

Université Panthéon-Assas

école doctorale de Droit civil privé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le mercredi 3 février 2016

De la filiation face aux nouvelles techniques de procréation au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant

Thèse de Doctorat / mise à jour



Université Panthéon-Assas

Danièle Demonchy

Sous la direction du Professeur Gérard Champenois

Membres du jury :

Professeur Gérard Champenois : Université Panthéon-Assas

Professeur Philippe Conte : Université Panthéon-Assas

Professeur Huguette Méau-Lautour : Université Paris Descartes

Monsieur Denis Rapone : Conseiller d'Etat

Professeur Nathalie Seta : Université Paris Descartes

Professeur Jean-Michel Warnet : Université Paris-Descartes

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je remercie, vivement, Monsieur le Professeur, Gérard Champenois, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, de m'avoir accueillie et permis de faire, sous sa direction, cette thèse de caractère pluridisciplinaire, en me donnant un sujet de grande actualité, alliant les disciplines du droit civil, en particulier, le droit de la famille, et de la biologie de la reproduction, face aux nouvelles techniques de reproduction, en pleine évolution, face à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la continuité de la bioéthique.

Ainsi, avec toute votre disponibilité et votre confiance, vous m'avez montré, Monsieur le Professeur, comment aborder les questions juridiques au regard des progrès de la biologie de la reproduction et de « *l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

Je remercie, vivement, Monsieur le Professeur, Philippe Conte, Professeur de l'Université Panthéon-Assas, Directeur de l'Institut de Criminologie et de Droit Pénal de Paris, de tout l'intérêt, porté à ma thèse de caractère transdisciplinaire, en lui donnant un éclairage de droit pénal, ainsi que de pouvoir assister aux colloques de l'Institut de Criminologie et de Droit Pénal de Paris.

Je remercie, vivement, Madame le Professeur, Huguette Méau-Lautour, Doyenne honoraire de la Faculté de droit de l'Université Paris Descartes, de l'attention, portée à ma thèse, et de me faire l'honneur d'être mon rapporteur.

Je remercie, vivement, Monsieur le Conseiller d'Etat, Monsieur Denis Rapone, ancien membre de l'ARCEP, et membre de l'HADOPI, d'avoir permis avec Madame Catherine Pautrat et Monsieur le Doyen, le Professeur Claude Dreux, la création de l'enseignement de Santé publique en milieu pénitentiaire le 27 juin 1996, institutionnalisé par Monsieur le Doyen, le Professeur Dominique Durand, et

pérennisé par Madame la Doyenne, Madame le Professeur Martine Aiach, et, maintenant, par Monsieur le Doyen, le Professeur Jean-Michel Scherrmann, dans la filiation de l'enseignement de Bioéthique pharmaceutique, initié par Monsieur le Doyen, le Professeur François Rousselet, et le Professeur Pierre Cuër et le Docteur Jean-Pierre Massué du Conseil de l'Europe, en 1992.

Aussi, est-ce dans la continuité de ces enseignements, pour lesquels vous n'avez cessé de porter un vif intérêt, Monsieur le Conseiller d'Etat, que vous avez porté, également, un grand intérêt à ma thèse, en m'éclairant sur mes recherches, en me donnant de précieux articles, des termes et des phrases « clefs » pour la rédaction de ma thèse, tout en synthétisant des situations, souvent, cornéliennes, au carrefour des avancées de la biologie de la reproduction et de la filiation de l'enfant « *au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant* ».

Je remercie, vivement, Madame le Professeur, Nathalie Seta, Professeur de l'Université Paris Descartes, Biologiste des Hôpitaux de Paris, Chef de Service à l'hôpital Bichat-Claude Bernard, de tout l'intérêt, porté à ma thèse, dès son début, en ayant de riches échanges, et en me faisant l'honneur d'être mon rapporteur.

Je remercie, vivement, Monsieur le Professeur, Jean-Michel Warnet, Professeur émérite de l'Université Paris Descartes, Ancien Chef de Service Pharmacie du Centre Hospitalier National d'Ophtalmologie des Quinze-Vingts, de m'avoir, toujours, témoigné une grande disponibilité et un intérêt constant, depuis 1966, dans mes enseignements et travaux, tant en Chimie Analytique qu'en Bioéthique pharmaceutique, en me faisant, souvent, l'honneur de présider de nombreuses thèses de Bioéthique pharmaceutique, et en Santé publique en milieu pénitentiaire.

Aussi, est-ce dans la continuité de ces enseignements, trouvant leur couronnement dans ma thèse, Monsieur le Professeur Jean-Michel Warnet, que vous m'avez guidée et conduite dans ce travail, tant sur la forme que sur le fond, dans le respect de la rigueur et de l'exigence toxicologiques, qui sont les vôtres.

Je remercie, vivement, les Doyens, Professeurs et Maîtres de conférence de la Faculté de Pharmacie, que j'ai eus pendant mes années d'enseignement à la Faculté et qui m'ont, toujours, soutenue et, maintenant, dans le cadre de ma thèse, Madame la Doyenne, honoraire, le Professeur Martine Aiach, et Monsieur le Doyen, le

Professeur Jean-Michel Scherrmann, Mesdames les Professeurs, en particulier, Madame le Professeur, Isabelle Momas et Madame, le Professeur Dominique Bégué, et Messieurs les Professeurs, en particulier, Monsieur le Professeur, Jérôme Dugué, Monsieur le Professeur Maurice-Bernard Fleury, Monsieur le Professeur Jean-Gérard Gobert et Monsieur le Professeur Georges Mahuzier, pour tout l'intérêt, qu'ils portent à ma thèse.

J'adresse, également, tous mes vifs remerciements à mes collègues, en particulier, Jean-Michel Delacotte pour sa disponibilité constante et son grand intérêt pour ma thèse, ainsi qu'Annabelle Duguay, Dominique Fompeydie, Florence Souquet et Francis Mégerlin avec lesquels j'ai eu des échanges très enrichissants et très instructifs.

Mes remerciements s'adressent, également, aux personnes des Services administratifs de la Faculté.

Je remercie, également, Madame le Professeur Dominique Fenouillet de l'Université Panthéon-Assas de m'avoir permis d'assister à ses cours sur le Droit de la famille très instructif et très intéressant ainsi qu'à la Conférence sur :

«*L'Assistance médicale à la procréation : perspectives d'avenir* », donnée le lundi 25 novembre 2013 à l'Université Panthéon-Assas.

Je remercie, également, le service de la scolarité, en particulier, Madame Christine Marot, de l'Université Panthéon-Assas.

Je remercie, vivement, Mademoiselle Caroline Touchet, Directrice administrative de l'Institut de Criminologie et de Droit pénal de Paris ainsi que Styvane Giard de leurs chaleureux accueils à l'Institut de Criminologie et de Droit pénal de Paris.

Je remercie, vivement, Monsieur le Directeur de la Bibliothèque Interuniversitaire de Santé, (biusanté), Pôle Pharmacie-Biologie-Cosmétologie, Monsieur Arnauld-Amaury Sillet, ainsi que les membres de la Bibliothèque pour leurs chaleureux accueils, la documentation fournie et leur précieuse aide en informatique, ainsi que les membres

de la Bibliothèque Interuniversitaire de Santé, pôle Médecine, et les membres de la bibliothèque de l'Université Panthéon-Assas : Paris II.

Je remercie, également, Madame Françoise Boucheron, Conservateur en Chef, ancien directeur de la Bibliothèque Interuniversitaire de Santé, pôle Pharmacie, pour toute sa disponibilité ainsi que pour la documentation fournie et les nombreux échanges, que nous avons eus tant dans le cadre des enseignements de Bioéthique pharmaceutique et de Santé publique en milieu pénitentiaire que dans le cadre de ma thèse.

Je remercie, également, Madame Catherine Pautrat, Inspectrice Générale Adjointe des Services Judiciaires du Ministère de la Justice, qui, depuis la création en 1996 de l'enseignement de Santé publique en milieu pénitentiaire avec Monsieur le Conseiller d'Etat, Monsieur Denis Rapone, et Monsieur le Doyen, le Professeur Claude Dreux, a porté non seulement un grand intérêt à cet enseignement, mais aussi à ma thèse.

Ma thèse, présentant, aussi, un caractère international, j'ai eu l'honneur d'être reçue dans les institutions internationales et européenne.

Aussi, je remercie, vivement, Madame Hannah Baker, juriste, et ses collaboratrices de m'avoir reçue à la Conférence de La Haye de droit international privé.

Je remercie, vivement, Madame Laurence Lwoff, Secrétaire du Comité de Bioéthique (DH-BIO) du Conseil de l'Europe, de m'avoir accueillie chaleureusement à Strasbourg en répondant à mes nombreuses interrogations, suscitées par ma thèse, et en me donnant une documentation très spécifique, le Conseil de l'Europe, « *travaillant de plus en plus dans la pluridisciplinarité* ».

Je remercie, également, Madame Chantal Nast, Secrétaire Générale adjointe de la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), de m'avoir chaleureusement accueillie à Strasbourg dans le cadre de ma thèse, l'état civil de l'enfant étant très important.

Je rends hommage à mes Maîtres tant à la Faculté, depuis le premier octobre 1959, qu'à l'hôpital, depuis le premier avril 1966, qui m'ont conduite jusqu'à ce jour

solennel du mercredi 3 février 2016, où j'ai l'honneur de soutenir ma thèse de droit devant un éminent jury, ainsi qu'à mes grands-parents, en particulier, à mon Grand-Père, Edouard Fouace, ingénieur des Mines, Chevalier de la Légion d'Honneur, qui m'a accompagnée tout au long de mes études, au « Cours Désir », de la douzième à « Maths-Elem », jusqu'au 17 juin 1959, à mes Parents, Papa et Maman, à mon époux, le docteur Jean-Claude Guillat, gynécologue-obstétricien, pour ses conseils éclairés et avisés, à mes filles, Joséphine et Juliette, pour leur précieuse aide, à mes petits-enfants, Pauline, Clémence et Grégoire chez Joséphine, et Simon et Stanislas chez Juliette, très intéressés par la thèse de « Dadie », à mes oncles et tantes, à mes cousins et cousines, à ma Famille, à mes filleulles filleuls, et à tous mes Amis.

Merci à toutes et à tous, sans être exhaustif, pour cette thèse de droit pluridisciplinaire et passionnante.

Préface

Résumé (Veillez à être proche de 1700 caractères) :

Cette thèse de caractère pluridisciplinaire traite des progrès de la biologie de la reproduction dans le domaine de l'infertilité face à la Convention internationale des droits **de** l'enfant (CIDE) des Nations-unies.

La première partie montre que, en France, il y a **conciliation** entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'assistance médicale à la procréation, encadrée par le triptyque des lois de bioéthique de 1994.

La deuxième partie traite des **dérives** de ces techniques pratiquées à des fins sociétales et non médicales. Des parents intentionnels désireux d'un « enfant à tout prix », puisque la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe n'a pas « ouvert » le droit à l'accès de ces techniques de reproduction assistée, se rendent au cours d'un « tourisme procréatif » dans un pays où la maternité de substitution ou gestation pour autrui (GPA) est licite et ont un enfant grâce à une mère de substitution, qui assure la gestation de l'embryon, puis du fœtus *via* une fécondation *in vitro*.

Mais lors du retour en France de l'enfant, eu égard aux articles 16-7 et 16-9 du code civil, se pose le problème de la filiation de l'enfant sans compter sur les risques de la maternité de substitution, d'où l'incompatibilité des techniques de reproduction assistée à des fins sociétales avec la Convention internationale des droits **de** l'enfant, l'adage latin *mater semper certa est* étant la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Descripteurs : Acte de naissance, Assistance médicale à la procréation (AMP), techniques de reproduction assistée (« ART »), fécondation *in vitro*, embryon, fœtus, don de gamètes, Convention internationale des droits de l'enfant, intérêt supérieur de l'enfant, filiation, consentement éclairé, gestation pour autrui, maternité de substitution, mère de substitution, accès aux origines, tourisme procréatif, risques, épigénétique, responsabilité.

Title and Abstract (Be sure to be close to 1700 characters) :

This thesis has a pluridisciplinary approach and deals with the improvements of biology of reproduction in the field of infertility regarding the International Convention on the Rights of the Child of the United Nations (ICRCUN).

The first part shows, that in France, there is **conciliation** between the best interests of the child and the medical assistance to procreation, legalised by the triptych of the bioethics law of 1994.

The second part deals with the **drifts** of those practices used for societal ends and not medical.

Intended parents willing to have "a child at all costs", as the law n° 2013-404 of May 17, 2013 allowing the marriage to couples of the same sex has not "allowed" the right to have access to those technics of assisted reproduction, do "procreative tourism" and go to a country in which the surrogate maternity or gestational surrogacy (GS) is legal and have a child thanks to surrogate mother who ensures the gestation of the embryo, and the foetus through an *in vitro* fertilization (IVF).

However, back to France, according to articles 16-7 and 16-9 of the Civil Code, the issue of the filiation of the child arises, without counting on the risks of the surrogate maternity, hence the incompatibility of the methods of assisted reproduction to societal purposes with the International on Rights **of** the child, the Latin proverb *mater semper certa est* being the guarantee of the best interest of the child.

Keywords : Birth certificate, medical assistance to procreation, technics of assisted reproduction, *in vitro* fertilization (IVF), embryo, foetus , gamete donation, International convention on the rights of the child, child's best interest, filiation, informed consent, gestational surrogacy, surrogacy maternity, surrogate mother, access to the origins, procreative tourism, risks, epigenetics, responsibility.

Principales abréviations

Nous utiliserons
d'une part :

« *Les abréviations à l'usage des auteurs et des rédactions LexisNexis France (11 mai 2010) sont validées par la « Mission Chartes & Abréviations » (MAC), mise en place en février 2010, au sein du département éditorial du Syndicat national de l'édition* », ces abréviations concernant le domaine éditorial de LexisNexis et désignant essentiellement des instruments juridiques et des institutions ; et, d'autre part, les abréviations spécifiques de la biologie de la reproduction et de l'assistance médicale à la procréation.

A

ADFH : Association Des Familles Homoparentales

ADN : Acide désoxyribonucléique (cf. « DNA » « Desoxyribose Nucleic Acid »)

AFA : Agence française de l'adoption

Af. : Allocations familiales

AFNIL : Agence francophone pour la numérotation internationale du livre

AFP : Agence France Presse

AME : Aide médicale de l'Etat

AMH : Hormone anti-Müllerienne

AMP : Assistance médicale à la procréation, anciennement PMA : Procréation médicalement assistée

AN : Assemblée nationale

ANM : Académie nationale de médecine

APGL : Association des Parents Gays et Lesbiens

ARCEP : Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

ARN : Acide ribonucléique (cf. « RNA » « Ribonucleic Acid »)

ARS : Agence Régionale de Santé

art. : article

« ART » : « Assisted Reproductive Technologies » : Techniques de reproduction assistée

ATP : Acide Adénosine Triphosphorique (Dictionnaire des Termes de Médecine, Garnier Delamare, Maloine, 27^e Edition, 2002, page : 15

av. : Avis

B

BP : Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de Droit International Privé : « Hague Conference on Private International Law » (« HCCH »)

Bêta () HCG : Hormone gonadochorionique

Bull. civ. Ass. Plén. , Bulletin des arrêts de la Cour de cassation en Assemblée plénière

C

C. : Cour

c/ : Contre

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

CAHBI : Comité *ad hoc* de bioéthique (Comité de Bioéthique qui a précédé le CDBI)

Cass. : Cour de cassation

Cass. ass. plén., : Cour de cassation siégeant en Assemblée plénière

CC : Conseil Constitutionnel

C ; civ. : code civil

CCNE : Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé

CC : Citrate de clomifène

CDBI : Comité Directeur de Bioéthique (Conseil de l'Europe)

CE : Conseil d'Etat

CE Ass. : Conseil d'Etat statuant en assemblée de contentieux

CE Set. : Conseil d'Etat section

CECA : Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, instituée par le traité de Paris du 18 avril 1951, prenant effet le 23 juillet 1952 pour une durée de 50 ans et donc dissoute le 22 juillet 2002

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

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

C. env. : code de l'environnement

« CHDS s » : « Congenital Hearth Defects »

CEE / CEEA : Communauté économique européenne, créée par le traité de Rome du 25 mars 1957, prenant effet le premier janvier 1958, fondant la Communauté Economique Européenne (CEE) et la Communauté Européenne de l'Energie Atomique (CECA)

CMU: Couverture Maladie Universelle

CNES : Centre National d'Etudes Spaciales

CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

CIB : Comité international de Bioéthique de l'UNESCO
 CICR : Comité International de la Croix-Rouge
 CIDE : Convention Internationale des Droits de l'Enfant, synonyme CNUDE :
 Convention des Nations-Unies des droits de l'enfant
 CIEC : Commission Internationale de l'Etat Civil, cf. « ICCS » : « International
 Commission on Civil Status »
 Circ. : Circulaire
 C. civ. , : Code civil
 « CJEU » : « Court of justice of the European Union
 CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
 « CMAJ » : « Canadian Medical Association Journal »
 CMH : Complexe majeur d'histocompatibilité
 CMSI : Convention internationale de maternité de substitution
 CNAOP : Conseil national pour l'accès aux origines personnelles
 CNCDDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme
 Commission
 CNES : Centre National d'Etudes Spatiales
 CNF : Certificat de Nationalité Française
 CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés
 Comm. EDH : Commission européenne des droits de l'homme
 Comm.ouv. : Commissaire du gouvernement (Voir Rapporteur public)
 CMSI : Convention de maternité de substitution internationale
 Conv. EDH : Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des
 libertés fondamentales
 Cons. const. : Conseil constitutionnel
 Cons. Const. , déc. : Décision du Conseil constitutionnel
 Cons. Europe : Conseil de l'Europe
 cont. : Contentieux
 Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE)
 « COP 21 » : « Conference of Parts » : 21^e Conférence des parties
 « United nations conference on climate change »
 Conférence des Nations-unies sur les changements climatiques Nations-Unies sur le
 Climat.
 CPDPN : Centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal
 C. pén. : code pénal

« CRCUN » : « Convention on the Rights of the Child of United Nations »

CREDOF : Centre de recherches et d'études des droits fondamentaux

CSEh : Cellules souches embryonnaires

CSP : code de la santé publique

« CCNUCC » : « Conference Cadre of United Nations on Change of the Climate » :
Conférence cadre des Nations-Unies sur les Changements Climatiques

D

D. : Décret

DAN : Diagnostic anténatal cf. DPN

DC : Décision du Conseil Constitutionnel

DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)

DEI : Défense des enfants internationale

d. i : Dommages et intérêts

DMP : Dossier Médical Personnalisé

DPI : Diagnostic Préimplantatoire

DPN: Diagnostic prénatal

DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme (Nations unies 1948)

Déc. : Décision

« DNA » : « Deoxyribose Nucleic Acid »

DPG : Diagnostic prénatal, anciennement DNA : Diagnostic anténatal

DPI : Diagnostic préimplantatoire

Dr. Famille : Droit de la famille

DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme

E

« EC » : « European Community »

ECLI : (« European Case Law Identifier-ECLI ») : L'identifiant européen de la jurisprudence a été conçu pour faciliter la citation correcte et sans équivoque des décisions de justice rendues par les juridictions européennes et nationales.

L'ECLI est un identifiant uniforme présentant le même format reconnaissable pour l'ensemble des **juridictions nationales** et de l'**Union Européenne** (UE). Il comprend cinq éléments obligatoires :

ECLI indique qu'il s'agit d'un identifiant européen de la **jurisprudence** ;

le code « pays » ;

le code correspondant à la juridiction qui a rendu la décision ;

l'année de la décision ;

un numéro d'ordre, de **25** caractères alphanumériques au *maximum*, présenté selon un format décidé par chaque Etat membre. Le numéro peut contenir des points (« . ») mais aucun autre signe de ponctuation.

« ED » : « Erectile dysfunction »

EHESS : Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales

ELI : Identifiant européen de la **législation** (« European Legislation Identifier »).

ELI est un numéro unique reconnu au niveau européen et attaché aux textes publiés au Journal officiel de la République française (JORF).

épse : Epouse

épx : Epoux

« ESHRE » : « European Society of Human Reproduction and Embryology »

ETS : « Environmental exposure to tobacco »

« EU » : « European Union »

F

FCS : Fausse Couche Spontanée

“FDA” : « Food Drug Administration » (USA)

« FERRO » : « Foreigner's Regional Registration Office »

FIV : Fécondation *in vitro*

FIVETE : Fécondation *in vitro* et transfert d'embryon(s)

FRIDA : Projet régional de l'Agence régionale de Santé (ARS) de l'Ile-de-France visant à : « Favoriser la réduction des Inégalités d'Accès à l'Avortement »

“FRRO” : « Foreigner's Regional Registration Office (Inde)

FSH : Hormone folliculostimulante (« FolliculoStimulating Hormone »)

G

GA : Grand arrêt

GACEDH : Grand arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme

Gaz : Gazette

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

« GB » : « Great Britain »

« GCC » : « Greek Civil Code »

GDCC : Grandes décisions du Conseil Constitutionnel

GDRI : Groupement de recherche international

GEU : Grossesse extra-utérine

GHR : Grossesse à haut risque

GnRH : « Gonadotrophine Releasing Hormon »

GPA : Gestation pour autrui

GPA2 : Gestation **pour** autrui **par** autrui

G. Pal. : Gazette du Palais

« GPS » : « Grossesse pour soit » (Professeur Gérard Champenois)

GPSM : Grossesse pour soit-même »

« GS » : « Gestational Surrogacy »

H

Hadopi : Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet

HCCH (HccH) : Conférence de La Haye de Droit International Privé (« The Hague Conference on Private International Law »)

« hES » : Cellules souches embryonnaires

“HFEA 1990” : “ Human Fertilisation and Embryology Act 1990”

“HFEA 2008” : “Human Fertilisation and Embryology Act 2008”

« HIC » : « High Income Country » : pays à haut revenu

« hiPS » : Cellules souches pluripotentes humaines

« HLA » : « Human leukocyte antigen »

« html » : « Hypertext Markup Language » : Standard de présentation d'écran du web, c'est-à-dire des **pages** du « web »

« http » : «Hypertext Transfer Protocol » (*Encyclopadia Universalis*, 12, page 291) : **adresse spécifique** permettant *via* un protocole l'accès des pages « html » du **fichier** « web », cf. URL

HUDOC : La base de données « HUDOC » de la Cour européenne des droits de l'homme donne accès à la jurisprudence de la Cour (arrêts de Grande Chambre, de chambre et de comités, décisions, affaires communiquées, avis consultatifs et résumés juridiques extraits de la Note d'information sur la jurisprudence), de la Commission européenne des droits de l'homme (décisions et rapports) et du Comité des Ministres (résolutions).

« HLA » : « Human Leucocyte Antigen »

I

IA : Insémination artificielle

IAC: Insémination artificielle intraconjugale

IAD : Insémination artificielle avec tiers donneur

« ICCS » : « International Commission on Civil Status »

“ICMART” : « International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology »

“ICMR” : “Indian Council of Medical Research” (Inde)

“ICRCNU” : Convention internationale des droits de l’enfant des Nations-unies

« ICSI » : « Intra Cytoplasmic Sperm Injection » (Injection intracytoplasmique de spermatozoïde)

id : *idem* (du latin, identique)

Inserm : Institut national de la santé et de la recherche médicale

IIU : Insémination intrautérine

IIUA : Insémination artificielle intra-utérine

IIUC : Insémination intra-utérine intraconjugale

IIUD : Insémination intra-utérine avec tiers donneur

« ILO » : « International Labour Organization » cf. OIT

IMC : Indice de masse corporelle

IMG : Interruption médicale de grossesse

IMSI : Injection Magnification Intracytoplasmique de Spermatozoïde

« IMSI » : Injection « Magnification » de spermatozoïde intracytoplasmique

in vitro : mot à mot : dans le verre par opposition à

in vivo : mot à mot dans le vivant

« Inc. » : « Incorporated »

Ined : Institut national d’études démographiques

Insee : Institut national de la statistique et des études économiques

Internet : « *Internet est un réseau informatique international réalisant l’interconnexion d’un nombre croissant de réseaux de toutes dimensions* » (Encyclopaedia Universalis, 12, p.289)

“ISBN” : “International Standard Book Number” (Numéro International Standard du Livre), l’ISBN est géré, en France, par l’AFNIL

« ISS » : « International Social Service »

“ISSN” : “International Standard Serial Number” (numéro standard international du périodique)

« IUGR » : « Intrauterine growth restriction »

« IVF » : “ *in vitro* Fertilisation »

« IVF clinic » : clinique pour fécondation *in vitro*

IVG : Interruption volontaire de grossesse

J

JAF : Juge aux affaires familiales

JCP : Juris-classeur périodique

JORF : Journal officiel de la République Française

L

L. : Loi

“LAMAR” : « Law n° 3305 / 2005 on Application of Medicaly Assisted Reproduction » (Grèce)

“LBW” : “Low birth weight”

Leb. : Recueil Lebon

LGBT : Lesbien Gay Bisexuel Transsexuel

LH : Hormone lutéino-stimulante : « Lutéine Hormone »

« LIC » : « Low Income Country » : pays à bas revenu

« LOD » : « Low Dose »

M

Mél. : Mélanges

« MHR » : « Molecular Human Reproduction »

MTEV : Maladie thromboembolique des veines

min. Ministre

Min. pub. : Ministère public

« MIV » : « Maturation *in vitro* »

N

« NASA » : « National Aeronautics and Space Administration » (USA)

“N Engl J Med” : “The New England Journal of Medicine”

« NIH » : « National Institutes of Health » (USA)

NOR : Le NOR est un système normalisé de numérotation des textes officiels.. Font l’objet de cette numérotation depuis 1987, tous les actes publiés au Journal officiel et tous les textes de portée générale publiés dans les bulletins officiels (BO) des ministères. NOR est composé de **12** caractères alphanumériques.

