

Marie Mesnil

Maîtresse de conférences en droit privé à l'Université de Rennes I, rattachée à l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE), UMR CNRS 6262, associée à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité

Quand le droit conforte la norme sociale relative à la conjugalité hétérosexuelle : les limites à l'accès des femmes aux techniques reproductives

L'étude de l'actualité éthique et juridique de ces derniers mois au sujet des techniques reproductives permet de mettre en exergue de quelle manière le droit conforte certaines normes sociales¹.

Dans un précédent article², l'analyse conjointe de l'avis n° 126 du 15 juin 2017 du Comité consultatif national d'éthique (CCNE)³, de la délibération du Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine adoptée le 8 juin 2017⁴ et de deux arrêts rendus par le Tribunal administratif de Montreuil le 14 février 2017⁵ a mis en lumière de quelle façon l'encadrement des techniques reproductives - en particulier la condition d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée (PMA) tenant à « être en âge de procréer » mais aussi l'interdiction de l'autoconservation ovocytaire- conforte la norme sociale relative au bon âge de la maternité. Il est en effet apparu que la condition légale d'accès aux techniques de PMA apparemment neutre est en pratique apprécié très différemment pour les femmes et les hommes. En outre, le remboursement des actes n'est assuré que jusqu'au 43^{ème}

anniversaire de la femme alors qu'aucune condition relative à l'âge de l'homme n'a été définie quant à la prise en charge par l'assurance maladie des frais de santé liées à la PMA. La norme sociale importante en matière de reproduction, à savoir celle relative au bon âge pour être mère, s'exprime encore plus visiblement lorsqu'est considérée la question de l'autoconservation ovocytaire. En définitive, nous avons montré que sous un critère apparemment neutre et des considérations prenant appui sur des données médicales (les risques liés aux grossesses tardives) s'expriment en fait des règles de conduite qui existent au sein de la société et qui traduisent ses idéaux et valeurs dominantes.

Si l'usage recommandé des techniques de PMA et l'interdiction actuelle de l'autoconservation ovocytaire confortent la norme sociale relative au bon âge de la maternité, ce n'est pas la seule norme sociale qui est implicitement consacrée à travers le cadre relatif aux techniques reproductives. En effet, l'encadrement actuel des techniques de procréation médicalement assistée promeut également une certaine définition de la famille, fondée sur la conjugalité hétérosexuelle. Cette dernière tend toutefois à être remise en cause : l'avis n° 126 du CCNE se prononce en effet timidement en faveur de l'ouverture de l'accès aux techniques de PMA - et en particulier de l'insémination avec donneur- aux femmes seules ou en couple lesbien⁶. Ces demandes sont toutefois présentées comme étant « sociétales » par le CCNE⁷ qui reprend à son compte le cadre conceptuel actuel qui oppose les infertilités pathologiques justifiant la prise en charge du projet parental aux autres projets parentaux, jugés quant à eux illégitimes.

En l'état actuel du droit français, il est nécessaire d'être un couple composé d'un homme et d'une femme pour accéder aux techniques de PMA. Il en découle que l'altérité sexuelle autant que la conjugalité sont des conditions d'accès aux techniques, ce qui conduit à exclure du bénéfice de ces actes médicaux les couples de femme et les femmes seules. Si ces conditions tendent à être remises en cause, notamment par le CCNE dans son avis n° 126 (I), ils n'en demeurent pas moins que le modèle naturaliste sur lequel repose le cadre juridique actuel conduit à poser la question de la pertinence du remboursement de techniques mises en œuvre en dehors d'indications médicales (II). Outre le remboursement, il convient également de considérer quelles pourraient être les évolutions concernant l'établissement de la filiation des

1 - Dans la continuité de notre thèse de doctorat intitulée « Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental » et soutenue le 11 décembre 2015 à l'Université Paris Descartes, cet article constitue le deuxième volet d'une étude de l'actualité éthique et juridique de ces derniers mois relative aux techniques reproductives. Il s'agit plus particulièrement de mettre en exergue de quelle manière le droit conforte certaines normes sociales, relatives au bon âge pour être mère (partie 1), à la conjugalité hétérosexuelle (partie 2) ou encore à la division sexuée du travail (partie 3).

2 - Marie MESNIL, « Quand le droit conforte la norme sociale relative au bon âge de la maternité : les limites à l'accès des femmes aux techniques reproductives », *JDSAM*, 2018, n°18, pp. 45-50.

3 - CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, n°126, 15 juin 2017.

4 - Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, *L'âge de procréer*, Séance du 08 juin 2017.

5 - TA Montreuil, 14 février 2017, n°1606644 et n°1606724.

6 - CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, n°126, 15 juin 2017.

7 - CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, n°126, 15 juin 2017, p. 3 : Ces « demandes sociétales, issues de situations personnelles (de couple ou non) » correspondent, selon le CCNE, à des « demande(s) qui s'affranchi(ssent) des indications spécifiques autorisées par la loi, c'est-à-dire des infertilités d'origine pathologique » ; comp. pp. 42-43 pour une critique de ce cadre conceptuel structurant pourtant l'avis du CCNE.

enfants nés par le biais de ces techniques (III).

