalité, non seulement elle ne permet pas de rendre compte des pouvoirs de disposition de la personne sur son corps mais encore, l'imprécision du régime juridique de ces droits fragilise la théorie d'une façon générale. Il convient donc à ce stade d'envisager une autre qualification possible des rapports de la personne à son corps : celle de liberté corporelle ».

¹⁹²² Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 19.

corpus [bioéthique] révèle qu'il est principalement constitué de dispositions "négatives" dont l'objet est de limiter les pouvoirs de la personne sur son corps ; bien plus qu'ils ne créent des droits, ces textes posent des principes impératifs qui prennent souvent en effet la forme d'interdictions, ou encore instaurent des mécanismes d'autorisation préalable à certains usages médicaux du corps. Cet angle d'analyse est tout particulièrement intéressant au regard de l'hypothèse selon laquelle les pouvoirs de la personne sur son corps seraient l'expression d'une liberté corporelle. En effet, l'idée juridique de liberté est intrinsèquement liée à celle de sa nécessaire limitation. À ce titre, elle semble pouvoir, mieux que la notion de droit subjectif, rendre compte de la réalité juridique des pouvoirs de la personne sur son corps –c'est-à-dire de la détermination *a priori* peut-être pas du toujours permis, mais souvent du défendu »¹⁹²³. Après avoir démontré que les normes en la matière ont un caractère impératif et visent l'intérêt général, caractéristiques propres à l'ordre public, Madame la professeure Stéphanie Hennette-Vachez conclut que « s'il demeure difficile d'en définir précisément un contenu, il paraît possible de poser que celui-ci s'exprime en creux, et n'émerge que lorsque sont apposées bout à bout l'ensemble des restrictions apportées à la notion source de cet ordre public corporel, à savoir la liberté corporelle »¹⁹²⁴. À notre sens, l'ordre public corporel, responsable de l'absence de consécration d'un droit à disposer de soi, est alimenté, en matière reproductive spécialement, par l'approche bioéthique qui tend à considérer ensemble les droits reproductifs et les autres thématiques bioéthiques.

453. Au final, il n'existe pas en droit positif de « droit à disposer de soi » ou de droits subjectifs des individus sur leur corps. En outre, deux écueils du traitement juridique des droits reproductifs peuvent être mis en exergue et expliquent leur absence de reconnaissance en droit positif. D'une part, les droits reproductifs ne font pas l'objet d'un régime juridique unifié ; en d'autres termes, chacun des droits correspond à un acte médical non thérapeutique ayant un régime juridique spécifique, même s'ils peuvent présenter des points communs. La faiblesse des droits reproductifs repose en partie sur une approche fractionnée de la question reproductive. Un mouvement contraire, contribue, d'autre part, à l'affaiblissement des droits reproductifs. Il s'agit de l'approche englobante adoptée par les lois dites de bioéthique de 1994 qui tendent à poser des principes généraux pour l'ensemble des techniques biomédicales. En effet, l'approche globale considérant l'ensemble des relations des personnes à leur corps choisie par les lois de bioéthique contribue à affaiblir les droits reproductifs, en niant leur singularité. En traitant ensemble des questions aussi différentes que celle des techniques de PMA et celle de la recherche sur l'embryon, l'approche bioéthique favorise par exemple la concurrence entre les droits des femmes et ceux des enfants à naître.

¹⁹²³ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, pp. 380-381.

¹⁹²⁴ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 403.

454. L'approche fractionnée des droits reproductifs résulte de la genèse de l'encadrement juridique de chacun des actes considérés, à savoir, dans l'ordre chronologique de leur reconnaissance, contraception, IVG, PMA et stérilisation. Si le lien est fait entre contraception et IVG notamment dans la loi de 2001, la contraception étant présentée comme nécessaire pour éviter le recours à l'IVG, ces actes sont rarement pensés ensemble. La notion d'acte médical non thérapeutique, seule, s'intéresse au régime de ces actes en plus de celui des actes médicaux à visée esthétique. Quant à la notion de droits reproductifs, nous avons vu, à travers, sa genèse, sa faible valeur et portée normative. À travers l'expression d'actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction, nous souhaitons proposer un régime juridique unifié pour ces actes médicaux qui permet de les voir comme correspondant à différents moments de la vie sexuelle et reproductive des individus. Cela nous paraît important de penser ensemble les aspects négatifs de la reproduction et donc le contrôle de sa fertilité, avec la contraception temporaire, d'urgence, définitive et l'IVG, et les aspects positifs avec les techniques de PMA. En effet, ces dernières sont nettement plus valorisées -tant que la GPA reste exclue- et reposent sur une approche davantage relationnelle, mettant en jeu, les couples portant le projet parental voire même les donneurs de gamètes. En outre, cela permet aussi de mettre en exergue la logique sous-jacente derrière l'ensemble de ces techniques à savoir la présence ou l'absence de projet parental. Ainsi, en l'absence de projet parental, les individus ont recours à des techniques contraceptives, éventuellement à une IVG ; sachant qu'au moment où il y a une grossesse, y compris alors qu'il y avait usage d'un contraceptif, se pose concrètement la question de l'existence d'un projet parental. Lorsqu'un projet parental existe mais que des difficultés pour le réaliser émergent, du fait de facteurs d'infertilité ou d'une configuration sociale, les techniques de PMA viennent pallier ces obstacles.

455. En plus de considérer ensemble les actes médicaux en matière de reproduction qui correspondent aux droits reproductifs, il est important de les séparer de l'approche bioéthique. Les lois dites de bioéthique adoptées en 1994¹⁹²⁵ traitent de sujets extrêmement variés, réunis autour de la thématique du progrès des sciences biologiques et médicales auxquelles il convient de poser des limites. Ces deux lois, puis celles de 2004¹⁹²⁶ et de 2011¹⁹²⁷, couvrent un champ vaste relatif à la biomédecine et, en ce sens, « il eût donc mieux valu que la loi fut nommée loi relative à la biomédecine »¹⁹²⁸ dans la mesure où il s'agit d'encadrer « des pratiques médicales et biologiques non nécessairement tournées vers la thérapeutique »¹⁹²⁹ propre à la biomédecine.

¹⁹²⁵ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

¹⁹²⁶ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

¹⁹²⁷ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

¹⁹²⁸ Jean-René BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique, commentaire et analyse de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, LexisNexis, Litec, Carré droit, 2005, p. 3.

¹⁹²⁹ *Ibidem*.

Au-delà de cette critique, le terme de bioéthique permet de désigner le champ de l'intervention législative par son objet et explique pourquoi sont traitées dans le même texte des questions aussi différentes que le don d'organe, les techniques de PMA et la filiation après PMA, les principes généraux concernant le statut du corps humain et l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne. Cette approche permet un travail législatif commun sur des questions différentes mais dont les liens existent de fait. Un exemple illustre parfaitement l'enchevêtrement des enjeux et de l'encadrement juridique de ces questions : les lois de bioéthique ont lié, notamment à travers la notion de projet parental, les techniques de PMA et la possibilité de mener des recherches sur l'embryon¹⁹³⁰. En effet, les embryons surnuméraires sont la seule source possible de cellules pour menées des recherches à ce stade de développement¹⁹³¹.

456. Le rassemblement sous le vocable de bioéthique d'un ensemble de thématiques très diverses induit un changement de perspective important : le discours n'est pas centré sur les personnes et les conséquences en termes de droit civil de l'utilisation des pratiques ; au contraire, est davantage prise en considération la défense de l'intérêt général au nom d'une éthique renouvelée. La procréation médicalement assistée n'a pas une grande loi éponyme pour l'encadrer comme cela a été le cas de la contraception en 1967 et de l'IVG en 1975. En ce sens, Monsieur Daniel Borrillo écrit que « si certaines conquêtes politiques, telles la contraception (1967) ou l'avortement (1975) furent déclinées (au moins politiquement) sous la forme de la liberté corporelle, d'autres comme la transfusion sanguine (1952) et le don d'organes (1976) s'inscrivent dans une tradition collectiviste sur laquelle s'aligneront les futures lois de bioéthique (1988/1994) et ses successives révisions (2004, 2011), conçues plutôt comme un garde-fou contre l'abus de la science et les dérapages de l'individualisme possessif que comme un élargissement du champ des droits subjectifs »¹⁹³². Ainsi, les techniques de PMA peuvent difficilement être pensées séparément des autres questions liées à la bioéthique. L'approche bioéthique conduit une partie de la doctrine à déplorer que certains textes législatifs abordent des questions relevant de la biomédecine -comme l'article 16-3 du Code civil ou encore l'IVG- en dehors des « rendez-vous législatifs » de réexamen des lois de bioéthiques¹⁹³³.

¹⁹³⁰ Voir introduction, §. 15 et s.

¹⁹³¹ Claire NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *D.*, 2003, p. 841 : « La demande parentale représente le moteur de l'assistance médicale à la procréation, l'article L. 2141-2 l'érigeant en condition *sine qua non* de la conception des embryons *in vitro*. (...) En effet, sans projet parental, les scientifiques n'auraient jamais obtenu les éléments essentiels qui ont permis leurs spectaculaires avancées : le sperme, les ovules et les embryons *in vitro* » ; voir également article L. 2151-2 du Code de la santé publique : « la conception *in vitro* d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite » et article L. 2151-3 du Code de la santé publique : « un embryon ne peut être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation ».

¹⁹³² Daniel BORRILLO, « Bioéthique à la française et paternalisme d'État », in Daniel BORRILLO, Eric FASSIN et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Raison Publique*, « La bioéthique en débat : angles vifs et points morts », 15 mai 2012.

¹⁹³³ Jean-René BINET, *op. cit.*, pp. 4-5 : « le champ de l'intervention législative étant précisé, on peut alors regretter que certaines des questions de la bioéthique aient été traitées hors de ce cadre » ; l'auteur prend alors comme exemple la modification de l'article 16-3 du code civil par la loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture

457. Dans une optique de promotion des droits reproductifs, l'approche bioéthique met en concurrence les droits des individus avec d'autres intérêts, ceux de l'embryon conçu ou encore de l'enfant à naître¹⁹³⁴. En plus de cette concurrence, l'approche bioéthique semble souffrir d'une autre faiblesse. En effet, la clause de réexamen de la loi de bioéthique, tous les cinq ans, pourrait retarder l'adoption de certaines réformes, comme pour la levée de l'anonymat du don de gamète. Cette clause de réexamen témoigne d'une volonté de compromis et fait écho à l'article 2 de la loi Veil de 1975 qui légalisait l'IVG pour cinq ans¹⁹³⁵ et témoigne de la prudence du législateur sur des sujets de société¹⁹³⁶. De même, la loi du 6 août 2004 a permis, par exception, des protocoles de recherches sur les cellules souches embryonnaires pour cinq ans uniquement. Ce régime dérogatoire et temporaire a toutefois été pérennisé en 2011 et à peine deux ans après la dernière révision des lois de bioéthique et par conséquent en dehors de leur giron, le principe de la recherche sur l'embryon est posé¹⁹³⁷. Sur le fond, ce changement de logique n'affecte que peu les conditions à remplir. Toutefois, si l'on considère la forme, cela met en exergue le fait que, maintenant que les grands principes bioéthiques ont été affirmés par le législateur et les juges, notamment constitutionnels, les questions relevant du champ de la biomédecine ont plus de chance d'évoluer en faisant l'objet d'un véhicule législatif propre. Il nous semble que pour les questions touchant aux droits reproductifs et au régime des actes médicaux correspondant, il serait intéressant de faire adopter, comme pour la contraception et l'IVG, des lois spécifiques visant la promotion de ceux-ci. Il pourrait même être opportun de traiter ensemble les questions reproductives, afin d'affirmer la continuité entre les différents actes médicaux et d'adopter un point de vue juridique centré sur les destinataires des normes, les personnes. Les dernières avancées législatives dans le domaine reproductif ont été réalisées à l'occasion de l'adoption des lois de financement pour la sécurité sociale, la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes qui promeut une approche transversale ou encore le projet de loi de modernisation du système de santé, encore en discussion.

maladie universelle et la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception « dont les dispositions avaient elles aussi leur place dans les débats consacrés à la bioéthique et qui auraient pu utilement figurer dans le présent texte. Il est vrai que le temps traditionnellement nécessaire à des textes portant sur la bioéthique joue probablement contre l'insertion de toutes les questions. Cependant, outre que l'urgence ne commandait certainement pas de légiférer à la hâte, les questions posées, sinon par l'allongement du délai de l'IVG de dix à douze semaines, du moins par l'autorisation de la stérilisation contraceptive des handicapés mentaux portaient sur de telles questions éthiques qu'y réfléchir un peu plus longtemps n'aurait certainement pas été préjudiciable ».

¹⁹³⁴ Voir introduction, not. §. 23-24.

¹⁹³⁵ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Bioéthique, biodroit, biopolitique : politique et politisation du vivant », pp. 29-50 in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006, spéc. pp. 33-34.

¹⁹³⁶ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 34 : Elle explique ainsi qu'il lui « semble en effet que cette volonté du législateur d'affirmer, à chaque fois qu'il prend parti sur des questions bioéthiques, qu'elles ont en quelque sorte un caractère temporaire et qu'elles seront réexaminées à relativement brève échéance, participe d'une volonté de tempérer les éventuelles oppositions suscitées, le cas échéant, par les options qu'il retient ».

¹⁹³⁷ Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

458. Les droits des personnes en matière de reproduction, qui trouvent leur expression à travers la contraception temporaire, définitive, d'urgence, l'avortement et les techniques de PMA, perdent de leur visibilité et de leur caractère politique face au discours bioéthique englobant toutes les questions liées à la reproduction. Aussi, ce déplacement du discours des droits des personnes, et des femmes en particulier, vers les embryons se fait aux dépens des intérêts des personnes. Les grandes lois de 1967 et 1975 relatives à la contraception et à l'avortement ont chacune un objet bien déterminé et adoptent le point de vue des destinataires des normes. Depuis 1994, au contraire, les lois bioéthiques rassemblent l'ensemble des questions en relation avec la reproduction –qu'ils s'agissent des techniques de PMA, de la GPA, du don d'ovocyte, du statut du placenta et des cellules du cordon ombilical. Le point de vue adopté est alors davantage désincarné, ne prend pas en compte les destinataires des normes mais appréhende les procédés et évolutions techniques et scientifiques d'un point de vue moral. L'embryon apparaît alors comme une figure nouvelle, dont l'indétermination du statut juridique, semble nuire à la lisibilité des dispositifs. Ces débats juridiques nous montrent la nécessité de considérer les droits reproductifs séparément des autres questions qui peuvent se poser lorsque l'on considère l'individu dans ses rapports à son corps. Il peut certes être intéressant de considérer ensemble les questions relatives au début de la vie et à la fin de vie, en ce qu'elles ont en commun de nombreux enjeux, toutefois, cela ne semble pas permettre, dans notre démarche, de renforcer les droits reproductifs. Pour autant, comme Madame la professeure Stéphanie Hennette-Vauchez nous y invite à la fin de sa thèse, nous considérons les droits reproductifs à partir de la notion de liberté reproductive.

B. La liberté reproductive, fondement discret des droits reproductifs

459. Pour faire exister en droit positif la notion de droits reproductifs, il faudrait la fonder sur un principe juridique bien établi, tel que la liberté. En outre, la liberté en matière de reproduction semble être à la fois une condition et une composante de la liberté individuelle : en effet, les droits reproductifs et la liberté reproductive permettent aux personnes de se soustraire aux déterminismes biologiques en matière de reproduction et en particulier, aux femmes qui ont souvent la charge exclusive de cette question, de mieux contrôler leur capacité reproductive. La liberté reproductive a d'ailleurs été mobilisée en droit positif, aux côtés de l'autonomie personnelle comme composante de la vie privée, pour fonder certains des droits reproductifs. En effet, si les réflexions théoriques pensent l'autonomie reproductive comme un fondement unique, les juridictions ont, elles, recours à des fondements juridiques disparates selon les actes médicaux reproductifs concernés. Au final, il apparaît notamment une sorte de réticence à consacrer ces actes médicaux comme correspondant véritablement à des droits alors qu'il est plus facilement admis que ces thématiques relèvent de la liberté des personnes.

460. Affirmer que la liberté reproductive est une condition de la liberté individuelle correspond à une analyse féministe des droits fondamentaux. De la même manière que l'égalité était conçue comme étant une égalité entre hommes, excluant *de facto* et *de jure* les femmes, alors que la notion affichait une portée universelle, la liberté reproductive peut-être vue comme une extension aux femmes de la liberté individuelle. Il s'agirait alors de « l'habeas corpus » des femmes¹⁹³⁸ dans la mesure où ça permet aux femmes de ne plus subir, seule et dans leur corps, les conséquences d'une sexualité hétérosexuelle. La contraception autant que l'IVG libèrent alors les femmes de la charge de la reproduction lorsque celle-ci n'est pas recherchée ; en ce sens, la liberté reproductive est une condition et une composante de la liberté des femmes, à égalité d'ailleurs avec les hommes, de ne pas subir leur fécondité. Ces développements scientifiques permettent de détacher les femmes de la sphère privée, naturelle, et de se constituer en sujets, autonomes, déterminants sa destinée¹⁹³⁹.

461. S'il semble que d'un point de vue philosophique la liberté reproductive est une condition de la liberté individuelle, il convient de vérifier si, d'un point de vue juridique, la liberté reproductive est également une composante de la liberté individuelle. Il n'existe aucun fondement juridique explicite à la liberté reproductive en tant que telle¹⁹⁴⁰. Dans une décision fondamentale, le Conseil constitutionnel a toutefois reconnu que l'IVG était une liberté des femmes et relève de la liberté individuelle¹⁹⁴¹. Les sénateurs à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel reprochaient notamment aux dispositions allongeant à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une IVG, une atteinte au principe de la dignité. Le Conseil constitutionnel estime cependant « qu'en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte

¹⁹³⁸ Geneviève FRAISSE, « *L'Habeas corpus des femmes : une double révolution ?* », pp. 315-320 in *À côté du genre. Sexe et philosophie de l'égalité*, Le bord de l'eau éditions, 2010, p. 317 (reprenant Geneviève FRAISSE, « *L'Habeas corpus des femmes : une double révolution ?* », pp. 53-62 in Etienne-Emile BEAULIEU, Françoise HERITIER, Henri LERIDON, *Contraception : contrainte ou liberté ?*, Ed. Odile Jacob, 1999) : selon Madame Geneviève Fraisse qui défend l'idée selon laquelle « la contraception est un *habeas corpus*. Au sens propre : le Bill de 1679 institue l'*habeas corpus* comme une liberté fondamentale. "You should have the body" en est l'expression centrale, celle d'une propriété de soi qui commence par celle du corps. Elle est exactement reprise, soulignons-le, dans le slogan "Notre corps, nous -mêmes" des féministes américaines des années 1970, traduit par "Notre corps nous appartient" dans le féminisme français de la même époque. Le lien entre le Bill du XVIIe siècle et la conquête du XXe siècle n'est pas trop fort. Dans les deux cas, il s'agit bien de reconnaître et de protéger le droit des femmes, le droit du corps des femmes, contre "l'injustice et la tyrannie", disent les textes historiques. Les mots sont exacts : la contraception s'oppose à l'injustice, l'injustice qui laisse les femmes toujours plus punies que les hommes dans leurs tentatives d'éviter la grossesse ou de provoquer un avortement ; et la contraception arrête la tyrannie de la nature en dissociant la relation sexuelle de l'injonction à la reproduction. *L'habeas corpus* est donc avant tout un droit qui protège. De ce point de vue, contraception et droit à l'avortement peuvent être pensés ensemble ».

¹⁹³⁹ Geneviève FRAISSE, *op. cit.*, p. 319 : « la découverte de la pilule et la généralisation de la contraception a suscité un bouleversement de représentations similaire, mais en sens inverse. Au long des siècles, la femme fut dépendante d'un axe central, la nature, axe organisant la survie et la reproduction de l'espèce. À partir du moment où le choix lui est donné d'accepter ou de refuser l'injonction à la reproduction, le centre se déplace d'une inscription dans les lois de la nature à un enracinement dans la loi du sujet, sujet énonçant sa propre loi. La femme n'est plus alors cette partie de la nature où elle se confond malgré elle, elle n'est plus prise par ce pouvoir d'une nature qui la dépasse et à laquelle elle obéit. Elle se détache de cette nature pour mieux se l'approprier ».

¹⁹⁴⁰ En comparaison avec la liberté sexuelle, voir not. Diane ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508.

¹⁹⁴¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, « Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception ».

se trouve, du fait de son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »¹⁹⁴². À propos de la suppression du caractère obligatoire de l'entretien préalable au cours duquel il est prévu la remise du dossier guide qui comprend « l'énumération des droits, aides et avantages garantis par la loi aux familles, aux mères, célibataires ou non, et à leurs enfants, ainsi que des possibilités offertes par l'adoption d'un enfant à naître », les sénateurs « soutiennent que les modifications ainsi apportées aux articles L. 2212-3 et L. 2212-4 du Code de la santé publique "remettent en cause le niveau des garanties légales qui étaient auparavant en vigueur pour assurer la sauvegarde de la liberté individuelle de la mère" et n'assurent plus que la femme enceinte donnera "un consentement libre et éclairé, inhérent à l'exercice de la liberté de ne pas avorter" ; qu'ainsi, la loi méconnaîtrait le "principe à valeur constitutionnelle de liberté individuelle" »¹⁹⁴³. À la liberté de ne pas avorter, les juges de la rue de Montpensier opposent « la liberté de la femme enceinte qui souhaite recourir à une interruption volontaire de grossesse » et considère que ces dispositions la respectent¹⁹⁴⁴. *In fine*, dans cette décision, le Conseil constitutionnel fait référence par deux fois à la liberté de la femme d'avorter en rattachant cette liberté à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il apparaît alors que la liberté d'avorter est une composante de la liberté individuelle, droit naturel et imprescriptible de l'Homme, selon les termes de la déclaration de 1789.

Aussi importante que soit cette décision du Conseil constitutionnel, elle ne concerne que l'IVG et la solution ne peut être étendue aux autres actes médicaux reproductifs : il n'existe pas en effet, en droit positif, de liberté d'avoir accès à la contraception, ou de liberté de pouvoir être stérilisé. Par ailleurs, il convient également de nuancer la portée de la liberté reproductive reconnue comme liberté d'accéder à l'IVG en remarquant que seules les femmes en sont destinataires. Si cela s'entend en matière d'IVG, cela implique qu'une extrapolation aux autres actes médicaux en matière de reproduction demanderait également d'élargir les sujets de cette liberté aux hommes. La liberté reproductive n'est pas reconnue en tant que telle en droit positif. Elle fait toutefois l'objet d'une conceptualisation importante. Elle pourrait être rattachée à la liberté individuelle, comme la liberté d'avorter ou à une liberté plus spécifique, la liberté corporelle par exemple¹⁹⁴⁵. La liberté corporelle pourrait être définie comme une « liberté publique à part

¹⁹⁴² Conseil constitutionnel, *op. cit.*, cons. 5.

¹⁹⁴³ Conseil constitutionnel, *op. cit.*, cons. 9.

¹⁹⁴⁴ Conseil constitutionnel, *op. cit.*, cons. 10.

¹⁹⁴⁵ Voir not. en ce sens Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Etienne PICARD (préface), L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2004, p. 420 : « il paraît pertinent de poser que la liberté corporelle, envisagée notamment dans sa dimension de liberté de disposer de son corps, est une liberté publique spécifique en ce sens qu'elle n'est pas la simple manifestation d'une autre dont l'étude aurait déjà été dument opérée. La liberté individuelle ne semble donc pas de nature à pouvoir utilement englober la

entière, (qui) serait donc cette liberté qui caractérise les rapports de la personne à son corps. Indéterminée par essence, elle engloberait toutes les hypothèses par lesquelles la personne dispose de son corps, dans la plénitude du sens juridique de ce verbe, soit, tant lorsqu'elle en fait un simple usage, que lorsqu'elle décide de s'aliéner, en concluant, par exemple une convention portant sur lui »¹⁹⁴⁶. La liberté corporelle pourrait convenir à notre démonstration mais elle ne met pas en lumière la singularité des questions reproductives et il paraît alors plus opportun de raisonner en termes de liberté reproductive ou encore d'autonomie reproductive. Madame la professeure Emily Jackson défend ainsi l'autonomie reproductive comme ligne directrice pour réguler les cinq aspects de la reproduction que sont le contrôle des naissances, l'avortement, la grossesse et l'accouchement, les technologies reproductives et la maternité de substitution¹⁹⁴⁷. Pour elle, la régulation dans ces domaines doit viser la promotion de l'autonomie reproductive dans le processus de décision¹⁹⁴⁸. Elle expose ensuite sa vision de l'autonomie reproductive avant de résumer ses implications, à savoir qu'il s'agit de favoriser la capacité des individus à développer leur propre conception du bien et de leur offrir un éventail de choix procréatifs positifs et enrichissants¹⁹⁴⁹.

462. La liberté reproductive, si elle apparaît comme une condition à la liberté, notamment pour les femmes, ne trouve pas de fondement explicite en droit positif. Elle peut être rattachée ponctuellement à la liberté individuelle ou découler d'autres textes, relatifs au droit au respect de la vie privée et familiale.

463. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 8 est souvent utilisé dans ces domaines. Ainsi, une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a été reconnu dans l'affaire Tysiac contre Pologne dans la mesure où la législation nationale n'a pas permis à une femme de recourir à un avortement thérapeutique alors que la grossesse pouvait aggraver ses problèmes de vue¹⁹⁵⁰. À l'occasion de cette affaire, « la Cour (...) rappelle tout d'abord que la législation régissant l'interruption de grossesse touche au domaine de la vie privée étant donné que lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe (Brüggemann et Scheuten, précité, rapport de la Commission, p. 123) »¹⁹⁵¹ et « réitère également que la notion de "vie privée" est

liberté corporelle ; or, il s'agit là de la seule liberté publique dont on pouvait envisager l'hypothèse de son appartenance à la liberté corporelle. Il convient donc désormais d'envisager la seconde hypothèse, soit celle de l'existence de la liberté corporelle au sein des libertés publiques en tant que liberté spécifique ».

¹⁹⁴⁶ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 420.

¹⁹⁴⁷ Emily JACKSON, *Regulating reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001.

¹⁹⁴⁸ Emily JACKSON, *op. cit.*, p. 1 : "the overarching theme will be my argument that regulation should be concerned to promote autonomous reproductive decision-making".

¹⁹⁴⁹ Emily JACKSON, *op. cit.*, p. 8 : "In sum, respect for reproductive autonomy may mean both foostering individuals' capacity to form their own conception of the good, and providing them with a range of life-enhancing procreative choices".

¹⁹⁵⁰ CEDH, 20 mars 2007, Tysiac c. Pologne, n°5410/03 ; voir not. Diane ROMAN, « L'avortement devant la Cour européenne », *RDSS*, 2007, p. 643.

¹⁹⁵¹ CEDH, 20 mars 2007, Tysiac c. Pologne, n°5410/03, §106.

large et englobe notamment des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu comme le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (voir, par exemple, *Pretty*, précité, § 61)¹⁹⁵². Toutefois, aucun droit à l'avortement n'est consacré en tant que tel¹⁹⁵³. L'affaire *Pretty*, qui concernait la question de la fin de vie, avait en effet permis à la Cour de Strasbourg de dégager que « bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, (...) la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »¹⁹⁵⁴. En matière de reproduction, l'article 8 a également été mobilisé dans d'autres affaires concernant l'accès légal à l'avortement¹⁹⁵⁵, mais aussi dans des contentieux relatifs à l'accouchement à domicile¹⁹⁵⁶ ou encore la gestation pour autrui¹⁹⁵⁷. L'article 8 de la CESDH en protégeant l'autonomie personnelle, y compris en matière reproductive, a une portée juridique importante ; même si cela peut être tempéré sur certains sujets, comme l'IVG¹⁹⁵⁸, pour lesquels la marge d'appréciation reconnue aux États demeure importante et seul un niveau minimum d'accès est garanti.

464. L'autonomie personnelle, protégée par le droit au respect de la vie privée au niveau du Conseil de l'Europe, fait écho au *right to privacy* reconnu par les juges américains. Aux États-Unis, l'effectivité de la notion de droits reproductifs passe par la reconnaissance de leur caractère subjectif. Plus spécialement, l'activisme judiciaire conduit à la reconnaissance par les juridictions des droits : dans un premier temps, l'IVG a été reconnue dans l'affaire *Roe v. Wade* puis les techniques reproductives avec *Brady v. Abbott* 524 US 624 1998. La nécessité du recours aux juges s'explique par le contexte nord-américain caractérisé par une absence de « politique publique nationale en matière de procréation et d'un système de soins de santé national qui couvre la maternité/paternité »¹⁹⁵⁹. Ainsi, le concept de droits reproductifs, comme

¹⁹⁵² CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, n°5410/03, §107.

¹⁹⁵³ Voir not. en ce sens Diane ROMAN, *op. cit.* : « à bien des égards, l'arrêt est en demi-teinte et, loin de consacrer un large droit à l'autodétermination, se contente de solutions prudentes ».

¹⁹⁵⁴ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61.

¹⁹⁵⁵ Voir par ex. CEDH, 16 décembre 2010, *ABC c. Irlande*, n° 25579/05 : « la législation relative à l'interruption de grossesse touchait au domaine de la vie privée de la femme enceinte (...) [mais] le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée devrait se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître (...) l'article 8 ne saurait en conséquence s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement » (§§ 213 et 214) ; voir not. Sophie PARICARD, « Le droit à l'avortement en fuite ! », *Droit de la famille*, n° 3, mars 2011, comm. 36 et Diane ROMAN, « L'avortement devant la Cour EDH : l'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire », *RDSS*, 2011, p. 293.

¹⁹⁵⁶ CEDH, 14 décembre 2010, *Ternovszky c. Hongrie*, n° 67545/09 (violation de l'article 8) ou encore CEDH, 11 décembre 2014, *Dubská et Krejzová c. République tchèque*, n°28859/11 et 28473/12 (non-violation de l'article 8).

¹⁹⁵⁷ CEDH, *Mennesson c. France*, n° 65192/11 et *Labassée c. France*, n° 65941/11, 26 juin 2014 (violation de l'article 8) et CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, 27 janvier 2015 (violation de l'article 8).

¹⁹⁵⁸ CEDH, Gde ch., 16 décembre 2010, A, B, et C contre Irlande, n°25579/05.

¹⁹⁵⁹ Jennifer MERCHANT, *op. cit.*, p. 84 : « Ces carences accroissent le besoin d'intervention du juge, donc de son rôle souvent perçu comme celui d'un législateur. En témoigne la traduction de *reproductive rights* que nous avons choisi – les "droits de la procréation" – et qui laisse le lecteur français quelque peu perplexe. En effet, le besoin de faire valoir un tel cadre ne se fait pas, ou moins, en France car le domaine de la procréation relève d'une question de santé publique. La prise en charge des soins pré- et post-nataux par l'État (y compris le recours à l'AMP), et le respect des

droits subjectifs, est mieux implanté aux États-Unis ; au contraire, en France, la notion n'est pas reconnue en droit positif. Néanmoins, le Conseil constitutionnel reconnaît la liberté des femmes d'avorter, le Code de la santé publique dispose depuis le 4 août 2014 d'un titre intitulé « santé reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant »¹⁹⁶⁰ et surtout, les actes médicaux correspondants aux droits reproductifs sont tous autorisés et relativement accessibles. L'absence de consécration de la notion de droits reproductifs en tant que telle ne doit ainsi pas masquer l'importance de la reconnaissance de la liberté reproductive des individus, comme composante de la liberté individuelle. En outre, il est au final possible de fonder, en droit interne, les droits reproductifs sur la liberté tandis que pour la CEDH, le fondement opportun serait l'autonomie personnelle, à travers le droit au respect de la vie privée et familial protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; ces fondements sont complémentaires et finalement assez proches.

465. La recherche en droit positif de l'expression des droits reproductifs se solde en grande partie par un échec tant ils semblent introuvables¹⁹⁶¹. Cette conclusion n'est pas surprenante au regard de la notion et des caractéristiques des droits reproductifs. En effet, il ne s'agit pas d'une notion de droit positif et l'expression « droits reproductifs » correspond à un programme politique et juridique, à mettre en place et approfondir. Les droits reproductifs peuvent toutefois être fondés sur la liberté reproductive et il existe également des fondements disparates aux droits reproductifs. Dans une approche prospective, la liberté reproductive ou l'autonomie reproductive serait adaptée pour consacrer et promouvoir la notion de droits reproductifs et permettrait en outre de faire évoluer le régime juridique des actes médicaux non thérapeutiques correspondants afin qu'il exprime cette autonomie.

466. En effet, en France, l'exercice des droits reproductifs se fait par le recours aux actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction, qui peuvent relativement facilement

choix et trajectoires individuels sont affirmés par des lois et non par des décisions judiciaires susceptibles d'être renversées ».

¹⁹⁶⁰ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, article 23. L'ensemble des dispositions de la deuxième partie du Code de la santé publique était jusqu'à l'adoption de la loi du 4 août 2014 regroupé sous le titre de « santé de la famille, de la mère et de l'enfant ». Le rapport législatif explique que cette mesure participe à « l'amélioration de la condition des femmes dans le champ de la santé » : en effet, « le titre de cette partie, datant de plusieurs dizaines d'années, reflétait une conception de la femme, de son rôle de mère et de la cellule familiale qui ne correspond plus à la réalité d'aujourd'hui, d'autre part, qu'il n'était pas adapté aux dispositions qu'il contient dans la mesure où il semble ne reconnaître la santé reproductive que dans le cadre familial. ». C'est pourquoi santé reproductive est préférée à santé de la famille tandis que la notion de droits de la femme est mise en avant comme « juridiquement plus pertinente et symboliquement plus forte que celle de "santé de la mère" » dans la mesure où « si toutes les mères sont des femmes, toutes les femmes ne sont pas des mères, ce qui ne les empêche pas de disposer des droits reconnus par le Code de la santé publique en termes d'accès à la contraception ou à l'interruption volontaire de grossesse ».

¹⁹⁶¹ Cet adjectif a déjà pu être utilisé par d'autres auteurs au sujet du droit subjectif de l'être humain sur son corps - il s'agit du titre de la deuxième partie de la thèse de Madame Irma Arnoux- ou encore de la parité, voir en ce sens Irma ARNOUX, *op. cit.*, pp. 146 et s. et Eléonore LEPINARD, *L'égalité introuvable. La parité, les féministes et la République*, Presses de Sciences Po, 2007 ; ou encore en matière d'égalité professionnelle, voir not. Alexia GARDIN, « Maternité et éducation des enfants : à la recherche de l'introuvable égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 11/09, pp. 727-733.

être mis en œuvre. Toutefois, le régime de ces actes médicaux ne témoigne pas de leur singularité et ne traduit aucunement l'idée d'autonomie reproductive. Au contraire, des dispositions particulières remettent en cause l'autonomie des personnes aussi bien concernant l'information que le consentement. La confrontation entre les notions d'actes médicaux non thérapeutiques et de droits reproductifs nous permet de mettre en exergue le fait que l'autonomie tend à être niée en matière de reproduction et cela s'explique en grande partie par le fait que ces questions se trouvent principalement prises en charge par les femmes. La liberté ne s'appliquait pas initialement à la sphère privée et les mesures paternalistes relatives aux actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction s'adressent de même principalement aux femmes.

467. Cette confrontation permet d'autre part de proposer de reconnaître la spécificité des d'actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction qui mettent en œuvre la liberté reproductive des individus. En effet, les fondements aux différentes droits reproductifs autant que l'existence même de la notion justifient de renforcer le régime des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction afin d'affirmer davantage encore l'existence de l'autonomie reproductive. Cela permettrait d'ailleurs en retour de consacrer la notion de droits reproductifs en droit positif. Les actes médicaux non thérapeutiques en matière reproductive renvoient à deux notions distinctes, une catégorie du droit de la santé et une notion de droit international, qui devraient converger toutes les deux vers l'autonomie reproductive. Dans cette optique, il convient de revoir le régime juridique des actes médicaux non thérapeutiques mettant en œuvre les droits reproductifs afin qu'il favorise réellement l'autonomie : il s'agit alors de faire connaître et de promouvoir ces actes médicaux, en renforçant leur légitimité et leur effectivité.

Titre II

Le nouveau droit de la reproduction, fondé sur le projet parental

468. Notre recherche nous conduit à ce stade à proposer un nouveau droit de la reproduction entièrement pensé autour de la notion de projet parental. À partir de l'idée de projet parental, nous montrerons qu'il est en effet possible de dénaturer le corpus juridique relatif à la reproduction et favoriser en son sein, l'autonomie reproductive des individus et l'égalité entre les sexes. En d'autres termes, il s'agit de proposer un droit de la reproduction renouvelé, dans lequel les individus, indifféremment de leur sexe, pourront choisir de s'investir dans le domaine reproductif, aussi bien lorsqu'il s'agit de réaliser un projet parental que d'empêcher la naissance d'un enfant. Les responsabilités ainsi partagées entre les femmes et les hommes favorisent l'autonomie reproductive autant que l'égalité entre les sexes, en déconstruisant les stéréotypes de genre associés à la division sexuée du travail. Cette entreprise de dénaturalisation du droit de la reproduction peut, comme nous le montrerons, prendre appui sur des fondements politiques et juridiques particulièrement solides, à savoir la liberté reproductive, comme condition et composante à la liberté individuelle, et la lutte contre les stéréotypes de genre, permettant une égalité transformative entre les sexes et découlant du principe d'égalité.

Pour modifier les rapports sociaux entre les sexes dans le champ reproductif, il conviendra alors d'interroger les politiques publiques et de réfléchir aux évolutions législatives souhaitables en droit de la reproduction à partir des principes d'autonomie et d'égalité sous-jacents au projet parental. Deux aspects du droit de la reproduction sont alors nettement différenciés : d'une part, en droit de la santé, se pose la question des actes médicaux non thérapeutiques correspondants aux droits reproductifs et d'autre part, en droit civil et social, il s'agit de considérer la manière dont le droit traite les parents.

469. Cela nous conduira en particulier à rechercher si en droit de la santé, il est possible de faire évoluer le régime des actes médicaux relatifs à la reproduction sur un fondement plus empreint d'autonomie. Ces propositions tendent à reconnaître un régime juridique commun à l'ensemble des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction : en particulier, nous déconstruisons les stéréotypes de genre qui s'expriment, dans ce domaine dédié aux femmes, par une absence de reconnaissance de la légitimité de la demande. Nous avons en effet montré que le régime des différents actes médicaux non thérapeutiques se caractérise par une information finalisée et une demande d'expression du consentement renforcée qui dévoient

l'esprit des droits des usagers du système de santé. En définitive, le régime des actes médicaux non thérapeutiques qui mettent en œuvre des droits reproductifs ne traduit pas l'idée de liberté reproductive, ni d'autonomie des usagers. C'est pourquoi, nous proposerons de réécrire le régime juridique des actes médicaux en matière de reproduction en faisant appel aux droits des usagers du système de santé dans la mesure où ces derniers traduisent, spécifiquement dans le domaine de la santé, l'autonomie des personnes.

470. L'autre volet du droit de la reproduction ne concerne que les aspects positifs du projet parental, c'est-à-dire lorsqu'il y a la naissance d'un enfant. Actuellement, les règles juridiques contribuent à définir et à construire les figures parentales et différencient nettement celles-ci selon le sexe du parent, le père et la mère. Nous avons montré que dans le domaine de la parenté et de la parentalité, il existe des stéréotypes de genre persistants et en particulier ceux liés à la division sexuée du travail : l'homme devient père du fait de sa seule volonté ou y est contraint lorsque la fonction paternelle n'est pas assurée alors que la femme est une mère par nature, du fait de l'accouchement, ce qui la prédispose à s'occuper par la suite des enfants. À partir du principe d'égalité, entendue comme une égalité transformative, nous rechercherons s'il est possible de lutter contre ces stéréotypes de genre et promouvoir l'autonomie des personnes en matière de parenté et de parentalité. En particulier, nous proposerons de favoriser l'égalité entre les parents en mettant fin à ces fonctions parentales juridiquement stéréotypées en fonction du sexe du parent.

Nous montrerons qu'il est alors possible de définir le nouveau droit de la reproduction à partir de deux principes directeurs qui découlent du projet parental, à savoir une autonomie accrue au sein du système de santé lorsqu'il s'agit des questions reproductives (Chapitre I) et une égalité entre les parents autant au moment de leur désignation que dans l'exercice de leurs fonctions parentales à l'égard du nouveau né (Chapitre II).

Chapitre I – Des actes médicaux relatifs à la reproduction empreints d'autonomie

Chapitre II – Une construction juridique égalitaire des parents

Chapitre I – Des actes médicaux relatifs à la reproduction empreints d'autonomie

471. Le régime juridique actuel des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction révèle le manque de légitimité de ces actes. En effet, le régime de ces actes médicaux est moins favorable que celui des autres actes médicaux, thérapeutiques, parce que les dispositions spécifiques en matière d'information et de consentement sont paternalistes. Nous avons en particulier montré de quelles manières le droit à l'information et l'obligation de consentement aux actes médicaux remettent en question l'autonomie des usagers du système de santé en matière reproductive. Ces dispositions paternalistes font écho à la difficile consécration en droit positif de la notion de droits reproductifs. Pourtant, le droit de la santé autant que les droits fondamentaux justifierait une pleine reconnaissance de l'autonomie dans le domaine reproductif. En d'autres termes, le régime juridique de ces actes devrait rendre compte du fait que la liberté -reproductive- des individus justifie l'acte, et non pas une nécessité thérapeutique. Nous proposons alors d'affirmer pleinement l'existence des droits reconnus aux usagers du système de santé lorsqu'ils ont recours aux actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction et de les renforcer afin de promouvoir l'autonomie reproductive associée à la notion de projet parental. Ces droits, affirmés dans le régime des actes médicaux reproductifs, et dont le contenu sera consolidé, permettront d'assurer une plus grande légitimité aux actes médicaux lorsque les personnes y auront recours. En effet, les individus seront dotés dans la relation avec le professionnel de santé de droits spécifiques pour user d'une liberté étendue en matière reproductive et réaliser leur projet parental ou prévenir une naissance. Au-delà du domaine reproductif, les droits des malades et des usagers du système de santé s'en trouveront consolidés.

Avant de s'intéresser aux moyens de garantir et de renforcer les droits des usagers ayant recours au système de santé dans l'exercice de leur liberté reproductive découlant du projet parental (Section II), il apparaît nécessaire de consacrer, dans ce domaine aussi, les droits individuels et collectifs des usagers reconnus par la loi du 4 mars 2002¹⁹⁶² (Section I).

Section I – La consécration des droits des usagers en matière reproductive

Section II – La réaffirmation des droits des usagers en matière reproductive

¹⁹⁶² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Section I – La consécration des droits des usagers en matière reproductive

472. Les actes médicaux non thérapeutiques ne devraient pas échapper au mouvement en faveur des droits des personnes malades et des usagers du système de santé. La loi du 4 mars 2002 a reconnu des droits aux personnes, comme « le droit fondamental à la protection de la santé »¹⁹⁶³ et le « droit au respect de sa dignité »¹⁹⁶⁴ ainsi que des droits individuels et collectifs aux usagers du système de santé¹⁹⁶⁵. Ainsi, les usagers du système de santé ont droit à une information préalable et postérieure à l'acte médical¹⁹⁶⁶ et doivent pouvoir prendre, « avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant [leur] santé »¹⁹⁶⁷. Ces droits ne sont nullement subordonnés au caractère thérapeutique des actes médicaux pratiqués et devraient alors s'appliquer pleinement aux actes médicaux non thérapeutiques en lien avec le projet parental des personnes. La notion d'actes médicaux non thérapeutiques est définie à partir des critères d'une information et d'une demande d'expression de consentement renforcées. Parler de consolidation des droits à l'information et à la codécision est trompeur dans la mesure où il s'agit davantage d'un dévoiement de la finalité de ces droits : l'information et la codécision visent à fournir à l'utilisateur des moyens pour s'affirmer comme étant un sujet, acteur de la relation médicale. Au contraire, les obligations spécifiques en matière d'information et d'expression du consentement tendent à réintroduire un certain paternalisme médical et à nier l'autonomie des personnes quant à leur éventuel projet parental.

473. C'est pourquoi, nous proposons de réaffirmer l'existence des droits des usagers du système de santé en matière reproductive, aussi bien au niveau individuel, avec les droits à l'information et à la codécision qui doivent conduire à ce que toute personne puisse exprimer un choix éclairé quant aux options possibles et à leur éventuel projet parental (§I) qu'au niveau collectif, où les usagers doivent pouvoir prendre part à l'organisation du système de santé dans ce domaine (§II).

§I. Faire primer le choix individuel des usagers

474. Les droits individuels des usagers du système de santé consacrés par la loi du 4 mars 2002¹⁹⁶⁸ sont souvent présentés comme étant le droit à l'information et le droit au consentement¹⁹⁶⁹. Il nous paraît important et opportun de consacrer aussi, en matière reproductive, ces droits des usagers du système de santé. Il s'agit alors de prolonger ce

¹⁹⁶³ Article L. 1110-1 du Code de la santé publique.

¹⁹⁶⁴ Article L. 1110-2 du Code de la santé publique.

¹⁹⁶⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁹⁶⁶ Article L. 1111-2 du Code de la santé publique.

¹⁹⁶⁷ Article L. 1111-4 du Code de la santé publique.

¹⁹⁶⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁹⁶⁹ Voir sur le sujet, not. Diane ROMAN, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS*, 2005, p. 423.

mouvement d'autonomisation des usagers du système de santé en permettant à toutes les personnes, particulièrement en matière reproductive, de prendre une décision parmi plusieurs options, c'est-à-dire de réaliser un choix. Pour cela, il faut qu'elles disposent de réelles connaissances sur les questions sexuelles et reproductives (A) et que l'accès aux professionnels de santé et aux services dans ce domaine soit facilité (B).

A. La connaissance comme préalable

475. La connaissance correspond à l'« action ou acte de se faire une représentation, de s'informer ou d'être informé de l'existence de quelque chose »¹⁹⁷⁰. Elle recouvre à la fois une action positive de la part des individus, qui s'informent d'eux-mêmes et un volet passif dans lequel ils reçoivent de l'information sur un sujet donné. L'ensemble des connaissances acquises et des expériences vécues forme alors le savoir, qui peut-être expert ou profane selon les personnes qu'ils concernent. Connaissances, savoir, éducation et informations sont indissociables en matière de reproduction pour que les individus puissent avoir une maîtrise individuelle sur ces questions. En particulier, lors d'une relation avec un professionnel de santé, les personnes doivent être en mesure d'exprimer un consentement libre et éclairé ou mieux, de participer au processus de décision. Pour cela, il est nécessaire qu'elles jouissent, en amont, d'un droit à l'information. Information et codécision sont alors les deux facettes d'une même pièce, représentant l'autonomie de l'utilisateur.

En matière sexuelle et reproductive, une obligation d'information doit être mise à la charge des professionnels de santé pour que l'utilisateur puisse choisir « en connaissance de cause » (b). Toutefois, cela reste insuffisant : il est également nécessaire d'éduquer les individus, dès leur plus jeune âge, aux questions sexuelles et reproductives pour qu'ils disposent de connaissances générales dans ce domaine (a).

a. Promouvoir la santé à travers l'éducation à la sexualité

476. L'éducation s'entend comme « l'art de former une personne, spécialement un enfant ou un adolescent, en développant ses qualités physiques, intellectuelles et morales, de façon à lui permettre d'affronter sa vie personnelle et sociale avec une personnalité suffisamment épanouie »¹⁹⁷¹. Cette définition appliquée à notre sujet montre que l'éducation à la sexualité s'adresse spécialement aux plus jeunes et doit avoir pour objectif de fournir des connaissances suffisantes pour résoudre par la suite les questions qui se poseront aux individus en matière de sexualité et de reproduction. En outre, l'éducation sexuelle est une composante du droit à la protection de la santé et contribue à rendre celui-ci effectif¹⁹⁷².

¹⁹⁷⁰ TFLI, entrée « connaissance ».

¹⁹⁷¹ TFLI, entrée « éducation ».

¹⁹⁷² Voir en ce sens not. Tatiana GRÜNDLER et Diane ROMAN, « L'éducation sexuelle devant le comité européen des droits sociaux : entre protection de la santé et lutte contre les discriminations. Comité européen des droits sociaux,

477. Si l'idée d'une éducation sexuelle date du XIXe siècle, celle-ci est marquée par l'influence de la morale traditionnelle et préconise l'abstinence sexuelle des adolescents et refuse notamment la pratique de la masturbation¹⁹⁷³. Entre la Seconde Guerre mondiale et les événements de mai 1968, le débat « sur l'introduction de l'éducation sexuelle à l'école publique »¹⁹⁷⁴ se solde « par le constat de l'impossibilité de celle-ci »¹⁹⁷⁵. À la fin des années 1970, la liberté sexuelle accrue rend davantage nécessaire l'éducation sexuelle¹⁹⁷⁶. Les fondements moraux de l'éducation sexuelle demeurent toutefois importants et expliquent que les circulaires dites « Fontanet » du 2 février¹⁹⁷⁷ et du 23 juillet 1973¹⁹⁷⁸ ne prévoient que des séances facultatives, en dehors de l'emploi du temps, pour aborder l'« éducation à la responsabilité sexuelle ». Les circulaires font la distinction entre information et éducation sexuelle : l'information concerne en effet les faits biologiques, neutres et objectifs, tandis que l'éducation, assurée par des associations, est empreinte d'une certaine morale et idéologie¹⁹⁷⁹. Par la suite, la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, dite loi Aubry, rend obligatoire l'éducation à la santé et à la sexualité : depuis son entrée en vigueur, « une information et une éducation à la sexualité sont dispensées dans les écoles, les collèges et les lycées à raison d'au moins trois séances annuelles et par groupes d'âge homogène »¹⁹⁸⁰. Il est également prévu qu'« une information et une éducation à la sexualité et à la contraception sont notamment dispensées dans toutes les structures accueillant des personnes handicapées »¹⁹⁸¹ alors qu'auparavant, la prévention était limitée à la transmission du VIH¹⁹⁸². De la même manière, la circulaire d'application concernant « l'éducation à la sexualité dans les écoles, les collèges et les lycées »¹⁹⁸³ remplace les circulaires de 1996 et 1998 relatives à la fois à l'éducation à la sexualité et à la prévention du sida¹⁹⁸⁴.

International center for the legal protection of Human rights (Interights) c. Croatie, récl. n°45/2007, 30 mars 2009 », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, n°83, pp. 685-703.

¹⁹⁷³ Alain GIAMI, « Une histoire de l'éducation sexuelle en France : une médicalisation progressive de la sexualité (1945-1980) », *Sexologies*, 16, 2007, pp. 219-229.

¹⁹⁷⁴ Alain GIAMI, *op. cit.*, spéc. p. 223.

¹⁹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁷⁶ Alain GIAMI, *op. cit.*, spéc. p. 226.

¹⁹⁷⁷ Circulaire n°73-057 du 2 février 1973, Information sexuelle, B.O.E.N n°6 du 08.02.1973.

¹⁹⁷⁸ Circulaire n°73-299 du 23 juillet 1973, Information et éducation sexuelles, B.O.E.N n°30 du 26.07.1973.

¹⁹⁷⁹ Alain GIAMI, *op. cit.* p. 226.

¹⁹⁸⁰ Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, article 22, créant l'article L. 312-16 du Code de l'éducation.

¹⁹⁸¹ Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, article 23 ; Article L. 6121-6, alinéa 3, 3° du Code de la santé publique.

¹⁹⁸² Circulaire DAS/TS1 n°96-743 relative à la prévention de l'infection à VIH dans les établissements et services accueillant des personnes handicapées mentales, 10 décembre 1996 : Jusqu'à présent, seule une circulaire visait à prévenir « l'infection à VIH dans les établissements et services accueillant des personnes handicapées mentales ». L'objet de la circulaire, limité à la prévention de la transmission du VIH, permet toutefois de reconnaître le droit à la sexualité pour les personnes handicapées, leur droit à l'éducation sexuelle et leur donne une place en tant qu'utilisateur. La loi de 2001 donne, en outre, une valeur législative au droit à l'éducation sexuelle pour les personnes handicapées et rend autonome cette question de celle de la prévention de la transmission du VIH.

¹⁹⁸³ Circulaire MEN/DESCO B4 n°2003-027 relative à l'éducation à la sexualité dans les écoles, les collèges et les lycées, 17 février 2003.

¹⁹⁸⁴ Circulaire n° 96-100 du 15 avril 1996 relative à la prévention du sida en milieu scolaire et à l'éducation à la sexualité et circulaire n° 98-234 du 19 novembre 1998 relative à l'éducation à la sexualité et à la prévention du sida.

478. Dans les années 1990, l'épidémie du Sida avait rendu indispensables l'information et l'éducation à la sexualité pour les personnes handicapées et les jeunes. En 2001, les objectifs de l'information et de l'éducation sexuelles sont plus nombreux, même si la distinction entre information et éducation demeure¹⁹⁸⁵. En outre, l'éducation à la sexualité est inscrite dans une démarche « d'autant plus importante qu'elle est à la fois constitutive d'une politique nationale de prévention et de réduction des risques –grossesses précoces non désirées, infections sexuellement transmissibles, VIH/ sida– et légitimée par la protection des jeunes vis-à-vis des violences ou de l'exploitation sexuelles, de la pornographie ou encore par la lutte contre les préjugés sexistes ou homophobes »¹⁹⁸⁶. Si les objectifs et les enjeux sont clairement identifiés, les obstacles ainsi que les moyens de les contourner sont également mis en lumière. Il est ainsi précisé que « cette éducation, qui se fonde sur les valeurs humanistes de tolérance et de liberté, du respect de soi et d'autrui, doit trouver sa place à l'école sans heurter les familles ou froisser les convictions de chacun, à la condition d'affirmer ces valeurs communes dans le respect des différentes manières de les vivre »¹⁹⁸⁷.

479. La loi n°2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République consacre dans son annexe des développements à la promotion de la santé et à l'éducation à la sexualité¹⁹⁸⁸. L'apport de ces dernières années réside dans l'enrichissement des thématiques : ainsi, parmi les dispositions relatives à « l'éducation à la santé et à la sexualité » dans le code de l'éducation se trouvent « une information (...) sur les conséquences de la consommation d'alcool par les femmes enceintes sur le développement du fœtus »¹⁹⁸⁹ et une « information consacrée à l'égalité entre les hommes et les femmes, à la lutte contre les préjugés sexistes et à la lutte contre les violences faites aux femmes et les violences commises au sein du couple »¹⁹⁹⁰. Si la question de la consommation d'alcool par les femmes enceintes est assez consensuelle¹⁹⁹¹, la lutte contre les préjugés sexistes et stéréotypes de genre a été décriée par certains groupuscules traditionalistes attachés à la différence des sexes et à l'organisation de la société autour de celle-ci¹⁹⁹². Ces oppositions se sont manifestées dans le

¹⁹⁸⁵ Circulaire MEN/DESCO B4 n°2003-027 relative à l'éducation à la sexualité dans les écoles, les collèges et les lycées, 17 février 2003 : À titre liminaire, il apparaît que la distinction faite dès les circulaires de 1973 entre information et éducation demeure. La circulaire d'application explicite la différence en soulignant que « l'éducation à la sexualité à l'école est inséparable des connaissances biologiques sur le développement et le fonctionnement du corps humain, mais elle intègre tout autant, sinon plus, une réflexion sur les dimensions psychologiques, affectives, sociales, culturelles et éthiques ».

¹⁹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁸⁷ *Ibid*.

¹⁹⁸⁸ Il est alors rappelé que « l'éducation à la sexualité fait l'objet d'au moins trois séances annuelles d'information dans les écoles, les collèges et les lycées, qui peuvent être assurées par les personnels contribuant à la mission de santé scolaire, par des personnels des établissements ainsi que par d'autres intervenants extérieurs ».

¹⁹⁸⁹ Article L. 312-17 du Code de l'éducation.

¹⁹⁹⁰ Article L. 312-17-1 du Code de l'éducation.

¹⁹⁹¹ Des dispositions semblables existent ainsi dans le Code de la santé publique, cf. article L. 3311-3 alinéa 2 : Les campagnes d'information menées dans le cadre de la lutte antialcoolique « doivent également porter sur la prévention du syndrome d'alcoolisation fœtale et inciter en particulier les femmes enceintes à ne pas consommer d'alcool ».

¹⁹⁹² Voir not. les polémiques autour des « ABCD de l'égalité » en 2014.

cadre des débats accompagnant l'adoption de la loi 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Lorsque, en 2005¹⁹⁹³, « la mixité et l'égalité entre les hommes et les femmes, notamment en matière d'orientation »¹⁹⁹⁴ ont été inscrites comme des objectifs et missions du service public de l'enseignement¹⁹⁹⁵, cela a posé moins de difficultés¹⁹⁹⁶.

480. L'éducation à la sexualité, tout comme la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes, correspond à des missions éducatives à forte dimension sociale de l'École. Ces sujets sont toutefois très sensibles et délicats à mettre en œuvre. Il semble alors indispensable de développer encore davantage ces enseignements et d'alimenter d'autres sources d'informations pour les plus jeunes et les autres.

b. Fournir une information complète et de qualité

481. L'information a un sens actif et passif. Il s'agit en effet, à la fois, de l'« action d'une ou plusieurs personnes qui font savoir quelque chose, qui renseignent sur quelqu'un, sur quelque chose »¹⁹⁹⁷ et de l'« action de s'informer, de recueillir des renseignements sur quelqu'un, sur quelque chose »¹⁹⁹⁸. Ces deux aspects sont complémentaires et indispensables en matière de reproduction. Deux volets doivent ainsi être envisagés : d'une part, rendre accessible aux usagers une information complète *a priori* et en dehors de toute relation médicale (i) et d'autre part, réaffirmer l'obligation d'information qui incombe aux professionnels de santé (ii).

i. Une large mise à disposition d'informations fiables

482. Depuis les années 1990, internet est devenu une source d'informations sur la santé et celles-ci sont aujourd'hui pléthoriques. C'est pourquoi, les pouvoirs publics ont souhaité contrôler la qualité de l'information diffusée. Différentes initiatives générales ou relatives spécialement au domaine reproductif peuvent alors être présentées et montrent les difficultés rencontrées.

483. D'abord, la HAS a souhaité mettre en place une certification et a, dans cette optique, fait appel à la fondation *Health On the Net* (HON). Le label éponyme mis en place n'a pas connu le succès attendu¹⁹⁹⁹. Différents acteurs institutionnels se sont intéressés au développement de

¹⁹⁹³ Loi n°2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, art. 6, JORF 24 avril 2005.

¹⁹⁹⁴ Article L. 121-1 du Code de l'éducation.

¹⁹⁹⁵ L'article L. 121-1 du Code de l'éducation réitère et inscrit ainsi dans les objectifs et missions du service public de l'enseignement le fait que « les écoles, les collèges et les lycées assurent une mission d'information sur les violences et une éducation à la sexualité. »

¹⁹⁹⁶ De même, avec une circulaire du 20 janvier 2015 permet par ailleurs de mettre en œuvre « la politique éducative en faveur de l'égalité entre les filles et les garçons à l'École », voir Circulaire MENESR - DGESCO B3 – MDE n° 2015-003 du 20 janvier 2015 relative à la « mise en œuvre de la politique éducative en faveur de l'égalité entre les filles et les garçons à l'École. »

¹⁹⁹⁷ TFLI, entrée « information ».

¹⁹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹⁹ Hélène ROMEYER, « La santé en ligne », *Communication*, Vol. 30/1, 2012 : ce label est utilisé comme un outil marketing, de légitimation pour les petits sites tandis que les sites ayant déjà une grande notoriété, tels que Doctissimo, s'en passent.

l'usage d'internet à propos de la santé : la HAS a publié en mai 2007 un guide consacré à « la recherche d'informations médicales sur internet »²⁰⁰⁰ tandis que l'Inserm a réalisé en 2006-2007 une « enquête web sur les habitudes de recherche d'informations liées à la santé sur Internet »²⁰⁰¹. L'information disponible sur internet pourrait être un auxiliaire de la relation médicale²⁰⁰² en ce qu'elle permettrait notamment de favoriser par la suite le dialogue avec le professionnel de santé. Elle offre en outre un espace d'expression salubre et complémentaire aux personnes malades²⁰⁰³. L'information relative à la santé, mise à disposition sur internet, par les usagers et personnes malades elles-mêmes, remplit une fonction importante, même si elle est difficile, pour les pouvoirs publics, de contrôler la qualité des informations médicales disponibles.

484. Dans le domaine de la reproduction, les pouvoirs publics ont récemment mis en place des sites institutionnels sur la contraception et sur l'IVG. Les objectifs visés ne sont pas identiques, même s'il s'agit, dans les deux cas, de proposer des informations fiables sur le sujet : pour la contraception, l'information vise à l'exhaustivité dans la présentation de la diversité des moyens alors qu'en matière d'IVG, les informations visent l'objectivité et à permettre l'exercice de ce droit, sans culpabilité, par les femmes. Ainsi, l'INPES a financé le développement d'un site « destiné au grand public, aux professionnels de santé et des secteurs éducatif et social, et, de manière générale, à toute personne recherchant, dans le cadre de ses activités professionnelles ou à titre personnel, des informations dans le domaine de la contraception »²⁰⁰⁴. En particulier, un tableau interactif compare les différentes méthodes contraceptives à partir de critères déterminés (efficacité, pose par un professionnel, prix, etc.) et classe en conséquence les méthodes. De même, une plaquette récapitulative présente les différentes méthodes contraceptives (dispositif intra-utérin, pilule contraceptive, patch contraceptif, implant contraceptif, anneau vaginal, diaphragme et cape cervicale, préservatif masculin, préservatif féminin, spermicides, progestatifs injectables, méthodes de stérilisation à visée contraceptive), leur prix et le moyen de les obtenir. Dans la même optique, la HAS a développé des outils d'aide à

²⁰⁰⁰ HAUTE AUTORITE DE SANTE, *La recherche d'informations médicales sur internet*, mai 2007 ; voir aussi HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Rapport d'activité d'un an de certification des sites dédiés à la santé*, 8 janvier 2009 ; HAUTE AUTORITE DE SANTE, *La certification des sites internet de santé*, 27 novembre 2007 ; HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Certification d'accréditation de plus de 1 400 médecins en ligne*, 15 mai 2009.

²⁰⁰¹ Hélène ROMEYER, *op. cit.*

²⁰⁰² *Ibidem* : « le colloque singulier se consacre exclusivement à l'information médicale (diagnostic, traitement, dispositif curatif), une information spécialisée et professionnelle, et son déroulement reste marqué par la figure paternaliste du médecin, seul titulaire de la connaissance. Dans un cas comme dans l'autre, le malade n'est pas, ou peu, au centre des échanges et il n'a pas, ou peu, la parole, placé la plupart du temps dans une situation de réception passive. Sur Internet, et à plus forte raison sur les forums, c'est l'individu qui est à l'origine de la discussion et qui est l'acteur principal de l'information. Il se retrouve dans la situation inédite d'être à la fois sujet et objet de l'échange, producteur de l'information et récepteur de celle des autres intervenants ».

²⁰⁰³ *Ibid.* : « l'information de santé numérique, moins médicale, moins technique, apparaît comme un véritable complément plus qu'un concurrent à l'information médicale offerte par les professionnels de la santé et à l'information de santé présente dans les médias traditionnels. Elle semble en effet combler un vide en se concentrant sur le malade et en autorisant l'émotion ».

²⁰⁰⁴ <http://www.choisirscontraception.fr/>

la décision partagée, à destination des femmes et des hommes concernés et des professionnels de santé²⁰⁰⁵. Du côté de l'IVG, un site internet institutionnel dédié a été mis en place²⁰⁰⁶, à la suite du premier volet du rapport du Haut Conseil à l'Egalité entre les Femmes et les Hommes consacré à cette question²⁰⁰⁷. Il fournit une information objective favorisant le choix des femmes sur le cadre juridique, les centres où se pratiquent les IVG, les différentes méthodes et leurs risques... L'accès à l'information en matière d'IVG a été identifié par le HCEf/h comme un véritable enjeu ; c'est d'ailleurs pourquoi, le rapport a proposé de « réfléchir à l'extension de l'élément matériel [du délit d'entrave à l'IVG] à la diffusion d'information fallacieuse et d'un discours ambigu relatif à l'IVG par le biais d'un site internet ou d'un appel téléphonique »²⁰⁰⁸. À la suite de la publication de ce rapport, les éléments matériels du délit d'entrave²⁰⁰⁹ ont été modifiés. Créé en 1993, le délit d'entrave avait déjà été étendu par la loi du 4 juillet 2001 aux perturbations et à toute pression morale ou psychologique exercée par l'entourage de la personne. Désormais, il permet de sanctionner autant que le fait d'empêcher de s'informer sur l'IVG que le fait d'empêcher de pratiquer une IVG²⁰¹⁰. Cette pénalisation renforce la légitimité du recours à l'avortement.