O

OAA : Organismes agréés pour l’adoption

OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques

“OECD” : « Organization for Economic Cooperation and Development”

OECE : Organisation Européenne de Coopération Economique

OFPRA : Office Français de Protection des Réfugiés et Aparides

ONG : Organisation non gouvernementale

OIG : Organisation intergouvernementale

OIT : Organisation internationale du travail cf. « International Labour Organization » : « ILO »

OMS : Organisation mondiale de la santé cf. (« WHO » « World Health Organization »)

ONU : Organisation des Nations-unies

op. cit. (suivi du numéro de renvoi) : *opere citato*

OPECST : Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques

OPK : Ovaires polykistiques

P

PACS : Pacte civil de solidarité

§ : Paragraphe

PF : Parloirs familiaux

PFRLR : Principe fondamental reconnu par les lois de la République

PMO : Procédure de prélèvement multi-organes

PMA : Procréation médicalement assistée cf. AMP

Proc. : Procédure

PU : Prélèvement utérin

Q

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

R

“RNA” : “Ribonucléic Acid” (cf. ARN)

Rapp. AN (ou Sénat) : Rapport de l'Assemblée nationale ou du Sénat

rapp. pub. : Rapporteur public (Voir Commissaire du gouvernement avant 2009)

req. : Requête

r f d a : Revue Française de Droit Administratif

RU : Royaume-Uni

S

“SAA” : “surrogacy Arrangements Act 1985” (“UK”)

« SART » : « Society of Assisted Reproductive Technology »

« SC » : « Stem cells » : cellules souches

sect. : Section

« SCF » : « Save the Children Fund » : Fond de sauvegarde pour les enfants, créé par Eglantyne Jebb à Londres en 1919, et repris par les Nations-unies en 1946 sous le nom d'UNICEF

SDN : Société des Nations, instituée par le traité de Versailles de 1919 et remplacée en 1946 par l'Organisation des Nations-unies (ONU)

SET : « Single Embryon Transfer »

“SGA” : « Small for gestational age »

SHO : Syndrome d'hyperstimulation ovarienne

SOPK : Syndrome des ovaires polykystiques

SPQR : Le Sénat et le peuple romain

« SUZI » : Insémination subzonale

T

TA : Tribunal administratif

TE : Transfert embryonnaire

TEC : Transfert d'embryon congelé

TEU : Transfert embryonnaire intrautérin

TGI : Tribunal de grande instance

Tregs : Lymphocytes T régulateurs

TSI : Taux de survie intact

TU : Transplantation utérine

U

UCSA : Unités de consultation et de soins ambulatoires

UE : Union européenne instituée par le traité de Maastricht du 7 février 1992, prenant effet le premier novembre 1992

UEO : Union de l'Europe occidentale, dissoute en 2011

UHSI : Unités hospitalières sécurisées interrégionales

UISE : Union Internationale de Secours aux Enfants

« UK » : “United Kingdom” (Royaume-Uni)

“UN” : “United Nations”

UNAF : Union nationale des associations familiales

UNESCO (Unesco) : Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture

« UNCR »: « United Nations Convention Rights » Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE)

Unicef, UNICEF : Fonds international d'urgence des Nations-unies pour l'enfance, « United Nations Children's Fund »

« UNO » : « United Nations Organization »

« URI » : « Uniform Resource Identifier » : **adresse pérenne** et univoque qui identifie le texte législatif ou réglementaire

« URL » : « Uniform Resource Locator » : « Chaque page d'écran, ou page Web (ou encore html : « Hypertext Markup Language ») est un fichier repéré par une adresse spécifique http ou URL (*Encyclopaedia Universalis*, 12, page 291)

US : « United States » : Etats-Unis d'Amérique

UVF : Unité de vie familiale

V

v. : *versus* du latin (dans la direction de)

vol. : Volume

W

« www » ou « web » :” World Wide Web” ou simplement « Web » : “C'est une application conviviale de **consultation à distance** de pages d'information multimedia” (*Encyclopaedia Universalis, corpus 12, p. 289*)

« WHO » : « World Health Organisation »

X

Y

Z

“ZIFT” : “Zygote Intra Fallopian Transfer”

Sommaire

Avertissement

Remerciements

Principales abréviations

Introduction

Partie 1

Première partie (I) : De la conciliation des techniques de procréation assistée et du respect de « l'intérêt supérieur de l'enfant » au niveau national : France

Titre 1 (I-1) : Les grandes étapes de l'historique des droits de l'enfant

Titre 2 (I-2) : Biologie de la reproduction et assistance médicale à la procréation : AMP

I-3 Titre 3 : Problèmes Ethiques de l'Assistance Médicale à la Procréation (AMP)

Partie 2

Deuxième partie (II) : Le développement du recours aux techniques de reproduction assistée (« ART ») : les risques de dérive.

II-1 : Titre 1 de la deuxième partie (II-1) : L'évolution des techniques de reproduction assistée (« Assisted Reproductive Technologies » : « ART »)

II-2 Titre 2 : Analyse des risques des Techniques de Reproduction Assistée (« Assisted Reproductive Technologies » « ART »)

II-3 : Titre 3 (II-3) : Don de gamètes et anonymat du don

II- 4 (Titre 4) : De la filiation

II-5 : Deuxième partie- Titre 5 (II-5) : Perspectives d'avenir des techniques de reproduction assistée (« Assisted Reproductive Technologies » : « ART »).

Conclusion

Bibliographie

Index

Index des noms propres

Index thématique

Table des matières

Introduction

La Genèse, du grec génesis (naissance, origine), premier livre de la Bible ou Pentateuque, relate au chapitre 1 (Genèse : 16) la création par l'Éternel du monde et au chapitre 2 celle de l'homme puis de la femme, destinés à procréer.

De toute éternité, l'homme pour survivre a cherché à s'identifier, à se structurer et à se développer *via* la reproduction qui est l'ensemble des processus par lesquels une « espèce » se perpétue en créant de nouveaux individus, en l'occurrence l'homme. Chez l'homme, la reproduction étant sexuée, elle se fait par fusion des gamètes mâle (spermatozoïde) et femelle (ovocyte), porteurs de l'information génétique (23 chromosomes d'origine paternelle et 23 chromosomes d'origine maternelle), en donnant naissance à un œuf ou zygote, puis à un embryon et à un fœtus durant la gestation et, enfin, à un enfant à la naissance.

Ainsi, la **stérilité**, longtemps imputée à la femme jusqu'aux progrès de l'endocrinologie, est douloureusement ressentie et peut être une cause de répudiation. Notons qu'Henri, empereur du Saint Empire romain-germanique, refusa de répudier sa femme, sainte Cunégonde. Les naissances d'Isaac et de Jean-Baptiste sont saluées dans la Bible. Saint Jean-Baptiste est le seul saint dont la naissance et la mort soient fêtées comme celles de la Sainte Vierge.

Toutefois, dès le XVII^e siècle, Jean Liebault *in* « *Trois livres des maladies et infirmités des femmes* » traite non seulement de la stérilité des femmes, mais aussi de celle des hommes : « *Il ne faut doubter, que comme toute plante ne vient point en toute terre, mais chaque femence requiert une terre qui luy foit convenable* » : (en ligne : <http://www.biusante.parisdescartes.fr/histmed/medica/cote?39790>, pages 220 à 222).

Par ailleurs, l'importance de la relation mère enfant, *infans*, (qui ne parle pas), puis *puer*, l'enfant scolarisable à sept ans, (dans le langage juridique ou politique romain)

est attestée dans Virgile : *Incipe, parvus puer, risu cognoscere matrem* (commence, petit enfant, à reconnaître ta mère à son sourire).

Dès l'Antiquité, puis au Moyen-Age, à la Renaissance, aux temps modernes et jusqu'à nos jours, la réalisation d'œuvres d'art, dans le domaine de la sculpture et de la peinture, témoigne de cette relation privilégiée qui commence dès la gestation au cours de la vie *in utero*.

Le rôle de la mère, allaitant son enfant, est aussi primordial comme le montre l'iconographie. A Rome, au Capitole, la statue représentant Romulus et Remus allaités par la louve, avec la mention : « *SPQR* », *Senatus populusque Romanus*, (le Sénat et le peuple romain), signe l'importance de l'allaitement.

Le **statut de l'enfant** a évolué depuis l'Antiquité jusqu'à trouver sa consécration internationale avec la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE).

Au lendemain de la **première guerre mondiale** et du traité de Versailles de **1919**, signé dans la galerie des glaces, **Eglantyne Jebb**, infirmière britannique, qui avait vu la souffrance des enfants dans la guerre des Balkans, consciente que les enfants doivent avoir une **protection spécifique**, aidée de sa sœur, Dorothy Buxton, crée, à Londres, en **1919** le : « **Save the Children Fund** » pour porter assistance aux enfants victimes de la guerre et, souvent, orphelins de pères et de mères ou, seulement, orphelins de pères, ce qui constitue un **premier palier** pour la protection des enfants au niveau **national**.

Mais, Eglantyne Jebb, devenue Secrétaire honoraire du « Save the Children Fund », de Londres, voit la nécessité d'atteindre un deuxième palier en créant une institution de **caractère international**.

En conséquence, la même année en 1919, Eglantyne Jebb avec d'autres membres de « Save the Children Fund » et du « **Comité International de Secours aux Enfants** » ainsi que du Vice-président du **Comité International de la Croix-Rouge**, (CICR), le docteur Frédéric Ferrière, et du Président du **Bureau central de bienfaisance de Genève**, Georges Werner, créent un « **Comité d'Initiative** » dont l'objectif est d'instituer une « **Assemblée Constitutive** », instituant une organisation de caractère international : « *Un Comité d'Initiative s'est fondé à Genève en novembre 1919 pour préparer l'assemblée constitutive et commencer la propagande* », (République et Canton de Genève, Archives d'Etat, l'Union Internationale de Secours aux Enfants).

De nos jours, le terme de propagande serait remplacé par celui de communication.

« *Ce Comité est ainsi composé :*

*Miss Eglantyne Jebb, secrétaire honoraire du Save the Children Fund à Londres, ...,
Madame Clara Guthrie d'Arcis, membre du Comité International de secours aux
enfants, ...*

*Docteur Frédéric Ferrière, vice-président du Comité International de la Croix-
Rouge,*

... »,

M. Georges Werner, président du Bureau central de bienfaisance de Genève ».

Ainsi, les 6 et 8 janvier **1920**, « *L'Union internationale de Secours aux Enfants* (« *Save the Children Fund : Central Union* ») est fondée à Genève par le « *Save the Children Fund* », de Londres et le Comité International de Secours aux Enfants de Berne sous le patronage du Comité International de la Croix-Rouge », (République et Canton de Genève, Archives d'Etat).

Ainsi, est atteint le **deuxième palier** dans l'échelle des institutions par la création, à Genève, de l'**Union Internationale de Secours aux Enfants** (UISE).

Mais, parallèlement, ces institutions doivent se doter d'**instruments spécifiques des droits de l'enfant**.

Aussi, en **1923**, Eglantyne Jebb, jugeant que cette protection des enfants doit s'accompagner de **droits spécifiques aux enfants** : « *Je pense que nous devons revendiquer certains droits pour les enfants et œuvrer pour qu'ils soient universellement reconnus* » (« Célébrer les 20 ans de la Convention relative aux droits de l'enfant », UNICEF, 20 novembre 2009, p. 4) contribue à la rédaction de la première **Déclaration des droits de l'enfant**, (« Children's Charter »), adoptée le 23 février **1923** par le Comité directeur de l'Union Internationale de Secours de l'Enfant (UISE) lors de son quatrième congrès et ratifiée le **23 février 1924** lors de son cinquième congrès.

Cette Déclaration formule en **cinq articles** les besoins fondamentaux de l'enfant.

C'est, aussi, un **premier palier** pour les droits des enfants comme l'est le « *Save the Children Fund* » en tant qu'institution.

Mais, à l'instar des institutions, Eglantyne Jebb voit donc la nécessité de donner un **caractère international** à cette première Déclaration des droits de l'enfant, et pour cela, il faut l'intégrer avec les instruments de la **Société des Nations**, (SDN ou SdN),

organisation internationale, instituée en 1919 par le traité de Versailles, (signé dans la galerie des glaces du château de Versailles), et siégeant à Genève de 1920 à 1946, à laquelle succédera l'Organisation des Nations-unies, instituée par la Charte des Nations-unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945.

Ainsi, le **26 septembre 1924**, la Société des Nations adopte cette Déclaration sous le nom de **Déclaration de Genève**, codifiant les droits fondamentaux des enfants et leur reconnaissant des **droits spécifiques** sur le plan international.

La déclaration de Genève affirme que : « *L'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur* », prélude à « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » : « *the best interests of the child* » de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

Cette Déclaration de Genève, **second palier** des droits de l'enfant, sera le socle de la **Déclaration des droits de l'enfant des Nations-unies du 20 novembre 1959**, qui est le **troisième palier**, énonçant en dix principes les droits de l'enfant.

En effet, après la **deuxième guerre mondiale**, pour rendre hommage au pédiatre polonais **Joseph Korczak**, qui avait créé, à Varsovie, un orphelinat pour enfants juifs, puis qui avait été déporté à Treblinka d'où il n'est pas revenu, l'Assemblée générale des Nations-Unies dans sa résolution 1387 (XIV) adopta le **20 novembre 1959** la **Déclaration des Droits de l'enfant**, qui dresse un statut juridique de l'enfant en **10 articles**.

Mais, cette Déclaration, pour rendre contraignants les droits énoncés, devait être accompagnée d'un **instrument contraignant**.

Aussi, pour le trentième anniversaire de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, le **20 novembre 1989**, l'Assemblée générale des Nations-Unies, adopta à l'unanimité et par acclamation, dans sa résolution 44 / 25, la **Convention internationale des droits de l'enfant** (CIDE), dite Convention de New York, ouverte à la signature selon l'article 49, et entrée en vigueur le 20 septembre 1990, qui comprend un préambule et 54 articles.

En anglais, le titre de la Convention est le suivant

“Convention **on** the Rights **of** the Child”

“Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44 / 25 of November 1989 entry into force 20 September 1990, in accordance with article 49”.

Nous voyons que la version anglaise comprend, concernant les droits, la préposition « **on** », qui souligne bien un intérêt particulier, spécifique : « *indicating special interest* » (Harrap's Unabridged Dictionary, volume 1, page 618).

Ainsi, l'**objet de la Convention** : les droits : « **on** » est définie par une seule préposition « *on* », mais ces droits sont spécifiques de l'enfant : ils lui appartiennent d'où dans un deuxième temps la préposition « *of* » le génitif latin.

Devrions-nous, alors, changer la traduction française ? Nous ne le pensons surtout pas.

En effet, ce serait un « sacrilège » de modifier le titre d'une Convention des Nations-Unies, faisant référence depuis 26 ans aux droits de l'enfant, le « *on* » représentant seulement le caractère pragmatique des britanniques et des américains, ce qui se traduit dans leur langue.

Cette Convention, instrument *princeps* des droits de l'enfant, ratifiée par 192 Etats membres des Nations-unies dont la France le 20 septembre 1990, mais à l'exception des Etats-Unis (les Etats-Unis n'ayant pas encore aboli, dans certains Etats, la peine capitale pour les mineurs) et de la Somalie, est l'instrument de référence pour le droit de la famille et la jurisprudence.

Par ailleurs, dans le **domaine de la biologie de la reproduction**, discipline récente résultant du couplage de la biologie humaine et de la gynécologie-obstétrique, à partir de **1951** aux Etats-Unis, les travaux de Gregory Pincus, endocrinologue, conduisirent à la découverte de la pilule de première génération, l'énovid (laboratoire Searle), association d'oestrogènes et de progestérone, à laquelle la « Food and Drug Administration » (« FDA ») octroya l'autorisation de mise sur le marché le 9 mai **1960**, ces travaux ayant été conduits à Chicago (Illinois) en coopération avec Margaret Sanger, fondatrice du planing familial et de Katharina Mc. Ornick, riche industrielle.

En France, c'est à Lucien Neuwirth (18 mai 1924-mardi 26 novembre 2013) que nous devons l'adoption de la **loi n°67-1176 du 28 décembre 1967** relative à la régulation des naissances, dite « loi Neuwirth », instituant la contraception.

A partir de **1967**, cete loi institua la **dissociation entre l'acte sexué et la conception d'un enfant**.

En conséquence, les naissances peuvent être programmées.

De plus, apparaît le terme d'**infertilité**, terme moins péjoratif que celui de stérilité, qui n'est plus l'apanage de la femme, l'homme acceptant, lui aussi, d'être « exploré », d'où l'importance des recherches sur la biologie de la reproduction humaine.

C'est dans ce contexte qu'apparaît toute l'importance des travaux du professeur **Sir Robert Edwards**, pionnier de la fécondation *in vitro*, qui ont conduit en **1978** à la naissance de Louise Joy Brown.

Le professeur Sir Robert Edwards (1925-2013), après avoir servi dans l'armée britannique durant la deuxième guerre mondiale, étudia la génétique animale au Churchill College de Cambridge en Grande-Bretagne où il resta durant toute sa brillante carrière. Ses premiers travaux de recherche sur la fécondation *in vitro* le conduisirent à montrer que les ovocytes de lapines pouvaient être « fertilisés » dans des tubes à essais (« test-tubes ») par les spermatozoïdes des lapins d'où l'appellation de *in vitro*, en verre.

Le professeur Sir Robert Edwards développa, alors, la même technique pour les gamètes humains et, en **1968** dans son laboratoire à Cambridge, il vit pour la première fois de l'humanité la **vie créée hors de l'utérus humain** : un blastocyste humain, un embryon qui se développa pendant cinq à six jours après la « fertilization » (fécondation) :

« *I'll never forget the day I looked down the microscope and saw something funny in the cultures* » (Je n'oublierai jamais le jour où je regardais et vis sous le microscope quelque chose de drôle dans les cultures) rappelait souvent le professeur Sir Robert Edwards. « *I thought, we've done it* » (Je pensais, nous l'avons fait).

En cette matière, notre profond attachement à la « *langue de Molière* » ne s'opposera pas à faire usage *de facto* dans notre thèse de nombreux termes anglais sans faire de « l'anglisme » systématique du fait que les premiers travaux sur la fécondation *in vitro* aient été réalisés en Grande-Bretagne par le professeur Sir Robert Edwards et le gynécologue Patrick Steptoe et sur la contraception aux Etats-Unis par Gregory Pincus.

Rappelons, de plus, que c'est le Royaume-Uni en tant que précurseur, qui a légiféré le premier, dès **1985**, dans le domaine de la procréation médicalement assistée et de la maternité de substitution.

Mais, nous allons, également, privilégier le latin et le grec, bases de l'étymologie et de la grammaire de notre belle langue française sur laquelle nous dissertons avec Marie-Hélène Chevrat.

Citons le cardinal Pietro Parolin, (Le Figaro, Société, jeudi 24 juin 2015, page 9) :

« *Si nous perdons les racines – donc notre histoire et notre culture -, nous perdons notre **identité*** ».

De plus, le droit romain étant le fondement du droit civil, en particulier, celui du droit de la famille, les locutions latines seront souvent nos références telle la locution : « *Mater semper certa est* » (la mère est toujours certaine), qui fut durant des siècles jusqu'à l'apparition de la **maternité de substitution** un postulat immuable.

La vue au microscope d'un embryon humain au stade **blastocyste**, c'est-à-dire un être humain au premier stade de son développement depuis l'instant de la fécondation, était une véritable « révolution » dans l'**histoire de l'humanité**.

Il s'agissait, donc, d'un **embryon** « **autonome** » hors du sein maternel qui allait susciter de nombreuses questions...

En effet, si l'embryon, conçu *in vivo*, était en général, source d'une grande joie, puisqu'il annonçait une naissance prochaine, en revanche, l'apparition de cet embryon, conçu *in vitro*, s'il était une révolution dans le domaine de l'infertilité, allait cependant susciter des problèmes d'**ordre éthique**, puisqu'il s'agissait de « *créer la vie in vitro* » selon Jean Michaud, qui fut, dès **1983**, le premier Vice-président du Comité consultatif national d'éthique, (CCNE), créé par décret présidentiel du 17 février 1983, puis Président du Comité Directeur de Bioéthique (CDBI) du Conseil de l'Europe.

L'embryon était-il, alors, une **personne** ou un **objet**, voire un **bien** selon l'article 527 du code civil, disposant que : « *Sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi* »?

Aussi, le Comité consultatif nationale d'éthique donna un an après sa fondation l'avis N°3 du 23 octobre **1984** « *Sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction **artificielle*** » et statua sur le statut de l'embryon « *Personne humaine potentielle* ».

De nos jours, le caractère « *de reproduction artificielle* » peut nous paraître surprenant tant la fécondation *in vitro* est entrée dans nos mœurs, mais en 1984, deux

ans après la naissance du premier bébé, conçu *in vitro*, Amandine, en France, le mot artificiel montrait bien que la fécondation ne se faisait plus uniquement *in vivo*.

Il fallut, cependant, dix ans pour que, en France en **1994**, le Comité consultatif national d'éthique dans son avis N°42 du 30 mars 1994 « *Sur l'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation* » introduisit le terme « *d'assistance médicale à la procréation* » et souligna, à nouveau, la « *rupture* » entre fécondation et gestation :

« *Le prélèvement d'ovocytes et la fécondation in vitro, en permettant la **rupture** de l'enchaînement, jusqu'alors indissociable, de la conception et de la gestation sont à l'origine d'une nouvelle forme de dissociation, la **dissociation biologique** ».*

De plus, cet embryon conçu *in vitro* suscitait, également, des problèmes d'**ordre juridique**, en particulier, pour établir la **filiation** de l'enfant.

Bien que cet embryon puisse susciter des problèmes d'ordre éthique et juridique, le professeur Sir Robert Edwards, poursuivant ses travaux sur la « **fertilization** » (fécondation) fut le pionnier de la fécondation *in vitro* et fonda alors la première clinique de fécondation *in vitro* (« IVF clinic »), « the Bourn Hall Clinic », avec son collaborateur le gynécologue-accoucheur, Patrick Steptoe, les chercheurs devant continuer tout en étant conscients des problèmes.

C'est ainsi que « *Ses « recherches conduisirent à la naissance de Mademoiselle Brown » (« His work led to the birth of Ms Brown »).*

Louise Joy Brown fut le premier bébé éprouvette du monde (« *the world's first test-tube baby* »), né le 25 Juillet 1978 en Angleterre au Oldham General Hospital de Manchester (Royaume-Uni).

Pour « *avoir aidé des couples ayant des problèmes de fertilité à avoir des enfants* » grâce à la fécondation *in vitro*, le professeur Sir Robert Edwards reçut le prix Nobel de médecine le 4 octobre 2010 à Stockholm et fut fait Sir, (Chevalier), par sa Très Gracieuse Majesté la Reine Elisabeth II de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en 2011.

Ayant posé pour postulat que la chose la plus importante dans la vie est d'avoir un enfant: « *The most important thing in the life is having a child* », le professeur Sir Robert Edwards, fut non seulement un « visionnaire » mais aussi un grand « communicant » de ses travaux sur la fécondation *in vitro* à la communauté scientifique.

En conséquence, en France, le professeur René Frydman, gynécologue-accoucheur, et le docteur Jacques Testard, biologiste de la reproduction, se penchèrent aussi sur la fécondation *in vitro* dans le service de gynécologie-obstétrique du professeur Emile Papernik de l'hôpital Antoine Béchère à Clamart.

Leurs travaux conduisirent après fécondation *in vitro* à la naissance d'Amandine le 24 février **1982** à l'hôpital Antoine Béchère.

Louise Joy Brown au Royaume-Uni et Amandine en France ont, maintenant, des enfants et sont devenues mères sans avoir eu recours à la fécondation *in vitro*.

Nous voyons ainsi que pour réaliser une fécondation *in vitro*, il faut le **couple biologiste/obstétricien**. Pour preuve, le professeur Jean Senèze, gynécologue-accoucheur des hôpitaux de Paris, disait, sans être « mandarin », lorsqu'il allait faire une fécondation *in vitro* (FIV): « *mon biologiste et mon anesthésiste* » d'où les appellations de : « Biologie de la reproduction », discipline récente dans le domaine de la biologie, et de « service de Biologie de la reproduction », pour le service, où sont réalisées les fécondations *in vitro*, rattaché à celui de Gynécologie-obstétrique.

En conséquence pour respecter la bioéthique et les droits de l'enfant, la biologie de la reproduction est indissociable du droit civil privé, en particulier, du droit de la famille, pour garantir à l'enfant une **filiation**, selon l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant ainsi que son « *intérêt supérieur* », « *the best interests* » selon l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Notons toutefois qu'en anglais « best » se traduit par « meilleur » et non par supérieur, témoignant du caractère pragmatique des britanniques, tentant de trouver la meilleure solution compte-tenu de la situation à l'opposé des français plus absolus cherchant le « supérieur », ce qui peut se traduire selon l'adage latin *in concreto* (dans le concret) pour les britanniques par opposition à l'adage latin *in abstracto* (dans l'abstrait) pour les français.

De nos jours, le statut de l'embryon est loin de faire un consensus.

L'embryon est-il d'une part un **objet autonome d'investigation** dans le domaine de la recherche, ou bien peut-il être un « *enfant-objet* », ouvrant le domaine du droit à l'enfant, selon Caroline Siffren-Blanc (thèse : La Parenté en Droit Civil Français, Etude Critique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Science Politique 2009) ?

Puis, est née Zoé, « venue du froid », à partir d'un embryon congelé, en Australie en 1985.

Mais si Robert Edward était heureux selon Patrick Steptoe d'avoir permis à de nombreuses personnes d'avoir des enfants dans le monde, il était conscient que rien n'est plus spécial qu'un enfant : « *Nothing is more special than a child* » et de la **responsabilité** engagée en créant un enfant *in vitro*.

Aussi est-ce entre ces deux dates clefs : **1978**, naissance de Louise Joy Brown, conçue hors du sein maternel, et **1989**, adoption par l'Assemblée générale des Nations-unies de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) que se trouve posé le problème :

« **De la filiation face aux nouvelles techniques de procréation au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant** », titre et objectif de notre thèse.

En conséquence, nous allons examiner dans notre thèse si la filiation de l'enfant, composante *princeps* du droit civil et, plus spécialement, du droit de la famille, peut être établie face à ce mode de conception qui n'a jamais existé jusqu'à 1978.

Analysons le **premier terme du titre de notre thèse** : « De la **filiation** ».

Dans le cadre d'une **filiation biologique ou charnelle**, la filiation est le **lien** de droit qui unit un individu à son père (filiation paternelle) ou à sa mère (filiation maternelle) ou à chacun des deux, la filiation a un **fondement juridique** et un **caractère immuable** à la différence des différentes formes de couples (mariage, pacte civil de solidarité, concubinage, union libre) qui sont fragiles et peuvent être dissous.