I – La timide remise en cause de la conjugalité hétérosexuelle comme condition d'accès à la PMA

Il apparaît d'autant plus difficile de penser l'ouverture de l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée à toutes les femmes, qu'elles soient célibataires ou en couples lesbiens, que le cadre juridique actuellement en vigueur est empreint de naturalisme : seuls les couples hétérosexuels peuvent souffrir d'une infertilité qui serait pathologique justifiant l'intervention de la médecine de la reproduction (A). Les critères relatifs à la conjugalité et à l'altérité sexuelle, bien qu'implicites, ont été dénoncés comme discriminatoires par plusieurs instances mais le CCNE, qui s'est prononcé le plus récemment en faveur de l'ouverture de la PMA à toutes les femmes, l'a fait plus timidement après avoir mis en perspective un certain nombre de points de butée avec les principes éthiques d'autonomie, de bienfaisance et de non-malfaisance (B).

A. Un cadre juridique fondé sur la stérilité pathologique du couple

Le cadre juridique existant en droit français en matière de procréation médicalement assistée a été mis en place par les lois de bioéthique de 1994 en reprenant les usages médicaux antérieurs. Si des évolutions sont intervenues à l'occasion du réexamen périodique des lois de bioéthiques en 2004 et 2011, celles-ci ne changent pas l'esprit de la loi et au contraire, contribuent à en renforcer les principales caractéristiques. En effet, à travers les conditions d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée définies à [l'article L. 2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique](#), est consacré un modèle familial naturaliste : « l'homme et la femme », « vivants » et « en âge de procréer », forment un couple hétérosexuel à l'apparence fertile, permettant de faire comme s'ils avaient eux-mêmes procréé l'enfant.

Les conditions d'accès reposent sur des considérations biologiques et les formes juridiques classiques définissant les couples ne sont pas prises en considération. Il était ainsi initialement prévu pour les couples qui n'étaient pas mariés de justifier d'une vie commune stable et ce délai de deux ans recouvrait alors la définition médicale de l'infertilité, à savoir une absence de grossesse après deux ans de rapports sexuels non protégés. La condition de stabilité qui ne concernait que les couples en concubinage a été supprimée en 2011⁸ et désormais la forme juridique du couple est absolument indifférente. Tant qu'il s'agit bien d'un couple hétérosexuel dont les deux membres sont vivants et en âge de procréer, les conditions d'accès à la procréation médicalement assistée sont quasiment remplies.

Quasiment remplies car outre ces critères, il faut

8 - [Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique](#), article 33.

également que la procréation médicalement assistée « [ait] pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple »⁹. Jusqu'à la révision de 2011, il était aussi précisé que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple ». Cet alinéa a été supprimé et il a été rajouté que « le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué »¹⁰. Ces modifications conduisent à renforcer la construction du droit de la PMA comme répondant uniquement à une « indication médicale », à savoir la stérilité pathologique du couple, passant totalement sous silence le fait que c'est pourtant « la demande parentale d'un couple » qui est seule à l'origine de la démarche.

Par ailleurs, il est intéressant de constater qu'en pratique, l'infertilité du couple formé d'un homme et d'une femme est présumée en absence de grossesse et que l'infertilité est prise en charge même s'il s'agit d'une forme idiopathique, c'est-à-dire dont la cause est inconnue. Les infertilités idiopathiques recouvrent plusieurs situations : il peut s'agir de couple fertile mais qui présente un retard à concevoir ou de couple dont un membre présente des anomalies qui n'ont pas été identifiées à partir des examens usuels. Un certain nombre de couples d'ailleurs une grossesse spontanée après avoir eu recours -avec succès ou non- à la PMA¹¹. L'infertilité a été construite comme étant pathologique pour être prise en charge par des équipes médicales alors qu'il s'agit toujours d'une réponse à un désir d'enfant. De la même manière, elle a été pensée comme une pathologie du couple quand bien même une seule des deux personnes aurait des difficultés pour procréer.

En définitive, le projet parental porté par un couple hétérosexuel, du fait de la légitimité qui lui est associé, s'il est contrarié est toujours présumé l'être du fait d'une infertilité qui serait pathologique. Aussi l'opposition entre les infertilités pathologiques et celles qui seraient sociétales sert uniquement à rendre moins légitimes les secondes.

B. La conjugalité et l'altérité sexuelle, deux conditions d'accès à la PMA innommées

Le cadre relatif à la PMA traduit ainsi un très fort attachement à un modèle traditionnel de la famille, nécessairement conçue par un couple hétérosexuel. La conjugalité et l'altérité sexuelle peuvent être mises en exergue comme les deux critères implicites d'accès à la PMA. Ces conditions innommées du droit de la PMA tendent à être remises en cause depuis plusieurs années. Il était en effet question de l'ouverture de la PMA aux couples de femmes lors des débats ayant précédé l'adoption de la [loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de](#)

9 - [Article L. 2141-2 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique](#).
 10 - [Article L. 2141-2 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique](#).
 11 - Défenseur des droits, avis [n° 15-18](#) du 3 juillet 2015, p. 5 : le chiffre de 10% est avancé.

[même sexe](#) même¹² si un autre véhicule législatif (la grande loi famille) avait rapidement été envisagé puis abandonné.