485. En définitive, l'exemple de l'IVG montre que l'information est un véritable enjeu et que des batailles idéologiques se jouent à travers le référencement des sites internet. Les outils développés en matière de contraception sont d'une nature différente puisqu'il ne s'agit pas de permettre un accès effectif à la contraception, comme pour l'IVG, mais de favoriser le choix quant à la méthode contraceptive²⁰¹¹. Ces informations, en amont de toute consultation médicale, s'adressent à la fois aux usagers et aux professionnels et visent à développer des connaissances communes afin de favoriser par la suite un dialogue constructif. En effet, ces informations ne délivrent pas le professionnel de santé de son obligation d'information à l'égard des usagers du système de santé.

²⁰⁰⁵ HAUTE AUTORITE DE SANTE, décision n°2014.0137/DC/SBPP du 2 juillet 2014 du collège de la Haute Autorité de santé portant adoption des documents relatifs à l'information du patient sur la contraception.

²⁰⁰⁶ Le site « IVG.gouv.fr » ou <http://www.sante.gouv.fr/ivg> est désormais en ligne et s'inscrit dans un objectif, de court terme, à partir d'une mise à disposition d'informations objectives, fiables et de qualité, de « garantir l'accès à ce droit des femmes et dans de bonnes conditions ». En effet, les anti-IVG ont une présence sur internet considérable et disposent d'outils importants, comme des sites internet bien référencés et des numéros verts. La première recommandation du rapport a ainsi été rapidement mise en œuvre tandis que les autres ne sont pas encore toutes effectives, il s'agissait de « mettre en place un numéro national "guichet unique" à quatre chiffres, anonyme et gratuit », « mettre en place une "équipe IVG" de veille et d'animation et d'organiser la première campagne nationale d'information concernant la question du droit à l'avortement » (HCEf/h, *Rapport relatif à l'accès à l'IVG, Volet 1 : Information sur l'avortement sur Internet*, n°2013-0912-HCE-008, 2013). Les sites internet existants ont fait l'objet d'une évaluation au regard de différents critères, à savoir rappel des textes de droit applicables, informations sur les centres où se pratiquent les IVG, informations sur les différentes méthodes, informations médicales objectives sur les risques, témoignages, ligne téléphonique, foire aux questions, relai sur les réseaux sociaux.

²⁰⁰⁷ HCEf/h, *op. cit.*

²⁰⁰⁸ HCEf/h, *op. cit.*, p. 25.

²⁰⁰⁹ Article L. 2223-2 du Code de la santé publique.

²⁰¹⁰ Loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Article 25.

²⁰¹¹ Le site consacré à l'IVG expose toutefois les différentes méthodes d'IVG mais il n'est pas possible, à partir de la méthode d'être directement orienté vers une structure pour y avoir accès.

ii. Une obligation d'information médicale réaffirmée

486. L'obligation d'information à la charge du professionnel de santé est énoncée, de manière générale, au fronton du Code de la santé publique²⁰¹². Comme l'explique Madame la professeure Anne Laude, « la loi du 4 mars 2002 a opéré une métamorphose profonde des droits des personnes et plus particulièrement du droit à l'information, au sein du système sanitaire. Elle reflète un changement symbolique en transformant notamment le devoir du professionnel d'informer son patient en un véritable droit pour le patient d'être informé »²⁰¹³.

487. Pour la stérilisation, l'IVG et les techniques de PMA, il existe des dispositions spécifiques qui dévoient de son objectif initial l'obligation d'information dans la mesure où les informations qui doivent être délivrées ne sont pas strictement médicales et ne visent pas à favoriser le choix entre différentes techniques médicales. Au contraire, elles peuvent porter sur des aspects juridiques ou sociaux, qui ne relèvent pas de la compétence des médecins. C'est pourquoi, nous pensons qu'il est important de réaffirmer que les actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction sont concernés, comme les autres actes médicaux, par l'obligation d'information médicale : le professionnel de santé doit ainsi communiquer l'ensemble des informations disponibles sur toutes les possibilités en présentant pour chacune « les différentes investigations, traitements ou actions de prévention proposés, mais aussi leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles »²⁰¹⁴, « la nature des soins envisagés, les conditions normales de leur administration en termes de durée d'hospitalisation, de précautions à prendre, de temps de convalescence »²⁰¹⁵, « le coût de l'acte médical et les conditions de remboursement par les régimes obligatoires d'assurance maladie des frais auxquels le patient pourrait être exposé, et ce avant l'exécution d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins »²⁰¹⁶. Au regard de ces éléments, le professionnel doit chercher à définir avec l'usager, la technique la plus adaptée à la situation particulière de ce dernier. Par exemple, pour l'IVG, il s'agit de présenter les trois techniques possibles, à savoir l'IVG médicamenteuse et l'IVG chirurgicale, avec anesthésie locale ou générale. Pour la contraception, les différentes méthodes doivent pareillement être exposées et l'usager questionné sur les contraintes ou critères que la méthode doit remplir à ses yeux : un support papier ou électronique (avec une mise à disposition sur une tablette d'un tableau

²⁰¹² Article L. 1111-2 alinéas 1 à 3 du Code de la santé publique : « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel ».

²⁰¹³ Anne LAUDE, « Le droit à l'information du malade », *Les tribunes de la santé*, n°9, 2005, pp. 43-51.

²⁰¹⁴ *Ibidem*.

²⁰¹⁵ *Ibid.*

²⁰¹⁶ *Ibid.*

comparatif interactif ou le développement d'autre outil d'aide à la décision) peut assister le professionnel dans cette mission d'information qui se doit d'être exhaustive et objective. Le but est de déterminer, ensemble, à partir d'un dialogue, les meilleures options disponibles en prenant en compte différents facteurs médicaux mais pas uniquement (rythme de vie, préférences personnelles, coûts...). Une fois qu'un choix a été effectué par l'utilisateur, l'information doit être à nouveau détaillée sur les risques et bénéfices de l'option retenue. Cette discussion, qui peut parfois être longue, permet par ailleurs de faire adhérer la personne à son contraceptif, notamment la pilule. L'observance, ainsi améliorée, rendra la couverture contraceptive meilleure.

L'information doit alors être exhaustive afin de favoriser un choix éclairé entre les différentes options. Elle doit également être objective afin de ne pas véhiculer des jugements de valeur. Cela implique que les professionnels de santé se libèrent de certaines représentations fausses. Le schéma contraceptif illustre l'existence de pratiques figées concernant la contraception : les médecins tendent à laisser les jeunes utiliser le préservatif, avant de prescrire la pilule aux femmes qui rentrent dans un cadre davantage conjugal puis de poser un dispositif intra-utérin (DIU) une fois que les femmes ont eu le nombre d'enfants souhaité²⁰¹⁷. Dans le cadre de ce schéma, la pose d'un stérilet à une femme nullipare est jugée problématique par beaucoup de médecins²⁰¹⁸ alors que cela ne contrevient à aucune contre-indication médicale, comme le souligne la HAS²⁰¹⁹.

488. Dans ce contexte, il est primordial de réaffirmer l'obligation d'information qui incombe aux professionnels de santé et de bien expliciter que la finalité de l'information est toujours l'obtention d'un choix libre et éclairé de la part de l'utilisateur²⁰²⁰. Pour permettre un choix libre et éclairé de l'utilisateur, l'obligation d'information permet de s'assurer que l'utilisateur a été mis au courant des risques, bénéfices et toutes les autres informations importantes concernant l'acte médical. Elle présente un caractère interpersonnel important et est très dépendante de la relation spécifique entre l'utilisateur et le professionnel ; c'est pourquoi, elle doit être complétée par une grande disponibilité d'informations médicales et de santé sur des sites internet institutionnels et des brochures. Des campagnes d'information peuvent être menées et en tout état de cause, il est indispensable que l'éducation à la sexualité soit renforcée en donnant accès à ces connaissances essentielles sur la sexualité, la reproduction, le régime juridique des actes médicaux en rapport et les conditions d'accès effectives à ceux-ci.

²⁰¹⁷ Nathalie BAJOS et Michèle FERRAND, « L'interruption volontaire de grossesse et la recomposition de la norme procréative », *Sociétés contemporaines* 1/2006, n°61, pp. 91-117.

²⁰¹⁸ Nathalie BAJOS, Aline BOHET et Mireille LE GUEN, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête FECOND, *op. cit.*

²⁰¹⁹ Voir not. HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Fiche mémo : contraception chez la femme adulte en âge de procréer (hors post-partum et post-IVG)*, Juillet 2013, Mise à jour Janvier 2015, p. 3.

²⁰²⁰ Anne LAUDE, *op. cit.* : « l'information échangée doit conduire à une décision partagée, voulue, souhaitée, basée sur un respect mutuel. Elle présume la présence de deux experts dans la consultation : le médecin qui en connaît plus sur les médicaments et les traitements, et le patient qui est l'expert de ses priorités, seul en mesure de se prononcer sur ce qui est décisif pour lui ».

489. L'éducation et l'information, aussi importantes soient-elles, ne peuvent toutefois suffire pour faire un choix, il convient également de lever les éventuels autres obstacles à l'accès aux services.

B. Permettre un accès égalitaire aux droits reproductifs

Pour qu'un choix puisse être fait, il convient de permettre un accès effectif aux différentes options et de manière égalitaire : pour cela, les obstacles matériels doivent être identifiés et levés. Concernant l'IVG, les obstacles qui existent dans son accès sont régulièrement dénoncés, notamment à l'occasion de la publication périodique de rapports. Pour notre part, nous nous intéresserons particulièrement à rechercher comment promouvoir un accès égalitaire aux droits reproductifs aussi bien au regard de la question des inégalités sociales (a) que des inégalités territoriales (b) existantes.

a. Les inégalités sociales en santé sexuelle et reproductive

490. Les obstacles notamment financiers et culturels qui peuvent exister dans l'accès aux droits reproductifs s'inscrivent dans le cadre plus large des inégalités sociales de santé ; on pourrait parler plus spécifiquement d'inégalités sociales en santé sexuelle et reproductive pour signifier le domaine dans lequel elles interviennent.

491. De manière générale, les inégalités sociales de santé « font référence à toute relation entre la santé et l'appartenance à une catégorie sociale. Elles renvoient aux écarts, généralement évitables, entre hommes et femmes, entre groupes socioéconomiques et entre territoires, qui ont un impact sur de nombreux aspects de la santé des populations »²⁰²¹. Elles peuvent ainsi être définies comme des « écarts d'état de santé socialement stratifiés » qui « touchent un vaste éventail d'indicateurs de santé allant des facteurs de risque aux résultats des soins et reproduisent, dans le domaine sanitaire, les inégalités existant entre les groupes sociaux »²⁰²². Le domaine de la reproduction n'échappe pas aux inégalités sociales de santé. Elles peuvent y prendre différentes formes, nous nous concentrons pour notre part spécifiquement sur les obstacles ou biais socio-culturels. En effet, la situation sociale des individus a une influence importante sur l'accès et la mise en œuvre des actes médicaux correspondant aux droits reproductifs. De manière générale, la situation sociale des individus et la représentation qu'en ont les professionnels de santé jouent un rôle lors des consultations médicales et de manière plus spécifique, certaines études ont permis de montrer des biais de prescription, notamment en matière contraceptive. Par exemple, une étude interdisciplinaire a permis « de constater que des

²⁰²¹ Anne GUICHARD et Louise POTVIN, « Pourquoi faut-il s'intéresser aux inégalités sociales de santé ? », pp. 35-51 in Louise POTVIN, Marie-José MOQUET et Catherine M. JONES (dir.), *Réduire les inégalités sociales en santé*, INPES, 2010, spéc. p. 38.

²⁰²² Louise POTVIN, Marie-José MOQUET et Catherine M. JONES (dir.), *Réduire les inégalités sociales en santé*, INPES, 2010, p. 30.

caractéristiques de l'interaction entre patient et médecin sont corrélées avec certaines caractéristiques sociales des acteurs »²⁰²³.

492. De même, Madame Sylvie Fainzang, dans une démarche anthropologique menée auprès de médecins et de patients, notamment en cancérologie, a analysé l'information et le mensonge dans la relation de soins²⁰²⁴. Elle montre ainsi qu'« il existe d'autres inégalités, plus insidieuses car moins visibles, qui se logent au sein même des relations médecin-malade, ou de ce qu'il est convenu d'appeler le colloque singulier : les inégalités d'accès à l'information – information sur l'état du malade, son diagnostic, sa maladie, les traitements possibles, leurs effets ou leurs risques –, nécessaire à l'exercice du pouvoir de décision aujourd'hui reconnu aux patients »²⁰²⁵. Deux éléments expliquent les inégalités sociales présentes dans la relation médicale : d'une part, il s'agit du « reflet d'inégalités dans le niveau d'éducation ou le bagage culturel qu'on observe à l'échelle de la société globale »²⁰²⁶ et d'autre part, il s'agit du « résultat de modes de fonctionnement internes à la relation médecin-malade »²⁰²⁷. Pour délivrer une information médicale complète, les médecins se basent sur deux critères, l'aptitude à comprendre et la capacité à supporter l'information et « le médecin préjuge (...) de la capacité du patient en la surévaluant ou en la sous-évaluant en fonction de son milieu social »²⁰²⁸. En d'autres termes, « les pratiques d'information au sein du colloque singulier s'inscrivent ainsi dans un mécanisme de reproduction sociale, en vertu de quoi les médecins, en voulant s'adapter à l'aptitude supposée des patients à recevoir l'information, ne la fournissent qu'à ceux qui en sont les dépositaires habituels dans la société. Les inégalités d'accès à l'information médicale ne résultent donc pas seulement d'une insuffisance au niveau des outils que la société donne à certains malades pour la comprendre, mais aussi d'une rétention, *a priori*, de l'information en direction des malades issus de ces milieux sociaux. Aux tristement célèbres inégalités sociales d'accès aux soins, s'ajoute donc une inégalité sociale d'accès à l'information que ce mécanisme contribue à favoriser »²⁰²⁹. En définitive, le droit reconnu au malade d'être informé et de décider n'est pas équivalent pour tous les malades car tous ne peuvent pas l'exercer²⁰³⁰. Ces constats ont été faits à la suite de terrains d'observation menés principalement en cancérologie, toutefois, on peut faire l'hypothèse que cela n'est pas propre à une spécialité médicale. Il semble donc, qu'en

²⁰²³ *Ibidem* : « Les consultations les plus longues, où la parole du patient domine et où la part du vocabulaire partagé est importante, sont caractéristiques des médecins femmes. Le médecin semble utiliser un discours plus subjectif lorsqu'il s'adresse à des patients âgés et d'un niveau social inférieur, réservant un discours plus modalisé aux patients jeunes et socialement plus favorisés ».

²⁰²⁴ Sylvie FAINZANG, *La Relation médecins/malades : information et mensonge*, PUF, 2006.

²⁰²⁵ Sylvie FAINZANG, « Les inégalités au sein du colloque singulier : l'accès à l'information », *Les Tribunes de la santé*, 2/2014, n° 43, pp. 47-52.

²⁰²⁶ *Ibidem*.

²⁰²⁷ *Ibid.*

²⁰²⁸ *Ibid.*

²⁰²⁹ *Ibid.*

²⁰³⁰ *Ibid.* : « à cet égard, pour un certain nombre de personnes, le caractère partiel ou lacunaire de l'information reçue et les malentendus qui en résultent au sein du colloque singulier invitent à parler, plutôt que de consentement éclairé, de "consentement résigné" ».

matière de reproduction également, la position sociale du patient et la perception qu'en a le professionnel de santé jouent un rôle déterminant dans la délivrance des informations médicales.

493. Ce constat est d'ailleurs corroboré par les comportements de prescription de produits contraceptifs qui changent de manière importante en fonction du profil des personnes. En matière de contraception, il y a été montré qu'il existe « des pratiques socialement différenciées »²⁰³¹. Dans les années 1980, la pilule et le stérilet sont davantage utilisés par des femmes de milieux favorisés puis, le recours à ces produits contraceptifs s'est démocratisé – dans les années 1990 pour la pilule et à la fin des années 1990 pour le stérilet. Si la pilule est utilisée par les femmes de tous les milieux sociaux, les différentes générations de pilule permettent une recomposition des disparités sociales : aujourd'hui, « les femmes de milieux favorisés se voyant plus souvent que les autres prescrire les pilules de 3e génération (alors non remboursées) »²⁰³². Les inégalités sociales concernent également l'accès à la contraception, le type de suivi médical et les représentations qu'ont les médecins des femmes -et des hommes²⁰³³. Concernant l'accès à la contraception, « les femmes confrontées à une situation financière difficile, peu ou pas diplômées, ou vivant en milieu rural, n'utilisent pas de contraception du tout plus fréquemment que les autres. Les ouvrières sont 6,5 % dans ce cas contre seulement 1,6 % des femmes cadres »²⁰³⁴. Quant au type de suivi choisi, par un médecin généraliste ou un gynécologue, il diffère également selon le milieu social et a un impact sur les moyens de contraception utilisés dans la mesure où les comportements de prescription des professionnels sont différents²⁰³⁵. Enfin, l'équipe de recherche montre que « les attentes des femmes et les représentations qu'ont les médecins de leur aptitude à suivre les prescriptions contribuent aux choix des méthodes utilisées »²⁰³⁶. L'implant contraceptif apparaît alors comme révélateur d'un biais de prescription important. Il s'agit de la méthode de contraception dont le taux d'efficacité médicale est le plus élevé et il est utilisé par 4,5% des femmes qui connaissent des difficultés financières contre 1,7% des femmes qui disent ne pas en connaître et par 13,5% des femmes d'une nationalité d'un pays d'Afrique subsaharienne contre 2,4% pour les femmes de nationalité française, « alors que les classes privilégiées sont habituellement les premières à s'approprier de nouveaux produits »²⁰³⁷. Pour les auteures de l'enquête, cela révélerait, de la part des professionnels de santé, « un modèle contraceptif qui prône de prescrire aux femmes étrangères une méthode dont l'efficacité

²⁰³¹ Nathalie BAJOS, Aline BOHET, Mireille LE GUEN, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête Fecond, *op. cit.*, p. 2.

²⁰³² Nathalie BAJOS, Aline BOHET, Mireille LE GUEN, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête Fecond, *op. cit.*, p. 3.

²⁰³³ En effet, les questions contraceptives sont principalement prises en charge par les femmes et cela témoigne déjà d'un biais.

²⁰³⁴ *Ibidem*.

²⁰³⁵ *Ibid.* : Ainsi, « les ouvrières sont 73 % à être suivies par un gynécologue pour leur contraception contre 82 % des femmes cadres et les femmes qui consultent un gynécologue utilisent moins souvent la pilule que celles suivies par un généraliste (48 % contre 70 %) mais ont davantage recours au stérilet (26 % contre 7 %) ».

²⁰³⁶ *Ibid.*

²⁰³⁷ *Ibid.*

ne dépend pas de leur observance supposée *a priori* défailante »²⁰³⁸. Le même constat avait déjà été fait à propos de la contraception injectable hormonale²⁰³⁹. En définitive, cela « montre aussi combien le choix de la méthode de contraception est lié à la position sociale des femmes ainsi qu'aux logiques médicales et financières qui régissent le champ de la contraception. Les professionnels de santé ont des difficultés à adapter leurs pratiques, et leur formation est un enjeu essentiel »²⁰⁴⁰.

494. À travers ces deux exemples concrets –en matière d'information et de prescription de contraceptifs–, est mis en exergue le rôle considérable et insidieux des inégalités sociales, notamment en santé reproductive. « La réduction des inégalités de santé, par la promotion de la santé, par le développement de l'accès aux soins et aux diagnostics sur l'ensemble du territoire » est pourtant un des objectifs de la politique de santé en France²⁰⁴¹. Il conviendrait alors de trouver des moyens de sensibiliser les professionnels de santé à ces questions et de leur offrir des outils ou supports d'information diminuant la part de subjectivité dans la délivrance des informations. En effet, une information écrite et objective définie par la HAS par exemple pourrait servir de base à une discussion et pourrait réduire les effets des inégalités sociales de santé en termes d'information et de prescription. Cela permettrait peut-être alors, à tous les usagers, de choisir leur méthode de contraception sans que les représentations des soignants n'entrent en ligne de compte.

495. Aux inégalités sociales, qui ont une incidence spécifique sur l'accès aux informations et aux prescriptions médicales, s'ajoutent d'autres inégalités, territoriales, liées à l'organisation de l'offre de services en santé sexuelle et reproductive. Les inégalités territoriales existent dans la mesure où, dans certains territoires, l'accès aux actes médicaux mettant en œuvre les droits reproductifs est plus difficile qu'ailleurs.

b. Les inégalités territoriales autour de l'organisation des services de santé reproductive

496. Nous allons nous concentrer principalement sur les inégalités territoriales d'accès à l'IVG dans la mesure où les inégalités territoriales y sont plus flagrantes. Toutefois, elles existent également pour les autres droits reproductifs. Par exemple, concernant la contraception, même si les réseaux de prescripteurs sont relativement denses, le type de prescripteur, généraliste ou gynécologue, a une influence sur les moyens de contraception utilisés ; or il existe des différences importantes de densité en matière de généralistes et de spécialistes entre les territoires²⁰⁴². De même, les officines de pharmacie, dont l'implantation territoriale est

²⁰³⁸ *Ibid.*

²⁰³⁹ Hélène BRETIN, « Marginalité contraceptive et figures du féminin : une expérience de la contraception injectable hormonale en France », *Sciences sociales et santé*, Volume 22, n°3, 2004, pp. 87-110.

²⁰⁴⁰ Nathalie BAJOS, Aline BOHET, Mireille LE GUEN, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête Fecond, *op. cit.*, p. 4.

²⁰⁴¹ Article L. 1411-1 alinéa 2, 7° du Code de la santé publique.

²⁰⁴² Jean-François RAULT et Gwénaëlle LE BRETON-LEROUVILLOIS, *Atlas de la démographie médicale en France. Situation au 1er janvier 2014*, Conseil national de l'ordre des médecins, pp. 43-56.

contrôlée, permettent un accès facilité sur le territoire aux contraceptifs médicaux et d'urgence. L'implantation des centres de PMA ne semble pas poser de problème particulier tandis que concernant les stérilisations à visée contraceptive, les difficultés d'accès ne sont pas liées au territoire mais aux médecins qui tendent à apprécier l'opportunité²⁰⁴³. De manière générale, la lutte contre les inégalités territoriales en matière de santé sexuelle et reproductive s'inscrit dans le cadre plus général de l'organisation d'une offre de soins de proximité.

497. Concernant l'IVG, il existe des difficultés d'accès, qui, bien qu'anciennes²⁰⁴⁴, perdurent encore aujourd'hui et parfois même s'accroissent²⁰⁴⁵. Ces obstacles dans l'accès à l'IVG s'ajoutent aux problèmes de légitimité quant au recours à celle-ci. Ils sont généraux dans la mesure où, ces dix dernières années, cent trente établissements de santé qui pratiquaient l'IVG ont fermé²⁰⁴⁶ dans le cadre des restructurations qui touchent spécifiquement les maternités en application de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires²⁰⁴⁷. Il y a également un manque de moyens et de personnels ; les deux grands problèmes venant, d'une part, du peu de valorisation, y compris financière, de l'IVG et d'autre part, de l'évolution de la démographie médicale avec le départ à la retraite de médecins impliqués dans la réalisation des IVG²⁰⁴⁸. Dans ces conditions, « le choix de la méthode d'IVG et le choix de la méthode d'anesthésie ne sont pas toujours garantis, les délais d'attente peuvent être quelques fois importants, et les distances à parcourir, longues »²⁰⁴⁹.

498. Si l'on considère plus spécifiquement l'aspect territorial, il y a deux types d'inégalités territoriales : concernant l'ensemble des IVG et plus spécifiquement, la question des IVG « tardives », après 10 semaines. Les difficultés d'accès à l'IVG émergent du fait que certains établissements disposant d'un service de gynécologie et/ou de chirurgie ne pratiquent pas d'IVG alors qu'il s'agit pourtant d'une obligation aux termes de l'article R. 2212-4 du Code de la santé publique²⁰⁵⁰. Il existe alors de grandes disparités géographiques. Par exemple, « en Bretagne, en

²⁰⁴³ Des sites internet recensent des soignants pratiquant la stérilisation volontaire, voir not. <https://gynandco.wordpress.com>.

²⁰⁴⁴ Voir not. Israël NISSAND, *L'IVG en France. Propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les femmes*, La documentation française, févrie. 1999 et plus récemment Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *Evaluation des politiques de prévention des grossesses non désirées et de prise en charge des interruptions volontaires de grossesse suite à la loi du 4 juillet 2001*, IGAS, rapport N°RM2009-112P, octobre 2009 et *La prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse*, IGAS, rapport N°RM2009-098A, octobre 2009.

²⁰⁴⁵ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, voir not. p. 59 : En outre, « la diminution et la concentration de l'offre de soins en établissement, la baisse du nombre de médecins susceptibles de prendre en charge les IVG entraînent une réduction de l'offre de soins générale et accentue des inégalités territoriales déjà fortes ».

²⁰⁴⁶ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 5 ; p. 50 : « Les établissements de santé dotés de services de gynécologie-obstétrique ou de chirurgie, ou plus rarement d'un pôle spécifique, pratiquent aujourd'hui 86% des IVG, soit 100% des IVG chirurgicales et 75% des IVG médicamenteuses. (...) En termes d'évolution de l'offre, les statistiques de la DREES indiquent que 5% des établissements publics et 48% des établissements privés pratiquant l'IVG ont fermé ces 10 dernières années, soit plus de 130 établissements au total » (DREES, « Les interruptions volontaires de grossesse en 2011 », n°843, juin 2013, p. 4).

²⁰⁴⁷ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, pp. 50-51.

²⁰⁴⁸ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 5.

²⁰⁴⁹ *Ibidem*.

²⁰⁵⁰ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 12 : la recommandation n°11 du rapport est d'ailleurs de « Faire respecter l'article R.2212-4 du Code de la santé publique qui impose la pratique de l'IVG à tous les établissements

2012, 1,3 % des demandes d'IVG en établissement de santé n'ont pas été satisfaites. Les 124 femmes concernées ont dû alors s'orienter vers une autre structure, voire une autre région »²⁰⁵¹. Les IVG devant être pratiquées entre la 10^e et 12^e semaine de grossesse sont particulièrement concernées par ce phénomène car tous les établissements, qui pratiquent des IVG, ne les réalisent pas. En Ile-de-France, 32 % des établissements réalisent des IVG entre 10 et 12 semaines de grossesse contre 63 % en Lorraine et 0 % en Corse²⁰⁵². Pour réduire ces inégalités entre les territoires, il faudrait que tous les établissements pratiquent des IVG, y compris jusqu'à 12 semaines de grossesse²⁰⁵³. D'autre part, les délais de prise en charge varient considérablement selon les espaces géographiques concernés, même si l'absence d'entretien psychosocial obligatoire a permis de réduire les délais²⁰⁵⁴. Si « le délai moyen entre la demande d'IVG et la réalisation de l'intervention est désormais évalué à une semaine (les recommandations de la Haute autorité de santé fixent un maximum de 5 jours) (...) cette moyenne recouvre d'importantes variations »²⁰⁵⁵. Ainsi, le délai de prise en charge est « supérieur à 15 jours dans un établissement sur vingt, en général ceux qui ont la plus forte activité d'IVG, en Ile-de-France et PACA »²⁰⁵⁶. En outre, les délais sont plus importants lors qu'une IVG chirurgicale est envisagée, « au-delà de 9 semaines d'aménorrhée »²⁰⁵⁷.

499. En plus de la question du délai, l'offre actuelle de soin ne permet pas toujours aux femmes de choisir entre les trois méthodes possibles d'IVG²⁰⁵⁸. En pratique, il apparaît que les femmes n'ont pas toujours la possibilité de choisir²⁰⁵⁹ et il conviendrait, au contraire, d'« assurer tous les choix de méthode dans chaque établissement de santé pratiquant l'IVG »²⁰⁶⁰.

disposant d'un service de gynécologie et/ou de chirurgie, en restaurant notamment l'activité d'IVG dans les établissements de santé dans lesquels elle a été arrêtée afin de revenir à une offre de proximité à la hauteur des besoins sur l'ensemble du territoire ».

²⁰⁵¹ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, pp. 40-41.

²⁰⁵² Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, pp. 41-42.

²⁰⁵³ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 12 : « recommandation n°12 : Faire respecter l'article R.2212-4 du Code de la santé publique qui dispose que tous les établissements doivent pratiquer l'IVG et ce jusqu'à 12 semaines de grossesse ».

²⁰⁵⁴ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *La prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse*, IGAS, rapport N°RM2009-098A, octobre 2009, p. 3 : Les auteurs note une « tendance globale à la réduction des délais de prise en charge, liée à des efforts d'organisation et aussi à une plus grande fluidité des procédures d'accès », notamment du fait de l'absence de recours à l'entretien psychosocial par les femmes majeures pour qui, il est facultatif.

²⁰⁵⁵ *Ibidem*.

²⁰⁵⁶ *Ibid.*

²⁰⁵⁷ *Ibid.*

²⁰⁵⁸ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 28 : à savoir l'IVG médicamenteuse qui peut être pratiquée en établissement de santé et par des médecins et gynécologues libéraux dans leur cabinet, ainsi que par les centres médico-sociaux conventionnés et l'IVG par aspiration, dite IVG instrumentale ou chirurgicale réalisée soit sous anesthésie locale, soit sous anesthésie générale.

²⁰⁵⁹ Annick VILAIN, « Les femmes ayant recours à l'IVG : diversité des profils des femmes et des modalités de prise en charge », *Revue française des affaires sociales*, 2011/1 n° 1, p. 130 : « parmi les IVG réalisées en établissement, 44 % des femmes affirment avoir eu le choix de la technique de l'IVG. Parmi celles qui n'ont pas eu le choix, la raison évoquée dans plus de six cas sur dix est l'avancement de la grossesse qui ne permet plus une IVG médicamenteuse. Une femme sur cinq déclare avoir laissé le médecin faire au mieux et une sur dix dit ne pas avoir été consultée sur la méthode ».

²⁰⁶⁰ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 13.

500. Un exemple met en lumière la manière dont le droit peut contribuer à réduire les inégalités sociales et territoriales de santé en matière de reproduction, la libéralisation de la vente des tests de grossesse. Ainsi, depuis la loi dite Hamon, les « tests destinés au diagnostic de la grossesse ainsi que des tests d'ovulation » peuvent être vendus en dehors des officines de pharmacie²⁰⁶¹, alors qu'auparavant, ces « dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* destinés à être utilisés par le public » relevaient du monopole des pharmaciens²⁰⁶². La libéralisation de la vente de tests de grossesse et d'ovulation a été motivée, à en croire le texte de l'amendement qui en est à l'origine, par un besoin de mise en conformité du droit français au regard du droit de l'Union européenne de la concurrence²⁰⁶³. Le ministère de la santé met, quant à lui, en avant le fait que la vente de ces tests en grandes surfaces en facilite l'accès et pourrait conduire à une baisse de leur prix. À notre sens, cette libéralisation contribue en effet à une meilleure accessibilité de ces tests, autant en contribuant à en faire baisser le prix qu'en multipliant leur lieux de vente. Sans pour autant devoir être généralisée à d'autres questions, cette mesure juridique participe assurément à la réduction des inégalités sociales et territoriales en matière de reproduction.

501. La prise en compte de ces inégalités permet d'assurer un réel choix aux usagers dans ce domaine et est complémentaire de la délivrance d'informations, à travers le droit à l'information mais aussi l'éducation à la santé sexuelle et reproductive. En effet, comme l'indique la structuration de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé davantage encore que son titre, l'information est nécessaire pour que vive la démocratie sanitaire et que s'opère une reconfiguration du pouvoir dans la relation médicale et plus généralement au profit des patients et usagers du système de santé, envisagés également collectivement. Toutefois, l'information en matière de santé sexuelle et reproductive recouvre un champ extrêmement vaste. C'est pourquoi, elle doit être complétée d'une véritable éducation aux sexualités et à la santé sexuelle et reproductive afin de multiplier les sources d'informations et de permettre aux usagers d'acquérir sur ces questions des connaissances individuelles dès leur plus jeune âge. L'éducation est importante et complémentaire du droit à l'information, dont le caractère médical doit d'ailleurs être réaffirmé dans ce domaine. Cette complémentarité se justifie d'autant plus que la délivrance de l'information par les professionnels de santé dans le cadre des relations individuelles est marquée par la perception que le professionnel de santé a du statut socio-culturel de l'utilisateur et renforce les inégalités sociales de santé. Pour permettre un choix effectif entre les différentes possibilités qui existent –en termes de méthode d'IVG ou de moyen de contraception par exemple–, les usagers doivent être informés de l'existence de toutes

²⁰⁶¹ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, Article 38.

²⁰⁶² Aux termes de l'article L. 4211-1 du Code de la santé publique.

²⁰⁶³ Projet de loi consommation, Sénat, 1ère lecture, amendement n° 611 rect. bis présenté par Mme Schillinger, 11 septembre 2013, www.senat.fr.

les alternatives possibles et de leurs avantages et inconvénients respectifs. Un support pédagogique permettrait de délivrer ces informations de manière la plus neutre et la plus exhaustive possible. Les inégalités sociales ou territoriales ne doivent pas constituer des freins et dans cette optique, il faut mener des campagnes d'information nationale et mettre en place des programmes d'éducation sur l'ensemble du territoire mais aussi veiller à ce que des services de proximité existent dans toutes les régions françaises. L'accès à l'IVG, notamment lorsqu'il doit être pratiqué entre 10 et 12 semaines de grossesse, est particulièrement paradigmatique des difficultés qui se posent aujourd'hui et met en exergue la faiblesse de l'effectivité de ce droit reproductif.

502. À ce volet individuel de valorisation du rôle des usagers à travers l'information comme condition et garantie d'un choix de leur part s'ajoute également un volet collectif, permettant un exercice de la démocratie sanitaire.

§II. Faire entendre la voix collective des usagers

503. En matière de droits reproductifs, il s'agit d'améliorer le recours aux actes médicaux correspondant, compris comme l'accès et la mise en œuvre de ces derniers. Une large information favorisant le choix de l'utilisateur est indispensable mais ne saurait être suffisante. Une représentation et une expression au niveau collectif des usagers sont également nécessaires dans ce domaine. Ces droits collectifs permettraient l'exercice de la démocratie sanitaire en matière de reproduction et une réappropriation, en plus du savoir, du pouvoir médical sur les corps (A). Pour les usagers qui le souhaiteraient et lorsque cela est possible, des alternatives moins médicalisées pourraient également être opportunément permises et proposées (B). Ces deux propositions, complémentaires, visent à approfondir le rôle d'acteur des usagers dans le domaine de la reproduction.

A. À travers des droits collectifs de représentation et d'expression

504. L'ensemble de la population, notamment à partir du moment où les personnes ont une activité sexuelle ou un projet parental, est concerné par l'accès aux actes médicaux correspondant à des droits reproductifs. Quelques chiffres en attestent : en France, « parmi les femmes concernées par la contraception – ni stériles, ni enceintes, ayant des rapports hétérosexuels et ne voulant pas d'enfant – seules 3 % n'utilisent aucune contraception »²⁰⁶⁴ ; « un tiers des femmes (33 %) ont recours au moins une fois à l'IVG au cours de leur vie »²⁰⁶⁵. Si ces chiffres montrent que la majorité des femmes sont concernées par ces questions, ils masquent le fait que ces questions concernent également les hommes. En effet, le recueil

²⁰⁶⁴ Nathalie BAJOS, Mylène ROUZAUD-CORNABAS, Henri PANJO, Aline BOHET, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête FECOND, *op. cit.* p. 1.

²⁰⁶⁵ Magali MAZUY, Laurent TOULEMON et Élodie BARIL, « Un recours moindre à l'IVG, mais plus souvent répété », *Population & Sociétés*, numéro 518, janvier 2015, p. 4.

statistique lié à la fécondité est souvent centré exclusivement sur les femmes, comme en atteste d'ailleurs le taux de fécondité qui est toujours celui des femmes²⁰⁶⁶. Seules les techniques reproductives, pensées sur le couple hétérosexuel tranchent : ainsi, 24% de la population mondiale connaît des problèmes d'infertilité et 15% de la population « en âge de procréer » aura recours à une PMA²⁰⁶⁷. À propos des questions reproductives –qui touchent potentiellement l'ensemble de la population– comme dans les autres domaines de la santé, il paraît primordial de permettre l'émergence et l'expression d'une expertise collective des usagers. Pour cela, il existe différentes possibilités.

505. La loi du 4 mars 2002 a créé un chapitre dans le Code de la santé publique consacré à la « participation des usagers au fonctionnement du système de santé »²⁰⁶⁸. La reconnaissance de l'importance de la présence de représentant d'usagers au sein des instances de décision dans le domaine de la santé n'a pas été évidente et résulte d'un long cheminement. Le SIDA a joué un rôle fondamental dans l'émergence de la figure du patient-expert²⁰⁶⁹, qui s'inscrit dans la continuité du mouvement d'humanisation de l'hôpital qui a émergé après la Seconde Guerre mondiale et qui visait à « l'amélioration matérielle des conditions d'accueil et de séjour des malades »²⁰⁷⁰. La participation de représentant des usagers au conseil d'administration des établissements de santé publics est consacrée en 1996²⁰⁷¹. La loi du 4 mars 2002 approfondit l'édifice législatif et désormais, des représentants d'associations agréées peuvent notamment représenter siéger au sein des instances hospitalières ou de santé publique²⁰⁷². Pour cela, les associations doivent être agréées, et avoir notamment « une activité dans le domaine de la qualité de la santé et de la prise en charge des malades »²⁰⁷³ depuis au moins trois ans et conduire notamment des actions en faveur de la promotion des droits des usagers du système de

²⁰⁶⁶ Voir not. Armelle ANDRO et Annabel DESGREES DU LOU, « La place des hommes dans la santé sexuelle et reproductive : Enjeux et difficultés », *Autrepart*, 2009/4, n° 52, pp. 3-12.

²⁰⁶⁷ Jane FISHER, « Infertility and assisted reproduction », in WHO (ed.), *Mental health aspects of women's reproductive health. A global review of the literature*, pp. 128-146.

²⁰⁶⁸ Code de la santé publique, Première partie : Protection générale de la santé, Livre Ier : Protection des personnes en matière de santé, Titre Ier : Droits des personnes malades et des usagers du système de santé, Chapitre IV regroupant les articles L. 1114-1 à L. 1114-4.

²⁰⁶⁹ Voir not. en ce sens Bibia PAVARD *et al.*, *Le « patient expert ». Expertise profane et droits des malades à travers l'histoire de l'association AIDES*, document de travail non publié, 2014, voir spéc. pp. 141-142 : « le patient expert est alors un usager du système de santé, membre d'une association, qui participe au système de santé en représentant les usagers dans diverses instances. Le patient expert est donc une nouvelle figure forgée à la rencontre des mobilisations des associations de patients et des aspirations d'autres acteurs du système de santé : les praticiens et les administrateurs. L'expertise profane des malades est particulièrement reconnue dans des contextes de crise : crise sanitaire, crise financière ou crise idéologique. Le patient expert a ainsi vocation à améliorer la situation sanitaire, à permettre de faire des économies (en encourageant la prise en charge des soins par les patients eux-mêmes) et à incarner l'idéal de démocratie participative dans le domaine de la santé ».

²⁰⁷⁰ Cela aboutit notamment à l'élaboration de la circulaire du 20 septembre 1974 relative à la charte du malade hospitalisé puis de la circulaire DGS/DH/95 n° 22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés et comportant une charte du patient hospitalisé.

²⁰⁷¹ Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, dite ordonnance Juppé.

²⁰⁷² Article L. 1114-1 du Code de la santé publique.

²⁰⁷³ *Ibidem*.

santé²⁰⁷⁴. Au 2 juin 2015, cent quarante-et-une associations de représentants des usagers du système de santé bénéficient d'un agrément national²⁰⁷⁵. Parmi elles se trouvent notamment le Mouvement français pour le planning familial qui joue un rôle important en matière de reproduction²⁰⁷⁶.

506. Le droit à la représentation politique des usagers du système de santé a été consacré législativement et est mis en œuvre au sein des instances hospitalières ou de santé publique. Toutefois, le dispositif actuel connaît des insuffisances certaines et des propositions sont faites pour approfondir l'exercice de la démocratie sanitaire, encore appelée démocratie en santé²⁰⁷⁷. Ce renforcement de la participation des usagers aurait une incidence particulière en matière reproductive, en rendant plus légitime la parole des usagers dans ce domaine et en intégrant pleinement ces questions à celles posées, en général, par le système de santé. Pour renforcer la participation des usagers, il est notamment proposé de créer un statut des représentants des usagers et un mouvement national fédérant les associations et usagers en santé²⁰⁷⁸. Cela permettrait de donner des moyens matériels et financiers aux représentants des usagers et aux associations auxquelles ils appartiennent pour qu'ils puissent exercer de manière effective leur mission. La mise en place d'un mécanisme d'indemnisation pour la « participation aux différentes instances, lorsque cette participation entraîne une perte de revenu »²⁰⁷⁹, pourrait également contribuer à diversifier le profil des représentants des usagers. En plus de la définition d'un statut pour les représentants des usagers –avec un régime clair pour les mandats, un droit d'accès aux documents qui y sont relatifs, une protection juridique pour les lanceurs d'alerte–, il est, d'autre part, proposé de mettre en place « un nouvel espace de représentation et de dialogue avec les institutions politiques et administratives, les organisations professionnelles de la santé »²⁰⁸⁰. Ce « Mouvement des usagers » permettrait également de développer ou de

²⁰⁷⁴ Article R. 1114-1 du Code de la santé publique.

²⁰⁷⁵ Liste nationale des associations agréées publiée par le Ministère des affaires sociales et de la santé.

²⁰⁷⁶ Voir not. Isabelle FRIEDMANN, *Liberté Sexualités Féminisme. 50 ans de combat du Planning pour les droits des femmes*, La Découverte, 2006 ou encore Carine FAVIER, « Les combats féministes dans le champ de la santé », *Les Tribunes de la santé*, 2014/3 n° 44, pp. 25-34, spéc. p. 27 : « Les féministes et leurs alliés exigent le droit de choisir. Par la diffusion massive d'informations et l'auto-organisation des principales concernées, les féministes vont inaugurer ce qu'Act Up reprendra plus tard sous l'expression « information = pouvoir ». Elles s'affirment en « usagères de la santé », actives, politisées et conscientes de leurs droits, prônant une autonomie face à la parole des experts : les pratiques collectives développées dans les centres du Planning familial en témoignent, avec la réappropriation individuelle et collective du savoir sur le corps et la validation de l'expérience des femmes ».

²⁰⁷⁷ Voir not. Nicolas BRUN, Emmanuel HIRSCH et Joëlle KIVITS, *Rapport de la mission « Nouvelles attentes du citoyen, acteur de santé »*, janvier 2011 et Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *Pour l'An II de la Démocratie sanitaire*, Rapport à la ministre des Affaires sociales et de la Santé, 14 février 2014.

²⁰⁷⁸ Voir not. Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 16 : « Enfin et c'est probablement le sujet le plus controversé des résultats de cette mission et le plus délicat pour les pouvoirs publics : il y a un pré-requis à toutes ces recommandations, qui concerne les moyens juridiques, techniques et financiers qui seront donnés à la représentation des usagers, ce qui induit de penser à la fois un statut des représentants des usagers (Recommandation n° 9.1) et le soutien à la création d'un Mouvement des usagers et associations en santé (Recommandation n° 9) ».

²⁰⁷⁹ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁸⁰ *Ibidem* ; Il s'agit d'une recommandation reprise du rapport Cordier qui proposait de « créer une instance représentative des associations des usagers du système de santé », voir Rapport CORDIER, *Un projet global pour la stratégie nationale de santé. 19 Recommandations du comité des « sages »*, 21 juin 2013, recommandation n°3 : « Rôle : donner des avis aux pouvoirs publics sur les questions relatives au fonctionnement du système de santé et leur

coordonner des dispositifs de formations et des projets de recherche consacrés à la démocratie sanitaire.

507. La démocratie sanitaire dans sa dimension représentative en est manifestement à ses débuts. Ces mécanismes généraux, destinés à l'ensemble des représentants des usagers du système de santé, bénéficient aux usagers du système de santé en matière de reproduction. L'utilisation du terme usager paraît d'ailleurs dans ce domaine particulièrement adapté en ce qu'il n'implique aucune dimension thérapeutique. En matière de reproduction, l'expertise du Mouvement français pour le planning familial est réelle et il est indéniable que leurs représentants œuvrent à la promotion des droits reproductifs. Les droits collectifs des usagers permettent ainsi de représenter également en matière de reproduction les intérêts des usagers dans l'organisation de l'offre de services et normalisent ces questions. Certaines questions plus spécifiques se posent toutefois du fait de la singularité des questions reproductives, à la marge du domaine médical. En effet, la médicalisation n'est pas toujours nécessaire tant qu'est assurée la sécurité sanitaire.

B. À travers la démedicalisation, élargir le champ des possibles

508. Dans le domaine reproductif, une réappropriation par les usagers peut aussi passer par une démedicalisation partielle de certains actes. Nous avons vu que la médicalisation a été, pour l'IVG et la contraception, la condition préalable à leur légalisation. Toutefois, il semble que celle-ci n'est pas indispensable. Il serait alors possible de revenir au stade antérieur, en procédant à une « démedicalisation ». Il ne semble toutefois « pas heureux de parler de démedicalisation, comme certains tendent à le faire, pour désigner l'appropriation par l'individu ou par le groupe de valeurs ou de décisions en matière de santé, dans le cas des soins familiaux ou des mouvements sanitaristes, dans la mesure où il s'agit au contraire d'une médicalisation impliquant le monde profane. L'exclusion ou le retrait des médecins pourrait même à cet égard apparaître comme la forme la plus achevée de la médicalisation »²⁰⁸¹. En l'espèce, il s'agit de reconnaître qu'il est possible de faire coexister plusieurs voies d'accès, médicalisées ou non, aux droits reproductifs, élargissant ainsi le champ des possibles. Si l'on s'intéresse en particulier au domaine reproductif, le suivi de grossesse et l'accouchement apparaissent comme deux domaines particulièrement médicalisés et parfois de manière excessive et problématique. Cette organisation au niveau collectif témoigne de la dimension politique de la médicalisation²⁰⁸².

proposer les mesures qui paraissent conformes aux intérêts matériels et moraux des usagers ; représenter officiellement auprès des pouvoirs publics l'ensemble des usagers et notamment désigner ou proposer les délégués dans les conseils, assemblées et organismes institués par l'État et l'assurance maladie ; gérer tout service d'intérêt pour les usagers du système de santé dont les pouvoirs publics lui confie la charge ; suivre l'action des structures adaptées de médiation au niveau local, tant au sens de facilitation de l'accès aux droits et aux soins qu'à celui de l'aide à la résolution des conflits ».

²⁰⁸¹ Didier FASSIN, « Les politiques de la médicalisation », pp. 1-13 in Pierre AÏACH et Daniel DELANOË (dir.), *L'ère de la médicalisation*, Anthropos, 1998, spéc. p. 6.

²⁰⁸² Didier FASSIN, *op. cit.*, p. 7.

Cette dernière permet en effet un contrôle social sur les corps²⁰⁸³, notamment ceux des femmes, y compris les plus précaires dans un souci humanitaire²⁰⁸⁴.

509. En matière d'accouchement, la médicalisation s'exprime à travers des actes médicaux dont la nécessité de leur réalisation peut être questionnée. Certains actes paraissent en effet être pratiqués de manière quasi-systématique, parfois sans prise en compte de la volonté des femmes, comme pour les césariennes²⁰⁸⁵ ou encore les épisiotomies²⁰⁸⁶. Nous avons émis l'hypothèse que « ce n'est pas tant l'état du droit que la culture médicale et les pratiques des professionnels qui tendent à expliquer ces dérives », tout en soulignant que « l'état actuel du droit de la santé, en matière de reproduction notamment, pourrait accroître le sentiment de légitimité des médecins à adopter des comportements paternalistes envers les femmes »²⁰⁸⁷. En réaction à ce qui est perçu comme une médicalisation démesurée, des formes d'accouchement physiologiques peuvent être souhaitées et se pose alors la question de l'accouchement à domicile.

510. La CEDH a été saisie et s'est prononcée à propos de l'accouchement non médicalisé, au regard de l'article 8 de la Convention. Il s'agissait en l'espèce de savoir si le système périnatal hongrois devait offrir la possibilité d'accoucher à domicile²⁰⁸⁸. En effet, la requérante souhaitait accoucher à son domicile mais, en pratique, aucun professionnel de santé ne pratique de tels accouchements, en Hongrie, de craintes de voir leur responsabilité engagée, voire de faire l'objet de sanction administrative pour ne pas respecter les règles de leur profession. Les juges strasbourgeois estiment qu'il y a effectivement une violation de l'article 8 de la Convention, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, du fait de l'incohérence du système juridique hongrois en la matière. Cette jurisprudence « apporte une nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel strasbourgeois dédié à l'autonomie personnelle » en étendant « la protection de l'article 8 à l'ensemble des choix procréatifs »²⁰⁸⁹, y compris en matière d'accouchement physiologique. Outre la reconnaissance de la légitimité de cette demande d'accouchement à domicile issue des mouvements féministes, la CEDH met à la charge des États des obligations positives, consistant à permettre un suivi avec une sage-femme et une coordination avec une structure médicalisée en cas de complications. En effet, le droit hongrois n'interdisait pas l'accouchement à domicile mais du fait d'un manque d'intelligibilité, dissuadait les sages-femmes

²⁰⁸³ Didier FASSIN, *op. cit.*, p. 9.

²⁰⁸⁴ Didier FASSIN, *op. cit.*, p. 11 : « La médicalisation du politique s'opère à travers ce que l'on peut appeler l'avènement du souci humanitaire ».

²⁰⁸⁵ Bénédicte COULM, Béatrice BLONDEL, Sophie ALEXANDER, Michel BOULVAIN et Camille LE RAY, « Potential avoidability of planned cesarean sections in a French national database », *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica*, vol. 93, n° 9, sept. 2014, pp. 905-912.

²⁰⁸⁶ COLLEGE NATIONAL DES GYNECOLOGUES ET OBSTETRICIENS FRANÇAIS, *L'épisiotomie. Recommandations pour la pratique clinique*, 2005.

²⁰⁸⁷ Marie MESNIL, *op. cit.*

²⁰⁸⁸ CEDH, 14 déc. 2010, n° 67545/09, *Ternovszky c. Hongrie*.

²⁰⁸⁹ Diane ROMAN, « L'accouchement non médicalisé devant la Cour européenne des droits de l'Homme », Note sous CEDH, 14 déc. 2010, n° 67545/09, *Ternovszky c. Hongrie*, RDSS, 2011 p. 441.

de pratiquer de tels accouchements. Cet arrêt est d'autant plus important que la situation en France est très proche de celle en Hongrie²⁰⁹⁰. *In fine*, l'autonomie reproductive justifie que les femmes puissent choisir d'accoucher à domicile et cela pourrait être étendu à d'autres domaines reproductifs.

511. En France, la politique périnatale est, au contraire, fortement médicalisée avec, depuis 1998²⁰⁹¹, une organisation du suivi de grossesse et de l'accouchement pensée sur un modèle épidémiologique avec des maternités (I/II/III) classées en fonction du niveau de risque que représente la grossesse pour les femmes enceintes et l'enfant à naître (bas/moyen/haut). Les sages-femmes peuvent pratiquer des accouchements à domicile mais doivent souscrire une assurance dont le coût est exorbitant²⁰⁹². Dans ces conditions, seules 72 sages-femmes (4,4% des répondantes d'une enquête menées par le Conseil national de l'ordre des sages-femmes) déclarent pratiquer en 2008 des accouchements à domicile et parmi elles, seules 4 seraient assurées²⁰⁹³. Pour la Cour des comptes, « l'absence d'assurance constitue une situation tout à fait anormale qui ne peut perdurer »²⁰⁹⁴ ; au-delà de ces enjeux, se pose la question du choix offert aux femmes. En effet, cet état conduit à ce que 4 500 demandes d'accouchement à domicile n'aient pas pu être satisfaites en 2008. Des alternatives à l'accouchement médicalisé sont recherchées en France par certaines femmes et certains couples, à travers l'accouchement à domicile ou des structures permettant une approche physiologique de la naissance. S'il existe un débat scientifique et médical quant aux risques de telles pratiques²⁰⁹⁵, l'OMS estime que le meilleur endroit dans lequel une femme doit accoucher est « là où elle se sent en sécurité, au niveau le plus périphérique où des soins appropriés sont possibles et sûrs »²⁰⁹⁶.

²⁰⁹⁰ En ce sens Diane ROMAN, *op. cit.* et Martine HERZOG-EVANS, « Le droit d'accoucher à domicile, élément de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention EDH », Note sous CEDH, 14 déc. 2010, n° 67545/09, *Ternovszky c. Hongrie, AJ Famille*, 2011, p. 104.

²⁰⁹¹ Décrets n° 98-899 et n°98-900, 9 octobre 1998, codifiés aux articles D. 6124-35 et suivants du Code de la santé publique.

²⁰⁹² François BROTTES, Question écrite n°962326, 21 décembre 2010, JO, p. 13661 et Réponse publiée au JO le 3 mai 2011, p. 4576 : « 25 000 euros par an (dont 6 000 pris en charge) ».

²⁰⁹³ Cécile MOULINIER, « Synthèse des résultats de l'enquête auprès des sages-femmes libérales », *Contact Sages-femmes, La lettre du Conseil de l'ordre*, n°20, Juillet 2009, p. 8 : Le Conseil National de l'Ordre des Sages-Femmes a coordonné une enquête auprès de toutes les sages-femmes libérales en France en 2008 pour identifier celles qui pratiquent des accouchements à domicile. Des courriers, nombreux, avaient en effet attiré l'attention du CNOF sur le « manque de diversité de l'offre de soins dans le domaine de la naissance ». Des informations importantes et inédites sont mises en lumière par cette enquête : sur les 1615 questionnaires retournés, 4,4 % des sages-femmes déclarent pratiquer des accouchements à domicile (soit 72) et en 2008, environ 4 500 demandes d'accouchement à domicile n'ont pu être satisfaites. Parmi les sages-femmes pratiquant des accouchements à domicile, 5,5 % de celles-ci sont assurées (soit 4), « 65 % n'arrivent pas à répondre à la demande et 35 % travaillent en collaboration avec un établissement de santé ». Il ressort également de l'enquête que « l'ouverture des plateaux techniques » aux sages-femmes serait « une bonne alternative entre l'accouchement à domicile et l'accouchement médicalisé en établissement de santé », qu'une « offre réellement diversifiée » permettrait de respecter les projets de naissance des parents et d'« éviter les accouchements sans professionnel de santé avec ou sans doula) ou l'appel à la dernière minute de la sage-femme qui se trouve contrainte de faire l'accouchement à domicile ».

²⁰⁹⁴ COUR DES COMPTES, *Rapport sur la Sécurité sociale 2011, Chapitre VI - Le rôle des sages-femmes dans le système de soins*, septembre 2011, p. 189.

²⁰⁹⁵ CEDH, 14 déc. 2010, n° 67545/09, *Ternovszky c. Hongrie*, not. §11.

²⁰⁹⁶ OMS, *Les soins liés à un accouchement normal*, Guide pratique, WHO/FRH/MSM/96.24, 1997, p. 14 ; en particulier, il est précisé que « pour une femme enceinte à faible risque, cela peut être à domicile, dans un petit dispensaire de maternité ou un centre d'accouchement urbain, voire dans le service de maternité d'un hôpital plus important. Il faut

512. Après maints débats²⁰⁹⁷ et une fois le véhicule législatif satisfaisant trouvé²⁰⁹⁸, il a été introduit en France la possibilité d'ouvrir des maisons de naissance médicalisées²⁰⁹⁹. L'expérimentation des maisons de naissance est prévue pour une durée de cinq ans²¹⁰⁰ : les sages-femmes y réalisent l'accouchement des femmes enceintes dont elles ont assuré le suivi de grossesse en toute autonomie alors qu'une convention est passée avec « une structure autorisée pour l'activité de gynécologie-obstétrique » permettant un « accès direct (et) notamment, un transfert rapide des parturientes en cas de complication »²¹⁰¹. Les mesures réglementaires d'applications ont été prises, dans le courant de l'été 2015²¹⁰². Les maisons de naissance répondent à une demande sociale. En outre, « il apparaît nécessaire, dans un contexte de "démocratie sanitaire", qui met le malade au centre du système de santé, d'entendre la voix des femmes désireuses de se réapproprier un moment de leur vie considéré comme particulièrement important (le développement des doulas, ces accompagnantes dénuées de formation médicale et qui pratiquent une sorte de "coaching" de grossesse montrent la nécessité de reconnaître cette nouvelle aspiration) »²¹⁰³. Au contraire, certains auteurs pensent que ces femmes ne se soucient pas de l'intérêt de leur enfant et confrontent, à nouveau, cette notion à celle de l'autonomie des femmes²¹⁰⁴. Au-delà des prises de positions personnelles et débats doctrinaux, un réel mouvement en faveur d'une moindre médicalisation émerge et est justifié par l'augmentation des options que cela offre aux individus. Les débats parlementaires avaient d'ailleurs mis en avant « la question de la liberté de choix, même si le texte, de facture technique, ne consacre pas le principe » en tant que tel²¹⁰⁵.

513. D'autres aspects liés à la procréation pourraient également faire l'objet d'une moindre médicalisation et donner plus de place aux sages-femmes. Ainsi, l'IVG pourrait suivre la voie de

toutefois, dans cet endroit, que l'attention et les soins soient axés sur ses besoins et sa sécurité, et qu'il se situe aussi près de chez elle et de sa propre culture que possible. Si la naissance a lieu à domicile ou dans un petit centre d'accouchement périphérique, l'accès d'urgence à un centre d'orientation-recours disposant de personnel qualifié doit être prévu dans les préparatifs prénatals ».

²⁰⁹⁷ Diane ROMAN, *op. cit.* : « Ces maisons de naissance constituent une "arlésienne" des plans de périnatalité » depuis 2003.

²⁰⁹⁸ La décision n° 2010-620 DC rendue par le Conseil constitutionnel le 16 décembre censure notamment l'article 67 du projet de loi de finances pour la sécurité sociale pour 2011 qui autorisait l'expérimentation de « maisons de naissance » car il s'agissait d'un cavalier législatif (cons. 17 et 18).

²⁰⁹⁹ Jean-Marc PASTOR, « Feu vert à l'expérimentation des maisons de naissance », *AJDA*, 2013, p. 2410.

²¹⁰⁰ Loi n° 2013-1118 du 6 décembre 2013 autorisant l'expérimentation des maisons de naissance.

²¹⁰¹ Loi n° 2013-1118 du 6 décembre 2013 autorisant l'expérimentation des maisons de naissance, Article 1er.

²¹⁰² Décret n° 2015-937 du 30 juillet 2015, relatif aux conditions de l'expérimentation des maisons de naissance.

Arrêté du 30 juillet 2015, pris par la ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, fixant la composition du dossier et les modalités de candidature pour intégrer l'expérimentation des maisons de naissance.

²¹⁰³ Diane ROMAN, *op. cit.*

²¹⁰⁴ Jean-Pierre MARGUENAUD, « Le droit d'accoucher chez soi », note sous CEDH, 14 déc. 2010, n° 67545/09, *Ternovszky contre Hongrie*, *RTD Civ.*, 2011, p. 309 : l'auteur trouve, quant à lui, que l'accouchement à domicile est une « modalité originale de donner la vie » et que si « cette évolution tendant à rendre plus concret et plus effectif le droit à l'autonomie personnelle mérite d'être saluée, surtout dans une matière qui se trouve au cœur de la vie personnelle des femmes », « il convient néanmoins de remarquer, que, en l'espèce, elle a été réalisée sans trop se soucier de l'intérêt de l'enfant naissant ».

²¹⁰⁵ Diane ROMAN, « Les mères vulnérables ? Le suivi médico-social de la maternité », pp. 143-161, in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD et Diane ROMAN, *La loi et le genre. Etudes critiques de droit français*, CNRS Editions, 2014, p. 150.

l'accouchement. D'un point de vue historique d'ailleurs, la pratique initiale de l'IVG était, comme pour celle de l'accouchement²¹⁰⁶, nettement moins médicalisée²¹⁰⁷. Le projet de loi de modernisation de notre système de santé prévoit que les sages-femmes puissent pratiquer les IVG médicamenteuses. Ne pourraient-elles pas également pratiquer des IVG chirurgicales ? En Belgique, les centres de planning peuvent pratiquer des IVG par aspiration sous anesthésie locale²¹⁰⁸. Ces centres, qui pratiquaient l'IVG avant sa dépénalisation, permettent de répondre à la problématique d'un accès au choix et de proximité. Il pourrait également en France être envisagée une mesure semblable, puisque « ce système comporte plusieurs avantages, notamment celui de participer à la banalisation et la dédramatisation de l'IVG par aspiration, et de permettre la formation des jeunes médecins par les seniors de la génération militante afin de préparer la relève dans la pratique des IVG »²¹⁰⁹. *In fine*, il est proposé de permettre la réalisation d'« IVG par aspiration sous anesthésie locale dans les centres de santé, les centres de planification ou d'éducation familiale (CPEF), et les maisons médicales pluridisciplinaires »²¹¹⁰. Le développement de la pratique des IVG par aspiration doit être complémentaire de celui des IVG médicamenteuses, pour laisser, *in fine*, aux femmes le choix de la méthode²¹¹¹.

La démedicalisation permet d'élargir l'offre de choix disponibles pour les usagers du système de santé. Cette réappropriation par les individus n'exclut pas totalement les aspects médicaux et sanitaires mais réduit ceux qui peuvent paraître superflus en apportant des bénéfices, en termes de confort, proximité, choix, préférence personnelle... Dans presque tous les domaines de la reproduction, la démedicalisation semble possible et souhaitable. Cela s'explique notamment par les spécificités du domaine, à la frontière du médical et du social et à la marge du thérapeutique.

514. En matière de reproduction, pour faire primer l'autonomie et laisser le choix aux usagers du système de santé dans la réalisation de leur projet parental ou la prévention d'une naissance, il convient d'affirmer l'existence de leurs droits individuels et collectifs. Les droits reconnus par la loi du 4 mars 2002 doivent pleinement s'appliquer dans le domaine de la reproduction et être approfondis. D'un point de vue individuel, cela demande de faire de l'information la clef de voûte d'un dispositif dont la finalité est le choix de l'utilisateur. L'ensemble des freins à un éventuel choix

²¹⁰⁶ Yvonne KNIBIEHLER, *Accoucher. Femmes, sages-femmes et médecins depuis le milieu du XXe siècle*, Éditions de l'école nationale de la santé publique, 2007 et Jacques GELIS, *La sage-femme ou le médecin. Une nouvelle conception de la vie*, Fayard, 1988.

²¹⁰⁷ Voir not. Michelle ZANCARINI-FOURNEL, « Histoire(s) du MLAC (1973-1975) », *Clio : histoire, femmes et société*, 18, 2003, pp. 241-252 ; Bibia PAVARD, « Genre et militantisme dans le Mouvement pour la liberté de l'avortement et de la contraception : pratique des avortements (1973-1979) », *Clio : histoire, femmes et société*, 29, 2009, pp. 79-96.

²¹⁰⁸ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, pp. 70-71.

²¹⁰⁹ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 71 ; voir également Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*

²¹¹⁰ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 71 : « Recommandation n°13 ».

²¹¹¹ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 72 : le « développement de cette pratique devra être complémentaire du développement des IVG médicamenteuses par les centres de planification ou d'éducation familiale, qui réalisent aujourd'hui moins de 1% des IVG ».

doit être levé, en menant des actions ciblées qui s'adresse à tous : en matière de reproduction, les inégalités territoriales et sociales ne peuvent pas être ignorées. D'un point de vue collectif, il est nécessaire d'approfondir le rôle des usagers du système de santé et de permettre une réappropriation des savoirs et des pratiques. L'exercice effectif de ces droits, individuels et collectifs, doit également être garanti et renforcé afin de favoriser et d'accompagner des changements substantiels dans la perception des questions reproductives.