« Le titre VII du Livre Ier du Code civil des Français, promulgué le 12 germinal an XI, était intitulé : « *De la paternité et de la filiation* ». Les rédacteurs du Code Napoléon entendaient ainsi souligner l'importance qu'ils attachaient à cette institution qui leur apparaissait sans doute comme la question majeure en législation. En effet, la paternité est un lien construit par le droit qui érige, au-delà des lois de la nature, les règles de désignation du père. On dit aussi que le droit cherche à

« *Habiller la nature* ». « *Dès lors, il n'est pas étonnant que les règles relatives à la paternité soient largement déterminées par les valeurs que le législateur entend privilégier et les connaissances de l'époque quant au phénomène de la procréation* » (Gérard Champenois, « La Paternité, 1804-2004, Le Code Civil, Un Passé, un Présent, un Avenir », Dalloz).

La **filiation** est un **lien vertical** entre ascendants et descendants avec une génération de différence, ancrant l'enfant dans une **parenté** et une généalogie tandis que le **mariage** est un **lien horizontal**, créant une **alliance** entre deux personnes, deux familles.

Jusqu'à la naissance de Louise Joy Brown, en 1978, la filiation puise son origine dans le droit romain de l'époque du jurisconsulte Paul.

Dans le cadre de la famille patriarcale, l'établissement de la **filiation paternelle** est fondé sur l'effet de la **présomption** de l'adage latin « *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant* » : le père est celui que les justes noces démontrent ou que le mariage désigne, cet adage étant connu de toutes les législations en Europe.

Quant à la **mère**, il ne peut y avoir aucun doute : « *Mater semper certa est* » : la mère est toujours certaine, sous-entendu celle qui accouche, et la mère est à la fois **génitrice** et **gestatrice**, en effet, la femme qui donne naissance à l'enfant est toujours considérée comme la **mère légale**, à l'exception de l'accouchement anonyme, appelé « sous X », institué par la loi du 28 juin 1793, dont le texte précise que « *Le secret le plus inviolable serait gardé sur tout ce qui concerne l'accouchée* » (Bébé d'hier, page 23).

L'accouchement « sous X », dont la tradition remonte à Saint Vincent de Paul afin d'éviter des infanticides, a été non seulement maintenu en France mais aussi en Italie et au Luxembourg.

En France, il est non seulement licite, mais encore il a été conforté par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt Odièvre c. France, (13 fév.2003, req. n°42926/98, D.2003.739 ; JCP 2003.II.10049) ainsi que dans l'arrêt Kearns c. France (10 janv. 2008, arrêt définitif : 10 avril 2008, req. n°35991/04, JCP 2008.I.167. P.28). D'après Chantal Nast, Secrétaire Générale adjointe de la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), il y a « *400 accouchements sous X par an* », ce qui est très douloureux et très traumatisant pour la mère, « *mais peut-être moins brutal que de déposer l'enfant dans un tour ou un « baby clap* ».

Cependant, si en **1804** les rédacteurs du Code civil reprirent ces fondements du droit romain, le droit de la filiation a profondément évolué et, particulièrement, depuis **1972** sous l'instigation du doyen Jean Carbonnier.

Ainsi, il nous faut rappeler la **chronologie des différentes étapes de cette évolution de la filiation et de la famille** ou « *Les changements du droit de la famille* » selon Anne-Marie Leroyer (RDA, 59, Février 2015).

Pour s'adapter à l'évolution de la société, (la loi « Neuwirth » relative à la régulation des naissances est de 1967), une grande réforme a été réalisée par la **loi n°72-3 du 3 janvier 1972** (JO 5 janv. p. 145) relative à la filiation légitime et à la filiation naturelle. Cette loi du 3 janvier 1972 a marqué une étape majeure et décisive en posant et en inscrivant dans le Livre premier du Code civil le **principe d'égalité des filiations entre filiations d'enfants légitimes et filiations d'enfants naturels** « *simples* » ou « *adultérins* », s'inscrivant comme les autres dans la transmission des générations, toutefois avec quelques réserves pour les enfants naturels *adultérins* sur le plan successoral.

Cette restriction ayant été attaquée devant la **Cour européenne des droits de l'homme (affaire Mazurek c. France)** et la Cour ayant condamné la France dans l'arrêt Mazurek c. France (CEDH 1^{er} fév.2000, Mazurek c / France, req. n°34406/97, GACEDH 3^e éd., « Thémis », PUF, 2005, n°51) pour violation de l'article 1^{er} du protocole n°1 combiné avec l'article 14 de la Convention, pour se conformer à la jurisprudence de la Cour et suite à la condamnation de la France, le législateur est intervenu et a voté la **loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001** relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, (JO du 4 décembre 2001, p. 19279), en particulier, en abrogeant cette dérogation relative à la réserve héréditaire pour les enfants naturels adultérins.

Toutefois, il paraît plus responsable de ne pas avoir d'enfants naturels adultérins pour ne pas léser les enfants légitimes au moment de la succession.

Cet arrêt montre l'interaction, qui existe entre la Cour européenne des droits de l'homme et un Etat membre du Conseil de l'Europe, en l'occurrence la France, et l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit positif.

Pour preuve, comme l'a évoqué le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Dean Spielmann, lors de son audition devant la Commission de l'Assemblée nationale le 17 juin 2015 : « *c'est grâce à l'arrêt Mazurek que désormais tous les enfants sont égaux sur le plan successoral, que leur filiation soit légitime ou non* ».

Puis, marquant une nouvelle avancée vers l'égalité de statut, la **loi n° 2002-305 du 4 mars 2002** relative à **l'autorité parentale**, (JO 5 mars, p. 4161), a abrogé les dernières mesures relatives à l'inégalité statutaire des enfants adultérins.

Parachevant la réforme de 1972, le législateur dans **l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005** portant réforme de la filiation et relative au livret de famille et à la procédure en matière de filiation, (JO 6 juillet, p.11159), a procédé à la **suppression** de la distinction du **qualificatif légitime et naturel** relatif à la filiation légitime et à la filiation naturelle, distinction qui organisait tout l'univers de la famille du Code civil napoléonien. En effet, en posant la notion d'**égalité** entre enfant légitime et enfant naturel, ces termes discriminant devaient être rayés.

Par contre, demeure toujours le problème de l'établissement de la filiation des **enfants incestueux**, qui risque de s'amplifier avec le problème de l'anonymat du don de gamètes, même, si, en général, celui-ci est encadré.

A ce jour, l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 a été ratifiée par la **loi n°2009-61 du 16 janvier 2009**, ratifiant l'ordonnance n°2005-759 du 4 juill.2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, (JO 18 janvier, p.1062).

L'établissement de la filiation est régi au niveau du Titre VII du Livre Ier du Code civil.

En résumé, il fallut plus de trois décennies, (37 ans), pour établir le régime de la filiation actuelle, (les lois de 1972, de 2001 et de 2002 ainsi que l'ordonnance de 2005, ratifiée par la loi de 2009).

Ainsi, **s'institue la suppression de la dépendance entre l'enfant et le mariage.**

De nos jours, selon l'Institut national d'études démographiques (Ined), plus de 50% des enfants naissent hors mariage. Selon Irène Théry (Mariage et Filiation de Même Sexe : une Approche sociologique, L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, Editions Panthéon Assas, page 96) « *La filiation s'est entièrement **autonomisée** du mariage* ».

Pour mémoire, nous sommes loin du « mariage forcé », célébré en catastrophe, lorsque la jeune fille était enceinte, et ce avant le troisième mois de la grossesse.

En effet, il était nécessaire d'éviter la « honte » à la jeune fille et, surtout, à sa famille et d'assurer une filiation à l'enfant afin d'éviter que la « jeune fille » ne mette au monde un enfant naturel, voire un bâtard, la discriminant ainsi que son enfant selon la

hiérarchie entre la filiation légitime et la filiation naturelle, selon la formule du doyen Carbonnier : « *Le cœur du mariage, ce n'est pas le couple mais c'est la **présomption de paternité*** » s'inscrivant dans le Code civil de 1804, dit code de Napoléon, ou selon l'adage latin *pater is est quem nuptiae demonstrant* (le père est celui que les noces démontrent) trouvant dans ce cadre toute sa force.

De plus, notons que, douloureusement, les jeunes filles, qui n'avaient pas la « chance » de se marier, étaient souvent contraintes d'accoucher sous X, laissant leur enfant aux services sociaux en vue de l'adoption, les grands-parents de l'enfant voulant « à tout prix » sauver l'honneur de leur fille et de la famille, et étant dans l'inconscience totale que c'était un abandon de leur petit fils ou de leur petite fille.

A partir de 1978, avec la naissance de Louise Joy Brown, la conception d'un enfant, se fera soit *in vivo*, procréation naturelle ou « *prière naturelle* » selon Montesquieu ou « *procréation romantique* » selon les canadiens, soit *in vitro* pour remédier à l'infertilité du couple, donc dans un **cadre médical**.

Nous sommes encore loin de la **gestation pour autrui (GPA)** ou **maternité de substitution**, (« **surrogacy marternity** »), qui, selon l'Institut européen de bioéthique, « *désigne un ensemble de situations dans lesquelles une femme, la mère de substitution, (« surrogate mother* »), *accepte de porter et de mettre au monde un enfant à la demande d'un couple intentionnel (« intending parents* ») ou *commanditaire* », l'enfant ayant été conçu *via* une fécondation *in vitro* avec les deux gamètes du couple intentionnel, ou seulement avec l'un des deux gamètes du couple et l'autre issue d'un don, et ce obligatoirement dans le cas d'un couple homosexuel, fertile, mais par essence infécond.

Dans le cas de la gestation pour autrui, il y a dissociation entre la conception de l'enfant et la gestation qui est assurée par une **mère de substitution**, (« **surrogate mother** »), ou (**mère porteuse**).

Notons que, bien que la **mère de substitution** ne soit pas **génitrice**, puisqu'elle ne donne pas son ovocyte, mais seulement **gestatrice** en portant l'enfant et en le mettant au monde, son **rôle** est, cependant, très important et **lourd de conséquences**.

De nos jours, grâce aux progrès de la biologie de la reproduction, les couples n'acceptent plus leur infertilité et se tournent vers les techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP), mises en œuvre soit avec les gamètes du couple

dans le cas d'une **assistance médicale à la procréation homologue**, soit avec les gamètes d'un tiers donneur, selon les pathologies, dans le cas d'une **assistance médicale à la procréation hétérologue**.

En conséquence, dans quel cadre juridique va s'inscrire la **filiation de l'enfant**, né du fait d'une assistance médicale à la procréation, et comment l'établir ?

Dans le cas d'une **assistance médicale à la procréation homologue**, l'établissement de la filiation suit le régime du droit commun de la filiation, l'enfant ayant été conçu avec les gamètes du couple : les **parents biologiques** sont les **parents sociaux**.

Par contre, dans le cas d'une **assistance médicale à la procréation hétérologue** où l'enfant est conçu avec un **don de gamètes**, bien que le recueil du **consentement éclairé** du couple soit fait d'une façon formelle avec un acte authentique, *ad valitatem* (pour la validité), avant la demande d'assistance médicale à la procréation, ce consentement ne vaut pas reconnaissance en filiation mais oriente, en particulier, vers une « *déclaration forcée de paternité ou une paternité fondée sur la **volonté** ou paternité d'intention* » selon le professeur Gérard Champenois, et ce dans l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3§1) et de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

En effet, l'article 311-20 du code civil dispose que :

« Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe de leur acte au regard de la filiation.

Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action (Ord. n°2005-759 du 4 juillet 2005) « 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.

Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance.

*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».*

(Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005) « *En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331* ».

En effet, il y a lieu de distinguer l'assistance médicale à la procréation homologue ou hétérologue.

Nous voyons, ainsi, que dans le cas de l'assistance médicale à la procréation homologue ou intraconjugale, l'embryon est conçu avec les gamètes du couple, les parents biologiques qui ont donné leur consentement « **libre** » (est-il vraiment libre face au désir d'enfant ?) et éclairé par écrit à la « *demande d'assistance médicale à la procréation* » sont alors les parents sociaux, et il n'y a pas de problème de filiation et l'on reste dans le cadre des adages du droit romain et de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui est respectée.

Par contre, dans le cas d'une assistance médicale à la procréation hétérologue avec l'intervention d'un tiers donneur avec don de gamètes (spermatozoïdes ou ovocytes plus rarement) ou avec l'accueil d'embryon congelé d'un couple qui n'a plus de projet parental par un autre couple, où l'un des deux parents ou les deux parents biologiques n'est ou ne sont pas les parents sociaux, il y a recueil du consentement éclairé du couple d'une façon solennelle *ad valitatem* avec un « *acte de consentement à la procréation médicalement assistée* » dressé devant un juge ou un notaire selon l'article précité 311-20 du code civil.

De plus, dans le cas « **d'accueil d'embryon** » le juge, de même que pour les **procédures d'adoption**, a aussi pour mission de contrôler les conditions d'accueil que le couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur le plan familial, éducatif et psychologique de façon à être en accord avec l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant relatif à l'intérêt supérieur des droits de l'enfant. L'accueil d'embryons est subordonné à une autorisation du juge donnée pour trois ans au couple receveur.

Nous voyons, ainsi, que cette disposition de l'article 311-20 du code civil est en accord avec l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) et que le recueil préalable du consentement du couple devant un juge ou un notaire, interdisant par la suite toute action en contestation de la filiation, sauf si le consentement est privé d'effet, est une garantie pour l'enfant à naître en vue de

l'établissement de sa filiation à sa naissance. En effet, un désaveu de paternité par le père social, qui n'est pas le père biologique en cas de don de spermatozoïdes, pourrait être invoqué par ce dernier et prouvé par l'**identification de l'enfant** par ses **empreintes génétiques**, mais qui, heureusement, ne sont toutefois ordonnés que par un juge dans l'intérêt supérieur de l'enfant selon l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Toutefois, en France le **don de gamètes** étant **anonyme**, le « *droit à la preuve scientifique* », selon le professeur Gérard Champenois, se heurterait au respect du **secret médical** des Centres d'étude et de conservation des œufs et des spermatozoïdes (CECOS) d'où l'importance du recueil du consentement éclairé.

En conséquence, après la naissance, comme pour tout enfant, il y a lieu de déclarer l'enfant à l'état civil.

Analysons maintenant le **deuxième terme du titre de notre thèse** :

« **Nouvelles techniques de procréation** ».

Selon les termes de la Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 du Conseil Constitutionnel, la fécondation *in vitro* (FIV) comporte **trois étapes** :

la **conception** des embryons, leur **transfert intra-utérin** et leur **conservation** en cas de création d'**embryons surnuméraires**.

Si ces « nouvelles techniques » ont permis jusqu'à ce jour la naissance de millions de bébés dans le monde « *donnant joie et bonheur à de nombreuses familles* » selon Patrick Steptoe, et si elles représentent un **progrès incommensurable dans la thérapeutique de l'infertilité**, en permettant de satisfaire le **projet parental** du couple, elles posent non seulement des problèmes d'ordre éthique mais aussi d'ordre juridique, en particulier dans le domaine de la filiation de l'enfant à naître, pour être en accord avec la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 des Nations-unies.

En conséquence, dès 1994 la France a légiféré et a encadré l'**assistance médicale à la procréation : AMP** avec le « **triolet des lois de bioéthique** ».

En effet, le mot « *face* », dans le titre de ma thèse est le **lien** entre les problèmes posés par l'établissement de la filiation et ceux dus à ce nouveau mode de conception et à la création de la vie *in vitro* avec des protocoles d'assistance médicale à la procréation (AMP) de plus en plus ciblés sur le type d'infertilité, soit d'origine féminine, soit d'origine masculine, l'apparition de cet embryon hors du sein maternel soulevant

immédiatement le respect de la **dignité** de cet embryon selon l'article 16 du Code civil qui énonce 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 »*, c'est-à-dire, l'enfant en devenir au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Comment harmoniser, alors, ces techniques de procréation assistée avec l'instrument *princeps* des Droits de l'Enfant, « **la Convention internationale des droits de l'enfant** » des Nations-unies (CIDE) **troisième terme du titre de notre thèse**, en particulier « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » selon l'article 3§1, ou « *the best interests of the child* » selon la terminologie anglo-saxonne de la Convention précitée?

Cette Convention internationale des droits de l'enfant, garantie des droits de l'enfant sur le plan international, a été accompagnée, dès 1991, de la création d'un **Comité des droits de l'enfant** des Nations-unies pour en assurer le suivi auprès des Etats parties à la Convention.

Il est important de noter que ce mécanisme « institution / instrument des droits de l'homme », en l'occurrence Comité des droits de l'enfant / Convention internationale des droits de l'enfant est à rapprocher de celui de la Cour européenne des droits de l'Homme / Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe, qui, selon feu le bâtonnier Edgar Pettiti, juge à la Cour européenne des droits de l'Homme, « *s'est doté de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, fille de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, et de la Cour européenne des droits de l'homme pour assurer le contrôle de la Convention* ». Comme l'a souligné Dean Spielmann, Président de la Cour européenne des droits de l'homme, ce mécanisme Convention européenne / Cour européenne des droits de l'homme est « *le premier du genre* ». .

Comment, également, **rendre compatible ces techniques de procréation assistée avec l'article 7 de la Convention** : « *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 être élevé par eux » ?

Cet article montre l'importance de l'**état civil** défini par la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC) comme :

*« Dans un sens large, l'état civil est la situation (status) de la personne en droit privé, entre la naissance et le décès. Les principaux éléments retenus, qui différencient chaque personne des autres, sont : la **filiation**, la **nationalité**, le nom, le domicile, l'âge, le sexe et la capacité »* (Commission Internationale de l'Etat Civil, Jacques Massip, Frits Hondius et Chantal Nast, Préface, 15 juin 2014, page 9).

Dans le triptyque des lois, dites de bioéthique de 1994, la France a intégré ce principe dans la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain insérée dans le Code civil, en interdisant une action en contestation de filiation en cas de procréation médicalement assistée (PMA) hétérologue avec tiers donneur.

Dans ce cas, il y a **dissociation entre le lien biologique et le lien juridique pour l'enfant**, mais la filiation juridique, établie pour l'enfant par les parents sociaux, respecte l'article 7 de la CIDE et produit les effets générateurs de droits et d'obligations.

Ainsi le titre de notre thèse :

« De la filiation face aux nouvelles techniques de procréation au regard de la Convention internationale de droits de l'enfant » atteste de son **caractère pluridisciplinaire** et implique la nécessité du **couplage de deux disciplines** fondamentalement différentes, d'une part le droit bien sûr, à commencer par celui de la famille, en particulier dans le domaine de la filiation, et d'autre part la biologie, en particulier, celle de la reproduction en donnant un *« regard croisé »*, selon le professeur Philippe Conte, dans le cadre du respect des droits de l'enfant.

Aussi, nous avons pour **objectif dans notre travail** de démontrer que **l'établissement de la filiation de l'enfant**, son premier statut juridique, doit être **l'axe majeur lors de la mise en œuvre d'une technique de procréation assistée** qui *« est aujourd'hui une procédure de routine »*, selon le professeur Martin Johnson, pour respecter la Convention internationale des droits de l'enfant.

Le développement de notre thèse comporte deux parties.

La **première partie (I)** a pour **domaine** et pour **titre** :

« **De la conciliation des techniques de procréation assistée et du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant au niveau national : la France** »,

c'est-à-dire, est-ce que la France s'inscrit dans la continuité des travaux du professeur Sir Robert Edwards, à savoir remédier à l'infertilité d'un **couple hétérosexuel**, désireux d'avoir ses « **own genetic children** », ses propres enfants génétiques, ou « **half genetic children** », ses propres enfants demi-génétiques, dans le cas de don de gamètes, en respectant la Convention internationale des droits de l'enfant ?

Ainsi, ce titre rappelle le « pour quoi » de la thèse et montre tout l'enjeu des « *nouvelles techniques de procréation au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant* ».

En effet, le mot « *face* » et l'expression « *au regard* » dans le titre de ma thèse sont d'une part les « bornes » que les « *nouvelles techniques de procréation* » ne doivent pas franchir et, d'autre part, les liens entre la « *filiation* » de l'enfant et la biologie de la reproduction pour respecter les droits fondamentaux, en particulier les articles 3§1 et 7 de la « *Convention internationale des Droits de l'enfant* ».

Rappelons le rapport du conseiller d'Etat, Guy Braibant, « *De la science à l'éthique et de l'éthique au droit* », qui témoigne de cette frontière entre la science et l'éthique, engendrant une législation pour respecter la dignité humaine, représentée, également, par la pyramide de la bioéthique : science, éthique et droit :

Droit : Filiation

Ethique : Respect des droits de l'enfant (Article 3 § 1 et article 7 de la CIDE)

Progrès de la Science : Procréation *in vitro*

En conséquence, la **première partie** de la thèse, relative à :

« **De la Conciliation des Techniques de Procréation Assistée et du Respect de l'Intérêt supérieur de l'Enfant au niveau national : France** », comprend trois titres.

Le Titre 1 (I.-1) retrace

« **Les Grandes Etapes de l'Historique des Droits de l'Enfant** » qui ont trouvé leur couronnement dans la Déclaration des droits de l'enfant des Nations-Unies de 1959, conduisant pour son trentième anniversaire à la **Convention internationale des droits de l'enfant** de 1989 (« Convention on the Rights of the Child») de 1989, qui est la référence, l'instrument *princeps*, pour l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le Titre 2 (I.-2) est consacré à

« **La Biologie de la Reproduction humaine et à l'Assistance médicale à la procréation :AMP** » qui comprend un rappel de la physiopathologie de l'infertilité, permettant d'expliquer l'**assistance médicale à la procréation**, clef de voûte entre la filiation de l'enfant et son intérêt supérieur, avec l'étude de protocoles de plus en plus ciblés sur le type d'infertilité soit d'origine masculine, soit d'origine féminine.

Le Titre 3 (I.-3.) soulève

« **Les Problèmes Ethiques de l'Assistance Médicale à la Procréation : AMP**, en particulier celui du recueil du **consentement éclairé** du couple et celui de **l'établissement de la filiation** de l'enfant en conformité avec les articles 3§1 et 7 de la CIDE.

Dans la **conclusion** de cette première partie, nous nous interrogeons sur le **bien-fondé de ces techniques de procréation assistée**, (« Assisted Reproductive Technologies ») (« ART »), encadrées par le triptyque des lois de bioéthique de 1994, révisées en 2004, puis en 2011.

Ces techniques de procréation assistée sont ainsi pratiquées en France, dans un cadre licite, sous la tutelle de l'**Agence de la biomédecine**.

De plus, ce qui est fondamental pour l'enfant, l'établissement de sa filiation, selon l'article 7§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, est garanti par la loi de bioéthique n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, conciliant ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant et l'assistance médicale à la procréation dans le cadre du respect des droits **de** l'enfant.

Toutefois, faut-il remettre en cause la **légitimité** de l'assistance médicale à la procréation **hétérologue** ?

En effet, si l'assistance médicale à la procréation homologue ou endogène s'inscrit dans le **régime du droit commun** pour l'établissement de la filiation de l'enfant, l'assistance médicale à la procréation hétérologue ou exogène avec l'intervention d'un tiers, a demandé selon le professeur Gérard Champenois « *l'introduction des articles 311-19 (conséquences de l'anonymat du donneur) et 311-20 (régime de la filiation issue d'une procréation médicalement assistée) qui constituent une nouvelle section au sein du titre VII traitant en général de la filiation* ».

Si l'intervention d'un **tiers** pour le **don de gamètes** permet, certes, de remédier à l'infertilité d'un couple hétérosexuel, qui satisfait ainsi un désir de maternité pour la femme, puisque c'est la femme du couple demandeur qui porte l'enfant et qui en accouche, et de paternité pour l'homme, est-ce sans conséquences pour l'enfant qui pourra être en quête de son ou de ses origine(s) en raison du **principe d'anonymat** du don de gamètes du donneur selon l'article 16-8 du code civil ou du don d'embryon ?

De plus, que faire des « **embryons dits surnuméraires** » non transférés dans l'utérus ?

L'article L.2141-4 du code de la santé publique dispose que, pour le couple, il y a **trois possibilités** pour le **devenir de ces embryons**, dits **surnuméraires**, soit un don à un couple receveur si le couple initial n'a plus de projet parental, soit que les embryons fassent l'objet d'une recherche :

« *S'ils n'ont **plus de projet parental** ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent **consentir** à ce que :*

« *1° Leurs embryons soient **accueillis par un autre couple** dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L.2141-6 ;*

« *2° Leurs embryons fassent **l'objet d'une recherche** dans les conditions prévues à l'article 2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et l'article L. 1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques ;*

« *3° Il soit mis **fin à la conservation des embryons**.*

En ce qui concerne la **recherche**, la **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**, si elle est protectrice et une garantie pour les embryons transférés, pour certains chercheurs dans le domaine de la biologie de la reproduction, elle est considérée comme un frein, en particulier, dans le cas des **embryons transférés**.

En effet, l'article L. 2151-5 du code de la santé publique dispose que :

I- « **Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation**. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si :

1° La **pertinence scientifique** de la recherche est établie ;

2° La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une **finalité médicale** ;

3° En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée **sans recourir à ces embryons ou à ces cellules souches embryonnaires** ;

4° Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les **principes éthiques** relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires ».

IV.- « **Les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne peuvent être transférés à des fins de gestation** ».

En conséquence, selon le Professeur Jean-Philippe Wolf, Directeur du Centre d'études et de conservation des œufs et du sperme humains (CECOS) de l'hôpital Cochin à Paris, « *toutes les recherches sont bloquées* », c'est-à-dire qu'il n'est plus possible de **coupler**, un essai clinique, une « *recherche biomédicale* », (Article L. 1122-1 du code de la santé publique), concernant le transfert intra-utérin de l'embryon dont l'« *objectif* » serait d'augmenter les « chances » de développement et d'implantation de l'embryon dans un protocole d'assistance médicale à la procréation, (16^e Journée sur l'Assistance Médicale à la Procréation de l'Hôpital Américain de Paris, vendredi 20 Novembre 2015 : *La Biologie des gamètes*, « *La qualité des gamètes* » : Jean-Philippe Wolf, vendredi 20 novembre 2015).

Cependant, même si la recherche est un peu freinée, ce paragraphe IV de l'article L. 2151-5 du code de la santé publique s'inscrit dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Cependant, si « créer » un enfant *in vitro*, répond au désir d'enfant des parents, répond-il, vraiment, à l'intérêt supérieur de l'enfant ?