Dans cette optique, un rapport avait été demandé par la Ministre chargée de la famille de l'époque, Madame Dominique Bertinotti, à la sociologue Irène Théry et à la professeure de droit Anne-Marie Leroyer. Le groupe de travail « Filiation, origines, parentalité » a publié un rapport intitulé « [Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle](#) » en 2014¹³. Il y est notamment proposé d'« ouvrir l'accès à l'assistance médicale avec tiers donneur aux couples de femmes, dans les mêmes conditions que pour les couples de sexe différent »¹⁴. Cette proposition s'inscrit dans le cadre d'une réflexion plus générale sur la distinction entre filiation et origines et une remise en cause du modèle actuel « du ni vu ni connu » qui efface le recours à la procréation médicalement assistée ; cela implique alors de repenser l'adoption plénière et de permettre l'accès à l'identité du donneur de gamètes et dans tous les cas d'organiser la transmission des données non identifiantes le concernant. Ces recommandations n'ont pas été prises en compte et face à l'immobilisme du législateur quant à une éventuelle ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules, deux instances spécialisées sur les questions d'égalité entre les femmes et les hommes et les discriminations ont pris position.

Le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes adopte ainsi un [avis](#) le 26 mai 2015. Dans un premier temps, il y est mis en exergue que la loi actuelle est dépassée par la réalité des familles et des pratiques et pose des problèmes notamment sanitaires et sociaux. Dans un second temps, le caractère discriminatoire du droit encadrant actuellement la PMA et la parenté est mis en avant : la limitation d'accès à la PMA aux seuls couples hétérosexuels constituerait en effet une discrimination en raison de l'orientation sexuelle (exclusion des couples de femmes) et de la forme conjugale (exclusion des femmes célibataires). Aussi, il est recommandé d'étendre l'accès à la PMA à toutes les femmes sans discrimination afin de « de franchir un pas supplémentaire vers l'égalité des droits entre toutes et tous » et de renforcer les « droits sexuels et reproductifs, dans la continuité des avancées vers la maîtrise par les femmes de leur fécondité, et la libre-disposition de leur corps »¹⁵. Quelques jours après, le Défenseur des droits se prononce, lui aussi, en faveur de l'ouverture de la PMA à toutes les femmes « sous l'angle de l'égalité d'accès à une technique médicale », à avoir l'aide

médicale à la procréation¹⁶.

Le Comité consultatif nationale d'éthique -qui s'était autosaisi de cette question dès le début de l'année 2013- a rendu un avis traitant notamment de ce sujet le 15 juin 2017¹⁷. Les membres du CCNE ont d'abord procédé à une analyse de plusieurs « points de butée », à savoir l'absence de père ni « socialement présent, ni juridiquement institué dans la vie de l'enfant » et les « répercussions potentielles sur les structures familiales dans lesquelles les enfants seront élevés, sur les enfants eux-mêmes, et sur l'organisation médicale de la prise en charge de ces demandes »¹⁸ avant de se prononcer, à la majorité, en faveur de l'ouverture de l'insémination avec donneur (IAD) aux demandes des couples de femmes et des femmes seules.

Cette position conduit à remettre en cause l'altérité sexuelle comme indispensable pour procréer ; cela semble néanmoins difficile à concevoir pour les membres du CCNE : il est ainsi souligné dans l'avis qu'ils ont rendu que la « disjonction entre sexualité et procréation » est « ici particulière parce qu'elle introduit (...) une nouveauté anthropologique dans le choix d'un couple de femmes ou d'une femme seule d'utiliser la technique à la place de l'acte sexuel fécondant pour accéder à la procréation »¹⁹. De la même manière, le recours à la PMA par des femmes seules est présenté comme étant motivé par le fait que ces dernières « veulent un enfant sans avoir de relations sexuelles avec un homme »²⁰. Il aurait pu être envisagé le fait qu'elles n'ont pas -encore- trouvé une personne pour les accompagner dans leur projet parental. Recourir à l'IAD semble ainsi conçu et présenté comme un refus -à la fois peu compréhensible et difficilement admissible- d'une sexualité hétérosexuelle. Pour les couples hétérosexuels, la condition de stérilité pathologique est remplie du fait de l'absence de grossesse sans que les médecins s'assurent de la teneur et de l'effectivité des rapports sexuels -de telles investigations seraient par ailleurs invasives, tout comme les considérations des membres du CCNE à l'égard des femmes qui souhaitent réaliser un projet parental avant d'être trop âgées, en absence de possibilité de congeler leurs ovocytes.

En plus de cette véritable injonction à la sexualité hétérosexuelle, le CCNE insiste sur la nécessité de l'altérité sexuelle dans l'éducation de l'enfant à naître : il est ainsi souligné que « les femmes seules ou en couple qui choisissent de procréer en utilisant du sperme de donneur font le choix délibéré d'élever un enfant dans un cadre parental qui ne comprend pas de père »²¹ et que « pour les

12 - Marie MESNIL, « [La loi Taubira et au-delà...](#) », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2013/2, pp. 9-19.

13 - Laurie MARGUET et Marie MESNIL, « [Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français](#) », Actualités Droits-Libertés, 6 juin 2014.

14 - Irène THERY et Anne-Marie LEROYER (dir.), « [Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle](#) », Rapport au Ministère de la famille, 2014, p. 317 et voir les développements sur ces questions en amont, not. pp. 163-167.