Section II – La réaffirmation des droits des usagers en matière reproductive

515. L'affirmation de l'autonomie reproductive qui découle de la notion de projet parental doit passer par des changements dans les pratiques professionnelles et également dans la perception plus générale des questions reproductives au sein de la société. En particulier, les droits individuels et collectifs ne pourront être effectifs que s'ils accompagnent et s'accompagnent de modifications des pratiques et des cultures professionnelles. Il paraît très important de contribuer à faire évoluer les représentations en matière de reproduction tant les préjugés et stéréotypes de genre y sont ancrés. Nous avons déjà montré qu'il existe des biais importants dans les représentations des soignants –influençant leur manière de délivrer l'information et les prescriptions. Les droits individuels et collectifs des usagers doivent jouer un rôle central en réaffirmant l'autonomie décisionnelle des individus quant à la réalisation d'un éventuel projet parental et en contribuant à modifier la perception des actes médicaux non thérapeutiques tels que l'IVG. C'est pourquoi, nous souhaitons renforcer les droits des usagers en matière reproductive.

Dans cette optique, nous proposons d'une part de mettre en place des leviers d'action pour prévenir les atteintes aux droits des usagers du système de santé (§I) et d'autre part, d'affirmer la prise en charge par la solidarité nationale des risques liés à la fertilité (§II). Ces propositions visent à ce que l'État assure la promotion et la réalisation des droits des usagers et à travers eux, celle de l'autonomie reproductive associée au projet parental. Autrement dit, après avoir été consacrés, les droits des usagers du système de santé doivent également être réaffirmés, et en particulier garantis et approfondis.

§I. Prévenir les atteintes aux droits et assurer leur effectivité

516. L'effectivité des droits signifie que ces derniers peuvent être librement mis en œuvre. Dans nos développements, il s'agit autant de la mise en œuvre des droits reproductifs que de celle des droits des usagers du système de santé lorsqu'ils ont recours aux droits reproductifs. Des thématiques très diverses sont alors concernées, celles de l'accès aux services de santé sexuelle et reproductive, des délais d'accès à ces services, de l'accessibilité du site, du droit à l'information et de la possibilité de choisir la technique utilisée. L'effectivité doit être recherchée à travers un véritable changement de culture professionnelle qui entraînerait une modification

en profondeur des pratiques. Pour cela, il convient de s'intéresser à la formation des professionnels de santé mais aussi à celle des représentants des usagers pour qu'ils participent à la redéfinition des termes de la relation entre les professionnels et les usagers du système de santé (A). En plus de la formation, il est indispensable de valoriser les retours d'expérience des usagers –et de tous les usagers– par le biais d'un traitement systématique des plaintes et la mise en place de bonnes pratiques pour éviter la survenance d'autres événements semblables (B).

A. Former les professionnels et les représentants des usagers

517. Concernant le droit à l'information, nous avons vu qu'il conditionne la possibilité d'un réel choix mais aussi que, mis en œuvre dans une dimension individuelle et interpersonnelle à l'occasion de la relation entre le professionnel et l'utilisateur, il est très fortement dépendant de la situation sociale et des représentations culturelles des individus. Il apparaît alors nécessaire de former les professionnels sur ces questions (a). Il est important qu'ils adhèrent à la culture des droits des usagers y compris dans le domaine reproductif et les représentants des usagers, eux aussi formés, pourraient contribuer à ce changement de culture professionnelle (b).

a. Mieux former les professionnels de santé

518. Former les professionnels de santé aux enjeux relatifs aux questions reproductives et leur transmettre une culture en matière de droits reproductifs est nécessaire.

519. En effet, les pratiques sont parfois figées et traduisent alors des représentations de la part des professionnels qui ne reposent sur aucune base scientifique. Ainsi, en matière de contraception, il existe des logiques médicales spécifiques : « les professionnels de santé ont des difficultés à adapter leurs pratiques, et leur formation est un enjeu essentiel »²¹¹². La crise de la pilule qui a eu lieu entre 2010 et 2013 a partiellement permis une reconfiguration des pratiques contraceptives avec une diversification²¹¹³. En particulier, le stérilet semble désormais envisagé comme une méthode de contraception pour presque toutes les femmes²¹¹⁴. Le faible recours au

²¹¹² Nathalie BAJOS, Aline BOHET, Mireille LE GUEN, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête FECOND, *op. cit.*, p. 4.

²¹¹³ Nathalie BAJOS, Myène ROUZAUD-CORNABAS, Henri PANJO, Aline BOHET, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête FECOND, *op. cit.*, p. 2 : « si la pilule reste aujourd'hui encore la méthode de contraception la plus utilisée en France, les pratiques contraceptives apparaissent désormais beaucoup plus diversifiées ».

²¹¹⁴ Nathalie BAJOS, Myène ROUZAUD-CORNABAS, Henri PANJO, Aline BOHET, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête FECOND, *op. cit.*, p. 3 : « une rupture s'est déjà produite concernant la prescription du stérilet. La réticence des médecins français à ne pas le proposer aux femmes jeunes ou sans enfant semble pour la première fois avoir diminué, en partie grâce à une demande des femmes elles-mêmes. En dépit des recommandations émises par la Haute autorité de santé en 2004, le stérilet n'avait en effet toujours pas progressé chez les jeunes et les femmes sans enfant entre 2000 et 2010. Il a en revanche sensiblement progressé entre 2010 et 2013 : le recours passe de 2 % à 5 % chez les femmes de 20-24 ans et de 8 % à 16 % chez celles de 25-29 ans. Parmi ces dernières cette évolution est enregistrée même chez celles sans enfant (de 0,4 % à 8 %). Certes, les niveaux d'utilisation restent faibles pour ces femmes, mais il y a incontestablement un assouplissement de la norme contraceptive qui rythme et structure l'usage des méthodes selon l'âge et le nombre d'enfants, même si cette norme n'est pas complètement remise en cause. On ne constate, en effet, aucune évolution de l'usage du stérilet chez les femmes de moins de 20 ans, ni chez celles de 20-24 ans sans enfant. Comme si les réticences des professionnels, et peut-être des femmes, restaient influencées par le risque supposé important d'infections sexuellement transmissibles à un âge où l'activité sexuelle est plus intense, et par l'anticipation d'une pose douloureuse chez les très jeunes femmes. La littérature scientifique montre pourtant qu'il n'y a aucune contre-indication à la pose d'un stérilet en rapport avec l'âge de la femme ou la parité ».

stérilet s'explique notamment par les représentations des professionnels de santé et des femmes elles-mêmes²¹¹⁵ : une croyance était particulièrement ancrée, celle que les femmes n'ayant pas eu d'enfant ne pourraient pas l'utiliser ; ce qui n'est pas fondé scientifiquement. Cela montre l'importance de la formation, notamment tout au long de leur exercice, des professionnels de santé.

520. De même, il existe des enjeux importants en matière de formation pour la pratique des IVG. En particulier, la reconnaissance de l'activité comme faisant partie intégrante de l'offre de soins semble devoir passer par « une place plus importante dans les formations des professionnels » et une plus grande attractivité « au plan financier et professionnel »²¹¹⁶. En effet, il existe un réel manque de valorisation de la pratique des IVG et le départ à la retraite des générations militantes laisse présager des difficultés dans certains services²¹¹⁷. Pour pallier la survenance de celles-ci, « certains centres d'IVG mènent des actions volontaristes de formation et de tutorat pour accueillir et former les internes, mais ces initiatives sont loin d'être systématiques »²¹¹⁸. Cette faible valorisation professionnelle de la pratique des IVG résulte de l'aménagement actuel des études médicales. Il est alors urgent autant qu'indispensable « d'assurer une formation aux techniques d'IVG dans le cadre des études médicales : le stage dans un [centre qui pratique des IVG], en établissement hospitalier ou centre de santé devrait constituer un passage obligé pour les internes de spécialité et de médecine générale. La formation aux différentes techniques d'IVG devrait également être intégrée dans la formation continue des équipes en place »²¹¹⁹. En plus de la formation de tous les médecins, généralistes et gynécologues en particulier²¹²⁰, se pose la question de la formation de l'ensemble des maillons qui interviennent dans la prise en charge des femmes et des couples : « les mêmes problèmes de formation, d'image et d'attractivité se posent au niveau des sages-femmes, qui jouent un rôle essentiel aussi dans l'activité d'orthogénie ; ils touchent aussi de manière complémentaire les conseillères conjugales et familiales, profession dont l'IGAS, dans un rapport récent, a souligné la dévalorisation alors qu'elle est un maillon indispensable de l'activité d'orthogénie »²¹²¹. Pareillement, « les

²¹¹⁵ Nathalie BAJOS, Aline BOHET, Mireille LE GUEN, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête FECOND, *op. cit.* : il a été montré lors d'une enquête menée en 2010 que « les raisons de ce faible recours au stérilet chez les femmes sans enfant sont complexes et renvoient notamment aux représentations qu'ont les femmes et les professionnels de santé de cette méthode : 54 % des femmes interrogées en 2010 considèrent qu'elle n'est pas indiquée pour une femme n'ayant pas eu d'enfant. Ce pourcentage s'élève à 69 % chez les gynécologues et 84 % chez les généralistes ».

²¹¹⁶ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 6.

²¹¹⁷ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 74 : « il importe de sensibiliser les futurs praticiens, qui n'ont pas connu la période d'avant 1975, au contenu humain de cette activité envisagée non comme un acte technique isolé mais comme composante d'une discipline plus vaste, l'orthogénie qui concerne l'ensemble des femmes et des couples ».

²¹¹⁸ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, pp. 5-6.

²¹¹⁹ *Ibidem*.

²¹²⁰ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 49 : « Tous les médecins généralistes ou gynécologues, même s'ils n'interviennent pas directement dans l'activité d'IVG, seront confrontés au cours de leur pratique à cette question et devront au moins être en capacité d'accueillir et d'orienter leurs patientes demandeuses d'une intervention ».

²¹²¹ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 6.

anesthésistes, parfois cités comme facteurs de difficultés lors du recueil de témoignages sur les parcours de soin, sont également concernés »²¹²².

521. Une étude menée auprès de généralistes d'un département d'Ile-de-France met en exergue des lacunes importantes quant aux connaissances dont ils disposent sur l'IVG. Par exemple, « seulement 34 % des praticiens interrogés connaissaient le délai maximum permettant de réaliser une IVG en France et la majorité ignorait que le consentement parental n'est plus obligatoire pour une jeune femme mineure »²¹²³. De même, dans leur pratique, ils étaient peu respectueux du choix de la femme : seule la moitié des médecins interrogés expliquaient à la patiente les deux méthodes existantes (médicamenteuse et chirurgicale) et un quart uniquement lui laissait alors le choix²¹²⁴. Face à ces constats, il semble opportun de développer des offres de formation spécifiques, notamment des diplômes universitaires spécialisés²¹²⁵. Par ailleurs, il serait souhaitable d' « inscrire les sexualités, la contraception et l'IVG dans les formations en 1er, 2e et 3e cycle de spécialité et de médecine générale, dans les orientations générales du développement professionnel continu (DPC) et dans les Diplômes Interuniversitaires sur le terrain de la sexualité-contraception-IVG, dans les formations initiales de l'ensemble du personnel partie-prenante de l'IVG : sages-femmes, professionnel-le-s des secteurs sanitaire, social, d'accueil, administratif et éducatif »²¹²⁶.

522. Actuellement, la formation universitaire des médecins « réserve une place limitée à la question de l'IVG. Le nombre d'heures consacrées dans le cursus universitaire aux questions d'orthogénie reste faible et la place accordée à ces thèmes au cours du résidanat est très inégal d'une faculté de médecine à l'autre. L'IVG lorsqu'elle est abordée l'est essentiellement sous l'angle de la pathologie et des complications, auxquelles les praticiens seront très rarement confrontés, alors qu'ils n'auront pas été préparés à l'accueil, l'écoute et la prise en charge des femmes demandeuses d'IVG, à l'explication des différentes méthodes, et que très peu d'entre eux auront eu l'occasion de se former à la pratique des actes eux-mêmes »²¹²⁷. Médecin généraliste et sociologue, Madame Maud Gelly dresse un constat quant à la place des questions reproductives dans la formation et des représentations des jeunes médecins²¹²⁸. Si la contraception et l'IVG sont présentées comme des actes médicaux et des droits, des représentations négatives

²¹²² Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 61.

²¹²³ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 50.

²¹²⁴ *Ibidem* : « Par ailleurs, si 80% des médecins interrogés étaient capables de citer les deux méthodes (médicamenteuse et chirurgicale) d'IVG, seule la moitié d'entre eux les expliquait à la patiente et un quart leur laissait choisir celle vers laquelle elle s'orienterait ».

²¹²⁵ *Ibid.*

²¹²⁶ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 62 : « Recommandation n°17 ».

²¹²⁷ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 50 ; p. 75 : « Recommandation n°28 : Encourager la mise en place de diplômes universitaires (DU) intégrant les différents personnels de santé impliqués dans l'activité d'IVG et d'orthogénie ».

²¹²⁸ Maud GELLY, *Avortement et contraception dans les études médicales. Une formation inadaptée*, L'Harmattan, Bibliothèque du féminisme, 2006, not. p. 10 et pp. 86 et s. : elle a mené sa recherche à partir d'un questionnaire quantitatif adressé à des étudiants en début et en fin de formation et d'entretien semi-directifs menés auprès de médecins fraîchement sortis de la faculté.

coexistent toutefois : l'IVG est dramatisée, les risques exagérés et est globalement perçue comme un échec de contraception tandis que la contraception est abordée d'un point de vue technique sans considération pour les attentes des usagères. Certains sujets semblent toutefois moins problématiques qu'auparavant et les jeunes médecins interrogés se montrent relativement ouverts quant à une suppression de la clause de conscience pour l'IVG et à une démedicalisation de la contraception. Enfin, l'auteure souligne que les stages en services de gynécologie auprès de médecins impliqués semblent déterminants dans l'approche que les jeunes professionnels ont des questions reproductives. À la lumière de cette étude, il paraît indispensable d'« intégrer à sa juste place, dans la carrière des professionnels, l'activité d'IVG et de l'orthogénie »²¹²⁹, en reconnaissant notamment que la pratique de l'IVG peut être une étape d'une carrière au même titre que des activités dans un service de maternité, d'assistance médicale à la procréation... et en ne pénalisant pas dans la rémunération et l'avancement de carrière la pratique des IVG. De même, il est opportun d'« intégrer dans la formation initiale et les stages pour les professionnels en formation (internes, médecins généralistes, sages femmes, infirmières) un passage dans un centre d'IVG accompagné par le tuteur de stage pour les interventions »²¹³⁰.

523. La formation des professionnels de santé, des sages-femmes, des conseillers conjugaux et de l'ensemble des acteurs intervenant dans le cadre de l'orientation et de la prise en charge des usagères et des usagers en matière de droits reproductifs doit effectivement intégrer les questions reproductives. Dans la mesure où ces activités ne sont pas purement médicales, elles demandent une formation supplémentaire, spécifique, afin qu'elles ne soient pas intégrées négativement comme un écart à leur métier ou au contraire, dans les schémas médicaux classiques. En effet, en matière de reproduction, l'autonomie de l'utilisateur doit être totale, une fois le cadre légal respecté. Ce changement de culture professionnelle peut également être encouragé par la place grandissante que prennent les usagers et leurs représentants dans le système de santé. Toutefois pour exercer une réelle influence, les représentants des usagers doivent également davantage être formés.

b. Davantage former les représentants des usagers

524. La formation des représentants des usagers est une question qui se pose de manière générale dans le but d'approfondir la démocratie sanitaire et, en particulier, la rendre plus effective. Il s'agit, à partir du savoir expérientiel des usagers, de contribuer à changer la relation entre professionnels et usagers dans tous les domaines, y compris en matière de reproduction. Toutefois, du fait de la spécificité des questions reproductives et des représentations particulières qui touchent notamment l'IVG, il semble opportun de proposer aux représentants des usagers et aux professionnels, des formations adaptées aux enjeux propres aux droits

²¹²⁹ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 75 : « recommandation 26 ».

²¹³⁰ *Ibidem* : « recommandation 27 ».

reproductifs. Ces formations pourraient être animées par une association spécialisée sur ces questions, comme le Mouvement français pour le Planning familial. En effet, dans la mesure où les représentants des usagers représentent l'ensemble des usagers, au-delà de l'association dont ils dépendent, ils doivent disposer d'une culture commune, générale, liée au système de santé, mais aussi plus spécifique, sur certaines questions.

525. D'un point de vue général, il est important que les usagers soient formés dans le but de leur permettre d'acquérir des connaissances, mais également de permettre une montée en généralité des discours, une aide à la prise de parole, et apprendre « à se positionner face à des professionnels bien installés dans leurs savoirs, voire leur pouvoir »²¹³¹. Dans cette optique, le Collectif interassociatif sur la santé a déjà mis en place un réseau de référents au niveau régional et propose des formations sur des thématiques générales telles que « défendre les droits des usagers », « représentant des usagers, prenez la parole ! », « lutter contre la maltraitance », « gestion des plaintes : les procédures juridiques »²¹³². Aucune formation n'existe toutefois en matière de droits reproductifs, ni d'ailleurs sur des maladies en particulier... cela semble s'expliquer par le fait que les représentants des usagers représentent tous les usagers. Toutefois, il pourrait être opportun que chacun puisse partager son savoir expérientiel avec les autres afin que les spécificités soient mises en exergue en plus des points communs. Les usagers peuvent également participer à des formations avec des professionnels de santé ou encore participer à la formation des professionnels. Le but poursuivi est alors « de développer la formation des professionnels sur le travail collaboratif avec les usagers. Deux champs distincts doivent être travaillés : la relation individuelle de soins avec les professionnels de santé et la relation collective avec les associations et les représentants des usagers pour l'ensemble des professionnels. C'est à cette condition que le changement escompté aura lieu »²¹³³. Pour que la formation soit « un lieu de croisement des savoirs et des cultures »²¹³⁴, il convient de « valoriser les savoirs expérientiels des patients dans les formations des professionnels pour préparer le changement de culture de la relation vers un partenariat » et de « former l'ensemble des parties prenantes au travail collaboratif dans les instances des établissements de santé et à tous les niveaux du système »²¹³⁵. À ces recommandations générales, nous pensons qu'il est indispensable d'ajouter des préconisations plus spécifiques, visant à valoriser, au sein du système de santé, les droits reproductifs. Il convient dans ce domaine de former autant les représentants des usagers que les professionnels à partir du savoir expérientiel des usagers, et en particulier des usagères, aux enjeux propres à la reproduction, que ce soit la contraception ou l'IVG.

²¹³¹ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 46.

²¹³² Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 47.

²¹³³ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 46.

²¹³⁴ *Ibidem*.

²¹³⁵ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 49.

526. La déconstruction des représentations négatives sur l'IVG et de la valorisation du choix des individus dans le domaine de la procréation, notamment en matière de contraception, implique un changement radical d'approche dans la pratique médicale basée aujourd'hui sur la technique. Les questions reproductives apparaissent comme particulièrement propices à l'émergence d'une véritable démocratie sanitaire dans laquelle l'acteur central est l'utilisateur. Pour cela, il est toutefois nécessaire de favoriser des changements en profondeur, par la formation initiale et continue des professionnels impliqués -qui prenant en compte le savoir expérientiel des utilisateurs, ne remettent pas en cause la légitimité de leur demande-, par la formation des représentants des utilisateurs et par des formations mêlant utilisateurs et professionnels. Ces formations doivent faire émerger un réel souci des utilisateurs et du respect de leurs droits reproductifs. D'autres dispositifs paraissent à même d'accompagner ce changement profond des pratiques professionnelles. En particulier, il semble opportun de favoriser un retour d'expérience des utilisateurs sur les pratiques médicales, à travers le traitement des plaintes mais également la mise en place de services permettant l'exercice et le contrôle des droits de tous les utilisateurs. Ces mécanismes permettraient de réduire la part de subjectivité des médecins et d'éviter d'éventuels comportements moralisateurs, paternalistes et visant à culpabiliser les utilisateurs sur leurs pratiques sexuelles et reproductives.

B. Favoriser les retours d'expérience des utilisateurs

527. Les utilisateurs du système de santé doivent être l'échelle de mesure de la qualité des services offerts ; ce sont en effet eux qui font l'expérience de l'organisation effective de l'offre de soins et de services, de la délivrance des informations, de la possibilité ou non de choisir ensuite et des conditions de réalisation des actes médicaux enfin. Il paraît alors indispensable de favoriser leurs retours d'expérience, en mettant en place des dispositifs d'évaluation et un traitement systématique et collectif des plaintes pour dégager des bonnes pratiques (a). Par ailleurs, pour s'assurer que l'utilisateur soit l'unité à partir de laquelle le système de santé est construit, il convient de ne pas tomber dans l'écueil de la généralisation : il faut alors veiller, d'une part, à ce que l'utilisateur ne soit pas confondu avec la masse informe du collectif des utilisateurs et d'autre part à ce que l'utilisateur ne soit pas réduit à un utilisateur standardisé, désincarné, défini à partir d'une moyenne statistique ou des représentations qu'auraient les professionnels de santé de l'utilisateur idéal. La considération abstraite de l'utilisateur exclurait en effet, *de facto*, certains utilisateurs, notamment les plus précaires, qui ne pourraient pas exercer les droits individuels et collectifs qui leur sont reconnus (b).

a. Traiter les plaintes et dégager des bonnes pratiques

528. De manière générale, l'« administration [serait] insuffisamment réceptive aux plaintes des usagers »²¹³⁶. En particulier, il est mis en exergue le fait que « la culture des institutions publiques permet une prise en compte des plaintes collectives, au travers des organes représentatifs, mais permet que rarement une reconnaissance des difficultés singulières »²¹³⁷. Pourtant, les plaintes « sont le corollaire indispensable à la reconnaissance des droits du malade, dans la mesure où elles permettent de traduire concrètement l'exercice des droits. Par ailleurs, les plaintes peuvent remettre en cause les pratiques médicales et les modes organisationnels des services de soins, des services administratifs et techniques constituant tout naturellement des moyens de détection des dysfonctionnements des établissements. À ce titre, elles peuvent être considérées comme un élément central de la politique d'évaluation et d'amélioration de la qualité »²¹³⁸. Dès 2001, il était proposé par l'IGAS de faire du traitement des plaintes « un élément central de la politique de qualité de l'établissement hospitalier » en mettant en place dans tous les établissements de santé, un enregistrement centralisé et exhaustif de toutes les plaintes orales ou écrites, de les enregistrer sur un support informatique, de communiquer à la direction un double des réponses des praticiens et d'analyser régulièrement ces plaintes²¹³⁹. Les plaintes sont en effet importantes « pour ce qu'elles révèlent des dysfonctionnements des établissements de santé, mais aussi comme un indicateur de la transparence des établissements et de leur capacité à permettre voire favoriser la prise de parole des usagers. Autrement dit, un établissement qui reçoit beaucoup de plaintes n'est pas nécessairement synonyme d'un établissement qui connaît des dysfonctionnements »²¹⁴⁰.

529. Dans son rapport consacré à l'approfondissement de la démocratie sanitaire, Madame Claire Compagnon met en exergue les difficultés actuelles dans la gestion des plaintes dans les Commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRUQPC). Le fonctionnement des commissions est très variable d'un établissement à l'autre. Dans certaines structures, les représentants des usagers n'ont pas accès aux lettres de plaintes, ne rencontrent jamais les plaignants et aucun moyen n'existe pour les usagers de saisir directement la CRUQPC, à défaut de moyen d'information et de communication²¹⁴¹. Dans d'autres établissements, les représentants des usagers peuvent exercer un réel rôle et contribuer à l'amélioration du fonctionnement de l'établissement. Pour cela, un soutien de la direction et une articulation avec

²¹³⁶ IGAS, *Les institutions sociales face aux usagers*, rapport annuel 2001, titre du chapitre 3, pp. 170 et s.

²¹³⁷ IGAS, *op. cit.*, p. 170.

²¹³⁸ IGAS, *op. cit.*, p. 234 cité par Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, pp. 33-34.

²¹³⁹ IGAS, *op. cit.*, pp. 234-235.

²¹⁴⁰ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, pp. 33-34.

²¹⁴¹ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 143 ; Les représentants des usagers sont alors « réduit à un rôle administratif en charge de valider les lettres de réponse établies sur la base du rapport du médiateur, sans avoir les moyens d'accéder au concret des questions abordées ».

le service qualité sont nécessaires ; le représentant d'utilisateur y est également pour beaucoup²¹⁴². Pour développer le rôle des commissions dans le traitement des plaintes, il faut alors donner plus de visibilité aux représentants des usagers au sein des établissements²¹⁴³, informer les usagers de l'existence de représentants mais aussi de la possibilité d'adresser une réclamation à la direction ou à un membre de l'administration²¹⁴⁴. Ces recommandations générales s'appliquent particulièrement au domaine de la reproduction : des affiches devraient rappeler dans les centres d'IVG qu'il s'agit d'un droit des femmes et qu'elles peuvent s'exprimer quant à leur expérience auprès des représentants ou de la direction.

530. La gestion des plaintes et des événements indésirables (EI) est en effet un moment important pour permettre d'améliorer les pratiques et c'est pourquoi, il est important de s'y intéresser. Des temps d'échange entre les représentants d'utilisateur et les professionnels sur les événements indésirables reportés pourraient opportunément être organisés : ainsi, « l'ordre du jour de la [commission] devra comprendre systématiquement la présentation et l'analyse d'un ou plusieurs EI graves et de deux ou trois cas relatifs au même type d'EI considéré comme fréquent dans l'établissement »²¹⁴⁵. L'implication des représentants des usagers sur ces questions permet d'adopter « un regard qualitatif en optant pour le point de vue de l'utilisateur » et « de créer les conditions d'une collaboration et d'une reconnaissance mutuelle entre usagers et professionnels »²¹⁴⁶. D'autre part, il semble indispensable de « renforcer la fonction de médiation dans la gestion des plaintes »²¹⁴⁷. En effet, actuellement, la médiation souffre de différents problèmes²¹⁴⁸ : d'une position ambiguë car les médiateurs sont des professionnels de l'établissement, parfois encore en exercice, d'un manque de collégialité, du caractère artificiel de la délimitation entre les plaintes médicales et non médicales²¹⁴⁹, d'une insuffisance de recours²¹⁵⁰. Il est alors proposé « de mettre en place une cellule de médiation qui serait composée d'un médecin, d'un professionnel paramédical ou administratif, d'un représentant des

²¹⁴²*Ibidem* : « les modalités favorables de collaboration au sein de la CRUQPC sont très souvent liées à la présence de RU d'une part, bien documentés et formés et disposant des compétences qui leur permettent de dialoguer avec les professionnels avec une certaine aisance. D'autre part, ces représentants connaissent très bien leur établissement, notamment grâce à des visites fréquentes qui leur permettent de rencontrer usagers et professionnels ».

²¹⁴³Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 146 : Il est ainsi constaté qu'il y a « une connaissance limitée de la commission, de son rôle, de son fonctionnement, et surtout une méconnaissance de la présence de représentant des usagers au sein des établissements par les usagers eux-mêmes ».

²¹⁴⁴*Ibidem* : Le rapport Compagnon souligne que « les réticences existent encore fortement au sein des établissements de santé sur le seul fait de permettre aux usagers de l'établissement de formuler des réclamations ».

²¹⁴⁵ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 34.

²¹⁴⁶ *Ibidem*.

²¹⁴⁷ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 35.

²¹⁴⁸ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, pp. 35-36.

²¹⁴⁹ L'article R. 1112-92 du Code de la santé publique dispose que « le médiateur médecin est compétent pour connaître des plaintes ou réclamations qui mettent exclusivement en cause l'organisation des soins et le fonctionnement médical du service tandis que le médiateur non médecin est compétent pour connaître des plaintes ou réclamations étrangères à ces questions. Si une plainte ou réclamation intéresse les deux médiateurs, ils sont simultanément saisis ». Toutefois, Claire Compagnon constate que souvent ce n'est que le médiateur médical qui est saisi, cf. Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, pp. 148-149.

²¹⁵⁰ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 149 : Il y a en fait très peu de recours effectif à la médiation ; « la synthèse des rapports CRUQPC de 2010 démontre que la possibilité offerte aux usagers de saisir le médiateur est rarement utilisée, avec en moyenne deux saisines du médiateur médical par an et par établissement ».

usagers (...). La présence des représentants des usagers (...) permettra un accompagnement à la prise de parole du plaignant, l'assurance qu'il est totalement écouté, une reformulation des préoccupations de la personne qui se plaint. Cette présence aura également pour objectif de suivre dans le temps les suites de cette médiation. Enfin le représentant des usagers en portant un point de vue complémentaire pourra enrichir le débat et donner une réalité à la collégialité de la médiation »²¹⁵¹.

531. Garantir l'effectivité des droits des usagers peut également passer par le renforcement de dispositifs existants. Par exemple, le Défenseur des droits assure déjà une mission de traitement des demandes relatives aux violations des droits des usagers pour l'ensemble des services publics. En outre, en plus du siège situé à Paris, l'Institution dispose d'un réseau de 397 délégués sur le territoire national métropolitain et ultramarin. Il serait alors peut-être avantageux de prendre appui sur ce réseau, « légitime et visible par tous » pour mettre en place « un espace de défense des droits commun aux établissements de santé, aux établissements médico-sociaux et à la médecine ambulatoire »²¹⁵². Il s'agirait d'instaurer un nouveau dispositif car « devant l'importance potentielle des besoins dans ces secteurs d'activité, le Défenseur des droits n'est probablement pas en situation d'assurer une telle mission à moyen constant. Par ailleurs, l'enjeu n'est pas seulement de faire respecter des droits mais (également) de participer à un changement culturel profond, cela doit donc impliquer fortement les acteurs du système c'est la raison pour laquelle, plus qu'une délégation des missions de médiation et de défense des droits, c'est probablement un appui de compétence aux acteurs locaux qu'il faut envisager »²¹⁵³. Le réseau des médiateurs « pourra être sollicité en renfort des médiateurs présents au sein des établissements de santé, à la demande du médiateur de l'établissement ou des professionnels ou des représentants des usagers de l'établissement, pour les situations les plus complexes ou les plus conflictuelles »²¹⁵⁴. Ce système compléterait la gestion en interne des plaintes et permettrait de produire un rapport annuel d'activité dégageant ainsi un état des lieux du respect des droits des usagers en santé et surtout des bonnes pratiques²¹⁵⁵. Cette solution nous paraît particulièrement opportune car elle ancre les droits des usagers, y compris lorsqu'ils sont mis en œuvre en matière de reproduction, dans une perspective plus large. En outre, le Défenseur des droits traite déjà de l'ensemble des questions liées à la discrimination et dispose d'une compétence importante, en plus de son indépendance, sur ces sujets.

532. Ces dispositifs généraux d'examen des événements indésirables, de gestion des plaintes et de défense des droits des usagers en santé bénéficient à l'ensemble des domaines d'intervention des établissements de santé, y compris la reproduction. Il convient, toutefois, dans ce domaine

²¹⁵¹ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 36.

²¹⁵² Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, pp. 56-57.

²¹⁵³ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 159.

²¹⁵⁴ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 57.

²¹⁵⁵ *Ibidem*.

particulier, de rendre également davantage légitime la parole des usagers. Pour cela, il paraît indispensable de mettre en place un climat propice à l'évaluation de l'expression de la satisfaction, notamment en matière d'IVG. Il est particulièrement important de pouvoir étudier le vécu des usagères ayant eu une IVG, soit grâce à « des fiches de déclaration d'événements indésirables liés à l'accès à l'IVG »²¹⁵⁶ ou par le biais de « questionnaires de satisfaction ». De cette manière, le vécu des usagères ainsi que des thématiques plus spécifiques, comme le traitement de la douleur pourraient être investigués²¹⁵⁷. En particulier, le fait que l'IVG peut être difficile à vivre pour les femmes est souvent mis en avant, sans pour autant que l'on dispose sur le sujet d'un « éclairage objectif et scientifique. Le vécu et la satisfaction des femmes sont peu questionnés, ce qui reflète sans doute à la fois une faible valorisation du sujet et les difficultés spécifiques de son approche »²¹⁵⁸. En plus du dispositif actuel d'information statistique sur l'IVG²¹⁵⁹, il serait envisageable de « tester périodiquement la capacité de réponse du dispositif »²¹⁶⁰, c'est-à-dire de mener directement une enquête sur place ou par téléphone pour connaître les délais de prise en charge²¹⁶¹ et de mettre en place une « enquête de satisfaction auprès des femmes ayant réalisé une IVG »²¹⁶². Ces différents instruments sont particulièrement nécessaire concernant l'IVG afin de normaliser et d'améliorer le recours à cet acte médical.

533. Le souci des usagers et du respect de leurs droits passe par la mise en place de dispositifs assurant le contrôle et le traitement des dysfonctionnements. Examen collectif des événements indésirables, gestion des plaintes, médiation regroupant professionnels et représentants des usagers, espace de défense des droits en santé, mise en place d'évaluation spécifique des services notamment d'IVG sont autant de moyens de s'assurer de l'effectivité des droits des usagers en matière de santé, notamment sexuelle et reproductive. Ces mécanismes doivent être complétés d'autres dispositifs pour que se développe une culture partagée de la qualité à destination de l'ensemble des usagers. Dans cette optique, un accompagnement pour les usagers les plus vulnérables paraît indispensable.

b. Permettre l'exercice effectif des droits par tous les usagers

534. Certains usagers du système de santé sont dans des situations, notamment de précarité économique et sociale, qui rendent difficile l'accès aux services de santé. Il est alors important d'affirmer que le souci de l'utilisateur doit être doublé du souci de tous les usagers. Trois cercles

²¹⁵⁶ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 87.

²¹⁵⁷ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 5.

²¹⁵⁸ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 44.

²¹⁵⁹ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 67 : Recommandation n°1 : « Réexaminer l'architecture du dispositif d'information statistique sur l'IVG » ; recommandation n°2 : « Organiser au niveau central la synthèse et la confrontation des données issues des récents travaux d'enquête et d'études sur la prise en charge des IVG et recommandation n°3 : « Compléter le dispositif d'information pour disposer de l'ensemble des données nécessaires au suivi et à l'orientation de la prise en charge de l'IVG ».

²¹⁶⁰ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 67.

²¹⁶¹ Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER et Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, pp. 67-68.

²¹⁶² Claire AUBIN, Danièle JOURDAIN MENNINGER, Laurent CHAMBAUD, *op. cit.*, p. 68.

d'utilisateurs peuvent être distingués : les clients qui correspondent aux usagers sans problème particulier, les publics cibles, dont les difficultés particulières font l'objet de réponses institutionnelles et les personnes très marginalisées²¹⁶³. Des mécanismes généraux peuvent être mis en œuvre pour s'assurer que les plus précaires, correspondant aux cercles des « publics cibles » et des « publics marginalisés », ne soient pas discriminés. Il convient également de penser des dispositifs plus spécifiques d'accompagnement en santé. Ces mesures s'imposent dans tous les domaines et paraissent d'autant plus importantes en matière de reproduction qu'il s'agit de garantir l'exercice d'une liberté reproductive aux individus.

535. D'un point de vue général, la condition sociale est source de discrimination, même si cela n'est pas abordé depuis longtemps de cette manière en droit. En 2013, après que la Commission nationale consultative des droits de l'homme se soit saisie de cette question, Madame la professeure Diane Roman montre, à partir de l'étude de systèmes juridiques qui connaissent des concepts juridiques opératoires pour prendre en compte les discriminations sociales, que « la discrimination fondée sur la condition sociale est certainement un outil manquant au droit français, pour mieux cerner –et prévenir– certaines formes de discriminations »²¹⁶⁴. Dans un avis du 26 septembre 2013, la CNCDH part du constat selon lequel « la reconnaissance de la discrimination en raison de la précarité sociale aurait pour objet de renforcer l'effectivité des droits économiques, sociaux et culturels, civils et politiques garants du respect de l'égalité digne de tous les êtres humains »²¹⁶⁵. Dans cette perspective, « la CNCDH recommande [à l'unanimité] d'insérer, dans l'article 225-1 du code pénal et dans la loi n° 2998-496 du 27 mai 2008, le critère de discrimination au motif de la "précarité sociale" »²¹⁶⁶. Cela aurait « pour mérite de reconnaître le préjudice subi par les personnes en situation de précarité sociale, et de faire comprendre aux discriminants que leur comportement ou discours ne sauraient être tolérés dans un État de droit. Ce critère permettrait de faire prendre conscience à l'ensemble de la société de la gravité de certains comportements qui stigmatisent et aboutissent à discriminer les personnes pauvres »²¹⁶⁷. À la suite de ces prises de position une proposition de loi a été déposée devant l'Assemblée Nationale et est en cours de discussion : suivant l'avis de la CNCDH, « la proposition de loi visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale » fait de la précarité sociale un nouveau critère de discrimination parmi ceux de l'article 225-1 du code pénal, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. D'autres questions se poseront par la suite : en effet,

²¹⁶³ IGAS, *Les institutions sociales face aux usagers*, rapport annuel 2001, pp. 227-228.

²¹⁶⁴ Diane ROMAN, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911.

²¹⁶⁵ CNCDH, *Avis sur les discriminations fondées sur la précarité sociale*, Assemblée plénière du 26 septembre 2013, §4, p. 2.

²¹⁶⁶ CNCDH, *op. cit.*, §21, p. 6.

²¹⁶⁷ CNCDH, *op. cit.*, §21, pp. 6-7.

« l'introduction d'un nouveau critère de discrimination laisse entière la question de son effectivité, dans la mesure où les personnes en situation de précarité sont souvent celles qui vont le moins réclamer l'application de leurs droits »²¹⁶⁸. En particulier, les personnes en situation de précarité ont parfois du mal à solliciter leurs droits et à introduire des recours en cas de violation de ceux-ci²¹⁶⁹. L'adoption définitive du texte faisant de la précarité sociale un nouveau critère de discrimination permettra par la suite de juger de son efficacité. Ce nouveau dispositif paraît toutefois opportun et vient compléter les dispositions spéciales qui existent déjà en matière de santé. En effet, le domaine de l'accès aux soins est familier des difficultés que connaissent les usagers précaires, qui ne recourent pas aux droits sociaux et/ou aux soins mais qui essuient également de la part des professionnels de santé des refus de soins. Les refus de soins sont les principales manifestations des discriminations basées sur la pauvreté qui existent dans le domaine de la santé et font l'objet d'un encadrement juridique particulier.

536. Les refus de soins notamment à l'encontre des personnes bénéficiant de la couverture maladie universelle ou de l'aide médicale de l'État sont relativement bien documentés²¹⁷⁰. Après que la HALDE ait relevé le caractère discriminatoire de ces pratiques²¹⁷¹, l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique a été modifié en 2009²¹⁷² pour intégrer le fait que le refus de soins « au motif qu'[une personne] est bénéficiaire de la protection complémentaire ou du droit à l'aide prévus aux articles L. 861-1 et L. 863-1 du Code de la sécurité sociale, ou du droit à l'aide prévue à l'article L. 251-1 du Code de l'Action Sociale et des Familles » est discriminatoire. La personne victime d'une discrimination à raison de la CMU complémentaire ou de l'AME pourrait alors faire sanctionner le professionnel. Madame la professeure Diane Roman souligne que « la disposition est toutefois théorique car, non seulement peu de plaintes sont déposées, mais, de surcroît, les difficultés de fournir la preuve de la discrimination sont avérées »²¹⁷³. Une proposition de loi avait été déposée en 2013 au Sénat et visait à rendre possible le *testing* afin de prouver le refus de soins²¹⁷⁴. Ce n'est pourtant que le projet de loi de modernisation de notre système de santé qui est sur le point d'introduire cette possibilité. Il serait en effet rajoutée aux compétences du

²¹⁶⁸ CNCDH, *op. cit.*, §24, p. 7.

²¹⁶⁹ CNCDH, *op. cit.*, §7, p. 3 ; voir not. Droits d'Urgence, « Le non recours des personnes en situation d'exclusion et la discrimination fondée sur la condition sociale », Audition devant les membres de la CNCDH, 3 septembre 2013 : « les associations de terrain font ce même constat de non-recours, avec une double difficulté pour les personnes en situation de précarité, d'une part, à solliciter l'application de leurs droits et, d'autre part, à mobiliser les voies de recours face aux dénis de droit ».

²¹⁷⁰ Voir not. Fonds CMU, *Quatrième rapport, Evaluation de la loi CMU*, juillet 2009 ; Caroline DESPRES, Stéphanie GUILLAUME et Pierre-Emmanuel COURALET, *Le refus de soins à l'égard des bénéficiaires de la CMU complémentaire à Paris : une étude par testing auprès d'un échantillon représentatif de médecins (omnipraticiens, gynécologues, ophtalmologues, radiologues) et de dentistes parisiens*, IRDES, juillet 2009 ; DEFENSEUR DES DROITS, *Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME*, mars 2014.

²¹⁷¹ HALDE, Délibérations n° 2006-232, 6 nov. 2006 et n° 2007-40, 5 mars 2007.

²¹⁷² Modification apportée par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, dite HPST.

²¹⁷³ Diane ROMAN, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911, citant Anne LAUDE (dir.), *Le refus de soins opposé au malade*, Institut Droit et Santé, p. 42.

²¹⁷⁴ Texte n° 352 (2012-2013), déposé au Sénat le 13 février 2013 par la sénatrice Aline Archimbaud.

conseil national l'évaluation du « respect du principe de non-discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins, énoncé à l'article L. 1110-3, par les membres de l'ordre, notamment en réalisant ou faisant réaliser des tests permettant de mesurer l'importance et la nature des pratiques de refus de soins »²¹⁷⁵.

537. Les difficultés d'accès aux soins existent également dans le domaine reproductif. Si l'on prend l'exemple des femmes étrangères souhaitant avoir recours à une IVG, il y a un décalage important entre un cadre législatif volontariste et les obstacles pratiques qui empêchent parfois la réalisation de celle-ci. Théoriquement, les femmes étrangères peuvent avoir recours à une IVG, y compris lorsqu'elles ne disposent pas de titre de séjour. Dans ce cas, elles doivent toutefois justifier d'une présence en France depuis plus de trois mois pour obtenir l'ouverture de leurs droits à l'AME. Pour les personnes bénéficiaires de l'AME ou de la CMU complémentaire, l'IVG est prise en charge à 100% sans avance des frais. En plus de ces dispositifs, la notion de « soins urgents » a été créée par la loi n°2003-1312 du 30 novembre 2003 : il s'agit de soins « dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître »²¹⁷⁶. La circulaire n°141 du 16 mars 2005 précise que sont « prises en charge les interruptions de grossesse pour motif médical ainsi que les IVG, les conditions de délai régissant l'accès à ces actes donnant un fondement légal à l'urgence de l'intervention »²¹⁷⁷. Pourtant, « en dépit de cette circulaire, certains hôpitaux ne prennent pas en charge les femmes étrangères »²¹⁷⁸. Une application de ces dispositions paraît indispensable pour que l'accès à l'IVG ne soit pas que virtuel²¹⁷⁹.

538. En plus des difficultés d'accès aux soins et aux actes médicaux correspondant aux droits reproductifs, les personnes en situation de précarité sociale ne sont pas toujours dans des conditions leur permettant d'exercer les droits associés au statut d'utilisateur du système de santé. Dans cette optique, il conviendrait de « permettre aux plus vulnérables de s'impliquer dans les mécanismes de participation au système de santé et garantir ainsi l'effectivité de leurs droits »²¹⁸⁰. Les personnes considérées, par le rapport rédigé par Madame Claire Compagnon, « comme les plus vulnérables sont les personnes très âgées, voire atteinte de démence, les enfants, les personnes malades psychiques, les personnes en situation de handicap, et enfin les personnes en situation de grande précarité, certaines cumulant plusieurs situations »²¹⁸¹. Pour

²¹⁷⁵ Projet de loi de modernisation de notre système de santé, Article 19, insérant cette phrase après la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 4122-1 du Code de la santé publique.

²¹⁷⁶ Article L. 254-1 du Code de la santé publique.

²¹⁷⁷ Circulaire DHOS/DSS/DGAS n°141 du 16 mars 2005 relative à la prise en charge des soins urgents délivrés à des étrangers résidant en France de manière irrégulière et non bénéficiaires de l'Aide Médicale de l'État.

²¹⁷⁸ Danielle BOUSQUET et Françoise LAURANT, *op. cit.*, p. 77.

²¹⁷⁹ *Ibidem*, recommandation n°24 : il est recommandé de « contrôler l'application de la circulaire DHOS/DSS/DGAS n°141 du 16 mars 2005 demandant la prise en charge des soins urgents des étrangers résidant en France de manière irrégulière et non bénéficiaires de l'Aide Médicale de l'État et donner ainsi accès à l'IVG à toutes les femmes étrangères séjournant en France ».

²¹⁸⁰ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, pp. 59 et s.

²¹⁸¹ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 59.

d'autres, la vulnérabilité²¹⁸² renvoie à la situation de personnes « qui, dans une situation pathologique ou hors norme, ne sont de fait pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés »²¹⁸³. Les deux définitions convergent, même s'il nous semble très peu opportun de parler de situation pathologique ou hors norme, tant elles sont finalement communes en dépit de leur diversité. Pour que les usagers vulnérables puissent aussi exercer notamment leurs droits collectifs et partager avec les professionnels leur savoir expérientiel, un dispositif d'accompagnement sous forme d'un binôme entre un usager et un passeur, médiateur ou pair²¹⁸⁴ pourrait être mis en place. Plus précisément, il s'agirait de « développer la fonction de médiation culturelle et l'interprétariat dans les établissements de santé, la financer et la professionnaliser » et d'« étendre et [de] pérenniser la présence des médiateurs de santé-pairs au niveau national, dans tous les services de santé mentale volontaire »²¹⁸⁵. Des dispositifs spécifiques d'accompagnement avec des tiers, favorisant la prise de parole ou assurant la traduction, permet d'assurer l'effectivité des droits des usagers y compris de ceux en situation de précarité sociale ou vulnérables. Ce souci de tous les usagers passe également par le traitement systématique de toutes les plaintes afin de contribuer à l'amélioration de la qualité du système de santé. Ces problématiques générales prennent une dimension particulière en matière de reproduction, notamment concernant l'IVG, droit reproductif pour lequel l'existence d'un délai restreint implique une prise en charge rapide.

539. Le respect des usagers et de l'ensemble de leurs droits, droits reproductifs et droits des usagers, passe également par une évolution de la formation des professionnels de santé avec une participation accrue des représentants des usagers, eux aussi formés. En assurant de la sorte l'effectivité des droits individuels et collectifs des usagers, une modification de la perception des questions reproductives par les usagers et les professionnels pourrait intervenir. Afin d'approfondir ce mouvement en faveur des droits reproductifs, il convient également d'affirmer que ce domaine est spécifique au sein du système de santé et justifie la mise en place d'un régime de prise en charge étendue par la collectivité à la fois des actes médicaux correspondant aux droits reproductifs et des accidents médicaux sans faute qui pourraient découler de leur mise en œuvre.

²¹⁸² Voir également Frédéric COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit*, PUG, 2000 ; Frédéric ROUVIERE (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruylant, 2011 ; Diane ROMAN, « L'usager vulnérable », *RFDA*, 2013, p. 486.

²¹⁸³ Xavier LAGARDE, *Avant-propos. Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude Cour de cassation, 2009 : « Entrent ainsi dans cette catégorie : les incapables majeurs qui, affectés d'un déficit intellectuel ou mental ne peuvent contracter au mieux de leurs intérêts ; les adultes malades ou vieillissant (...) ; les personnes dont les ressources sont insuffisantes au point qu'elles ne peuvent accéder à la justice » cité par Diane ROMAN, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911.

²¹⁸⁴ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, pp. 62-63.

²¹⁸⁵ Claire COMPAGNON et Véronique GHADI, *op. cit.*, p. 64.

§II. Socialiser les « risques liés à la fertilité »

540. La prise en charge par la collectivité des risques liés à la fertilité, au titre de la solidarité nationale, répond à des exigences de santé publique et s'inscrit également dans une optique de revalorisation du régime juridique des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction afin que ce régime témoigne du fait que ces actes mettent en œuvre des droits subjectifs des individus en matière de reproduction. En effet, les actes médicaux non thérapeutiques ne bénéficient pas, en règle générale, d'une prise en charge importante, en l'absence de nécessité médicale et échappent au régime d'indemnisation mis en place par la loi du 4 mars 2002. Il s'agit pour les actes médicaux en matière de reproduction, bien que non thérapeutiques, d'affirmer que leur adossement à des droits reproductifs en font des actes médicaux singuliers dont la prise en charge financière, tant au niveau de l'accès aux actes que de l'indemnisation en cas d'accident médical sans faute, doit nécessairement se faire au titre de la solidarité nationale. En outre, cela permet de faire de l'ensemble des actes médicaux qui contribuent à la réalisation d'un projet parental ou en absence de celui-ci, d'éviter une naissance, une question relevant de la sphère publique. Les questions reproductives, traditionnellement ancrées dans la sphère privée, jouissent d'une faible valorisation au sein de la société et pourrait, au contraire, être intégrées au domaine d'action de l'État-providence. L'État interviendrait non pas pour contrôler les comportements individuels dans une optique démographique, mais, au contraire, garantirait à chacun, une liberté accrue dans ce domaine.

Ainsi, la socialisation des risques liés à la fertilité -qui offrirait davantage de légitimité aux actes médicaux reproductifs- devrait passer par deux principaux leviers. D'une part, il s'agit de permettre un accès aux actes médicaux à travers une prise en charge étendue de leur réalisation par la sécurité sociale. Cela peut se faire en amont, de manière complète et anonyme, avec la gratuité ou en aval, par le biais du remboursement. Dans tous les cas, la prise en charge financière de ces actes médicaux non thérapeutiques est indispensable et doit être cohérente afin de permettre un choix, indépendant de cette variable (A). D'autre part, dans la mesure où ces actes sont réalisés au sein des établissements de santé et font l'objet d'une réalisation médicalisée, les conséquences des accidents médicaux non fautifs doivent être prises en charge au titre de la solidarité nationale (B).

A. Une prise en charge financière par la collectivité des actes médicaux reproductifs

541. La question de la prise en charge financière par la collectivité de la réalisation des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction est centrale pour conforter la notion de droits reproductifs. En l'état actuel, certains actes font déjà l'objet d'une prise en charge étendue, singulière au regard des autres actes médicaux. Toutefois, le régime n'est pas entièrement cohérent et il reste des différences difficilement justifiables entre un acte médical ou produit contraceptif et un autre. Afin de favoriser le choix des individus lorsqu'il existe

différentes alternatives, il est nécessaire de proposer un régime où la question du coût pour l'utilisateur est indifférente.

542. La prise en charge financière des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction revêt une dimension politique, en ce qu'elle témoigne de l'acceptabilité des pratiques. Madame Dominique Memmi, sociologue, explique ainsi que, « par son caractère purement incitatif, apparemment non autoritaire, en même temps que par les valeurs sur lesquelles il s'appuie, cet édifice constitué par les taux de remboursement ressemble fort à la direction des conduites par le discours. Il constitue une pédagogie des excès similaire : tout aussi volontariste et en même temps officiellement tout aussi peu contraignante. On peut en effet lire la carte des remboursements des dépenses de santé par la Sécurité sociale comme porteuse d'une géographie des usages légitimes du corps »²¹⁸⁶. Si l'on veut dessiner la carte des remboursements en matière de reproduction, il apparaît que le taux est plus qu'ailleurs à 100% : pour la maternité d'abord, pour les techniques de PMA ensuite, pour l'IVG pour toutes et enfin, pour la contraception orale pour les mineures. Cette prise en charge par la collectivité de la contraception, de l'IVG et des méthodes de PMA tranche avec le mouvement général de déremboursement des prestations de santé. Ce régime singulier témoigne du fait qu'il s'agit d'actes médicaux spécifiques, sans finalité thérapeutique et pourtant remboursés car ils mettent en œuvre les droits reproductifs.

543. Le remboursement de la contraception et de l'interruption volontaire de grossesse est remarquable au sein des prestations de santé. En effet, alors qu'il y a actuellement un mouvement général de déremboursement des soins par la sécurité sociale, la contraception et l'interruption volontaire de grossesse ont fait l'objet depuis 2012 de différentes mesures visant à accroître leur prise en charge. En particulier, la LFSS pour 2013 a renforcé les droits des femmes en matière de reproduction²¹⁸⁷ : l'IVG est depuis le 31 mars 2013²¹⁸⁸ remboursée à 100% pour toutes les assurées sociales²¹⁸⁹ et pour les mineures, la gratuité et le secret de la contraception sont mis en place²¹⁹⁰. Auparavant, il existait, en matière d'IVG, des disparités selon l'âge des femmes et le lieu de prise en charge : l'IVG des assurées mineures était prise en charge à 100%, tandis que pour les majeures, la prise en charge était de 70 % en soins de ville ou de 80 % en établissement de santé. Ce remboursement total de l'IVG intervient vingt ans après la prise en

²¹⁸⁶ Dominique MEMMI, *op. cit.*, p. 75.

²¹⁸⁷ Voir not. Marie MESNIL, « LFSS 2013, panorama des choix effectués », *Les Tribunes de la santé* 4/2012, n° 37, pp. 13-20.

²¹⁸⁸ Décret n° 2013-248 du 25 mars 2013 relatif à la participation des assurés prévue à l'article L. 322-3 du code de la sécurité sociale ; arrêté du 26 mars 2013 pris par le ministre de l'économie et des finances et la ministre des affaires sociales et de la santé modifiant l'arrêté du 23 juillet 2004 modifié relatif aux forfaits afférents à l'interruption volontaire de grossesse.

²¹⁸⁹ Loi n°2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, Article 50.

²¹⁹⁰ Loi n°2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, Article 52.

charge par la sécurité sociale des frais d'avortement, par la loi de 1982 dite loi Roudy²¹⁹¹. Dès 1974, les actes d'IVG ont fait l'objet d'une tarification pour éviter les dérives mercantiles²¹⁹². En 2012, la prise en charge à 100% intervient dans un contexte de revalorisation du forfait hospitalier des actes d'IVG. En effet, l'IVG était une pratique déficitaire pour les établissements de santé. La revalorisation de la tarification aurait entraîné une hausse du reste à charge si elle n'avait pas été accompagnée d'une prise en charge à 100%. Cette mesure apparaît alors particulièrement importante autant pour les femmes que pour la revalorisation, plus générale, de l'IVG.

544. Concernant la contraception, la prise en charge par la collectivité est très hétérogène selon les moyens contraceptifs considérés. Ainsi, les pilules contraceptives de première et de deuxième générations sont remboursées à 65% du tarif conventionnel par la sécurité sociale. Le stérilet est pris en charge au même taux tandis que les préservatifs sont en vente libre, non remboursés, mais peuvent être distribués gratuitement. La LFSS pour 2013 a prévu un régime plus protecteur pour les mineures, leur assurant une contraception gratuite et secrète. Par ailleurs au niveau local, des initiatives existent afin de s'assurer que l'ensemble des examens notamment sanguins et des consultations liées à la contraception soit également pris en charge à 100%. Tel est notamment le cas du pass' contraception mis en place par la région Poitou-Charentes²¹⁹³. Au-delà de la question financière, il s'agit d'abord d'assurer la confidentialité et le secret de ces consultations. Les procédures de remboursement qui se font sur le compte de l'assuré social principal, à savoir le parent dont les enfants sont ayants-droits, ne permet pas de garder secrète l'existence de ces consultations, au contraire de la gratuité.

545. Le remboursement accru voire la gratuité caractérisent la contraception et l'avortement tandis que les techniques de PMA sont prises en charge à 100%. Toutefois, il n'existe pas de cohérence, juridique ou pratique, dans l'actuel régime de prise en charge des actes médicaux en matière de reproduction. L'exemple de la contraception est particulièrement frappant : la gratuité et le secret pour les mineures ne concernent que la contraception orale tandis que les majeures doivent choisir entre différents produits contraceptifs aux taux de prise en charge variés. Les enjeux liés au remboursement sont nombreux et ce dernier est un bon indicateur du niveau d'accès réel : ainsi, « un recours libéralisé mais dont les frais ne sont pas pris en charge

²¹⁹¹ Loi no 83-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure ; Isabelle ENGELI, *Les politiques de la reproduction. Les politiques d'avortement et de procréation médicalement assistée en France et en Suisse*, L'Harmattan, 2010, p. 113 : « Si certains commentateurs sur le débat relèvent l'affirmation d'un droit des femmes à l'avortement durant le débat parlementaire de 1982, ce fut surtout au nom de la justice sociale que le remboursement fut défendu ».

²¹⁹² Isabelle ENGELI, *op. cit.*, p.92.

²¹⁹³ François BOURDILLON et Marie MESNIL (dir.), *Mieux prendre en compte la santé des femmes*, Éditions de Santé et Presses de Sciences Po, Collection « Séminaires », 2013, pp. 41-42 et Nathalie LANZI, *Comment aider les lycéens dans l'information à la sexualité : l'exemple du Pass'contraception*, pp. 95-98 in François BOURDILLON et Marie MESNIL (dir.), *Mieux prendre en compte la santé des femmes*, Éditions de Santé et Presses de Sciences Po, Collection « Séminaires », 2013.

limite son accès dans les faits, en pénalisant les femmes issues des milieux défavorisés ou manquant d'autonomie financière »²¹⁹⁴. Ces propos concernent d'abord les techniques de PMA mais sont transposables aux moyens de contraception. Dans notre volonté de permettre aux personnes de choisir librement le moyen de contraception qui leur convient le mieux, un taux de remboursement élevé et unique doit être mis en place pour l'ensemble des produits disponibles. Comme le souligne Madame la professeure Anne Laude, l'obligation d'information à la charge des professionnels de santé porte également sur le coût de l'acte médical et les conditions de remboursement, toutefois « il serait regrettable que, bien informé sur l'alternative thérapeutique, le coût du traitement et les conditions de remboursement des actes envisagés, le patient soit amené à exercer son choix en fonction du taux de remboursement de l'acte effectué notamment par sa complémentaire santé »²¹⁹⁵.

546. Par ailleurs, les différences de remboursement affectent particulièrement les personnes dont la situation économique et sociale est basse. Il a par exemple été montré que « les différences sociales enregistrées en 2010 traduisent les difficultés que rencontrent certaines femmes à s'engager dans une démarche contraceptive, notamment celles qui connaissent une situation financière difficile »²¹⁹⁶. En particulier, « le choix de la méthode de contraception est lié à la position sociale des femmes ainsi qu'aux logiques médicales et financières qui régissent le champ de la contraception »²¹⁹⁷ : « les catégories sociales les plus précaires ont de fait une couverture contraceptive moins efficace aujourd'hui en raison d'un moindre recours à la pilule et d'une plus grande utilisation de méthodes dites naturelles »²¹⁹⁸. Nous souscrivons pleinement à leur analyse qui consiste à dire que « l'enjeu de la gratuité de l'accès aux méthodes de contraception, un des freins de l'accès aux méthodes les plus efficaces, est donc plus que jamais d'actualité »²¹⁹⁹ et c'est pourquoi nous proposons de mettre en place une prise en charge à 100% pour l'ensemble des moyens de contraception, y compris les techniques définitives, de stérilisation. Cette mesure, particulièrement emblématique, viendrait poursuivre le mouvement amorcé dès 2012 et trouverait sa place au sein d'une LFSS. De la sorte, les actes médicaux correspondant aux droits reproductifs, à savoir l'IVG, la contraception, la stérilisation et les techniques de PMA seraient prises en charge à 100% par la solidarité nationale. Ce remboursement accru des techniques contraceptives pourrait d'ailleurs trouver des relais tant du côté des défenseurs des droits des femmes que du côté de ceux pour qui l'avortement ne devrait être qu'un dernier recours : en effet, au regard du rôle incitatif joué par le

²¹⁹⁴ Isabelle ENGELI, *op. cit.*, p. 37 « Du côté des nouvelles technologies de reproduction, les traitements sont coûteux. S'ils sont seuls à en assumer les frais, les individus à faible capacité financière ne peuvent que difficilement accéder à ces techniques. En outre, une tarification des actes permet de limiter les risques d'abus en garantissant des prix similaires, particulièrement dans le cas d'actes qui ne sont pas remboursés par l'assurance maladie ».

²¹⁹⁵ Anne LAUDE, « Le droit à l'information du malade », *Les tribunes de la santé*, n°9, 2005, pp. 43-51.

²¹⁹⁶ Nathalie BAJOS, Aline BOHET, Mireille LE GUEN, Caroline MOREAU et l'équipe de l'enquête FECOND, *op. cit.*, p. 4.

²¹⁹⁷ *Ibidem*.

²¹⁹⁸ *Ibid.*

²¹⁹⁹ *Ibid.*

remboursement, il est paradoxal que la contraception soit moins bien prise en charge que l'IVG pour les personnes majeures.

547. Le remboursement à 100% des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction serait un élément saillant de leur régime juridique, témoignant du fait qu'ils mettent en œuvre des droits reproductifs. Le renforcement du régime juridique de ces actes médicaux contribue à consolider au sein du droit positif, la notion de droits reproductifs. Libéraliser l'accès aux actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction passe par un remboursement à 100% de ces actes. Cette prise en charge par la solidarité nationale est importante en ce qu'elle témoigne de la place singulière de ces actes médicaux et doit également s'accompagner d'une indemnisation des conséquences des accidents médicaux non fautifs qui surviendraient dans le cadre de leur mise en œuvre.

B. Une indemnisation par la solidarité nationale des accidents médicaux non fautifs

548. Bien que ces actes médicaux ne soient pas thérapeutiques, il paraît paradoxal de les exclure du mécanisme de réparation mis en place par la loi du 4 mars 2002 afin de prendre en charge au titre de la solidarité nationale les conséquences dommageables des accidents médicaux non fautifs. Cela nous semble paradoxal pour deux raisons : d'une part, il s'agit d'actes médicaux singuliers car ils mettent en œuvre des droits reproductifs et d'autre part, ils sont encadrés par le Code de la santé publique et réalisés au sein des établissements de santé.

Ce dernier argument avait d'ailleurs été utilisé par la Cour de cassation afin de faire rentrer les actes de chirurgie esthétique au sein du régime d'indemnisation des accidents médicaux²²⁰⁰. La première chambre civile de la Cour de cassation avait ainsi jugé le 5 février 2014 que « les actes de chirurgie esthétique, quand ils sont réalisés dans les conditions prévues aux articles L. 6322-1 et L. 6322-2 du Code de la santé publique, ainsi que les actes médicaux qui leur sont préparatoires, constituent des actes de soins au sens de l'article L. 1142-1 du même code »²²⁰¹. Selon plusieurs auteurs, la qualification des actes de chirurgie esthétique comme des actes de soins révèle une conception étendue de la notion, qui semble alors pouvoir également inclure l'accouchement par voie basse et les actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction²²⁰². Le critère dégagé par la Haute juridiction est organique, c'est-à-dire formel, et inclurait alors « tous les actes à finalité non thérapeutique pris en charge par le système de santé »²²⁰³ ou pour le dire autrement « tout acte médicalisé devrait relever de l'acte de soins au

²²⁰⁰ Article L. 1142-1 du Code de la santé publique.

²²⁰¹ Cass., 1^{ère} Civ., 5 fév. 2014, n°12-29140, D. 2014, 697, note S. Porchy-Simon.

²²⁰² Patrice JOURDAIN, « Les actes de chirurgie esthétique sont des "actes de soins" », *RTD civ.*, 2014, p. 394 : « La question ne se pose pas seulement pour la chirurgie esthétique, mais aussi pour divers actes médicaux de convenance personnelle ou de confort tels que la chirurgie réfractive de l'œil (laser corrigeant la myopie), la stérilisation chirurgicale, la circoncision rituelle, la chirurgie du transsexualisme, la chirurgie de l'obésité ou encore l'avortement ; autant d'actes médicaux qui n'ont apparemment pas de visée thérapeutique ».

²²⁰³ Mireille BACACHE, « Les actes de chirurgie esthétique constituent des actes de soins et relèvent de la compétence de l'ONIAM », note sous Cass., 1^{ère} Civ., 5 février 2014, n° 12-29140, *JDSAM*, n°2014-2, p. 72.

sens de la loi »²²⁰⁴. Cette extension du domaine de la solidarité nationale est bien accueillie par la majorité de la doctrine²²⁰⁵. Ainsi, pour Madame la professeure Stéphanie Porchy-Simon, « l'un des apports essentiels de la loi du 4 mars 2002 est, en effet, d'avoir admis une indemnisation de l'accident médical liée, sous certaines conditions, à la réalisation non fautive d'un risque de l'acte. Il nous semble, dans cette optique, que tout patient pris en charge par un établissement ou un professionnel de santé, et qui est la victime d'un dommage dont les conditions d'application correspondent à l'article L. 1142-1, II, du CSP, doit pouvoir être pris en charge par la solidarité nationale dès l'instant où l'acte est lié au fonctionnement du système de santé »²²⁰⁶. Elle explique que « l'ONIAM est, en effet, au service de la solidarité nationale et ne nous apparaît pas légitime à définir unilatéralement, et en l'espèce de manière infondée, les limites de cette dernière »²²⁰⁷.