En effet, non seulement il est recommandé de révéler, le plus tôt possible, à l'enfant son mode de conception en levant le secret de sa conception, mais, de plus, dans le cas de l'assistance médicale à la procréation hétérologue, l'enfant ne sera-t-il pas à la recherche « *Du temps perdu* » selon Marcel Proust, ou de ses origines ?

A ces questions, le professeur René Frydman répond : « *Ce dont je suis le plus satisfait est d'avoir pu redonner le sourire à toutes ces femmes qui l'avaient perdu, faute de pouvoir devenir mères* » (Genesis-N° 175- Octobre 2013).

Toutefois, ce qui est fondamental pour l'enfant, l'établissement de sa filiation en accord avec l'article 7§1 de la CIDE est garanti par la loi de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, conciliant ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant et l'assistance médicale à la procréation dans le cadre du respect des droits **de** l'enfant.

Mais, hors d'un cadre législatif respectant la Convention internationale des droits de l'enfant, ces techniques de procréation assistée sont susceptibles d'**évoluer** et de conduire à des **dérives** qui ne sont pas sans présenter certains **risques** et qui peuvent se révéler « *contagieuses* » selon le Professeur Jean-Michel Warnet.

En effet, à partir du moment, où les « *Progrès techniques scientifiques consacrent le désir des adultes d'avoir, coûte que coûte, un enfant, ramené à un objet* », selon Catherine Pautrat, magistrat, c'est-à-dire, où les techniques de procréation assistée (« **Art Reproductive Technologies** ») (« **ART** ») existent et permettent grâce à la fécondation *in vitro* de concevoir un embryon avec deux gamètes, (le double don est toujours interdit par la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique), il est facile de **transgresser l'indication clinique d'infertilité** de l'assistance médicale à la procréation face au désir d'enfant à tout prix (« **children priceless** ») en changeant l'indication de l'assistance médicale à la procréation en passant de **médicale à sociétale** et du droit **de** l'enfant au droit **à** l'enfant, *via* une économie numérique conduisant à un « *e.baby* » selon le Conseiller d'Etat, Denis Rapone.

En effet, sous couvert de la **liberté individuelle**, pour un couple hétérosexuel mais dont la femme n'a pas d'utérus soit de naissance, soit à la suite d'une hystérectomie totale ou partielle, ou pour un couple homosexuel lesbien ou gay infécond par essence, le seul recours possible pour ces couples de satisfaire leur désir d'avoir leurs propres enfants génétiques (« **own genetic children** ») ou leurs enfants demi-génétiques (« **half genetic children** ») est de se rendre à l'étranger au cours d'un « **tourisme procréatif** » ou « **exil procréatif** » pour pratiquer une insémination artificielle avec tiers donneur (IAD) pour les couples lesbiens et une assistance médicale à la procréation couplée à une **gestation pour autrui** (GPA) ou **maternité de substitution** (« **surrogacy maternity** »), grâce à une **mère de substitution** (« **surrogate mother** ») pour les couples intentionnels hétérosexuels dont la femme n'a pas d'utérus ou pour un couple gay dans des Etats, où ces pratiques sont licites ou « tolérées ».

Mais, répondre à ce droit à l'enfant et non plus aux droits **de** l'enfant concilie-t-il l'**intérêt supérieur de l'enfant** et l'indication sociétale de «*la PMA tirée aujourd'hui du médical vers le sociétal* », selon le professeur René Frydman, est-elle compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant ?

C'est un problème très important car, selon Louis Perreau-Saussine et Nicolas Sauvage, « *150 à 200 enfants naissent chaque année à l'étranger du fait d'une GPA de couples français* » (« Surrogacy Treatment » in « *Studies In Private International Law International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at The International Level* », Katarina Trimmings and Paul Beaumont, édition Hart publishing Oxford).

En effet, non seulement ces couples ont des difficultés pour obtenir selon le pays d'origine (Inde par exemple) un « laisser-passer » ou « *document de voyage* » pour le retour en France de leur enfant, mais aussi pour faire transcrire leur acte de naissance sur le registre d'état civil français, qui existe depuis l'ordonnance de Villers-Cotterêts du 10 août 1539 du roi François Premier.

Pour mémoire, rappelons que, c'est par cette même ordonnance, que le roi François Premier institua le français comme langue officielle du royaume de France.

En effet, l'article 16-7 du code civil disposant que « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », confirmant ainsi

l'arrêt de la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière le 31 mai 1991, le Professeur Jean Bernard, alors Président du Comité consultatif national d'éthique, ayant été invité en qualité d'*amicus curiae* (ami de la Cour) (Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, N° de pourvoi : 90-20105), le **contrat de gestation est nul** et l'enfant, à son retour en France, a une « **nationalité indéterminée** » ou il n'a pas de nationalité selon la terminologie anglosaxonne (« **stateless** ») (Louis Perreau-Saussine et Nicolas Sauvage *in* Studies in Private International Law International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level, Hart Publishing, page 119).

Notons que le Conseil d'Etat dans sa décision N° 375036 du 6 mai 2015 a précisé le rôle de l'*amicus curiae* : « *La formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur des points qu'elle détermine* ».

En conséquence, il s'impose et il devient urgent de traiter, face à l'**intérêt supérieur de l'enfant**, dans la **deuxième partie (II)** de notre thèse :

« **Le Développement du Recours aux Techniques de Reproduction Assistée : (« Assisted Reproductive Technologies » : « ART ») : les Risques de Dérive** ».

Mais, pour bien comprendre tout l'enjeu de cette deuxième partie et poser de la manière la plus exhaustive possible la problématique de la **dérive** des techniques de reproduction assistée, (« Assisted Reproductive Technologies ») (« ART»), il nous faut établir un **état des lieux** de la situation créée par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe.

En effet, le sujet de notre thèse est non seulement **pluridisciplinaire**, mais aussi de **pleine actualité** sur le plan éthique, juridique et social comme en témoigne au niveau national, la **loi n° 2013-404 du 17 mai** ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, l'article L.143 du code civil disposant que :

« *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de **même sexe*** ».

L'étude des **effets de cette loi** sera donc au cœur de la deuxième partie.

Si cette loi **ouvre le droit à l'adoption pour les personnes de même sexe**, elle n'a pas élargi l'indication de l'assistance médicale à la procréation pour les couples lesbiens ni légalisé la gestation pour autrui pour les couples gays.

Ainsi, la loi du 17 mai 2013 a maintenu la philosophie de la configuration de la famille « nucléaire », (père, mère, enfant), du triptyque des lois de bioéthique de 1994, fondée sur l'institutionnalisation de « *l'assistance médicale à la procréation configurée à partir de l'engendrement charnel* » selon le professeur Dominique Fenouillet, principe réaffirmé en 2004 et en 2011 dans la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en conformité avec le rapport du Conseil d'Etat.

Cette loi du 17 mai 2013 reste donc « *inachevée* » selon le Professeur Gérard Champenois pour les couples homosexuels en ne leur donnant que le droit à l'adoption ou « *l'art de se mettre au milieu du gué* » selon le Professeur Pierre Murat (Revue Droit de la famille, N°7-8 juillet-août 2013, pages 30 à 34) ou « *amputée de ses ambitions* » selon le Conseiller d'Etat Denis Rapone.

Mais, en réalité, cette **loi ne fait que traduire l'altérité sexuelle** et ne peut, donc, avoir tous les effets du mariage, c'est-à-dire que les couples homosexuels ne peuvent avoir leurs propres enfants.

Aussi, dans le **prolongement de cette loi du 17 mai 2013**, qui est déjà une grande avancée puisqu'elle donne droit non seulement aux couples homosexuels de se marier mais encore d'adopter, la question est, donc, de savoir quelles sont les orientations du « **Projet de loi sur la famille** », à savoir, en particulier, « l'ouverture » de l'insémination artificielle pour les couples lesbiens et la légalisation de la maternité de substitution pour « parachever » la loi du « *mariage pour tous* ».

C'est donc un problème d'une extrême importance, qui sort du cadre médical de l'indication d'infertilité de l'assistance médicale à la procréation, et qui place les **praticiens** et les **législateurs** face à leurs **responsabilités** au regard des **générations futures** dans le cadre de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En conséquence, nous allons examiner les travaux préliminaires relatifs au projet de loi sur la famille émanant tant du gouvernement que des institutions.

En prémice du rapport de l'Académie nationale de médecine, le « **Quotidien du médecin** » du lundi **10 février 2014** relate le commentaire du **Professeur Roger Henrion**, membre de l'Académie nationale de médecine, sur ce sujet

« *Au croisement du médical et du sociétal, il va s'agir d'arbitrer entre **deux positions opposées** et également respectables, l'une qui milite pour une orientation moderniste,*

conforme à l'évolution des mœurs, sur le modèle anglo-saxon, l'autre qui reste à un modèle familial classique ».

En **décembre 2014**, l'**Académie nationale de médecine** a publié son rapport sur la gestation pour autrui en émettant des réserves.

Le Président du **Comité consultatif national d'éthique** pour les sciences de la vie et de la santé, le Professeur Jean-Claude Ameisen, a été auditionné, le mardi **21 mai 2014** par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (**OPECST**) et le législateur attend l'avis statutairement consultatif que doit donner le CCNE sur l'opportunité « *d'ouvrir la PMA aux couples de femmes et des indications sociétales de la PMA* » pour légiférer.

Notons, toutefois, que les avis du Comités ne sont que statutairement consultatifs et que, si en général le législateur a suivi ses avis pour légiférer, en particulier pour le triptyque des lois de bioéthique de 1994, il peut aussi ne pas les suivre comme dans le cas de l'avis n° 66 du 23 novembre 2000 sur la proposition : « *d'allongement à 12 semaines du délai légal d'interruption volontaire de grossesse (IVG)* ».

Le **4 octobre 2013** dans sa lettre de mission, la Ministre déléguée chargée de la famille, Dominique Bertinotti, préparant un « *projet de loi abordant les nouvelles protections, les nouvelles sécurités, et les nouveaux droits pour les enfants* » chargeait, en tant que Présidente du groupe de travail, Irène Théry, sociologue, directrice d'études à l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS), et, en tant que rapporteur, le Professeur Anne-Marie Leroyer d'un rapport sur :

« *Filiation origines parentalité Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* », édité chez Odile Jacob.

Ce rapport a, selon le cahier des charges du groupe de travail :

« *pour tâche d'appréhender les métamorphoses contemporaines de la filiation, d'analyser la diversité de ses modalités d'établissement ainsi que les questions qu'elles soulèvent* », en particulier sur « *l'accès aux origines* » avec la problématique : d' « *Ouvrir l'accès à l'AMP aux couples de femmes* », grâce au « *don d'engendrement* » avec tiers donneur ainsi que les : « *Deux questions sur la gestation pour autrui* » avec : « *les deux points de vue, pro et contra* » pour et contre.

Ce rapport a-t-il été une base de réflexion pour la Cour de cassation dans son avis du 22 septembre 2014 ?

De plus, ce rapport s'inscrit dans la continuité de la loi du 17 mai 2013 comme le montre le rapport d'Erwann Binet (N°922 à l'Assemblée nationale) « *ouvrant le mariage aux couples de même sexe* » et repoussant l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes à une autre loi : « *notamment l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes étant renvoyé à un **autre cadre législatif**-au profit de la **loi sur la famille*** », c'est dire tout l'enjeu du rapport « Théry-Leroyer ».

Dans ce même esprit, la Vice-présidente de la **Commission des affaires sociales** du **Sénat**, le docteur Catherine Genisson, précise que « *La haute Assemblée devrait mettre en place une commission spéciale...* », ce qui montre l'importance de la question.

Toutefois, il apparaît maintenant que si le projet de loi a été reporté à **2015**, au plus tôt, le gouvernement, « **Matignon** », a annoncé que : « *l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation (AMP) aux couples lesbiens et la gestation pour autrui ne sont pas inscrits dans le projet de loi ni ne doivent faire l'objet d'amendements tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat* », propositions réaffirmées par le Premier ministre, Manuel Valls, en déplacement à Grenoble, le samedi 4 juillet 2015 à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le vendredi 3 juillet 2015 relatif à l'établissement de la filiation d'un enfant né du fait d'une maternité de substitution chez un couple gay. Si pour certains il faut saluer ce revirement courageux du gouvernement, qui s'inscrit dans l'intérêt supérieur de l'enfant, pour d'autres le problème n'est pas résolu et « l'ouverture » des techniques de reproduction assistée en faveur des couples homosexuels reste une revendication. En effet, comme l'a indiqué le Professeur Roger Henrion, il existe « *deux positions opposées* », ceux qui sont « contre » et ceux qui sont « pour », en l'occurrence l'**élargissement de l'indication sociétale de l'AMP** avec l'accès à l'insémination artificielle avec tiers donneur pour les couples lesbiens et de la légalisation de la maternité de substitution pour les couples gays.

En conséquence, le « **tourisme procréatif** » risque de **perdurer**, voire de s'amplifier, avec son cortège de problèmes d'établissement de la filiation, de l'accès aux origines et des risques pour ne citer que les principaux d'où l'importance de l'**information** en amont.

Il est donc urgent et impératif de traiter ce problème dans la deuxième partie de notre thèse pour sauvegarder l'intérêt supérieur de l'enfant, ces deux courants de pensée se retrouvant confrontés face à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ce passage du droit **de** l'enfant au droit **à** l'enfant, du génitif au datif latin, correspond au passage du **droit positif**, encadrant l'AMP *via* les lois de bioéthique, en particulier la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (articles 16 à 16-9 du code civil) à un **droit subjectif**, faisant « *valoir les principes révolutionnaires d'égalité et de liberté* » (Anne-Marie Leroyer, RDA, 60, février 2015).

Il nous faut, aussi, rappeler la **genèse** de la **loi du 17 mai 2013**, qui est en filigrane de la deuxième partie de notre thèse. En effet, si elle permet de marier les couples homosexuels, elle ne comble pas leur désir d'enfant à demi-génétique d'où ce tourisme procréatif.

En **Conseil des ministres**, le **7 novembre 2012**, la garde des Sceaux présentait le projet de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe comme « *une réforme de société même une réforme de civilisation* ».

Rappelons que, en avril 1792, les députés cherchèrent une définition du mariage civil, créé par la Révolution, et l'assemblée s'accorda sur la définition suivante :

« *Le mariage est l'union de **deux personnes de sexe différent*** », qui trouve sa consécration dans l'article 213 du code civil : « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ».

Le mariage était par essence hétérosexuel et avait pour finalité de fonder une famille. Mais, puisque la fécondation *in vitro* permet de concevoir un embryon avec deux gamètes, (le double don est toujours interdit par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique), il est facile de transgresser l'indication clinique d'infertilité de l'assistance médicale à la procréation.

En effet, pour un couple lesbien, il suffit de faire une insémination artificielle avec un don de spermatozoïdes, par contre pour un couple gay, qui ne peut par essence porter un enfant, il doit obligatoirement avoir recours à la gestation pour autrui, couplage d'une assistance médicale à la procréation *in vitro* avec conception de l'embryon avec

les spermatozoïdes de l'un des membres du couple et un don d'ovocyte et gestation par une mère de substitution, qui ne peut-être la mère génitrice, c'est-à-dire donneuse de son ovocyte.

Il ne faut pas confondre ce processus avec l'**accueil d'embryon** qui a été fait avec les gamètes du couple donneur qui n'a plus de projet parental.

Or, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, assortie du décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 et de la circulaire du 29 mai 2013, qui a légalisé le premier mariage d'un couple gay le mercredi 29 mai 2013 à Montpellier, si elle donne le droit à l'adoption au niveau du chapitre deuxième

« des dispositions relatives à la filiation adoptive et aux maintiens des liens avec l'enfant », n'ouvre pas le droit à l'assistance médicale à la procréation pour les couples lesbiens ni à la gestation pour autrui pour les couples gays.

En effet, la loi du 17 mai 2013 n'a pas transgressé la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique de 2011, qui a voulu, selon le rapport du Conseil d'Etat, maintenir la philosophie du triptyque des lois de bioéthique de 1994 pour les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation : un homme et une femme. Initialement, le projet de loi N° 344 *« ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe »*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012, était plus ambitieux. En effet, le Sénat avait déposé des amendements relatifs à l'ouverture à l'assistance médicale à la procréation pour les couples lesbiens qui n'ont pas été adoptés dans la loi du 17 mai 2013 face aux manifestations.

Ainsi, la loi, en n'allant pas au-delà du droit à l'adoption pour les couples homosexuels, a respecté les droits de l'enfant *versus* l'intérêt supérieur de la CIDE.

Or, en France, il y a très peu d'**adoptions nationales** faute de pupilles de la nation, peut-être consécutives à la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG). En France, selon l'INSEE, il ya une IVG pour 3 à 4 naissances.

Quant aux **adoptions internationales**, si elles représentent 80% de l'ensemble des adoptions en France, elles ont tendance à reculer et, aujourd'hui, il devient de plus en plus difficile d'adopter à l'étranger et nous pouvons présager que certains pays seront réservés vis-à-vis des couples homosexuels, voire fermés.

Le problème de la procréation pour les couples homosexuels, revendiquant le principe d'égalité avec les couples hétérosexuels, n'est donc pas résolu et reste la

pierre angulaire, d'autant plus que l'assistance médicale à la procréation pour les couples lesbiens et la gestation pour autrui pour les couples gays sont « *sortis* » du projet de loi sur la famille, qui devrait être examiné au Parlement en 2014 et, maintenant, au plus tôt en 2015, après que le Comité consultatif national d'éthique ait donné son avis sur l'opportunité « *d'ouvrir la PMA aux couples de femmes et des indications sociétales de la PMA* ».

En conséquence, à ce jour en France, la seule façon de « satisfaire » le désir d'enfant à tout prix, « **the children priceless** » pour un couple hétérosexuel, dont la femme souffre de pathologies utérines ou sans utérus de naissance ou à la suite d'une hystérectomie totale ou partielle, ou pour un couple homosexuel, par essence infécond, est de **transgresser** la loi française, voire la **nature humaine**, et de se rendre à l'étranger au cours d'un « **tourisme procréatif** » ou d'un « **exil procréatif** » puisque la gestation pour autrui est prohibée en France.

Mais, lors du retour des parents intentionnels avec leur enfant, né à l'étranger, (et encore, si celui-ci peut bénéficier d'un « *document de voyage* », visa de retour), dans leur pays d'origine, en l'occurrence la France, leur enfant a une **nationalité indéterminée** selon le qualificatif du « pôle de la nationalité française » de Paris du ministère de la Justice, ne pouvant même pas bénéficier du statut protecteur d'apatride, cette absence de statut « **stateless** », selon Paul Beaumont, étant contraire à l'article 7 de la CIDE.

C'est une famille « *hors-la-loi* » qui « *a utilisé la loi* (articles 16-7 et 16-9 du Code civil) *en la détournant de son sens* » selon le Conseiller d'Etat, Denis Rapone, ou qui a commis une « *fraude à la loi* » selon l'arrêt de la Cour de cassation du 13 septembre 2013 qui vient d'être remis en question avec l'avis du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation, qui privilégie l'intérêt supérieur de l'enfant sur son mode de procréation, ainsi qu'avec l'arrêt du 3 juillet 2015 de la Cour de cassation.

Les faits étant là, après avoir **analysé** comment se déroule la maternité de substitution à l'étranger, il s'impose de s'interroger sur les **évolutions** à venir et donc de s'interroger sur **l'élargissement des indications** de l'assistance médicale à la procréation, tendant vers une assistance médicale à la procréation « **sociale** » ou plutôt « **sociétale** » pour les couples lesbiens et sur la maternité de substitution ou gestation pour autrui (GPA) pour les couples hétérosexuels, dont la femme n'a pas ou n'a plus d'utérus, et pour les couples gays avec pour **référentiel** la **Convention**

internationale des droits de l'enfant (CIDE) et son intérêt supérieur ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme pour l'établissement de sa filiation. Dans ce cadre de l'établissement de la filiation, le 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt (CEDH 185 du 26 juin 2014) a estimé que « *l'Etat français est allé au-delà de ce que lui permettait sa **marge d'appréciation**. La Cour conclut que le droit des enfants au respect de leur vie privée a été méconnu, en **violation** de l'article 8* » de la Convention européenne des droits de l'homme, cet arrêt étant opposé à celui de la Cour de cassation du 13 septembre 2013 rendu sur une « *fraude à la loi* », mais s'inscrivant désormais dans la jurisprudence de la Cour de cassation avec l'avis du 22 septembre 2014 et l'arrêt du 3 juillet 2015.

Même, si, par cet arrêt du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme et cet avis du 22 septembre 2014 ainsi que l'arrêt du 3 juillet 2015 de la Cour de cassation, nous constatons une évolution positive de la jurisprudence, le problème de **fond** demeure : pouvons-nous passer des droits **de** l'enfant aux droits **à** l'enfant ?

Irène Théry dans un article paru dans la revue Droit de la famille, (N° 7-8- juillet-août 2013), traduit la loi du 17 mai 2013 comme un **cataclysme** dans le droit de la famille : « *Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation* ».

Si l'homosexualité a existé de tout temps, elle a subi différentes fortunes depuis Athènes : rappelons la condamnation d'Oscar Wilde en 1893, puis la dépénalisation de l'homosexualité par la loi n° 81-736 sous l'instigation du garde des Sceaux, ministre de la Justice, Robert Badinter, et, enfin, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ou « World Health Organisation » (WHO) qui a rayé l'homosexualité de la liste des maladies mentales, le 17 mai 1990, désormais date retenue pour la commémoration de la journée internationale contre l'homophobie.

Dans cette continuité, le **pacte civil de solidarité** (PACS), institué par la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, (JO 16 nov. , p. 16959), s'inscrit dans l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme relative à : « *L'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,...* ». Mais le PACS n'était qu'un **premier palier**.

En effet, selon l'exposé des motifs de l'Avant-Projet de Loi « *visant à ouvrir le mariage et l'adoption aux couples de même sexe* » : « *L'idée de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a constamment progressé depuis le vote de la loi du 15 novembre 1999 sur le PACS, ...* ».

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* a été adoptée et promulguée après de nombreux débats au Parlement et de manifestations.

Le projet de loi « *visant à ouvrir le mariage et l'adoption aux couples de même sexe* », déposé par la garde des Sceaux en **Conseil des ministres** le mercredi **31 octobre 2012**, les rapports Erwann Binet à l'Assemblée nationale (N°922) et Jean-Pierre Michel au Sénat (N°675) ayant été rendus, adopté en première lecture à l'**Assemblée nationale** le dimanche **27 janvier 2013**, puis par le Sénat et l'Assemblée nationale en deuxième lecture, a fait l'objet d'une saisine du **Conseil Constitutionnel** par plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs, selon l'article 61-§ 2 de la Constitution, pour un **contrôle de constitutionnalité**.

Par la décision DC n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 (JORF n° 0114 du 18 mai 2013), le Conseil Constitutionnel se référant à l'article 34 de la Constitution de la V^e République, selon lequel : « *La loi fixe les règles concernant : l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités* » a décidé que : « *Les articles 1^{er}, 7, 8, 11 à 14, 19, 21 et 22 de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe sont conformes à la Constitution* », confirmant ainsi que le **mariage relève du législateur parlementaire et non du législateur constitutionnel** et que dans le mariage la différence de sexe n'est pas ou n'est plus un « *Principe fondamental reconnu par les lois de la République : PFRLR* » à la différence de l'**altérité sexuelle**.

Cette décision montre que la **reconnaissance juridique au sein de l'Union européenne des couples homosexuels**, qui a eu pour origine celle des couples transsexuels, s'est produite avec une **grande rapidité** et une grande évolution au cours de ces dernières années comme en témoigne l'affaire Schalk et Kopf c / Autriche, dans l'arrêt du **24 juin 2010** (requête n° 30141/04).

Dans cette affaire, Horst Michael Schalk et Joan Franz Kopf, formant un couple homosexuel et vivant à Vienne, revendiquaient un droit au mariage en fonction de

l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée le 7 décembre 2000 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, ainsi libellé : « *Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* » et alléguaient de la violation de l'article 14 relatif à la discrimination, combiné à l'article 8 relatif à la vie privée de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, dans son arrêt la Cour :

« dit, par quatre voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention ».

L'opinion dissidente commune aux trois juges était-elle les prémices à la loi « *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* », la Cour laissant une **marge d'appréciation** quant aux **législations internes** pour chaque **Etat membre** selon le principe : « *mutatis mutandis* (les choses ayant changé, il faut faire des changements) » ?

Notons qu'en 2013 avant même que la loi du 17 mai ne soit promulguée, l'Union nationale des associations familiales (UNAF) avait constitué un dossier sur :

« Les questions du mariage, de la filiation et de l'autorité parentale pour les couples de même sexe ».

Ainsi, la loi n° 2013-404 du 17 mai **2013** (JORF n°01114 du 18 mai 2013) *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* a remis en cause

« L'institution pluriséculaire du mariage traditionnellement défini comme étant un acte juridique solennel par lequel l'homme et la femme établissent une union dont la loi civile règle les conditions, les effets et la dissolution » selon l'**Exposé des Motifs de l'Avant-Projet de Loi** « *visant à ouvrir le mariage et l'adoption aux couples de même sexe* ».

Cette **définition du mariage** puise sa source dans l'**arrêt n° 511 du mardi 13 mars 2007** (pourvoi n° 05-16.627) de la Première chambre civile de la Cour de cassation en rejetant le pourvoi relatif à l'annulation du **premier mariage de couple homosexuel** gay célébré le 5 juin 2004, par le député-maire de Bègles (Gironde), Noël Mamère. :

« Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS

REJETTE le pourvoi ».

Toutefois, la troisième « *branche* » de l'arrêt donnait une ouverture au législateur :

«3° / *que par l'article 12 de la Convention se trouve garanti le droit fondamental de se marier et de fonder une famille ; ...* » *qu'en excluant les couples de même sexe, que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, de l'institution du mariage, cependant que cette réalité biologique ne saurait en soi passer pour priver ces couples du droit de se marier, ...* ».

Ainsi, les trois dates clefs : 1999 (PACS°) – 2007 (arrêt n° 511 du 13 mars 2007 de la Cour de cassation) – 2010 – (arrêt Schalk et Kopf c. Autriche) ont été les prémices à la loi du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, qui est le **deuxième palier**.