15 - Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes, « Contribution au débat sur l'accès à la PMA », avis adopté le 26 mai 2015, n° [2015-07-01-SAN-17](#), p. 23.

16 - Défenseur des droits, avis n° [15-18](#) du 3 juillet 2015, p. 5.

17 - CCNE, [Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation \(AMP\)](#), n°126, 15 juin 2017 ; voir à ce propos, notre court commentaire, Marie Mesnil, « Focus droit : L'avis du CCNE sur la PMA », [Les Tribunes de la santé](#), 2017/3, n° 56, pp. 11-18.

18 - CCNE, [Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation \(AMP\)](#), n°126, 15 juin 2017, p. 18.

19 - CCNE, [op. cit.](#), p. 19.

20 - CCNE, [op. cit.](#), p. 20.

21 - CCNE, [op. cit.](#), p. 22.

enfants nés par don de sperme dans un couple de femmes ou d'une femme seule, il n'y aura pas de lignée paternelle, ni de référence à la succession des générations de ce côté-ci de sa généalogie »²². La lignée paternelle semble être fondamentale et irremplaçable : pour les femmes seules, elle devrait donc exister dès la naissance de l'enfant et elle n'aurait pas vocation à être éventuellement complétée par la suite ; pour les couples de femmes, elle ne pourrait pas être remplacée par une seconde lignée maternelle, quand bien même il y aurait une référence à la succession des générations de ce côté-ci de la généalogie. L'hétérosexualité est ainsi affirmée comme une norme sociale, indispensable à la procréation et à la constitution d'une famille.

En dépit de ces développements *a priori* peu favorables à l'ouverture de la PMA à toutes les femmes, le CCNE se prononce néanmoins en faveur de cette mesure. Dans une opinion dissidente, onze membres souhaitent, au contraire, maintenir le *statu quo*, notamment « au regard des incertitudes soulevées »²³. Ces incertitudes concernent d'abord l'enfant, identifié comme un tiers vulnérable mais il est également mis en avant l'insuffisance des moyens humains et financiers de la médecine ainsi que des dons de sperme ; ce qui justifierait de répondre en priorité aux situations pathologiques. Il est en effet impossible de réfléchir à l'ouverture de la PMA à toutes les femmes sans envisager les conséquences pratiques de celle-ci en termes de financement et de filiation. Ces sujets sont d'ailleurs -au moins en partie- traités dans les différents avis rendus sur cette question.

II - La difficile prise en charge financière de la PMA en absence d'indication médicale

La question de la prise en charge financière du recours à la PMA n'est pas anodine compte tenu du coût important de ces techniques. Des réponses très différentes y sont toutefois apportées en fonction de la posture adoptée. Il apparaît ainsi d'un côté que la prise en charge du recours à la PMA pour les femmes seules et en couples lesbiens est difficile à penser lorsque celles-ci sont envisagées comme des « demandes sociétales » (A) alors qu'au contraire, le remboursement est préconisé lorsque la réalisation de ces projets parentaux est appréhendée sous l'angle des droits des femmes (B).

A. Une prise en charge financière possible du fait de l' « infertilité pathologique »

Actuellement, le recours aux techniques de PMA est pensé comme un remède médical à une infertilité construite comme pathologique. Cette construction permet une prise en charge des frais de santé par l'assurance maladie. Le taux de remboursement est par ailleurs dérogatoire puisqu'il

est de 100 % en cas d'infertilité comme pour les affections longue durée ou encore l'assurance maternité. La prise en charge de l'infertilité à 100 % connaît toutefois deux limites. La première concerne le nombre de tentatives qui peuvent être faites pour obtenir une grossesse : seules six tentatives d'insémination artificielle et quatre tentatives de fécondation *in vitro* sont prises en charge pour obtenir une grossesse. Il a par ailleurs été jugé qu'il importe peu que la grossesse ainsi obtenue soit ou non suivie de la naissance d'un enfant²⁴. Alors que la première limite traduit le fait que les techniques peuvent se révéler inefficaces, la seconde vise à instaurer un niveau de régulation supplémentaire et conduit à une interprétation plus stricte de la condition d'accès tenant à l'âge de procréer. Il est ainsi prévu que les actes de procréation médicalement assistés soient pris en charge uniquement jusqu'au 43e anniversaire de la femme²⁵. Il s'agit de l'expression d'une norme sociale tenant au bon âge de la maternité²⁶. Cette limitation est principalement justifiée par les risques que les grossesses tardives ont sur la santé des femmes. Le Collège national des Gynécologues et Obstétriciens Français (CNGOF) avait toutefois proposé de repousser cette limite d'âge à 50 ans²⁷ mais cela impliquerait d'avoir davantage recours à des dons d'ovocytes ou d'autoriser l'autoconservation ovocytaire.