Avant même de pouvoir être appliquée à d'autres actes médicaux non thérapeutiques ou à l'accouchement par voie basse, l'extension prétorienne du dispositif de prise en charge des accidents médicaux au titre de la solidarité nationale pour les actes de chirurgie esthétique a été remise en cause. En effet, à l'occasion de l'adoption de la LFSS pour 2015, le législateur a fait préciser que « le dispositif de réparation des préjudices subis par les patients au titre de la solidarité nationale mentionné au II de l'article L. 1142-1 et aux articles L. 1142-1-1 et L. 1142-15 n'est pas applicable aux demandes d'indemnisation de dommages imputables à des actes dépourvus de finalité préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice, y compris dans leur phase préparatoire ou de suivi »²²⁰⁸. Pour reprendre le titre d'un article de Madame la professeure Sophie Hocquet-Berg, « la solidarité nationale [est ainsi] réduite à peau de chagrin »²²⁰⁹. En outre, il convient de se demander si ce nouvel article L. 1142-3-1 I. du Code de la santé publique s'applique aux actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction. Pour Madame la professeure Sophie Hocquet-Berg, cela semble plus que probable²²¹⁰ et c'est pourquoi, elle se demande également s'il « faut (...) notamment considérer que les accidents du

²²⁰⁴ Patrice JOURDAIN, *op. cit.*

²²⁰⁵ Voir not. Pierre SARGOS, « Le centenaire jurisprudentiel de la chirurgie esthétique : permanences de fond, dissonances factuelles et prospective », *D.*, 2012, p. 2903 ; Patrice JOURDAIN, *op. cit.* ; Vincent VIOUJAS, « L'exclusion des actes de chirurgie esthétique du dispositif de réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale », *D.*, 2014, p. 2535 ; comp. Christine CORMIER, « La chirurgie esthétique », *RDSS*, 2002, p. 724 : « La précision des contours juridiques du contrat de chirurgie esthétique doit logiquement avoir pour conséquence d'exclure du champ d'application du nouveau régime législatif d'indemnisation de l'aléa thérapeutique le patient devenu, tout particulièrement en matière de chirurgie esthétique, un véritable consommateur ».

²²⁰⁶ Stéphanie PORCHY-SIMON, « Inclusion des actes préparatoires et des actes de chirurgie esthétique dans le champ de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique », *D.*, 2014, p. 697.

²²⁰⁷ *Ibidem* ; Elle poursuit alors sur le fait qu'« il est donc heureux que la Cour de cassation ait mis fin à une interprétation contestable de la loi opérée par l'ONIAM, révélatrice d'une politique très critiquable de ce dernier qui, depuis sa création, n'a eu de cesse de tenter d'imposer l'application de la loi du 4 mars 2002 la plus défavorable aux victimes, semblant oublier parfois les raisons pour lesquelles il a été créé ».

²²⁰⁸ Loi n°2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement pour la sécurité sociale pour 2015, Article 70 qui introduit l'article L. 1142-3-1 I. du Code de la santé publique.

²²⁰⁹ Sophie HOCQUET-BERG, « La solidarité nationale réduite à peau de chagrin », *Responsabilité civile et assurances*, n° 2, février 2015, étude 2.

²²¹⁰ *Ibidem* : « il apparaît d'ores et déjà vraisemblable que les femmes recourant à une interruption volontaire de grossesse, les garçons faisant l'objet d'une circoncision rituelle ou encore les myopes subissant une intervention destinée à supprimer le port des lunettes seront exclus du bénéfice de la solidarité nationale ».

fait de l'anesthésie sous péridurale "de confort" de la parturiente ne relèvent pas de la solidarité nationale ? »²²¹¹. La régression des droits des victimes d'accidents médicaux non fautifs est patente, justifiée par un souci financier, comme le souligne l'étude d'impact de la loi de financement de la sécurité sociale et le fait que cette mesure ait été instiguée par l'ONIAM²²¹². La LFSS pour 2015 opère ainsi un revirement et place les actes médicaux non thérapeutiques dans la situation *ante*, c'est-à-dire qu'elle les exclut du régime d'indemnisation de l'article L. 1142-1 II du Code de la santé publique.

Pour réintégrer ces actes au sein de ce régime d'indemnisation des accidents médicaux non fautifs favorables aux victimes, il pourrait être défendu que les actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction, et spécifiquement l'IVG, la contraception et la stérilisation à visée contraceptive, ont une finalité préventive. De la sorte, lorsqu'un accident médical non fautif surviendrait lors de leur réalisation, il pourrait être indemnisé au titre de la solidarité nationale. Il semble toutefois plus délicat d'affirmer que les techniques de PMA ont une telle finalité. Actuellement pensées comme thérapeutiques, elles rentrent dans le dispositif d'indemnisation ; toutefois, nous avons démontré qu'elles ne pouvaient sérieusement être considérées comme ayant une finalité thérapeutique étant donné leur objectif réel et elles seraient alors, *de facto*, exclues du régime d'indemnisation des accidents médicaux non fautifs. Afin que l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs survenant lors de la réalisation des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction ne relève pas de l'interprétation faite par les tribunaux ou l'ONIAM de la finalité des actes, il conviendrait d'affirmer que cette catégorie d'actes ayant pour but la mise en œuvre des droits reproductifs rentre de plein droit dans ce dispositif d'indemnisation.

Ainsi, les actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction bénéficieraient d'un régime juridique unique avec en amont une prise en charge étendue et en aval, en cas d'accident médical non fautif, une réparation des conséquences dommageables au titre de la solidarité nationale. Ces dispositifs de remboursement des actes et d'indemnisation des dommages renforcent ainsi le régime des actes médicaux qui mettent en œuvre les droits reproductifs et permettent une prise en charge collective des risques liés à la fertilité et à l'infertilité. Nous pourrions par ailleurs émettre l'hypothèse que si les hommes supportent de la même manière que les femmes les aléas de leur fertilité, un système assurantiel pourrait être mis en place sur le modèle de ce qui existe pour les accidents du travail²²¹³. Nos propositions visent ainsi à inscrire les risques liés à la fertilité au cœur de l'État providence.

²²¹¹ *Ibid.*

²²¹² Laurent BLOCH, « Quand l'ONIAM guide la plume du législateur pour briser une jurisprudence... », *Responsabilité civile et assurances*, n° 11, novembre 2014, alerte 33 ; COMMISSION NATIONALE DES ACCIDENTS MEDICAUX, *Recommandation relative aux actes médicaux sans finalité thérapeutique*, 2 août 2005.

²²¹³ François EWALD, *L'État providence*, Grasset, 1986, voir not. p. 10 : « L'importance qu'avait pu avoir la question des accidents du travail s'expliquait alors : elle a été un des lieux privilégiés où l'homme moderne a pris conscience de sa nouvelle situation ontologique. Confrontés à cette expérience neuve et singulière du mal qu'est l'accident, les hommes

549. À partir de la notion de projet parental, nous proposons de promouvoir les droits des usagers du système de santé y compris lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les actes médicaux non thérapeutiques liés à la reproduction. Ainsi, l'autonomie des personnes trouve à s'exprimer de manière très concrète dans le domaine reproductif aussi bien au niveau individuel que collectif. Ce nouveau régime des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction, empreint d'autonomie, témoigne du fait qu'ils sont l'expression de la liberté reproductive des individus.

Modifier la perception que les acteurs du système de santé –professionnels, usagers, sécurité sociale, ONIAM...– ont des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction suppose des réformes importantes. Il s'agit en effet d'affirmer la légitimité de ces actes médicaux qui mettent en œuvre des droits reproductifs : pour cela, il convient de faire évoluer les cultures professionnelles, en permettant une meilleure formation initiale et continue de l'ensemble des parties prenantes et en particulier, une plus grande implication et prise en compte de la parole des usagers du système de santé. La valorisation des actes médicaux, et indirectement des droits reproductifs qu'ils mettent en œuvre, passe également par l'affirmation d'une prise en charge solidaire des coûts engendrés par ces actes et des dommages survenant à l'occasion d'accidents médicaux non fautifs.

Ces changements de perception et de pratiques doivent également susciter des modifications dans les comportements : les personnes souhaitant mettre en œuvre leurs droits reproductifs doivent pouvoir jouir des mêmes droits individuels et collectifs que tous les usagers du système de santé. Au niveau individuel, cela implique une réécriture en profondeur du régime des actes médicaux non thérapeutiques pour affirmer qu'en ce domaine, le droit à l'information recouvre des informations médicales, objectives et vise à permettre le choix éclairé des usagers. Les droits collectifs reconnus aux associations des usagers et à leurs représentants doivent également être renforcés pour être un vecteur de changement dans les comportements et perceptions en matière de reproduction. De cette manière, le régime des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction ne sera plus singulier, en marge du mouvement de reconnaissance des droits aux usagers du système de santé, mais au contraire, sera remarqué pour être à la pointe de cet élan démocratique. En effet, l'ensemble de ces propositions inspirées par le domaine reproductif peut s'appliquer à d'autres domaines de la santé. Le statut particulier de

ont dû repenser le principe de leur association, abandonner l'idée, pourtant si évidente, que la responsabilité ne peut être que la sanction d'une faute. Ils ont décidé d'un nouveau pacte social : la société n'étant qu'une vaste assurance contre les risques que provoque son propre développement, c'est en s'organisant comme une assurance qu'elle rejoindrait sa propre vérité. J'exprime cette rupture décisive par l'idée de la naissance d'une société assurantielle. L'utopie s'en forme dès le XIXe siècle ; elle commence à se réaliser au début du nôtre et s'accomplit avec la Sécurité sociale. Elle a pris le corps équivoque de l'État providence » ou encore « Pour comprendre bientôt qu'à travers cette question du risque se réfléchissait une de ces grandes expériences morales de l'Occident, où se trouve engagé l'être entier de l'homme dans les trois registres du *temps* –avenir, hasard, fortune, providence, fatalité-, de l'ordre et du désordre dans la nature, le monde et la société, de l'existence du mal, de son origine, des responsabilités qu'il implique et des combats qu'il impose ».

l'avortement et de la contraception, précurseur dans les mutations actuelles du système médical vers une « démocratie sanitaire », contribuerait fortement à la redéfinition de l'équilibre de la relation entre médecin et patient²²¹⁴. De la même manière que l'épidémie de Sida a été un catalyseur dans les relations médicales mais également dans la reconnaissance de la conjugalité des personnes de même sexe²²¹⁵, le projet parental permettrait, à travers le renforcement de l'autonomie reproductive, de favoriser des évolutions salutaires dans la société et de promouvoir l'égalité entre les sexes autant que la liberté reproductive.

En outre, cette mise en œuvre spécifique des droits des usagers dans le domaine reproductif s'inscrit complètement dans l'esprit des droits des usagers, qui peuvent connaître des déclinaisons spécifiques²²¹⁶. Le renforcement des droits des usagers en matière reproductive, y compris du droit à l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, contribue à l'affirmation des droits reproductifs : leur nouveau régime juridique construit sur l'idée de projet parental témoignerait de la liberté reproductive des individus. Toutefois, il convient également d'afficher, par exemple au fronton du code civil, l'existence juridique de la notion de droits reproductifs. Cette consécration juridique paraît d'autant plus nécessaire que les fondements aujourd'hui existant des droits reproductifs ont une faible valeur normative ou sont disparates. Une consécration supra-législative permettrait certes une meilleure protection des droits reproductifs, mais semble politiquement plus difficile à mettre en place. Toutefois, elle pourrait intervenir avec la validation, par le Conseil constitutionnel, de la constitutionnalité de l'inscription législative des droits reproductifs.

Le régime juridique que nous proposons, laboratoire de promotion des droits des usagers du système de santé, témoignerait du fait que les actes médicaux mettent en œuvre des droits reproductifs et sont pensés ensemble autour de la notion de projet parental. Toutefois, il convient de pérenniser et sécuriser les droits reproductifs à travers la consécration de fondements juridiques propres. De la sorte, le régime juridique des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction serait enfin le reflet de l'existence des droits reproductifs.

La notion de projet parental permet de proposer, en plus de ces modifications importantes apportées dans le domaine du droit de la santé, des évolutions du droit lorsqu'à la naissance d'un enfant se pose la question de la reconnaissance de la parenté principalement en droit civil et en droit social.

²²¹⁴ Maud GELLY, *op. cit.*

²²¹⁵ Concrétisé avec l'adoption de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

²²¹⁶ Voir par exemple à propos du cancer Marie-Laure MOQUET-ANGER, « Existe-t-il une mise en œuvre spécifique des droits des patients ? », *RDSS*, 2014, p. 79 : À propos du cancer, ne serait-il pas « permis d'avoir une mise en œuvre ultra législative, c'est-à-dire non pas qui irait au-delà des droits reconnus par la loi (accorder des droits qui ne seraient pas issus de la loi à certaines catégories de personnes serait tout aussi *contra legem* que la précédente hypothèse), mais qui irait au soutien des droits établis par le législateur ? ».

Chapitre II – Une construction juridique égalitaire des parents

550. Alors que la notion de projet parental est indissociable de la volonté des personnes d'accéder au statut de parent et aurait pu susciter une réflexion sur ce qui fait la parenté, au contraire, l'inscription du projet parental légitime dans le droit commun de la filiation renforce les stéréotypes de genre et les fondements différenciés à la parenté. Tout a en effet été fait pour que les projets parentaux réalisés par PMA ne perturbent pas le droit commun de la filiation et cela se traduit aujourd'hui par une résistance importante à l'égard des projets parentaux des couples de même sexe. De même, l'étude de la réception juridique du concept de la division sexuée du travail nous a permis de montrer que les stéréotypes de genre sur les fonctions parentales figées ont été mobilisés en matière de congé parental. Les dispositifs d'aides aux familles, de protection des travailleurs et de soutien à la parentalité révèlent en effet la conception qu'une société, à travers son état du droit, se fait de l'organisation familiale.

Nous proposons de modifier la manière dont les règles juridiques désignent les parents d'un enfant et reconnaissent le rôle social qu'ils doivent jouer au moment de sa naissance dans sa prise en charge à partir de l'idée de projet parental. En effet, la neutralité du projet parental à l'égard du sexe du parent permet de promouvoir aussi bien l'égalité entre les sexes que l'autonomie des personnes. Il s'agit en particulier de remettre en cause tous les stéréotypes liés à la division sexuée du travail présents lors de la naissance d'un enfant : les fondements de la parenté différenciés selon le sexe du parent véhiculent en effet une représentation figée de l'essence des pères et des mères²²¹⁷. De même, les dispositifs d'aide à la parentalité lorsqu'un enfant vient de naître ne sont pas neutres et tendent à promouvoir la fonction maternelle. Il existe une continuité entre la désignation évidente de la femme qui accouche comme étant la mère et les mécanismes qui visent à lui imposer auprès de l'enfant une place privilégiée, l'éloignant alors du marché du travail. L'essentialisation de la maternité s'exprime ainsi aussi bien dans les dispositions du droit commun de la filiation que dans celles du droit social. En d'autres termes, il s'agit de remettre en cause, à partir de la notion de projet parental, les stéréotypes de genre et la division sexuée du travail qui s'expriment aussi bien au niveau des dispositifs juridiques existant en matière de parentalité (Section I) que de ceux présents en matière de parenté (Section II).

Section I – La parentalité : concilier famille-travail

Section II – La parenté : fondements et institutions

²²¹⁷ À la maternité naturelle, fondée sur l'accouchement s'oppose une paternité, construite, choisie volontairement par n'importe quel homme, ou à défaut imposée au géniteur.

Section I – La parentalité : concilier famille-travail

551. La neutralité à l'égard du sexe du parent derrière la notion de projet parental permet de promouvoir l'engagement de celui-ci indépendamment de son sexe. La division sexuée du travail s'exprime par un retrait des femmes du marché du travail qui assurent au contraire les tâches relatives au foyer et aux enfants. À partir des années 1960, le taux d'activité des femmes augmente et « la grande majorité des femmes professionnellement actives vont devenir salariées »²²¹⁸. Les lois sur l'égalité professionnelle visent alors à assurer notamment que « des distorsions salariales trop importantes ne faussent le libre jeu de la concurrence entre les industries des différents États membres »²²¹⁹ de l'Union européenne. Seule la maternité est une différence qui justifie désormais la protection de la loi. Les femmes se retrouvent alors à la fois sur le marché du travail et à assurer le travail domestique qui était auparavant leur lot quotidien. « La conciliation travail-famille a été initialement conçue comme un levier visant à soutenir l'insertion professionnelle des femmes, dans un objectif global d'égalité. Cette notion a été déployée progressivement, par l'intermédiaire de politiques publiques variées et couvrant des enjeux liés à l'emploi, au droit du travail, à la famille, aux retraites et à la fiscalité »²²²⁰. Nous nous intéressons en particulier aux dispositifs qui existent en droit du travail et de la protection sociale en matière de parentalité, ce qui exclut de notre propos les questions liées à la retraite²²²¹ ou à la fiscalité²²²². Ces thématiques peuvent toutefois faire l'objet d'une analyse au prisme de la division sexuée du travail²²²³. Nous ne considérons pas non plus les questions liées à l'autorité parentale, qui pourraient être rattachées à la parentalité²²²⁴, dans la mesure où la coparentalité assure, au moins en droit²²²⁵, l'égalité entre les sexes et que celle-ci découle de la qualité de parent²²²⁶.

En matière de droit social, il existe des dispositifs particuliers pour que les personnes –d'abord les femmes mais également les hommes par la suite– puissent concilier leurs vies professionnelles et la réalisation de leur projet parental : ces mécanismes permettent d'une part de quitter le travail pour favoriser le volet famille (§I) et d'autre part de revenir sur le marché du travail et de ne pas rester capter par la vie familiale (§II).

²²¹⁸ Claude ZAIDMAN, *op. cit.*, p. 148.

²²¹⁹ Christine JONCKHEERE et Florence GERARD, « Les femmes au travail dans la Communauté européenne : cinquante questions, cinquante réponses », supplément n°15 à *Femmes d'Europe*, cité par Claude ZAIDMAN, *op. cit.*, p. 149.

²²²⁰ Sonia BAUDRY et Stéphanie FILLION, « La conciliation vie professionnelle/vie privée : quels outils pour les politiques publiques ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2/ 2014, n° 15, pp. 245-250.

²²²¹ Voir §§. 353, 378 et 390.

²²²² Voir § 379.

²²²³ Voir introduction, §. 32-34.

²²²⁴ Voir en ce sens not. Dominique FENOUILLET, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », pp. 95-122 in Dominique FENOUILLET et René SEVE (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014.

²²²⁵ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

²²²⁶ Article 372 alinéa 1er du Code civil : « Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale ».

§I. Le volet famille : quitter le travail

552. Il existe une continuité entre les aspects biologiques de la maternité et les fonctions parentales qui sont par la suite principalement assurées par les femmes. La déconstruction de cet état de fait et de la division sexuée du travail plus généralement passe par une remise en question de l'assignation des femmes aux soins et à l'éducation des enfants. Dans cette optique, il convient, sur le modèle du projet parental, de favoriser le choix de chacun des parents, indifféremment de son sexe, en ouvrant largement les dispositifs concernant la parentalité lorsqu'ils ne sont pas en lien avec les fonctions biologiques de la maternité et de mettre en place des dispositifs incitatifs pour permettre une réelle modification des comportements dans ce domaine.

Lors de l'arrivée d'un enfant à l'issue d'un projet parental, différents dispositifs permettent son accueil par les parents qui travaillent (A). Cette faculté de s'absenter du travail peut également être prolongée pour permettre de s'occuper de l'enfant et lui fournir les soins nécessaires lorsqu'il est en bas âge (B.) Ces deux moments sont très nettement distincts et les différentes dénominations des congés en témoignent, de la même manière que les bénéficiaires.

A. Les congés liés à l'arrivée de l'enfant

553. Les congés liés à l'arrivée de l'enfant correspondent aux possibilités juridiques offertes aux jeunes parents lorsqu'ils accueillent dans leur foyer un enfant. Cette formulation neutre renvoie autant à la naissance d'un enfant qu'à son adoption. Il existe alors une distinction importante entre les dispositifs existants dans la mesure où certains sont indissociables des aspects biologiques de la reproduction et ne concernent alors que les femmes qui vont ou ont accouché – comme le congé de maternité, réservé à la seule mère– (a) alors que d'autres ne reposent sur aucun critère biologique liés au sexe et sont neutres à cet égard (b). L'existence de ces congés *genderblind* concourt à déconstruire la continuité qui semble naturelle entre le congé de maternité et le congé parental, encore majoritairement pris par les femmes.

a. Le congé lié aux aspects biologiques de la maternité

554. En France, les congés de maternité sont obtenus par les femmes au début du XXe siècle à la suite de mobilisations visant à promouvoir la « santé des mères confrontées à des grossesses multiples et à la mortalité et morbidité par avortement clandestin »²²²⁷. En France, la loi dite Engerand²²²⁸, du nom du député à son initiative, a été adoptée le 27 novembre 1909 et met en place un congé de maternité non rémunéré : « la grossesse est alors perçue comme un cas de

²²²⁷ Carine FAVIER, *op. cit.*, p. 26.

²²²⁸ Loi du 27 novembre 1909 garantissant leur travail ou leur emploi aux femmes en couches, *Journal officiel* du 28 novembre 1909, p. 11386 : « La suspension du travail de la femme, pendant huit semaines consécutives, dans la période qui précède et suit l'accouchement, ne peut être une cause de rupture, par l'employeur, du contrat de louage de services et ce à peine de dommages-intérêts au profit de la femme. Celle-ci devra avertir l'employeur du motif de son absence. Toute convention contraire est nulle de plein droit. L'assistance judiciaire sera de droit pour la femme devant la juridiction du premier degré ».

force majeure qui oblige l'employeur à suspendre le contrat de travail »²²²⁹, mais cela n'est ni obligatoire, ni indemnisé. Ce qui explique que « cette première étape n'a qu'un faible retentissement, car en refusant d'aménager un temps de repos indemnisé, le législateur n'a pu accorder qu'une protection symbolique aux femmes enceintes ou récemment accouchées »²²³⁰. Par la suite, les lois du 17 juin et du 30 juillet 1913, du 5 août 1917, puis de janvier 1928, visent à mettre en place un système de protection de la maternité, autour de « deux aspects principaux : le repos obligatoire des femmes en couches et l'allaitement des enfants des ouvrières sur le lieu de travail »²²³¹. Grâce à la loi Strauss du 17 juin 1913, les femmes, notamment les ouvrières, obtiennent le droit à un temps de repos et le paiement d'une indemnité : lors de la grossesse, le temps de repos est facultatif mais le départ est facilité et, après l'accouchement, il devient obligatoire pour les patrons de ne pas employer les femmes pendant quatre semaines²²³². La loi du 30 juillet 1913 permet quant à elle pour certaines femmes d'obtenir une allocation journalière lors de ce congé. Le fait que les femmes faisant des fausses couches ne bénéficient pas de ces dispositifs met en exergue le but poursuivi, à savoir la protection de la santé des enfants et non celle de la femme. « D'ailleurs, au cours des délibérations, les femmes ont été rarement considérées en tant que travailleuses, mais presque exclusivement comme "mère" au sens étroit de reproductrices »²²³³. L'extension de la durée et l'indemnisation des congés de maternité s'inscrit dans un contexte profondément nataliste²²³⁴. « Dans le contexte néo-malthusien de l'entre-deux-guerres, une nouvelle loi promulguée le 4 janvier 1928 (nouvel article 29), sous la pression des groupes natalistes, allonge la période de repos des femmes en couches. Selon l'exposé des motifs, la réforme répond "à un sentiment d'humanité et à une exigence d'intérêt social. Dans ce dernier ordre d'idées, ses dispositions tendent à augmenter la natalité, à fortifier la race ; elles seront donc particulièrement intéressantes pour la France qui doit chercher à développer, à encourager sa natalité" »²²³⁵. Le droit à la gratuité des soins médicaux et les indemnités compensatrices sont désormais prévus par une loi sur les assurances sociales et sont, par ce biais, désormais en lien avec l'exercice du travail. Toutefois, ce n'est pas une couverture du « risque » maternité au même titre que la maladie, l'invalidité et la

²²²⁹ Nathalie CHAMBELLAND-LIEBAULT, « Les bébés dans le code du travail », *Cahiers Jaurès*, 2002/3, n°165-166, pp. 23-38, spéc. p. 25.

²²³⁰ *Ibidem*.

²²³¹ Nathalie CHAMBELLAND-LIEBAULT, *op. cit.*, p. 26.

²²³² Loi 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches, Art. 2: « « Dans tout établissement industriel et commercial ou dans ses dépendances, de quelque nature qu'il soit, public ou privé, même s'il a un caractère professionnel ou de bienfaisance, il est interdit d'employer des femmes accouchées dans les quatre semaines qui suivent leur délivrance ».

²²³³ Nathalie CHAMBELLAND-LIEBAULT, *op. cit.*, p. 30.

²²³⁴ Carine FAVIER, *op. cit.*, p. 26.

²²³⁵ Nathalie CHAMBELLAND-LIEBAULT, *op. cit.*, p. 31, citant l'exposé des motifs de la loi du 4 janvier 1928 à partir de *Dalloz périodique*, 1928-4, p. 83.

vieillesse²²³⁶. Par la suite, le temps de repos est augmenté pour atteindre la durée actuelle de seize semaines²²³⁷.

Aujourd'hui, « la salariée a le droit de bénéficier d'un congé de maternité pendant une période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci »²²³⁸. Pour bénéficier de la suspension de son contrat de travail, la salariée enceinte doit informer son employeur du motif et de la date de son absence²²³⁹. La durée du congé de maternité peut être plus longue selon le nombre d'enfants à naître²²⁴⁰ et le nombre d'enfants déjà nés dans le foyer²²⁴¹ ; elle peut aussi être plus courte si la salariée le décide mais ne peut alors être inférieure à huit semaines²²⁴², dont six semaines après l'accouchement²²⁴³. Pour Madame Sandrine Maillard-Pinon, « c'est manifestement le temps, jugé nécessaire par le législateur, pendant lequel il convient de ne pas rompre le lien privilégié entre une mère et son nouveau-né »²²⁴⁴. En plus de ces minima légaux, il est possible de prolonger le congé de maternité en cas de grossesse difficile²²⁴⁵ ou par des dispositifs conventionnels plus favorables. Le régime du congé de maternité du droit français va au-delà des prescriptions européennes, la directive 92/85/CEE imposant une durée minimale de congé de maternité de quatorze semaines²²⁴⁶. Toutefois il est actuellement question d'allonger davantage la durée du congé de maternité. Suivant une recommandation de l'Organisation internationale du travail²²⁴⁷, la Commission européenne a proposé de réviser la directive pour porter la durée du congé de maternité à dix-huit semaines²²⁴⁸ et le Parlement européen à vingt-semaines²²⁴⁹. En France, une proposition de loi a été faite pour accroître la durée à vingt semaines mais elle n'a pas abouti²²⁵⁰.

²²³⁶ Nathalie CHAMBELLAND-LIEBAULT, *op. cit.*, p. 32.

²²³⁷ Avec l'adoption de la loi n° 78-730 du 12 juillet 1978 portant diverses mesures en faveur de la maternité.

²²³⁸ Article L. 1225-17 alinéa 1er du Code du travail.

²²³⁹ Article L. 1225-24 alinéa 1er du Code du travail.

²²⁴⁰ Article L. 1225-18 du Code du travail.

²²⁴¹ Article L. 1225-19 alinéa 1er du Code du travail.

²²⁴² Article L. 1225-29 du Code du travail.

²²⁴³ Article L. 1225-29 alinéa 2 du Code du travail.

²²⁴⁴ Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », in Dalloz, *Répertoire de droit du travail*, octobre 2012, mise à jour en octobre 2012, § 114.

²²⁴⁵ Article L. 1225-21 du Code du travail.

²²⁴⁶ Directive n°92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), Art. 8 - Congé de maternité.

²²⁴⁷ OIT, Recommandation n°191 sur la protection de la maternité, 2000, Adoption: Genève, 88ème session CIT (15 juin 2000), Art. 1 : « (1) Les Membres devraient s'efforcer de porter la durée du congé de maternité visé à l'article 4 de la convention à dix-huit semaines au moins ».

²²⁴⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 3 octobre 2008 portant modification de la directive n°92/85/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, COM[2008]637 final.

²²⁴⁹ Résolution législative du Parlement européen du 20 octobre 2010 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 3 octobre 2008 portant modification de la directive n°92/85/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, (COM(2008)0637 – C6-0340/2008 – 2008/0193(COD)).

²²⁵⁰ Proposition de loi n°1048 relative à la modernisation du congé de maternité en faveur de la protection de la santé des femmes et de l'égalité salariale et sur les conditions d'exercice de la parentalité, déposée le 17 février 2009 et rejetée par l'Assemblée nationale le 25 mars 2010 et par le Sénat le 1er juin 2011.

En outre, la résolution adoptée par le Parlement européen tend à modifier l'esprit de la directive 92/85/CEE : il est proposé de rajouter, après les considérations de l'article 1er relatives à « l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail », un article 1bis qui disposerait que « la présente directive vise également à permettre aux travailleuses enceintes ou accouchées d'être davantage en mesure de rester sur le marché du travail ou de le réintégrer et de mieux concilier leur vie professionnelle avec leur vie privée et familiale »²²⁵¹. Cette modification témoigne de l'évolution de la conception et des objectifs du congé de maternité : il y a un glissement d'une approche purement biologique reposant sur l'état de grossesse de la femme enceinte vers une vision davantage basée sur la place des femmes dans la société et plus particulièrement sur le marché du travail.

La définition juridique du congé de maternité, comme « suspension du contrat de travail avant et après l'accouchement »²²⁵², montre son lien direct avec les aspects biologiques de la maternité. La grossesse occupe véritablement une place centrale en droit comme en témoigne la présence du terme comme entrée dans un dictionnaire juridique : il s'agit en effet de l' « état d'une femme enceinte depuis la conception de l'enfant jusqu'à l'accouchement ; état qui, dès sa constatation médicale, ouvre à l'intéressée le bénéfice de mesures sanitaires et sociales (surveillance médicale, allocations prénatales, protection contre le licenciement, congé prénatal, etc.) »²²⁵³.

555. Ce lien entre congé de maternité et état physique de la femme enceinte a d'ailleurs été mis en lumière à l'occasion de deux arrêts rendus par la grande chambre de la CJUE : celle-ci devait, en l'espèce, se prononcer sur l'attribution du congé de maternité aux mères d'intention dans une procédure de GPA²²⁵⁴. Dans l'une des deux espèces²²⁵⁵, une femme irlandaise ne pouvant porter un enfant a eu recours avec son mari à une GPA en Californie. À leur retour, elle sollicite un congé de maternité auprès de son employeur puis un congé d'adoption : les deux congés, conditionnés respectivement par une grossesse et une adoption, lui sont successivement refusés. Elle invoque alors devant le juge irlandais une discrimination fondée sur le sexe, sur le statut familial et sur le handicap ; celui-ci pose alors ses demandes sous forme de questions préjudicielles. Pour la CJUE aucune discrimination n'est constatée à l'encontre de la requérante au regard du droit de l'Union européenne. Dans l'autre affaire ²²⁵⁶, deux éléments supplémentaires sont à prendre en compte : d'une part, la femme britannique allaitait son enfant et après un premiers refus, elle avait finalement réussi à obtenir un congé d'adoption auprès de son employeur. Pour la CJUE, aucune discrimination n'est à déplorer et le droit de l'Union

²²⁵¹ Résolution législative du Parlement européen du 20 octobre 2010 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 3 octobre 2008 portant modification de la directive n°92/85/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, COM(2008)0637 – C6-0340/2008 – 2008/0193(COD).

²²⁵² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10e éd., 2014, entrée « Maternité », p. 646.

²²⁵³ Gérard CORNU, *op. cit.*, entrée « Grossesse », p. 498.

²²⁵⁴ CJUE, 14 mars 2014, CD v. ST, C-167/12 et CJUE, 14 mars 2014, Z. v. A Government Department, C-363/12.

²²⁵⁵ CJUE, 14 mars 2014, Z. v. A Government Department, C-363/12.

²²⁵⁶ CJUE, 14 mars 2014, CD v. ST, C-167/12.

européenne n'impose pas aux États membres d'octroyer à ces femmes un congé de maternité ou d'adoption. Commentant cette solution, Monsieur Augustin Boujek estime que « la CJUE procède à une interprétation systématique de la directive n°92/85/CEE dont l'approche biologique et moniste de la maternité la conduit à récuser tout droit à congé de maternité pour les mères commanditaires »²²⁵⁷. Pour la CJUE, les travailleuses rentrant dans le champ d'application de l'article 8 de la directive n°92/85/CEE sont les femmes qui ont été enceintes et ont accouché de l'enfant²²⁵⁸. Cette solution conduit Madame la professeure Stéphanie Hennette-Vauchez à se demander qui « le congé maternité protège-t-il en dernier ressort, le corps des femmes ou le rôle social de parent ? »²²⁵⁹. Pour elle, ces arrêts « participent à l'élaboration d'une conception singulièrement corporalisée, et en fait, "naturalisée", de la catégorie juridique de "maternité" »²²⁶⁰. Cette définition juridique de la maternité « comme une question corporelle » fait par ailleurs écho à la conception civiliste de celle-ci résumée par l'adage *mater semper certa est*²²⁶¹. Pour la CJUE, ce n'est donc pas le lien juridique de parenté, ni le lien génétique qui fait la maternité ouvrant droit au congé éponyme mais bien l'accouchement. Cette conception empêche le congé de maternité de protéger « une valeur socio-politique »²²⁶², à savoir celle de « la maternité comme condition de régénération des communautés politiques »²²⁶³. L'avocate générale Julianne Kokott distinguait justement la maternité en deux composantes, le rôle et l'identité. Si l'on s'en tient alors au rôle social, elle explique que « comme dans le passé avec le recours à une nourrice, le rôle de mère est au contraire dans le cas de la gestation pour autrui réparti entre deux femmes pour lesquelles la protection de la directive 92/85 doit être accordée pour les périodes pertinentes à leur égard : la mère porteuse qui assure la gestation, mais qui n'apporte pas les soins à l'enfant après la naissance, a uniquement besoin de protection en tant que travailleuse enceinte et travailleuse accouchée. Dans le cas de la mère commanditaire qui n'a pas été elle-même enceinte, mais qui a la garde d'un nourrisson et qui l'allaité éventuellement, l'exigence de protection existe après la naissance de l'enfant »²²⁶⁴. Ce

²²⁵⁷ Augustin BOUJEKA, « La gestation pour autrui et le handicap confrontés au principe de non-discrimination en droit de l'Union », *D.*, 2014, p. 1811.

²²⁵⁸ CJUE, 14 mars 2014, CD v. ST, C-167/12, §37: « Il découle de ce qui précède que l'attribution d'un congé de maternité sur le fondement de l'article 8 de la directive 92/85 suppose que la travailleuse en bénéficiant ait été enceinte et ait accouché de l'enfant. » et CJUE, 14 mars 2014, Z. v. A Government Department, C-363/12, voir not. §58.

²²⁵⁹ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 08 mai 2014, consulté le 06 novembre 2014.

²²⁶⁰ *Ibidem* ; voir dans le même sens, Alexia GARDIN, « Gestation pour autrui et congé de maternité : la CJUE confrontée au tabou (CJUE, 18 mars 2014, Aff. C-167/12, C. D. et C-363/12, Z.) », *RDLF*, 2014, chron. 15 : « Ce faisant, le besoin de protection de la relation mère-enfant est érigé en corolaire de l'accouchement et de la vulnérabilité. Il ne s'impose qu'en raison du bouleversement physiologique entraîné par le processus ayant conduit à la naissance et ne dispose d'aucune autonomie ».

²²⁶¹ *Ibid.* ; dans le même sens, voir not. Jean HAUSER, « Dis-moi qui est ta mère : porteuse ou commanditaire ? », *RTD Civ.*, 2014, p. 355.

²²⁶² Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*

²²⁶³ *Ibidem*.

²²⁶⁴ Conclusions de l'avocate générale Madame Julianne Kokott, présentées le 26 septembre 2013, Affaire C-167/12, C. D. contre S. T., §47.

raisonnement est très positif car il prend en compte à la fois les mères commanditaires et les femmes porteuses, souvent invisibles²²⁶⁵ et peut même bénéficier à toutes les femmes et aux hommes, en ce qu'il met en avant le soin à l'enfant qui vient de naître comme un rôle social pouvant être assurée par une autre personne que la femme qui a accouché. Malheureusement, la Cour n'a pas suivi les conclusions de Madame Julianne Kokott²²⁶⁶.

556. Ces jurisprudences de la CJUE autant que la définition juridique du congé de maternité témoignent de la conception très biologique de la notion, qui tend à en réserver le bénéfice aux seules femmes ayant été enceintes et ayant accouché. La seule exception que connaît le droit français s'applique en cas de décès de la mère du fait de l'accouchement : le père peut alors bénéficier du congé de maternité postnatal s'il « cesse tout travail salarié pendant la période d'indemnisation »²²⁶⁷. Il apparaît alors que le père exerce un rôle uniquement subsidiaire lors des premières semaines de l'enfant. Le congé de maternité est profondément ambivalent en ce qu'il protège des dimensions biologiques autant que des fonctions sociales : cette dissociation en deux composantes permet de préserver la première, pour protéger les femmes qui sont enceintes et accouchent d'un enfant, et d'ouvrir la seconde à d'autres personnes qui peuvent également assurer ce rôle, parent d'intention ou co-auteur du projet parental. Cette seconde partie du congé de maternité serait d'ailleurs proche de ce qui existe en matière d'adoption ou pour la personne qui partage la vie de la femme ayant accouché. En effet, le congé d'adoption et le congé d'accueil d'enfant consacrent la fonction sociale de la parenté, indifféremment du sexe du parent.

b. Les congés neutres à l'égard du sexe du parent

557. Pour les parents qui ne sont pas concernés par les dispositions dont le bénéfice est réservé aux femmes ayant accouché, d'autres dispositifs existent. Le congé d'adoption et le congé d'accueil d'enfant sont aujourd'hui presque totalement déconnectés des considérations biologiques, notamment sous l'impulsion d'une reconnaissance par le droit social des fonctions parentales exercées par les deux personnes au sein des couples de personnes de même sexe. Ce mouvement a ainsi permis dans un premier temps d'étendre le bénéfice du congé de paternité, nouvellement créé, au profit du « conjoint salarié de la mère ou [de] la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle »²²⁶⁸ (i) tandis que c'est, dans un second temps, le congé d'adoption qui a vu son droit « nettoyé » des anciennes marques de l'ordre du genre, qui accordait la préférence implicite et indirecte de son bénéfice aux seules mères (ii.).

²²⁶⁵ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*

²²⁶⁶ Sur la divergence des conclusions prises par les avocats généraux, voir not. Jean HAUSER, « Gestation pour autrui : le droit social est-il finalement plus important que le droit civil ou dis-moi qui est ta mère ? », *RTD Civ.*, 2013, p. 828.

²²⁶⁷ Article L. 331-6 alinéa 1er du Code de la sécurité sociale.

²²⁶⁸ Selon la formulation de l'alinéa 1er de l'article L. 1225-35 du Code du travail.

i. Le congé de paternité et d'accueil de l'enfant

558. Alors ministre déléguée à la famille du gouvernement Jospin, Ségolène Royal met en place un nouveau congé destiné aux pères lors de la naissance de leur enfant. Ainsi, la LFSS pour 2002 crée un nouvel article dans le code du travail spécifique au congé de paternité²²⁶⁹. Sous réserve d'« avertir son employeur au moins un mois avant la date à laquelle il entend prendre son congé, en précisant la date à laquelle il entend mettre fin à la suspension de son contrat de travail », « le père salarié bénéficie d'un congé de paternité de onze jours consécutifs ou de dix-huit jours consécutifs en cas de naissances multiples entraînant la suspension de son contrat de travail »²²⁷⁰. La création du congé de paternité a été présentée comme un dispositif nouveau qui « s'insère dans une politique globale visant à soutenir la responsabilité parentale partagée »²²⁷¹ et a été saluée dans la mesure où cela permettait de combler une « lacune de notre politique familiale »²²⁷² et de « rattraper un retard sur nos voisins européens »²²⁷³, et en particulier « sur nos voisins du Nord de l'Europe »²²⁷⁴. Il s'agit alors de permettre aux mères et aux pères de « vivre pleinement l'événement que constitue une naissance, afin d'accueillir ensemble l'enfant dans les meilleures conditions »²²⁷⁵. En réponse aux députés et sénateurs ayant déféré la LFSS pour 2002 au Conseil constitutionnel, le gouvernement explique pareillement que « le congé de paternité ressortit incontestablement à la politique familiale. Il vise à permettre l'épanouissement, dès la naissance, des liens entre les pères et leurs enfants et un égal exercice de l'autorité parentale par le père et la mère »²²⁷⁶.

559. Les objectifs du congé de paternité étaient clairs. Ses modalités sont également simples dans la mesure où « dans un souci de cohérence et de simplicité son régime est aligné sur le congé de maternité »²²⁷⁷ avec la création d'« un droit à congé entraînant comme le congé maternité une suspension du contrat de travail et donnant lieu à la perception d'indemnités journalières »²²⁷⁸. Par conséquent et de manière très symbolique²²⁷⁹, la LFSS pour 2002 introduit

²²⁶⁹ Création par l'article 55 de la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002 de l'article L. 122-25-4 du code du travail.

²²⁷⁰ Dispositions de l'article L. 122-25-4 du Code du travail créées par la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002.

²²⁷¹ Jérôme CAHUZAC, Avis présenté au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 (n° 3307), n° 3319.

²²⁷² Jean-Louis LORRAIN, Rapport n° 60 (2001-2002) fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 7 novembre 2001.

²²⁷³ *Ibidem*.

²²⁷⁴ *Ibid*.

²²⁷⁵ *Ibid*, rapportant les propos tenus par le Premier Ministre lors de la conférence du 11 juin 2001.

²²⁷⁶ Observations du Gouvernement sur les recours dirigés contre la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002, JORF n°299 du 26 décembre 2001, page 20597.

²²⁷⁷ Marie-Françoise CLERGEAU, *Rapport présenté au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*(n°3307), n° 3345, mis en distribution le 19 octobre 2001.

²²⁷⁸ *Ibidem*.

²²⁷⁹ *Ibid*. Cela apparaît de manière assez contradictoire dans le rapport de Marie-Françoise Clergeau. En effet, elle explique dans un premier temps que « pour la mise en œuvre de cette mesure, le VIII ajoute dans l'article L. 111-1 du code de la sécurité sociale relatif aux missions de cette dernière, la couverture non seulement des charges de maternité mais aussi de paternité. En conséquence, le X mentionne la paternité dans les risques et les charges

à l'article L. 111-1 du code de la sécurité sociale une nouvelle mission à la sécurité sociale, à savoir la couverture des charges de paternité²²⁸⁰.

560. Si la création du congé de paternité constitue une petite révolution en offrant aux pères un congé de onze jours, elle trouve ses limites, assez rapidement, en se heurtant à la diversité des configurations familiales. Par exemple, en 2004, la partenaire d'une femme qui venait d'accoucher demande à la CPAM de Nantes à bénéficier du congé de paternité²²⁸¹. Elle se heurte alors à un refus de la Caisse, de la Commission de recours amiable et du Tribunal des affaires de sécurité sociale de Nantes²²⁸². En appel, la requérante fait valoir une violation du principe d'égalité entre les citoyens et une discrimination à raison du sexe. La cour d'appel de Rennes confirme le refus d'accorder le bénéfice d'un congé réservé au seul père de l'enfant et dont le compagnon de la mère ne peut bénéficier²²⁸³. Pour Madame Maryse Badel, « l'arrêt rapporté est sans surprise car les dispositions légales ne permettent pas à la CPAM d'attribuer la prestation à la compagne de la mère » dans la mesure où les textes se réfèrent explicitement au père. La Cour de cassation tranche définitivement le litige en rappelant « qu'il résulte des articles L. 331-8 et D. 331-4 du code de la sécurité sociale, que le bénéfice du congé de paternité est ouvert, à raison de l'existence d'un lien de filiation juridique, au père de l'enfant »²²⁸⁴ et précise, en réponse aux moyens de la demanderesse « que ces textes excluent toute discrimination selon le sexe ou l'orientation sexuelle, et ne portent pas atteinte au droit à une vie familiale »²²⁸⁵. Pour Monsieur le professeur François Chénéde, les juges estiment qu'il ne leur appartient pas de trancher cette question et que cela relève de la compétence du législateur²²⁸⁶.

La HALDE, saisie par un couple de femmes pacsées, a rendu une délibération sur ce sujet le 3 septembre 2007²²⁸⁷. Il est alors mis en lumière que les organismes chargés de l'attribution des prestations sociales en lien avec l'éducation des enfants, à savoir la caisse d'allocations familiales et la caisse primaire d'assurance maladie, prennent différemment en compte les couples de personnes de même sexe. Après avoir constaté « l'absence de prise en considération de la

couverts par les assurances sociales, au côté de la maternité ». Néanmoins, dans un second temps elle écrit qu'un nouvel article définit l'objet de l'assurance maternité comme comprenant le « versement des prestations en nature pour les frais médicaux et pharmaceutiques liés à la naissance, versement des indemnités journalières pendant le congé de maternité, et pour le compte de la CNAF qui le rembourse à cette branche, versement des indemnités journalières au titre du congé de paternité ». Ainsi, le risque de paternité est conditionné par l'existence du risque de maternité.

²²⁸⁰ Article L. 111-1 alinéas 1 et 2 du Code de la sécurité sociale : « L'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale.

Elle garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité, de paternité et les charges de famille ».

²²⁸¹ Maryse BADEL, « Le congé de paternité ne peut bénéficier à la compagne pacsée avec la mère », *RDSS*, 2008, p. 384.

²²⁸² TASS Nantes 20 mars 2006, JCP S 2006. 1993, note Morvan ; Dr. famille 2006, comm. 181, note A. Devers.

²²⁸³ CA Rennes, 30 janvier 2008, *Elodie L. c/ CPAM de Nantes*.

²²⁸⁴ Cass., 2e Civ., 11 mars 2010, *Elodie L.*, n° 09-65.853.

²²⁸⁵ Cass., 2e Civ., 11 mars 2010, *Elodie L.*, n° 09-65.853, voir not. Maryse BADEL, *op. cit.* ; Jean HAUSER, « Du fait et du droit : une femme quasi-père a-t-il (elle ?) droit au congé de paternité ? », *RTD civ.*, 2010, p. 315.

²²⁸⁶ François CHENEDE, « La partenaire homosexuelle de la mère d'un enfant ne peut pas profiter d'un congé de paternité », Note sous Civ. 2e, 11 mars 2010, *Elodie L.*, n° 09-65.853, *AJ Famille*, 2010, p. 184.

²²⁸⁷ HALDE, Délibération n° 2007-203 du 3 septembre 2007.

diversité de la composition des foyers dans lesquels les enfants sont élevés », préjudiciable « au regard de l'objet du "congé paternité", favoriser dès le plus jeune âge un lien entre l'enfant et la personne l'élevant », le Collège de la HALDE « estime qu'il serait utile de substituer à la notion de "congé paternité", fondée exclusivement sur le lien de filiation, un congé d'accueil du jeune enfant ouvert au partenaire du parent, contribuant à l'éducation de l'enfant »²²⁸⁸.

La formulation même du congé de paternité ainsi que l'esprit qui a présidé à son instauration, à savoir permettre autant que promouvoir un plus grand investissement des hommes dans l'éducation de leurs enfants en bas âge, révèle une conception hétérosexuelle du couple parental²²⁸⁹. D'ailleurs, pour une partie de la doctrine, « le rejet du pourvoi faisait peu de doute, et ce dernier apparaît plus comme une tribune que s'offre la requérante pour remettre en cause la parenté fondée sur l'altérité sexuelle des parents »²²⁹⁰. À l'occasion de son commentaire, Madame Aude Mirkovic défend, quant à elle, l'idée selon laquelle « la parenté et sa réciproque, la filiation, ne sont pas fondées sur un rapport d'éducation mais un rapport d'engendrement, réel ou symbolique, de l'enfant », assénant que « ne peuvent être parents que ceux qui, à défaut d'avoir engendré l'enfant, auraient pu l'engendrer, même si ce n'est pas le cas »²²⁹¹. Si ces analyses étaient compatibles avec l'état du droit positif en vigueur à l'époque, cela n'est plus le cas, tant au regard du droit de la filiation que du droit du congé de paternité.

561. La transformation du congé de paternité en congé de paternité et d'accueil d'enfant renforce à notre sens la lutte contre les stéréotypes de genre en matière d'exercice des fonctions parentales. En effet depuis l'adoption de la LFSS pour 2013²²⁹², le bénéfice du congé de paternité et d'accueil d'enfant est étendu « le cas échéant, [au] conjoint salarié de la mère ou [à] la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle »²²⁹³, reconnaissant que les fonctions parentales peuvent être exercées effectivement indépendamment du lien de filiation par n'importe quelle personne, indépendamment de son sexe, de son orientation sexuelle ou de son statut marital. La formulation visant le père ou le « conjoint salarié de la mère ou à la personne liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle » est reprise au sein des dispositions relatives au transfert du congé de maternité en cas de décès de la mère²²⁹⁴. Il s'agit là toutefois d'une désignation à titre subsidiaire et non pas « le cas échéant » comme en matière de congé d'accueil de l'enfant²²⁹⁵. Pour Madame la professeure Anne-Marie Leroyer, le droit social est ici en rupture avec le droit civil en

²²⁸⁸ *Ibidem*.

²²⁸⁹ Maryse BADEL, *op. cit.*

²²⁹⁰ Aude MIRKOVIC, « La partenaire de la mère ne peut prétendre au congé de paternité car elle n'est pas le père de l'enfant », *D.*, 2010, p. 1394.

²²⁹¹ *Ibidem*.

²²⁹² Loi n°2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, Art. 94.

²²⁹³ Article L. 1225-35 alinéa 1er du Code du travail.

²²⁹⁴ Article L. 1225-28 alinéa 4 du Code du travail : « Lorsque le père de l'enfant n'exerce pas son droit, le bénéfice de celui-ci est accordé au conjoint salarié de la mère ou à la personne liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle ».

²²⁹⁵ Voir not. en ce sens, Anne-Marie LEROYER, « Congé de paternité et d'accueil de l'enfant », *RTD civ.*, 2013., p. 185.

attribuant également le congé d'accueil de l'enfant « à la personne qui vit avec la mère au moment de la naissance de l'enfant, sur le fondement de son rôle éducatif de fait »²²⁹⁶. En matière de parentalité, la notion de projet parental est comprise dans un sens plus étendu, dans la mesure où elle renvoie également à la parentalité, y compris en absence de lien de filiation.

562. L'histoire de la création du congé de paternité et de son évolution avec l'admission d'un congé d'accueil de l'enfant montre l'importance des congés accordés à la naissance d'un enfant au regard du sexe du parent, de la forme juridique du couple et du sexe des personnes qui le composent. En particulier, il y a eu, en droit social, un véritable mouvement en faveur davantage d'égalité entre les sexes et entre les couples. Il pourrait être opportun de faire évoluer une partie du congé de maternité sur ce modèle, en l'offrant à la mère ou à la personne avec qui elle partage sa vie et le projet parental. Comme le congé d'accueil de l'enfant, le congé d'adoption a connu une évolution assez similaire, permettant une plus grande égalité entre les femmes et les hommes en matière de parentalité.

ii. Le congé d'adoption

563. « Le salarié à qui l'autorité administrative ou tout organisme désigné par voie réglementaire confie un enfant en vue de son adoption a le droit de bénéficier d'un congé d'adoption d'une durée de dix semaines ou plus à dater de l'arrivée de l'enfant au foyer. Ce congé peut précéder de sept jours consécutifs, au plus, l'arrivée de l'enfant au foyer »²²⁹⁷. Ces dispositions montrent que la suspension du contrat de travail du fait de l'accueil d'un enfant au foyer peut tout à fait être déconnectée de considérations biologiques, bien que le régime du congé d'adoption soit aligné en droit français sur celui du congé de maternité. Si la CJUE n'a pas retenu un tel raisonnement dans les deux arrêts relatifs à la GPA²²⁹⁸, c'est semble-t-il parce que le droit de l'Union européenne n'oblige pas les États membres à accorder aux salariés un congé d'adoption. Concernant le régime du congé d'adoption, il apparaît que, comme pour le congé de maternité, le nombre d'enfants déjà présents dans le foyer ainsi que le nombre d'enfants adoptés permet d'allonger la durée de celui-ci²²⁹⁹. De même, la suspension du contrat de travail protège les salariés contre tout licenciement²³⁰⁰ et la notification de l'arrivée d'un enfant dans un délai de quinze jours permet de faire annuler le licenciement²³⁰¹.

564. Si ces dispositions sont neutres à l'égard du sexe du parent, les dispositions de l'article L. 1225-40 du Code du travail permettent de saisir que le congé d'adoption ne concerne pas nécessairement en même temps les deux parents. En effet, le congé d'adoption prévoit l'hypothèse dans laquelle « la durée du congé d'adoption est répartie entre les deux

²²⁹⁶ *Ibidem*.

²²⁹⁷ Article L. 1225-37 du Code du travail.

²²⁹⁸ CJUE, 14 mars 2014, CD v. ST, C-167/12 et CJUE, 14 mars 2014, Z. v. A Government Department, C-363/12.

²²⁹⁹ Article L. 1225-37 du Code du travail.

²³⁰⁰ Article L. 1225-38 du Code du travail.

²³⁰¹ Article L. 1225-39 du Code du travail.

parents »²³⁰² : dans ce cas, « l'adoption d'un enfant par un couple de parents salariés ouvre droit à onze jours supplémentaires de congé d'adoption ou à dix-huit en cas d'adoptions multiples »²³⁰³. La neutralité de la formulation de ces dispositions à l'égard du sexe des parents n'était pas entièrement réalisée étant donné leur mise en œuvre et en particulier la procédure de versement de l'indemnité journalière par la CPAM. En effet, un contentieux a mis en lumière le biais sous-jacent qui tendait à accorder en priorité le congé d'adoption à la mère : la mère n'ayant pas la qualité d'assurée sociale, la CPAM avait refusé de verser l'indemnité journalière de repos au père ayant adopté avec son épouse deux enfants²³⁰⁴. La Cour d'appel de Reims avait d'abord reconnu une discrimination fondée sur le sexe et condamné la CPAM à verser les indemnités réclamées²³⁰⁵. Toutefois, la Cour de cassation a cassé l'arrêt au motif que le fondement de droit européen utilisé ne s'applique pas aux régimes légaux de sécurité sociale²³⁰⁶. C'est dans ce contexte, problématique au regard de l'égalité entre les sexes et en particulier entre les parents dans la prise en charge de leurs enfants en bas âge, que le législateur intervient à l'occasion de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. La vocation universelle de cette loi, qui joue un rôle indéniable en matière de promotion de l'égalité entre les sexes et de lutte contre les stéréotypes de genre, apparaît de manière criante à travers cette évolution du droit relatif au congé d'adoption et à son indemnisation. Parmi les dispositions de coordination de la loi se trouvent des dispositions permettant un toilettage de l'article L. 331-7 du Code de la sécurité sociale au regard des marques du genre²³⁰⁷ : le remplacement de « la femme assurée » par « l'assuré » permet à chacun, indépendamment de son sexe et de son orientation sexuelle, de bénéficier de l'indemnité journalière de repos en cas d'adoption.

565. Les congés accordés aux parents et le cas échéant aux personnes assumant, de fait, un rôle similaire lors de l'arrivée d'un enfant sont en grande partie indifférents au sexe du parent ou à son orientation sexuelle. Seul le congé maternité reste fortement imprégné d'un rattachement à des éléments biologiques sexués, alors qu'il serait possible de diviser le congé de maternité en une composante liée à l'accouchement et en une autre, indépendante de celui-ci. Les congés qui permettent par la suite l'éducation des enfants ou leur prise en charge en cas de maladies s'accordent davantage sur une conception aveugle au genre favorisant ainsi pour chaque parent un investissement parental assez semblable.

²³⁰² Article L. 1225-40 alinéa 1er du Code du travail.

²³⁰³ Article L. 1225-40 alinéa 1er du Code du travail.

²³⁰⁴ Wolfgang FRAISSE, « Congé d'adoption et discrimination en raison du sexe », *Dalloz actualité*, 3 novembre 2014.

²³⁰⁵ C.A. Reims, 24 octobre 2012.

²³⁰⁶ Cass., 2e Civ., 9 octobre 2014, n°12-35005.

²³⁰⁷ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Article 8.

B. Les congés pour s'occuper de l'éducation des enfants

566. Les congés visant à s'occuper des enfants répondent à des considérations sociales, indifférentes au sexe, et il convient alors de permettre aux parents de choisir librement qui, entre eux deux, bénéficie de ces congés. Il apparaît toutefois que le choix est limité par des considérations structurelles liées à la division sexuée du travail et que des mécanismes incitatifs permettent de modifier les comportements. Les enjeux autour de la prise des congés parentaux d'éducation par davantage de pères illustre ces considérations (a) alors que d'autres dispositifs liés à prise en charge d'un enfant malade cristallise moins d'attention (b).

a. Pour les enfants en bas âge, le congé parental d'éducation et la prestation partagée d'éducation de l'enfant

567. Le congé parental d'éducation a été institué en 1977²³⁰⁸ puis ses dispositions ont été modifiées successivement en 1984²³⁰⁹, 1986²³¹⁰, 1991²³¹¹, 1994²³¹² et 1996²³¹³ sans compter le droit de l'Union européenne avec l'adoption de la directive n°96-34/CE du Conseil du 3 juin 1996²³¹⁴, témoignant en France et plus largement en Europe d'un intérêt croissant pour la conciliation des obligations familiales des parents avec la garantie de la protection de leur emploi.

« Pendant la période qui suit l'expiration du congé de maternité ou d'adoption, tout salarié justifiant d'une ancienneté minimale d'une année à la date de naissance de son enfant, adopté ou confié en vue de son adoption, ou de l'arrivée au foyer d'un enfant qui n'a pas encore atteint l'âge de la fin de l'obligation scolaire a le droit : -1° Soit au bénéfice d'un congé parental d'éducation durant lequel le contrat de travail est suspendu; -2° Soit à la réduction de sa durée de travail, sans que cette activité à temps partiel puisse être inférieure à seize heures hebdomadaires »²³¹⁵. Conditionné à une ancienneté d'un an et à l'arrivée d'un enfant, le congé parental permet ainsi à tout salarié de bénéficier d'une suspension de son contrat de travail –ou d'un passage à temps partiel– pour une « durée initiale d'un an au plus »²³¹⁶, qui peut toutefois être prolongé deux fois pour prendre « fin au plus tard au troisième anniversaire de l'enfant »²³¹⁷ ou « en cas d'adoption d'un enfant de moins de trois ans », « à l'expiration d'un délai de trois ans

²³⁰⁸ Par la loi n° 77-766 du 12 juillet 1977.

²³⁰⁹ Loi n°84-9 du 4 août 1984 portant modification du code du travail et relative au congé parental d'éducation et au travail à mi-temps des parents d'un jeune enfant.

²³¹⁰ Loi n°86-1307 du 29 décembre 1986 relative à la famille.

²³¹¹ Loi n°91-1 du 3 janvier 1991 tendant au développement de l'emploi par la formation dans les entreprises, l'aide à l'insertion sociale et professionnelle et l'aménagement du temps de travail, pour l'application du troisième plan pour l'emploi.

²³¹² Loi n°94-629 du 15 juillet 1994 relative à la famille.

²³¹³ Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption.

²³¹⁴ Dont le nom complet est directive n°96-34/CE du Conseil du 3 juin 1996 relative à l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et le CES le 14 décembre 1995.

²³¹⁵ Article L. 1225-47 du Code du travail.

²³¹⁶ Article L. 1225-48 alinéa 1er du Code du travail.

²³¹⁷ Article L. 1225-48 alinéa 2 du Code du travail.

à compter de l'arrivée au foyer de l'enfant »²³¹⁸. À la lecture de ces dispositions, il est possible d'affirmer que « la prise en compte de la parentalité par l'employeur est, pendant les trois premières années de l'enfant, imposée par la loi »²³¹⁹. En cas de prise du congé parental, la Caisse d'allocations familiales offrait, jusqu'à l'adoption de loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, un complément de rémunération, le complément de libre choix d'activité (CLCA)²³²⁰. Il s'agissait de compenser partiellement la perte de rémunération entraînée par la prise du congé parental : le CLCA était versée pendant six mois pour un enfant à charge et jusqu'au 3 ans du dernier enfant pour deux enfants à charge ou plus.

568. Les enjeux relatifs à ce type de congé et à son indemnisation par la solidarité nationale sont nombreux et indissociables de la question des inégalités entre les femmes et les hommes. De manière générale, il s'agit de s'assurer, comme le montrent les études empiriques menées par la DREES notamment²³²¹, que les personnes qui prennent un congé parental d'éducation en partie indemnisé par la CAF ne se trouvent pas, par la suite et durablement, mis à l'écart du marché du travail. Un autre enjeu tient plus directement à la question des inégalités de genre dans la mesure où 96,5 % des bénéficiaires du CLCA étaient des femmes ; ce chiffre met en lumière de quelle manière le retour à l'emploi de ces femmes renvoient à la question plus générale des inégalités entre les femmes et les hommes sur le marché du travail. C'est face à ces constats que la loi du 4 août 2014 a réformé l'actuel CLCA en introduisant des mesures incitatives pour que les pères s'engagent également dans l'éducation de leur enfant. Dans le cadre de la prestation partagée d'éducation de l'enfant, appelée aussi PréParE²³²², qui remplace le CLCA²³²³, une part de la prestation, correspondant à six mois²³²⁴, est réservée au second parent, majoritairement le père dans les faits²³²⁵. Le mécanisme incitatif permet ainsi d'allonger la durée de l'indemnisation du congé de six mois à un an pour un enfant à charge ou de ne pas perdre le bénéfice de six mois pour deux enfants à charge ou plus si le second parent prend lui aussi un congé parental²³²⁶.

569. L'exposé des motifs du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes permet de saisir l'esprit de la réforme tandis que les débats précédents l'adoption de la LFSS pour 2015 mettent en exergue ses implications concrètes et en particulier financières. Concernant ses objectifs, la « réforme vise à favoriser le retour des femmes vers l'emploi et à modifier la

²³¹⁸ Article L. 1225-48 alinéa 4 du Code du travail.

²³¹⁹ Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », in Dalloz, *Répertoire de droit du travail*, octobre 2012, mise à jour en octobre 2012, §190.

²³²⁰ Article L. 531-4 du Code de la sécurité sociale.

²³²¹ DREES, « Situations professionnelles à l'entrée et à la sortie du complément de libre choix d'activités », *Études et résultats*, n°750, février 2011.

²³²² Loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Article 8.

²³²³ Les décrets d'application ont été pris fin 2014 et à l'occasion de la LFSS pour 2015, l'entrée en vigueur de la réforme a été reportée au 1er janvier 2015 ; voir décret n° 2014-1705 du 30 décembre 2014 relatif à la prestation partagée d'éducation de l'enfant et décret n° 2014-1708 du 30 décembre 2014 relatif à la prestation partagée d'éducation de l'enfant.

²³²⁴ Selon ce qui a été annoncé pendant les débats législatifs mais les décrets n'ont toujours pas été pris.

²³²⁵ Article L. 531-4 du Code de la sécurité sociale.

²³²⁶ Les familles monoparentales ne sont, quant à elles, pas concernées par ce nouveau dispositif.

répartition des responsabilités parentales au sein du couple pour qu'elle ne joue plus systématiquement en défaveur des femmes »²³²⁷. Concernant « le niveau d'emploi des femmes, la France se distingue de ses partenaires européens par la longueur de son congé parental. Cette durée éloigne les femmes du marché du travail, et affecte durablement leur employabilité notamment quand elles sont peu qualifiées »²³²⁸. Le « meilleur partage des responsabilités parentales »²³²⁹ devrait, quant à lui, « permettre aux pères qui souhaitent s'investir auprès de leurs enfants, de ne plus être confrontés au poids des résistances culturelles »²³³⁰. L'effet incitatif escompté semble toutefois pouvoir être relativisé au regard des prévisions financières d'économie que représente la « réduction de la durée moyenne de congés pris à compter du deuxième enfant, notamment dans le cas où le second parent n'aurait pas recours à tout ou partie des droits qui lui seront réservés »²³³¹. Les objectifs sont ainsi ambivalents, entre économies substantielles et incitation à un meilleur partage des responsabilités parentales entre les femmes et les hommes.