Analysons le dispositif de la loi, qui comporte cinq chapitres :

les chapitres I et II modifient sur le **fond** le droit de la famille :

le chapitre I : « *Dispositions relatives au mariage* » et

le chapitre II : « *Dispositions relatives à la filiation adoptive et au maintien des liens avec l'enfant*»,

le chapitre III porte sur la **forme** : « *Dispositions relatives au nom de famille* », visant à mettre en cohérence le **vocabulaire** du code civil, », en mettant en conformité les textes avec la loi en « remplaçant » les mots de « pères et mères » et ceux de « mari et femme » par ceux de « *parents* » et « *d'époux* », mots prononcés par les enfants dès leur plus jeune âge et, par les jeunes mariés trop fiers dès le jour de leur mariage...

Remarquons que l'intitulé de la loi n° 2013- 404 du 17 mai 2013 a été réduit au simple titre de : « *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* », alors que l'avant-projet de loi avait pour titre : « *visant à ouvrir le mariage et l'adoption aux couples de même sexe* », « *l'adoption aux couples de même sexe* », étant reportée au niveau du deuxième chapitre II, « *Dispositions relatives à la filiation adoptive...* », subtilité, voulue probablement par le législateur, montrant ainsi que d'une part il y a le droit au mariage et, que d'autre part il y a le droit à l'adoption, mais pas d'autres droits, sous-entendu pas d'ouverture aux techniques de procréation assistée, qui, effectivement ne se retrouvent pas niveau du chapitre II.

Le chapitre premier concerne les « *dispositions relatives au mariage* » ;

le chapitre deuxième celles « *relatives à la filiation adoptive et aux maintiens des liens avec l'enfant* », reflétant les débats parlementaires et s'inscrivant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré dans le considérant 53 de la décision DC n° 2013-669 du 17 mai 2013 du Conseil Constitutionnel « *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* » ainsi que dans le considérant 54, rappelant l'article 353 du Code civil, : « *et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant* », Les chapitres III : « *Dispositions relatives au nom de famille* », IV : « *Dispositions de coordination* » et V : « *Dispositions diverses, transitoires et finales* » sont plus formels adaptant les textes préexistants avec la nouvelle loi.

Il est à noter que le Conseil Constitutionnel dans les considérants 75 et 76 de sa décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013 a « *déclaré conforme à la Constitution le recours aux ordonnances* » (75) ainsi qu' « *à prendre par voie d'ordonnance certaines mesures de coordination...* » (76) en coordination avec l'article 14 du chapitre IV : Dispositions de coordination

I.- « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance :*

1° *Les mesures nécessaires pour adapter l'ensemble des dispositions législatives en vigueur...* ».

Mais, cette consécration du mariage homosexuel, ouvrant la voie à l'adoption, répond-t-elle à l'intérêt supérieur de l'enfant et à l'article 7 de la CIDE, à moins qu'il n'y ait déjà dans le mot « parents » un visa pour les couples homosexuels pour revendiquer l'assistance médicale à la procréation ?

Si la loi ne prévoit pas l'insémination artificielle pour les couples lesbiens et l'assistance médicale à la procréation *via* une gestation pour autrui (GPA) pour les couples gays, la libéralisation de ces deux procédés en leur faveur ne ferait que reconnaître la différence entre les hommes et les femmes, dans leurs fonctions reproductrices, et laisserait entières les difficultés liées à la multiplication des liens, à l'accès aux origines et à la question de la branche parentale laissée vacante du fait de l'anonymat du don de gamètes.

Aussi, face à cette nouvelle forme d'**homoparentalité** et non de biparentalité, au confluent du droit civil et de la biologie de la reproduction humaine avec les nouveaux modes de procréation, la filiation, considérée comme hétérosexuée dans le code civil, doit être en parfaite harmonie avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

En effet, le désir d'enfant à tout prix, « the children priceless », peut conduire des couples à se rendre à l'étranger pour recourir à des techniques de procréation assistée prohibées en France, telles que la gestation pour autrui (GPA) pour un couple hétérosexuel, voire homosexuel gay, ou à une insémination artificielle pour une femme célibataire.

La circulaire (N° NOR : JUSC 1301528C, N° circulaire : CIV/02/13) de la garde des sceaux du vendredi 25 janvier 2013, d'application immédiate, dont l'objet est la « *Délivrance des certificats de nationalité française-convention de mère porteuse- Etat civil étranger* » selon l'intitulé : « *Délivrance des certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui* », s'inscrit dans l'article 3 §1 de la CIDE, relative à l'intérêt supérieur de l'enfant, permettant à l'enfant, né du fait d'une gestation pour autrui à l'étranger, d'avoir un état civil français et des droits qui en découlent », et respectant la hiérarchie des normes selon l'article 55 de la Constitution : « *Les traités ou accords* » (en l'occurrence la Convention de New York) « *régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois* ».

Dans cette « régularisation » de l'état civil des enfants, nés du fait d'une gestation pour autrui à l'étranger, l'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié *in abstracto*, prévaut sur l'ordre public international et sur le principe d'indisponibilité du corps humain, énoncé dans un grand arrêt du 31 mai 1991 de la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, (Ass. Plén. 31 mai 1991, JCP 1991- II- 21752) faisant l'objet d'une interdiction légale depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative à la bioéthique (article 16-7 du Code civil) et réitéré dans trois arrêts de la Cour de cassation n° 369, n° 370 et n° 371 (pourvois N° 09-664.486, N ° 09 617. 130 et N° 10-19053) du 6 avril 2011 de la première chambre civile.

Le professeur Jean Bernard, qui fut le premier Président du Comité consultatif national d'éthique, avait été invité par la Cour de cassation non comme médiateur ni expert, mais en tant que *amicus curiae* (ami de la Cour) en qualité de « *sachant* », (Les grands arrêts de la jurisprudence civile, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, page 363 Dalloz).

Aussi, bien que cette circulaire n'ait pas de valeur normative et n'ait pas été contestée par le Conseil d'Etat dans sa décision du 12 décembre 2014, ne risquera-t-elle pas d'inciter au tourisme procréatif ?

Ainsi, le titre de ma thèse, déjà précité,

« **De la filiation face aux nouvelles techniques de procréation au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant** »

a pour finalité de montrer que l'établissement de la filiation de l'enfant, son premier statut juridique, doit être la « colonne vertébrale » de la mise en œuvre d'une technique de procréation assistée pour en préserver ses dérives et respecter la Convention internationale des droits de l'enfant.

De fait, au niveau national, la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique conserve la même philosophie pour les conditions des bénéficiaires de l'AMP et les indications de l'assistance médicale à la procréation (AMP) qu'en 1994 et 2004 avec le maintien de l'anonymat pour le don de gamètes, l'assistance médicale à la procréation respectant ainsi les droits de l'enfant et son intérêt en conformité avec la Convention internationale des droits de l'enfant.

Mais face au désir d'enfant à tout prix, « **the children priceless** », des couples hétérosexuels en « désespérance » d'enfant et souhaitant avoir leur propre enfant génétique ou « **own genetic children** », voire homosexuels, arguant de revendications « égalitaires » et de discrimination à leur égard, n'hésitent pas à transgresser les droits **de** l'enfant au profit des droits **à** l'enfant, passant de « **de** » à « **à** », du génitif au datif en latin, par violation de la Convention internationale des droits de l'enfant, et se rendent à l'étranger, *via* un tourisme procréatif, pour avoir recours à des techniques de procréation assistée, prohibées en France telles que la maternité de substitution ou gestation pour autrui (GPA) ou « **surrogacy maternity** ».

A l'ère de la **mondialisation**, terme désignant le développement de liens d'interdépendance entre hommes, activités humaines et systèmes politiques à l'échelle du monde, et en constante expansion depuis la disparition des deux « blocs » est-ouest de la guerre froide, du fait de l'extension à l'échelle internationale de la maternité de substitution et de ce véritable phénomène « *de soin reproductif transfrontalier* », (« **crossborder reproductive care** »), et de la « **porosité** » des frontières, nous tenterons d'**analyser la problématique de la maternité de substitution** ou gestation pour autrui (GPA).

Si les progrès de la biologie de la reproduction permettent à des couples ne pouvant procréer, hétérosexuels par exemple par l'absence d'utérus chez la femme, ou homosexuels, par essence inféconds, d'avoir un enfant *via* une technique d'assistance médicale à la procréation, détournée de son indication clinique et pratiquée grâce à une mère de substitution ou « **surrogate mother** », la maternité de substitution (« **surrogacy** ») ou la gestation pour autrui (GPA) pose immédiatement le dilemme des **libertés individuelles** dans le contexte de la **Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme** (CESDH) et de l'**autonomie** des parents face à leurs **responsabilités** parentales et à l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3§1 de la CIDE) à naître, créé, en ayant recours à un prêt d'utérus, contraire aux principes de bioéthique de non patrimonialité et d'indisponibilité du corps humain, inscrits dans la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative à la bioéthique (articles 16-5 et 16-7 du code civil).

Face à une augmentation exponentielle des maternités de substitution entre 2006 et 2010, selon les données de l'université d'Aberdeen, nous étudierons la gestation pour autrui ou maternité de substitution dans le cadre d'une « **marchandisation à l'ère de l'économie numérique** », conduisant à un « **baby click** » ou à un « **e.baby** » selon les termes du Conseiller d'Etat, Denis Rapone.

En résumé, dans le cadre de l'**économie numérique**, la « marchandisation » du corps humain, le « **baby business** », conduit à un « e.baby » avec tous les **risques** pour la mère de substitution, l'enfant à naître, et les parents intentionnels, acteurs constituant le « **triptyque de la maternité de substitution** », et au problème de fond de l'**anonymat** du don de gamètes, c'est-à-dire le problème de l'**accès aux origines** pour l'enfant, même si une **solution juridique** était trouvée au niveau international, européen et national pour établir la **filiation de l'enfant**.

Nous verrons comment Debora L. Spar montre dans « The Baby Business » que « *l'argent, la science et les politiques conduisent le commerce de la conception* ». Michèle Bratcher Goodwin montre, également, comment l'argent et les politiques peuvent créer des familles ou « creating families ».

Ou bien encore, Naomi R. Cahn montre comment de nouvelles parentés (« The New Kinship ») peuvent se construire grâce à des familles conçues *in vitro* (« Test Tube Families »).

La GPA serait-elle un « **process** » (processus) entre la mère de substitution et la mère d'intention pour donner un « **product** » (produit) fait en suivant une « **procedure** » (procédure) selon Francis Mégerlin contraire à la dignité de l'enfant, transformant un sujet de droit en un objet dans le cadre d'un contrat ?

La maternité de substitution ou gestation pour autrui, ayant un caractère international, les « cliniques de fertilité » (fertility clinic) ou les agences de gestation pour autrui, « maternity of surrogacy » présentent sur leurs sites internet *via* les canaux du réseau internet, « *supprimant frontières et espace* » selon le Conseiller d'Etat, Denis Rapone, ancien membre de l'Autorité de Régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et membre de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI), leur programme international « *promettant de résoudre les problèmes d'infertilité par des techniques de fertilisation in vitro et d'offrir leurs services de **gestation pour autrui, à condition d'en payer le prix*** », annonçant ainsi les deux types de maternité pour autrui, soit de type de haut coût « **high cost** », soit de type de bas coût « **low cost** » comme une compagnie d'aviation.

En effet, selon les Etats d'Europe, d'Amérique, d'Asie, d'Australie et d'Afrique, il existe de grandes disparités économiques, allant du haut au bas prix « **high** » au « **low cost** ».

Comment lutter, alors, contre ces trafics donnant des « *enfants-produits, fabriqués par les uns pour être remis à d'autres* » selon Muriel Fabre-Magnan (La gestation pour autrui Fictions et réalité, Muriel Fabre-Magnan, Fayard) ?

Les agences de fertilité ou agences de maternité de substitution mettent en relations les différents protagonistes, principalement les couples hétérosexuels commanditaires ou parents intentionnels infertiles et pleins d'espoir, ou des couples homosexuels, hommes ne pouvant procréer sans avoir recours à une donneuse d'ovocytes (mère gestationnelle) et à une mère porteuse ou mère de substitution, « surrogate mother »

qui donne naissance mais qui ne peut donner ses ovocytes, et les différents acteurs : biologistes, obstétriciens, psychiatres, juristes, avocats.

Sans être exhaustif, nous essayerons d'examiner les **risques** pour la mère de substitution au cours de sa grossesse, de son accouchement et du *postpartum*, pour l'enfant et pour les parents commanditaires ou intentionnels (« **intending parents** »), terme moins mercantile, dans le cadre de leurs relations avec la mère de substitution durant la grossesse, l'accouchement et à la naissance de l'enfant, qui pourrait ne pas être remis (« donné ») par la mère de substitution aux parents commanditaires.

Quant à l'enfant, il faut souligner l'importance de la **vie in utero**, du rôle du placenta d'origine uniquement maternelle et des échanges *via* la circulation foeto-maternelle entre la mère de substitution et l'embryon jusqu'à deux mois de grossesse, puis du fœtus jusqu'à la naissance.

Notons la vulnérabilité fœtale face à des toxiques environnementaux ou à des perturbateurs endocriniens, (« **endocrine disruptors** »). Rappelons le cas du diéthylstilbestrol/DES, distilbène, tristement célèbre.

Il faut souligner l'importance de la **régulation épigénétique**, de *epi* (.....) sur et *genesis* (.....) origine en grec, du placenta, l'épigénétique étant définie « *comme des modifications de l'ADN affectant l'expression des caractères via des mécanismes de méthylation dans la séquence de l'acide désoxyribonucléique : ADN sous-jacent* » (L'essentiel de la génétique, Pierce, chapitre 4, page 96, manuel, de boeck) dans le développement et la croissance du fœtus pouvant se traduire à court terme par une naissance prématurée, à moyen terme par l'apparition d'un autisme chez l'enfant et à plus long terme chez l'adulte et la personne âgée par des pathologies telles que l'asthme, le diabète, l'obésité, pouvant entraîner une transmission transgénérationnelle, c'est-à-dire aux générations suivantes.

L'enfant, né du fait d'une gestation pour autrui, serait-il un « **enfant hybride** » à l'ère des fruits et des légumes génétiquement modifiés et des voitures hybrides ?

Quelles seront les conséquences pour l'enfant sur le plan somatique et psychique ? Comment vivra-t-il la « révélation de son mode de conception » si le secret en est levé, ce qui est souhaitable selon d'une part les pédopsychiatres et les psychologues, et d'autre part les sociologues ?

Faut-il maintenir des relations entre la mère de substitution et l'enfant et ses parents intentionnels après la naissance de l'enfant ?

Pourrait-il exister une GPA « éthique » ?

Si les parents commanditaires sont des couples homosexuels, comment l'enfant intégrera-t-il cette forme « d'**homoparentalité** », ou encore cette famille uniparentale ou unisexe, si éloignée de la famille « **nucléaire** » fermée traditionnelle ?

Nous étions passés du paradigme patriarcal de la filiation, père-fils, au nouveau paradigme de la filiation, celui du couple, couple-enfant. Comment l'enfant intégrera-t-il cette filiation unisexe ?

Quelle **définition** donner de la **famille** ?

Comme le rappelle le doyen Jean Carbonnier : « **Famille, contrat, propriété sont, de tradition les trois piliers de l'ordre juridique** » (Flexible droit, page 255).

Même si l'évolution de la famille est inéluctable, elle doit rester un socle pour garantir « *l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

C'est dans ce cadre que le doyen Jean Carbonnier définit la famille.

FAMILLE. – « *Les savants d'il y a cent ans se demandaient d'où elle venait, ceux d'aujourd'hui se demandent plutôt où elle va. L'hypothèse étant que l'organe ne se maintient que par la fonction, quelques-uns s'inquiètent de voir la famille perdre peu à peu ses fonctions, notamment au profit de la société. Mais d'autres croient à une pérennité de fonctions en profondeur, sous des remous de surface* » (Flexible droit page 279).

Pour l'académicien, Jean d'Ormesson, « *Où la famille se dégingue ...et où souffle assez fort la tempête de la fin du IIème millénaire* » (Jean d'Ormesson de l'Académie française, Un jour je m'en irai sans avoir tout dit, Robert Laffont).

En conséquence, le législateur doit être conscient de sa responsabilité dans la « *politique législative de la famille* ». « *L'expression marque l'articulation de la législation à la politique* » (Jean Carbonnier, Flexible droit, page 285).

Comment l'enfant intégrera-t-il l'**anonymat du don de gamètes** le privant *de facto* de la connaissance de la moitié de la « double hélice » de l'acide désoxyribonucléique, l'ADN de James Watson et Francis Crick, et occultant ainsi la

moitié de son arbre généalogique, la réduisant à une « **simple hélice** » selon le professeur Jean-Michel Warnet.

Le génome est si important que l'UNESCO a adopté à l'unanimité et par acclamation le 11 novembre 1997 « la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme ».

Rappelons la quête d'identité des enfants adoptés et la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, instituant le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP).

Le **principe de précaution**, concernant à l'origine le droit de l'environnement, instituée par la loi n° 95-101 du 2 février 1995, dite « loi Barnier », doit être transposé à l'environnement de la mère porteuse, spécialement à celui de la vie *in utero* de l'enfant et à sa naissance.

Comment connaître les origines génétiques de la mère de substitution, son état de santé et surveiller l'environnement de la mère porteuse, même si elle est « sélectionnée » par les agences de fertilité ?

S'il s'avère que l'enfant a une pathologie se manifestant à court ou moyen terme, les parents intentionnels ne pourront-ils pas ressentir une **culpabilité** du fait d'avoir eu recours à une tierce personne pour porter leur enfant ? Quelle sera leur **responsabilité** ? Seront-ils prêts à accueillir l'enfant, si au cours de la grossesse le diagnostic prénatal révèle une anomalie génétique, tel le syndrome de Down, comme en témoigne la triste affaire du bébé australien en août 2014 ?

Quelle responsabilité les parents intentionnels seront-ils tentés d'attribuer à la mère de substitution puisque, c'est cette dernière, qui peut décider de la poursuite ou de l'interruption médicale de grossesse, si celle-ci est licite dans le pays où vit la mère de substitution.

Par ailleurs, l'un des points importants à la naissance de l'enfant est l'établissement de sa **filiation**, permettant de dresser son acte de naissance en conformité avec l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), dite encore Convention des droits de l'enfant des Nations-Unies, (« CRCUN ») due à la localisation du siège des Nations-unies à New-York dans le sud de Manhattan.

Or, il existe trois situations de fait, trois types de pays, concernant la maternité de substitution (« surrogacy ») ou gestation pour autrui (GPA) avec trois « *régimes applicables à la maternité de substitution* » selon l'expression de la direction

générale des politiques internes du département thématique C du parlement européen :

les Etats, qui l'ont admise et la réglementent soit en l'ouvrant à tous, soit en la réservant uniquement à leurs nationaux, au risque d'une discrimination pour les ressortissants d'autres Etats,

les Etats, qui la tolèrent sans la réglementer,

et les Etats, qui la prohibent, interdisant la maternité de substitution ou gestation pour autrui (GPA), ce qui est le cas de la France.

En conséquence, lorsque les parents intentionnels, originaires d'un Etat où la maternité de substitution est prohibée (la France par exemple), procèdent à une maternité de substitution dans un Etat où elle est licite (la Californie aux USA par exemple), à leur retour en France par exemple, ces parents intentionnels ne pouvaient jusqu'à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du **26 juin 2014** faire transcrire l'acte de naissance de leur enfant sur le registre français d'état civil ni faire reconnaître leur filiation juridique vis-à-vis de l'enfant conçu selon un procédé contraire à l'ordre public, en vertu du principe d'indisponibilité du corps humain, formulé par la Cour de cassation, (article 16-7 du code civil) et ayant, déjà, généré une jurisprudence par les trois arrêts de 2011 (n° 369, n° 370, n°371 du 6 avril 2011) de la Cour de cassation, renforcés par l'arrêt du 13 avril 2013, relatif à la « *fraude à la loi* ».

Mais, le jeudi 26 Juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme rendait deux arrêts *princeps* Labassée c. France et Mennesson c. France en séparant d'une part, selon l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH), l'intérêt des parents *in concreto*, droit au respect de la vie privée et familiale, et d'autre part l'intérêt supérieur des enfants *in abstracto* en leur reconnaissant un droit à ce que leur filiation à l'égard du parent biologique soit établie.

Dans cette continuité, la Cour de cassation opère un revirement à 180 degrés de la jurisprudence avec l'avis n°15010 du 22 septembre 2014, suivi de la décision du Conseil d'Etat du vendredi 12 décembre 2014 et, à nouveau, pour la Cour de cassation avec l'arrêt du 3 juillet 2015.

Ainsi, se constitue l'**arsenal jurisprudentiel de l'intérêt supérieur des droits de l'enfant** avec la circulaire de la garde des sceaux du 25 janvier 2013, relative à la délivrance des certificats de nationalité française, les deux arrêts du 26 juin 2014 de

la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à l'établissement d'un lien de filiation, l'avis du 22 septembre 2014 et l'arrêt du 3 juillet 2015 de la Cour de cassation ainsi que la décision du Conseil d'Etat du 12 décembre 2014 et celle du jeudi 12 novembre 2015, relative au maintien de l'anonymat.

Toutefois, cette jurisprudence ne doit pas être un visa pour une légalisation de la maternité de substitution.

Cette **maternité de substitution** présentant de surcroît un **caractère international**, il est urgent que les institutions donnent des instruments juridiques pouvant concilier les progrès de la biologie de la reproduction et les droits de l'enfant, permettant de régler le **statut juridique de l'enfant**, en ce qui concerne les effets des actes de naissance établis à l'étranger, en France par exemple, en donnant à l'enfant un statut juridique et civil.

Pour répondre à ce phénomène social et pour rester garant des droits de l'enfant, qui sont totalement opposés, le **Bureau Permanent (BP)** de la **Conférence de la Haye de droit international privé** (« Hague Conference on Private International Law ou HccH »), créée en **1893** pour travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé (« *to work for the progressive unification of the rules of private international law* »), (Hague Conference on Private International Law, from Wikipedia, the free encyclopedia, page 1), dans un désir de conciliation, s'est saisi du problème en établissant, dès 2011, des notes, des rapports, des études et des projets :

mars 2011 : Document préliminaire No 11 de mars 2011 à l'intention du Conseil d'avril 2011, **note** sur les « Questions de droit international privé concernant le **statut des enfants**, notamment celles résultant des **accords de maternité de substitution à caractère international** », précédant en

mars 2012 : le « **Rapport** préliminaire sur les problèmes découlant des **conventions de maternité de substitution à caractère international** », et en

mars 2014, une : « **Etude** sur la **Filiation juridique** et questions découlant des **conventions de maternité de substitution à caractère international** », suivie en

avril 2014 du projet de couplage :

« Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre projet **Filiation / Maternité de substitution** », suivie en

février 2015 de : « **Le projet Filiation / Maternité de substitution** : Note de mise à jour ».

Dans ce cadre, la Conférence de La Haye travaille en lien avec l'institution, responsable de l'Etat civil sur le plan international, qui est la **Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC)**, institution internationale, siégeant à Strasbourg, dont la création résulte de la signature à Berne (Suisse) d'un « Protocole relatif à la Commission Internationale de l'Etat Civil » le 25 septembre 1950, par cinq Etats, (Belgique, France, Luxembourg, Pays-Bas et Suisse), comprenant non seulement des officiers d'état civil mais aussi des représentants des Etats (Ministres des Affaires étrangères, de l'Intérieur et de la Justice), des magistrats, des professeurs de droit des Etats membres, chargés de promouvoir une coopération et une collaboration interétatique en matière d'état civil ce qui a conduit le CIEC à élaborer de nombreux instruments, conventions et recommandations ainsi que des publications.

Le Secrétariat Général de la CIEC et le professeur Frédérique Granet à l'université de Strasbourg ont rédigé une note de synthèse sur :

« **La Maternité de substitution et l'Etat civil de l'Enfant dans des Etats membres de la CIEC** ».

La Conférence de La Haye est aussi en rapport avec le **Conseil de l'Europe**, dont l'Assemblée parlementaire a rédigé un

« **Projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales** », visant à fixer des principes juridiques communs concernant le statut juridique des enfants en « *tenant compte des évolutions juridique, sociale et médicale des dernières décennies* » en matière de vie familiale et de procréation médicalement assistée.

Ce projet de Recommandation n'a pas encore été adopté par le Comité des ministres de Conseil de l'Europe, laissant le choix, selon sa marge d'appréciation, à chaque Etat membre, et entraînant *de facto* une absence de consensus vu la « *diversité des situations* » selon Laurence Lwoff, secrétaire du Comité de Bioéthique (DH-BIO).

Au **niveau national**, notons la « Proposition de loi autorisant la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger du fait d'une

gestation pour autrui » du sénateur du Cantal, Jacques Mézard, et enregistrée à la Présidence du Sénat le **31 juillet 2012**, qui a, peut-être, engendrée la **circulaire CIV/02/13** de la garde des Sceaux du **25 janvier 2013** d'application immédiate.

Cette proposition de loi permettrait à la France de respecter la Convention internationale des droits de l'enfant, la priorité de toutes ces techniques de procréation assistée étant de respecter l'intérêt supérieur de l'enfant qui n'est pas responsable de son mode de conception. Mais est-il nécessaire de légiférer face à l'évolution ultra-rapide de la jurisprudence (26 juin 2014-3 juillet 2015, soit un an et 7 jours) ? En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait évoluer très rapidement celle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation en matière de procréation assistée.

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe **permet**, selon l'article 8 du chapitre II (« Dispositions relatives à la filiation adoptive et aux maintiens des liens avec l'enfant ») à :

*« L'enfant précédemment adopté par une simple personne, en la forme simple ou plénière, » de pouvoir « l'être une seconde fois par le conjoint de cette dernière en la forme simple » en établissant une « **filiation adoptive** » à l'égard de l'enfant vis-à-vis de l'autre conjoint. Cette disposition s'inscrit dans le considérant 54 de la Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, faisant référence au « dixième alinéa de la Constitution de 1946 selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».*

Toutefois, cette loi ne risque-t-elle pas de ne pas combler toutes les aspirations des couples homosexuels, désirant leurs « **own half genetic children** » (propres demi-enfants génétiques), revendiquant, selon le principe de non-discrimination, le droit à l'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuelles lesbiens et à la gestation pour autrui pour les couples hommes gays ?