Le remboursement par l'assurance maladie permet un niveau de régulation supplémentaire : en effet, les femmes au-delà de 43 ans peuvent tout à fait remplir les conditions d'accès aux techniques de PMA et être prises en charge par les médecins. Ces couples dont la femme est toutefois trop âgée, c'est-à-dire âgée d'un peu plus de 43 ans, devront alors assurer eux-mêmes le poids financier du recours à la PMA alors qu'ils souffrent pourtant d'une « infertilité pathologique ». L'assurance maladie en refusant une prise en charge par la solidarité nationale de la réalisation médicalisée de ces projets parentaux leur dénie une part de légitimité, indépendamment du fait qu'ils reposent sur une « indication médicale ». Alors que certains projets parentaux ne sont pas pris en charge par l'assurance maladie alors qu'ils relèvent d'une infertilité pathologique, il apparaît particulièrement difficile de penser que les « demandes sociétales de PMA » soient prises en charge par la sécurité sociale. Dans cette perspective, le CCNE explique ainsi que « si, jusqu'à ce jour, il a été unanimement admis que la lutte contre l'infertilité d'origine pathologique impliquait une prise en charge totale, la question se poserait différemment en cas

24 - Civ. 2^e, 3 juillet 2008, n° 07-12944.

25 - 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 43ème anniversaire » de la femme.

26 - Voir Marie MESNIL, « Quand le droit conforte la norme sociale relative au bon âge de la maternité : les limites à l'accès des femmes aux techniques reproductives », *JDSAM*, 2018, n°18, pp. 45-50.

27 - Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français, « L'autoconservation sociétale des ovocytes », *Communiqué de presse*, 12 décembre 2012 ; voir également la position de l'Académie de médecine, *La conservation des ovocytes*, Rapport, 13 juin 2017.

22 - CCNE, *op. cit.*, p. 21.

23 - CCNE, *op. cit.*, p. 51.

d'ouverture à des demandes sociétales d'AMP »²⁸. Il est plus loin expliqué que cette différence de traitement est justifiée « par la différence entre infécondités de nature pathologique –bénéficiant d'une gratuité totale – et de nature sociétale –ne bénéficiant pas d'une telle gratuité. Les femmes dans cette seconde situation devraient payer les prestations médicales et le coût de préparation des gamètes (les donneurs continuant d'être soumis au principe de gratuité) »²⁹. Il est toutefois souligné que « cette mesure aurait pour effet de réserver l'accès de l'AMP dite « sociétale » à des femmes aisées »³⁰ et accentuerait donc les inégalités sociales de santé.

La prise en charge financière différenciée des techniques de PMA, en fonction des personnes qui y auraient recours, marque la plus grande acceptabilité des projets parentaux portés par des couples hétérosexuels. Il n'est en effet jamais envisagé par le CCNE que certaines femmes, bien que seules ou en couples lesbiens, puissent également présenter des facteurs d'infertilité justifiant leur prise en charge par l'assurance maladie. Ce n'est donc pas tant la nature pathologique de l'infertilité qui justifie la prise en charge par les médecins et l'assurance maladie du couple que la conjugalité et l'hétérosexualité de celui-ci. Tant que la distinction entre stérilités pathologiques et demandes sociétales ne sera pas remise en cause, il sera difficile de penser la prise en charge financière de la PMA pour toutes les femmes.

B. La nécessité d'un changement de paradigme pour penser la prise en charge financière de la PMA pour toutes

C'est justement en changeant de paradigme que le Défenseur des droits et le Haut Conseil pour l'Égalité entre les femmes et les hommes recommandent l'ouverture de la PMA à toutes les femmes et la prise en charge financière de ce recours.

Il est ainsi mis en exergue que « c'est sous l'angle de l'égalité d'accès à une technique médicale entre toutes les femmes que le Défenseur des droits appelle désormais à envisager la question de la PMA : l'égalité entre toutes les femmes dans l'accès à une aide médicale à la procréation »³¹. À la question de savoir si l'assurance maladie doit continuer de prendre en charge la PMA qui ne serait plus réservée à une « indication thérapeutique », il répond en recommandant d'en prévoir le financement. En effet, « la PMA restera un ensemble d'actes médicaux assurés par des médecins »³² ; la médicalisation de l'insémination avec donneur permet en effet d'assurer la sécurité sanitaire pour les femmes qui y

ont recours et cela répond à des enjeux de santé publique. De la même manière, le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes recommande d' « aligner la prise en charge financière des actes de PMA pour les couples de femmes et les femmes célibataires sur les modalités de prise en charge prévues pour les couples hétérosexuels »³³. Cela signifie concrètement qu'elles bénéficieraient jusqu'à leurs 43 ans d'une prise en charge à 100 % dans la limite de 6 inséminations et de 4 fécondations *in vitro* pour obtenir une grossesse. La principale justification apportée à cette proposition tient à l'égalité sociale d'accès à la technique qu'il convient de garantir³⁴.

En adoptant une approche fondée sur l'égalité entre toutes les femmes, le Défenseur des droits et le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes permettent l'inscription des techniques de PMA comme des droits sexuels et reproductifs des femmes. Il devient alors nécessaire de s'assurer de l'effectivité de l'accès aux techniques reproductives et la prise en charge par l'assurance maladie des actes médicaux associés paraît alors indispensable. Il est intéressant de souligner que, même en absence d'indication thérapeutique, l'interruption volontaire de grossesse ou encore la stérilisation à visée contraceptive font l'objet d'une prise en charge étendue. Il ne s'agit pas en effet de répondre directement à une indication médicale mais d'assurer que les personnes qui souhaitent maîtriser leur fertilité puissent y avoir recours dans des conditions satisfaisantes et indépendamment de leurs moyens financiers.