570. À côté de ces congés, longs, dont la durée pose justement des questionnements importants quant aux rôles des parents, hommes et femmes, lors des premières années de l'enfant. D'autres congés plus courts ont un rôle en apparence moins significatif et sont pourtant révélateurs de l'implication concrète des parents auprès de leurs enfants au quotidien.

b. Pour les enfants malades, des congés spécifiques

571. De manière plus ponctuelle, les parents bénéficient d'autres congés qui répondent à des besoins spécifiques. En cas de maladie « d'un enfant de moins de seize ans dont il assume la charge au sens de l'article L. 513-1 du code de la sécurité sociale »²³³², le salarié a le droit de prendre trois jours de congé non rémunéré²³³³, en dehors de l'Alsace-Moselle ou de dispositions en ce sens au sein de la convention collective. Cette durée « est portée à cinq jours si l'enfant est âgé de moins d'un an ou si le salarié assume la charge de trois enfants ou plus âgés de moins de seize ans »²³³⁴. Au-delà du dispositif légal, il existe une véritable variabilité entre les salariés concernant ces jours : d'une part, ils ne font pas nécessairement l'objet d'une rémunération et d'autre part, ils varient dans leur nombre selon les entreprises²³³⁵.

²³²⁷ Exposé des motifs du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes présenté au nom de M. Jean-Marc AYRAULT, Premier ministre par Mme Najat VALLAUD-BELKACEM, ministre des droits des femmes, porte-parole du Gouvernement, n°717, enregistré à la Présidence du Sénat le 3 juillet 2013.

²³²⁸ *Ibidem*.

²³²⁹ *Ibid*.

²³³⁰ *Ibid*.

²³³¹ Marisol TOURAINE, Michel SAPIN, Laurence ROSSIGNOL, Christian ECKERT, PLFSS 2015, dossier de presse, présenté le 29 septembre 2014, p. 50 ; voir en ce sens not. Robert LAFORE, « Coup de rabot sur la politique familiale », *Droit social*, 2014, p. 873.

²³³² Article L. 1225-61 alinéa 1er du Code du travail.

²³³³ Article L. 1225-61 alinéa 2 du Code du travail.

²³³⁴ *Ibidem*.

²³³⁵ Cécile LEFEVRE *et al.*, « 12. Les employeurs, un autre acteur de la politique familiale ? », p. 287-306 in *Entre famille et travail*, La Découverte, 2009, spéc. p. 293 : « si les employeurs doivent accorder trois jours de congé à leurs salariés en cas d'enfant malade, ceux-ci ne sont rémunérés que dans 57% des cas. L'existence de jours de congé rémunérés

572. Par ailleurs, d'autres dispositifs permettent de prendre un congé plus long lorsque l'enfant à charge du salarié « est atteint d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue et des soins contraignants »²³³⁶. Ce congé de présence parentale peut s'accompagner en partie d'une indemnisation, par l'allocation journalière de présence parentale²³³⁷. Enfin, un dernier dispositif a été créé à partir « d'une initiative locale exemplaire »²³³⁸, pour reprendre les termes de l'exposé des motifs de la loi. La loi n° 2014-459 du 9 mai 2014 permettant le don de jours de repos à un parent d'un enfant gravement malade instaure un nouveau dispositif légal²³³⁹ à la suite du don réalisé par les salariés d'une entreprise de 170 jours de travail à un de leurs collègues dont le fils était atteint d'un cancer. Le bénéfice de ce dispositif a depuis été étendu aux agents publics civils²³⁴⁰ et aux militaires²³⁴¹.

573. L'ensemble de ces dispositifs est neutre du point de vue du sexe du parent et pourrait servir de modèle : en effet, il s'agit d'un dispositif égalitaire, du fait de sa neutralité et de l'absence de considération biologique sous-jacente. Pourtant, la neutralité à l'égard du genre du dispositif légal d'octroi de congé pour enfant malade ne résiste pas à l'épreuve des faits. En effet, « lorsque l'entreprise prévoit des journées de congé pour enfant malade, les parents gardent plus souvent leur enfant eux-mêmes, notamment les mères »²³⁴². En effet, les femmes sont davantage investies en cas d'imprévu concernant les enfants. Par exemple, « en cas de retard inhabituel, le père compte d'abord sur sa conjointe (63 %), qui rentre souvent plus tôt que lui, puis sur le reste de la famille (22 %). D'une manière générale, l'emploi du temps des enfants concorde moins avec celui du père qu'avec celui de la mère. Pour les mères, le conjoint est également la première personne sur laquelle elles peuvent compter en cas de retard, mais le recours à cette solution est moins fréquent que pour les pères : 43% des mères comptent sur leur conjoint dans ce cas. Elles recourent donc plus souvent à quelqu'un d'autre que les pères : les grands-parents, une personne rémunérée, mais également une amie ou une voisine »²³⁴³.

pour enfant malade dépend fortement de la taille, de l'ancienneté et du statut de l'établissement. Plus l'établissement est grand et l'entreprise ancienne, plus le salarié a de chances d'en bénéficier. Ces congés sont quasiment systématiques dans le secteur public (plus de 90% des établissements), alors qu'ils restent plus rares dans le privé. Le nombre moyen de jours accordés, lorsqu'ils existent, est de 7,5 jours par an, variant de 5,5 jours dans le privé à près de 10 jours dans les entreprises nationalisées ou la fonction publique, mais leur nombre est réduit quand le conjoint en bénéficie aussi. Ce critère ne joue pas ou peu dans le secteur privé ».

²³³⁶ Article L. 1225-62 alinéa 1er du Code du travail.

²³³⁷ Articles L. 544-1 à -9 du Code de la sécurité sociale.

²³³⁸ Loi n° 2014-459 du 9 mai 2014 permettant le don de jours de repos à un parent d'un enfant gravement malade, exposé des motifs.

²³³⁹ Articles L. 1225-65-1 à -2 du Code du travail.

²³⁴⁰ Décret n° 2015-580 du 28 mai 2015 permettant à un agent public civil le don de jours de repos à un autre agent public parent d'un enfant gravement malade.

²³⁴¹ *Ibidem*.

²³⁴² Denise BAUER, « Comment les parents s'arrangent pour garder les enfants en cas d'imprévu », DREES, *Études et résultats*, n° 694, juin 2009, p. 1.

²³⁴³ Denise BAUER, *op. cit.*, p. 3.

574. Il apparaît ainsi que, d'ordinaire, les femmes sont plus impliquées dans les questions ayant trait à l'éducation et aux soins des enfants. L'engagement des pères dans ces domaines, liés à l'éducation et à la santé et souvent dédiés aux seules mères, est à encourager. Les mesures incitatives prévues par la réforme de l'indemnisation du congé parental d'éducation permettent une plus grande égalité entre les sexes et sont renforcées par d'autres mesures adoptées également par la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle. Désormais, « le conjoint salarié de la femme enceinte ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle bénéficie également d'une autorisation d'absence pour se rendre à trois de ces examens médicaux obligatoires au maximum »²³⁴⁴. De la sorte, les pères peuvent s'engager très en amont dans le suivi de la grossesse et la santé de l'enfant.

575. Ces développements consacrés aux congés liés à la parentalité montrent qu'il est indispensable d'adopter des politiques publiques qui ont pour objectif l'égalité entre les femmes et les hommes, notamment dans l'investissement des parents, indépendamment de leur sexe, auprès de leur enfant en bas âge. Des politiques publiques uniquement sensibles au genre ne sont pas suffisantes si elles n'ont pas comme ambition de promouvoir un véritable partage des tâches parentales et qu'elles se contentent de se focaliser sur les discriminations subies par les femmes sur le marché du travail et leur besoin corrélatif de protection lorsqu'elles sont enceintes²³⁴⁵. Il a ainsi été montré que si les femmes sont l'objet des politiques publiques basées sur l'investissement social et qui démontrent une sensibilité aux enjeux liés au genre, l'objectif d'égalité avec les hommes dans la citoyenneté sociale et politique des femmes n'est pas nécessairement visé²³⁴⁶. Ainsi, la conciliation travail-famille ne doit pas être une problématique spécifique aux femmes mais doit concerner l'ensemble des salariés. Pour cela, il faut effectivement réussir à articuler les questions liées à la grossesse avec celles plus générales en lien avec le projet parental et spécialement la parentalité. Le moment important que représente la grossesse et le congé de maternité ont tendance à « occuper le devant de la scène » et à faire oublier que par la suite les deux parents devraient pouvoir s'investir chacun autant. Pourtant, les congés neutres à l'égard du sexe sont importants en ce qu'ils montrent que, après la réalisation d'un projet parental, ses auteurs peuvent s'investir auprès de l'enfant indépendamment de leur

²³⁴⁴ Article L. 1225-16 alinéa 2 du Code du travail.

²³⁴⁵ Jane JENSON, « Politiques publiques et investissement social : quelles conséquences pour la citoyenneté sociale des femmes ? », *Cahiers du Genre*, 2011/3 HS, n°2, pp. 21-43 ; à propos de Jacques DELORS et Michel DOLLE, *Investir dans le social*, Odile Jacob, 2009, p. 33 : « Les congés familiaux et la flexibilité des congés parentaux sont des instruments de promotion d'un partage des tâches parentales tout au long de l'enfant. Ce relatif silence quant aux congés parentaux et aux congés familiaux ne permet pas de poser réellement la question pourtant centrale d'une possible conciliation plus égalitaire de la vie professionnelle et de la vie familiale à travers notamment la question de la prise en charge des enfants. Là encore cette seule focalisation sur la maternité, liée essentiellement aux questions démographiques, met de côté ces aspects essentiels ».

²³⁴⁶ Jane JENSON, *op. cit.*, pp. 40-41 : L'auteure dénonce ces politiques publiques qui ont eu « pour conséquences à la fois d'occulter les revendications défendant l'égalité des femmes au profit de celle des filles et de réaffirmer la centralité hégémonique du lien mère-enfant que les féministes avaient pourtant cherché à considérer uniquement comme l'une des dimensions de la complexité des rapports sociaux de sexe qui structurent la vie des hommes et des femmes ».

sexe. En outre, il y a un réel mouvement en droit social en faveur de l'égalité entre les sexes et cela demande à être poursuivi. En particulier, la dissociation du congé de maternité en deux composantes pourrait être une piste de réflexion intéressante en ce qu'elle permettrait de relativiser l'importance du lien entre la femme et son enfant sans pour autant nier les aspects biologiques de la grossesse.

576. Par ailleurs, la prise des congés ne peut être effective que si elle est accompagnée de mesures protectrices assurant au salarié un retour à l'emploi. Le second volet de la conciliation travail-famille concerne ainsi le maintien et le retour à l'emploi des salariés qui vont devenir ou sont devenus parents.

§II. Le volet travail : pouvoir y revenir

577. La technique utilisée, en droit du travail, en matière de congés liés à la grossesse et à la parentalité, à savoir la suspension du contrat de travail, permet le maintien du « rapport contractuel alors qu'un événement empêche temporairement l'exécution des obligations résultant du contrat »²³⁴⁷. Pour Madame Annie Bousiges, « la recherche de la sécurité de l'emploi, fondement de cette technique, explique le recours croissant du droit du travail à la suspension ; ainsi se multiplient les congés au profit du salarié »²³⁴⁸. Le contrat de travail des salariés ayant pris un congé est protégé lorsque ceux-ci font famille, du fait du mécanisme de suspension du contrat, mais surtout par des dispositions protectrices spécifiques (A). En plus de ces dispositifs juridiques favorisant le maintien du salarié parent dans son poste, l'État s'efforce à offrir des modes de garde qui permettent aux jeunes parents de revenir –rapidement– sur le marché du travail (B).

A. La protection des salariés qui font famille

578. La protection de la vie familiale et privée des salariés est générale, du fait de son inscription parmi les motifs discriminatoires à l'article L. 1132-1 du Code du travail. De manière plus concrète, certaines mesures de protection sont prises pour permettre aux personnes qui font famille de bénéficier d'un accès à la parenté et d'une pérennité de leur contrat de travail par la suite. Les femmes enceintes jouissent d'une protection étendue qui couvre autant l'accès à l'emploi que le maintien dans leur contrat de travail (a). Au-delà de ces spécificités liées aux aspects biologiques de la maternité, il existe une tendance plus globale qui vise à protéger l'ensemble des salariés lorsqu'ils utilisent leurs droits liés à l'exercice des fonctions parentales (b). Ces protections permettent à la fois la continuité et l'effectivité des dispositions existantes en matière d'égalité des sexes, de protection de la santé et de soutien à la parentalité.

²³⁴⁷ Annie BOUSIGES, « Congés », in Dalloz, *Répertoire de droit du travail*, mars 1997, mise à jour en septembre 2012, §2.

²³⁴⁸ *Ibidem*.

a. La protection de l'emploi des femmes enceintes

579. Les femmes enceintes font l'objet de dispositifs de protection particuliers visant à ce qu'elles ne soient pas discriminées lors de l'embauche, en vue de la création du contrat de travail (i) puis lors de l'exécution de celui-ci (ii).

i. La protection de la femme enceinte lors de l'embauche

580. L'accès à l'emploi d'une femme enceinte est protégé par le droit de la non-discrimination dans la mesure où l'employeur peut être réticent à son embauche car il est certain qu'elle devra s'absenter pendant la durée du congé de maternité²³⁴⁹. Il existe, en effet, en droit français un principe général d'interdiction de la discrimination en raison de la grossesse, fondé sur deux textes distincts. De manière générale, la « situation de famille ou de [la] grossesse » de la personne salariée est un critère de discrimination prohibé²³⁵⁰ alors qu'il serait possible, comme en droit de l'Union européenne, de considérer qu'il s'agit d'une discrimination fondée sur le sexe²³⁵¹. De manière plus spécifique, il est interdit à l'employeur de « prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, (...), pour prononcer une mutation d'emploi »²³⁵². Cela implique une interdiction « de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée »²³⁵³ : cela interdit, par exemple, à l'employeur de poser une question sur ce sujet lors de l'entretien d'embauche. Du côté de « la femme candidate à un emploi ou salariée »²³⁵⁴, il est corrélativement prévu qu'elle « n'est pas tenue de révéler son état de grossesse, sauf lorsqu'elle demande le bénéfice des dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte »²³⁵⁵. De nombreuses femmes sont néanmoins interrogées sur un éventuel projet parental lors de l'entretien d'embauche et c'est pourquoi il est admis qu'il est légitime de mentir dans cette situation²³⁵⁶. Toutefois, il est parfois impossible de dissimuler

²³⁴⁹ La réticence peut s'exprimer à l'égard d'une femme enceinte ou de toute femme en âge de procréer, voir en ce sens, Sandrine MAILLARD-PINON, « Maternité », in Dalloz, *Répertoire de droit du travail*, octobre 2012, mise à jour en octobre 2012, §12 : « L'absence prévisible de la femme enceinte, pendant au moins la durée du congé de maternité, peut dissuader l'employeur d'embaucher une candidate à l'emploi en âge de procréer et, plus encore, en état de grossesse ».

²³⁵⁰ Article L. 1132-1 du Code du travail.

²³⁵¹ Voir en ce sens, CJCE, 8 novembre 1990, Dekker, aff. C-177/88, Rec. I. 3941) et depuis la directive n°2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

²³⁵² Article L. 1225-1 alinéa 1er du Code du travail.

²³⁵³ Article L. 1225-1 alinéa 2 du Code du travail.

²³⁵⁴ Article L. 1225-2 du Code du travail.

²³⁵⁵ *Ibidem*.

²³⁵⁶ Sandrine MAILLARD-PINON, *op. cit.*, § 18 : « En cas d'embauche, le mensonge ne pourra pas être sanctionné par l'employeur qui découvre la grossesse. Une telle règle repose sur la lecture de l'article L. 1221-6 du code du travail qui impose une obligation de loyauté du candidat à l'emploi, seulement en présence d'une question pertinente de l'employeur ; ce qui « revient à reconnaître, *a contrario*, le droit de refuser de répondre, ou de faire une réponse inexacte, à une question injustifiée, sans lien direct avec l'activité professionnelle envisagée » (GAUDU et VATINET, *Traité des contrats. Les contrats de travail*, 2001, LGDJ, p. 72, n° 7). Une telle lecture de l'article L. 1221-6 du code du travail s'impose d'autant plus que, selon l'ex-Halde, 23 % des femmes déclarent avoir été interrogées sur leurs projets familiaux lors d'un entretien d'embauche. L'effectivité de la protection de l'accès à l'emploi de la femme enceinte suppose d'admettre le droit de mentir ».

l'état de grossesse lorsque l'embauche est subordonnée à un examen médical impossible à réaliser en cas de grossesse : la HALDE a alors considéré que l'arrêt du recrutement d'une personne postulant dans un établissement public de santé, du fait de son refus de passer la radiographie pulmonaire²³⁵⁷, constituait une discrimination indirecte fondée sur la grossesse²³⁵⁸. Cet état du droit permet ainsi d'affirmer que « l'interdiction du refus d'embauche fondé sur la grossesse ne souffre d'aucune exception »²³⁵⁹. Toutefois, faire sanctionner un tel refus²³⁶⁰ est extrêmement délicat comme en témoigne l'absence de jurisprudence sur le sujet²³⁶¹.

581. En outre, il n'existe pas de protection spécifique lors de la période d'essai, autre que celles liées à la discrimination à raison de l'état de grossesse. La chambre sociale a en effet refusé d'étendre la protection accordée à la femme enceinte d'une rupture de son contrat de travail pendant la période de sa grossesse à la période d'essai. Cette solution a été affirmée en 1971²³⁶² puis plus récemment : la Haute juridiction rappelle ainsi en 2011 qu'« il est exact que les dispositions de l'article L. 122-25-2 du code du travail relatives à l'annulation du licenciement d'une salariée en état de grossesse en cas de connaissance postérieure par l'employeur de cet état ne sont pas applicables à la rupture en période d'essai »²³⁶³. Certains auteurs estiment que « le conflit entre cette disposition et l'objet même de l'essai est patent » et que la Cour de cassation a « sacrifié la protection de la femme enceinte au profit de la liberté de l'employeur de rompre en cours d'essai » le contrat²³⁶⁴. Pour eux, « cette solution, fragile juridiquement, est éminemment discutable. Elle est loin de prendre en compte la réalité des rapports de travail et la réticence des employeurs à l'égard des femmes enceintes »²³⁶⁵. Il serait alors opportun que le législateur affirme que la protection de la femme enceinte s'applique y compris pendant les périodes d'essai²³⁶⁶.

ii. La protection de la femme enceinte lors de l'exécution du contrat de travail

582. Par la suite, lors de la réalisation du contrat de travail, la salariée enceinte bénéficie d'une protection qui vise à préserver à la fois sa santé et son emploi. Concernant la sauvegarde de l'emploi de la femme enceinte, une interdiction de rupture du contrat de travail est prévue lors

²³⁵⁷ Condition posée par l'article R. 4626-23 du Code du travail.

²³⁵⁸ HALDE, Délibération n°2010-22, 1er février 2010.

²³⁵⁹ Sandrine MAILLARD-PINON, *op. cit.*, § 27.

²³⁶⁰ Voir Code du travail, Art. R. 1227-5 pour les sanctions (contravention de cinquième classe).

²³⁶¹ Sandrine MAILLARD-PINON, *op. cit.*, § 29 : l'auteure, s'interrogeant sur la compétence prud'homale en la matière, conclut qu'« il est d'autant plus difficile de se prononcer que les décisions de justice qui sanctionnent le refus d'embauche d'une candidate à l'emploi enceinte, sur le fondement de l'article L.1225-1 du code du travail, sont inexistantes ».

²³⁶² Cass., Soc. 31 mars 1971.

²³⁶³ Cass., Soc. 21 déc. 2006, n°05-44806.

²³⁶⁴ Elsa PESKINE et Cyril WOLMARK, *Droit du travail*, Dalloz, Hypercours, 8e éd., 2013, p. 91, § 128.

²³⁶⁵ *Ibidem*.

²³⁶⁶ Voir en ce sens not. Alexia GARDIN, « Maternité et rupture du contrat de travail. Retour sur quelques évolutions marquantes », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 12/07, pp. 975-986, spéc. p. 975 : pour l'auteure, la Cour de cassation s'inscrit « de la sorte à contre-courant du mouvement jurisprudentiel visant à limiter le champ de la libre rupture du contrat de travail au cours de cette période ».

de la période de la grossesse « et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité »²³⁶⁷. Pour bénéficier de la protection des dispositions de l'article L. 1225-4 du Code du travail, la salariée doit avoir révélé son état de grossesse²³⁶⁸ ou le faire dans un délai de quinze jours à compter de la notification du licenciement²³⁶⁹ et le licenciement est alors annulé. Ces deux articles ont fait l'objet d'une lecture jurisprudentielle étendue, au profit de la salariée²³⁷⁰ : la grossesse n'a pas besoin de préexister à la rupture du contrat de travail tant que l'information est réalisée dans le délai l'égal de l'article L. 1225-5 du code du travail. Ce qui laisse penser que « le principe d'interdiction des ruptures du contrat de travail tend moins à sanctionner un comportement de l'employeur qu'à garantir le maintien du contrat de travail de la femme enceinte, qui doit bénéficier d'un emploi stable garant d'une grossesse sereine »²³⁷¹.

583. Cette solution jurisprudentielle est à mettre en parallèle avec un arrêt rendu par la CJUE au sujet d'une salariée en procédure de PMA et avec les dispositions qui existent en matière d'adoption. La CJUE a été saisie par les juridictions autrichiennes pour se prononcer sur le point de départ de la protection dont bénéficient les femmes enceintes en cas de FIV²³⁷². Au regard de la directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, les juges communautaires estiment que l'article 10 ne peut pas s'appliquer au cas d'une salariée dont les ovules fécondés *in vitro* n'ont pas été encore réimplantés. Bien qu'une lecture extensive de l'article conduit à retenir « la date la plus précoce possible de la grossesse (...) pour assurer la sécurité et la protection des travailleuses enceintes »²³⁷³, le principe de sécurité juridique exclut son application au cas d'espèce. Toutefois, la Cour « peut être amenée à prendre en considération des normes de droit communautaire auxquelles la juridiction nationale n'a pas fait référence dans l'énoncé de sa question »²³⁷⁴, comme, par exemple, le principe d'égalité de traitement entre les femmes et hommes. Au regard de ce principe, il apparaît que la femme licenciée, alors qu'elle est en attente de l'implantation d'embryons, peut subir une discrimination directe fondée sur le sexe²³⁷⁵. Pour

²³⁶⁷ Code du travail, Art. L. 1225-4.

²³⁶⁸ Code du travail, Art. L. 1225-2.

²³⁶⁹ Code du travail, Art. L. 1225-5.

²³⁷⁰ Cass. Soc., 2 juillet 2014, n°13-12496, Mme X c. Fédération française de football, voir not. Sébastien BENA, « Précisions sur la portée de la protection accordée à une salariée enceinte contre une mesure de licenciement », *Gazette du Palais*, 2 oct. 2014, n°275, p. 5 : « L'occasion a ainsi été donnée à la Cour de cassation de se prononcer, pour la première fois à notre connaissance, sur l'exacte portée de la protection accordée à la salariée enceinte contre une mesure de licenciement et de résoudre ainsi une difficulté résultant de la combinaison des articles L. 1225-4 et L. 1225-5 du Code du travail » ; la protection du contrat de travail de la femme enceinte est ainsi largement entendue, à savoir pendant la durée du contrat de travail et jusqu'à quinze jours après la notification de la rupture de ce dernier.

²³⁷¹ Sandrine MAILLARD-PINON, *op. cit.*, §89.

²³⁷² CJCE, 26 février 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, aff. C-506-06.

²³⁷³ CJCE, 26 février 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, aff. C-506-06, §40.

²³⁷⁴ CJCE, 26 février 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, aff. C-506-06, §43.

²³⁷⁵ CJCE, 26 février 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, aff. C-506-06, en part. §50 : « Il s'ensuit que le licenciement d'une travailleuse en raison essentiellement du fait qu'elle se soumet à ce stade important d'un traitement de fécondation in vitro constitue une discrimination directe fondée sur le sexe ».

Madame Camille Kouchner, « ce raisonnement ne saurait étonner »²³⁷⁶. En effet, la protection accordée aux femmes enceintes repose uniquement pour partie sur l'état physique et que l'interdiction du licenciement se fonde aussi sur la connaissance imminente d'une grossesse par l'employeur. En outre, la protection est réduite par rapport à une femme enceinte dans la mesure où elle doit démontrer le caractère discriminatoire du licenciement²³⁷⁷. Les discriminations subies par les femmes dans l'emploi sont structurelles et importantes et justifient une protection étendue des femmes enceintes, à la fois pour protéger leur santé et pour permettre leur accès et maintien dans l'emploi. Autrement dit, la protection particulière et accrue dont bénéficient les femmes enceintes ou sur le point de l'être se justifie donc autant par l'état biologique de la grossesse que par les discriminations à leur égard²³⁷⁸. Ce dispositif est complémentaire et s'accorde *in fine* avec les dispositions permettant de protéger indifféremment les hommes et les femmes lorsqu'ils exercent leurs fonctions parentales. L'indifférenciation du sexe du parent protégé est d'ailleurs visible lorsqu'il s'agit d'une adoption. En matière d'adoption, « le licenciement d'un salarié est annulé lorsque, dans un délai de quinze jours à compter de sa notification, l'intéressé envoie à son employeur, dans des conditions déterminées par voie réglementaire, une attestation justifiant l'arrivée à son foyer, dans un délai de quinze jours, d'un enfant placé en vue de son adoption. Cette attestation est délivrée par l'autorité administrative ou par l'organisme autorisé pour l'adoption qui procède au placement »²³⁷⁹. Ce dispositif – tout comme pour le congé de maternité – permet de protéger des « valeurs sociales », à savoir l'accueil prochain, par les salariés, d'un enfant dans leur foyer²³⁸⁰.

La mise en perspective des dispositions existantes en matière de maternité et d'adoption, que cela soit à propos du congé ou de la préservation du contrat de travail, montre qu'elles ne se fondent pas uniquement sur la grossesse, vue comme une spécificité biologique propre aux femmes. D'ailleurs, il nous semble que devrait être nuancé la qualification, par Monsieur le Professeur Pascal Lokiec, comme exorbitante du droit commun de la protection accordée à la femme enceinte « pendant une période qui, en France, s'écoule en principe de six semaines avant la date présumée de l'accouchement jusqu'à dix semaines après celui-ci »²³⁸¹. En effet, comme il le souligne lui-même, cette protection est justifiée par la maternité et l'utilisation de l'expression « exorbitante du droit commun » revient finalement à admettre que le droit

²³⁷⁶ Camille KOUCHNER, « La protection de la salariée enceinte s'applique-t-elle dès la fécondation des ovules *in vitro* ? », note sous CJCE, 26 février 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, aff. C-506-06, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 313.

²³⁷⁷ Laurent PERRIN, « Licenciement en raison d'un traitement de fécondation *in vitro* », note sous CJCE, 26 février 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, aff. C-506-06, *D.*, 2008, p. 788.

²³⁷⁸ Voir également les dispositions de l'article L. 1225-26 du Code du travail présentées, dans une perspective plus large, Alexia GARDIN, « Maternité et éducation des enfants : à la recherche de l'introuvable égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 11/09, pp. 727-733, spéc. p. 729.

²³⁷⁹ Article L. 1225-39 alinéa 1er du Code du travail.

²³⁸⁰ Sébastien BENA, « Précisions sur la portée de la protection accordée à une salariée enceinte contre une mesure de licenciement », *Gazette du Palais*, 2 oct. 2014, n°275, p. 5.

²³⁸¹ Pascal LOKIEC, *Droit du travail. Tome I – Les relations individuelles de travail*, PUF, Thémis droit, 2011, p. 436, §478.

commun est défini pour les besoins des hommes uniquement. Or, les dispositifs tendent à s'appliquer indifféremment aux hommes et aux femmes, en dehors de la grossesse. Tel est notamment le cas lorsque les salariés sont protégés au titre des autres congés liés à la parentalité qu'ils pourraient prendre.

b. La protection des salariés dans l'usage de leurs droits liés à la parentalité

584. En effet, si les femmes enceintes font l'objet de mesures spécifiques, c'est en grande partie à cause des contraintes biologiques qui pèsent sur elles. Néanmoins, ce ne sont pas les seuls aspects valorisés comme en témoignent la mise en place de mesures similaires en cas de procédure d'adoption. Si seules les femmes enceintes peuvent bénéficier des mesures de protection en lien avec la grossesse, un certain nombre de dispositifs visent, quant à eux, la parentalité et concernent les parents indépendamment de leur sexe.

585. De manière emblématique, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a réformé le congé parental, afin de favoriser son usage par les pères. Ce dispositif a été accompagné d'une mesure de protection du salarié : un article dispose désormais qu'« aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'un salarié pendant les quatre semaines suivant la naissance de son enfant »²³⁸², sauf à justifier « d'une faute grave de l'intéressé ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'arrivée de l'enfant »²³⁸³. Des dispositifs existaient déjà pour l'ensemble des congés liés à l'arrivée d'un enfant, à son éducation ou pour tous les autres motifs familiaux. Toutefois, il est important de noter que ces dispositifs ne sont pas toujours généralisés à l'ensemble des professions. Par exemple, les collaboratrices et collaborateurs ne bénéficiaient pas tous, avant l'adoption de la loi du 4 août 2014, d'une protection interdisant la rupture de contrat de collaboration en cas de grossesse ou de prise du congé de paternité²³⁸⁴. L'Ordre des avocats de Paris avait été précurseur sur ce point en adoptant des mesures similaires le 5 mars 2013²³⁸⁵ à la suite de l'arrêt la chambre sociale de la Cour de cassation²³⁸⁶, pour qui « le principe de non-discrimination fondée sur la grossesse ne s'appliquait pas à la rupture d'un contrat de collaboration libérale »²³⁸⁷.

586. Il y a une réelle extension de la protection à la fois à l'ensemble des professions et à l'ensemble des salariés, indépendamment de leur sexe. Cette dernière tendance s'explique par le mouvement actuel de promotion de la prise des congés parentaux par les pères. Avec ces mesures, « la protection des salariés se transforme ostensiblement, et est désormais moins axée

²³⁸² Article L. 1225-4-1 alinéa 1er du Code du travail.

²³⁸³ Article L. 1225-4-1 alinéa 2 du Code du travail.

²³⁸⁴ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Article 17.

²³⁸⁵ Marine BABONNEAU, « Maternité et paternité : les collaborateurs protégés pendant huit semaines », *Dalloz actualité*, 12 juin 2013.

²³⁸⁶ Cass., Soc., 20 déc. 2012, n° 11.28-323.

²³⁸⁷ Diane ROMAN, « Les aspects médico-sociaux de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *RDSS*, 2014, p. 863.

sur le fait biologique de la grossesse que sur le statut parental »²³⁸⁸. La protection du salarié comme du collaborateur, ainsi instaurée, vise en effet à rendre effectifs les dispositifs mis en place. En l'état actuel, la protection dont jouissent les femmes enceintes est davantage étendue que pour les futurs pères et cela s'explique notamment par les discriminations structurelles que les femmes subissent sur le marché du travail du fait de leur fertilité. Il est possible d'imaginer que si les jeunes pères prenaient systématiquement leur part du congé parental d'éducation, cela conduirait à une hausse des discriminations à l'encontre de ceux d'entre eux qui révéleraient prématurément l'état de grossesse de leur compagne et leur intention de prendre un congé parental. Néanmoins, cette situation serait uniquement transitoire puisqu'elle conduirait, à terme, à une discrimination plus générale à l'égard de l'ensemble des salariés « en âge de procréer »²³⁸⁹. Cette situation serait difficilement soutenable pour les employeurs qui seraient alors réticents à employer l'ensemble d'une classe d'âge, sur laquelle les normes sociales dominantes projettent un statut de parent en puissance. De manière assez inévitable, une meilleure répartition de la prise en charge des jeunes enfants entre les parents conduirait, sur une plus longue période, à diminuer le besoin de protection à l'égard des seules femmes qui ne seraient plus désormais les seules destinataires des discriminations en lien avec la future qualité de parent. Deux hypothèses sont alors envisageables, soit la mentalité des employeurs change progressivement, soit la discrimination devient indifférente au sexe et sensible au seul âge des salariés. Etant donné les représentations sociales et culturelles actuelles, il est d'ailleurs intéressant de noter que les hommes seraient susceptibles, sur une plus longue période, de prendre un congé parental et souffriraient alors davantage de discrimination puisque leur « âge de procréer » est perçu comme étant plus étendu.

587. Il est important de faire peser le soin des enfants sur les deux parents de la même manière, pour réduire à terme les discriminations subies majoritairement par les femmes. Le besoin de protection est la contrepartie de l'octroi du congé et permet de s'assurer que celui-ci peut être pris de manière effective sans mettre en péril l'emploi du parent. Un véritable service public de la petite enfance est un volet complémentaire et permet, au niveau des politiques publiques, d'assurer également un retour à l'emploi rapide des parents ayant des enfants en bas âge et en particulier des femmes qui s'en occupent majoritairement.

B. L'offre des modes de garde, comme moyen d'un retour des parents au travail

588. Nous avons surtout insisté sur le rôle joué par les dispositions légales offrant aux salariés – et en particulier aux femmes mais pas uniquement à elles – des moyens de concilier les volets liés à leur famille et à leur travail, en pouvant successivement privilégier l'un sans mettre

²³⁸⁸ *Ibidem* et également écrit dans Diane ROMAN, « Agir sur la répartition genrée des rôles sociaux », in REGINE, « Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n°2014-873 du 4 août 2014, D., 2014, p. 1895.

²³⁸⁹ Pour reprendre la terminologie de l'article L. 2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique.

nécessairement l'autre en péril. L'État joue également un rôle important dans la manière dont il peut offrir des structures d'accueil pour les enfants en bas âge. En effet, pour libérer les femmes de l'éducation des enfants en bas âge, il paraît indispensable d'offrir des modes de garde²³⁹⁰. En d'autres termes, seules une accessibilité de l'ensemble des parents à des modes de garde permettrait de ne plus faire reposer cette charge sur les parents et en particulier, les seules mères. Une multitude de rapports rendus ces dernières années sur le sujet²³⁹¹ témoigne des enjeux autour de l'accessibilité de tous les parents à un mode de garde et met en exergue la nécessité d'un réel service public de la petite enfance.

L'accessibilité de toutes les familles à un mode de garde pour leur enfant en bas âge est un véritable enjeu qui conduit à multiplier les modes de garde possibles et à proposer des dispositifs d'aide dans l'accès à ceux-ci. En effet, il existe une très grande diversité des modes de garde dont leur connaissance par les parents est déjà un préalable important²³⁹². Pour accueillir les enfants jusqu'à leur entrée à l'école maternelle, c'est-à-dire généralement les enfants en dessous de trois ans, il y a des établissements d'accueil collectif (crèches, micro-crèches, haltes garderies ou jardins d'enfants), des possibilités de garde à domicile, d'accueil familial ou d'accueil parental et les assistantes maternelles. Les structures collectives sont financées par la CAF, ce qui permet de ne laisser qu'un montant faible de participation à la charge des parents, selon un barème tenant compte des ressources et de la composition du foyer. Certaines structures d'accueil gérées par des associations ou des entreprises –lorsqu'elles ne font pas l'objet d'un financement direct– ainsi que le recours à une assistante maternelle ou à une personne assurant une garde à domicile peuvent faire l'objet d'un soutien financier de la part de la CAF directement aux familles par le biais du complément de libre choix du mode de garde (CMG) et d'avantages fiscaux (prise en charge de la moitié des cotisations sociales voire de la totalité pour l'emploi d'un ou d'une assistante maternelle)²³⁹³.

²³⁹⁰ Voir not. en ce sens Alexia GARDIN, « Maternité et éducation des enfants : à la recherche de l'introuvable égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 11/09, pp. 727-733, spéc. p. 733 : « D'autres mesures complémentaires s'imposent, au premier rang desquelles figurent certainement le développement des modes de garde pour les enfants de moins de trois ans ».

²³⁹¹ Voir not. COUR DES COMPTES, *L'accueil des enfants de moins de 3 ans : une politique ambitieuse, des priorités à mieux cibler*, Rapport public thématique, Novembre 2013 ; OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA PETITE ENFANCE, *L'accueil du jeune enfant en 2010. Données statistiques*, Caisse nationale des allocations familiales, 2010 ; Joëlle VOISIN, *Développement de la garde d'enfants*, IGAS, RM2009-033P, mars 2009 ; Marie-Pierre HAMEL et Sylvain LEMOINE, « Quel avenir pour l'accueil des jeunes enfants ? », *La note d'analyse du Centre d'Analyse Stratégique*, n°257, janvier 2012 ; CENTRE D'ANALYSE STRATEGIQUE, *Rapport sur le service public de la petite enfance*, mars 2007.

²³⁹² COUR DES COMPTES, *op. cit.*, pp. 129-131 : pour la Cour des comptes, l'information des familles est « une mission à parachever » dans la mesure où si certains outils ont été mis en place, comme le site « mon-enfant.fr » qui permet notamment de simuler le coût du reste à charge des différents modes de garde, ceux-ci sont incomplets –notons, par exemple, l'absence d'information sur le nombre de places en crèche ; pp. 132-134 : de même, les relais d'assistants maternels (RAM) qui ont « pour rôle d'informer les parents et les assistants maternels sur ce mode d'accueil (...), et d'offrir aux assistants maternels un cadre pour échanger sur leur pratique professionnelle » (Article L. 214-2-1 du Code de l'action sociale et des familles) devraient être mis en réseaux et développer leur mission en intégrant dans leur périmètre les gardes d'enfants à domicile.

²³⁹³ Voir articles L. 531-5 et suivants du Code de la sécurité sociale ; Le CMG n'est pas cumulable avec la PréParE et l'ancien CLCA sauf pour un travail à temps partiel (à partir d'un mi-temps et jusqu'à 80%).

Si les entreprises peuvent également s'investir dans une politique en faveur des employés ayant une famille, cela est très inégal entre les entreprises et selon les actions menées. Il existe par exemple une Charte de la parentalité en entreprise, qui prévoit notamment de ne pas faire de réunion avant 9h et après 18h, l'accès à une structure d'accueil gratuite tous les mercredis et pendant les vacances scolaire. Ce type d'initiative montre une réelle convergence entre les intérêts des entreprises et ceux des employés parents²³⁹⁴. Toutefois, l'offre de garde pour les enfants n'est encore que peu développée²³⁹⁵.

589. En pratique, seuls 52,2% des enfants de moins de trois ans bénéficiaient en France en 2011 d'une place d'accueil²³⁹⁶. Lorsque les enfants n'ont pas de place, ils sont souvent gardés par leurs parents²³⁹⁷ mais il existe de très grandes variabilités à la fois territoriales²³⁹⁸ et sociales. Par exemple, « le taux de couverture de l'offre d'accueil s'élève à 53,3 % en métropole contre 22,5 % dans les départements d'outre-mer »²³⁹⁹. En outre, les difficultés d'accès aux modes de garde semblent peser davantage sur les personnes les plus précaires²⁴⁰⁰. La lecture de la répartition des enfants selon leur mode de garde principal et le quintile de revenus de leurs parents montre de très grandes inégalités : seuls 8 à 13% des enfants dont les parents appartiennent aux premier et deuxième quintiles de revenus sont gardés à l'extérieur de leur famille contre 49% et 64% respectivement pour les quatrième et cinquième quintiles²⁴⁰¹. Les disparités territoriales peuvent se conjuguer avec les inégalités sociales : par exemple, le mode de garde à domicile semble particulièrement utilisé pour les enfants de cadres et de professions intellectuelles

²³⁹⁴ Voir l'étude réalisée à partir du volet employeur de l'enquête « Familles et employeurs », par Cécile LEFEVRE *et al.*, « 12. Les employeurs, un autre acteur de la politique familiale ? », *Entre famille et travail*, La Découverte, 2009, pp. 287-306.

²³⁹⁵ *Ibidem* : « De la part des employeurs, [elle] reste très rare : seulement 2 % des établissements déclarent qu'il existe, relié à leur établissement, une crèche ou des places de crèche à disposition de leurs salariés. Les établissements de la fonction publique hospitalière (8 %) ou territoriale (7 %) et ceux de très grande taille (un cinquième des plus de mille salariés) sont ceux qui offrent des places en crèche ; les garderies et centres de loisirs sont surtout proposés par la fonction publique territoriale (11 %) et les entreprises publiques ou nationalisées (10 %). Si l'on raisonne en termes de salariés potentiellement concernés, les proportions sont plus élevées : un salarié sur quinze travaillant dans un établissement d'au moins vingt salariés peut bénéficier de place en crèche, et un sur vingt de garderie ou de centre de loisirs ».

²³⁹⁶ COUR DES COMPTES, *op. cit.*, pp. 25-26 : même si ce chiffre est en progression depuis 2006 où il était de 47,7%.

²³⁹⁷ OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA PETITE ENFANCE, *Rapport 2012*, p. 36 : « En 2007, 63% des enfants de moins de 3 ans sont gardés en journée (8h-19h) par leurs parents ».

²³⁹⁸ Françoise BORDERIES, « L'offre d'accueil des enfants de moins de 3 ans en 2012 », DRESS, *Etudes et Résultats*, n°892, septembre 2014, p. 6 : « le nombre moyen de places d'accueil de tous types est de 61 pour 100 enfants de moins de 3 ans en France métropolitaine. Ce nombre varie entre 30 et 109 places avec des disparités géographiquement marquées ».

²³⁹⁹ COUR DES COMPTES, *op. cit.*, p. 50 et voir plus généralement sur le sujet des disparités territoriales pp. 48-51.

²⁴⁰⁰ Marie ACS, Etienne FREL-CAZENAVE et Bertrand LHOMMEAU, « Parents bénéficiaires de minima sociaux : comment concilier vie familiale et insertion professionnelle ? », DRESS, *Etudes et Résultats*, n°874, février 2014, p. 4 : Parmi les bénéficiaires de minima sociaux, « la garde d'enfants constitue une difficulté d'insertion professionnelle pour la moitié des mères sans emploi : 37% de celles qui en recherchent un se disent limitées par ce motif, et 67% de celles qui n'en cherchent pas avancent cet argument pour expliquer leur retrait du marché du travail. Ces difficultés sont renforcées lorsque l'enfant est en bas âge ».

²⁴⁰¹ Sévane ANANIAN et Isabelle ROBERT-BOBEE, « Modes de garde et d'accueil des enfants de moins de 6 ans en 2007 », DRESS, *Etudes et résultats*, N° 678, février 2009, p. 4.

supérieures en région parisienne ²⁴⁰². Les familles les plus précaires, notamment monoparentales, assurent davantage que les autres elles-mêmes la garde des jeunes enfants, conduisant à leur éviction du marché du travail. En d'autres termes, « malgré la diversité des modes de garde proposés et la volonté de garantir le libre choix du mode de garde pour les parents, la réalité est tout autre puisque le plus souvent le mode de garde adopté par la famille est le seul accessible étant donné les revenus et le lieu d'habitation des parents et le mois de naissance de l'enfant »²⁴⁰³. Pour l'ensemble de ces raisons, la mise en place d'un service public de la petite enfance serait un net progrès, notamment en faveur de l'emploi de toutes les femmes. Madame Hélène Périvier, économiste, explique ainsi qu'« un service public de la petite enfance est (...) porteur d'égalité et de justice mais aussi de dynamisme économique »²⁴⁰⁴ : cela permet en effet de créer des emplois, de faire revenir sur le marché du travail certaines femmes et tout cela contribue à la croissance du produit intérieur brut (PIB).

590. Il convient toutefois de définir la notion de service public de la petite enfance et en particulier, les modalités de mise en œuvre de celui-ci. De manière générale, il s'agirait de faire en sorte que l'administration assume l'activité d'intérêt général de garde d'enfant²⁴⁰⁵. En d'autres termes, cela revient à ce que l'administration assume la tâche d'« organiser les différents dispositifs de garde existants en un “service public de la petite enfance” offrant un service plus homogène et plus performant aux usagers »²⁴⁰⁶. La mise en place d'un service public de la petite enfance, sans atteindre un droit opposable à un mode de garde, permettrait réellement d'orienter les politiques familiales actuelles vers un modèle plus égalitaire. En effet, « le niveau de développement des services publics et des prestations sociales allouées pour la garde des enfants »²⁴⁰⁷ est un des critères permettant de différencier « selon que le modèle du soutien de famille masculin est fort, modéré ou faible »²⁴⁰⁸, avec le traitement des femmes « dans les systèmes de protection sociale et dans les systèmes d'imposition »²⁴⁰⁹ et « le degré d'engagement des femmes sur le marché du travail ainsi que la forme de cet engagement, notamment pour les femmes mariées et les mères »²⁴¹⁰.

591. La France est le 4^e pays de l'OCDE en termes de richesse nationale consacrée aux familles avec des dépenses publiques afférentes aux prestations familiales qui atteignent presque 4% du PIB²⁴¹¹ et certains auteurs parlent du « succès de la France en matière de conciliation travail-

²⁴⁰² Sévane ANANIAN et Isabelle ROBERT-BOBEE, *op. cit.*, p. 5 : « 13 % des enfants de mères cadres et 7 % des enfants résidant en Ile-de France sont gardés à domicile à titre principal, contre 2 % de l'ensemble des enfants de moins de 3 ans ».

²⁴⁰³ Hélène PERIVIER, « Vers un service public de la petite enfance », *Revue de l'OFCE*, 2012, Supp.1, pp. 91-96.

²⁴⁰⁴ *Ibidem*.

²⁴⁰⁵ Voir not. Jean WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Précis Droit public, 25^e éd., 2014, pp. 375 et s.

²⁴⁰⁶ CENTRE D'ANALYSE STRATEGIQUE, *op. cit.*, p. 6.

²⁴⁰⁷ Marie-Thérèse LETABLER, *op. cit.*, p. 30.

²⁴⁰⁸ *Ibidem*.

²⁴⁰⁹ *Ibid.*

²⁴¹⁰ *Ibid.*

²⁴¹¹ OCDE, *La base de données de l'OCDE sur la famille*, 2014.

famille »²⁴¹², qui « peut être imputable à sa position équilibrée, véhiculant l'image d'une femme mère et active parvenant à mener de pair sa carrière et sa vie de famille. Les politiques publiques françaises préservent ainsi globalement l'arbitrage des femmes entre activité et inactivité, contrairement à d'autres pays comme l'Allemagne qui opte davantage pour le retrait des femmes du marché du travail au profit de la sphère familiale à l'arrivée du premier enfant »²⁴¹³. Toutefois, « en matière de politique familiale, l'exemplarité française n'est pas exempte d'une certaine ambiguïté »²⁴¹⁴ : les limites tiennent notamment à la précarité professionnelle des femmes et aux inégalités salariales qui favorisent l'exclusion du marché du travail des femmes peu qualifiées à la suite de leur congé parental et à l'insuffisance et au caractère inégalitaire de l'offre en termes de modes de garde.

592. Une offre accrue de modes de garde qui tend vers la mise en place d'un véritable service public de la petite enfance est un complément indispensable aux congés offerts aux parents. La disponibilité des structures d'accueil pourrait à long terme changer les comportements sociaux et permettre aux salariés, notamment les femmes, de ne pas s'arrêter de travailler ou de moins s'arrêter, tout en partageant davantage les responsabilités familiales avec les hommes. En plus de la possibilité d'avoir accès à un mode de garde, la fin de la différence de salaire importante entre les femmes et les hommes inciterait certainement davantage le parent avec le plus faible revenu à s'arrêter et cela ne serait alors plus majoritairement les mères. La loi du 4 août 2014 relative à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes met d'ailleurs en place différents dispositifs afin de favoriser l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes. Quant à la réforme du congé parental, elle aurait pu s'accompagner, comme le préconise Madame Rachel Silvera, économiste spécialiste des inégalités de salaire entre les femmes et les hommes²⁴¹⁵, d'une valorisation de son indemnisation pour inciter doublement les pères à le prendre.

593. De manière générale, des dispositifs juridiques sont mis en place dans l'objectif de favoriser la conciliation des temps de vie consacrés au travail rémunéré et à la réalisation d'un projet parental, ainsi que le partage des responsabilités parentales entre les femmes et les hommes. Le droit social évolue à un rythme assez proche des comportements sociaux, permettant même parfois d'encourager des changements par des mesures incitatives. Le droit social apparaît nettement plus proche des préoccupations des familles que ne peut l'être le droit civil et en particulier le droit commun de la filiation, dont une partie de la doctrine se fait la gardienne. Peut-être que cette distinction s'explique par le fait que la parenté est une notion juridique alors que la parentalité, au contraire, renvoie à des considérations de faits. En outre, le droit social – en l'espèce celui de l'Union européenne – reste réticent à certaines avancées comme l'attribution

²⁴¹² Sonia BAUDRY et Stéphanie FILLION, *op. cit.*, pp. 245-250.

²⁴¹³ *Ibidem.*

²⁴¹⁴ *Ibid.*

²⁴¹⁵ Voir not. Rachel SILVERA, *Un quart en moins*, La découverte, coll. Cahiers libres, 2014.

d'un congé de maternité à la mère d'intention d'une GPA. Tous les projets parentaux ne produisent pas des effets identiques en droit social, même si globalement, la neutralité à l'égard du sexe du parent, derrière la notion de projet parental, est prise en compte.

Section II – La parenté : fondements et institutions

594. Alors que la notion de projet parental est indissociable de celle d'autonomie et exprime la volonté des personnes d'accéder à la volonté, l'inscription des techniques de PMA dans le droit de la filiation en renforce les stéréotypes de genre. Ainsi, l'homme, considéré comme remplissant une fonction, celle de soutien financier du foyer, peut devenir père par le seul fait de sa volonté et ce n'est que subsidiairement, s'il n'existe aucun volontaire, que le géniteur pourra être obligé à occuper cette place. Au contraire, la maternité est construite comme reposant non pas sur la volonté mais sur la nature : les femmes, toutes mères par essence, se voient reconnaître ce statut par le droit du fait de l'accouchement, fait biologique générateur du lien de filiation maternelle. Ce n'est que par exception à ce principe que les femmes peuvent refuser d'établir leur maternité en accouchant sous X tandis que l'interdiction de la GPA témoigne de l'attachement du droit à ces principes présentés comme séculiers. Nous souhaitons remettre en cause cet état du droit, à partir de l'idée de volonté que les auteurs du projet parental expriment de manière similaire indépendamment de leur sexe.

Pour cela, nous faisons l'hypothèse selon laquelle le projet parental, c'est-à-dire la volonté ou encore l'intention de devenir parent, pourrait être le fondement de la filiation le plus adapté pour favoriser l'égalité entre les sexes et lutter contre les stéréotypes de genre. Pour que le projet parental soit une réponse aux stéréotypes de genre et spécialement à la division sexuée du travail (§I), l'intention doit devenir le fondement principal à l'établissement de la filiation (§II).

§I. Le projet parental comme réponse aux stéréotypes de genre

595. Le projet parental permet de réformer le droit de la filiation dans une optique d'égalité entre les sexes. Pour atteindre cet objectif, il apparaît nécessaire de modifier les dispositifs ayant trait à la filiation qui confortent la division sexuée du travail entre les hommes et les femmes. Ainsi, nous proposons en particulier de lutter contre le stéréotype de genre qui fait des géniteurs des pourvoyeurs d'aliments (A) tandis que diverses évolutions paraissent opportunes pour faire reculer l'image des femmes dont la nature serait la maternité (B).

A. Lutter contre le stéréotype du père pourvoyeur d'aliments

596. Le stéréotype de genre selon lequel le père assure une fonction principale de soutien financier pour l'enfant et la mère pose en fait la question de la définition actuelle de la paternité. Il est en effet important de se questionner sur les fondements autant que sur les finalités du lien

de filiation paternelle. Nous avons déjà mis en exergue le fait que le lien génétique est utilisé de manière subsidiaire afin d'établir la paternité à l'égard d'un homme qui n'assume pas de lui-même la fonction paternelle. À côté de l'action en recherche de paternité, l'action à fins de subsides apparaît encore plus problématique dans la mesure où le lien génétique sert uniquement à fonder une paternité pécuniaire. Il nous semble opportun de supprimer cette action qui vise à obtenir le paiement de subsides par le géniteur (a) même si cela pose ensuite diverses questions quant aux conséquences pratiques d'une telle évolution du droit (b).

a. Supprimer l'action à fins de subsides, symbole d'une paternité pécuniaire

597. L'action à fins de subsides apparaît comme un archaïsme juridique, révélateur d'une certaine conception de la paternité. Il s'agit alors de discuter de l'opportunité de sa suppression du droit français, en particulier dans la mesure où cette abrogation permettrait de lutter contre la représentation des pères comme pourvoyeurs de subsides²⁴¹⁶. D'autres arguments tenant notamment à la cohérence du système juridique peuvent également justifier une telle évolution du droit français, qui se rapprocherait alors du droit suisse.

598. La terminologie utilisée permet de comprendre dans quelle mesure l'action à fins de subsides est l'équivalent de l'ancienne « petite action » en recherche de paternité du droit suisse. En effet, les subsides sont définis comme le « secours (en général aide financière) apporté à une personne en vue de subvenir à son existence ; répondant à la même fonction que les aliments auxquels ils empruntent le plus souvent leur forme (pension en argent), les subsides s'en distinguent en ce que leur octroi n'est pas l'exécution d'un devoir de famille mais le substitut de celui-ci »²⁴¹⁷. Plus précisément, l'action à fins de subsides correspond au « droit, pour tout enfant (naturel) dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, de réclamer en justice des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception sur la seule preuve de celles-ci (sans avoir à établir la paternité naturelle du défendeur, à la différence de l'action en recherche de paternité hors mariage) »²⁴¹⁸. « L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant ; celui-ci peut encore l'exercer dans les dix années qui suivent sa majorité si elle ne l'a pas été pendant sa minorité »²⁴¹⁹. En outre, « l'action est recevable même si le père ou la mère était au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, ou s'il existait entre eux un des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent code »²⁴²⁰.

²⁴¹⁶ Voir not. en ce sens, Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Droit civil et paternité », *Revue française des affaires sociales, Pères et Paternité*, Hors-série, Nov. 1988, pp. 129-139, spéc. p. 130 : « Le père est d'abord celui qui pourvoit aux besoins de l'enfant ».

²⁴¹⁷ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10e éd., 2014, entrée « subside », p. 992.

²⁴¹⁸ *Ibidem*.

²⁴¹⁹ Article 342 alinéa 2 du Code civil.

²⁴²⁰ Article 342 alinéa 3 du Code civil.

599. D'un point de vue historique, l'obligation alimentaire instituée par la loi n° 55-934 du 15 juillet 1955 visait justement le cas des enfants adultérins et incestueux pour lesquels un lien de filiation ne pouvait pas être établi. La jurisprudence avait, par la suite, étendu cette possibilité « aux enfants naturels simples, privés des moyens de faire la preuve complète et légale de leur filiation »²⁴²¹. La loi n°72-3 du 3 janvier 1973 remplace cette obligation alimentaire par l'action à fins de subsides et l'ouvre à tous les enfants naturels dont la filiation n'est pas établie. Le champ d'application finit de s'étendre avec l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 et dorénavant l'action est ouverte à tout enfant. La multiplication des bénéficiaires de l'action à fins de subsides autant que l'évolution des moyens de preuve ont profondément modifié le sens et la portée de cette procédure.

600. Ainsi, « en se plaçant du point de vue de l'enfant incestueux qui était historiquement un des premiers visés par l'action à fins de subsides, il apparaît comme évident qu'il est hors de propos d'envisager l'action à fins de subsides comme établissant un lien de filiation juridique »²⁴²². L'action à fins de subsides était pensée comme une compensation fondée sur le risque : elle « tend à réparer le préjudice subi par un enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie, en mettant son entretien à la charge de celui ou de ceux qui ont pris le risque de l'engendrer en ayant des relations intimes avec la mère durant la période légale de conception »²⁴²³. Pourtant, ce fondement initial semble dorénavant inexistant. En effet, il ne s'agit plus « de rapporter la preuve d'une possibilité de paternité » dans la mesure où les moyens de preuve utilisés permettent directement d'apporter la preuve de la certitude de la paternité²⁴²⁴. Les progrès biologiques en matière d'expertise ont modifié la pratique judiciaire autant pour l'action en recherche de paternité que pour l'action à fins de subsides. Le principe selon lequel l'expertise biologique est de droit sauf motifs légitimes de ne pas y procéder a en effet été également reconnu pour l'action à fins de subsides²⁴²⁵. Outre cette modification du sens de l'action à fins de subsides, Madame Solange Mirabail déplore le manque de cohérence de cette procédure au sein du droit de la filiation actuel. Pour elle, « en dehors de l'hypothèse de l'enfant qui est le fruit d'une agression ou d'une atteinte sexuelle, elle suscite d'importantes réserves car elle permet à la mère d'exercer l'action à fins de subsides plutôt que l'action en recherche de paternité, non

²⁴²¹ Marie KORNPROBST, Hubert BOSSE-PLATIERE et Aurore MULLOT-THIEBAUD, « Obligation alimentaire » in Dalloz, *Répertoire de droit civil*, septembre 2012, mise à jour en octobre 2014, §92, citant Cass., 1ère Civ., 20 mai 1969, D. 1969. 429, concl. Lindon, note Colombet.

²⁴²² Marie KORNPROBST, Hubert BOSSE-PLATIERE et Aurore MULLOT-THIEBAUD, *op. cit.*, §94.

²⁴²³ *Ibidem*.

²⁴²⁴ Solange MIRABAIL, « Repenser l'action à fins de subsides », *Droit de la famille*, n° 9, Septembre 2011, étude 19 : « C'est à partir du moment où les juges ne se sont plus contentés d'ordonner des expertises à des fins négatives mais les ont utilisées à des fins positives que l'action à fins de subsides s'est éloignée de son fondement initial et que le dispositif a commencé à perdre de sa cohérence ».

²⁴²⁵ Cass., 1ère Civ., 14 juin 2005, n° 03-13.901 : JurisData n° 2005-026805 ; Bull. civ. 2005, I, n° 254 ; Dr. famille 2005, comm. 182, note P. Murat ; D. 2005, inf. rap. p. 1804 ; Defrénois 2005, p. 1848, obs. J. Massip. – Cass. 1re civ., 14 juin 2005, n° 03-12.641 : JurisData n° 2005-028930 ; Bull. civ. 2005, I, n° 253 ; eod. loc. – Cass. 1re civ., 6 déc. 2005, n° 05-11.150 : JurisData n° 2005-031132 ; Bull. civ. 2005, I, n° 478 ; D. 2006, inf. rap. p. 14 ; RTD civ. 2006, p. 98, obs. J. Hauser. – Cass. 1re civ., 9 févr. 2011 : RJPF 2011, p. 23, obs. T. Garé.

plus dans l'intérêt de l'enfant, mais dans un intérêt purement personnel, ce choix pouvant par exemple être motivé par son souhait de ne pas partager l'exercice de l'autorité parentale »²⁴²⁶. Elle explique par ailleurs que « si l'évolution du droit de la filiation avait eu pour seul effet de réduire l'intérêt de recourir à l'action à fins de subsides, il n'y aurait pas lieu de critiquer le dispositif actuel. Or cette évolution combinée à la réglementation de l'action à fins de subsides a pour conséquence d'augmenter considérablement le pouvoir accordé à la volonté et c'est en cela qu'elle est très critiquable »²⁴²⁷. Nous ne souscrivons pas pleinement à ces propos, qui nous semblent incomplets. En effet, cette dernière oublie de replacer l'action à fins de subsides dans le système mis en place par l'ensemble des règles du droit commun de la filiation : dans ce cadre, il apparaît nettement que l'action à fins de subsides met en lumière le rôle minimal endossé par les hommes en tant que géniteurs, à savoir être un soutien financier.

601. La paternité comme fonction est mise en exergue par l'action à fins de subsides et en particulier par son régime. Il est en effet explicitement prévu que « l'allocation des subsides cessera d'avoir effet si la filiation paternelle de l'enfant vient à être établie par la suite à l'endroit d'un autre que le débiteur »²⁴²⁸. Cela signifie bien que le soutien financier assuré par le débiteur, reconnu géniteur (potentiel mais souvent avéré) est par la suite transféré au père. D'ailleurs, les tribunaux ont jugé que lorsque la paternité est établie postérieurement, judiciairement ou par reconnaissance volontaire, le débiteur de subsides ne peut engager une action en répétition afin d'obtenir le remboursement des subsides versés pendant la période antérieure à la reconnaissance par un tiers²⁴²⁹. Les subsides visent l'entretien présent de l'enfant comme en témoigne à la fois la forme prise par le règlement des subsides, une pension établie « d'après les besoins de l'enfant, les ressources du débiteur, la situation familiale de celui-ci »²⁴³⁰ et le fait que la décision accordant des subsides est constitutive, c'est-à-dire qu'elle ne crée pas d'obligation antérieure à la date de l'assignation²⁴³¹. Les subsides visent l'entretien par son géniteur de l'enfant dans son quotidien. Quant aux empêchements à mariage qui existent entre le débiteur et l'enfant, ils témoignent de la proximité qui existe entre l'action à fins de subsides et l'action en recherche de paternité²⁴³². Tous ces éléments permettent d'affirmer que l'action à fins de subsides est une paternité pécuniaire qui participe pleinement de la division sexuée du travail. C'est à notre sens principalement dans cette optique –de suppression des stéréotypes de genre et en particulier de celui qui fait de la paternité un soutien financier– que se justifie l'abrogation de l'action à fins de subsides.

²⁴²⁶ Solange MIRABAIL, *op. cit.*

²⁴²⁷ *Ibidem.*

²⁴²⁸ Article 342-8 alinéa 2 du Code civil.

²⁴²⁹ Voir not. en ce sens TGI Rouen, 23 oct. 1978 : D. 1979. IR 245, obs. Huet-Weiller.

²⁴³⁰ Article 342-2 du Code civil.

²⁴³¹ Cass., 1^{ère} Civ., 19 mars 1985 : Bull. civ. I, no 100 ; R., p. 77 ; D. 1985. 533, note J. M. ; JCP 1986. II. 20665, note Joly.

²⁴³² Article 342-7 du Code civil : « Le jugement qui alloue les subsides crée entre le débiteur et le bénéficiaire, ainsi que, le cas échéant, entre chacun d'eux et les parents ou le conjoint de l'autre, les empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent code ».

L'abandon de l'action à fins de subsides paraît d'autant plus opportune au regard du droit suisse. Alors qu'en 1972, le législateur français renforce l'action à fins de subsides, en Suisse, la loi fédérale du 25 juin 1976, entrée en vigueur le 1er janvier 1978, qui a mis fin à la distinction entre les « enfants légitimes » et la « filiation illégitime » a supprimé la petite action en recherche de paternité. Le droit suisse distinguait en effet l'action à fins de subsides, aussi appelée petite action ou paternité pécuniaire, de l'action à effets d'état civil, appelée grande action et qui emportait établissement de la filiation paternelle. Selon Monsieur le professeur Guy Flattet, « l'action à fin de subsides est supprimée, contrairement à l'opinion de la doctrine, qui considérerait plutôt préjudiciable à l'enfant la déclaration de paternité, resserrant les liens juridiques entre lui et un "père" qui s'est opposé à la création de ces liens. Les rapporteurs de la Société suisse des juristes recommandaient même la suppression de la grande action, en tout cas sa limitation »²⁴³³. Le législateur suisse défendait quant à lui l'égalité entre les enfants et privilégiait l'établissement d'un lien de filiation aux seuls subsides.

C'est également dans cette perspective que Madame Solange Mirabail réfléchit à des réformes de l'action à fins de subsides en droit français. Dans une hypothèse minimaliste, elle propose de faire évoluer l'état du droit en ne permettant d'exercer l'action à fins de subsides que dans le cas d'inceste absolu ou d'agression sexuelle. « Au-delà de la délimitation de son champ d'application par l'institution de cas d'ouverture qui viseraient l'inceste absolu et les agressions et atteintes sexuelles, il faudrait remédier à une inégalité injustifiée qui existe actuellement et qui provient de la différence de situations dans laquelle se trouvent les enfants privés du droit d'établir leur second lien de filiation selon qu'est établie leur filiation maternelle ou leur filiation paternelle »²⁴³⁴. Ainsi, l'auteur propose que l'action puisse également être exercée à l'égard de la mère dans le cas d'un inceste où le père a établi sa filiation avant celle de la mère par reconnaissance prénatale. L'autre hypothèse de réforme consisterait à supprimer l'interdiction d'établir une double filiation incestueuse et emporterait alors l'abrogation de l'action à fins de subsides. Il apparaît alors que le droit suisse peut également être pris en exemple dans ce domaine : en effet, en plus d'avoir supprimé la petite action en recherche de paternité, le droit suisse permet d'établir un double lien de filiation, y compris en cas d'inceste. Cette évolution du droit est appelée de ses vœux par certains auteurs pour lesquels il s'agit d'une discrimination injustifiée à l'égard de l'enfant et qui va à l'encontre de son droit à la vie privée et familiale²⁴³⁵. Madame Ségolène Perrin propose notamment de réfléchir à la possibilité d'une adoption simple

²⁴³³ Guy FLATTET, « Le nouveau droit suisse de la filiation », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 29, n°4, oct.-déc. 1977, pp. 675-687, spéc. p. 682.