Ainsi, le « couple de même sexe » nouvellement formé ne sera-t-il pas tenté d'avoir ses « propres demi-enfants génétiques » *via* une assistance médicale à la procréation pour les femmes ou une gestation pour autrui pour les hommes, au cours d'un tourisme procréatif plutôt que d'adopter des enfants, déjà nés.

Si le **Conseil Constitutionnel** dans les considérants 68 et 69 de la Décision DC n°2013-669 du 17 mai 2013 a prévu de nouvelles rédactions des codes civil et du travail, il n'en a prévu aucune pour le code de la santé publique, consacrant ainsi les

indications cliniques de l'assistance médicale à la procréation et l'intérêt supérieur de l'enfant.

Nous pouvons, également, nous interroger sur le **devenir des enfants nés d'une mère de substitution**. En effet, quand bien même les institutions élaboreraient des instruments juridiques rendant compatibles les progrès de la biologie de la reproduction permettant de créer la vie *in vitro*, et l'intérêt supérieur de l'enfant, en lui reconnaissant une filiation en réponse à l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant des Nations-Unies, la maternité de substitution ne permet-elle pas la naissance d'enfants « hybrides », l'embryon et le fœtus se développant dans un autre environnement, l'utérus ne servant que d'« incubateur » ?

L'une des seules indications cliniques de la gestation pour autrui étant l'adénomyose utérine : fibrome utérin avec endométriose, l'avenir ne serait-il pas de s'orienter vers une **transplantation autologue** ou **isotransplantation** (de même espèce) d'**utérus** sous couvert de traitement immunosuppresseur ou de corticoïdes à partir de donneuse décédée ou vivante, permettant de rester dans une famille hétéroparentale ?

La première transplantation, malheureusement suivie d'un rejet de la greffe, eut lieu en 2000 à Djeda (Arabie Saoudite), la seconde en Turquie avec le docteur Özkan, puis en Suède à Göteborg avec le professeur Mats Brännströmmen 2012.

En France, au CHU de Limoges, dans le cadre du « programme enfance » (du 31 juillet 2012 au premier août 2013) des travaux sont en cours avec le docteur Pascal Piver dans le service du Professeur Yves Aubard avec l'espoir d'espérer une naissance après une transplantation utérine « *live birth after uterine transplantation* ». Des avis et des recommandations sont formulées pour ces chirurgies innovantes mais difficiles (temps de l'intervention de l'ordre de 10 à 14 heures).

De plus, maintenant, en Suède à Göteborg les équipes s'attellent à l'utérus artificiel. Cependant, s'il est possible de pallier l'absence d'utérus et de placenta pour un prématuré, né à 24 semaines d'aménorrhée (SA), la création d'un **utérus artificiel**, soit par coculture d'embryon et de cellules endométriales, soit par perfusion des vaisseaux ombilicaux du fœtus au moyen d'une circulation extracorporelle, se révèle encore très complexe.

A cette question de l'**environnement de la mère de substitution**, nous pouvons répondre que, selon l'article L.2141-4 du code de la santé publique, la loi permet l'**accueil** par « *un autre couple* » d'un embryon « *S'ils n'ont plus de projet parental* »

et s'ils y consentent. Mais dans ce cas, même si l'embryon n'a pas de lien génétique avec ses parents d'accueil et qu'il se développe dans un autre environnement, la mère qui le porte ne doit pas « rendre » l'enfant à la naissance et l'enfant reste dans sa « famille d'accueil ».

Ces pratiques de techniques de reproduction assistée non validées font apparaître la problématique du **rapport bénéfique / risque** et de la remise en cause des droits de l'enfant, en particulier ceux concernant sa filiation, et les risques pour « sa santé physique et mentale », selon les termes de l'Organisation mondiale de la santé ou selon l'adage latin *mens sana in corpore sano* : un esprit sain dans un corps sain.

Il devient donc urgent, à l'ère de la mondialisation, de développer en amont des **procédures d'information** pour les couples désirant un enfant « à tout prix », de réguler un dysfonctionnement de ces techniques de procréation assistée et de proposer, au niveau des institutions internationales et européennes, des instruments juridiques européens et internationaux pour encadrer ces techniques de reproduction assistée en donnant à l'enfant une **filiation en harmonie avec la Convention internationale des droits de l'enfant** et de procéder à une « régularisation » en France des enfants, déjà, nés à l'étranger du fait d'une maternité de substitution ou gestation pour autrui, en accord avec l'intérêt supérieur de l'enfant, personne vulnérable, qui n'a pas donné son consentement.

Quoi qu'il en soit, même si l'on arrivait à « réguler » la maternité de substitution ou gestation pour autrui en encadrant cette pratique et en conférant un état civil à l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant serait-il respecté ?

L'une des questions de fond étant le **don de gamètes**, se pose immédiatement le problème de l'**anonymat** et de celui des origines, du secret de son mode de conception avec la problématique de l'**environnement de la vie intra-utérine** et de la dissociation de la « *maternité génétique et de la maternité du ventre* » selon Florence Weber.

En conséquence, au niveau de la **première partie I (1)** de notre thèse, nous analysons s'il y a **Conciliation** entre les **techniques de procréation assistée** et l'**intérêt supérieur de l'enfant** au niveau national : la France, et dans la **deuxième partie II (2)** sur le **plan international et européen**, nous étudions le **Développement du Recours aux Techniques de Procréation Assistée** (« **Art Reproductive Technologies** ») (« **ART** ») : **les Risques de Dérive**.

« au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant ».

Les techniques de procréation médicalement assistée peuvent-elles conduire à une **transgression des droits de l'enfant** dans le cadre d'une **économie numérique** au **niveau mondial**, « créant » un « **e.baby** » selon le Conseiller d'Etat, Denis Rapone ? Ainsi, nous traiterons ce sujet non seulement dans le cadre de la biologie de la reproduction humaine et du droit civil privé relatif à la filiation, mais aussi du droit civil international, la Convention internationale de droits de l'enfant, ratifiée par la France le 20 septembre 1990, étant un instrument international.

En effet, selon le Défenseur des droits, feu Dominique Baudis, lors de son audition à l'Assemblée nationale le jeudi 13 décembre 2012 dans le cadre du projet de loi sur : « le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe » :

« L'intérêt supérieur de l'enfant est une notion juridique introduite par la Convention internationale des droits de l'enfant qui précise : dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait d'institutions de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » et Dominique Baudis de continuer : *« Contrairement à la question de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, qui relève de la seule responsabilité du gouvernement et du parlement, la question des enfants, de l'adoption et de la filiation, doit s'inscrire dans le cadre des obligations internationales souscrites par la France ».*

Ainsi, le développement de ces techniques sur le plan international, européen et national doit se faire dans le respect de l'**applicabilité directe** de la Convention internationale des droits de l'enfant, « bouclier » préservant l'intérêt supérieur de l'enfant.

Au niveau de la France, l'intérêt supérieur de l'enfant a été consacré dans l'**article 4** de la **loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits** :

« *Le défenseur des droits est chargé de défendre et de **promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant** consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France* ».

Le nouveau Défenseur des droits, Jacques Toubon, ancien Garde des Sceaux, garant de l'intérêt supérieur de l'enfant, serait, peut-être, pour l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes, mais certainement pas à la maternité de substitution.

En effet, l'élargissement des indications de l'assistance médicale à la procréation dans un cadre sociétal et non plus uniquement médical, clinique, voire la dépénalisation de la maternité de substitution ou gestation pour autrui, dépasserait le problème de la filiation, entraînant un problème de fond avec l'anonymat du don de gamètes, même s'il était levé, avec pour corollaire d'occulter la moitié du patrimoine génétique de l'enfant et de ses origines, le privant ainsi de la moitié de sa famille soit maternelle, soit paternelle, et de sa généalogie, créant ainsi une autre discrimination.

Nous ne pouvons pas, également, ne pas réfléchir à l'influence de l'**environnement** au cours du développement de l'embryon et du fœtus pendant la gestation dans un utérus étranger et évoquer le **principe de précaution**, évoqué dans la Déclaration des Nations-unies de Rio de Janeiro (Brésil) de 1992 et à l'origine du droit de l'environnement, à *fortiori*, lorsqu'il s'agit de créer un être humain.

En effet, Amber Osborne-Majnik et ses collaborateurs ont montré **l'importance de l'environnement pour la vie future** : « *Early life environment predicts future health* »

(Epigenetic Mechanisms in Fetal Origins of Health and Disease, Amber Osborne-Majnik, PhD, Qi Fu, MD and Robert H. Lane, MD, MS , Clinical Obstetrics and Gynecology / Volume 56 / Number 3 / September 2013).

Par ailleurs, la maternité de substitution ou gestation pour autrui faisant l'objet de conventions ou de **contrats**, qui, fussent-ils licites à l'étranger, sont en France nuls, d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil, nous devons élargir le sujet au **droit des obligations** avec les composantes du **droit des contrats**, (l'on est loin du « dîner de contrat » précédant jadis la célébration du mariage), bien que paradoxalement l'enfant, dont l'intérêt supérieur est en cause, ne soit pas partie aux contrats et de celui de la responsabilité civile des différents acteurs. Si la responsabilité est compatible avec les droits **de** l'enfant et son intérêt

supérieur, il devient urgent de s'interroger pour savoir si responsabilité et droits à l'enfant sont compatibles avec les articles 3§1 et 7 de la CIDE et d'y répondre avant qu'il ne soit trop tard.

Cette urgence est renforcée par les deux arrêts de la Cour de cassation du 13 septembre 2013 (Cass. 1^{re} civ. 13 sept. 2013, n° 12-30.138 : Jurisdata n°2013-018928, Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n°12-18.315 : Jurisdata n°2013-018930), fondés non seulement sur les deux articles 16-7 et 16-9 du code civil comme en 1991 mais de plus sur l'article 336 du même code relatif à la « fraude à la loi » française en vertu de l'adage latin *fraus omnia corrumpit* (la fraude corrompt tout), le processus étant vicié dès l'origine, *ab initio* dès le départ, même si ces deux arrêts peuvent être nuancés par l'avis du 22 septembre 2014 et l'arrêt du 3 juillet 2015 de la Cour de cassation, séparant les deux questions, d'une part le mode de procréation de l'enfant, d'autre part l'intérêt supérieur de l'enfant.

De plus, la « dérégularisation » des techniques de procréation assistée pourraient avoir des **conséquences transgénérationnelles** contraires à la filiation de l'enfant, qui normalement inscrit l'enfant dans un arbre généalogique, et à son intérêt supérieur selon l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant des Nations-unies, la CIDE de New York.

A l'aube, de l'examen du projet de loi sur la famille qui, initialement, devait être examiné par le Parlement avant la fin 2014, voire d'une proposition de loi, modifiant l'article L.2141-2 du code de la santé publique stipulant que : « *L'assistance médicale à la procréation relatif à 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* », et enregistrée à la Présidence du Sénat, le sujet de cette thèse s'inscrit sur la forme dans l'actualité parlementaire et sur le fond dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

En conséquence il s'impose d'analyser et de réfléchir sur les différentes problématiques relatives aux « **perspectives d'avenir** » des techniques de procréation assistée et de ses dérives possibles en les confrontant à l'intérêt supérieur de l'enfant, en particulier, pour **informer** et éclairer d'une part le **praticien** « *tant il reste de problèmes à régler dans le cadre de l'infertilité* » selon le professeur René Frydman,

d'autre part le **juriste** toujours prudent afin qu'il puisse faire des propositions au législateur.

Toutefois, si l'introduction de notre thèse peut paraître un peu longue au lecteur, la raison réside dans le fait qu'il était nécessaire, après avoir dressé un état des lieux de l'assistance médicale à la procréation sur le plan national, d'examiner sur le plan international le développement de ces techniques, en particulier, la maternité de substitution afin d'en évoquer les différentes problématiques et de tenter de les traiter, dans la deuxième partie, de la façon la plus exhaustive possible.

En effet si ce sujet est passionnant du fait de son caractère pluridisciplinaire, de pleine actualité et en perpétuelle évolution, il nous semble important de traiter la maternité de substitution dans toute sa dimension face à l'intérêt supérieur de l'enfant qui est l'axe de notre thèse.

En conséquence, cette **deuxième partie** II (2) est nécessairement plus longue que la première et comprend cinq titres.

Le **Titre 1** : (II-1) est relatif à l'**Evolution** des techniques de reproduction assistée (« Assisted Reproductive Technologies » : « ART »).

Le **Titre 2** : (II-2) est relatif à l'**Analyse des risques** des techniques de reproduction assistée (« Assisted Reproductive Technologies » : « ART »).

Le **Titre 3** : (II-3) est relatif au **Don de gamètes** et à l'**anonymat**.

Le **Titre 4** : (II-4) est relatif à l'**Etablissement de la filiation**.

Le **Titre 5** : (II-5) est relatif aux **Perspectives d'avenir** des Techniques de reproduction assistée.

Si la **première partie** de notre thèse ne comporte que trois titres contre cinq titres pour la deuxième partie, ceci est dû au fait que la première partie ne traite que de l'assistance médicale à la procréation face à l'intérêt supérieur de l'enfant dans un **cadre licite**, « établie sur une base et un fondement », selon le Professeur Jean-Michel Warnet, donc, posant moins de problèmes que dans le cas des **dérives** « *sociétales* », selon, également, le Professeur Jean-Michel Warnet, des techniques de

reproduction assistée, abordées dans la deuxième partie et ce d'autant plus que ces dérives ne sont pas licites en France.

En effet au problème de l'établissement de la filiation, se greffent de nombreuses problématiques dues aux dérives de ces techniques, trouvant leur origine dans le passage du droit **de** l'enfant au droit **à** l'enfant.

La dérive *princeps*, la maternité de substitution ou gestation pour autrui (GPA) s'inscrit à l'ère de la mondialisation dans le cadre d'une économie numérique de « l'e. baby », que nous étudierons en analysant la législation comparée des différents Etats dans ce domaine et cela à la lumière du régime français et de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 relative au mariage de personnes de même sexe.

Si dans toute gestation, (« *depuis le début jusqu'à la fin* ») les **risques** existent, (« *le risque zéro n'existant pas* ») selon le gynécologue-obstétricien, Jean-Claude Guillat, ils sont majorés sans toutefois pouvoir les **évaluer** dans la maternité de substitution. En effet le « **triptyque de la maternité de substitution** » fait intervenir les parents intentionnels, la mère de substitution et l'enfant avec l'importance de la vie *in utero*, sans exclure la donneuse d'ovocytes dans certains cas.

Si l'**anonymat** du don de gamètes : « **kinlessness upon origin** » (aucune parenté sur l'origine) selon Alice Diver est déjà un problème de fond dans l'assistance médicale à la procréation **hétérologue**, soulignant l'importance de la génétique, dans le cas de la maternité de substitution, il s'adjoint un deuxième problème de fond qui est celui des **risques** de la maternité de substitution que nous avons déjà évoqués.

Aussi, même, si l'établissement du mode de filiation, *via* la voie jurisprudentielle, semble évoluer positivement en faveur de l'intérêt supérieur de l'enfant, nous devons examiner la **responsabilité** des parents intentionnels vis-à-vis de leur enfant, voire de l'Etat vis-à-vis des générations futures.

En conséquence, le rôle de l'**information en amont** est capital.

Certains argueront d'une maternité de substitution **éthique**. Mais ce terme peut-il être attribué à la maternité de substitution ou à la gestation pour autrui ?

Peut-il y avoir une **compatibilité** ou une **incompatibilité** de la maternité de substitution et de l'intérêt supérieur de l'enfant ?

En conclusion, nous essayerons d'aborder l'analyse des techniques de procréation assistée, sous ses différents angles, en allant de l'indication *princeps* d'infertilité

depuis 1978 avec le professeur Sir Robert Edwards jusqu'aux dérives possibles avant qu'il ne soit trop tard.

2050, c'est une génération, c'est-à-dire celle des enfants, qui seraient conçus dans le cadre d'une maternité de substitution ou gestation pour autrui (GPA) maintenant.

Le législateur a-t-il le droit d'élargir les indications cliniques, selon l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, stipulant : « *remédier à l'infertilité d'un couple ou éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* », de l'assistance médicale à la procréation à une assistance médicale à la procréation (AMP) de « **convenance** », bafouant d'une part les droits de l'enfant à connaître ses origines et, d'autre part à être élevé par un père et une mère, reflétant l'altérité sexuelle ?

Espérons, selon le professeur Gérard Champenois « *que la refondation du droit de la famille se fasse dans le respect de la Convention internationale des droits de l'enfant et de son intérêt supérieur* ».

Dans un couple homosexuel de femmes ou d'hommes, quelles images l'enfant aura-t-il d'une femme, pensons à la naissance de Vénus de Sandro Boticelli, ou d'un homme, pensons à la beauté d'un Apollon ou à la force d'un héros, David face à Goliath dans l'Ancien Testament ?

Selon Henri Leridon, en 2050, serons-nous uniparentaux et unisexes ?

Face à une évolution sociétale, risquant d'être irréversible, nous tenterons selon une **méthode d'analyse « dichotomique »** (du verbe grec dichotomeo couper ou diviser en deux) du « **tandem biologie de la reproduction / intérêt supérieur de l'enfant** », s'inscrivant dans le titre de notre thèse, de répondre à ces nombreuses questions dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

En effet, si les immenses progrès de la biologie de la reproduction ont révolutionné le vingtième siècle dans le domaine de l'infertilité d'origine féminine ou masculine, il incombe, à l'aube de ce troisième millénaire, aux praticiens, médecins et pharmaciens, aux législateurs de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant, en respectant la bioéthique et la loi, selon l'adage latin *dura lex, sed lex* (dure loi, mais loi : la loi est dure, mais c'est la loi), selon la Convention internationale des droits de l'enfant.

Partie 1

Première Partie (I)

Première partie (I) : De la conciliation des techniques de procréation assistée et du respect de « l'intérêt supérieur de l'enfant » au niveau national : France

Comme nous l'avons démontré dans l'introduction en explicitant le titre de la thèse : « De la filiation face aux nouvelles techniques de procréation au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant », l'intérêt supérieur de l'enfant, « the best interest », le meilleur intérêt, doit être la « colonne vertébrale » vers laquelle s'articulent les techniques de procréation assistée et l'établissement de la filiation, c'est-à-dire que le législateur, au regard du code civil et du code de la santé publique, doit respecter l'intérêt supérieur de l'enfant.

Aussi, la première partie de la thèse comprend trois titres.

Le titre 1 (I.1.) est relatif aux « **Grandes étapes de l'histoire des droits de l'enfant** ».

Nous verrons, comment au cours des millénaires, l'**enfant** est devenu un **sujet de droit**, ce qui se traduit à travers des **instruments internationaux spécifiques à l'enfant**.

Ainsi, au lendemain de la première guerre mondiale, de la « grande guerre », la Déclaration de Genève de **1923** est la première déclaration sur des droits de l'enfant. Elle est suivie de la Déclaration des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations-Unies, (ONU), « United Nations Organization », (« UNO ») de **1959**, trouvant son couronnement dans l'instrument applicateur contraignant, la Convention internationale des droits de l'enfant des Nations unies de **1989**, (CIDE).

Le titre 2 (I. 2.) est relatif à la « **Biologie de la reproduction** ».

Nous verrons comment à partir de l'étude de la reproduction sexuée, *in vivo*, dans laquelle les gamètes jouent un rôle clef, le professeur Sir Robert Edwards et le gynécologue-obstétricien, Patrick Steptoe, au Royaume-Uni, puis le professeur René Frydman et le biologiste Jacques Testart, en France, sont arrivés à la reproduction sexuée *in vitro*, mais engendrant *de facto* des problèmes d'ordre éthique et juridique

puisque'il s'agit de « *créer la vie in vitro* » selon le conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation, Jean Michaud.

En conséquence, **Le titre 3 (I.3.)** est relatif aux « **Problèmes éthiques de l'assistance médicale à la procréation** ».

Après l'étude des titres 1 et 2 selon une « méthode dichotomique » du fait du couple « techniques de reproduction assistée / intérêt supérieur de l'enfant », nous aborderons, au niveau du titre 3, les problèmes éthiques engendrés par ce couplage de techniques de reproduction assistée et d'intérêt supérieur de l'enfant.

Cette étude nous permettrait-elle de déterminer une « constante de couplage », « filiation / techniques de reproduction assistée », ou une « borne », déterminant où doivent s'arrêter les progrès des techniques de reproduction assistée face à l'intérêt supérieur de l'enfant ?

Ainsi, nous verrons si les progrès de la science, en l'occurrence les techniques de procréation assistée, qui, si elles permettent de remédier à l'infertilité d'un couple, **dissocient** pour la première fois de l'humanité **sexualité** et **procréation**, sont compatibles avec la Convention internationale des droits de l'enfant, qui doit demeurer le référentiel pour que ces techniques de reproduction assistée respectent l'intérêt supérieur de l'enfant selon l'article 3§1 de la CIDE qui stipule que :

« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » selon la pyramide de la bioéthique : science, éthique et droit.

En effet, les progrès de la science posent des problèmes éthiques comme le traduit le titre du rapport du Conseiller d'Etat, Guy Braibant : « De la science à l'éthique et de l'éthique au droit ».

En conséquence pour **respecter la dignité de l'être humain**, après avoir déterminé les frontières ou les bornes entre la science et la bioéthique, problème délicat qui peut être subjectif, comme le passage du droit **de** au droit **à** que nous aborderons dans la deuxième partie de notre thèse, il faut établir et encadrer les techniques d'assistance médicale à la procréation par des normes juridiques.et éthiques, en particulier, dans le domaine du consentement éclairé.

Titre 1(I-1) : Les grandes étapes de l'historique des droits de l'enfant

Avant d'indiquer brièvement les grandes étapes qui conduisent aux droits de l'enfant formulés dans la Convention internationale des droits de l'enfant, nous tenterons en prenant quelques repères historiques tant relatifs à ceux de l'enfance qu'à ceux de la famille de voir comment, d'une part, les Nations-unies sont arrivées à adopter la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, puis la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, d'autre part, comment la société est passée de la *domus* romaine à la famille « nucléaire » jusqu'aux années 1970, puis à la famille monoparentale ou recomposée, voire homosexuelle avec la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 « *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* », (JORF n°0114 du 18 mai 2013 page 8253), avec en parallèle l'évolution du droit de la famille, en particulier, celui de la filiation.

Il y a quelques trois mille ans, dans sa sagesse le roi Salomon rendit un jugement (1 Rois 3. 16-28) à deux femmes réclamant le même enfant, les empreintes génétiques n'étant pas encore connues, ce fut la « voie du sang » qui désigna la mère biologique :

27 « *Prenant la parole, le roi dit alors : « Donnez l'enfant qui est en vie à la première femme, ne le faites pas mourir. C'est elle qui est sa mère* ».

Dans la deuxième partie du XX^{ème} siècle, (1978 avec la naissance de Louise Joy Brown), et maintenant au XXI^{ème} siècle avec l'assistance médicale à la procréation, si la femme, qui accouche, est toujours celle qui a porté l'enfant, elle peut, pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, ne pas être la mère biologique.

En effet, dans le cas d'un don d'ovocyte, la femme qui accouche n'est pas la mère biologique, elle est seulement la mère sociale, et dans la **dérive** des techniques de procréation assistée avec la maternité de substitution, la femme, la mère de substitution, ne fait que porter l'enfant.

Ainsi, l'adage latin, *mater semper certa est*, qui, depuis des millénaires, garantissait une filiation biologique à l'enfant, peut ne plus représenter la vérité biologique, et c'est toujours le cas dans la maternité de substitution.

Devant cette « révolution » à la fois biologique et sociale, il devient urgent de préserver les droits de l'enfant en tant que personne, comme l'évoque le professeur Robert Debré, pionier de la pédiatrie moderne : « Considérer l'enfant, comme personne, est un problème moderne ».

La **Convention internationale des droits de l'enfant** (CIDE), adoptée et proclamée par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans sa résolution 44/25 du **20 novembre 1989** pour le trentième anniversaire de la Déclaration des Droits de l'Enfant de 1959, et entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément à l'article 49, dite «Convention de New York », est l'instrument *princeps* pour les droits de l'enfant d'applicabilité directe, que son effectivité se traduise soit *in abstracto* soit *in concreto*.

L'article 1 détermine à qui s'adresse la convention en fixant l'**âge limite** de l'enfant :
« *Au sens de la présente convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable* »

et dans la version anglaise :

« *For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier* ».

Pour mémoire, rappelons que, déjà, le Président de la République, Valéry Giscard d'Estaing, dans la **loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité**, abaissa la majorité civile et électorale de 21 à 18 ans.

Aussi, essayerons-nous par une étude synchronique de sun (.....) en grec avec et chronos (.....) en grec temps d'analyser la **genèse des droits de l'enfant** depuis l'**Antiquité** jusqu'à nos jours, le XXI^{ème} siècle.

I-1-1 : La Préhistoire

En 1976, une archéologue britannique a découvert en Tanzanie les traces d'un jeune enfant ; ses pas forment une piste de 70 mètres dans la boue durcie, recouverte de cendres volcaniques. C'était, il y a 3 600 000 années... Quel était alors le statut de l'enfant à cette époque ? Cette question reste sans réponse.

I-1-2 : L'Antiquité

En **Mésopotamie**, qui est au milieu du fleuve, de mésos (.....), au milieu et de potamos (.....) fleuve en grec, située entre les deux fleuves, le Tigre et l'Euphrate, comme son nom l'indique, l'écriture est apprise aux enfants.

Ce proverbe sumérien : « *Pas une fois le pauvre ne lève la main sur son enfant : il le traite pour toujours comme un trésor* », montre combien l'enfant est précieux.

Pour mémoire, rappelons qu'en littérature la Comtesse de Ségur dans le roman pour enfants « Un bon petit Diable » évoque le problème de la fessée, dont le jeune Charles en 1842 en Ecosse se protège, et que, de nos jours, le 2 mars 2015, le Conseil de l'Europe a demandé à la France d'interdire la « fessée ».

Le code d'Hammourabi prescrit de donner des soins aux enfants. Il existe des traités de médecine faisant mention de pathologies obstétricales et de maladies de l'enfant dans les bibliothèques royales de Ninive et de Babylone.

Dans l'**Egypte pharaonique** des pyramides, il y avait des écoles pour les enfants et des manuels scolaires.