Il nous paraît important, au moment d'ouvrir la PMA à toutes les femmes, d'en réaffirmer la prise en charge au titre de la solidarité nationale et d'inscrire ainsi les techniques reproductives dans la sphère de la liberté reproductive. Cela est en outre cohérent avec les politiques familiales volontaristes. Dans la perspective où le remboursement des techniques de PMA ne serait pas assuré pour les couples de femmes et les femmes seules, cela témoignerait de la moindre légitimité accordée par le législateur à ces projets parentaux, contrairement à ceux portés par des couples hétérosexuels. De la même manière, les modalités d'établissement de la filiation doivent être définies.

III- La délicate question de l'établissement de la filiation en cas d'ouverture de la PMA aux couples de femmes

Tout comme pour le remboursement, la réponse apportée à la question de l'établissement de la filiation pour les enfants nés d'un projet parental porté par des couples de femmes ou des femmes seules peut être très différente selon la manière dont sont appréhendés ces projets parentaux. Les enjeux

28 - CCNE, [Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation \(AMP\)](#), n°126, 15 juin 2017, p. 7.

29 - CCNE, [op.cit.](#), p. 25.

30 - [Ibidem](#).

31 - Défenseur des droits, avis [n° 15-18](#) du 3 juillet 2015, p. 5.

32 - Défenseur des droits, [op.cit.](#), p. 7.

33 - Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes, « Contribution au débat sur l'accès à la PMA », avis adopté le 26 mai 2015, n° [2015-07-01-SAN-17](#), p. 3.

34 - Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes, [op.cit.](#), p. 24.

sont différents selon qu'il s'agit d'établir la filiation de la seconde mère, qui ne porte pas l'enfant (A) ou au contraire, de sécuriser l'absence de filiation à l'égard du donneur de sperme (B).

A. L'établissement de la filiation à l'égard de la seconde mère

Jusqu'à l'adoption de la [loi du 17 mai 2013](#), il était impossible d'établir un second lien de filiation, y compris adoptif, à l'égard d'une personne du même sexe que le premier parent. L'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe a eu pour effet de leur permettre de bénéficier des dispositions réservées aux couples mariés en matière d'adoption, à savoir l'adoption de l'enfant du conjoint ou encore l'adoption, en tant que couple marié, d'un enfant adoptable. Des incertitudes ont toutefois dues être levées quant à la possibilité pour une femme d'adopter l'enfant né d'une PMA réalisée avec sa conjointe à l'étranger. Dans son avis du 24 septembre 2014, la Cour de cassation estime que les conditions de conception de l'enfant, par le biais d'une insémination artificielle avec donneur anonyme réalisée à l'étranger, ne font pas obstacle au prononcé de l'adoption, « dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »³⁵. Les juridictions du fond ont alors pu prononcer des adoptions simples ou plénières, offrant un double lien de filiation à ces enfants et une forme de reconnaissance et de sécurité juridique pour leur famille. L'adoption constitue en l'état du droit positif le seul moyen d'établir la filiation d'une femme à l'égard d'un enfant dont elle n'a pas accouché quand bien même il aurait été conçu dans le cadre d'un projet parental qu'elle portait. Cela pose plusieurs difficultés : il est nécessaire d'être mariée et d'engager une procédure d'adoption après la naissance de l'enfant, qui n'aura pendant plusieurs mois qu'un seul lien de filiation. Les situations peuvent encore davantage se compliquer lorsque le couple se sépare avant d'avoir réalisé ces démarches...

Dans la perspective de l'ouverture de l'accès à la PMA à toutes les femmes, il convient donc de s'interroger sur les moyens d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de la seconde mère. En effet, la filiation est établie sans difficulté, conformément au droit commun par désignation de la mère dans l'acte de naissance, pour la femme qui accouche³⁶. Qu'en est-il pour l'autre mère ? Si le CCNE admet qu'« en cas d'accès à l'AMP demandé par des couples de femmes ou d'hommes, par des femmes seules ou des hommes seuls, par des transsexuelles, il faudrait réorganiser le droit de la filiation »³⁷, il ne propose aucune piste concrète. Au contraire, l'usage de l'énumération de situations très différentes conduit à une grande confusion car l'AMP ne peut concerner des couples d'hommes ou des hommes seuls sauf à y

intégrer la gestation pour autrui (GPA) - ce qui ne correspond pas à l'état actuel du droit français qui distingue nettement les techniques de PMA et la GPA.

Le Défenseur des droits et le Haut Conseil pour l'Égalité entre les femmes et les hommes reprennent quant à eux la proposition faite dans le Rapport Théry-Leroyer d'instaurer la possibilité d'une déclaration commune anticipée de filiation pour tous les couples ayant recours à une PMA. Il s'agit d'une déclaration de reconnaissance signée par les deux parents devant un notaire : elle permet d'établir de la même manière la filiation pour les deux parents et de ne pas hiérarchiser entre le « parent biologique » et l'autre, ce qui « éviterait de passer par le principe de pseudo-filiation génétique »³⁸. De la même manière, l'idée d'indiquer dans l'acte complet d'état civil le mode de filiation est reprise, ainsi que de rendre celui-ci accessible uniquement à l'enfant³⁹. Cette proposition revient à créer trois modes distincts d'établissement de la filiation, à savoir la filiation charnelle, la filiation adoptive et enfin la filiation après recours à la PMA. Le fait d'aligner les règles d'établissement de la filiation sur le mode de conception de l'enfant contribue à singulariser voire stigmatiser le recours aux techniques de PMA et renforce l'idée -pourtant fautive- qu'un lien de filiation établi selon le droit commun dispose nécessairement d'un fondement biologique. La formulation même de « filiation charnelle » est trompeuse car le lien de filiation -et cela est encore plus vrai à l'égard du père- n'est pas établi sur un fondement uniquement biologique ; la présomption de paternité et la reconnaissance permettent, en absence de contestation, d'établir un lien de filiation sans qu'il existe nécessairement un fondement biologique et cela est renforcé par la possession d'état.