²⁴³⁴ Solange MIRABAIL, *op. cit.*

²⁴³⁵ Voir en part. Ségolène PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Droit de la famille*, 2010, étude 16 ; comp. Dominique FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Droit de la famille*, n°11, nov. 2003, chron. 29 et Dominique FENOUILLET, « La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation », *Droit de la famille*, n°2, fév. 2004, comm. 16.

de l'enfant par le second parent ou à la reconnaissance du lien de filiation, sous contrôle du juge²⁴³⁶.

602. À notre sens, une modification du droit français inspirée du droit suisse serait souhaitable : il conviendrait alors de supprimer l'action à fins de subsides, c'est-à-dire les articles 342 à 342-8 du Code civil et l'interdiction de l'établissement du double lien de filiation incestueux de l'article 310-2 du Code civil²⁴³⁷. De cette manière, le géniteur ne serait plus conçu comme devant uniquement subvenir aux besoins de l'enfant et il n'existerait plus de paternité uniquement pécuniaire. Ces propositions s'inscrivent dans une perspective large : en effet, nous nous intéressons au système dans lequel s'inscrit l'ensemble des règles relatives à la filiation. Toutefois, les conséquences pratiques de la suppression de l'action à fins de subsides ne peuvent être ignorées.

b. Le géniteur, père malgré lui ?

603. La suppression de l'action à fins de subsides conduit à des conséquences pratiques importantes dans la mesure où elle réduit les actions juridiques possibles à l'encontre du géniteur. En particulier, deux séries d'interrogations semblent à notre sens se poser. D'une part, l'action à fins de subsides offrait une voie contentieuse supplémentaire pour les mères et les enfants. Autrement dit dans quelle proportion, dans quelles situations et pour quelles raisons l'action à fins de subsides est-elle utilisée ? D'autre part, si seule l'action en recherche de paternité existe, est-ce que cela ne conduirait pas à la création de paternité forcée dont le rôle serait également limité aux aspects financiers ? Ces liens juridiques « vides » créés par la force des juridictions à l'égard d'hommes désintéressés ne privent-ils pas alors les enfants de potentiels liens de filiation paternelle postérieurs ?

L'action à fins de subsides ne semble pas être aussi désuète qu'elle peut le laisser supposer. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'elle véhicule une image dépassée du géniteur qu'elle n'est pas en pratique utilisée²⁴³⁸. Il est difficile de savoir pour quelles raisons l'action à fins de subsides est préférée dans certaines situations à l'action en recherche de paternité. Une partie de la doctrine avance la volonté maternelle de ne pas partager de droits sur l'enfant. Une autre évoque des situations de droit international privé : « certains auteurs ont toutefois soutenu que son utilité se serait déplacée au profit des mères, notamment de confession musulmane, dont le

²⁴³⁶ *Ibidem*.

²⁴³⁷ Une partie de la doctrine se montre critique face à l'interdiction actuelle, voir not. André BRETON, « L'enfant incestueux », pp. 309-326 in *Aspects nouveaux de la pensée juridique - Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. Tome 1 - Études de science pénale et de politique criminelle*, éd. Pédone, 1975, spéc. p. 320 : « Je comprends en une matière si grave les scrupules du législateur. J'hésite cependant beaucoup à les partager. S'il existe un fait, si déplaisant ou même si abominable qu'il soit, on ne le fait pas disparaître en le niant. C'est le vice qui rend par l'hypocrisie hommage à la vertu. Je crois qu'on ne gagne rien à dissimuler les plus tristes réalités ».

²⁴³⁸ Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la justice*, éd. 2011-2012, p. 40 : En 2010 parmi les affaires nouvelles au fond, il y a eu 303 saisines de TGI dans le cadre d'une action à fins de subsides et 55 affaires portées en appel. Ces chiffres peuvent être relativisés –sans être pour autant marginalisés– au regard de ceux relatifs à l'action en recherche de paternité pour laquelle il y a eu 1 211 saisines des juridictions de première instance et 157 affaires portées en appel.

statut personnel exclut l'action en recherche de paternité et qui pourraient ainsi se replier sur cette action à fins de subsides »²⁴³⁹. Pour Monsieur le professeur Jean Hauser, cela « pose alors un autre problème constitutionnel qui serait celui de conserver dans le code civil des Français des dispositions dont la finalité ne concernerait que les citoyens étrangers ? La solution est sans doute plutôt du côté du droit international privé dans la qualification de l'action en recherche de paternité et dans le jeu de l'exception d'ordre public »²⁴⁴⁰. Au regard de ces éléments, l'action à fins de subsides semble remplir la fonction palliative originale sans toutefois que cela soit satisfaisant. Il conviendrait alors peut-être de chercher des solutions en droit international privé –même si les raisons qui motivent notre démarche divergent de celles de Monsieur le professeur Jean Hauser.

604. En plus de cette question pratique relative à l'utilisation de l'action à fins de subsides s'en pose une autre concernant les alternatives restantes, à savoir l'action en recherche de paternité. Selon nous, la principale question est celle de l'opportunité de forcer l'homme, géniteur, à devenir père d'un enfant dont il s'est jusqu'à présent désintéressé. L'action à fins de subsides présente en particulier l'avantage de laisser libre le lien de filiation paternelle : un homme, qui n'est pas le géniteur, pourrait par la suite reconnaître l'enfant. Cela nous semble toutefois problématique dans la mesure où cela montre bien que la volonté fait la filiation paternelle selon les règles du droit commun, y compris lorsque l'on est certain qu'il ne s'agit pas du géniteur. La fin de l'action à fins de subsides ne laisserait aux mères que le choix d'une action en recherche de paternité à l'égard du géniteur ou une abstention de recours judiciaire à l'égard de celui-ci. Dans ce dernier cas, la filiation paternelle inexistante pourrait par la suite être établie à l'égard d'un homme. Il nous semble néanmoins que, même en cas de recours à une action en recherche de paternité, la filiation de l'enfant pourrait être enrichie par la suite par le biais de l'adoption simple de l'enfant du conjoint, si le nouveau compagnon de la mère le souhaite et si le père y consent. Reste alors en suspend uniquement la problématique relative à la place prise par le géniteur, devenu père malgré lui, dans la vie quotidienne de l'enfant. En effet, s'il partage les droits d'autorité parentale avec la mère, il peut dans les faits être très effacé et absent de la vie de son enfant. Il nous semble que même très peu effectif, le lien de filiation paternelle établi en justice sur la base d'un lien biologique ne doit pas être dévalorisé. En outre, à moyen terme, la « menace » de l'établissement d'un lien de filiation pourrait conduire à mieux responsabiliser les hommes et à leur faire adopter des comportements sexuels les mettant à l'abri d'une procréation non souhaitée. Enfin, une comparaison avec les solutions adoptées en matière de PMA peut apporter un éclairage supplémentaire. Avant l'adoption de la loi de 1994, l'homme qui avait consenti à un don de sperme pouvait par la suite ne pas reconnaître l'enfant ou remettre en

²⁴³⁹ Jean HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004.

²⁴⁴⁰ *Ibidem*.

cause sa paternité établie par présomption du fait de son mariage avec la mère. Avant que le législateur ne choisisse de déclarer judiciairement la paternité dans ces situations, les contentieux ont conduit la doctrine à rechercher des solutions juridiques²⁴⁴¹. Madame la professeure Claire Neirinck a ainsi proposé d'ouvrir l'action à fins de subsides dans ces situations même si elle admet qu'« il peut sembler provoquant d'imaginer un tel recours contre des non-géniteurs qui ont voulu, à un moment donné, être pères, alors que la loi aujourd'hui l'accorde contre des géniteurs qui n'ont jamais voulu être pères »²⁴⁴². Toutefois, elle justifie sa proposition par les similitudes existantes dans le fait que l'enfant est *in fine* privé de père, le géniteur étant anonyme dans le cas d'un don de gamète. Cette proposition, qui n'a pas été retenue par le législateur en 1994, témoigne du rôle indemnitaire de l'action à fins de subsides : il s'agit de payer pour se soustraire de sa paternité.

À propos de l'action en recherche de paternité, une question prioritaire de constitutionnalité a été posée à l'occasion d'un litige. La question posée était la suivante : « l'article 327 du code civil instituant l'action en recherche judiciaire de paternité hors mariage, en ce qu'il empêche tout homme géniteur de se soustraire à l'établissement d'une filiation non désirée, est-il contraire à la Constitution, ensemble les articles 1 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'article 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 ? »²⁴⁴³. Les juges de la Cour de cassation n'ont pas transmis la QPC au Conseil constitutionnel en estimant que la question n'était pas nouvelle. D'autre part, il a été souligné par la Haute juridiction « que la question posée ne présente pas de caractère sérieux au regard du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, dès lors que la maternité hors mariage est susceptible d'être judiciairement déclarée, comme la paternité hors mariage et dans les mêmes conditions procédurales, y compris en cas d'accouchement dans le secret, lequel ne constitue plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité »²⁴⁴⁴. Cette utilisation du principe d'égalité entre les hommes et les femmes nous semble contestable dans la mesure où ce sont sur les femmes que pèsent encore principalement les charges de la naissance d'un enfant et de son éducation. Certains auteurs sont très critiques vis-à-vis de la décision de la Cour de cassation qu'ils trouvent frileuse au regard du sérieux que présente la question de l'action en recherche de paternité et de l'accouchement sous X²⁴⁴⁵. Au contraire, d'autres auteurs paraissent

²⁴⁴¹ À propos des solutions contentieuses, Claire NEIRINCK, « L'action à fins de subsides pour l'enfant né d'une fécondation hétérologue », *LPA*, 1988, n° 62, p. 22 : « En droit positif, les tribunaux ne peuvent qu'accueillir la contestation : le droit de la filiation n'est d'aucun secours. Mais pour protéger l'enfant le droit de la responsabilité peut être utilement invoqué ».

²⁴⁴² *Ibidem*.

²⁴⁴³ Cass., 1ère Civ., 28 mars 2013, QPC (refus) n° 13-40.001.

²⁴⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁴⁵ Voir not. Jean HAUSER, « Contrôle constitutionnel : constitutionnalité de la jurisprudence et égalité apparente des sexes », *RTD Civ.*, 2013, p. 361 : « Depuis longtemps nous avons remarqué, en passant, que la consécration de l'accouchement sous X pour les femmes qui leur permet d'échapper à la filiation maternelle avec la bénédiction de la loi, que les progrès de la contraception et que la notion de l'enfant « conventionnel » conduiront tôt ou tard à poser le problème ».

convaincus que la suppression de la fin de non-recevoir à l'action en recherche en maternité en cas d'accouchement secret autant que les règles procédurales identiques concernant les actions en recherche de paternité et de maternité justifient la non-transmission de la QPC²⁴⁴⁶.

605. Si la suppression de l'action à fins de subsides ne remet pas seule en cause l'ensemble du système de filiation, elle permet toutefois de réduire la persistance en droit de la filiation du stéréotype du père pourvoyeur d'aliments. En cela, il s'agit d'un facteur d'évolution du droit, qui nous semble également tenir compte des évolutions sociétales. En outre, « on peut déplorer que le père doive toujours contribuer à l'entretien de son enfant mais qu'il n'ait le droit de veiller sur lui que dans certains cas. Mais cette législation n'est pas le résultat de la réflexion perverse d'un technocrate en délire : c'est le fruit de la nécessité sociale, à la suite de siècles de désintérêt des pères pour les enfants illégitimes, et même parfois pour des enfants légitimes, de difficultés des mères célibataires ou divorcées, de rancœur des enfants abandonnés »²⁴⁴⁷. Les pères, ramenés à leur seule fonction de pourvoyeur d'aliments, apparaissent, comme un « deuxième sexe parental »²⁴⁴⁸. Cette expression calquée sur le deuxième sexe de Simone de Beauvoir témoigne du fait que, dans ce domaine, le père passe au second plan : elle détaille ainsi que « le père, lui, appartient au deuxième sexe parental, celui qui compte moins, qui passe après, qui n'apparaît pas indispensable à l'enfant »²⁴⁴⁹. La suppression de l'action à fins de subsides nous semble contribuer à rétablir le père dans une fonction parentale pleine et entière, de premier plan.

606. Nos propositions s'inscrivent dans une perspective de réforme du droit commun de la filiation et de suppression, y compris dans les détails du droit, des stéréotypes de genre qu'il véhicule. Ainsi, nous proposons d'abroger l'action à fins de subsides et de réformer l'accouchement sous X. En effet, chacune de ces procédures renvoient à un stéréotype de genre différent : d'une part, le géniteur, pourvoyeur d'aliment et d'autre part, la femme, mère par un fait générateur naturel, l'accouchement et qui ne peut renoncer à sa maternité que dans des circonstances spéciales.

B. Lutter contre le stéréotype de la femme-mère par essence

607. En l'état du droit, la naturalité de la maternité en fait un élément de l'identité féminine²⁴⁵⁰. Ce stéréotype de genre –véhiculant une image des femmes dont l'essence profonde est d'être mère– s'exprime nettement dans différents domaines du droit. D'une part, de manière négative,

²⁴⁴⁶ Voir not. en ce sens Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.*, 2013, p. 1436.

²⁴⁴⁷ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 139.

²⁴⁴⁸ Evelyne SULLEROT, « Vers une société sans pères ? », *Revue française des affaires sociales*, « Pères et Paternité », Hors-série, nov. 1988, pp. 141-153, spéc. p. 144.

²⁴⁴⁹ *Ibidem*.

²⁴⁵⁰ Au contraire, la paternité apparaît comme construite, voir not. en ce sens Yvonne KNIBIEHLER, « Le rôle des pères à travers l'Histoire », *Revue française des affaires sociales*, « Pères et Paternité », Hors-série, nov. 1988, pp. 27-39, spéc. p. 27 : « La paternité est beaucoup moins évidente que la maternité. Ce n'est pas un fait de nature, c'est une invention humaine ».

une femme ne peut pas renoncer à sa maternité sans que l'accouchement ne soit nié. L'accouchement sous X qui organise cette fiction juridique pose dans cette optique des difficultés importantes (a). D'autre part, de manière positive, sans accouchement et hors procédure d'adoption, une femme ne peut devenir mère. Il s'agit alors de proposer de reconnaître qu'une femme puisse devenir mère à l'issue d'un projet parental, y compris lorsqu'elle n'est pas gestatrice de l'enfant (b).

a. Supprimer l'accouchement sous X

608. L'accouchement comme fait générateur du lien de filiation maternelle rend nécessairement la femme qui vient d'accoucher mère de l'enfant. L'accouchement sous X est pensé comme un tempérament à ce principe inflexible. La procédure d'accouchement dans le secret repose d'ailleurs sur une fiction juridique visant à nier l'accouchement. L'exception au principe se fait alors oublié derrière un mécanisme juridique qui permet de nier le contournement opéré : le fait générateur de la maternité est l'accouchement et pour que la femme ne devienne pas la mère de l'enfant dont elle a accouché, l'accouchement est réputé ne pas avoir eu lieu. C'est pour ces raisons que Madame Marcela Iacub résume cet état du droit en présentant « l'accouchement sous X » comme « symbole et limite de la loi du ventre »²⁴⁵¹. La suppression de l'accouchement sous X du droit français contribuerait à mettre fin au stéréotype de genre représentant les femmes comme nécessairement comblées par leur maternité. En effet, « en dépit de son caractère marginal du point de vue statistique –on les estime à 600 ou 700 par an–, il s'agit d'une institution qui sert à redéfinir l'ensemble de la reproduction parce qu'elle signifie qu'en droit français il ne peut y avoir de mère qui ne veuille pas l'être »²⁴⁵².

En 2005, Madame Marcela Iacub proposait de mettre en place une procédure symétrique ouverte aux géniteurs afin qu'ils puissent une fois informés de la grossesse se prémunir d'une future paternité. La responsabilité de la naissance reviendrait alors seule à la femme, qui peut décider ou non d'avorter. Elle explique alors qu'« un homme qui entretient un rapport sexuel fécondant risquerait ainsi non pas de devenir père comme aujourd'hui, mais donneur de sperme. Une relation sexuelle serait un acte par lequel une femme serait autorisée à s'emparer d'une manière légitime du sperme de son compagnon afin de faire naître un enfant. Les hommes courraient donc un risque, mais, somme toute, bien moindre que celui qui les menace dans la situation actuelle »²⁴⁵³. Nous trouvons cette proposition intéressante car elle crée une véritable symétrie entre les femmes et les hommes. Toutefois, il nous paraît plus novateur de supprimer l'accouchement sous X et de mettre en place une autre procédure permettant aux parents d'abandonner leurs enfants à la naissance. Cette rupture terminologique paraît d'autant plus nécessaire que l'accouchement sous X a nettement évolué ces dernières années. Les

²⁴⁵¹ Marcela IACUB, « Pour X. L'inconvénient d'être né de personne », *Raisons politiques*, 4/ 2003, n°12, pp. 55-76.

²⁴⁵² *Ibidem*.

²⁴⁵³ Marcela IACUB, « Géniteur sous X », *Libération*, Paris, 25 janvier 2005.

modifications législatives autant que les jurisprudences mettant en cause les grands-parents ou les pères des enfants nés sous X ont déjà atténué la portée de l'accouchement sous X et nuisent à la cohérence d'ensemble du dispositif. En outre, un changement de terminologie permet de rompre avec les représentations associées à l'institution. En ce sens d'ailleurs, il avait été proposé de lever l'anonymat et de modifier l'accouchement sous X en accouchement dans la discrétion²⁴⁵⁴.

Pour nous, l'accouchement sous X, « dont on dit parfois qu'il s'agit d'un anachronisme typiquement français »²⁴⁵⁵, n'est pas une procédure indispensable en droit tant qu'il est possible, en amont, d'avorter librement et qu'il existe, en aval, des moyens discrets de ne pas devenir parent des enfants. De nombreux pays européens, tels que la Suisse, ne connaissent pas de procédure semblable à l'accouchement sous X sans pour autant qu'un nombre plus important d'infanticides soit recensé²⁴⁵⁶. Il existe certes sur le modèle allemand des *Babyklappen* quelques « boîtes à bébé » en Suisse, mais celles-ci ne font pas l'objet de dispositions juridiques spécifiques. Nous ne proposons pas de faire évoluer le droit français vers la pratique suisse, inégale selon les cantons. Au contraire, nous proposons de faire évoluer le dispositif vers ce à quoi il tend depuis les réformes entreprises au début des années 2000. En d'autres termes, il s'agit de reconnaître qu'une femme peut ne pas vouloir devenir mère d'un enfant et pour cela, il apparaît que l'absence d'inscription dans l'acte de naissance suffise. De la sorte, le lien de filiation n'est pas établi lors de l'accouchement et par la suite, il est peu vraisemblable qu'il le soit puisque l'enfant serait confié aux services de l'aide sociale à l'enfance en vue d'une adoption ; un éventuel géniteur pourrait, comme en l'état actuel, se manifester afin de faire établir sa paternité. Le secret résulterait de l'ensemble du dispositif mais ne serait pas définitif puisque l'ensemble des informations serait dans le dossier médical de la femme, puis pour celles qui intéressent le CNAOP transmises à leurs services. Les évolutions du dispositif apparaissent au final extrêmement minimales. Toutefois, cette possibilité offerte aux femmes de ne pas inscrire leur nom de la femme dans l'acte de naissance comme mère ne porterait plus le nom d'accouchement secret ou d'accouchement sous X.

La mention du nom de la mère dans l'acte de naissance n'est pas aujourd'hui, plus qu'en 1804, obligatoire. La maternité secrète est très ancienne : « en 1812, une circulaire du ministre de l'Intérieur sur l'état civil des enfants trouvés précisait que "la mère n'est point obligée de dire si elle est ou non mariée. Elle peut même ne pas se faire connaître ; cette réserve, qui n'a rien de

²⁴⁵⁴ Voir en ce sens Brigitte BAREGES, *Rapport pour la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, AN, 12 nov. 2010 et aussi la proposition de loi visant à « la levée de l'anonymat » et à l'organisation de « l'accouchement dans le secret », n° 4043, 7 déc. 2011.

²⁴⁵⁵ Diane ROMAN, « La conventionalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », note sous CC, 16 mai 2012, déc. n°2012-248 QPC, *RDSS*, 2012, p. 750.

²⁴⁵⁶ Voir en ce sens not. Claire NEIRINCK, « Le Conseil constitutionnel, l'accouchement secret et l'accès aux origines personnelles de l'enfant », *Droit de la famille*, juillet 2012, comm. 120 : « les pays qui imposent la désignation de la mère à la naissance (...) ne connaissent pas un taux d'infanticides ou d'abandons supérieurs ».

mensonger, et qui n'est d'aucune importance pour l'ordre social, est un ménagement pour la mère, et il ne serait pas sans danger pour l'enfant que celle-ci eût à redouter la révélation d'un fait qu'elle aurait grand intérêt à cacher. Si donc elle a confié le secret de sa maternité au déclarant, il ne peut être tenu de le révéler, et l'officier d'état civil ne doit se permettre aucune interpellation, aucune recherche pour obtenir une déclaration qui ne lui serait pas faite, et qui n'importe en rien à la régularité de l'acte. Le déclarant n'aurait pas moins le droit de dénommer l'enfant, car l'officier d'état civil se servirait de la locution mère non désignée" »²⁴⁵⁷ La Cour de cassation avait par la suite confirmé la validité d'une telle option en reconnaissant au médecin ou à la sage-femme le droit de ne pas révéler l'identité de la mère si elle le demande²⁴⁵⁸. Il s'agit donc de réaffirmer cette possibilité juridique et d'en faire une option pour toutes les femmes, à la place de la procédure d'accouchement dans le secret.

Par ailleurs, cette évolution met fin au débat de savoir si l'accouchement sous X est un droit des femmes. Certains auteurs remarquent et déplorent que l'accouchement sous X ne soit jamais présenté de cette manière. Par exemple, « aujourd'hui, le sens et la fonction de l'accouchement sous X n'est pas d'être la seule issue à une maternité non désirée, mais la dernière pour quelqu'un qui n'a pas pu ou n'a pas voulu faire un avortement. Il s'agit d'une liberté ultime qui s'ouvre aux femmes et non d'une échappatoire ultime pour des créatures irresponsables qui ont fauté »²⁴⁵⁹. De même, Madame Tatiana Gründler met en avant le fait que l'accouchement sous X est présenté comme visant à « prévenir les avortements clandestins et les infanticides »²⁴⁶⁰, notamment dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁴⁶¹ et de la Cour européenne des droits de l'homme²⁴⁶². Jamais la liberté des femmes n'est présentée comme un des fondements juridiques de l'accouchement sous X. Pour l'auteure, « il est remarquable que les deux décisions qui valident le dispositif législatif français et qui, donc, protègent la volonté des femmes souhaitant ou ayant accouché sous X ne consacrent pas de droit corrélatif des femmes. Ceci était pourtant envisageable, aussi bien pour la Cour européenne que pour le Conseil constitutionnel. Les juges trouvent les ressorts de la validité de la loi non dans un droit subjectif mais dans sa fonction protectrice de l'intérêt général, plus exactement de son démembrement sanitaire »²⁴⁶³.

²⁴⁵⁷ Marcela IACUB, « Pour X. L'inconvénient d'être né de personne », *Raisons politiques*, 4/ 2003, n° 12, pp. 55-76.

²⁴⁵⁸ *Ibidem*, citant Cass., 1er juin 1844.

²⁴⁵⁹ *Ibid.*

²⁴⁶⁰ Tatiana GRÜNDLER, « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X ? », pp. 75-93 in séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, *La Revue des Droits de l'Homme*, n°3, juin 2013, spéc. p. 79.

²⁴⁶¹ Conseil constitutionnel, n° 2012-248 QPC, 16 mai 2012, *Mathieu E*, cons. 6 : « le législateur a entendu (...) prévenir les infanticides ou les abandons d'enfants » ; voir not. Diane ROMAN, « La conventionalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », note sous CC, 16 mai 2012, déc. n°2012-248 QPC, *RDSS*, 2012, p. 750.

²⁴⁶² CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, § 45 : « la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons sauvages ».

²⁴⁶³ Tatiana GRÜNDLER, *op. cit.*, p. 83 et encore, p. 85 : « Dans le cas de l'examen de l'accouchement sous X, aucune référence n'est faite à une quelconque liberté de la femme. Bien au contraire, les juges mobilisent différentes déclinaisons de l'intérêt général, lesquelles dessineraient un intérêt légitime des femmes ».

L'accouchement sous X est une procédure dont le fondement juridique est aussi incertain que son sens : tant qu'il n'est pas défini comme un droit des femmes, la procédure apparaît comme le dernier rempart du système de filiation, confirmant la naturalité de la maternité. C'est pourquoi, il nous semble opportun de supprimer cette procédure et de la remplacer par une option, plus souple, qui consiste à demander à chaque femme qui accouche si elle souhaite que sa filiation soit établie du fait de l'inscription de son nom dans l'acte de naissance. Par ailleurs, cette nouvelle procédure est alors tout à fait semblable à l'actuelle reconnaissance de paternité des hommes, qui peuvent ou non décider de faire établir leur lien de filiation à l'égard de l'enfant. Madame Marcela Iacub aspire à un tel système en appelant de ses vœux un nouveau statut, « à l'image de celui du père, plus négociable, moins définitif, appuyé non sur le corps et ses puissances, mais sur la parole et ses arrangements »²⁴⁶⁴.

Reconnaître qu'une femme qui a accouché d'un enfant ne puisse pas en devenir la mère contribue à affirmer en droit que la maternité est aussi construite que la paternité. En d'autres termes, il n'est pas plus naturel pour une femme de devenir mère que pour un homme de devenir père. Toutefois, il ne s'agit là que d'un volet et il convient également de permettre qu'une femme qui n'a pas accouché puisse, en dehors des procédures d'adoption, devenir la mère d'un enfant lorsqu'elle est à l'origine du projet parental qui l'a fait naître.

b. Reconnaître le projet parental d'une femme non gestatrice

609. Afin de combattre la division sexuée du travail et son expression dans les dispositions juridiques se rapportant aux questions reproductives, il est important de reconnaître le caractère construit de la maternité. Pour cela, il faut permettre, de la même manière que l'on reconnaît qu'une femme qui a porté un enfant puisse ne pas en devenir la mère, ne serait-ce qu'à la marge, que juridiquement une femme qui n'a pas porté un enfant puisse en être reconnue comme la mère. Deux techniques en particulier sont concernées par ces considérations. Il s'agit d'une part de la mise en œuvre d'un projet parental par une femme dans le cadre d'une gestation pour autrui (i) et d'autre part de la réalisation du projet parental de deux femmes par recours à un don de sperme (ii).

²⁴⁶⁴ Marcela IACUB, *op. cit.* : « Pourtant, ces distinctions ne tiennent qu'à la rigidité du statut maternel. Il suffirait ainsi de modifier ce statut, de le rendre, à l'image de celui du père, plus négociable, moins définitif, appuyé non sur le corps et ses puissances, mais sur la parole et ses arrangements. Dès lors, l'accouchement sous X changerait à nouveau de sens : au lieu d'être à la fois une condition éminente et une exception un peu monstrueuse, il ne serait plus qu'une des modalités par lesquelles une femme pourrait articuler le fait de contribuer à mettre au monde un enfant et le statut légal qu'elle souhaite avoir relativement à lui, en accord éventuellement avec des parents adoptifs. À nouveau, autour de lui, tout le monde de la filiation basculerait : il opèrerait le passage de cet ordre familial dans lequel les principes généalogiques immuables policés par l'État ont trouvé avec le ventre maternel leur ancrage, à un autre ordre où les accords privés autour de la grossesse ne seraient limités que par la considération des préjudices individuels des enfants à naître ».

i. Reconnaître la filiation maternelle à l'issue d'un projet parental réalisé par GPA

610. De la même manière que Madame Simone de Beauvoir a écrit qu'« on ne naît pas femme : on le devient »²⁴⁶⁵, la GPA permet de mettre en exergue le fait qu'« on ne naît pas (plus) mère, on le devient ». La question de la gestation pour autrui apparaît comme véritablement problématique dans la mesure où le sujet concentre un grand nombre de critiques. Au-delà du débat de fond sur l'opportunité de réglementer la pratique –même si cela nous semble indispensable pour proposer un modèle respectueux des droits des personnes, il nous semble indispensable de reconnaître le projet parental d'une femme qui n'est pas la gestatrice de l'enfant et d'établir un lien de filiation à son égard. En effet, cela permet de faire reculer la figure de la femme mère par nature et les discriminations en chaîne qui conduisent à l'organisation d'une société divisée en sphères productive et reproductive. La dissociation de la maternité de son fondement gestationnel pourrait être réalisée de différentes manières : nous nous intéresserons principalement à la question de la reconnaissance des conséquences du projet parental réalisé par GPA à l'étranger dans la mesure où la légalisation de la GPA en France semble peu probable compte tenu des résistances politiques et juridiques qu'elle suscite.

La reconnaissance indirecte du projet parental réalisée par le biais d'une GPA à l'étranger est actuellement en discussion. En effet, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée* du 26 juin 2014²⁴⁶⁶ et l'assemblée plénière de Cour de cassation a rendu deux arrêts conduisant à la transcription de l'acte de naissance²⁴⁶⁷. Néanmoins une question demeure centrale : qu'en est-il du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention ? Les décisions de la CEDH et de la Cour de cassation ne concernent explicitement que le lien de filiation paternelle et laisse beaucoup d'incertitudes quant à la filiation maternelle. La gestatrice doit-elle nécessairement établir sa filiation avant que l'adoption de l'enfant du conjoint ne puisse être faite par le conjoint ou la conjointe du géniteur ? Ces situations ne concerneraient alors que les GPA réalisées en Ukraine ou en Inde, dans des conditions parfois discutables. Qu'en serait-il des actes de naissance établis par exemple aux États-Unis et qui désignent les parents d'intention comme les père et mère des enfants nés par la GPA ? Toutes ces questions devraient trouver une réponse très prochainement.

La reconnaissance du lien de filiation des enfants nés par GPA à l'étranger ne semble pas, contrairement à ce qu'une partie de la doctrine avance, conduire à légaliser en France la pratique de la GPA. Pourtant, il serait peut-être intéressant de penser comment s'établirait le lien de filiation maternelle si la GPA était légalisée. Nous pensons qu'il serait opportun que, dans le cadre d'un projet parental réalisé par GPA dans un cadre légal en France, la filiation soit

²⁴⁶⁵ Simone DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe. Tome 2 : l'expérience vécue*, Folio essais, 2007, p. 13.

²⁴⁶⁶ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France*, req. n°65192/11 et CEDH, *Labassée contre France*, req. n°65941/11.

²⁴⁶⁷ Cass., Ass. plén., 3 juillet 2015, n°14-21323 et n°15-50002.

établie à l'égard de la mère d'intention par inscription de celle-ci dans l'acte de naissance. Le contrôle d'une autorité judiciaire serait nécessaire en amont pour s'assurer de l'intégrité du consentement des deux femmes concernées : celle qui ne souhaite pas établir de lien de filiation et la femme qui souhaite au contraire devenir la mère de l'enfant. Ce contrôle interviendrait avant de mettre le processus de GPA en marche pour permettre d'organiser les conséquences autant que la réalisation de la grossesse.

Reconnaître que la GPA est une technique de PMA et l'encadrer à ce titre nous semble important en termes d'égalité entre les femmes et les hommes dans le sens où cela permet de déconstruire en profondeur la naturalité de la maternité. Une femme non gestatrice peut devenir mère et au contraire, une femme gestatrice peut ne pas vouloir être la mère de l'enfant dont elle accouche. Les deux femmes seraient libres de s'engager dans un tel processus ou de ne pas s'y engager tandis que le droit poserait des garde-fous. Les principes du comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales du Conseil de l'Europe (CAHBI) de 1989 peuvent servir de base de travail tout comme les expériences étrangères²⁴⁶⁸. Il nous semble toutefois que l'encadrement de la GPA doit conduire à déconstruire la naturalité de la maternité plutôt qu'en véhiculer une image ambiguë. Ainsi, parmi les principes du CAHBI se trouve l'idée selon laquelle il est important « que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant ». Nous ne souscrivons pas à cette modalité qui laisse entendre qu'une femme ne peut pas décider en conscience de se séparer d'un enfant qu'elle a mis au monde et que dans certains cas cela sera trop difficile pour elle²⁴⁶⁹.

La légalisation de la GPA ne semble pas prochaine et les questions de filiation qu'elle pose continueront d'être abordées du point de vue du droit international privé. En revanche, la PMA pourrait à plus court terme être ouverte à toutes les femmes en France.

ii. Reconnaître la filiation maternelle à l'issue d'une PMA au sein d'un couple lesbien

611. En l'état actuel du droit français, lorsqu'un couple lesbien a recours à un don de sperme à l'étranger pour réaliser son projet parental, la filiation maternelle s'établit à l'égard de la femme non gestatrice par le biais de la procédure d'adoption de l'enfant de la conjointe. En d'autres

²⁴⁶⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, *La gestation pour autrui en Europe et dans le monde. Aspects médicaux, sociaux, éthiques et juridiques. Bilan et Perspectives*, 5 octobre 2004 ; AS/Soc (2004) 18 ; SENAT, *La gestation pour autrui*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 182, Janvier 2008.

²⁴⁶⁹ Voir sur ce sujet, les critiques de Marjorie Shultz à propos de la solution semblable retenue par les juges dans l'affaire Baby M, Marjorie Maguire SHULTZ, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality", *Wisconsin Law Review*, 1990, pp. 297-398, spéc. p. 384 : « In holding that surrogates but not other parties to the arrangement must have an opportunity to change their minds after giving birth, the court reinforces stereotypes of women as unstable, as unable to make decisions and stick to them, and as necessarily vulnerable to their hormones and emotions. One need not denigrate the role of biology, pregnancy or emotion to be disturbed by the court's treatment of these factors as one-sided, clear and dispositive. The court's holding on revocability expresses the idea that the biological experience of motherhood necessarily "trumps" all other considerations. In so doing, it reifies a woman's role as biological mother, treating it as the one role that is of the essence. In particular, it exalts a woman's experience of pregnancy and childbirth over her formation of emotional, intellectual and interpersonal decisions and expectations, as well as over others' reliance on the commitments she has earlier made ».

termes, les deux femmes doivent être mariées et le second lien de filiation ne peut pas être établi avant ou immédiatement après la naissance mais seulement à l'issue d'une procédure d'adoption. La procédure d'adoption est utilisée comme un palliatif car, en l'absence de reconnaissance d'un accès aux techniques de PMA en France aux couples de femmes et femmes seules, aucune règle de filiation spécifique n'est prévue. Toutefois, l'adoption ne correspond pas au projet parental réalisé, comme en atteste le fait que, pour les couples hétérosexuels, y compris en cas de recours à un don de gamète, c'est le droit commun de la filiation qui s'applique et non les procédures d'adoption.

Il apparaît alors opportun de s'interroger sur les règles qui pourraient être utilisées pour établir la filiation des enfants nés par PMA à l'issue du projet parental réalisé par deux femmes. Un des enjeux de ces règles, par rapport à notre propos, consiste en effet à reconnaître que la maternité peut être établie en l'absence de fondement biologique et en particulier gestationnel. L'autre enjeu consiste à établir un lien de filiation à l'égard de la mère qui ne l'a pas porté avant la naissance ou immédiatement après afin de sécuriser la filiation de l'enfant né du projet parental des deux femmes.

Plusieurs hypothèses peuvent être explorées en matière de réforme des règles d'établissement de la filiation à l'égard des enfants nés de projets parentaux de couples lesbiens. Ces réflexions sont bien entendues subordonnées au fait que le bénéfice du don de sperme leur soit offert en France. À cette fin, il conviendrait d'abord de modifier l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. L'alinéa 1er supprimé par la loi 2004-800 du 6 août 2004 pourrait être rétabli et corrigé afin qu'il dispose que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple » ou d'une personne seule. Le deuxième alinéa pourrait décrire l'objet de l'assistance médicale à la procréation, c'est-à-dire en cas de difficulté à concevoir ou afin « d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ». Dans ce contexte, la dernière phrase disposant que « le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué » qui avait été rajoutée par la loi 2004-800 du 6 août 2004 est vouée à être supprimée. Concernant le troisième alinéa de l'article, il peut se référer de manière neutre à la catégorie juridique de personne : le ou les personnes, auteurs du projet parental, « doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ». Ces modifications permettent de replacer les techniques de PMA dans leur réelle finalité, sociale, visant à aider à la réalisation de projets parentaux. En outre, ces modifications permettent de sortir du cadre thérapeutique du don de gamète qui a été artificiellement construit.

Concernant maintenant l'établissement de la filiation au sein de couples lesbiens, il pourrait se faire premièrement selon les règles actuellement utilisées pour les couples hétérosexuels : c'est-à-dire par présomption au sein des couples mariés et par reconnaissance pour les autres

couples. Une deuxième possibilité serait de réformer plus en profondeur l'ensemble du droit de la PMA, en l'extrayant du droit commun de la filiation : il s'agit notamment des propositions faites par le rapport Théry-Leroyer mais réservées uniquement aux cas de PMA hétérologues²⁴⁷⁰. Nous avons critiqué cette singularisation de l'établissement de la filiation en cas de recours à un don, même si nous trouvons intéressante la proposition de reconnaître la filiation à partir d'une déclaration commune prénatale. Il pourrait alors être opportun de prévoir ce mécanisme pour l'ensemble des PMA : le consentement donné aux actes médicaux à la PMA servirait alors à établir ensuite la filiation. Enfin, une troisième hypothèse consiste à considérer les techniques de PMA comme vecteur de modernisation du droit commun de la filiation et de modifier celui-ci à partir d'elles, en laissant l'établissement de la filiation après une PMA se faire selon le droit commun, mais un droit commun nouveau. Le droit commun pourrait alors être basé sur l'intention. C'est cette dernière hypothèse que nous privilégions et allons davantage développer par la suite.

L'établissement de la filiation selon les règles de droit commun à l'égard de la seconde mère au sein d'un couple lesbien permet un certain recul du fondement gestationnel de la maternité. Toutefois, il semble que la gestation pour autrui déconstruit plus en profondeur encore la naturalité de la maternité. Ces propositions de réforme ne constituent pas des négations de l'accouchement comme étape nécessaire à la naissance d'un enfant. D'ailleurs, les projets parentaux des couples lesbiens autant que ceux réalisés par GPA resteront statistiquement minoritaires et ne constitueront pas une « norme ». Au contraire, ces nouvelles règles permettent l'émergence d'un pluralisme familial accru. Il ne s'agit donc pas d'une négation du fait biologique de l'accouchement mais seulement de la fin de sa consécration en droit comme fondement juridique de la maternité. Cette modification du droit permettrait, à notre sens, de faire évoluer maternité et paternité vers une définition juridique commune, basée sur l'intention.

§II. Le projet parental comme fondement principal de la filiation

612. Une fois l'ensemble de ces dispositifs réformés, il semble nécessaire de trouver de nouveaux fondements structurant l'ensemble du droit de la filiation, hors procédures d'adoption. Le projet parental semble pouvoir être cet élément structurant. L'encadrement des techniques de PMA a mis en lumière l'importance de la volonté, y compris en l'absence de fondement biologique, pour fonder un lien de filiation, comme les procédures d'adoption avant elles. La PMA autant que la GPA nous paraissent être des vecteurs d'évolution du droit de la filiation dans la mesure où ces techniques proposent en partie de penser la filiation sur l'intention. Pour que le projet parental devienne le fondement principal de la filiation, il convient, à notre sens, de réformer le droit commun de la filiation dans deux directions. D'une

²⁴⁷⁰ Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, *op. cit.*, pp. 147 et s.

part, il est nécessaire de fonder la filiation, y compris maternelle sur la volonté (A). La volonté comme fondement principal de la filiation pour les hommes et les femmes conduit également à se demander s'il est toujours opportun de différencier les règles d'établissement de la filiation de l'enfant en fonction de la forme juridique du couple de ses parents (B).

A. Fonder la filiation, y compris maternelle, sur la volonté

613. Dans une optique de réforme globale du droit commun de la filiation, il nous semble important d'établir la filiation maternelle et la filiation paternelle sur un fondement commun, à savoir la volonté. En effet, cela permettrait de favoriser l'égalité entre les femmes et les hommes. La volonté est un terme loin d'être inconnu du vocabulaire juridique. La volonté est définie d'une part comme la « faculté de vouloir »²⁴⁷¹ ou encore comme « l'aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte et à se décider, condition de validité d'un acte juridique et condition de la responsabilité délictuelle ou contractuelle »²⁴⁷². En particulier, « en matière de responsabilité, la volonté (élément brut) se distingue de l'intention (volonté tendue vers un but). D'autre part, la volonté s'entend du « fait de vouloir » également, et correspond alors à l'« acte de volition constitutif du consentement nécessaire à la formation de l'acte juridique, qui comprend un élément psychologique (volonté interne) et une élément d'extériorisation (volonté déclarée) »²⁴⁷³. Quant à l'intention, elle désigne la « résolution intime d'agir dans un certain sens »²⁴⁷⁴ c'est-à-dire la « donnée psychologique (relevant de la volonté interne) qui, en fonction du but qui la qualifie, est souvent retenue comme élément constitutif d'un acte ou d'un fait juridique, parfois comme critère d'appréciation de sa licéité »²⁴⁷⁵. Les définitions juridiques de la volonté et de l'intention ne se réfèrent pas spécifiquement au domaine de la reproduction ou de la filiation. Pourtant, la volonté est souvent présentée comme un des fondements à la filiation et l'intention peut également être mobilisée dans ce domaine, notamment lorsque l'on s'intéresse aux techniques reproductives. À partir d'une réflexion menée sur l'affaire Baby M, un article de doctrine met en avant les apports en termes de progrès entre les sexes que peuvent apporter les techniques reproductives et la parenté basée sur l'intention qu'elles permettent²⁴⁷⁶. Notre lecture du projet parental est assez similaire bien que l'article de Madame la professeure Marjorie Shultz ait été publié en 1990 dans le contexte américain²⁴⁷⁷.

L'auteure définit l'intention à partir de deux critères : il s'agit d'un comportement délibéré, c'est-à-dire fait en toute connaissance de causes quant à ses conséquences et qui est le résultat d'un

²⁴⁷¹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10e éd., 2014, entrée « volonté », p.1082.

²⁴⁷² *Ibidem*.

²⁴⁷³ *Ibid.*

²⁴⁷⁴ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10e éd., 2014, entrée « intention », p. 560.

²⁴⁷⁵ *Ibidem*.

²⁴⁷⁶ Marjorie Maguire SHULTZ, « Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality », *Wisconsin Law Review*, 1990, pp. 297-398.

²⁴⁷⁷ *Ibidem*.

choix parmi différentes possibilités²⁴⁷⁸. Elle explique alors que l'intention exclut la nécessité ou encore la survenance d'un événement non prévu, un accident. Pour elle, les nouvelles techniques reproductives augmentent l'intentionnalité dans ces deux directions²⁴⁷⁹. Les techniques reproductives, comprises au sens large incluant également la GPA, prolongent le mouvement induit par le contrôle des naissances et la légalisation de l'avortement. Les changements sociaux avaient déjà été importants à l'époque dans la mesure où les moyens contraceptifs et abortifs permettent déjà d'exprimer un choix en matière de procréation et de parenté. Toutefois à ce choix négatif –celui de ne pas être parent– s'ajoute maintenant des options positives, celles de devenir parent. Dans des configurations où la reproduction par coït n'est pas possible ou inefficace, les techniques procréatives permettent d'accéder à la parenté²⁴⁸⁰. Le projet parental témoigne de ce mouvement et exprime en particulier le versant positif du choix possible en matière de reproduction²⁴⁸¹, même s'il permet aussi de penser le recours aux moyens contraceptifs et abortifs en l'absence de projet parental.

L'existence d'un projet parental correspond à l'expression de l'intentionnalité. La volonté d'être parent est d'ailleurs exprimée en droit français à travers le consentement donné aux actes médicaux et à la parenté. La certitude quant à l'intention existe dans ces configurations et peut-être prouvée en justice en cas de discussion. Le projet parental peut être un élément structurant du droit de la procréation en ce qu'il est finalement la cause du recours aux différentes options possibles, en matière de contraception, avortement ou techniques procréatives. Cette intention dans la procréation peut également servir en droit de la filiation à déterminer quel est le parent. Dans des situations où les techniques procréatives sont utilisées, cela est déjà le cas : l'homme auteur du projet parental qui a consenti au recours à un don de sperme est le père de l'enfant ; la femme qui demande le secret sur son accouchement ne sera pas la mère de l'enfant. En cas de GPA, l'affaire Baby M illustre la situation problématique dans laquelle la femme ayant accepté de porter l'enfant pour un couple ne souhaite pas à la naissance s'en séparer et réclame des droits parentaux à l'égard de celui-ci²⁴⁸². Pour Madame Majorie Shultz, ces situations devraient ouvrir une réflexion et permettre de penser la procréation et la filiation sur le modèle de l'intention

²⁴⁷⁸ Marjorie Maguire SHULTZ, *op. cit.*, p. 310 : « The second element that defines intention is the availability of alternatives. The existence of options allows a given outcome to be a meaningful expression of personal will rather than a product of fate, coercion or necessity ».

²⁴⁷⁹ Marjorie Maguire SHULTZ, *op. cit.*, p. 308 : "behaviour that meets criteria both of purposefulness and of choice among available alternatives is the product neither of necessity nor of accident; it is both voluntary and willed, that is, intentional. New reproductive techniques increase procreative intentionality in both these senses".

²⁴⁸⁰ Marjorie Maguire SHULTZ, *op. cit.*, p. 311 : "The creation of new biological possibilities also generates new personal and social options".

²⁴⁸¹ Marjorie Maguire SHULTZ, *op. cit.*, p. 300 : "the choices generated by modern reproductive technology have made personal intention a far more significant factor in procreation and parenthood".

²⁴⁸² Elle se montre alors très critique sur la solution des juges qui consistent à partager les droits entre la femme qui a porté l'enfant et les parents d'intention ; voir not. Marjorie Maguire SHULTZ, *op. cit.*, spéc. p. 379 : "The court's decision reinforced stereotypes regarding the desirability of segregating women from the market, the unpredictability of women's intentions and decisions, and the givenness of women's biological destiny. Perhaps worst of all, it acted to lock in existing gender-bases spheres of influence in our society, refusing to recognize fragile, emergent male efforts to claim a meaningful role in access to and nurture of children".

exprimée dans ces situations au lieu d'avoir recours aux schémas anciens, mobilisant les stéréotypes de genre et modèles familiaux traditionnels. Elle plaide en effet pour que soit reconnue l'importance de l'intention pour les techniques reproductives et en matière d'établissement de la filiation dans la mesure où l'intention témoigne de l'engagement des individus²⁴⁸³. Par ailleurs, elle met en exergue le fait que ce critère, comme le projet parental d'ailleurs, est neutre du point de vue du genre. L'intention permet alors de corriger certains stéréotypes de genre existant en droit de la filiation. Du côté des hommes, l'intention rend possible la reconnaissance d'un attachement et d'un engagement des pères dans la parenté en amont de la naissance aussi bien qu'après celle-ci²⁴⁸⁴. La vocation des hommes à la parenté et leur engagement peut ainsi être pris en compte et valorisé, et conduit à penser que la sphère reproductive peut également être la leur. Du côté des femmes, l'intention permet de dissocier la maternité de ses composantes biologiques et de déconstruire la maternité comme essence féminine. Cela conduit à lever des barrières dans leur accès à la sphère productive.

Elle explique en particulier que les résistances face à la maternité de substitution résultent en grande partie de stéréotypes de genre : la maternité est biologiquement déterminée contrairement à la paternité²⁴⁸⁵. L'encadrement actuel des techniques de PMA, autant que l'interdiction de la GPA en France, témoigne du fait que les techniques reproductives n'ont pas été l'occasion de réformer en profondeur le sens donné à la procréation et à la filiation. Nous pensons comme Madame la professeure Marjorie Shultz qu'il conviendrait de faire du projet parental le critère principal de détermination du lien de filiation. D'ailleurs, comme elle le souligne, le projet parental peut ou non correspondre à d'autre fondement que la volonté, comme la biologie ou encore la sociologie²⁴⁸⁶. La prise en compte de la volonté favoriserait, selon elle, la responsabilité et en cas de manquement dans des situations où les techniques reproductives ont été utilisées, cela pourrait être sanctionné. En effet, une des critiques

²⁴⁸³ Marjorie Maguire SHULTZ, *op. cit.*, p. 302 : "As a student of contracts and of medical-legal problems, I see medical progress as expanding the potential for expression and effectuation of personal intentions. Accordingly, I propose that legal rules governing modern procreative arrangements and parental status should recognize the importance and the legitimacy of individual efforts to project intentions and decisions into the future".

²⁴⁸⁴ Marjorie Maguire SHULTZ, *op. cit.*, p. 303 : "By embracing the emerging opportunities provided by advancing technology, the law would enhance individual freedom, fulfilment and responsibility. Important additional gains would also accrue. Rules that would determine legal parenthood on the basis of individual intentions about procreation and parenting –at least in the context of reproductive technology– would recognize, encourage and reinforce men's choices to nurture children. By adopting a sex-neutral criterion such as intention, the law would partially offset the biological disadvantages men experience in accessing child-nurturing opportunities. The result would parallel recent legal efforts to offset the burdens that childbearing imposes on women who seek equal access to market employment".

²⁴⁸⁵ Marjorie Maguire SHULTZ, *op. cit.*, p. 312 : "third party replacement of female roles has been far more controversial than third party substitution for male functions. In part, this distinction results from differences in the underlying biological roles, with their differences in temporal and physical involvement. But in part, it likely reflects sexist mores that assume and insist that women not only are but should be more intrinsically and irreversibly connected to children than men are".

²⁴⁸⁶ Marjorie Maguire SHULTZ, *op. cit.*, p. 323 : "I argue for a new meta-rule that makes bargained-for intentions determinative of legal parenthood. Such intentions may, of course, be motivated by or aligned with biology or conventional social morality. But whether those factors converge or diverge, intentions should govern the legal assignment of parental rights and responsibilities".

fréquemment adressées à ce type de proposition, notamment à l'occasion d'affaires liées à la GPA ou mettant en cause des structures familiales atypiques, est la toute puissante de la volonté des individus et la marchandisation du corps des femmes et des enfants. En particulier, il est parfois avancé que les individus peuvent désirer avoir un enfant puis s'en lasser ou changer d'avis et que finalement le désir n'est pas un engagement et peut, au contraire, être versatile. Nous pensons que l'intention exprimée sous la forme d'un consentement permet un véritable engagement et peut, comme actuellement, trouver en justice à être respecté. Le projet parental est la cause de la procréation dans le cas d'une PMA et d'une GPA et doit, à ce titre, être reconnu et valorisé. Pour Madame la professeure Marjorie Shultz, et nous adhérons à ses propositions, la détermination de la parenté à partir de l'intention permettrait de mettre fin aux inégalités de genre qui existent dans l'accès aux soins aux enfants en bas âge²⁴⁸⁷.

614. Fonder la filiation sur le projet parental conduit à considérer que le mode principal d'établissement de la filiation est la reconnaissance, un acte de volonté. Cet établissement non contentieux, aujourd'hui permis pour les hommes et les femmes doit être généralisé et devenir le mode principal d'établissement de la filiation pour tous. Cette proposition tendant à consacrer l'intention comme mode unique d'établissement de la filiation conduit à proposer de supprimer les modalités d'établissements différenciés selon le statut du couple parental.

B. Supprimer les distinctions selon les formes du couple ?

615. La forme juridique du couple est de moins en moins pertinente en droit depuis la suppression des distinctions entre filiation légitime et naturelle. Si elle ne permet plus d'établir des types de filiation différents, elle est toujours utilisée pour déterminer les modalités d'établissement de la filiation. L'unification des conditions d'établissement de la parenté que nous appelons de nos vœux nous semble se justifier au regard des évolutions du droit de la filiation ainsi que de l'influence des techniques procréatives et des évolutions sociologiques quant aux formes familiales.

D'une part, il est important de noter que les conditions d'établissement de la maternité ont été unifiées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation. À propos de l'établissement non contentieux du lien de filiation, la circulaire de présentation de l'ordonnance explique que « la réforme procède à l'unification des modes d'établissement de la filiation »²⁴⁸⁸. Cette affirmation est néanmoins immédiatement tempérée puisqu'il est précisé que « toutefois, la filiation paternelle reste marquée par le statut conjugal du père : seul l'enfant conçu ou né

²⁴⁸⁷ Marjorie Maguire SHULTZ, *op. cit.*, p. 378 : "Determination of parental status on the basis of expressed and bargained-for intentions would create greater gender equity in access to child-nurturing roles than does the current system. Unlike biologically-based variables, the capacity to form and express intentions is gender-neutral. While intentions actually formed would, to some degree, reflect current gender experience, including gender stereotypes and gender-based limitations, such content would be malleable over time as gender roles evolve and equalize".

²⁴⁸⁸ Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, CIV 2006-13 C1/30-06-2006 NOR : JUS C0620513 C.

pendant le mariage bénéficie de la présomption de paternité ; qui résulte des obligations réciproques entre époux. Une démarche volontaire, reconnaissance ou délivrance d'un acte de notoriété constatant la filiation, doit être effectuée pour que la filiation paternelle soit établie hors mariage »²⁴⁸⁹. Ainsi, la réforme de la filiation n'unifie les conditions d'établissement de la filiation qu'à l'égard de la mère en alignant l'établissement hors mariage sur celui des femmes mariées : désormais, « l'indication du nom de la mère dans l'acte suffit à établir le lien de filiation envers elle »²⁴⁹⁰ alors qu'« en l'état du droit antérieur, l'acte de naissance désignant la mère ne valait reconnaissance que si cette désignation était corroborée par la possession d'état »²⁴⁹¹ pour les femmes non mariées. La circulaire de présentation précise par ailleurs que si l'indication du nom de la femme dans l'acte de naissance est « suffisante »²⁴⁹², elle n'est pas « obligatoire »²⁴⁹³ : « comme auparavant, l'indication du nom de la mère n'est pas obligatoire. En effet, les dispositions de l'article 57 du code civil, qui prévoient expressément que les père et mère peuvent ne pas être désignés dans l'acte, n'ont pas été modifiées »²⁴⁹⁴. Il est d'ailleurs précisé de quelle manière la non-désignation de la femme qui accouche dans l'acte de naissance s'articule avec la procédure d'accouchement dans le secret. « Ainsi, la mère, mariée ou non, peut demander à ce que son nom ne figure pas dans l'acte de naissance de l'enfant, même si elle n'a pas demandé le secret de son identité lors de l'accouchement. En cas d'accouchement sous X, le nom ne doit en aucun cas figurer dans l'acte »²⁴⁹⁵. Au contraire, pour les pères, il existe « trois modes non contentieux d'établissement de la filiation : par l'effet automatique de la loi, lorsqu'elle résulte des indications mêmes de l'acte de naissance, soit en raison de la désignation de la mère, soit en raison de la qualité d'époux des père et mère, qui déclenche la présomption de paternité (1) ; par une reconnaissance, lorsqu'elle n'est pas établie par l'effet de la loi, ce qui vise en particulier le père non marié (2) ; enfin, par la possession d'état constatée dans un acte de notoriété : soit en mariage, lorsque la présomption de paternité a été écartée et se trouve rétablie de plein droit par la possession d'état, soit lorsqu'une reconnaissance ne peut être souscrite (notamment en cas de décès) (3) »²⁴⁹⁶.

Cet état du droit nous semble problématique dans la mesure où même si l'on fait reposer la filiation maternelle sur l'intention, il demeure, pour les hommes, différentes modalités d'établissement, valorisant, par l'automaticité, le mariage comme structure familiale privilégiée. La présomption de paternité est une règle prescriptive qui favorise le sexe uniquement en

²⁴⁸⁹ *Ibidem*.

²⁴⁹⁰ *Ibid*.

²⁴⁹¹ *Ibid*.

²⁴⁹² *Ibid*.

²⁴⁹³ *Ibid*.

²⁴⁹⁴ *Ibid*.

²⁴⁹⁵ *Ibid*.

²⁴⁹⁶ *Ibid*.

mariage²⁴⁹⁷, y compris lorsque les époux pourraient être d'accord pour ne pas respecter l'obligation de fidélité qui leur incombe. En outre, l'adoption est aujourd'hui permise pour les couples mariés et les personnes célibataires, permettant aussi bien la constitution de famille de parents de même sexe que de parents de sexe différents. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe reconnaît la parenté des personnes homosexuelles alors que l'ouverture de l'adoption aux couples non mariés était jusqu'alors refusée pour éviter une telle configuration. Les techniques reproductives favorisent des formes familiales traditionnelles si l'on considère que les parents doivent nécessairement être un homme et une femme. Toutefois, ces structures traditionnelles ignorent le statut du couple, mariés, pacsés et concubins accèdent de manière identique aux techniques de PMA en France.

Il est opportun de supprimer les modalités d'établissement de la filiation différenciées selon que le père soit marié ou non avec la mère. Avec cette évolution du droit, les différents statuts juridiques du couple présentent uniquement des intérêts d'un point de vue financier, en termes d'organisation de la vie commune. Au contraire, les statuts de couple ne seraient plus prescriptifs des formes familiales et l'ensemble des structures familiales bénéficierait de la même reconnaissance juridique à travers un lien de filiation unique, établi de manière principale sur la volonté. En effet, le lien de filiation établi de manière non-contentieuse repose pour les parents, indépendamment de leur sexe, sur une reconnaissance qui résulte d'une inscription dans l'acte de naissance. Non obligatoire cette reconnaissance peut être corroborée par d'autres fondements ou non et faire par la suite l'objet d'une contestation en justice. De même, en l'absence de reconnaissance, une action en recherche de paternité ou de maternité pourra être menée. L'égalité entre les enfants semble passer par une égalité entre les couples et entre les parents.

La reconnaissance de la parenté comme moyen unique d'établir la filiation pour les parents, indépendamment de leur statut de couple et de leur sexe, est une réforme qui permet de lutter contre les stéréotypes de genre et de promouvoir un véritable pluralisme familial.

616. La notion de projet parental associée au développement des techniques procréatives semble être un vecteur intéressant d'émancipation des femmes et d'implication des hommes dans la reproduction. Pour autant, il apparaît que le potentiel disruptif de ces techniques différenciant sexualité et reproduction n'a pas été pleinement exploité et qu'en dépit de la reconnaissance juridique de la liberté de procréer ou non, les stéréotypes de genre persistent en droit de la reproduction. C'est pour remédier à cette situation que nous avons fait du projet parental un élément structurant du droit de la filiation : comme fondement principal de la

²⁴⁹⁷ Marjorie Maguire SHULTZ, *op. cit.*, p. 317 : "what purports to be an inference about biological fact may actually grow out of a normative aspiration and may readily be transformed into a prescriptive command about marriage and family, often without acknowledgement that such a transformation has taken place. The important issue becomes not who is, but who *should* be having sex with the mother: her husband".

filiation, le projet parental permet de lutter contre les stéréotypes de genre. Par ailleurs, le projet parental est une notion dynamique et peut, au fil de la vie d'une personne, exister ou non. C'est pourquoi, il peut également servir pour penser un régime juridique commun à l'ensemble des actes médicaux non thérapeutiques en matière de reproduction. Ce régime juridique qui promeut les droits des usagers du système de santé permet de conforter, à travers leur régime, la notion de droits reproductifs en droit français. En plus de cette amélioration du régime des droits reproductifs, une consécration explicite de ceux-ci doit être réalisée.

Notre recherche, qui prend appui sur la notion de projet parental, et est fondée autant sur la liberté –notamment reproductive– que sur l'égalité et la lutte contre les stéréotypes de genre, contribue à remettre en cause la division sexuée du travail. En d'autres termes, il s'agit d'une part d'impliquer autant les hommes que les femmes dans le domaine reproductif, notamment à travers les dispositifs en matière de parenté et de parentalité et d'autre part, de promouvoir les droits reproductifs en permettant que leur exercice concret soit l'expression de l'autonomie des usagers du système de santé.

Conclusion

617. À travers l'exemple du droit de la reproduction, nous avons montré de quelle manière le droit peut promouvoir, sous couvert de références à la nature, un certain modèle familial ou au contraire, contribuer à favoriser au sein de la société l'autonomie des individus et l'égalité entre les sexes.

Nous avons, plus particulièrement, consacré notre recherche au droit de la reproduction au prisme du projet parental afin d'y déconstruire l'assignation des femmes aux questions reproductives. Cet objectif a été déterminé par le constat que nous avons fait dans le premier temps de notre travail, lorsque nous nous intéressions uniquement aux femmes en droit de la santé : les dispositions juridiques en droit de la santé contribuent à l'assignation des femmes aux tâches reproductives, perpétuent ainsi la division sexuée du travail entre les hommes et les femmes, et véhiculent des stéréotypes de genre, qui sont à la source d'inégalités entre les sexes. Afin de remettre en cause l'assignation des femmes aux tâches reproductives et la division sexuée du travail qu'elle traduit, il nous est paru indispensable d'étendre notre analyse aux hommes et aux femmes et de centrer celle-ci uniquement sur les questions reproductives. En particulier, nous avons mis en évidence que la notion de projet parental, qui a émergé avec les techniques reproductives, présentait un potentiel important du fait de la neutralité de sa formulation quant au sexe de son auteur et de la volonté qu'il permet à celui-ci d'exprimer en matière de reproduction. Nous avons alors fait l'hypothèse selon laquelle le projet parental pourrait permettre de repenser le droit de la reproduction.

Pour vérifier notre hypothèse, nous sommes partis de l'étude du corpus juridique au sein duquel la notion de projet parental a émergé, à savoir celui relatif aux techniques reproductives. Nous avons alors constaté que ce corpus relatif aux techniques de PMA renforce les stéréotypes de genre. C'est pourquoi, nous avons, par la suite, cherché à montrer qu'il serait, possible de penser le droit de la reproduction, à partir de la notion de projet parental, afin d'y promouvoir à la fois l'égalité entre les sexes et de liberté reproductive de toutes les personnes.

L'analyse du cadre relatif aux techniques de PMA nous a permis de mettre en exergue de quelle manière celui-ci, en prenant appui sur des références constantes à la nature, contribue à

renforcer les stéréotypes de genre, tant au niveau des conditions d'accès aux méthodes de PMA qu'en droit de la filiation.

618. L'analyse des conditions de réalisation du projet parental met, en effet, en lumière un cadre juridique marqué par des terminologies faisant référence à la biologie, des références plus ou moins explicites à la nature et une construction des techniques de PMA comme des remèdes à l'infertilité pathologique d'un couple hétérosexuel à l'apparence fertile. En d'autres termes, en prenant la reproduction « naturelle » pour modèle, le droit des techniques de PMA promeut une certaine vision de la famille. Cette affirmation générale est aussi valide au regard du droit français que du droit suisse, même s'il existe à la marge des différences entre les deux corpus juridiques. Ces divergences, bien que peu importantes sur le fond, permettent de montrer que la nature à laquelle il est fait référence dans les deux systèmes normatifs est construite. Le naturalisme du cadre relatif aux techniques de PMA autant que la définition de celles-ci comme relevant de la rhétorique du normal et du pathologique permet de déterminer de manière restrictive les contours du projet parental légitime et évite une remise en cause des règles d'établissement de la filiation et au-delà une réflexion sur ce qui fait la parenté. Dans cette optique, le droit commun de la filiation est utilisé pour consacrer les projets parentaux légitimes et pour sanctionner les autres, qui s'écartent du cadre naturaliste.