La prise de conscience de la fragilité de l'enfant est attestée par Moïse qui est sauvé des eaux du Nil par la fille de pharaon, qui le recueille dans son petit panier, enduit de goudron par sa mère, afin que le panier ne se rompe pas, d'où le nom de moïse, donné aux berceaux en osier.

En **Israël**, la Bible rappelle que : l'homme est créé à « *l'image de Dieu et à sa ressemblance* » et que le couple soit fécond et prolifique. L'enfant surpasse l'animal. En effet, dans le sacrifice d'Abraham, c'est le bélier qui est immolé et non pas son fils, Isaac.

En **Grèce** et à **Rome** :

La liberté et l'égalité ne sont pas nées qu'à la fin du XVIII^{ème} siècle avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Elles existent déjà dans les cités grecques et romaines. Les citoyens grecs et romains étaient égaux entre eux, mais il s'agissait de l'égalité entre chefs de famille qui excluaient épouses, enfants et esclaves.

La **Grèce** :

Pour Aristote, philosophe grec du IV^{ème} siècle avant Jésus Christ, l'enfant n'a pas besoin de droits puisque : « *Les parents chérissent leurs enfants comme étant quelque*

chose d'eux-mêmes ». Donc, l'affection du père va le conduire à vouloir le bien de ses enfants et à unir les membres d'une même lignée.

Rome :

En présence d'un mariage valide, *matrimonium iustum*, la filiation de l'enfant était établie par les liens du mariage : le père est celui que les justes noces démontrent : *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. C'est le principe de la présomption de paternité.

Dès sa conception, l'enfant à naître était protégé par le droit, *infans conceptus jam pro nato habetur* : l'enfant conçu est déjà considéré comme devant naître. Ainsi, en cas de décès du père avant la naissance de l'enfant, celui-ci recevait un curateur de ventre, *curator ventris*, selon l'adage latin chargé de veiller à son patrimoine.

Les enfants, fils et filles, étaient placés sous l'autorité du *pater familias*, le père de famille, qui exerçait sa *patriarcha potestas*, sa puissance patriarcale au sein de la *domus*, maison, composée de sa femme, de ses fils, de ses descendants par les mâles, c'est-à-dire les enfants de ses fils ainsi que les brus, et des filles non mariées.

Le *pater familias* avait autant de droits que d'obligations vis-à-vis des membres de sa *domus* afin de leur garantir la sécurité.

La *domus* durait aussi longtemps que vivait le *pater familias* quel que soit l'âge des enfants.

A la mort du *pater familias*, la *domus* était dissoute et le *primus*, le premier, le fils aîné, devenait à son tour *pater familias* vis-à-vis de ses enfants et de sa femme et créait une nouvelle *domus*.

Par contre, les fils et filles non mariés, qui avaient été soumis au même *pater familias*, devenaient des agnats, *agnatus*, de *ad*, vers, et *nati*, nés, c'est-à-dire des descendants en branche collatérale du côté paternel ainsi que la veuve. Entre toutes ces personnes subsistait le lien d'agnation.

L'élargissement de l'agnation conduisait à la *gens*, famille, composée de parents, les *gentiles* : « *gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti* » Cic. Top. 29, dictionnaire Félix Gaffiot p. 708 : les parents sont ceux qui portent le **même nom**, qui sont nés de parents ayant toujours été libres, dont aucun des ancêtres n'a vécu dans l'esclavage, qui n'ont rien perdu de leur état juridique.

En résumé, selon les professeurs Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, l'agnation était une « *domus élargie et la gens l'extension suprême de l'agnation, ces trois pièces, ayant pour base un ancêtre commun vivant, mort ou légendaire* ».

Dans le cas où le *pater familias* n'avait pas de descendants mâles, des mesures, telles que l'adrogation de *adrogatio*, « *arrogation, adoption d'une personne sui generis, de son propre engendrement* », « *c'est-à-dire d'une personne qui n'est pas sous la puissance paternelle* », (Gaffiot, page 53), permettaient de maintenir une descendance au *pater familias*, s'il n'en avait pas. L'adrogation était une disposition permettant d'éviter l'extinction d'une lignée : un *pater familias*, dénommé alors adrogé, était adopté par un autre *pater familias*, dénommé adrogeant, des conditions rigoureuses étant requises pour protéger l'adrogé.

Dans cette continuité, sous l'empire romain, le christianisme, dans le Nouveau Testament, privilégie la place de l'enfant et montre son importance : « *Laissez venir à moi les petits enfants* ».

I-1-3 : Le Moyen-Age :

L'enfant est considéré comme un adulte en miniature. L'historien Philippe Ariès définit ainsi le statut de l'enfant au Moyen-Age : « *Dans la société médiévale, le sentiment de l'enfance n'existe pas, ce qui ne veut pas dire que l'enfant soit négligé, abandonné ou méprisé. Il ne faut pas confondre le sentiment de l'enfance avec l'affection envers les enfants* ».

La *mesnie*, le ménage, comprend le père, la mère et les enfants et la grande famille avec les collatéraux constitue le **lignage**.

Le père a une autorité plénière. Les peintures de l'époque médiévale présentent les enfants habillés comme des adultes. Il n'y a pas de différences entre l'enfance et l'adolescence.

I-1-4 : La Renaissance : XVI ème siècle

L'humanisme, mouvement intellectuel et culturel qui s'est étendu de l'Italie à l'Allemagne en passant par la France et même au-delà en Europe, a cherché quelle pédagogie utilisée pour contribuer à la diffusion du savoir. L'attention accordée à l'éducation des enfants est l'une des priorités du mouvement humaniste.

I-1-5 : Les temps modernes : XVII ème et XVIII ème siècles

Au XVIIème siècle, en France, l'enseignement primaire est rendu obligatoire et gratuit en 1793 ce qui va conduire l'enfant à se séparer de sa famille, une partie de la journée, ce qui constitue pour l'enfant un premier droit : celui d'être instruit.

John Locke, au Royaume-Uni, définit des droits spécifiques à l'enfant (*Traité du gouvernement civil, trad .fr., GF Flammarion, chapitre VI : « Du pouvoir paternel »*).

Au XVIII ème siècle : **siècle des Lumières**, les philosophes, en particulier Jean-Jacques Rousseau, fondent une réflexion sur l'éducation et l'épanouissement de chacun. Dans « *Emile ou De L'Education* », traité d'éducation portant sur « *l'art de former les hommes* », composé de cinq livres et publié en 1762 à La Haye, Jean-Jacques Rousseau explique que l'enfant est un « Enfant » et non un être en miniature et qu'il suffit de comprendre la nature de l'enfant pour qu'il grandisse le mieux possible. L'**enfance** est un **état**, quatre périodes selon Jean-Jacques Rousseau :

Livre I : 0/2 ans : Le nourrisson,

Livre II : 2/12 ans : L'âge de la nature,

Livre III : 12/15 ans : L'âge de la force,

Livre IV : 15/20 ans : La puberté, puis

Le Livre V : L'âge adulte : le mariage, la famille, et l'éducation des femmes.

Si de nos jours, cette classification est plus complexe et tient compte, en particulier, des différentes périodes scolaires : l'école maternelle, l'école primaire, le collège et le lycée avec la majorité à l'âge de 18 ans selon l'article 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, l'important est de comprendre que l'enfance est une période privilégiée de la vie pendant laquelle l'enfant se construit.

De plus le livre V montre bien que c'est le mariage qui constitue la famille.

Le père détient toujours l'autorité et l'on conserve l'idée d'élever les garçons et les filles d'une manière différente.

Citons quelques dates marquant l'émergence des droits de l'enfant dans le domaine de l'école :

1792 : Jean-Antoine-Nicolas Caritat, marquis de Condorcet, (1743-1794), présente un **plan d'instruction publique** car la pauvreté des familles les pousse davantage à faire travailler les enfants qu'à les envoyer à l'école.

1795 : Joseph Lakanal (1762-1845) institue une école pour 1000 habitants.

L'enfant doit rester dans sa sphère de rêves et doit pouvoir jouer.

De nos jours, nous sommes peut-être passés d'un extrême à l'autre en impliquant trop les enfants dans les problèmes des adultes, en particulier, dans les procédures de séparation.

I-1-6 : Le XIXème siècle :

Les XIX ème et la première moitié du XX ème siècle, dans le cadre de la révolution industrielle, sont marqués par la prise de conscience de l'**obligation pour l'Etat de protéger l'enfant** dans le domaine de la scolarité, de la santé et du travail.

Le mot **Etat** apparaît et sera repris dans de nombreux articles de déclarations et convention, concernant les droits de l'enfant, en particulier dans la CIDE.

En **1833**, la « loi Guizot » instaure une **école supérieure** pour 6 000 habitants.

En **1849**, Alfred Frédéric, comte de Falloux, ministre de l'instruction publique, établit l'obligation d'ouvrir une **école pour filles** dans les communes de plus de 500 habitants.

Le **droit du travail** commence à émerger.

En **Angleterre**, en 1802, est promulguée la première loi pour protéger le travail des enfants.

En **France**, l'Etat prendra des mesures de protection relatives au **travail** des enfants dans les filatures, dans les manufactures et dans les mines : un décret de 1813 interdit de faire descendre les enfants de moins de 10 ans dans les mines.

En 1874, une loi réduit la durée de travail des femmes et des enfants. Les ateliers de manufactures ne peuvent embaucher des enfants de moins de 12 ans.

En **littérature**, au début du **vingtième siècle**, dans le **domaine de la filiation**, l'Académicien, **Marcel Pagnol**, dans les pièces « Fanny » (1932) jouée au Théâtre de Paris et « La Fille du Puisatier » (1941), adaptée au cinéma, même si dans ces œuvres, les fins sont heureuses ce qui est loin d'être toujours le cas dans la réalité, pose le douloureux problème du **déshonneur** de la mère d'enfant naturel simple, qui a « *fauté* », l'enfant étant l'œuvre du « *péché* ». La jeune fille, future mère étant alors stigmatisée, n'a plus que la seule solution de quitter le domicile familial pour éviter la honte et l'opprobre sur sa famille.

Marcel Pagnol illustre ce fait dans *La Fille du Puisatier*, lorsque le Puisatier, père de Patricia, après une visite chez les Mazel, parents de Jacques, l'aviateur père de l'enfant, parti pour la guerre sans savoir qu'il va être père, dans le tableau

« *Sur Une Route* » dit à sa fille Patricia, pour la protéger, *Il faut que tu partes, et le plus vite c'est le mieux* » et Patricia consciente de sa « *faute* » de lui répondre :

« *J'y ai pensé toute la nuit, et je suis prête* ».

Quant à Fanny, elle est sauvée du déshonneur en épousant « *Honoré Panisse* », « *Maître voilier* », qui est veuf et qui, selon l'adage latin *pater est quem justae nuptiae demonstrant*, reconnaît, sept mois après leur mariage, le fils de Fanny et de Marius, marin parti pour Tahiti sans savoir, également, qu'il serait père.

Marcel Pagnol illustre cet adage latin à travers le propos de César, père de Marius, donc grand-père génétique : « *Je sais que nous sommes chez Maître Panisse, et chez sa femme, je sais qu'il est né pendant leur mariage, et qu'il porte leur nom* ».

Donc, nous voyons qu'à travers la littérature l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est-à-dire avoir une filiation et un nom, était pour Marcel Pagnol une préoccupation majeure puisque ce thème a été traité plusieurs fois.

D'une façon plus imagée et reflétant déjà l'enfance ou la *comedia dell' arte*, la jeune fille de « bonne famille », qui « *avait un polichinelle dans le tiroir* », était mariée en catastrophe avant le troisième mois de la grossesse, pour que sa grossesse ne soit pas encore visible cliniquement, et mettait au monde après six ou sept mois de mariage un « prématuré » de 3,5, voire 3,7, kilos...

Selon le doyen Jean Carbonnier « *l'expression qui était employée usuellement pour désigner ces mariages à la postérité accélérée : c'étaient les mariages forcés* ».

Le doyen Jean Carbonnier faisant remarquer que : « *Combien il est curieux, à la réflexion, que la seule containte **ad nuptias** (vers le mariage) qui subsiste dans nos sociétés industrielles soit justement celle-ci, non pas contrainte juridique, il est vrai, mais contrainte de mœurs, **mores*** (Jean Carbonnier, *Flexible droit Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, page 263).

Heureusement de nos jours, les monstrueuses dénominations de « filles mères » et de « bâtards » ont disparu.

En héraldisme, le bâtard, même s'il fût noble, était frappé dans le port de ses armoiries de la « barre de bâtardise ». Citons, toutefois, un bâtard célèbre, Guillaume, devenu Duc de Normandie par succession de sa mère selon l'adage, nul n'est bâtard de par sa mère, et Roi d'Angleterre par conquête.

Sous l’Ancien Régime, les bâtards royaux étaient légitimés et titrés.

Louis XIV, le Roi-Soleil, légittima, *via* la procédure du « rescrit du prince » de *rescriptum* (rescrit, réponse par écrit du prince, Tac. An. 6, 15 ; ULP. Dig. 49, 1, 1. Dictionnaire Félix Gaffiot page 1350) ses deux enfants qu’il eut avec Louise de La Vallière ainsi que ses six enfants qu’il eut avec Adélaïde de Mortemart, marquise de Montespan, et les titra, en particulier, Louis-Auguste, duc du Maine, et Louis-Alexandre, comte de Toulouse, élevés par Madame de Maintenon, et maria ses filles selon leur rang.

Victor Hugo vénère l’Enfant dans les Feuilles d’Automne (Laissez. – Tous ces Enfants, XV, p ; 241), en reprenant les paroles du Christ :

« *Sinite parvulos venire ad me* », laissez venir à moi ces petits enfants » :

« *Laissez. – Tous ces enfants sont bien là. ...*

Venez, enfants, venez en foule » !

« *Venez autour de moi. Riez, chantez, courez !*

Votre oeil me jettera quelques rayons dorés,

Votre voix charmera mes heures ».

I-1-7 : Le XX ème siècle :

Jamais un siècle n’aura vu autant de changements, en particulier, dans les **droits, concernant les enfants**, et dans l’**évolution de la famille**.

C’est au vingtième siècle, que sont formulés pour la première fois les **droits de l’enfant**. Faut-il en chercher l’origine dans la **première guerre mondiale**,

« La Grande Guerre » et dans la **deuxième guerre mondiale** qui ont vu de nombreux orphelins ?

Quant à l’évolution de la famille, le vingtième siècle peut être scindé en deux époques : avant et après « Mai 68 ».

I-1-7-1 : Avant « mai 68 »

Nous pouvons voir différentes périodes :

« Avant la Guerre de 14-18 », la « Belle époque », temps, encore, d’insouciance, avec des rois, des empereurs et des tsars en Europe,

La Guerre de 14-18 : la « Grande Guerre » ou la **première guerre mondiale**,

« L'entre deux guerres » avec la Société des Nations,
La « Guerre de 39-45 » : la **deuxième** guerre mondiale,
« L'après-guerre » avec l'Organisation des Nations-Unies (ONU) et la construction de l'Europe avec le Conseil de l'Europe et la Communauté économique du charbon et de l'acier (CECA).

Pour bien comprendre la **genèse des droits de l'enfant**, il nous faut rappeler que la première guerre mondiale et la deuxième guerre mondiale ont vu pour la première fois dans le monde des conflits sur les cinq continents avec **atteinte des personnes civiles**, dont de nombreux **enfants**, ce qui a conduit le Comité International de la Croix-Rouge, (CICR), créé en 1863 et siégeant à Genève, (Suisse), à l'adoption le 12 août 1949 des **quatre Conventions de Genève**, entrées en vigueur le 21 octobre 1950, relatives : la **première** aux blessés de guerre sur **terre**, la **seconde** sur **mer**, la **troisième** aux **prisonniers de guerre** et la **quatrième** relative **à la protection** des **civils**.

Ces quatre Conventions ont été suivies de deux protocoles additionnels en 1977 et d'un troisième en 2005.

Aussi, en parallèle de la création d'institutions, seront élaborés des instruments des droits de l'homme, en particulier des **instruments des droits de l'enfant** auquel la communauté internationale lui reconnaîtra dans ce contexte des **droits spécifiques**.

Aussi, avant d'aborder les droits de l'enfant, voyons quelle a été la chronologie de la création des institutions internationales et européennes.

Après l'armistice du 11 novembre 1918 de la première guerre mondiale, dans un objectif de paix et d'amélioration de la qualité de vie sera fondée la **Société des Nations** (SDN ou SdN), instituée par le traité de Versailles du **28 juin 1919**, organisation internationale, basée à Genève et ancêtre des Nations-unies.

A la fin de la Conférence des Nations-Unies sur l'Organisation internationale, a été signée à San Francisco (USA) le **26 juin 1945** la **Charte des Nations-Unies**, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, le statut de la Cour internationale de Justice faisant partie intégrante de la Charte, instituant l'Organisation des Nations-Unies (ONU) ou « United Nations Organization » (« UNO »).

L'Organisation des Nations-unies succèdera à la Société des Nations en 1945.

Les différents organes des Nations-Unies, en particulier l'**Assemblée Générale**, (chapitre IV, articles 9 à 22 inclus), qui, selon l'article 13, « *fait des recommandations en vue de : faciliter pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, la **jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales*** », siègent à New York, au sud de Manhattan, à l'exception de la Cour pénale internationale, qui siège à La Haye (Pays-Bas).

Parallèlement à la Société des Nations, sera créée l'**Organisation internationale du travail** (OIT) ou « International Labour Organization » (« ILO »), fondée, elle aussi, sur le principe selon lequel il ne peut y avoir de **paix universelle** et durable sans un traitement décent des « travailleurs », en particulier pour les enfants, souvent, orphelins ou demi-orphelins de guerre. C'est une organisation **tripartite**, siégeant à Genève, dont les organes exécutifs, ce qui est à souligner, sont composés de représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs. De nos jours, notons que le terme de travailleur serait peut-être remplacé par celui de salarié.

Protégeant non seulement les adultes, mais aussi les enfants, l'OIT rédigea les textes suivant concernant les enfants :

en **1973**, la recommandation n°146 (R 146) sur l'âge minimum d'admission des enfants à l'emploi,

en **1999**, la Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, convention fondamentale qu'un Etat membre est tenu de respecter, même, s'il n'a pas ratifié la Convention.

L'OIT a été intégrée aux Nations-Unies en 1946 en tant qu'**institution spécialisée** des Nations-Unies selon l'article 57 de la Charte des Nations-Unies.

Après la deuxième guerre mondiale, il y aura un temps de **reconstruction de l'Europe** :

- d'une part sur le **plan international** avec le **plan Marshall**, du nom du secrétaire d'Etat des Etats-Unis, George C. Marshall, initiateur de ce programme économique, lors d'une conférence donnée à l'université de Harvard, à Cambridge, Massachusetts (USA), plan des Etats-Unis, adopté en 1948 et confié à l'**Organisation Européenne de Coopération Economique**, (OECE), remplacé en 1961 par l'**Organisation de Coopération et de Développement Economiques** (OCDE) et,

- d'autre part sur le **plan européen** avec la construction de « l'Europe », fondée sur des bases démocratiques avec l'Europe des Droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'Europe de l'économie.

-
Sur le **plan des droits de l'homme**, le **Conseil de l'Europe**, créé le 5 mai **1949** et siégeant à Strasbourg, se dotera selon le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Dean Spielmann, du « *premier instrument rendant contraignants les droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme* », la Convention européenne de sauvegarde des **droits de l'homme** et des libertés fondamentales (CESDH), amendée par les protocoles Nos. 11 et 14 et complétée par les protocoles Nos. 1, 4, 6, 7, 12 et 13, ou « European Convention **on Human Rights** », “as amended by protocols Nos. 11 and 14, supplemented by protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13.

Cette Convention, signée à Rome le 4 novembre **1950** et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, est la « *fillette de la Déclaration universelle des droits de l'homme* », (DUDH), selon le bâtonnier Edgar Pettiti, texte adopté en 1948 par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations-Unies, (ONU) siégeant, alors, à Paris.

Pour Chantal Nast, Secrétaire Générale adjointe de la Commission Internationale de l'Etat Civil, la préposition « *on* », sur, dans la version anglaise et non « *of* », de, est importante, elle « *détermine le domaine, l'étendue des droits de l'homme,* » et l'adjectif « *human* », humain, et non homme, sous-entendu homme et femme, montre que ces droits s'adressent au genre humain, « *c'est plus neutre* ».

Puis sera instituée en **1954**, la **Commission européenne des droits de l'homme** et le **21 janvier 1959**, la **Cour européenne des droits de l'homme** (CEDH), siégeant, également, à Strasbourg dans le Palais des droits de l'homme, conçu en 1994 par l'architecte britannique, Lord Richard Rogers, pour assurer le **suivi** et le **respect de la Convention** en garantissant les droits fondamentaux, civils et politiques, non seulement à leurs ressortissants, mais aussi à toutes les personnes relevant de leur juridiction.

En **1998**, le Protocole n° 11 a simplifié le système de contrôle en supprimant la Commission européenne des droits de l'homme, qui « *filtrait* » les requêtes à titre individuel ou à titre étatique et, d'autre part en instituant une Cour permanente.

La Cour européenne des droits de l'homme est une **juridiction internationale** compétente pour statuer sur des **requêtes individuelles** ou étatiques alléguant des

violations des droits civils ou politique énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme, les Etats, « *abandonnant ainsi une part de leur souveraineté* » selon Dean Spielmann. Toutefois, selon Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat : « *Le droit européen n'est pas entré par effraction* » dans notre droit français puisque la Convention européenne des droits de l'homme a été ratifiée par le Parlement

C'est, ainsi, que, dans le cadre de la **violation des droits civils** par certains Etats des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe, que sont introduites les requêtes individuelles en matière de filiation dans les cas de maternité de substitution ou de l'accès à ses origines.

Selon Dean Spielmann : « *La Cour fonctionne par strates : les affaires, des moins importantes aux plus importantes, sont jugées soit par des juges uniques, soit par des comités de trois juges, soit par des chambres de sept juges et enfin, pour les plus importantes, par la Grande Chambre de dix-sept juges, sa formation la plus solennelle qui est présidée par le Président de la Cour* », jouant ainsi le rôle de Cour d'Appel.

Sur le **plan économique**, différentes institutions seront créées, engendrant entre elles une filiation.

La première fut la création de la **Communauté européenne du charbon et de l'acier**, (CECA), avec le traité de Paris de **1951**, prenant effet le 23 juillet 1952, pour 50 ans d'où sa dissolution le 22 juillet 2002.

Il faut noter qu'en 1951, les mines de charbon dans le nord de la France et celles du minerai de fer en Lorraine étaient prospères et la principale source d'énergie, l'énergie fossile, était l'une des principales sources d'énergie.

Puis, avec l'élargissement du domaine économique, fut créée la **Communauté économique européenne** (CEE) avec le traité de Rome de **1957**, qui deviendra l'**Union européenne** avec 28 Etats membres à ce jour (jeudi 7 mai 2015) avec le traité de Maastricht du 7 février **1992**, prenant effet le premier novembre **1993**.

N. B. Si le lecteur est surpris de voir apparaître les dates de 1992 et de 1993 dans la partie de la thèse, consacrée à l'avant Mai 1968, la raison est due à la filiation entre les différentes institutions, dont les premières datent de 1949, de 1951 et de 1957.

Jusqu'en mai 1968, la **famille**, instituée par le mariage, reste **nucléaire**, les parents donnant à leurs enfants une filiation civile, correspondant à la filiation biologique, et demeure le socle de la nation.

Dans le contexte tristement historique de la Grande Guerre, qui a, peut être, conduit aux droits de l'enfant, nous allons voir quelle a été la **chronologie des droits de l'enfant**.

Entre les deux guerres, au lendemain de la première guerre mondiale, **Eglantyne Jebb**, infirmière britannique, qui découvrit la souffrance des enfants dans la guerre des Balkans, consciente de la nécessité d'une **protection particulière pour les enfants**, souvent orphelins de guerre, fonde avec sa sœur Dorothy Buxton l'association « **Save the Children Fund** » (Fond de secours pour les enfants).

En **1920**, le « **Save the Children Fund** », grâce au Comité International de la Croix Rouge (CICR) ou (« UNCHR »), créé en 1863 au lendemain de la bataille de Solferino, devient l'**Union Internationale de Secours aux Enfants**, (UISE), qui sera intégrée aux Nations-Unies et deviendra l'**Unicef** (Fonds des Nations-Unies pour l'enfance) ou (« United Nations International Children's Emergency Fund ») le 11 décembre 1946.

Eglantyne Jebb, consciente qu'il faut non seulement une protection matérielle pour les enfants, mais aussi des **droits spécifiques**, fait adopter par l'Union Internationale aux Enfants, lors de son quatrième congrès la **première**

Déclaration des droits de l'enfant le 23 février 1923

« Declaration **on** the rights **of** the child » 1923,

ratifiée ensuite le 28 février 1924 lors de son cinquième congrès,

texte énonçant en cinq articles les **droits fondamentaux** des enfants.

Mais Eglantyne Jebb, « *convaincue que nous devrions exiger certains droits pour les enfants et œuvrer vers une **reconnaissance générale de ces droits*** »

([http : //www. humanium. org/fr/normes/declaration-de-geneve-1924/](http://www.humanium.org/fr/normes/declaration-de-geneve-1924/)) pense que le seul moyen d'atteindre ce but est de disposer d'un **instrument international**.

En conséquence, cette Déclaration des droits de l'enfant devra être adoptée en tant qu'un instrument par la Société des Nations.

Grâce à l'opiniâtreté d'Eglantyne Jebb, qui a adressé le texte à la Société des Nations, celle-ci adopte la Déclaration des droits de l'enfant sous le nom de

Déclaration de Genève de 1924

« Declaration of Geneva », 1924,

« Geneva Declaration of the Rights of the Child »,

les Etats prenant conscience que les enfants ont droit à des droits spécifiques.

Ainsi, la Déclaration de Genève devient un instrument de la Société des Nations, et a, en corollaire un caractère international et une grande portée.

Dans l'entre deux guerres, à la veille de la deuxième guerre mondiale, le paquebot « Normandie » fait sa première traversée transatlantique entre Le Havre et New York en 1935.

Puis, au lendemain de l'armistice du **8 mai 1945** de la deuxième guerre mondiale, les Nations-unies (ONU), « Organization of United Nations » (« UNO »), succèdent à la Société des Nations.