Au regard de ces éléments, il nous paraît bien plus opportun de faire évoluer le droit commun de la filiation en y intégrant, comme c'est le cas actuellement pour les couples hétérosexuels, les projets parentaux réalisés par PMA. En ce sens l'instauration d'une présomption de co-maternité, à l'instar du dispositif mis en place en Belgique depuis le 1er janvier 2015, est intéressante en ce qu'elle change le sens de la présomption de paternité : à la place d'un fondement biologique, il serait désormais affirmé que l'enfant issu d'un couple marié est présumé être le fruit d'un projet parental commun. Une déclaration ou reconnaissance de maternité pourrait également être mise en place pour les couples de femmes qui ne sont pas mariées. Ces trois options -présomption de maternité, déclaration de maternité, déclaration commune anticipée- sont évoquées par le Défenseur des droits qui souligne l'importance de sécuriser « la filiation de l'enfant à naître et ce dès sa conception »⁴⁰. En plus de l'enjeu de sécurisation de la filiation des enfants nés à la suite d'un projet parental porté par deux femmes, il convient également de reconnaître la légitimité de tels projets

35 - Cour de cassation, avis du 22 septembre 2014, n° 1470006 et 1470007.

36 - [Article 311-25 Code civil](#).

37 - CCNE, [Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation \(AMP\)](#), n°126, 15 juin 2017, pp. 7-8.

38 - Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes, « Contribution au débat sur l'accès à la PMA », avis adopté le 26 mai 2015, n° [2015-07-01-SAN-17](#), pp. 23-24.

39 - [Ibidem](#).

40 - Défenseur des droits, avis [n° 15-18](#) du 3 juillet 2015, p. 7.

parentaux en ne les singularisant pas en créant des modes d'établissement de la filiation spécifiques. Intégrer ces projets parentaux au sein du droit commun pourrait au contraire être l'occasion de réfléchir aux modes d'établissement de la filiation et d'en faire évoluer les fondements.

B. Sécuriser la filiation en définissant clairement la place du donneur de sperme

Il est indispensable de réfléchir à la manière d'établir la filiation à l'égard de la seconde mère mais il faut également prendre en compte les enjeux relatifs au donneur de sperme, notamment en cas de recours à la PMA par des femmes seules. En l'état actuel du droit français, c'est-à-dire pour les couples hétérosexuels, l'anonymat du donneur de sperme⁴¹ est renforcé par une impossibilité légale d'établir un lien de filiation « entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation »⁴². Le principe d'anonymat est un principe bioéthique général qui existe pour tous les éléments et produits issus du corps mais qui aurait pu être remis en cause en matière de PMA, du fait de l'existence d'un enfant né du don et de l'importance prise par la génétique ces dernières années au sein de notre société. Alors que certains enfants nés par PMA avec tiers donneurs se sont constitués en association pour réclamer une évolution de la loi sur ce point et ont intenté des actions en justice afin d'avoir accès à l'identité de leur géniteur, l'anonymat du donneur de sperme a résisté⁴³. Il s'agit en effet d'une pierre angulaire dans le système actuel de la PMA où le recours aux techniques et éventuellement à des donneurs de gamètes est passé sous silence : l'homme et la femme, vivants et en âge de procréer ont l'apparence d'un couple fertile et le donneur a été choisi, selon une procédure d'appariement, afin de ressembler au membre du couple infertile. L'anonymat assure enfin la paix au sein de ces familles, qui peuvent choisir de ne jamais en parler à leur enfant. Ce système qui, en mimant la nature, efface les traces du recours aux institutions médicales et au donneur en établissant notamment la filiation selon le droit commun a ainsi pu être qualifié de « mensonge légalisé »⁴⁴

ou encore de « crime parfait »⁴⁵.

L'ouverture de la PMA à toutes les femmes apparaîtrait alors comme l'occasion de revoir ce dispositif afin de s'assurer -pour reprendre les slogans des personnes mobilisées contre l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe- qu'on ne mente plus aux enfants. Le mensonge ne réside pas, selon ces personnes, dans le fait de taire le recours à la PMA et à un tiers donneur mais dans l'absence d'altérité sexuelle dans le couple alors qu'elle est nécessaire à la procréation. Il tend en effet à y avoir une confusion importante entre la famille et la reproduction naturelle et entre la filiation et l'hérédité génétique alors que la famille et la filiation sont des institutions sociales et juridiques. Ces confusions sociétales se retrouvent d'ailleurs dans l'avis du CCNE qui explique qu'« une procréation avec don de sperme, d'ovocytes ou d'embryon dissocié, d'une part la lignée génétique (maternelle ou paternelle) et, d'autre part, la filiation »⁴⁶, comme s'il s'agissait de la seule hypothèse dans laquelle le fondement biologique à la parenté -le plus souvent la paternité- n'existait pas.