619. Au regard du droit de la filiation, le projet parental légitime ne correspond pas seulement au projet parental réalisé dans le cadre légal mais regroupe l'ensemble des projets parentaux pouvant entrer dans le cadre naturaliste hétérosexué. Le droit de la filiation sert ainsi à renforcer certaines limites inhérentes au cadre définissant les conditions d'accès aux techniques de PMA. Plus particulièrement, en France, la dissociation de la gestation de la maternité semble une limite infranchissable tandis qu'en droit suisse, il s'agirait de la reconnaissance de la parenté des couples de personne de même sexe. La vision de la nature selon le législateur et les juges français ne coïncide pas exactement avec celle dont le droit suisse s'inspire, même s'il y a des convergences importantes quant aux dispositions des deux législations en matière de PMA. Aussi bien en droit français qu'en droit suisse, l'attachement à l'évidence de la maternité conduit à rejeter dans des proportions différentes la dissociation de celle-ci de ses fondements biologiques, gestationnels ou génétiques. De manière symétrique, la paternité est, dans les deux législations, perçue comme fragile et doit faire l'objet d'une protection supplémentaire qui trouve des expressions diverses, avec en Suisse, le recours à l'institution du mariage pour limiter le recours au don de sperme ou en France, la persistance du principe de l'anonymat du donneur de gamète. Ces stéréotypes de genre qui font de la maternité l'essence des femmes et de la paternité une volonté sociale se retrouvent également au sein du droit commun de la filiation et sont même renforcés par les règles régissant l'établissement de la filiation en cas de recours aux techniques hétérologues de PMA.

620. Quant aux projets parentaux portés par des couples de personnes de même sexe, ils se heurtent, en France et en Suisse, aux règles du droit commun de la filiation qui excluent la reconnaissance de liens de filiation à leur égard. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe permet en France à des couples de femmes de faire établir un lien de filiation à l'égard de la seconde mère, mais par le biais des procédures d'adoption uniquement. Toutefois, les projets parentaux réalisés par GPA, quelque soit la forme du couple en France et pour les couples d'hommes uniquement en Suisse, n'ont jusqu'à présent pas pu donner lieu à l'établissement d'un lien de filiation. La situation devrait évoluer à court terme en France, compte tenu de la condamnation de cette pratique par la CEDH, même si les conséquences de ces arrêts tardent à être entièrement tirées.

621. En définitive, le naturalisme du cadre juridique relatif à la réalisation du projet parental conduit, au moment de l'établissement de la filiation, à renforcer les stéréotypes de genre et à sanctionner les pratiques transgressives, à savoir les projets parentaux des couples de même sexe et ceux réalisés par le biais d'une dissociation de la maternité de son fondement gestationnel. Ainsi, la notion de projet parental, indissociable du droit des techniques reproductives, s'exprime de manière très partielle au sein de ce corpus juridique. L'indifférence quant au sexe de l'auteur du projet parental autant que l'idée d'autonomie reproductive sous-jacente à la notion de projet parental ne sont pas reprises au sein des corpus juridiques français et suisse. C'est pourquoi, nous proposons, à partir de ces idées directrices liées à la notion de projet parental, de montrer qu'il serait possible de faire évoluer le corpus juridique relatif au droit de la reproduction. Ce changement d'échelle quant à notre objet d'étude autant qu'un changement de paradigme permettent de remettre en cause, à partir de la notion de projet parental, la division sexuée du travail à un niveau plus général. Nos développements en droit prospectif concernent essentiellement le droit français –nous faisons référence au droit suisse seulement à deux reprises-, au sujet de l'action à fins de subsides et de l'accouchement sous X, afin de montrer que ces institutions juridiques, qui n'existent plus ou pas en Suisse, ne sont pas indispensables et que, dès lors, elles peuvent être supprimées.

622. Nous avons plus particulièrement cherché à montrer qu'il serait possible de faire du projet parental la clef de voûte d'un nouveau droit de la reproduction, caractérisé par une autonomie accrue et indifférente au sexe des personnes. Cette entreprise de dénaturalisation du droit de la reproduction prend par ailleurs appui sur des fondements juridiques qui peuvent être mis en lien avec la notion de projet parental, à savoir le principe d'égalité entre les sexes et la liberté reproductive. La poursuite concrète de l'objectif d'égalité entre les sexes conduit à décliner juridiquement ce principe, notamment à travers la notion de stéréotypes de genre. Quant à la liberté reproductive, il s'agit d'une composante autant qu'une condition de la liberté individuelle, qui permet de fonder les droits reproductifs. De la sorte, la notion de projet

parental, neutre à l'égard de ses auteurs et exprimant leur autonomie reproductive, permet de repenser, à l'aune de ces principes directeurs, l'ensemble des questions liées à la reproduction en droit de la santé et en droit social.

623. Nous avons alors montré qu'il est envisageable autant que souhaitable de promouvoir l'autonomie lors de la mise en œuvre des actes médicaux non thérapeutiques en matière reproductive, notamment grâce à l'exercice et au renforcement des droits des usagers du système de santé. Penser un régime juridique unique pour l'IVG, la contraception, la stérilisation et les techniques de PMA nous paraît indispensable afin de valoriser les actes médicaux visant le contrôle des naissances et de mettre en exergue la continuité qui existe entre ces techniques qui visent toutes la maîtrise de la reproduction. En outre, cela met également en évidence le fait qu'il convient de considérer les personnes individuellement comme titulaires des droits reproductifs et de penser le projet parental d'abord à l'échelle individuelle et ensuite, le cas échéant, à l'échelle du couple. Nous nous sommes, par la suite, intéressés uniquement aux dimensions positives de la reproduction et aux conséquences juridiques de la naissance d'un enfant. À l'aune du projet parental et dans notre objectif de déconstruction de la division sexuée du travail, nous avons montré qu'il est possible de mettre en place des dispositions qui favorisent, en droit social, le libre choix des individus quant à leur engagement dans les soins aux enfants en bas âge et en droit de la filiation, la volonté comme fondement à l'établissement de la filiation, pour tous les parents indépendamment de leur sexe et de leur statut conjugal.

624. À partir du projet parental, nous proposons ainsi un droit de la reproduction qui ne prend plus appui sur les différences biologiques entre les sexes mais uniquement sur la volonté, exprimée par chaque personne en tant qu'individu autonome. L'ensemble de ces propositions vise la remise en cause de la division sexuée du travail et *in fine* l'épanouissement de chaque personne, en cantonnant l'État dans son rôle de garant des droits et libertés individuelles et en particulier, de la liberté reproductive et de l'égalité entre les sexes. Cette recherche permet de repenser en profondeur les fondements du contrat social et nous semble mettre en exergue l'importance d'une approche féministe du droit. En effet, en plus de remettre en cause l'oppression des femmes, nos propositions déconstruisent un système hétéronormatif et des stéréotypes de genre qui affectent tous les individus.

625. Pourtant, la dénaturalisation du droit de la reproduction est loin d'être achevée et ce, pour au moins trois raisons. D'abord, certaines questions pourraient encore être développées. Nous aurions pu, par exemple, proposer un ou plusieurs régimes juridiques à la GPA ou nous intéresser de manière plus globale au tourisme procréatif. Nous avons sciemment choisi de ne pas aborder ces questions par souci de cohérence, et de limiter nos développements au sens à donner à l'interdiction de la GPA et aux conséquences en termes d'établissement de la filiation. De même, il aurait été permis d'aborder une autre expression des stéréotypes de genre en droit

de la reproduction en mettant en exergue les réticences du droit de la responsabilité à indemniser les échecs d'IVG et de contraception, réticences qui traduisent une perception de toutes les naissances comme des événements heureux, même lorsqu'elles vont à l'encontre de la volonté des individus.

Ensuite, de nouvelles questions émergent continuellement. Telle est par exemple le cas de la greffe d'utérus. Cette pratique médicale nouvelle, qui se situe à la frontière entre la greffe d'organe et les techniques de PMA, pourrait en effet déconstruire en profondeur la maternité en permettant à des hommes d'être enceints, ou au contraire re-naturaliser cette dernière en réparant les femmes incapables de l'être. Alternative à la GPA, la greffe d'utérus permet aujourd'hui de pallier les facteurs utérins d'infertilité en leur apportant une réponse médicale et de continuer à refuser la réalisation de projets parentaux par le biais de la GPA, en particulier ceux des hommes seuls ou en couples. Les progrès médicaux autant que le tourisme procréatif sont des sources inépuisables de questions nouvelles. Celles-ci s'inscrivent toutefois dans les cadres existants et peuvent être analysées au regard des notions de projet parental ou de stéréotypes de genre.

Enfin, la pertinence même des catégories d'homme et de femme pourrait être interrogée, aussi bien à travers la question de la mention du sexe à l'état civil que celles des parcours médico-juridiques qui existent actuellement pour accéder à un changement de sexe²⁴⁹⁸. Se pose en particulier la question de la place des personnes trans' en droit de la reproduction²⁴⁹⁹ ; exclues du cadre naturaliste existant, elles pourraient avoir vocation demain à exercer à nouveau leur liberté reproductive.

²⁴⁹⁸ CNCDH, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, 27 juin 2013 ; ou encore Benjamin MORON-PUECH, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 23 mars 2015, consulté le 30 octobre 2015.

²⁴⁹⁹ Voir not. AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles souhaitant procéder à un traitement de réassignation sexuelle*, Avis du Conseil d'orientation du 26 juin 2014.

Bibliographie

Ouvrages généraux, traités, manuels et dictionnaires

BENABENT Alain, *Droit de la famille*, LGDJ, 3e éd. 2014.

BERENI Laure, CHAUVIN Sébastien, JAUNAIT Alexandre et REVILLARD Anne, *Introduction aux Gender Studies. Manuel des études sur le genre*, De Boeck, 2008.

BLUMAN Claude et DUBOIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 5e éd., 2013.

BOUTAYEB Chahira, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, Lextenso éditions, 3e éd., 2014.

CABRILLAC Rémy (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 3e éd., 2008.

CABRILLAC Rémy (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2012, LexisNexis, 2011.

CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne et REVET Thierry, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 18e éd., 2012.

CALVES Gwénaële, *La discrimination positive*, PUF, Que sais-je ?, 3e éd., 2010.

COOK Rebecca J. and CUSACK Simone, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e éd., 2011 ; 10e éd., 2014.

CORNU Gérard, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 9e éd., 2007.

CORNU Gérard, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 3e éd., 2005.

DUBOIS Jean, MITTERRAND Henri et DAUZAT Albert, *Grand dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2005.

DUPUY Pierre-Marie et KERBRAT Yann, *Droit international public*, Dalloz, 12e éd., 2014.

FAVOREU Louis et PHILIP Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 16e éd., 2011.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHENVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIAN Ferdinand, PENA-SOLER Annabelle, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy et TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5e éd., 2009.

FENOUILLET Dominique, *Droit de la famille*, Dalloz, 2e éd., 2008.

FRYDMAN René, *L'assistance médicale à la procréation*, PUF, Que sais-je ?, 3e éd., 2004.

GUILLOD Olivier, *Droit des familles*, Université de Neuchâtel, Faculté de droit, 2009 ; 2e éd., 2012.

HAUSER Jean, *La filiation*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, Droit privé, 1996.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, Hypercours, 1ère éd., 2013 ; 2e éd., 2015.

HESS-FALLON Brigitte et SIMON Anne-Marie, *Droit de la famille*, Sirey, coll. Aide-Mémoire, 8e éd., 2011.

HEYMANN-DOAT Arlette et CALVES Gwénaële, *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ, Lextenso éditions, 9e éd., 2008.

HILAIRE Jean, *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2013.

JESTAZ Philippe, *Le droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 8e éd., 2014.

LAUDE Anne, MATHIEU Bertrand et TABUTEAU Didier, *Droit de la santé*, PUF, Thémis droit, 3e éd., 2012.

Le petit Robert, 2011.

LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Sirey, 8e éd., 2009.

LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, coll. droit fondamental, Droit civil, 1996.

LEVINET Michel, *Droits et Libertés Fondamentaux*, PUF, Que sais-je ?, 2010.

Lexique des termes juridiques, Dalloz, 16e éd., 2007 ; 20e éd., 2012.

LOKIEC Pascal, *Droit du travail. Tome I – Les relations individuelles de travail*, PUF, Thémis droit, 2011.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLLE Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15e éd., 2005.

MALAUZIE Philippe et FULCHIRON Hugues, *La famille*, Defrénois, 3e éd., 2009.

MISTRETTA Patrick, *Droit pénal médical*, Éditions CUJAS, 2013.

OBERDORFF Henri, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2e éd., 2010.

PENNEAU Jean, « Corps humain », in Dalloz, *Répertoire de droit civil*, décembre 2005, actualisé en juin 2012.

PESKINE Elsa et WOLMARK Cyril, *Droit du travail*, Dalloz, Hypercours, 8e éd., 2013.

ROBERT Jacques et DUFFAR Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrétien, Lextenso, 8e éd., 2009.

ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999.

SENAC-SLAWINSKI Réjane, *La parité*, PUF, Que sais-je ?, 2008.

TERRE François et FENOUILLET Dominique, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8e éd., 2011.

Trésor de la langue française informatisée.

WALINE Jean, *Droit administratif*, Dalloz, Précis Droit public, 25e éd., 2014.

Ouvrages spécialisés, thèses et actes de colloques

AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, Café Voltaire, Flammarion, 2009.

AÏACH Pierre et DELANOË Daniel (dir.), *L'ère de la médicalisation*, Anthropos, 1998.

ARIES Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Seuil, coll. Points, 1992.

ARNOUX Irma, *Les droits de l'être humain sur son corps*, préface de Jean-Marie AUBY, Presses universitaires de Bordeaux, 1994.

AUSTIN John L., *Quand dire, c'est faire*, Seuil, coll. Points Essais, 1991.

BAJOS Nathalie, FERRAND Michèle et équipe Giné, *De l'avortement à la contraception. Sociologie des grossesses non prévues*, Editions Inserm, Paris, coll. « Santé Publique », 2002.

BATAILLE Philippe, *Attitudes féministes face à la procréation médicalement assistée*, EHESS, thèse de doctorat, 1993.

BEAUVOIR Simone (de), *Le deuxième sexe. Tome 2 : l'expérience vécue*, Folio essais, 2007.

BINET Jean-René, *Le nouveau droit de la bioéthique, commentaire et analyse de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, LexisNexis, Litec, Carré droit, 2005.

BOISSON Marine et VERJUS Anne, *La parentalité, une action de citoyenneté, rapport de synthèse des travaux récents sur le lien familial et la fonction parentale (1993-2004)*, CERAT, Dossier d'étude n°62, novembre 2004.

BOLTANSKI Luc, *La condition fœtale, une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Gallimard, coll. Essais, 2004.

BORRILLO Daniel, *Bioéthique*, Dalloz, 2011.

BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, Seuil, Points, Essais, 1998.

BOURDILLON François et MESNIL Marie (dir.), *Mieux prendre en compte la santé des femmes*, Éditions de Santé et Presses de Sciences Po, Collection « Séminaires », 2013.

BRUNETTI-PONS Clotilde (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, coll. Études Juridiques 1998.

CAHEN Michel, *Accouchement anonyme et adoption plénière, une dialectique des secrets. Essai historique et politique*, Karthala, 2003.

CANGUILHEM Georges, *Le normal et le pathologique*, 12e éd., 2013.

CATHERINE Aurore, *Pouvoir du médecin et droits du patient. L'évolution de la relation médicale*, Université de Caen Basse-Normandie, thèse soutenue le 9 décembre 2011.

CENTRE D'ETHIQUE CLINIQUE, *Quand la demande d'enfant dérange l'éthique*, Presses de l'AP-HP, 2011.

DEBET Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise et CORNU Gérard (dir.), *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée*, Actes des journées d'études des 5 et 6 décembre 1996 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université de Lille II, LGDJ, 1997.

DELPHY Christine, *L'ennemi principal, Tome 1 - Economie politique du patriarcat*, Syllepse, 1998.

DESCAMPS Philippe, *Un crime contre l'espèce humaine ? Enfants clonés, enfants damnés*, Les Empêcheurs de penser en rond, 2004.

DIETZ Mary G., « Current Controversies in Feminist Theory », *Annual Review of Political Science*, 6, 2003, pp. 399-431.

ENGELI Isabelle, *Les politiques de la reproduction. Les politiques d'avortement et de procréation médicalement assistée en France et en Suisse*, L'Harmattan, 2010.

EWALD François, *L'État providence*, Grasset, 1986.

FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013.

FAINZANG Sylvie, *La Relation médecins/malades : information et mensonge*, PUF, 2006.

FREEMAN Marsha A., CHINKIN Christine and RUDOLF Beate (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012.

FRIEDMANN Isabelle, *Liberté Sexualités Féminisme. 50 ans de combat du Planning pour les droits des femmes*, La Découverte, 2006.

GARDEY Delphine et LÖWY Ilana (dir.), *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin. Histoire des sciences, des techniques et de la médecine*, Éditions des archives contemporaines, 2000.

GELIS Jacques, *La sage-femme ou le médecin. Une nouvelle conception de la vie*, Fayard, 1988.

GELLY Maud, *Avortement et contraception dans les études médicales. Une formation inadaptée*, L'Harmattan, Bibliothèque du féminisme, 2006.

GHASARIAN Christian, *Introduction à l'étude de la parenté*, Points, Essais, 1997.

GIAMI Alain et LERIDON Henri (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, 2000.

GOBERT Michelle (dir.) *Médecine, Bioéthique et Droit : Questions choisies*, Economica, 1999.

GODELIER Maurice, *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Etienne PICARD (préface), L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2004.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Le droit de la bioéthique*, La Découverte, 2009.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, MÖSCHEL Mathias et ROMAN Diane (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2013.

HIRATA Hélène, LABORIE Françoise, LE DOARE Hélène et SENOTIER Danièle (dir.), *Dictionnaire critique du féminisme*, PUF, 2e éd., 2004.

IACUB Marcela, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004.

IACUB Marcela, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Flammarion, Champs essais, 2009.

JACKSON Emily, *Regulating reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001.

JACOB François, *La logique du vivant. Une histoire de l'hérédité*, Gallimard, 1970.

KELLERHALS Jean et WIDMER Éric, *Familles en Suisse, les nouveaux liens*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 3e éd., 2012.

KNIBIEHLER Yvonne et NEYRAND Gérard (dir.), *Maternité et parentalité*, ENSP, 2004.

KNIBIEHLER Yvonne, *Accoucher. Femmes, sages-femmes et médecins depuis le milieu du XXe siècle*, Éditions de l'école nationale de la santé publique, 2007.

LABRUSSE-RIOU Catherine (dir.), *Le droit saisi par la biologie : des juristes au laboratoire*, LGDJ, 1996, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 259.

LAUDE Anne (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, 2014.

LEGAY Jean-Marie, *L'interdisciplinarité dans les sciences de la vie*, Editions Quæ « Indisciplines », 2006.

LEGENDRE Pierre, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985.

LEPINARD Eléonore, *L'égalité introuvable. La parité, les féministes et la République*, Presses de Sciences Po, 2007.

- LETTERON Roseline, *Le droit de la procréation*, PUF, Que sais-je ?, 1998.
- LEVI-STRAUSS Claude, *Les structures élémentaires de la parenté*, Mouton de Gruyter, 2002.
- LÖWY Ilana, *L'emprise du genre*, La Dispute, « Le genre du monde », 2006.
- MANAI Dominique, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Stämpfli Editions SA Berne, 2e éd., 2013.
- MARUANI Margaret, *Travail et emploi des femmes*, La découverte/repères, 2006.
- MAZIERE Pierre, *Le principe d'égalité en droit privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2003.
- MEMMI Dominique, *Faire vivre et laisser mourir. Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, La découverte, coll. Textes à l'appui, 2003.
- MERCAT-BRUNS Marie (dir.), *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006.
- NEIRINCK Claire (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?*, ERES, « Hors collection », 2003.
- PARICARD-PIOUX Sophie, *La convenance personnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2003.
- PATEMAN Carole, *Le contrat sexuel*, La Découverte et Institut Emilie Du Châtelet, 2010.
- PAVARD Bibia et al., *Le « patient expert ». Expertise profane et droits des malades à travers l'histoire de l'association AIDES*, document de travail non publié, 2014.
- PERREAU Bruno, *Penser l'adoption. La gouvernance pastorale du genre*, PUF, coll. Ethique et philosophie morale, 2012.
- PICHARD Marc, *Le droit à : étude de législation française*, Economica, Recherches juridiques, 2006.
- POTVIN Louise, MOQUET Marie-José et JONES Catherine M. (dir.), *Réduire les inégalités sociales en santé*, INPES, 2010.
- PRADELLE Géraud (de la), *L'Homme juridique*, Presse Universitaires de Grenoble, coll. « Critique du droit » 3, 1979.
- PULMAN Bertrand, *Mille et une façons de faire les enfants. La révolution des méthodes de procréation*, Calmann-Lévy, 2010.
- ROCHEBROCHARD Elise (de la) (dir.), *De la pilule au bébé-éprouvette, choix individuels ou stratégies médicales ?*, Ined, 2008.
- ROMAN Diane (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Éditions Pedone, 2014.
- RUBIN Gayle, *Surveiller et jouir. Anthropologie politique du sexe*, Epel, 2010.
- SELLENET Catherine, *La parentalité décryptée, pertinence et dérives d'un concept*, Harmattan, 2007.
- SILVERA Rachel, *Un quart en moins*, La découverte, coll. Cahiers libres, 2014.
- THERY Irène (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993.
- THERY Irène, *Le Démariage*, Odile Jacob, 1993.
- THERY Irène (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées? Une approche pluridisciplinaire internationale*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1995.
- THERY Irène, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'EHESS, Coll. « Cas de figure », 2010.

VIDAL José, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 127.

Etudes, articles et chroniques

AÏACH Pierre, « Les voies de la médicalisation », pp. 15-36 in AÏACH Pierre et DELANOË Daniel (dir.), *L'ère de la médicalisation*, Anthropos, 1998.

AKRICH Madeleine et LABORIE Françoise, « Introduction : De la contraception à l'enfantement, l'offre technologique en question », *Cahiers du Genre*, 25, 1999, p. 5-17.

ANDRO Armelle et DESGREES DU LOU Annabel, « La place des hommes dans la santé sexuelle et reproductive : Enjeux et difficultés », *Autrepart*, 2009/4, n° 52, pp. 3-12.

ARDEEFF Isabelle, « Etablissement de la filiation maternelle et rétroactivité », note sous 1^{ère} Civ., 15 déc. 2010, n°09-16968, *AJ Famille*, 2011, p. 107.

ASSIER-ANDRIEU Louis (collab. BODOQUE-PUERTA Yolande, JUAN-JEREZ Montserrat, ROCA I GIRONA Jordi), « Espagne : politique, science et droit naturel. Esquisse d'une révolution dans la normativité familiale », pp. 83-119 in ASSIER-ANDRIEU Louis, COMMAILLE Jacques (eds), *Politique des lois en Europe. La filiation comme modèle de comparaison*, LGDJ, 1995.

AVENA-ROBARDET Valérie, « Comme les femmes, les hommes ont droit au congé parental », note sous CEDH, Konstantin Markin c. Russie, requête n° 30078/06, Première section, 7 octobre 2010, *AJ Famille*, 2010, p. 493.

AVENA-ROBARDET Valérie, « GPA : à Nantes, le parquet résiste ! », *AJ fam.*, 2015, p. 307.

AVOUT Louis (d'), « La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée », *D.*, 2014, p. 1806.

BACACHE Mireille, « Les actes de chirurgie esthétique constituent des actes de soins et relèvent de la compétence de l'ONIAM », note sous Cass., 1^{ère} Civ., 5 février 2014, n° 12-29140, *JDSAM*, n°2014-2, p. 72.

BADA Sylvia-Lise, « Le principe de l'anonymat des donneurs de gamètes passe le cap du Conseil d'État », in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 4 juillet 2013.

BADEL Maryse, « Le congé de paternité ne peut bénéficier à la compagne pacsée avec la mère », *RDSS*, 2008, p. 384.

BAJOS Nathalie et BELTZER Nathalie, « De la contraception à la prévention : les enjeux de la négociation aux différentes étapes des trajectoires affectives et sexuelles », pp. 437-460 in BAJOS Nathalie (dir.), BOZON Michel (dir.), BELTZER Nathalie (coord.), *La sexualité en France. Pratiques, genre et santé*, La découverte, 2008.

BAJOS Nathalie et FERRAND Michèle, « L'interruption volontaire de grossesse et la recomposition de la norme procréative », *Sociétés contemporaines*, 2006/1, n° 61, pp. 91-117.

BAJOS Nathalie et FERRAND Michèle, « La condition fœtale n'est pas la condition humaine », *Travail, genre et sociétés*, 1/ 2006, N° 15, pp. 176-182.

BAJOS Nathalie, BOHET Aline, LE GUEN Mireille, MOREAU Caroline et l'équipe de l'enquête FECOND, « La contraception en France : nouveau contexte, nouvelles pratiques ? », *Population & Sociétés*, numéro 492, septembre 2012, p. 2.

BAJOS Nathalie, LERIDON Henri, GOULARD Hélène, OUSTRY Pascale, JOB-SPIRA Nadine and the Cocon Group, "Contraception: from accessibility to efficiency", *Human Reproduction*, 18(5), 2003, pp. 994-998.

BAKOUCHE David et QUINQUIS Anne (le), « Le consentement du couple en cas de procréation médicalement assistée avec donneur » in GOBERT Michelle (dir.), *Médecine, Bioéthique et Droit, Questions choisies*, Economica, 1999.

BAKOUCHE David, « Le transfert d'embryons post mortem », pp. 153-167 in *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, 2004, Economica.

BATAILLE Philippe et VIROLE Louise, « Quand la morale du soignant devient l'éthique du soin. Conflits éthiques et normes professionnelles en médecines de la reproduction et palliative », *La nouvelle revue du travail* [En ligne], 2 | 2013, mis en ligne le 30 mars 2013, consulté le 21 avril 2013.

BATTEUR Annick, « Assistance médicale à la procréation et responsabilité civile de droit privé », *Petites affiches*, 26 juin 2002, n° 127, p. 4.

BATTEUR Annick, « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *LPA*, 4 juil. 2013, n°133, p. 29.

BAUDRY Sonia et FILLION Stéphanie, « La conciliation vie professionnelle/vie privée : quels outils pour les politiques publiques ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2/ 2014, n° 15, pp. 245-250.

BAYLIS Françoise, "Pregnant women deserve better", *Nature*, 10 juin 2010, 465, pp. 689-690.

BELAISCH-ALLART J., "Treatment options for age-related infertility", *Rev Prat.* 2010, juin 20, 60(6), pp. 819-823.

BELLEAU Marie-Claire, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *RTD Civ.*, 2001, p. 1.

BELLIVIER Florence et EGEA Pierre, « L'être humain sans qualités », pp. 121-133 in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006.

BELLIVIER Florence, « Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (JO 7 août 2004, p. 14040) », *RTD civ.*, 2004, p. 787.

BELLIVIER Florence, « La possibilité d'être parent en dépit de la nature et l'impossibilité d'être parent à raison du droit », pp. 39-47 in JACQUES Philippe (dir.), *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, 2010.

BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1998, p. 152.

BENA Sébastien, « Précisions sur la portée de la protection accordée à une salariée enceinte contre une mesure de licenciement », *Gazette du Palais*, 2 oct. 2014, n°275, p. 5.

BENEJAT Murielle, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal*, 2012, p. 392.

BERDEAUX-GACOGNE Florent, « La discrète reconnaissance du "parent social" », *AJ Famille*, 2013, p. 346.

BERENI Laure, « Le Genre », *Cahiers français*, 2012, n°366, p. 75.

BERGEL Jean-Louis, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *McGill Law Journal*, vol. 33, n°2, 1988, p. 357.

BILLANDON Irlène, « L'anonymat du donneur de gamètes en question », conclusions sous TA Montreuil, 14 juin 2012, n°1009924, G. c. AP-HP et a., *Administrations et collectivités territoriales*, n°28, 16 juillet 2012, p. 2253.

BINET Jean-René, « L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif », *Dr. Famille*, 2006, n°3, étude 14.

BINET Jean-René, « Articles 16 à 16-14 du Code civil, Fasc. 5 : Présentation générale de la loi relative à la bioéthique », in *JurisClasseur Civil Code*, 04, 2012.

BIOY Xavier, « Débat relatif à l'assistance médicale à la procréation et principes constitutionnels », *Constitutions*, 2010, p. 430.

BLOCH Laurent, « Quand l'ONIAM guide la plume du législateur pour briser une jurisprudence... », *Responsabilité civile et assurances*, n° 11, novembre 2014, alerte 33.

BOLLEE Sylvain, « Les sanctions en droit international privé. La violation de la légalité dans un contexte de relativité normative et de montée en puissance des droits fondamentaux », pp. 595-611 in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, L'esprit du droit, 2012.

BORRILLO Daniel, « Bioéthique à la française et paternalisme d'État », in BORRILLO Daniel, FASSIN Eric et HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Raison Publique*, « La bioéthique en débat : angles vifs et points morts », 15 mai 2012.

BOUJEKA Augustin, « La gestation pour autrui et le handicap confrontés au principe de non-discrimination en droit de l'Union », *D.*, 2014, p. 1811.

BOULANGER François, « Le bilan mitigé d'une réforme : la loi n°96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption », *D.*, 1996, chr. 307.

BOUSIGES Annie, « Congés », in Dalloz, *Répertoire de droit du travail*, mars 1997, mise à jour en septembre 2012.

BOUSSAR Sabine et HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Les rapports entre droit et déontologie. Le point de vue du Conseil national de l'ordre des médecins », pp. 93-98 in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006.

BOUVIER Françoise, « À la recherche de la paternité », *RTD civ.*, 1990, p. 394.

BREART Gérard et MOUZON Jacques (de), « AMP Vigilance », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 1995, 179, n°8, pp. 1759-1764.

BRETIN Hélène, « Marginalité contraceptive et figures du féminin : une expérience de la contraception injectable hormonale en France », *Sciences sociales et santé*, Volume 22, n°3, 2004, pp. 87-110.

BRETON André, « L'enfant incestueux », pp. 309-326 in *Aspects nouveaux de la pensée juridique - Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. Tome 1 - Études de science pénale et de politique criminelle*, éd. Pédone, 1975.

BRUNET Laurence, « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS*, n°5, sept.-oct. 2012, p. 828.

BRUNET Laurence, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », *RDSS*, 2013, p. 908.

BUREAU Dominique, « De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 679, note 38.

BYK Christian, « Bioéthique et (r)évolution du droit de la famille », *JCP G.*, n° 44, 27 oct. 2004, act. 539.

BYRNES Andrew, "Article 1", pp. 51-70 in FREEMAN Marsha A., CHINKIN Christine and RUDOLF Beate (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012.

BYRNES Andrew, "Article 2", pp. 71-99 in FREEMAN Marsha A., CHINKIN Christine and RUDOLF Beate (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012.

CADOU Eléonore, *La « biologisation » du droit de la filiation*, pp. 15-38 in LABRUSSE-RIOU Catherine (dir.), *Le droit saisi par la biologie : des juristes au laboratoire*, LGDJ, 1996, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 259.

CAMBORIEUX Laure, *Ce que cachent – et révèlent les mots. De l'influence de la sémantique sur la pensée bioéthique*, pp. 285-291 in Gérard TEBOUL (dir.), *Procréation et droits de l'enfant*, Bruylant, 2004.

CATHERINE Aurore, *La codécision, entre mythe et réalité*, pp. 119-130 in Anne LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, 2014.

CATSANOS Ruby, ROGERS Wendy et LOTZ Mianna, « The Ethics of Uterus Transplantation », *Bioethics*, 2013, 27, 2, pp. 65-73.

CHAMBELLAND-LIEBAULT Nathalie, « Les bébés dans le code du travail », *Cahiers Jaurès*, 2002/3, n°165-166, pp. 23-38.

CHAUVEAU Sophie, « Les espoirs déçus de la loi Neuwirth », *Clio. Histoire, femmes et sociétés* [En ligne], 18 | 2003, mis en ligne le 08 février 2005, consulté le 29 septembre 2014.

CHENEDE François, « Délégation volontaire et partielle d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : la Cour de cassation donne son aval ! », note sous 1^{re} Civ., 24 février 2006, n°04-17090, *AJ Famille*, 2006, p. 159.

CHENEDE François, « La partenaire homosexuelle de la mère d'un enfant ne peut pas profiter d'un congé de paternité », Note sous Civ. 2e, 11 mars 2010, *Elodie L.*, n° 09-65.853, *AJ Famille*, 2010, p. 184.

CHENEDE François, « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », *AJ Famille*, 2013, p. 332.

CHENEDE François, « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1172.

CHEYNET DE BEAUPRE Aline, « Homme et femme il les créa », *D.*, 2008, p. 1216.

CHEYNET DE BEAUPRE Aline, « Le bébé du double espoir », *D.*, 2011, p. 603.

CHINKIN Christine et FREEMAN Marsha A., « Introduction », pp. 2-33 in FREEMAN Marsha A., CHINKIN Christine and RUDOLF Beate (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012.

CHINKIN Christine et RUDOLF Beate, « Preamble », pp. 35-49 in FREEMAN Marsha A., CHINKIN Christine and RUDOLF Beate (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012.

CIMAR Laurence, « De la dangerosité de l'acharnement procréatif "sauvage" ; à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 29 juin 2010 », *Droit de la famille*, n°12, décembre 2010, étude 32.

CLAYTON Janine A. et COLLINS Francis S., "Policy: NIH to balance sex in cell and animal studies", *Nature*, 15 May 2014, 509, pp. 282- 283.

COLIN Ambroise, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.*, 1902, p. 257.

CORMIER Christine, « La chirurgie esthétique », *RDSS*, 2002, p. 724.

COULM Bénédicte, BLONDEL Béatrice, ALEXANDER Sophie, BOULVAIN Michel et RAY Camille (le), « Potential avoidability of planned cesarean sections in a French national database », *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, vol. 93, n° 9, sept. 2014, pp. 905-912.

DAUPHIN Sandrine et SENAC-SLAWINSKI Réjane, « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un "concept-méthode" », *Cahiers du Genre*, n°44/2008, pp. 5-16.

DAUPHIN Sandrine, « Promotion de l'égalité des sexes en France : continuité et rupture », *Cahiers du Genre*, 2008/1, n° 44, pp. 139-164.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Droit civil et paternité », *Revue française des affaires sociales, Pères et Paternité*, Hors-série, Nov. 1988, pp. 129-139.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », pp. 41-58 in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexiNexis, 2012.

DEL RE Alisa, « Avortement et Contraception », pp. 1-6 in HIRATA Helena, LABORIE Françoise, DOARE Hélène (le) et SENOTIER Danièle (dir.), *Dictionnaire critique du féminisme*, PUF, 2e éd. 2004.

DELZANGLES Béatrice et MÖSCHEL Mathias, « Le Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes : trente ans d'activités en faveur des femmes », pp. 49-80 in ROMAN Diane (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Éditions Pedone, 2014.

DELZANGLES Béatrice, « L'autorité juridique de la Convention dans les ordres nationaux : une intégration en demi-teinte », pp. 81-104 in Diane ROMAN (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Éditions Pedone, 2014.

DEMACY DE GOUSTINE Patrick, « Procréation médicalement assistée et pouvoir médical », *RDSS*, 1996, p. 1.

DEPADT-SEBAG Valérie, « Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui », *D.*, 2005, p. 476.

DEPADT-SEBAG Valérie, « La procréation *post mortem* », *D.*, 2011, p. 2213.

DESJEUX Cyril, « Histoire et actualité des représentations et pratiques de contraception masculine », pp. 49-63 in ANDRO Armelle et DESGREES DU LOU Annabel, « Régulation des naissances et santé sexuelle : où sont les hommes ? », *Autrepart*, 2009, n°52.

DESTAME Claude, « PMA, consentement authentique », *JCP*, 1995, p. 29.

DINOSI-PEYRUSSE Amélie et PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », pp. 49-66 in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane (dir.), *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, CNRS Éd., 2014.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Actualités de la bioéthique : refus de l'adoption d'un enfant conçu par PMA », *AJ fam.*, 2014, p. 267.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Actualités de la bioéthique », *AJ fam.*, 2014, p. 145.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « GPA : la "circulaire Taubira" est validée », *AJ fam.*, 2015, p. 53.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Le droit de l'AMP sous le prisme du genre », *RJPF*, 2015, 3/7.

DOLLANDER Marianne, « Que sait-on de l'infertilité psychogène masculine ? », *Bulletin de psychologie*, 5/2009, n°503, pp. 467-477.

DOULLIEZ Véronique, FAGET Frédéric, et al., « L'ICSI : la fin de la stérilité masculine ? », pp. 1-111 in GOBERT Michelle (dir.) *Médecine, Bioéthique et Droit : Questions choisies*, Economica, 1999.

DREIFUSS-NETTER Frédérique, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD Civ*, 1996, p. 1.

DREIFUSS-NETTER Frédérique, « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *D.* 1998, p. 100.

DRULHE Marcel et CLEMENT Serge, « Enjeux et formes de la médicalisation : d'une approche globale au cas de la gérontologie », pp. 69-97 in AÏACH Pierre et DELANOË Daniel (dir.), *L'ère de la médicalisation*, Anthropos, 1998.

ENGELI Isabelle, « La problématisation de la procréation médicalement assistée en France et en Suisse. Les aléas de la mobilisation féministe », *Revue française de science politique*, 2009/2, vol. 59, pp. 203-219.

ENGHOLM-FREDERIKSEN Marie *et al.*, "Solo mother by donor – the plan B of motherhood. A perspective on person-centered reproductive medicine", *International Journal of Person Centered Medicine*, dec. 2011, vol. 1, n° 4, pp. 800-807.

EUDIER Frédérique, « Adoption » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008.

FABRE-MAGNAN Muriel, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant - À propos de la gestation pour autrui », *D.*, 2015, p. 224.

FAGEEH W. *et al.*, "Transplantation of the human uterus", *Int J Gynaecol Obstet*, 2002, 76, pp. 245-251.

FAINZANG Sylvie, « Les inégalités au sein du colloque singulier : l'accès à l'information », *Les Tribunes de la santé*, 2/2014, n° 43, pp. 47-52.

FASSIN Didier, « Les politiques de la médicalisation », pp. 1-13 in AÏACH Pierre et DELANOË Daniel (dir.), *L'ère de la médicalisation*, Anthropos, 1998.

FAURE Olivier, « La médicalisation vue par les historiens », pp. 53-68 in AÏACH Pierre et DELANOË Daniel (dir.), *L'ère de la médicalisation*, Anthropos, 1998.

FAVIER Carine, « Les combats féministes dans le champ de la santé », *Les Tribunes de la santé*, 2014/3 n° 44, pp. 25-34.

FENOUILLET Dominique, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Droit de la famille*, n°11, nov. 2003, chron. 29.

FENOUILLET Dominique, « La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation », *Droit de la famille*, n°2, fév. 2004, comm. 16.

FENOUILLET Dominique, « Le droit civil de la famille hors le Code », *Les petites affiches*, 21 septembre 2005, n° 188, p. 3.

FENOUILLET Dominique, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? Introduction », *Les petites affiches*, 24 février 2010, n° 39, p. 7.

FENOUILLET Dominique, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : des fondements incertains ? », *Les petites affiches*, 24 février 2010, n° 39, p. 25.

FENOUILLET Dominique, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », *Les petites affiches*, 24 mars 2010, n° 59, p. 7.

FENOUILLET Dominique, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : l'effet probable d'entraînement », *Les petites affiches*, 24 mars 2010, n°59, p. 18.

FENOUILLET Dominique, « Propos introductifs », pp. 1-26 in BUREAU Dominique, DRUMMOND France et FENOUILLET Dominique (dir.), *Droit et Morale. Aspects contemporains*, Dalloz, 2011.

FENOUILLET Dominique, « Les sanctions en droit de la famille. Incohérences ou politique résolument diversifiée », pp. 151-183 in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, L'esprit du droit, 2012.

FENOUILLET Dominique, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », pp. 95-122 in FENOUILLET Dominique et SEVE René (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014.

FENOUILLET Dominique, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », pp. 37-71 in FENOUILLET Dominique et SEVE René (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014.

FERRAND Frédérique, « Preuve », in Dalloz, *Répertoire de droit civil*, décembre 2013.

FESTY Patrick, « La légalisation des couples homosexuels en Europe », *Population*, 2006/4 Vol. 61, pp. 493-531.

FIERRO François et VOLERY Ingrid, « Faire famille aujourd'hui. Parents et jeunes dans la société contemporaine », *Empan*, 3/2002, n°47, pp. 112-120.

FINE Agnès et MARTIAL Agnès, « Vers une naturalisation de la filiation? », *Genèses*, 2010/1, n°78, pp. 121-134.

FINES Francette, « Égalité entre l'homme et la femme », pp. 353-357 in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, Quadrige, 2008.

FISHER Jane, « Infertility and assisted reproduction », in WHO (ed.), *Mental health aspects of women's reproductive health. A global review of the literature*, pp. 128-146.

FLATTET Guy, « Le nouveau droit suisse de la filiation », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 29, n°4, oct.-déc. 1977, pp. 675-687.

FLORENTIN Isabelle, *Le diagnostic prénatal et le contrôle de la qualité des enfants à naître*, pp. 109-145 in LABRUSSE-RIOU Catherine (dir.), *Le droit saisi par la biologie : des juristes au laboratoire*, LGDJ, 1996, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 259.

FOIX-L'HELIAS L., ANCEL P. Y., BLONDEL B., « Facteurs de risque de prématurité en France », *J Gyn Obstet Biol Reprod*, 2000, 29, pp. 55-65.

FOLLAIN Eugène, « Focus sur les conséquences sur les enfants de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *AJCT*, 2013, p. 506.

FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, mis en ligne le 01 juin 2014, consulté le 20 août 2014.

FONDIMARE Elsa, « La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes » *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 28 juillet 2014, consulté le 23 septembre 2014.

FONDIMARE Elsa, « La loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes à l'épreuve du Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 25 septembre 2014, consulté le 26 septembre 2014.

FORGES Jean-Michel (de), « Les établissements hospitaliers et la procréation médicalement assistée », *RSSS*, 1989, p. 58.

FORGES Jean-Michel (de), « Procréation médicalement assistée pratiquée dans les établissements hospitaliers », note sous CE, 21 juill. 1989, Association des médecins pour le respect de la vie, Req. n° 98 889, *RDSS*, 1990, p. 79.

FORGES Jean-Michel (de), « Les refus d'autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée dans les établissements hospitaliers privés », note sous TA Paris, 5 juillet 1989, SA Clinique du Belvédère et autres, concl. G. Corouge, *supra*, *RDSS*, 1990, p. 91.

FOSSIER Thierry, *La parentalité et le droit*, pp. 32-42, in VOSSIER Bernard (dir.), *La parentalité en questions, problématiques et pratiques professionnelles*, Andesi, 2002.

FOUASSIER Éric et VIALA Georges, « Test de grossesse et monopole pharmaceutique : du droit de la santé au monopole constitutionnel », *D.*, 2003, p. 81.

FRAISSE Geneviève, « L'*Habeas corpus* des femmes : une double révolution ? », pp. 53-62 in BEAULIEU Etienne-Emile, HERITIER Françoise, LERIDON Henri, *Contraception : contrainte ou liberté ?*, éd. Odile Jacob, 1999.

FRAISSE Geneviève et al., « Le *gender mainstreaming*, vrai en théorie, faux en pratique ? », *Cahiers du Genre*, 2008/1 n° 44, pp. 17-26.

FRAISSE Geneviève, « L'*Habeas corpus* des femmes : une double révolution ? », pp. 315-320 in *À côté du genre. Sexe et philosophie de l'égalité*, Le bord de l'eau éditions, 2010.

FRANCES RADAY, "Article 11", in pp. 279-309 FREEMAN Marsha A., CHINKIN Christine and RUDOLF Beate (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012.

FRISON-ROCHE Marie-Anne et SEVE René, « L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes », *L'année sociologique*, 2003/1, vol. 53, pp. 55-88.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.*, 15 septembre 1995.

FULCHIRON Hugues, « Toute vérité est-elle bonne à dire ? note à verser au dossier de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *D.*, 2008, p. 3035.

FULCHIRON Hugues, « Vérité contre stabilité des filiations ? », *D.*, 2013 p. 2958.

FULCHIRON Hugues, « *Fraus omnia corrumpit* ? », *D.*, 2014, p. 1162.

GAHDOUN Pierre-Yves, « L'amélioration de la fabrication des lois », *AJDA*, 2008, p. 1872.

GALLMEISTER Inès, « Etablissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance, note sous 1^{ère} Civ. 1^{ère}, 14 fév. 2006, n°05-13006 », *D.* 2006, p. 1029.

GALLMEISTER Inès, « Autorité parentale : délégation partagée au profit de la compagne de la mère », note sous TGI Paris, 22 février 2013, n°12/35092, *AJ Famille*, 2013, p. 232.

GARCEAU L. et al., "Economic implications of assisted reproductive techniques: a systematic review", *Human Reproduction*, 2002, vol. 17, n°12, pp. 3090-3109.

GARDIN Alexia, « Maternité et rupture du contrat de travail. Retour sur quelques évolutions marquantes », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 12/07, pp. 975-986.

GARDIN Alexia, « Maternité et éducation des enfants : à la recherche de l'introuvable égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 11/09, pp. 727-733.

GARDIN Alexia, « Gestation pour autrui et congé de maternité : la CJUE confrontée au tabou (CJUE, 18 mars 2014, Aff. C-167/12, C. D. et C-363/12, Z.) », *RDLF*, 2014, chron. 15.

- GARRIGUE Jean, « Les sanctions en droit des personnes. Brèves observations sur le recours aux sanctions pénales », pp. 129-149 in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, L'esprit du droit, 2012.
- GAUTHIER T., et al., « Transplantation utérine. État des lieux », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, vol. 40, 11, nov. 2012, pp. 691-694.
- GAUTIER Arlette et GRENIER-TORRES Chrystelle, « Controverses autour des droits reproductifs et sexuels », *Autrepart*, 2014/2, n°70, pp. 3-21.
- GAUTIER Arlette, « Les droits reproductifs, une nouvelle génération de droits ? », *Autrepart*, n°15, 2000, pp. 167-180.
- GENEVOIS Bruno, « Principes généraux du droit », octobre 2010 mise à jour en juin 2014, in Dalloz, *Répertoire de contentieux administratif*.
- GIAMI Alain, « Une histoire de l'éducation sexuelle en France : une médicalisation progressive de la sexualité (1945-1980) », *Sexologies*, 16, 2007, pp. 219-229.
- GIBERT Sabine, « Les frontières de l'indemnisation du risque sanitaire par la solidarité nationale », *RDSS*, 2010, p. 29.
- GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD Civ.* 1992.
- GOUTTENNOIRE Adeline, « Coup d'arrêt à la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale », note sous Cass., 1^e Civ., 8 juil. 2010, n°09-12623, JCP G, n°41, 2010, 994.
- GOUTTENNOIRE Adeline et FULCHIRON Hugues, « Autorité parentale » in Dalloz, *Répertoire de droit civil*, janvier 2012, actualisé en avril 2015.
- GRANET Frédérique, « Né de père inconnu... », *D.*, 2002, p. 1710.
- GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « L'article 8 de la Conv. EDH et l'état civil dans les États de la CIEC », *RTD eur.*, 1997, p. 653.
- GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation », *D.*, 2013, p. 1436.
- GRASS Étienne, « Discriminations en fonction du sexe dans les assurances : les contre-pieds de l'arrêt Test-Achats », *Droit social*, 2011, p. 689.
- GROSBON Sophie, « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », pp. 19-47 in ROMAN Diane (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Éditions Pedone, 2014.
- GROSSET Marie, « Les bonnes pratiques en droit de la santé : des avantages et des limites d'une médecine normée », *JDSAM*, 2013 n° 1, pp. 26-30.
- GRÜNDLER Tatiana et ROMAN Diane, « L'éducation sexuelle devant le comité européen des droits sociaux : entre protection de la santé et lutte contre les discriminations. Comité européen des droits sociaux, *International center for the legal protection of Human rights (Interights) c. Croatie*, récl. n°45/2007, 30 mars 2009 », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, n°83, pp. 685-703.
- GRÜNDLER Tatiana, « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X ? », pp. 75-93 in séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, *La Revue des Droits de l'Homme*, n°3, juin 2013.
- GUICHARD Anne et POTVIN Louise, « Pourquoi faut-il s'intéresser aux inégalités sociales de santé ? », pp. 35-51 in POTVIN Louise, MOQUET Marie-José, JONES Catherine M. (dir.), *Réduire les inégalités sociales en santé*, INPES, 2010.

GUIDEC Raymond (le) et CHABOT Gérard, « Filiation (2° modes extrajudiciaires d'établissement » in Dalloz, Répertoire de droit civil, janvier 2009, mise à jour en mars 2014.

HAUSER Jean, « Insémination artificielle et annulation de reconnaissance », *RTD civ.*, 1991, p. 311.

HAUSER Jean, « L'enfant souvenir », *RTD Civ.*, 1995, p. 873.

HAUSER Jean, « Couple et différence de sexe », pp. 95-111 in BRUNETTI-PONS Clotilde (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, coll. Études Juridiques, 1998.

HAUSER Jean, « L'identification de l'enfant aux mains de la mère : une expropriation d'enfant d'utilité privée », obs. sous TGI Nancy, 16 mai 2003, *RTD civ.*, 2003, p. 488.

HAUSER Jean, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004.

HAUSER Jean, « Les montages et la filiation (suite) : l'autorité parentale, un jeu... d'enfant ! », *RTD civ.*, 2005, p. 378.

HAUSER Jean, « Montages de filiation et d'autorité parentale : une nouvelle catégorie juridique, la filiation par délégation ou l'enfant bricolé », note sous TGI Paris, 2 juil. 2004 et Montpellier, 10 fév. 2004, *RTD Civ.*, 2005, p. 116.

HAUSER Jean, « *Happy end* dans l'affaire dite "Benjamin" ou que ferait-on sans l'adoption simple ? », *RTD civ.*, 2007, p. 558.

HAUSER Jean, « Du fait et du droit : une femme quasi-père a-t-il (elle ?) droit au congé de paternité ? », *RTD civ.*, 2010, p. 315.

HAUSER Jean, « Droit d'accès à l'enfant : procréation médicalement assistée et adoption », *RTD Civ.*, 2010, p. 774.

HAUSER Jean, « Des mères rétroactives et putatives dont on hérite... note sous 1^{ère} Civ., 15 déc. 2010, n°09-16968 », *RTD Civ.*, 2011, p. 114.

HAUSER Jean, « Procréations médicalement assistées : pas de QPC », *RTD civ.*, 2012, p. 303.

HAUSER Jean, « Contrôle constitutionnel : constitutionnalité de la jurisprudence et égalité apparente des sexes », *RTD Civ.*, 2013, p. 361.

HAUSER Jean, « Gestation pour autrui : le droit social est-il finalement plus important que le droit civil ou dis-moi qui est ta mère ? », *RTD Civ.*, 2013, p. 828.

HAUSER Jean, « Dis-moi qui est ta mère : porteuse ou commanditaire ? », *RTD Civ.*, 2014, p. 355.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « 1994-2004, dix ans de droit de la bioéthique », pp. 11-26 in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Bioéthique, biodroit, biopolitique : politique et politisation du vivant », pp. 29-50 in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion de la loi du 6 août 2004*, LGDJ, 2006.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, « La procréation est-elle devenue une question de choix ? La question du genre dans le droit médical et biomédical », pp. 167-190 in *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?*, Colloques et débats, Lexis Nexis, 2011.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », note sous TA de Montreuil, 14 juin 2012, Mme G., n° 1009924 et TA de Paris, 21 septembre 2012, M. M., *AJDA*, 12 novembre 2012, n°38/2012, p. 2119.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 08 mai 2014, consulté le 06 novembre 2014.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », pp. 143-161 in MARAIS Astrid (dir.), *La procréation pour tous*, Dalloz, 2015.

HENNION-JACQUET Patricia, « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038.

HERMITTE Marie-Angèle, « De l'avortement aux procréations artificielles, la toute-puissance du projet parental », *Natures Sciences Sociétés*, 2007/3, Vol. 15, pp. 274-279.

HERVIEU Nicolas, « Procréation médicalement assistée (Art. 8 et 14 CEDH) : Discrimination dans le choix des techniques autorisées », CREDOF, *La Lettre Actualités Droits-Libertés*, vendredi 2 avril 2010.

HERVIEU Nicolas, « Limitation, au nom de la protection de l'ordre public national, des effets juridiques d'une adoption réalisée à l'étranger », note sous CEDH, 1^{er} sect. 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, req. n° 56759/08, in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 4 mai 2011.

HERVIEU Nicolas, « Droit au respect de la vie privée et familiale (Art. 8) : Recul de la Grande Chambre sur les techniques de procréation médicalement assistée (PMA) », CREDOF, *La Lettre Actualités Droits-Libertés*, dimanche 6 novembre 2011.

HERVIEU Nicolas, « Condamnation solennelle des stéréotypes de genre dans la répartition des rôles parentaux » in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 27 mars 2012.

HERVIEU Nicolas, « Un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales » in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 26 février 2013.

HERZOG-EVANS Martine, « Détenus : vers un droit à procréer ? », sous CEDH, *Dickson contre Royaume-Uni*, Grande Chambre, 4 décembre 2007, req. 44362/04, *AJ Pénal*, 2008, p. 47.

HERZOG-EVANS Martine, « Le droit d'accoucher à domicile, élément de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention EDH », Note sous CEDH, 14 déc. 2010, n° 67545/09, *Ternovszky c. Hongrie*, *AJ Famille*, 2011, p. 104.

HOCQUET-BERG Sophie, « La solidarité nationale réduite à peau de chagrin », *Responsabilité civile et assurances*, n° 2, février 2015, étude 2.

HOHLFELD Patrick, WUNDER-GALIE Dorothea et ZIEGLER Dominique (de), « Fécondation *in vitro* : intérêt et désavantage du remboursement par l'assurance maladie en Suisse », *Revue Médicale Suisse*, 2009, pp. 2106-2110.

HOLMAAT Rikki, "Article 5", pp. 141-167 in FREEMAN Marsha A., CHINKIN Christine and RUDOLF Beate (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012.

IACUB Marcela, « Pour X. L'inconvénient d'être né de personne », *Raisons politiques*, 4/ 2003, n°12, pp. 55-76.

IACUB Marcela, « Géniteur sous X », *Libération*, Paris, 25 janvier 2005.

JAUNAIT Alexandre, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, 3/2003, n° 11, pp. 59-79.

JAUNAIT Alexandre, « Irène Théry, Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don, Éditions de l'EHESS, Paris, 2010, 309 pages », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, pp. 232-240.

JEAMMAUD Antoine, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron. 206, p. 199.

JENSON Jane et LEPNIARD Eléonore, « Penser le genre en science politique, Vers une typologie des usages du concept », *Revue française de science politique*, 2009/2, vol. 59, pp. 183-201.

JENSON Jane, « Politiques publiques et investissement social : quelles conséquences pour la citoyenneté sociale des femmes ? », *Cahiers du Genre*, 2011/3 HS, n°2, pp. 21-43.

JOURDAIN Patrice, « Les actes de chirurgie esthétique sont des "actes de soins" », *RTD civ.*, 2014, p. 394.

JUNOD Valérie, SPRUMONT Dominique et DECOLLOGNY Anne, « Non-remboursement de la fécondation *in vitro* : il est temps de changer d'avis », *Revue suisse d'assurances sociales*, 2014, pp. 387-419.

KERGOAT Danièle, « Ouvriers = ouvrières ? », *Critiques de l'économie politique*, nouvelle série n°5, 1978.

KERGOAT Danièle, « Division sexuelle du travail et rapports sociaux de sexe », pp. 35-44 in HIRATA Hélène, LABORIE Françoise, LE DOARE Hélène et SENOTIER Danièle (dir.), *Dictionnaire critique du féminisme*, PUF, 2e éd., 2004.

KLEINHAUS K., *Obstetrics & Gynecology*, Vol 108, N°2, pp. 369-377.

KNIBIEHLER Yvonne, « Le rôle des pères à travers l'Histoire », *Revue française des affaires sociales*, « Pères et Paternité », Hors-série, nov. 1988, pp. 27-39

KORNPBST Marie, BOSSE-PLATIERE Hubert et MULLOT-THIEBAUD Aurore, « Obligation alimentaire » in Dalloz, *Répertoire de droit civil*, septembre 2012, mise à jour en octobre 2014.

KOUCHNER Camille, « La protection de la salariée enceinte s'applique-t-elle dès la fécondation des ovules *in vitro* ? », note sous CJCE, 26 février 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, aff. C-506-06, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 313.

LABBEE Xavier, « La valeur de l'embryon congelé », *D.*, 2004, p. 1051.

LABBEE Xavier, « L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite », *D.*, 2007, p. 1251.

LABORIE Françoise, « Technologies de la reproduction humaine », pp. 233-238 in HIRATA Hélène, LABORIE Françoise, LE DOARE Hélène et SENOTIER Danièle (dir.), *Dictionnaire critique du féminisme*, PUF, 2e éd., 2004.

LABRUSSE-RIOU Catherine, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », pp. 81-108 in SERIAUX Alain (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIe siècle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie juridique, 1996.

LABRUSSE-RIOU Catherine, « Filiation (1° généralités) », in Dalloz, *Répertoire de droit civil*, 2009.

LAFORE Robert, « Coup de rabet sur la politique familiale », *Droit social*, 2014, p. 873.

LAMARCHE Marie, « D'un éventuel droit au don de gamètes dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation », *Droit de la famille*, n°12, décembre 2011, alerte 97.

LAMBOLEY Annie, « Section 6. Les droits fondamentaux de l'enfant », pp. 299-326, in CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne et REVET Thierry, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 18e éd., 2012.

LANZI Nathalie, *Comment aider les lycéens dans l'information à la sexualité : l'exemple du Pass'contraception*, pp. 95-98 in BOURDILLON François et MESNIL Marie (dir.), *Mieux prendre en compte la santé des femmes*, Éditions de Santé et Presses de Sciences Po, Collection « Séminaires », 2013.

LARRALDE Jean-Manuel, « Le mariage pour tous est conforme à la Constitution ! Quelques considérations d'un publiciste sur la décision du Conseil constitutionnel n°2013-669 DC du 17 mai 2013 », *Petites affiches*, 4 juil. 2013, n°133, p. 9.

LASSERRE Valérie, « La refondation de la famille et de la société par les gènes », pp. 19-35 in FENOUILLET Dominique et SEVE René (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014.

LAUDE Anne, « Force juridique des références médicales opposables », *Médecine et Droit*, 1998, n°28, p. 1.

LAUDE Anne, « Le droit à l'information du malade », *Les tribunes de la santé*, n°9, 2005, pp. 43-51.

LAUDE Anne, « Dix ans de droit de la santé », *Les Tribunes de la santé*, 4/2009, n° 25, pp. 51-62.

LAUFER Jacqueline et ROGERAT Chantal, « Lucien Neuwirth, la bataille de la contraception », *Travail, genre et sociétés* 2/2001, n° 6, pp. 5-15.

LAVIGNE Chantal et GAMI Alain, « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le "consentement libre et éclairé" », *Revue de médecine psychosomatique*, 1993, vol. 34, n° 35, pp. 35-46.

LEFEVRE Cécile *et al.*, « 12. Les employeurs, un autre acteur de la politique familiale ? », p. 287-306 in *Entre famille et travail*, La Découverte, 2009.

LEFKOWITZ Ariel, EDWARDS Marcel et BALAYLA Jacques, « The Montreal Criteria for the Ethical Feasibility of Uterine Transplantation », *Transplant International*, 2012, 25, pp. 439-447.

LEGRAS Claire, « Le projet parental suffit-il ? », *Laennec*, 1/2012 (Tome 60), pp. 24-37.

LEMOULAND Jean-Jacques, « Procréation médicalement assistée et droit de la filiation », *D.*, 1995, p. 15.

LERIDON Henri, OUSTRY Pascale, BAJOS Nathalie et l'équipe COCON, « La médicalisation croissante de la contraception en France », *Population et Sociétés*, 2002, n°381, pp. 1-4.

LEROYER Anne-Marie, « Congé de paternité et d'accueil de l'enfant », *RTD civ.*, 2013., p. 185.

LEROYER Anne-Marie, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.*, 2014, p. 2031.

LETABLIER Marie-Thérèse, « Le travail centré sur autrui et sa conceptualisation en Europe », *Travail, genre et sociétés*, n°6, 2001, p. 21.

LÖWY Ilana, « Assistance médicale à la procréation (AMP) et traitement de la stérilité masculine en France », *Sciences sociales et santé*, vol. 18, n°4, 2000, pp. 75-104.

LÖWY Ilana, « L'âge limite de la maternité : corps, biomédecine, et politique », *Mouvements*, 7 sept. 2009.

MAILLARD-PINON Sandrine, « Maternité », in Dalloz, *Répertoire de droit du travail*, octobre 2012, mise à jour en octobre 2012.

MALAUURIE Philippe, « Couple, procréation et parenté (Colloque sur la notion juridique de couple, Reims, 20-21 juin 1997) », *D.*, 1998, p. 127.

MARGUENAUD Jean-Pierre, « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », note sous CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, Mennesson c/ France et n° 65941/11, Labassée c/ France, *RTD civ.*, 2014, p. 835.

MARGUENAUD Jean-Pierre, « Quand la cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », note sous CEDH, grande chambre, 13 févr. 2003, Odièvre contre France, *RTD Civ.*, 2003, p. 375.

MARGUENAUD Jean-Pierre, « Le droit de recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », note sous CEDH, *S. H. et autres c/ Autriche*, 1^{er} avr. 2010, *RTD Civ.*, 2010, p. 291.

MARGUENAUD Jean-Pierre, « Le droit d'accoucher chez soi », note sous CEDH, 14 déc. 2010, n° 67545/09, *Ternovszky contre Hongrie*, *RTD Civ.*, 2011, p. 309.

MARGUET Laurie et MESNIL Marie, « Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 06 juin 2014, consulté le 20 juin 2014.

MARQUES-PEREIRA Bérangère et CARRIER Alain, « Les droits reproductifs : vers une quatrième génération de droits ? », pp. 49-61 in MARQUES-PEREIRA Bérangère et CARRIER Alain, *La citoyenneté sociale des femmes au Brésil. Action collective, reproduction, informalité et domesticité*, CELA-IS et L'Harmattan, 1996.

MARQUES-PEREIRA Bérangère et RAES Florence, « Les droits reproductifs comme droits humains : une perspective internationale », pp. 19-38 in *Corps de femmes*, De Boeck Supérieur, 2002.

MARTIN Claude, *La parentalité : controverses autour d'un problème public*, pp. 39-54, in KNIBIEHLER Yvonne et NEYRAND Gérard (dir.), *Maternité et parentalité*, ENSP, 2004.

MARUANI Margaret, « Le travail inflexible », *Pour*, n°108, Privat, 1987, 3.

MASCRET Caroline, « Les recommandations des autorités sanitaires : quelle valeur juridique ? », *JDSAM*, 2015, n°3, pp. 20-28.

MAUGER-VIELPEAU Laurence, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau. À propos de l'ordonnance no 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *Petites affiches*, 27 juin 2007 n° 128, p. 3.

MAZUY Magali, TOULEMON Laurent et BARIL Élodie, « Un recours moindre à l'IVG, mais plus souvent répété », *Population & Sociétés*, numéro 518, janvier 2015, p. 4.

MECARY Caroline, « La protection juridique des enfants élevés par deux personnes de même sexe », pp. 83-100 in *Homoparentalités, état des lieux*, ERES, 2005.

MECARY Caroline, « Le Conseil constitutionnel manquerait-il de courage ? », *AJ Famille*, 2010, p. 489.

MECARY Caroline, « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », note sous TGI Créteil, 24 mars 2011, n°10/06078, *AJ Famille*, 2011, p. 604.

MELHUUS Marit, « L'inviolabilité de la maternité, Pourquoi le don d'ovocytes n'est-il pas autorisé en Norvège ? », pp. 35-58 in Enric PORQUERES I GENE (dir.), *Défis contemporains de la parenté*, Paris, Editions de l'EHESS, 2009.

MEMETEAU Gérard, « À l'abordage ! », in GALLOUX Jean-Christophe (dir.) « Analyse des lois bioéthiques », *Petites affiches*, 14 déc. 1994, n° 149, n° spécial, p. 41.

MERCAT-BRUNS Marie, « Droits sur les produits du corps de la femme et discrimination : l'éclairage du droit français et du droit américain », in MERCAT-BRUNS Marie (dir.), *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006.

MERCHANT Jennifer, « Féminismes américains et reproductive rights/droits de la procréation », *Le mouvement social*, 2003/2, n°203, pp. 55-87.

MESNIL Marie, « AME et droit de timbre, retour au *statu quo ante* », *Les Tribunes de la santé*, 3/2012, n° 36, pp. 11-17.