La différence, d'ailleurs soulignée par le CCNE, lorsque les IAD sont réalisées par des femmes seules ou en couple est que s'il existe un géniteur, il n'y a « pas d'homme instituée juridiquement comme père »⁴⁷. Cela apparaît comme un point de butée car à travers « l'absence de père », le CCNE pense qu'il s'agit d'une institutionnalisation de « plusieurs absences : absence de la figure masculine, absence de père juridique et inaccessibilité du géniteur, tant que celui-ci reste anonyme »⁴⁸. Face à ces discours, il convient de limiter la place prise par le donneur de sperme à ce qu'il est : pour cela, il est indispensable de réaffirmer l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre le donneur de sperme et l'enfant. Même s'il est un géniteur, il n'aura jamais vocation à devenir un père, même symbolique. Cela paraît d'autant plus important dans le cas où le recours à un donneur connu serait autorisé. Si la question de l'accès à ses origines biologiques pour les enfants nés de PMA doit être sérieusement posée au regard

.....

45 - 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, spéc. p. 203 : « 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 ».

46 - CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, n°126, 15 juin 2017, p. 6 voir également dans le même sens p. 20 : « Dans toute IAD, le fait de devoir passer par un don de sperme implique une rupture du lien entre l'origine au sens biologique et la filiation. La question de l'origine que peut se poser un enfant est double : comment suis-je venu au monde, ou, plus généralement, comment fait-on les enfants ? Et, plus spécifiquement, qui sont mes parents, et quelles sont mes origines ? ».

47 - CCNE, *op. cit.*, p. 19.

48 - CCNE, *op. cit.*, p. 16 et cela se poursuit ainsi : « Sous le terme de « père », revient s'unifier de manière complexe tout ce que les disjonctions propres à l'AMP amènent à séparer : le géniteur masculin (donneur de sperme), le père juridique reconstruit selon les règles de filiation, la figure masculine par opposition au féminin, le double lignage généalogique par opposition à l'unicité des familles monoparentales, la différence au sein du couple, chacun de ces facteurs étant important pour l'enfant, sur un plan matériel, psychique et symbolique, dans la construction de soi, ainsi que pour la société dans son ensemble ».

.....

41 - Article L1211-5 du Code de la santé publique : « 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 ».

42 - Article 311-19 du Code civil.

43 - Voir en ce sens, CE, 28 décembre 2017, n°396571 qui juge compatible l'anonymat du don de gamètes avec les dispositions de la CEDH et met en avant les considérations d'intérêt général qui expliquent ce principe, « 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 » (cons. 6).

44 - 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 ».

de l'intérêt de l'enfant, il convient de s'assurer que celle-ci ne serve pas de moyen pour réaffirmer l'altérité sexuelle.

Dans la mesure où le gouvernement n'a pas souhaité inscrire l'ouverture de la PMA à toutes les femmes à l'agenda parlementaire avant et en dehors des lois de bioéthique, ce sujet est par conséquent débattu dans le cadre du processus de révision de ces lois. Il fait d'ores et déjà l'objet de discussions au sein des espaces de réflexion éthique régionaux. Toutefois, en absence de changement de paradigme, il paraît délicat de penser ces projets parentaux autrement que comme des « demandes sociétales ». La construction de la stérilité des couples hétérosexuels comme nécessairement pathologique doit être remise en cause au profit d'une approche fondée sur la liberté reproductive. Comme le Défenseur des droits nous y invite, il convient de penser les techniques de PMA comme relevant des droits sexuels et reproductifs de toutes les femmes, d'en assurer la prise en charge par la solidarité nationale et de sécuriser la filiation des enfants nés par ce biais. Dans le cas contraire, les discussions risquent de fortement ressembler au contenu de l'avis n° 126 du CCNE. Par ailleurs, débattre du fait qu'une femme seule ou qu'un couple de femmes puisse élever correctement un enfant, en absence de père, empêche de discuter d'autres sujets, comme la possibilité d'avoir recours à un donneur connu ou encore d'alléger la médicalisation des procédures actuelles. Il est malaisé à ce stade de présager de l'issue des débats en cours. Néanmoins, il nous paraît d'ores et déjà difficile d'envisager que le gouvernement intervienne, en proposant un texte, juste après l'adoption de la loi de bioéthique dont le processus d'élaboration, grâce aux états généraux de la bioéthique, est ouvert sur la société civile.

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a jugé irrecevable, le 8 février 2018, la requête d'un couple de femmes mariées dont l'une souffre de facteurs d'infertilité⁴⁹. En effet, après le refus du Centre hospitalier universitaire, elles n'ont pas saisi les juridictions internes et ne satisfont donc pas au principe de subsidiarité qui oblige à épuiser d'abord les voies de recours internes. Cela ne signifie néanmoins pas que les juges de Strasbourg n'auront pas à se prononcer, un jour, au fond. Gageons que d'ici là le droit interne aura évolué de manière à rendre la requête dénuée d'intérêt.

Marie Mesnil

.....
49 - CEDH, 8 février 2018, n° 22612/15, Charron et Merle-Montet c. France.