MESNIL Marie, « LFSS 2013, panorama des choix effectués », *Les Tribunes de la santé* 4/2012, n°37, pp. 13-20.

MESNIL Marie, « La loi Taubira et au-delà... », *JDSAM*, n° 2-2013, pp. 9-19.

MESNIL Marie, « Des inégalités de santé liées au genre en partie fondées sur des stéréotypes de genre en droit de la santé », *Les Tribunes de la santé*, 3/2014, n° 44, pp. 35-42.

MIRABAIL Solange, « Repenser l'action à fins de subsides », *Droit de la famille*, n° 9, Septembre 2011, étude 19.

MIRKOVIC Aude, « Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et la filiation », *Droit de la famille*, n°9, sept. 2010, étude 21.

MIRKOVIC Aude, « La partenaire de la mère ne peut prétendre au congé de paternité car elle n'est pas le père de l'enfant », *D.*, 2010, p. 1394.

MIRKOVIC Aude, « La ratification (enfin !) de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *D.*, 2012, p. 110.

MIRKOVIC Aude, « Interdiction du double don de gamètes : déjà déclarée conforme à la Constitution... Circulez, il n'y a rien à dire ! », note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 19 janvier 2012, pourvoi numéro 11-40.089, *Gazette du Palais*, 22 juin 2012, pp. 174-175.

MIRKOVIC Aude, « Le don de gamètes, entre espoirs et impasses », *Droit de la famille*, n°2, février 2013, étude 2.

MONEGER François, « Droit de l'enfants » in Dalloz, *Répertoire de droit international*, janvier 2006, actualisé en octobre 2014.

MONTEIRO Evelyne, « Exercice de l'autorité parentale et insémination artificielle entre parents homosexuels », *D.*, 1995, p. 197.

MOQUET-ANGER Marie-Laure, « Existe-t-il une mise en œuvre spécifique des droits des patients ? », *RDSS*, 2014, p. 79

MORET-BAILLY Joël, Note sous CE, 12 janvier 2005, n°256001, *RDSS*, 2005, p. 496.

MORET-BAILLY Joël, « L'ostéopathie : profession de santé ou activité de soins ? », *RDSS*, 2009, p. 290.

MORON-PUECH Benjamin, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 23 mars 2015, consulté le 30 octobre 2015.

MOUTEL Grégoire, « Don et accueil d'embryons : une évolution novatrice qui demeure sensible », *La Lettre du Gynécologue*, n° 307, décembre 2005, pp. 4-7.

MOUZON Jacques (de), « Epidémiologie de la fertilité », pp. 19-27 in BLANC Bernard (dir.), *Stérilité*, Arnette, 2002.

NEIRINCK Claire, « L'action à fins de subsides pour l'enfant né d'une fécondation hétérologue », *LPA*, 1988, n° 62, p. 22.

NEIRINCK Claire, « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP* 1997. I. 4067.

NEIRINCK Claire, « Le couple et l'assistance médicale à la procréation », *Les Petites Affiches*, 13 août 1999, p. 3.

NEIRINCK Claire, *De la parenté à la parentalité*, pp. 15-28, in NEIRINCK Claire (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?*, ERES, « Hors collection », 2001.

NEIRINCK Claire, « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS*, 2002, p. 189.

NEIRINCK Claire, « Fasc. 10, Filiation adoptive, Généralités », in *JurisClasseur Civil Code*, Art. 343 à 370-2, 02, 2003.

NEIRINCK Claire, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *D.*, 2003, p. 841.

NEIRINCK Claire, « Le Conseil constitutionnel, l'accouchement secret et l'accès aux origines personnelles de l'enfant », *Droit de la famille*, juillet 2012, comm. 120.

NIQUEGE Sylvain, « Les résolutions parlementaires de l'article 34-1 de la Constitution », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 10/2010, 84, pp. 865-890.

NIVARD Carole, « La Convention, un outil pour l'égalité », pp. 107-132 in ROMAN Diane (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Éditions Pedone, 2014.

NOIRIEL Gérard, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, 13, 1993, L'identification, pp. 3-28.

OGIEN Ruwen, « Lectures I », *Critique internationale*, 2006/4, n° 33, pp. 189-196.

OSMAN Filali, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 509.

OUDSHOORN Nelly (traduit par JAS Nathalie), « Au sujet des corps, des techniques et des féministes », pp. 31-44, in GARDEY Delphine et LÖWY Ilana (dir.), *L'invention du naturel, Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin. Histoire des sciences, des techniques et de la médecine*, Éditions des archives contemporaines, 2000.

PALERMO G., Joris H., DEBROEY P., VAN STEIRTEGHEM A. C., "Pregnancies after intracytoplasmic injection of single spermatozoon into an oocyte", *The Lancet*, 1992, 340(8810), pp. 17-18.

PARICARD-PIOUX Sophie, « Refuser d'être parent », pp. 57-83 in Claire NEIRINCK (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?*, ERES, 2003.

PARICARD Sophie, « La consécration d'un droit à l'avortement ? Quelques réflexions sur la résolution 1607 (2008) du Conseil de l'Europe du 16 avril 2008 relative à un avortement sans risque et légal en Europe », *Droit de la famille*, n° 6, Juin 2009, étude 25.

PARICARD Sophie, « Le droit à l'avortement en fuite ! », *Droit de la famille*, n° 3, mars 2011, comm. 36.

PARICARD Sophie, « Le consentement aux actes médicaux non thérapeutiques », pp. 103-117 in LAUDE Anne (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, 2014.

PARIZER-KRIEF Karène, « La notion de "projet parental" dans le droit de l'assistance médicale à la procréation », *La Revue Tocqueville*, vol. XXXIV, n°2-2013, pp. 19-57.

PASTOR Jean-Marc, « Feu vert à l'expérimentation des maisons de naissance », *AJDA*, 2013, p. 2410.

PAVARD Bibia, « Genre et militantisme dans le Mouvement pour la liberté de l'avortement et de la contraception : pratique des avortements (1973-1979) », *Clio : histoire, femmes et société*, 29, 2009, pp. 79-96.

PAVARD Bibia, ROCHEFORT Florence et ZANCARINI-FOURNEL Michelle, *Les lois Veil : Contraception 1974, IVG 1975*, Armand Colin, Collection U, Histoire, Série « Les événements fondateurs ».

PERIVIER Hélène et SILVERA Rachel, « Pour ou contre l'imposition séparée ? », *Travail, genre et sociétés*, 1/2012, n°27, pp. 147-148.

PERIVIER Hélène, « Vers un service public de la petite enfance », *Revue de l'OFCE*, 2012, Supp.1, pp. 91-96.

PERIVIER Hélène, « 29. De madame Au-Foyer à madame Gagne-Miettes. État social en mutation dans une perspective franco-états-unienne », pp. 309-317 in *Travail et genre dans le monde*, La découverte, 2013.

PERRIN Laurent, « Licenciement en raison d'un traitement de fécondation *in vitro* », note sous CJCE, 26 février 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, aff. C-506-06, *D.*, 2008, p. 788.

PERRIN Ségolène, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Droit de la famille*, 2010, étude 16.

PERRIN Ségolène, « Établissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH », *AJ Famille*, 2012, p. 23.

POISSON-DROCOURT Elisabeth, « La procédure d'agrément des personnes souhaitant adopter un enfant », *D.* 2007, p. 163.

PORCHY-SIMON Stéphanie, « Inclusion des actes préparatoires et des actes de chirurgie esthétique dans le champ de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique », *D.*, 2014, p. 697.

PORCU Géraldine, « Bilan de l'infécondité », pp. 443-447 in BLANC Bernard (dir.), *Stérilité*, Arnette, 2002.

PROTHAIS Alain, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP G.*, n°15, 14 avril 1999, I, p. 129.

PROTHAIS Alain, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *Revue de science criminelle*, 2000, p. 39.

RADAY Frances, "Article 4", pp. 123-139 in FREEMAN Marsha A., CHINKIN Christine and RUDOLF Beate (dir.) *The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women. A commentary*, Oxford University Press, 2012.

RASCHEL Loïs, « L'âge de procréer », *Gazette du Palais*, 3 janv. 2009, n° 3, p. 14.

RÉGINE, « Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n° 2014-873 du 4 août 2014 », *D.*, 2014, p. 1895.

RÉGINE, « Droit et genre », *D.*, 2015, p. 1007.

RENAUT Marie-Hélène, « L'évolution de l'acte médical », *RDSS*, 1999, p. 45.

REY Jean-Louis, « Accouchement sous X et accès au dossier d'adoption », *AJDA*, 2004, p. 496.

RIHAL Hervé, « La violation du secret professionnel par l'aide sociale à l'enfance, un nouveau cas de présomption de faute », *AJDA*, 2013, p. 362.

ROCHEBROCHARD Elise (de la), « Les âges à la puberté des filles et des garçons en France, Mesures à partir d'une enquête sur la sexualité des adolescents », *Population*, 54 (6), 1999, pp. 933-962.

ROCHEBROCHARD Elise (de la), « Des hommes médicalement assistés pour procréer : IAD, FIV, ICSI, bilan d'une révolution dans la prise en charge médicale de l'infertilité masculine », *Population*, vol. 58, n°4-5, 2003, pp. 549-586.

ROCHEBROCHARD Elise (de la) et LERIDON Henri, « Chap. 1, Patient ou acteur d'une reproduction médicalisée », pp. 29-57 in ROCHEBROCHARD Elise (de la) (dir.), *De la pilule au bébé-éprouvette, choix individuels ou stratégies médicales ?*, Ined, 2008.

ROLLAND Christine et SICOT François, « Les recommandations de bonne pratique en santé, Du savoir médical au pouvoir néo-managérial », *Gouvernement et action publique*, 2012/3, n°3, pp. 53-75.

ROMAN Diane et HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Seul le législateur peut imposer la parité hommes-femmes dans les listes de candidats aux élections aux chambres d'agriculture », *RFDA*, 2013, p. 882.

ROMAN Diane, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508

ROMAN Diane, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS*, 2005, p. 423.

ROMAN Diane, « À corps défendant : la protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, p. 1284.

ROMAN Diane, « L'avortement devant la Cour européenne. À propos de l'arrêt CEDH, 20 mars 2007, Tysiac c/ Pologne », *RDSS*, 2007, p. 643.

ROMAN Diane, « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ? Note sous CEDH, Grande chambre, 10 avril 2007, Evans c/ RU », *RDSS*, 2007, p. 810.

ROMAN Diane, « L'accouchement non médicalisé devant la Cour européenne des droits de l'Homme », Note sous CEDH, 14 déc. 2010, n° 67545/09, *Ternovszky c. Hongrie*, *RDSS*, 2011 p. 441.

ROMAN Diane, « L'avortement devant la Cour EDH : l'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire », Note sous CEDH, Gde ch., 16 déc. 2010, A, B et C c. Irlande, req. n° 25579/05, *RDSS*, 2011, p. 293.

ROMAN Diane, « La conventionalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », note sous CC, 16 mai 2012, déc. n°2012-248 QPC, *RDSS*, 2012, p. 750.

ROMAN Diane, « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2, n° 28, pp. 191-197.

ROMAN Diane, « L'État, les femmes et leur corps. La bioéthique, nouveau chantier du féminisme ? », *Esprit*, 2013/10, octobre, pp. 17-28.

ROMAN Diane, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911.

ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre : "vieilles lunes" ou nouvelles perspectives pour le droit ? », pp. 93-121 in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, MÖSCHEL Mathias et ROMAN Diane (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2013.

ROMAN Diane, « Agir sur la répartition genrée des rôles sociaux », in REGINE, « Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n°2014-873 du 4 août 2014 », *D.*, 2014, p. 1895.

ROMAN Diane, « Les aspects médico-sociaux de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *RDSS*, 2014, p. 863.

ROMAN Diane, « Stéréotypes de genre et rôles traditionnels : la dimension émancipatoire de la Convention », pp. 133-153 in ROMAN Diane (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Éditions Pedone, 2014.

ROMAN Diane, « Les mères vulnérables ? Le suivi médico-social de la maternité », pp. 143-161 in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre. Etudes critiques de droit français*, CNRS Éditions, 2014.

ROMEYER Hélène, « La santé en ligne », *Communication*, Vol. 30/1, 2012.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « L'adoption d'un enfant de moins de deux ans : choix des parents adoptifs par la mère de l'enfant ou par l'Aide sociale à l'enfance », *RTD Civ.*, 1990, p. 249.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Le projet parental », *Journal international de bioéthique*, n° 2, 1990, pp. 78 et s.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD Civ.*, 1990, p. 254.

RUBIN Gayle, « Le marché aux femmes. "Economie politique" du sexe et systèmes de sexe/genre », pp. 23-82 in RUBIN Gayle, *Surveiller et jouir. Anthropologie politique du sexe*, Epel, 2010.

SANNA Maria Eleonora, « Carole PATEMAN, *Le contrat sexuel* », *Clio. Histoire, femmes et sociétés* [En ligne], 34 | 2011, mis en ligne le 31 décembre 2013, consulté le 02 septembre 2014.

SARGOS Pierre, « Le centenaire jurisprudentiel de la chirurgie esthétique : permanences de fond, dissonances factuelles et prospective », *D.*, 2012, p. 2903.

SAVONITTO Florian, « Les recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé », *RFDA*, 2012, p. 471.

SELLENET Catherine, *Essai de conceptualisation du terme « parentalité »*, pp. 68-79 in VOSSIER Bernard (dir.), *La parentalité en questions, problématiques et pratiques professionnelles*, Andesi, 2002.

SENAC-SLAWINSKI Réjane, « Du *gender mainstreaming* au paritarisme : genèse d'un concept controversé », *Cahiers du Genre*, 2008/1 n° 44, pp. 27-47.

SHULTZ Marjorie Maguire, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality", *Wisconsin Law Review*, 1990, pp. 297-398.

SIFFREIN-BLANC Caroline, « Confirmation du refus d'accorder à une femme le droit d'adopter l'enfant de sa compagne », note sous CEDH, Gas et Dubois c. France, 15 mars 2012, n°25951, *AJ Famille*, 2012, p. 220.

SIFFREIN-BLANC Caroline, « L'absence de circonstance particulière n'empêche pas la délégation-partage », note sous TGI Paris, 21 sep. 2012, n°11/44249, *AJ Famille*, 2012, p. 550.

STEPTOE Patrick C., EDWARDS Robert G., « Birth after the reimplantation of a human embryo », *The Lancet*, 2(8085), 1978, p. 366.

SULLEROT Evelyne, « Vers une société sans pères ? », *Revue française des affaires sociales*, « Pères et Paternité », Hors-série, nov. 1988, pp. 141-153.

SUREAU Claude, « Préface », pp. 21-27 in ROCHEBROCHARD Elise (de la) (dir.), *De la pilule au bébé-éprouvette, choix individuels ou stratégies médicales ?*, Ined, 2008.

TABUTEAU Didier, « Référentiels, bonnes pratiques et recommandations : nouvelles normes ou "quasi normes" en santé ? », *JDSAM*, 2015, n°3, pp. 7-16.

TAGLIONE Catherine, « La protection des acteurs de l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthiques », *Les Petites affiches*, 1^{er} juil. 2003, n°130, p. 4.

TAIN Laurence, « Corps reproducteur et techniques procréatives : images, brouillages, montages et remue-ménage », *Cahiers du genre*, L'Harmattan, 2003/1, n°34, pp. 171-192.

TAIN Laurence, « Genre et techniques de reproduction : évidence, alliances et turbulences », *L'Homme et la société*, 2004/2, n°152-153, pp. 229-246.

TAIN Laurence, « Les nouvelles techniques de reproduction, nouveaux acteurs, nouveaux enjeux », *Informations sociales*, 2005/8, n°128, pp. 52-59.

TESTART Jacques, « Appariement et accueil d'embryons », *Revue du praticien*, 2004, 86, pp. 33-35.

TESTART Jacques et FRYDMAN René, « Accouchement à terme après transfert *in utero* d'un embryon obtenu par fécondation externe », *Journal de Gynécologie, Obstétrique et Biologie de la Reproduction*, 1982, 11(7), pp. 855-859.

THERY Irène, « Anonymat des dons d'engendrement. Filiations et identité narrative des enfants au temps du démariage », pp. 81-106 in PORQUERES I GENE Enric (dir.), *Défis contemporains de la parenté*, Éditions de l'EHESS, 2009.

THERY Irène, « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique"? », *Esprit*, 2009/5, mai, pp. 133-164.

THOMAS Yan, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 21, La fiction, PUF, 1995, pp. 17-63.

THOUVENIN Dominique, « Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *D.*, 1995, p. 149.

THOUVENIN Dominique, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du code civil », *D.*, 2000, p. 485.

TROUDE Pénélope *et al.*, "Spontaneous pregnancies among couples previously treated by *in vitro* fertilization", *Fertility and Sterility*, Vol. 98, n° 1, July 2012, 0015-0282.

VAN DEN BERGH Marc *et al.*, "Ten years of Swiss National IVF Register FIVNAT-CH. Are we making progress?", *Reproductive BioMedicine*, Vol. 11, N° 5, 2005, pp. 632-640.

VENTOLA Cécile, « Prescrire un contraceptif : le rôle de l'institution médicale dans la construction de catégories sexuées », *Genre, sexualité & société* [En ligne], 12 | Automne 2014, mis en ligne le 01 décembre 2014.

VIAL Géraldine, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *Droit de la famille*, n° 4, Avril 2009, étude 18.

VIAL Géraldine, « Rôle du ministère public en matière de filiation. Les frontières de l'ordre public et de la fraude à la loi », *AJ Famille*, 2012, p. 34.

VIALLE Manon, « L'"horloge biologique" des femmes : un modèle naturaliste en question. Les normes et pratiques françaises face à la croissance de l'infertilité liée à l'âge », *Enfances, Familles, Générations*, n° 21, 2014, pp. 1-23.

VIGANOTTI Elisa, « Modes d'établissement de la filiation », *AJ Famille*, 2012, p. 12.

VIGNEAU Daniel, « Hier le rôle, le titre : pas encore ! », *D.* 2007, p. 1047.

VILAIN Annick, « Les femmes ayant recours à l'IVG : diversité des profils des femmes et des modalités de prise en charge », *Revue française des affaires sociales*, 2011/1 n° 1, p. 130.

VIUJAS Vincent, « L'exclusion des actes de chirurgie esthétique du dispositif de réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale », *D.*, 2014, p. 2535.

VIRALLY Michel, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *Annuaire français de droit international*, volume 2, 1956, pp. 66-96.

WITTEMER Christiane et BETTAHAR-LEBUGLE Karima, « État des lieux de l'accueil d'embryons en France », *Médecine de la Reproduction, Gynécologie Endocrinologie*, vol. 10, n° 1, janvier-février 2008, pp. 18-20.

WITTIG Monique, « À propos du contrat social », pp. 63-69 in *La Pensée Straight*, éd. Amsterdam, 2007.

WUNDER Dorothea, "Social freezing in Switzerland and worldwide – a blessing for women today?", *Swiss Medical Weekly*, 2013, feb. 27.

ZANCARINI-FOURNEL Michelle, « Histoire(s) du MLAC (1973-1975) », *Clio : histoire, femmes et société*, 18, 2003, pp. 241-252.

Rapports, avis et autres documents

ABALLEA Pierre, BURSTIN Anne et GUEJ Jérôme, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, IGAS, Rapport N°RM2011-024P, Tome 1, février 2011.

ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, *Communiqué concernant le projet de loi relatif à la bioéthique*, Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine, 2002, Tome 186, n°1.

ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, *Assistance médicale à la procréation en prison*, Rapport, 2012.

ACS Marie, FREL-CAZENAVE Etienne et LHOMMEAU Bertrand, « Parents bénéficiaires de minima sociaux : comment concilier vie familiale et insertion professionnelle ? », DRESS, *Etudes et Résultats*, n°874, février 2014.

AFSSAPS, *Les médicaments inducteurs de l'ovulation : les gonadotrophines. Recommandations*, Actualisation d'avril 2007.

AFSSAPS, *Les médicaments inducteurs de l'ovulation. Recommandations*, Édition d'avril 2004.

AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles souhaitant procéder à un traitement de réassignation sexuelle*, Avis du Conseil d'orientation du 26 juin 2014.

AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Rapport annuel 2011*.

AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Rapport annuel 2013*.

AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Recommandations de bonnes pratiques en accueil d'embryons*, 17 décembre 2010.

ANANIAN Sévane et ROBERT-BOBEE Isabelle, « Modes de garde et d'accueil des enfants de moins de 6 ans en 2007 », DRESS, *Études et résultats*, N° 678, février 2009.

AUBIN Claire, JOURDAIN MENNINGER Danièle et CHAMBAUD Laurent, *Evaluation des politiques de prévention des grossesses non désirées et de prise en charge des interruptions volontaires de grossesse suite à la loi du 4 juillet 2001*, IGAS, rapport N°RM2009-112P, octobre 2009.

AUBIN Claire, JOURDAIN MENNINGER Danièle et CHAMBAUD Laurent, *La prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse*, IGAS, rapport N°RM2009-098A, octobre 2009.

BAREGES Brigitte, *Rapport pour la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, AN, 12 nov. 2010.

BAUER Denise, « Comment les parents s'arrangent pour garder les enfants en cas d'imprévu », DREES, *Études et résultats*, n° 694, juin 2009, p. 1.

BONNET Carole et HOURRIEZ Jean-Michel, « Inégalités entre hommes et femmes au moment de la retraite en France », *Femmes et hommes. Regards sur la parité*, Insee Références, édition 2012.

BORDERIES Françoise, « L'offre d'accueil des enfants de moins de 3 ans en 2012 », DRESS, *Etudes et Résultats*, n°892, septembre 2014, p. 6.

BOUSQUET Danielle et LAURANT Françoise, *Rapport relatif à l'IVG, Volet 2 - Accès à l'IVG dans les territoires*, Haut Conseil à l'Égalité Femmes-Hommes, Rapport n°2013-1104-SAN-009 publié le 7 novembre 2013.

BRISSET Claire, *Rapport annuel du Défenseur des enfants au Président de la République et au Parlement : année 2004*, La documentation française, novembre 2004.

BRUN Nicolas, HIRSCH Emmanuel et KIVITS Joëlle, *Rapport de la mission « Nouvelles attentes du citoyen, acteur de santé »*, janvier 2011.

BRUNET Laurence *et al.*, *A comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Directorate General for Internal Policies, Legal and Parliamentary Affairs, mai 2013.

CCNE, *Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*. Rapport, avis n°1, 22 mai 1984.

CCNE, *Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin)*, avis n°40, 17 décembre 1993.

CCNE, *Réexamen des lois de bioéthique*, avis n° 60, 25 juin 1998.

CCNE, *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique*, avis n°67, 27 janvier 2000.

CCNE, *Réflexions sur l'extension du diagnostic préimplantatoire*, avis n°72, 4 juillet 2002.

CCNE, *Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI)*, avis n° 107, 15 nov. 2009.

CCNE, *Les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*, avis n°110, 6 mai 2010.

CCNE, *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, avis n°113, 10 février 2011.

CENTRE D'ANALYSE STRATEGIQUE, *Rapport sur le service public de la petite enfance*, mars 2007.

CERQUIGLINI Bernard *et al.*, *Femme, j'écris ton nom... Guide d'aide à la féminisation des noms de métiers, titres, grades et fonctions*, La documentation française, 1999.

CNCDH, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, 27 juin 2013.

CNCDH, *Avis sur les discriminations fondées sur la précarité sociale*, Assemblée plénière du 26 septembre 2013.

COLLEGE NATIONAL DES GYNECOLOGUES ET OBSTETRICIENS FRANÇAIS, *L'épisiotomie. Recommandations pour la pratique clinique*, 2005.

COLLEGE NATIONAL DES GYNECOLOGUES ET OBSTETRICIENS FRANÇAIS, *L'autoconservation sociétale des ovocytes : la position du Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français*, Communiqué de presse, Paris, 12 décembre 2012.

COMITÉ NATIONAL D'EXPERTS SUR LA MORTALITE MATERNELLE, *Rapport 2001-2006*, 2010.

COMMISSION EUROPEENNE, *Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe*, Rapport du Joint research center, décembre 2007 (EUR 22764 EN).

COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, *La procréation médicalement assistée. Considérations éthiques et propositions pour l'avenir*, Prise de position n°22/2013, décembre 2013.

COMMISSION NATIONALE DES ACCIDENTS MEDICAUX, *Recommandation relative aux actes médicaux sans finalité thérapeutique*, 2 août 2005.

COMPAGNON Claire et GHADI Véronique, *Pour l'An II de la Démocratie sanitaire*, Rapport à la ministre des Affaires sociales et de la Santé, 14 février 2014.

CONSEIL D'ÉTAT, *Statut et protection de l'enfant*, La documentation française, 1991.

CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, La documentation française, 1998.

CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois bioéthiques*, La documentation française, 2009.

CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple. Étude annuelle 2013*, Collection « Les rapports du Conseil d'État », n° 64, 2013.

CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DIRECTEUR DE BIOETHIQUE, *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, CDB/INF (2005) 7 REV 2.

CONSEIL DE L'EUROPE, *La gestation pour autrui en Europe et dans le monde. Aspects médicaux, sociaux, éthiques et juridiques. Bilan et Perspectives*, 5 octobre 2004 ; AS/Soc (2004) 18.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Document de base sur le diagnostic préimplantatoire et prénatal, situation clinique et situation juridique*, CDBI/INF(2010)6.

CONSEIL FEDERAL, *Rapport sur la maternité de substitution*, 29 novembre 2013, en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012.

CORDIER Rapport, *Un projet global pour la stratégie nationale de santé. 19 Recommandations du comité des « sages »*, 21 juin 2013.

COUR DES COMPTES, *Rapport sur la Sécurité sociale 2011, Chapitre VI - Le rôle des sages-femmes dans le système de soins*, septembre 2011.

COUR DES COMPTES, *L'accueil des enfants de moins de 3 ans : une politique ambitieuse, des priorités à mieux cibler*, Rapport public thématique, novembre 2013.

DEFENSEUR DES DROITS, *Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME*, mars 2014.

DEFENSEUR DES DROITS, Avis n°15-18, 3 juillet 2015.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, *Rapport relatif aux réformes nécessaires pour moderniser le droit de la famille*, remis à Mme la Garde des Sceaux en septembre 1999.

DESPRES Caroline, GUILLAUME Stéphanie et COURALET Pierre-Emmanuel, *Le refus de soins à l'égard des bénéficiaires de la CMU complémentaire à Paris : une étude par testing auprès d'un échantillon représentatif de médecins (omnipraticiens, gynécologues, ophtalmologues, radiologues) et de dentistes parisiens*, IRDES, juillet 2009.

DREES, « Situations professionnelles à l'entrée et à la sortie du complément de libre choix d'activités », *Études et résultats*, n°750, février 2011.

DREES, « La situation périnatale en France en 2010 Premiers résultats de l'enquête nationale périnatale », *Études et Résultats*, n° 775, octobre 2011.

Fonds CMU, *Quatrième rapport, Evaluation de la loi CMU*, juillet 2009.

HAMEL Marie-Pierre et LEMOINE Sylvain, « Quel avenir pour l'accueil des jeunes enfants ? », *La note d'analyse du Centre d'Analyse Stratégique*, n°257, janvier 2012.

HAUTE AUTORITE DE SANTE, *La recherche d'informations médicales sur internet*, mai 2007.

HAUTE AUTORITE DE SANTE, *La certification des sites internet de santé*, 27 novembre 2007.

HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Rapport d'activité d'un an de certification des sites dédiés à la santé*, 8 janvier 2009.

HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Certification d'accréditation de plus de 1 400 médecins en ligne*, 15 mai 2009.

HCEf/h, *Rapport relatif à l'accès à l'IVG, Volet 1 : Information sur l'avortement sur Internet*, n°2013-0912-HCE-008, 2013.

HCEf/h, *Rapport relatif à la lutte contre les stéréotypes. Pour l'égalité femmes-hommes et contre les stéréotypes de sexe, conditionner les financements publics*, Rapport n°2014-10-20-STER-013 publié le 20 octobre 2014.

HCEf/h, *Contribution au débat sur l'accès à la PMA*, avis n°2015-07-01-SAN-17 adopté le 26 mai 2015.

HENRION Roger, *Assistance médicale à la procréation en prison*, Rapport de l'Académie nationale de médecine, adopté le 23 octobre 2012.

IGAS, *Les institutions sociales face aux usagers*, rapport annuel 2001.

INSEE, *Enquêtes Emploi du 1er au 4ème trimestre 2010*.

INSEE PREMIERE, « Depuis 11 ans, moins de tâches ménagères, plus d'Internet », n° 1377, novembre 2011.

JOUANNET Pierre *et al.*, *L'ouverture de l'Assistance médicale à la procréation avec sperme de donneur (AMPD) à des indications non médicales*, Académie de médecine, 27 mai 2014.

LAGARDE Xavier, *Avant-propos. Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude Cour de cassation, 2009.

LAGARDERE Marie-Laure, STROHL Hélène et EVEN Bernard, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, IGAS, 1998.

MOREAU Thérèse, *Écrire les genres. Guide romand d'aide à la rédaction administrative et législative épiciène*, Conférence latine des déléguées à l'égalité, juin 2001.

MORIN Thomas et REMILA Nathan, « Le revenu salarial des femmes reste inférieur à celui des hommes », *Insee Première*, n° 1436, mars 2013.

MOULINIER Cécile, « Synthèse des résultats de l'enquête auprès des sages-femmes libérales », *Contact Sages-femmes, La lettre du Conseil de l'ordre*, n°20, Juillet 2009.

NISSAND Israël, *L'IVG en France. Propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les femmes*, La documentation française, février 1999.

OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA PETITE ENFANCE, *L'accueil du jeune enfant en 2010, Données statistiques*, Caisse nationale des allocations familiales, 2010.

OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA PETITE ENFANCE, *Rapport*, 2012.

OCDE, *La base de données de l'OCDE sur la famille*, 2014.

OMS, *Les soins liés à un accouchement normal*, Guide pratique, WHO/FRH/MSM/96.24, 1997.

ONU, *World Population Monitoring Report, 1996, Selected Aspects of Reproductive Rights and Reproductive Health*, New York, 1998.

ONU, *World Contraceptive Patterns*, 2013.

RAULT Jean-François et BRETON-LEROUVILLOIS Gwénaëlle (le), *Atlas de la démographie médicale en France. Situation au 1er janvier 2014*, Conseil national de l'ordre des médecins.

SENAT, *La gestation pour autrui*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n°LC 182, Janvier 2008.

SENAT, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, Les documents de travail du sénat, Série législation comparée, n° LC 193, Janvier 2009.

SENAT, *La gestation pour autrui*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n°LC 182, Janvier 2008.

SOCIETE SUISSE DE MEDECINE DE LA REPRODUCTION, *Rapport annuel 2013. Cycles 2012*, version 01.09.2014.

THERY Irène et LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère de la famille, 2014.

VOISIN Joëlle, *Développement de la garde d'enfants*, IGAS, RM2009-033P, mars 2009.

Sites internet

Association Procréation médicale anonyme : <http://www.pmanonyme.asso.fr/>

Haute Autorité de Santé, not. http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_418716/fr/methodes-delaboration-des-recommandations-de-bonne-pratique et http://www.has-sante.fr/portail/jcms/fc_1250022/fr/bonne-pratique-professionnelle

Site de l'INPES sur la contraception : <http://www.choisirscontraception.fr/>

Site institutionnel sur l'IVG : www.IVG.gouv.fr ou <http://www.sante.gouv.fr/ivg>

www.assemblée-nationale.fr

www.legifrance.fr

www.senat.fr

Annexes

Tableau 1 – France - Évolution de la part des naissances hors mariage

Tableau 2 – Suisse - Évolution de la part des naissances hors mariage

Tableau 3 – Évolution du nombre de mariages et de PaCS selon le sexe en France (hors Mayotte) entre 2000 et 2013

Tableau 4 – Aperçu de l'évolution des naissances, de la natalité et de la part des naissances hors mariage, France métropolitaine, de 1901 à nos jours

Tableau 1 – France - Évolution de la part des naissances hors mariage

Année	2009	2010	2011	2012(p)	2013(p)
Enfants nés hors mariage (%)	53,7	54,9	55,8	56,7	57,2

Source : Insee, statistiques de l'état civil et estimations de population

Tableau 2 – Suisse - Évolution de la part des naissances hors mariage

Année	2009	2010	2011	2012	2013
Enfants nés hors mariage (%)	17,9	18,6	19,3	20,2	21,1

Source : BEVNAT ; Office fédéral de la statistique OFS

Tableau 3 – Évolution du nombre de mariages et de PaCS selon le sexe en France (hors Mayotte) entre 2000 et 2013

Année	Mariages			PaCS		
	même sexe	sexe opposé	ensemble	même sexe	sexe opposé	ensemble
2000	//	305 234	305 234	5 412	16 859	22 271
2005	//	283 036	283 036	4 865	55 597	60 462
2010	//	251 654	251 654	9 143	196 415	205 558
2011	//	236 826	236 826	7 494	144 675	152 169
2012	//	245 930	245 930	6 969	153 670	160 639
2013	7 367	231 225	238 592	6 054	162 072	168 126

Source : Insee, statistiques de l'état civil.

Tableau 4 – Aperçu de l'évolution des naissances, de la natalité et de la part des naissances hors mariage, France métropolitaine, de 1901 à nos jours

Année	Nb de naissances	Tx de natalité (pour 1000 hab.)	% des enfants nés hors mariage
1901	917 075	22,5	8,7
1911	793 506	19,2	8,8
1921	816 555	20,9	9,0
1931	737 611	17,8	8,0
1941	522 261	13,2	8,1
1951	826 722	19,6	6,8
1961	838 633	18,2	5,9
1971	881 284	17,2	7,0
1981	805 483	14,9	12,7
1991	759 056	13,3	31,8
2001	770 945	13,0	43,7
2005	806 822	12,8	48,4
2006	829 352	13,1	50,5
2007	818 705	12,8	51,7
2008	828 404	12,9	52,5
2009	824 641	12,8	53,7
2010	832 799	12,9	54,9
2011	823 394	12,7	55,8
2012 (p)	821 047	12,6	56,7
2013 (p)	811 510	12,4	57,2
2014 (p)	813 000	12,4	58,2

Source : Insee, statistiques de l'état civil et estimations de population

Index

Les numéros renvoient aux paragraphes.

- Accouchement : 406, 509-512
 - Acte médical : 406
 - À domicile : 510-512
 - Médicalisation : 509
- Accouchement sous X : 284, 405-408
 - Filiation maternelle : 284, 408
 - Filiation paternelle : 290
 - Suppression : 608
- Acte médical : 419-427
 - Critère de l'auteur : 419-423
 - Critère de la finalité : 424-427
- Acte médical non thérapeutiques : 392, 394-396, 417-436, 466-467, 469, 471-472
 - Remboursement : 214, 541-547
 - Définition : 428
 - Information : 429-431
 - Consentement : 432-435
 - Indemnisation : 548-549
- Action à fins de subsides : 597-606
- Adoption : 235-237, 239-245, 249-250, 252-255, 258-
 - Substitution : 244-245
 - Requête introductive : 254
 - Post mortem* : 255
 - Agrément : 258
- Anonymat du don : 164
 - Droit français : 165-167, 251
 - Droit suisse : voir Connaissance de ses origines
- Autoconservation : 140
- Bioéthique : 454-458
- CEDAW : 383-387
- Clonage reproductif : 136
- Congé d'adoption : 563-564
- Congé de maternité : 554-556
 - GPA : 555
- Congé de paternité : 558-559
- Congé parental d'éducation : 567-570
- Congés parentaux : 552-576
 - Inégalités femmes-hommes : 568-569
- Congé pour enfant malade : 571-574
 - Dispositif juridique : 571-572
 - Égalité : 573-574
- Connaissance de ses origines : 249
 - Adoption : 250
 - Droit suisse : 168-169
 - Donnée médicale : 337
 - PMA : 251
- Contraception : 397-399, 402-404, 420-421
 - Biais de prescription : 493
 - Formation : 519
 - Prise en charge : 544
- Contrat social :
 - Critique : 374
 - Égalité : 345
- Consentement :
 - Acte médical non thérapeutique : 432-435
 - Filiation : 256
 - IVG : 433-434
 - PMA : 85-89, 256, 433
 - Procréation *post-mortem* : 109, 112
 - Projet parental : 20
 - Stérilisation : 433
- Contraception d'urgence : 403
- Couple (PMA) : 73-90
 - Droit français : 75-77, 86-89
 - Condition de stabilité : 76
 - Dossier médical : 84
 - Droit suisse : 78-79, 87
- Couples lesbiens : 299-307, 321
 - Adoption : 307

- Délégation de l'autorité parentale : 302
- Filiation : 300-307
- Mariage : 304-306
- Réforme : 611
- Démédicalisation : 508-513
- Division sexuée du travail : 371-381, 551
 - Conciliation famille-travail : 591-593
 - Définition : 373
 - Expression juridique : 382
- Don d'embryon : 17, 147-148
- Don d'ovocyte :
 - Droit français : 151-152
 - Remboursement : 222
 - Droit suisse : 153, 276
- Don de gamète : 143-172
 - Procédure d'appariement : 156-163, 170
 - Critères : 161-163
 - Droit français : 157-159
 - Droit suisse : 160
 - Subsidiarité : 144
- Don de sperme : 150
- Double don : 145
 - Non remboursement : 223
- DPI/DPN :
 - HLA : 25
 - Droit suisse : 180
- Droit au respect de la vie privée : 462-464
- Droits des usagers : 473-549
 - Accès aux services : 489-501
 - Inégalités sociales : 490-494
 - Inégalités territoriales : 495-500
 - Approfondissement : 515-549
 - Démocratie sanitaire : 502-507
 - Droit à l'information : 475-488
 - Éducation sexuelle : 476-480
 - Internet : 482-485
 - Relation médicale : 486-487
 - Inégalités sociales : 492
 - Droit collectif des usagers : 505-506
- Droits reproductifs : 393, 437-465
 - Aspects historiques : 440-441
 - Définition : 439, 442-444
 - Fondements : 452-465
 - Droit à disposer de soi : 452-453
 - Liberté : 459-461
- Vie privée : 462-464
- Résolutions : 445-450
 - Conseil de l'Europe : 447-448
 - Définition : 445
 - France : 449
 - Union européenne : 446
- Égalité : 344-370
 - Critique : 349, 354-355
 - Principe juridique : 350-351
 - Principe politique : 345
- Égalité entre les sexes : 341-343, 347-348, 353
- Embryon surnuméraire : 16-19
 - Don : voir Don d'embryon
 - Recherches : 17
 - Statut et définition : 18
- En âge de procréer (PMA) : 117-126
 - Borne inférieure : 118-121
 - Borne supérieure : 122-124
 - Stéréotypes de genre : 123-125
- Enfant :
 - Droit à : 23
 - Droits de : 24
 - Intérêt de / bien de : 24, 260,
 - Adoption 261-264
 - Droit français : 262
 - Droit suisse : 263
 - PMA : 265
 - Droit français : 266
 - Droit suisse : 267
- Être vivant (PMA) : 105-116, voir aussi Procréation *post mortem*
- Femme : 28-30
 - Abstraction : 29
 - Mesures sexo-spécifiques : 30
 - Vulnérabilité : 366
- Femmes seules /lesbiennes (PMA) : 97-103
 - Droit français : 98, 102
 - Droit suisse : 97, 101
- Féminisme :
 - Approche juridique : 42
 - Définition : 43
 - PMA : 36-37, 201-202
- Fiction juridique : 236-248
 - PMA : 238, 246-248
 - Adoption : 239-242

- Célibataire : 240
- Couple homosexuel : 241
- Filiation : 234-338, 594-615
 - Droit commun à tous les couples : 615
 - voir Maternité
 - voir GPA
 - voir Paternité
 - voir PMA
 - voir Stéréotypes de genre
 - Volonté : 594, 612-614
- Fiscalité : 379
- Gender mainstreaming* : 360
- Genre : 44-45
 - Approche adoptée : 45
 - Définition : 44
- GPA : 137, 277, 308-320
 - Filiation : 308, 312, 314-319, 610
 - France : 313-319
 - Sanctions pénales : 320
 - Suisse : 311-312
- Greffe d'utérus : 141
- Guides de bonnes pratiques : 198, 207
- Hétérosexualité (PMA) : 91-95
 - Droit français : 93
 - Droit suisse : 94
 - Remise en cause : 96-103
- Formation : 517-526
 - Professionnels : 518-523
 - Contraception : 519
 - IVG : 520-522
 - Usagers : 524-525
- Inceste : 600-601
- Indemnisation : 548
- Indications médicales (PMA) : 179-190
 - Risque de transmission d'une maladie grave : 180-182
 - Stérilité : 183, 185-190
 - Pathologique : 186, 193
 - Convenance : 187
 - Sociale : 188-189
 - Critique : 191-193
- Inégalités sociales : 490-494
 - Définition : 491
 - Information : 492
 - Prescription contraceptive : 493
- Inégalités territoriales : 495-500
- IVG : 397, 399-402, 404, 422, 426
 - Information : 430
 - Consentement : 433-434
 - Inégalités territoriales : 496-499
 - Formation : 520-522
 - Traitement des plaintes : 532
 - Femme étrangère : 537
 - Prise en charge : 543
- Liberté :
 - Liberté reproductive : 35, 459-461
 - Liberté individuelle : 460-461
- Maternité : 273-285
 - Accouchement : 279, 282-283
 - Indivisibilité : 274-278
 - Droit suisse : 275
 - Mater semper certa est* : 280
- Médicalisation :
 - Définition : 176
 - Démédicalisation : 508-513
 - PMA : 175, 177, 194-199, 201-203, 210, 410
- Modes de garde : 588-593
 - Inégalités sociales : 589
 - Service public de la petite enfance : 590
- Non-discrimination : 352
- Parité : 357-359
 - Définition : 358
- Paternité : 286-295
 - Contentieux : 291-295
 - Établissement non contentieux : 287-289
 - Expertise : 293-294
 - Mensonge : 292
 - Pater is est quem nuptiae demonstrant* : 280
- Personnes détenues (PMA) : 189
- PMA : 60, 410
 - Consentement : 85-89, 256, 433
 - Droit français : 86, 89
 - Droit suisse : 87
 - CEDH : 88
 - Conditions d'accès : 71-127, 619
 - voir Couple
 - voir Hétérosexualité
 - voir En âge de procréer
 - voir Être vivant
 - voir Indications médicales

Définition : 57
 Féminisme : 36-37, 201-202
 Fiction juridique, 238, 246-248
 Filiation : 620-621
 Consentement : 256
 Droit commun : 270-271
 Finalité : 425
 Information : 430
 Origines : 251
 Ouverture, voir Femmes seules / lesbiennes
 Réalisation : 194-231
 Agrément : 205
 Interprétation : 196-197
 voir Médicalisation
 voir Pouvoir médical
 Responsabilité : 208
 Responsabilité pénale : 209
 Sécurité sanitaire : 205
 Vigilance : 206
 Remboursement : 212-230
 Droit français : 213-224
 Âge : 217
 AME : 215
 Don d'ovocyte : 222
 Double don : 223
 Régulation : 216-223
 Tentatives : 218
 Droit suisse : 225-229
 Précarité : 534-535
 Prise en charge : 540-547
 Protection des salariés : 577-587
 Autres congés : 584-587
 Femme enceinte : 579-583
 Embauche : 580-581
 PMA : 583
 Pouvoir médical : 197, 200, 203, 259, 268
 Procréation *post-mortem* : 106-116
 Après 1994 : 108
 Avant 1994 : 107
 CCNE : 111, 115
 Consentement : 109, 112
 Filiation : 113
 Projet parental : 110, 114-116
 Projet parental :
 Auteur : 22
 Bioéthique : 15
 Consentement : 20
 Définition : 8, 21, 26, 58, 64, 71
 Projet : 9
 Parental : 10-14
 Parenté : 12
 Parentalité : 13
 Filiation : 232-337
 Rapport Théry-Leroy : 324-336
 Connaissances des origines : 331-335
 Définition : 331
 Filiation : 325-330
 Déclaration commune anticipée : 327-328
 Critique : 329-330
 Réforme de l'état civil : 336
 Refus de soins : 536
 Reproduction :
 Définition : 2, 55
 Droit de reproduction : 3, 27
 Droit de la reproduction : 4, 7, 61
 Droits reproductifs : 5-6
 Engendrement : 56
 Procréation : 55
 Retraite : 353, 378, 390
 Secret (PMA) : 168, 170-171
 Stéréotypes de genre : 361-391, 618
 CEDAW : 384-385
 CEDH : 389
 Congé de paternité et d'accueil d'enfant : 561
 Définition : 34, 362
 Division sexuée du travail : 33, 39
 Droit de la santé : 31-32, 365-369
 Droit commun de la filiation : 272, 470
 Filiation : 280-281, 595-606, 615
 PMA : 130, 272
 Techniques reproductives : 70
 Union européenne : 390
 Stérilisation : 411-415, 426
 À visée contraceptive : 412-413, 426
 Consentement : 433
 Délai de réflexion : 433
 Information : 430
 Recours : 414
 Remboursement : 415

Suisse :

Approche comparée : 47, 51-52

Bien de l'enfant :

Adoption : 263

PMA : 267

Connaissances des origines : 168-169

Contexte familial : 48

Don d'ovocyte : 153, 276

DPI/DPN : 180

GPA : 311-312

Mariage : 50

Maternité indivisible : 275

PMA : 49

Consentement : 84

Couple : 78-79, 87

Femmes seules/lesbiennes : 97,

101

Hétérosexualité : 94

Remboursement : 225-229

Procédure d'appariement : 160

Techniques reproductives : 133

Techniques reproductives : 63, 66

Conditions d'accès : 67, 69, 71, 128-130

Définition : 131-142

Droit français : 134

Droit suisse : 133

Division sexuée du travail : 70

Mise en œuvre : 68

Test de grossesse : 500

Traitements des plaintes : 528-533

IVG : 532

Usager vulnérable : 534-539

Table des matières

Résumé.....	5
Abstract.....	7
Mots-clefs	9
Sommaire	11
Avertissement.....	13
Abréviations	15
Introduction	19
I. Définition des termes du sujet.....	19
II. Processus de définition du sujet	38
Objet d'étude initial – Les femmes en droit de la santé	38
Constat : la procréation, comme sphère réservée aux femmes	43
Problématique.....	48
Objectif.....	48
Hypothèse : le projet parental, pour en finir avec la nature ?	48
III. Approches adoptées	49
Méthodologie.....	49
Une approche qui vise l'égalité entre les sexes	49
Une approche juridique ouverte sur les autres disciplines.....	51
Une approche comparatiste avec le droit suisse.....	52
Choix grammaticaux et terminologiques.....	54
Sur la forme, les choix grammaticaux.....	54
Sur le fond, le choix des mots.....	55
Engendrement, procréation ou reproduction.....	55
PMA ou AMP.....	56
Projet parental, projet procréatif ou projet familial.....	56
Annonce du plan.....	57
Partie I Le projet parental dans le droit des techniques reproductives.....	59
Titre I La réalisation du projet parental par les techniques reproductives.....	62
Chapitre I – Les conditions d'accès aux techniques reproductives	64
Section I – Les conditions tenant aux auteurs du projet parental.....	65
§I. Le couple hétérosexuel, auteur légitime du projet parental.....	65
A. L'existence du couple, comme condition d'accès à la PMA.....	66
a. Définition du couple comme destinataire des normes de PMA.....	66
1°. En droit français, indifférence de la forme juridique du couple.....	66
2°. En droit suisse, accès différencié aux techniques de PMA selon la forme juridique du couple.....	68
b. Portée limitée du couple comme titulaire d'un accès à la PMA.....	69
1°. Le couple, titulaire de prérogatives propres	70
2°. Des prérogatives subordonnées à un consentement individuel	71
B. L'hétérosexualité du couple, comme condition d'accès à la PMA.....	74
a. Les fondements d'un accès limité au couple hétérosexuel.....	74
1°. En France, consécration de l'hétérosexualité par l'altérité sexuelle	75
2°. En Suisse, consécration de l'hétérosexualité par la filiation	76
b. Les fondements de l'exclusion des femmes célibataires et homosexuelles	77
1°. La crainte de faire naître des enfants sans père.....	77
2°. Vers une ouverture de la PMA à toutes les femmes	79
§II. Le couple hétérosexuel, auteur fictif de la procréation.....	82
A. « Etre vivant ».....	82
a. Le refus de la procréation post mortem.....	83
1°. Encadrement contractuel de l'utilisation du sperme du conjoint décédé.....	83
2°. Refus légal de la procréation post mortem	84

b. La procréation post mortem au prisme du projet parental.....	85
1°. Le projet parental, au regard des stades d'avancement de la PMA.....	85
2°. Caducité ou continuité du projet parental	86
B. « En âge de procréer ».....	88
a. La borne inférieure de l'âge de procréer.....	89
1° Les critères biologiques et sociaux de la borne inférieure	89
2°. L'âge de consentir à un projet parental.....	90
b. La borne supérieure de l'âge de procréer	91
1°. Les critères biologiques et sociaux de la borne supérieure	91
2°. Les aspects normatifs de l'âge de procréer	93
Section II – Les conditions tenant aux techniques reproductives.....	95
§I. Délimitation des techniques de PMA et du recours aux dons de gamètes.....	96
A. Définition limitative des techniques de PMA	96
a. Définition juridique limitative de techniques.....	96
b. Exclusion <i>de facto</i> et <i>de jure</i> de certaines techniques de la dénomination de PMA.....	97
1°. Des pratiques de jure interdites	97
2°. Des pratiques de facto non reconnues en droit.....	99
B. Limitations du recours aux dons de gamètes.....	101
a. Les limitations juridiques.....	102
1°. Le recours aux gamètes de tiers comme exception.....	102
2°. L'accueil d'embryon en droit français.....	103
b. Les limitations pratiques.....	105
1°. Le régime du don de gamètes.....	105
2°. Le régime neutre du don de gamètes à l'épreuve de la pénurie de don d'ovocytes.....	106
§II. Modalités de mise en œuvre des dons de gamètes	109
A. L'appariement des donneurs de gamètes aux candidats à la PMA.....	109
a. La procédure d'appariement	109
1°. En France, une règle de bonne pratique professionnelle.....	110
i. Mise en place initiale de l'appariement pour le don de sperme.....	110
ii. Extension de la procédure d'appariement à l'accueil d'embryon.....	110
2°. En Suisse, une règle de bonne pratique consacrée réglementairement	111
b. Quels critères utiliser dans la sélection des gamètes ?.....	112
1°. Les critères utilisés dans la procédure d'appariement.....	112
2°. Les critères à utiliser dans la procédure de sélection des gamètes.....	113
B. L'anonymat des dons de gamètes	114
a. L'anonymat du don de gamètes en droit français	115
1°. Un principe bioéthique général	115
2°. Un principe corroborant la paternité de l'auteur du projet parental	116
b. Le secret sans l'anonymat en droit suisse.....	118
1°. Remise en cause du principe d'anonymat du donneur de gamète.....	118
2°. Permanence de la procédure d'appariement et survivance du secret	120
Chapitre II – Les conditions de mise en œuvre des techniques reproductives	123
Section I – La légitimation médicale du projet parental.....	124
§I. La définition des techniques de PMA comme des remèdes	124
A. Les indications médicales donnant accès aux techniques de PMA	125
a. En cas de risque de transmission d'une maladie grave	125
b. En cas d'infertilité ou de stérilité d'un couple	128
B. La construction de la stérilité comme pathologie	129
a. Des stérilités pathologiques médicalement diagnostiquées.....	129
b. La PMA ou l'absence de nécessité médicale	133
§II. La réalisation médicalisée des projets parentaux	136
A. Institutionnalisation du rôle social des médecins.....	136

a. Le pouvoir médical tiré de la réglementation.....	136
i. Le pouvoir médical d'interprétation des critères d'accès et d'appréciation du projet parental.....	137
ii. Une régulation en partie déléguée au corps médical.....	140
b. Le pouvoir médical tiré de la relation de soin.....	143
B. Encadrement des pratiques médicales.....	147
a. Sécuriser la mise en œuvre du projet parental.....	147
b. La responsabilité des médecins quant au respect des conditions d'accès à la PMA.....	150
Section II – Le remboursement sélectif de certains projets parentaux.....	153
§I. Le remboursement des actes de PMA en France.....	154
A. Une prise en charge importante de soins non indispensables.....	154
a. Une prise en charge à 100% singulière.....	154
b. Exclusion des techniques de PMA de l'AME.....	157
B. Le rôle incitatif du remboursement.....	157
a. Des limites réglementaires supplémentaires illégales.....	158
b. Un remboursement limité des techniques mises en œuvre à l'étranger.....	161
§II. Le remboursement des actes de PMA en Suisse.....	164
A. Un remboursement différentiel des techniques.....	164
B. Une justification critiquable en termes d'efficacité.....	165
Titre II La consécration du projet parental par le droit de la filiation.....	170
Chapitre I – La consécration par le droit de la filiation du projet parental légitime.....	172
Section I – Convergences entre filiation après PMA légitime et adoption.....	173
§I. Des fictions juridiques pour mimer la nature.....	173
A. Rôles de la fiction juridique.....	173
a. La PMA, une fiction juridique procréative.....	174
b. L'adoption, une fiction juridique parentale.....	175
B. Effets de la fiction juridique.....	179
a. Une filiation effective, exclusive et irrévocable.....	180
1°. Substitution de liens de filiation en cas d'adoption plénière.....	180
2°. Consécration du projet parental après PMA hétérologue.....	181
b. L'accès aux origines biologiques.....	182
1°. La reconnaissance progressive aux adoptés d'un accès –même limité– à leurs origines.....	182
2°. Persistance du principe d'anonymat face à l'accès aux origines des enfants nés du don.....	185
§II. Des filiations électives validées par une tierce instance de régulation.....	187
A. Caractère électif de la filiation établie.....	187
a. La requête introductive d'adoption.....	188
b. Le consentement à la parenté des auteurs du projet parental.....	189
1°. Le recueil du consentement par acte authentique.....	189
2°. Les effets indissociables du consentement à l'IAD et à la paternité.....	189
B. Régulation destinée à préserver l'intérêt de l'enfant.....	192
a. Le contrôle de tierces instances régulatrices.....	192
1°. L'adoption, agrément des services sociaux et jugement du TGI.....	192
2°. La PMA, accès régulé par les médecins.....	193
b. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant.....	195
1°. L'intérêt de l'enfant né, principe directeur de l'adoption.....	195
2°. La PMA, prise en compte anticipée de l'intérêt de l'enfant.....	196
Section II – Inscription du projet parental légitime dans le droit commun de la filiation.....	198
§I. La filiation maternelle, une et charnelle.....	200
A. L'indivisibilité de la maternité.....	200
a. Le refus suisse de toute dissociation de la maternité.....	200

b. Le refus partagé de la dissociation de la maternité juridique d'un fondement biologique.....	203
B. L'accouchement, fait biologique de la maternité.....	205
a. La redécouverte des adages « mater semper certa est » et « pater is est quem nuptiae demonstrant ».....	205
b. L'accouchement ou le secret de l'accouchement.....	207
1°. Un mode d'établissement unique de la filiation maternelle	208
2°. L'accouchement sous X, exception au principe de la femme-mère.....	210
§II. La filiation paternelle, entre la volonté d'être père et l'obligation de soutien financier.....	212
A. Etablissement non contentieux de la paternité.....	212
a. Renforcement du caractère volontariste de l'établissement de la filiation paternelle	213
b. Une volonté qui peut contrarier celle de la femme accouchant sous X.....	216
B. Contentieux relatif à l'établissement de paternité.....	220
a. La paternité volontaire peut être mensongère	220
b. La recherche par expertise du géniteur en l'absence de père	223
Chapitre II – La relégation aux confins du droit de la filiation des projets parentaux illégitimes	230
Section I – La sanction des projets parentaux illégitimes par le droit de la filiation.....	231
§I. La filiation à l'égard de la seconde mère après PMA.....	231
A. Le refus de la parenté des couples lesbiens pacsés	232
a. Refus du recours aux mécanismes d'adoption de l'enfant du conjoint.....	232
b. La délégation partagée de l'autorité parentale	235
B. Le dispositif de la loi du 17 mai 2013.....	238
a. Le mariage, condition de reconnaissance du projet parental de deux femmes	239
1°. L'adoption de l'enfant de la conjointe, seul moyen de reconnaître le projet parental	239
2°. Les limites d'une parenté subordonnée à la conjugalité	241
b. La filiation adoptive comme réhabilitation du projet parental illégitime	242
§II. L'impossible filiation après GPA ?.....	244
A. L'interdiction de la gestation pour autrui.....	246
a. En suisse, interdiction constitutionnelle de dissociation de la maternité.....	246
b. En France, interdiction d'ordre public de la gestation pour autrui	248
B. L'évolution forcée du droit français	252
a. La condamnation de la France par la CEDH.....	252
b. Séparer la question de l'état civil de celle de la sanction.....	256
1°. L'état civil des enfants nés par GPA	256
2°. Les sanctions pénales à l'égard des parents.....	259
Section II – La réticence à l'appréhension des projets homoparentaux par le droit commun de la filiation	262
§I. L'établissement de la filiation après une PMA hétérologue réalisée par deux femmes	264
A. Les recommandations du rapport Théry-Leroyer quant à la filiation après PMA hétérologue.....	265
a. La mise en place d'une déclaration commune anticipée.....	265
b. Une fâcheuse résurgence du pluralisme des filiations.....	267
B. Lutter contre les stéréotypes de genre dans le droit commun de la filiation	268
§II. L'accès à la connaissance des origines biologiques	270
A. L'origine biologique comme élément de l'état civil	272
a. L'accès aux origines biologiques	273
b. L'état civil, témoin inopportun du recours à la PMA	276
B. L'origine biologique comme donnée médicale	279
Partie II Le projet parental dans le droit de la reproduction.....	287

Titre I Le projet parental, fondement du droit de la reproduction	290
Chapitre I – Le projet parental, pour lutter contre les stéréotypes de genre	292
Section I – Les expressions de l'égalité en matière de reproduction	293
§I. Du principe politique d'égalité au principe juridique d'égalité.....	293
A. De l'égalité des droits à l'égalité des droits entre les femmes et les hommes	293
a. L'égalité, un principe politique fondateur	294
b. L'inclusion de l'égalité des droits entre les femmes et les hommes au projet politique initial.....	296
B. Les difficultés juridiques à réaliser l'égalité entre hommes et femmes	298
§II. De l'égalité des droits à l'égalité réelle	303
A. Les nouvelles expressions juridiques visant à réaliser l'égalité.....	304
a. La saga juridique de la démocratie paritaire en France	304
b. Le paritarisme ou gender mainstreaming.....	308
B. Renouveler la réflexion à partir des stéréotypes de genre.....	311
a. Définir les contours et apports de cette notion émergente	312
b. Les stéréotypes de genre en droit de la santé	314
Section II – Pour en finir avec la division sexuée du travail.....	317
§I. La théorie de la division sexuée du travail.....	317
A. Une définition descriptive et critique de l'organisation sociale.....	318
B. Quelques implications actuelles de la division sexuée du travail.....	320
§II. La réception juridique de la division sexuée du travail	324
A. Au niveau international, la CEDAW comme texte emblématique.....	324
B. Au niveau européen, deux approches très différentes.....	332
a. La CEDH, l'approche par les droits de l'homme	332
b. L'Union européenne, l'approche par le marché.....	335
Chapitre II – Le projet parental, pour redéfinir les actes médicaux reproductifs	340
Section I – Des actes médicaux non thérapeutiques	341
§I. Genèse de l'encadrement juridique.....	341
A. La santé publique, comme justification	341
a. Contraception et IVG: histoires de compromis	342
b. L'accouchement sous X : témoin des idées natalistes	349
B. La part du médical et du thérapeutique	352
a. Les techniques de PMA.....	352
b. La « stérilisation à visée contraceptive »	354
§II. La notion d'actes médicaux non thérapeutiques	360
A. Une extension bidimensionnelle de la notion d'acte médical en matière de reproduction.....	360
a. Multiplication des acteurs.....	361
b. Une finalité nouvelle	364
B. Les traits singuliers de ces actes médicaux non thérapeutiques	366
a. Une information préalable finalisée	367
b. Un consentement renforcé	369
Section II – Des actes médicaux correspondant à des droits reproductifs	373
§I. La notion de droits reproductifs.....	374
A. La notion de droits reproductifs.....	374
B. Une approche non contraignante par les résolutions.....	377
§II. Les fondements juridiques des droits reproductifs.....	383
A. La difficile définition juridique des rapports des individus à leurs corps reproductifs.....	384
B. La liberté reproductive, fondement discret des droits reproductifs	389
Titre II Le nouveau droit de la reproduction, fondé sur le projet parental.....	396
Chapitre I – Des actes médicaux relatifs à la reproduction empreints d'autonomie	398
Section I – La consécration des droits des usagers en matière reproductive	399
§I. Faire primer le choix individuel des usagers	399

A. La connaissance comme préalable	400
a. Promouvoir la santé à travers l'éducation à la sexualité.....	400
b. Fournir une information complète et de qualité	403
i. Une large mise à disposition d'informations fiables	403
ii. Une obligation d'information médicale réaffirmée	406
B. Permettre un accès égalitaire aux droits reproductifs.....	408
a. Les inégalités sociales en santé sexuelle et reproductive.....	408
b. Les inégalités territoriales autour de l'organisation des services de santé reproductive.....	411
§II. Faire entendre la voix collective des usagers	415
A. À travers des droits collectifs de représentation et d'expression	415
B. À travers la démedicalisation, élargir le champ des possibles.....	418
Section II – La réaffirmation des droits des usagers en matière reproductive	423
§I. Prévenir les atteintes aux droits et assurer leur effectivité	423
A. Former les professionnels et les représentants des usagers.....	424
a. Mieux former les professionnels de santé.....	424
b. Davantage former les représentants des usagers.....	427
B. Favoriser les retours d'expérience des usagers.....	429
a. Traiter les plaintes et dégager des bonnes pratiques.....	430
b. Permettre l'exercice effectif des droits par tous les usagers.....	433
§II. Socialiser les « risques liés à la fertilité »	438
A. Une prise en charge financière par la collectivité des actes médicaux reproductifs	438
B. Une indemnisation par la solidarité nationale des accidents médicaux non fautifs	442
Chapitre II – Une construction juridique égalitaire des parents.....	447
Section I – La parentalité : concilier famille-travail.....	448
§I. Le volet famille : quitter le travail.....	449
A. Les congés liés à l'arrivée de l'enfant.....	449
a. Le congé lié aux aspects biologiques de la maternité	449
b. Les congés neutres à l'égard du sexe du parent	454
i. Le congé de paternité et d'accueil de l'enfant	455
ii. Le congé d'adoption.....	458
B. Les congés pour s'occuper de l'éducation des enfants.....	460
a. Pour les enfants en bas âge, le congé parental d'éducation et la prestation partagée d'éducation de l'enfant	460
b. Pour les enfants malades, des congés spécifiques	462
§II. Le volet travail : pouvoir y revenir	465
A. La protection des salariés qui font famille	465
a. La protection de l'emploi des femmes enceintes.....	466
i. La protection de la femme enceinte lors de l'embauche	466
ii. La protection de la femme enceinte lors de l'exécution du contrat de travail	467
b. La protection des salariés dans l'usage de leurs droits liés à la parentalité	470
B. L'offre des modes de garde, comme moyen d'un retour des parents au travail... 471	
Section II – La parenté : fondements et institutions	476
§I. Le projet parental comme réponse aux stéréotypes de genre.....	476
A. Lutter contre le stéréotype du père pourvoyeur d'aliments	476
a. Supprimer l'action à fins de subsides, symbole d'une paternité pécuniaire.....	477
b. Le géniteur, père malgré lui ?	481
B. Lutter contre le stéréotype de la femme-mère par essence.....	484
a. Supprimer l'accouchement sous X.....	485
b. Reconnaître le projet parental d'une femme non gestatrice.....	488

i. Reconnaître la filiation maternelle à l'issue d'un projet parental réalisé par GPA	489
ii. Reconnaître la filiation maternelle à l'issue d'une PMA au sein d'un couple lesbien.....	490
§II. Le projet parental comme fondement principal de la filiation	492
A. Fonder la filiation, y compris maternelle, sur la volonté.....	493
B. Supprimer les distinctions selon les formes du couple ?.....	496
Conclusion.....	501
Bibliographie.....	507
Ouvrages généraux, traités, manuels et dictionnaires.....	507
Ouvrages spécialisés, thèses et actes de colloques	508
Etudes, articles et chroniques	512
Rapports, avis et autres documents	532
Sites internet.....	536
Annexes.....	537
Index.....	539
Table des matières.....	545