Pour mémoire, rappelons que, dans la philosophie selon laquelle les enfants ont droit à une protection particulière, dans le droit pénal, 1945 est une date très importante avec l'**ordonnance de 1945** pour les mineurs dont l'objectif est l'éducation et la **réinsertion**, et non plus uniquement la répression.

Au niveau des Nations-unies, il y a la création, conformément à l'article 57 de la Charte des Nations-Unies, de seize « *institutions spécialisées créées par accords intergouvernementaux et pourvues, aux termes de leurs statuts, d'attributions internationales étendues dans les domaines économique, social, de la culture intellectuelle et de l'éducation, de la santé publique et autres domaines connexes sont reliées à l'organisation conformément à l'article 63* ».

Parmi ces institutions, l'**Organisation Mondiale de la Santé** (OMS) ou « World Health Organisation », (« WHO »), créée en 1946, dont le siège est à Genève, et l'**Organisation des Nations unies pour l'éducation, les sciences et la culture** (UNESCO), créée en 1948, dont le siège est à Paris, ainsi que l'**Organisation internationale du travail** (OIT), fondée en 1919, mais rattachée en 1946 aux Nations-unies dont le siège est, également, à Genève, adoptent des déclarations en faveur de la protection des enfants. Citons la Convention 138, première convention, « sur l'âge minimum d'admission à l'emploi » de l'OIT de 1973, accompagnant la recommandation n° 146.

Le 10 décembre **1948**, à **Paris**, l'Assemblée générale des Nations-unies adopte par acclamation et à l'unanimité la

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH).

Ainsi, la **dynamique des droits de l'homme** conduit à la **dynamique propre des droits de l'enfant** en le reconnaissant comme **sujet de droit** avec ses propres intérêts dans un **contexte de minorité**, ses parents restant toujours les représentants naturels de l'enfant selon une conception toute aristotélicienne de la relation parents enfants.

Le 20 novembre **1959**, à **New-York**, (USA), l'Assemblée Générale des Nations-unies adopte par acclamation et à l'unanimité la

Déclaration des droits de l'enfant

dans sa résolution 1386 (XIV)

« Declaration of the Rights of the Child »

Il est à noter que dans la Déclaration de 1959 dans la version anglaise comme dans la version française, il y a la préposition « of » (de) aussi bien pour les droits (« rights ») que pour l'enfant (« child »), alors que, dans la Déclaration de 1923, la version anglaise comportait « on » (sur) pour les droits et « of » (de) pour l'enfant.

Nous retrouvons la même distinction pour la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, la version anglaise comportant « on » (sur) pour les droits et non « of » (de) et « of » (de) pour l'enfant.

Les rédacteurs de la Convention de 1989 ont-ils voulu, dans la version anglaise, rétablir l'esprit de la Déclaration de 1923, le « on » (sur) élargissant le domaine des droits de l'enfant, la Déclaration de Genève, comportant seulement un « of » ou un « de » dans le titre « Declaration of Geneva » ne nous permettant pas de trancher ?

Cependant, nous pouvons penser que, lorsque la **Déclaration de Genève** ne comporte qu'une seule préposition « of » ou « de », c'est pour mieux faire ressortir le **caractère international de la Déclaration**, Genève, sous-entendant la Société des Nations.

Cette Déclaration onusienne des droits de l'enfant de 1959, consacrée exclusivement aux enfants, énonce en **dix principes** des droits spécifiques aux enfants, en particulier l'article 2. : « *Le droit à une attention particulière pour son développement physique, mental et social* » ainsi que l'article 3 : « *Le droit à un nom et à une*

nationalité » à corrélérer avec l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

La Déclaration des Droits de l'Enfant des Nations-unies de 1959 étant un instrument *princeps*, mais non contraignant, pour être efficace la Déclaration devait se doter d'un instrument contraignant, c'est-à-dire d'une Convention.

Dans ce contexte, en **1978**, la Pologne propose aux Nations-Unies un projet de Convention relative aux droits de l'enfant, d'une part pour rendre hommage au pédiatre et écrivain polonais, **Janusz Korczak**, qui avait protégé des enfants juifs dans le ghetto de Varsovie et n'avait pas voulu les abandonner le jour de la déportation au camp d'extermination de Treblinka et, d'autre part compte tenu de la situation dramatique des enfants dans ce pays au lendemain de la deuxième guerre mondiale.

« Le fait que Korczak ait volontairement renoncé à sa vie pour ses convictions parle pour la grandeur de l'homme. Mais cela est sans importance comparé à la force de son message », disait Bruno Bettelheim ([http : www. droitsenfant. com/histoire.htm](http://www.droitsenfant.com/histoire.htm)).

Aussi, en **1979**, Année internationale de l'enfance, les Nations-unies constituent une mission, présidée par le polonais Adam Lopatka, pour rédiger la Convention internationale des droits de l'enfant.

En **1983**, plusieurs organisations non gouvernementales, (ONG), se joignent à la mission et un secrétariat permanent est installé à Genève, assuré par « Défense des Enfants Internationale » (DEI).

En **1989**, à New York, pour le trentième anniversaire de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, sur la recommandation de la Commission des Affaires sociales et humanitaires, l'Assemblée Générale des Nations-unies adopte par acclamation et à l'unanimité le 20 novembre la

Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE),

Dite « Convention de New York » dans sa résolution 44 / 25,

Entrée en vigueur le 2 septembre 1990, selon l'article 49.

Convention **on** the Rigths of **the** Child,

Adopted and opened for signature, ratification and accession by
General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989,

Entry into force 2 september 1990, in accordance with article 49.

Cette Convention des droits de l'enfant, **instrument contraignant**, a été accompagnée de la création en 1991 d'un **Comité des droits de l'enfant** des Nations-unies pour **en assurer le suivi** des Etats parties à la Convention.

Cette Convention des droits de l'enfant, composée d'un préambule et de trois parties, groupant 54 articles, et ratifiée par 193 Etats membres des Nations-unies, excepté les Etats-Unis d'Amérique et la Somalie, est un instrument juridique international et intégré dans l'ordre juridique français d'**applicabilité immédiate**.

Le dispositif de la Convention comprend :

Un Préambule,

Trois parties, groupant 54 articles,

- la première partie comprend les articles 1 à 42,
- la deuxième partie comprend les articles 42 à 45 et
- la troisième partie comprend les articles 46 à 54 et, une

Annexe.

Selon **Jean Zermatten** (« L'intérêt Supérieur de l'Enfant, De l'Analyse littérale à la Portée Philosophique, Working report, 3-2003), les articles 1 à 5 constituent des dispositions de protection, « **umbrella provisions** », c'est-à-dire des dispositions de base sous lesquelles s'abritent, (« umbrella » : protection), les autres articles, considérés comme des droits substantiels, « **substantive rights** », accordés à chaque enfant.

Ainsi, les articles 1 à 5 sont les principes fondamentaux, auxquels il ne peut être dérogé, engendrant des droits positifs.

L'**article premier**, relatif à l'**âge**, en définissant la notion d'enfant, délimite le champ de compétence de la Convention en déterminant à qui elle s'adresse en fixant l'âge limite de l'enfant à 18 ans :

*« Au sens de la présente convention, un enfant s'entend de tout être humain **âgé** de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable »* ou dans la version anglaise :

*« For the purpose of the present Convention, a child means every human being below the **age** of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier ».*

Quant à l'**article 3** relatif à « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » ou (« *the best interests of the child*») avec un « s » au pluriel pour la version anglaise, il est au cœur de notre thèse face aux nouvelles techniques de procréation :

« *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* » ou dans la version anglaise :

« *In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration* ».

Ainsi les articles 1 et 3 sont des articles fondamentaux tandis que l'**article 7-1**, relatif à la filiation de l'enfant et à son identité, également objet de notre thèse :

« *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 être élevé par eux* », et dans la version anglaise,

« Article 7-1 » :

« *The child shall be registred immediately after birth and shall have the right from birth to a **name**, the right to acquire a nationality and. as far as posible, the right to **know** and be cared by his or her **parents*** »

est un article de **droit positif**, conférant à l'enfant le droit d'avoir un état civil dès sa naissance, cet article trouvant son fondement dans la **Déclaration des Droits de l'enfant des Nations-Unies** de 1959 au niveau du **principe 3** :

« *L'enfant a droit, dès sa naissance, à un nom et à une nationalité* ».

Au niveau du **Conseil de l'Europe**, cet article est corrélé à l'**article 17 (Principe 3)** du « *Projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales* ».

Dans l'article 3-1 de la Convention précitée, « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » est une considération *princeps* pour l'établissement de la filiation dans le cas des techniques de reproduction assistée ou « Assisted Reproductive Technologies ».

Essayons d'analyser la locution, relative à « *l'intérêt supérieur* » traduite de la version anglaise (*the best interests*) au pluriel, pour en déterminer le domaine.

Selon Jean Zermatten, le singulier est en fait un « *singulier pluriel* », une expression générale rattachée à la notion de « *l'intérêt de l'enfant* », et le couplage du superlatif, « supérieur », à « l'intérêt » peut trouver son interprétation dans l'alinéa 2 de l'article 3, où apparaît la notion de « *bien- être* » :

« *Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son **bien-être**, » ou*

« *States Parties undertake to ensure the child such protection and care is necessary for his or her **well-being** »,*

qui peut se concevoir comme le meilleur intérêt, étendant ainsi le domaine d'interprétation de « *l'intérêt supérieur* ».

Avec le terme de meilleur, nous rejoignons la traduction française du mot anglais « best », meilleur, superlatif de « good », bon.

Dans les deux langues, anglais et français, l'intérêt est porté au plus haut degré, c'est-à-dire au superlatif, tant l'intérêt de l'enfant est important.

Cette notion de « *bien- être* » de l'enfant permet l'effectivité de la Convention soit *in abstracto*, se traduisant par l'adoption d'articles en droit interne, par exemple dans la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, insérée dans le code civil, avec la reconnaissance préalable en filiation en cas de procréation médicalement assistée (PMA) avec tiers donneur intégrant l'article 7 de la CIDE, soit *in concreto* sans réception de la Convention par le droit.

L'article 3 de la Convention consacre ainsi le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'article 7-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), étant le texte de référence pour l'établissement de la filiation et de la nationalité dans le cadre du droit international privé, doit, *de facto*, dans le cas des techniques de reproduction assistée (« ART »), être intégré dans le droit interne des Etats, compte tenu de l'applicabilité directe de la Convention (« self-executing ») en tant qu'instrument international, et peut être, à ce titre, invoqué par les particuliers devant les autorités juridictionnelles des Etat où cette Convention est en vigueur.

Cependant après la ratification de la CIDE le 20 septembre 1990 par la France, la Cour de cassation dans l'arrêt Le Jeune (Cass. 1^{ère} civ. , 10 mars 1993) affirmait que :
« *Les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant ne peuvent être*

invoquées devant les tribunaux, elle ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties et n'est pas directement applicable en droit interne ».

Toutefois à partir de **2005**, la jurisprudence de la **Cour de cassation** relative à l'applicabilité directe de la Convention vis-à-vis des particuliers a évolué avec les deux arrêts des 18 mai et 14 juin 2005 (Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005 et 14 juin 2005) en reconnaissant aux particuliers le droit de se prévaloir de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Dans ce contexte, le « Quai de l'Horloge » rejoignait le « Palais Royal », le **Conseil d'Etat** ayant affirmé dix ans plus tôt en **1995** dans la décision Demirpence du 10 mars 1995 (CE 2^e et 6^e ss, sect., 10 mars 1995) que

« L'article 16 (cf annexe1) de la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant pouvait être invoqué par un particulier à l'appui d'un recours contre une décision de reconduite à la frontière ».

Ainsi la Cour de cassation harmonisait sa jurisprudence avec celle du Conseil d'Etat sur l'applicabilité directe de l'article 3§1 de la CIDE, cet intérêt supérieur de l'enfant, considéré comme un intérêt de droit, au sens d'intérêt légitime juridiquement protégé, en particulier le droit à la filiation, « substantive right », invoqué par les particuliers devant les juridictions et en dernier recours devant la Cour européenne des droits de l'homme comme en témoignent les deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du jeudi 26 juin 2014 dans les affaires Labassee c. France et Menesson c. France.

Au niveau national, de la France, c'est l'autorité administrative indépendante :

« **Le Défenseur des droits** », instituée par la « Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits » (JORF n° 0075 du 30 mars 2011 page 5497), qui remplace le Défenseur des enfants, et qui est garante du respect de la Convention internationale des droits de l'enfant. L'article 2 de la loi précitée stipule que : « **Le Défenseur des droits**, autorité constitutionnelle indépendante, ne reçoit, dans l'exercice de ses fonctions, aucune instruction ».

Suivant l'arrêt du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme et l'avis du 22 septembre 2014 et les deux arrêts du 3 juillet 2015 de la Cour de cassation, le Défenseur des droits, Jacques Toubon, en matière de gestation pour autrui et d'ouverture de procréation médicalement assistée (PMA) pour toutes fait **prévaloir**

l'intérêt de l'enfant, même, s'il est né du fait de techniques de procréation illicites en France.

« *Les enfants nés dans des conditions, qui sont certes **illégales**, ont cependant un intérêt déterminant à avoir **une identité**, à avoir un **lien avec leur parent social** et troisièmement à avoir un **état civil**. En application de cette définition de leur intérêt et dans le cadre du droit tel qu'il a été défini par la Cour européenne des droits de l'Homme, nous devons avancer et préconiser qu'un droit à l'**état civil** soit reconnu par rapport à leurs parents d'intention* ». (<http://www.apgl.fr/article/item/440-le-defenseur-des-droits-pour-la-...>). -defenseur-des-droits-pour-la-...).

« *La PMA pour tous les couples, c'est un vaste débat, le Comité consultatif national d'éthique est saisi, attendons son avis* », (<http://europe-liberte-securite-justice.org/2014/10/13france-gestion...>).

A ce jour, comme pour l'article 31 du chapitre XII, relatif aux Protocoles, de 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 : la **Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine** du Conseil de l'Europe, adoptée le 16 novembre 1996 par le Comité des Ministres, et ouverte à la signature le 4 avril 1997 à Oviedo en Espagne, : « *Des protocoles peuvent être élaborés conformément aux dispositions de l'article 32, en vue de développer, dans des domaines spécifiques, les principes contenus dans la présente Convention* », la Convention internationale des droits de l'enfant, afin que l'instrument soit toujours en adéquation avec les problèmes touchant l'enfant, compte trois protocoles additionnels adoptés par l'Assemblée générale des Nations-unies :

Le « *Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, 2000* »,

Le « *Protocole facultatif concernant la **vente d'enfants**, la prostitution et la pornographie mettant en scène des enfants, 2000* » et

Le « *Protocole facultatif à la Convention des droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications* », 89^e séance plénière le 19 décembre **2011** ».

Ce dernier protocole a été signé par la Secrétaire d'Etat chargée de la famille, Laurence Rossignol pour la France le 20 novembre 2014 pour le 25^e anniversaire de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Nous voyons, donc, que la Convention internationale des droits de l'enfant est un **instrument dynamique**, s'adaptant *via* des protocoles à de nouvelles situations.

Aussi, dans ce **cadre de protocoles additionnels**, nous examinerons au terme de la deuxième partie de notre thèse, relative à l'évolution et aux dérives des techniques de procréation assistée, s'il est impératif de proposer, dans la conclusion générale, un quatrième protocole relatif à la maternité de substitution.

En conclusion, selon Jean Zermatten, (L'intérêt Supérieur de l'Enfant, De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique, Working report, 3-2003, Institut International des Droits de l'Enfant), fondateur en 1995 de l'Institut International des Droits de l'Enfant (IDE) à Sion-Bramois (Suisse), ancien Président du Comité des Droits de l'Enfant des Nations-Unies et maintenant Défenseur des Droits des Enfants aux Nations-unies (ONU), : « *L'intérêt de l'enfant est donc un concept incontournable ;* ...

*Il a, de toute évidence, un **potentiel politique**, comme outil de développement de politiques soucieuses des enfants, non seulement dans le domaine de la protection de la **famille**, mais dans tout le **domaine législatif nouveau de l'environnement**, par exemple.*

Ainsi, la Convention internationale des droits de l'enfant est un instrument primordial face au développement des techniques de procréation assistée pour sauvegarder et garantir l'intérêt supérieur de l'enfant.

Par ailleurs, nous voyons, pour ne citer que les principaux acteurs des instruments des droits de l'enfant, que trois noms sont indissociables de la Convention internationale **des droits de l'enfant** du 20 novembre 1989 : Eglantyne Jebb, Janus Korczak et Jean Zermatten.

La **chronologie de l'adoption des instruments des droits de l'enfant** nous fait apparaître qu'il a fallu 66 ans (soit un peu plus de deux générations, une génération représentant une période de 25 ans) entre la première Déclaration des droits de l'enfant du 23 février 1923, prenant un caractère international avec son adoption par la Société des Nations sous le nom de Déclaration de Genève du 26 septembre 1924, et trouvant son couronnement dans la Déclaration des Droits de l'enfant du 20

novembre 1959 avec son instrument contraignant, la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 des Nations-unies.

Hors, entre 1959 et 1989, soit 30 ans, est née Louise Joy Brown en 1978, le premier bébé conçu *in vitro*.

Est-ce une simple coïncidence ? En cette, même, année de 1978, la Pologne, pour perpétrer l'action de Janus Korczak en faveur des enfants, était l'instigatrice de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Mais, si, à cette époque, il n'y avait que la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, elle garantissait, cependant, les droits de l'enfant, l'indication d'assistance médicale à la procréation étant uniquement médicale pour remédier à l'infertilité d'un couple hétérosexuel.

Nous étions loin des dérives de l'assistance médicale à la procréation à des fins sociétales...

Heureusement, face à ces dérives, a été adoptée le 20 novembre 1989 la Convention internationale des droits de l'enfant, bouclier des droits de l'enfant et garantie de son intérêt supérieur.

Ainsi, pour voir comment les techniques de procréation assistée, dissociant l'acte sexué de la procréation, ont fait « irruption » dans le domaine des instruments des droits de l'enfant, en particulier de son « *intérêt supérieur* », nous avons résumé les différentes étapes dans le tableau I relatif à la : Chronologie des instruments des droits de l'enfant.

Tableau I : Chronologie des instruments des droits de l'enfant

Après la première guerre mondiale

- 26 février **1923** : **Première Déclaration des droits de l'enfant** (5 articles).
- 26 septembre **1924** : Déclaration des droits de l'enfant de 1923, adoptée sous le nom de : **Déclaration de Genève** de la **Société des Nations** : caractère international,

Après la deuxième guerre mondiale

- 10 décembre **1948** : Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations-unies

- 12 août **1949** : **Quatrième Convention de Genève** du Comité Internationale de la Croix-Rouge, relative aux civils
- 20 Novembre **1959** : **Déclaration des droits de l'enfant des Nations-unies** (10 articles), première Déclaration onusienne des droits de l'enfant
- 28 décembre **1967** : Loi n°67-1176 du 28 décembre 1967, dite loi Neuwirth, relative à la **régulation des naissances**
- 3 janvier **1972** : Loi n°72-3 sur la filiation : **principe d'égalité** entre **enfant légitime** et **enfant naturel** simple et enfant naturel adultérin avec une réserve successorale
- **1973** : Premier **CECOS** avec le professeur Georges David
- **1978** : La Pologne demande aux Nations-Unies que soit élaborée une Convention internationale des droits de l'enfant
- 25 juillet **1978** : Naissance de Louise Joy Brown par **fécondation *in vitro***, au Royaume-Uni
- **1979** : Année de l'enfance
- **1982** : Naissance d'Amandine par fécondation *in vitro*, en France
- **20 novembre 1989** : **Convention internationale des droits de l'enfant**, premier **instrument onusien contraignant** (54 articles) avec l'article 3-1 : « *intérêt supérieur de l'enfant* » et l'article 7-1
- **1^{er} juillet et 29 juillet 1994** : « triptyque » des **lois de bioéthique**, loi n°94-653 relative au respect du corps humain
- **2000** : **Premier et deuxième protocoles** facultatifs à la Convention internationale des droits de l'enfant
- **2011** : **Troisième protocole** facultatif à la Convention internationale des droits de l'enfant

Ce tableau nous montre que les Nations-unies se sont dotées d'un arsenal d'instruments des droits de l'enfant avec une Convention contraignante pour les Etats parties à la Convention, permettant de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant face à des dérives des techniques de procréation assistée.

Dans le **domaine de la santé**, la protection sanitaire apparaît, également, comme un nouveau droit : les vaccinations sont rendues obligatoires avec le carnet de vaccination. Si de nos jours, certains parents arguent de leurs libertés individuelles

pour ne pas vouloir faire vacciner leur enfant et revendiquent l'*habeas corpus* comme au Royaume-Uni, ils n'ont, peut-être, pas connu les enfants atteints de poliomyélite, de tuberculose, de diphtérie pour ne citer que quelques pathologies.

Mais, c'est tout le problème du rapport bénéfice/risque de tout médicament ou de toute vaccination.

En thérapeutique, la découverte des sulfamides, des antibiotiques comme la pénicilline par Alexander Fleming, de la streptomycine permet à la pédiatrie de faire d'immenses progrès.

Rappelons-nous les cas de diphtérie, de fièvre typhoïde, de tuberculose qui pouvaient être mortels.

La **famille** garde sa structure traditionnelle, intouchable : ce sont les familles nombreuses avec le « **baby boom** » des années 1950, entraînant les « grandfather boom » et « grandmother boom » de ce début de troisième millénaire.

Les familles avec un « enfant unique » sont remarquées et ne perçoivent pas d'allocations familiales, (Af), pour un seul enfant.

Mais, **1967** avec la « loi Lucien Neuwirth du 28 décembre 1967 » va être une année charnière, une transition, un pont entre « avant Mai 68 » et « après Mai 68 ».

I-1-7-2 : Après « mai 68 »

Pour mémoire, les premières voitures ayant été brûlées le 13 mai 1968, rue Souflot face au Panthéon, le couplage de la loi « Neuwirth » de 1967 relative à la régulation des naissances et le concept d'individualisme vont conduire à des unions libres avec l'apparition de la « **dénucléarisation** » de la famille, voire de la famille monoparentale.

La loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale substitue l'autorité parentale partagée à la *patriarcha potestas* romaine, la puissance paternelle, exercée par le *pater familias*. La loi dispose que : « *L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* ».

Cette évolution trouve sa consécration, à l'instigation du doyen Jean Carbonnier, dans la **loi n° 72-3 du 3 janvier 1972** sur la filiation établissant l'égalité entre enfant légitime et enfant naturel simple avec des réserves pour l'enfant naturel adultérin avec un statut unique et supprimant le lien de dépendance entre le mariage et l'enfant. L'autorité parentale partagée est, à nouveau, confirmée dans la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale et la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales (JAF). La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale réaffirme ce partage de l'autorité parentale (articles 371-1 et 372-2 du code civil) en s'inscrivant dans l'article 7 de la CIDE.

Dans ce contexte, plus que jamais, l'enfant, personne vulnérable, doit bénéficier de garanties traduites à travers des instruments internationaux, européens et nationaux.

I-1-8 : XXIème siècle : le troisième millénaire

Devant les progrès de biologie de la reproduction, dans le cadre des techniques de reproduction assistée, (« ART »), pouvant dissocier la filiation biologique de la filiation individuelle expresse, la Convention internationale des droits de l'enfant avec les articles 3-1 relatif à « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » et 7-1 relatif à la filiation et à la nationalité de l'enfant trouve toute sa place d'instrument de référence pour établir les fondements de la filiation de l'enfant.

Dans ce contexte, la **Conférence de La Haye** de Droit International Privé, le **Conseil de l'Europe** et la **Commission Internationale de l'Etat Civil** (CIEC) tentent de préparer, en coopération, des instruments juridiques internationaux.

L'**Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe**, dans le cadre du programme « Construire une Europe pour et avec les enfants » et de la nécessité de réviser la « Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage » (STE n°085), a approuvé, le mercredi 19 octobre 2011, le « **Projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales** », (« draft »), qui est toujours au stade de projet au niveau du Comité des ministres par manque d'un consensus au niveau des 47 Etats membres tant la question pour la maternité de substitution est sensible.

Le projet de la Recommandation comprend 4 parties avec 32 principes.

Les parties I et II avec 18 principes concernent les Droits et le statut juridique de l'enfant.

Le principe 3, concernant le « *Droit de l'enfant à avoir un nom de famille* », et le principe 6 relatif à « *l'établissement du lien de filiation* », se fondent sur l'article 7-1 de la CIDE.

Dans le principe 17, concernant la procréation médicalement assistée, le projet de recommandation adopte la stratégie selon laquelle l'établissement de la filiation doit se fonder sur les mêmes règles que la procréation naturelle, rejoignant la philosophie du triptyque des lois de bioéthique de 1994.

Ainsi, avec l'éclatement des familles traditionnelles au profit des «**familles recomposées**», créant le terme de parentalité, et la possibilité de recourir à des techniques de reproduction assistée, la Convention internationale des droits de l'enfant est un instrument *princeps*, en prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et en étant son bouclier.

Parallèlement à la « loi Neuwirth » de 1967, qui va permettre le contrôle des naissances, l'obstétrique bénéficiera des recherches sur la **biologie de la reproduction** et sur l'**infertilité**, terme se substituant à celui de stérilité trop péjoratif, qui conduira à la naissance du premier bébé conçu *in vitro*, Louise Joy Brown, le 25 juillet 1978 grâce aux travaux du Professeur Sir Robert Edwards, au Royaume-Uni.

En conséquence, nous allons examiner si les techniques de reproduction assistée s'inscrivent dans l'intérêt supérieur de l'enfant au niveau national, la France.

Titre 2 (I-2) : Biologie de la reproduction et assistance médicale à la procréation : AMP

« Biologie de la reproduction », explicitons ces deux termes :

le terme de biologie de bios () : vie et logos () : science en grec, couplée à celui de reproduction, montre l'importance de la vie pour l'homme, non seulement dans le cadre de sa **vie trophique**, assurant, au niveau de l'individu même, les conditions de sa survie à **court terme**, mais aussi à **long terme** dans le cadre de sa pérennisation *via* la **reproduction**, cette survie s'accompagnant de la transmission d'un patrimoine génétique au fil des générations.

Rappelons que c'est Lazzaro Spallanzani (10 janvier 1729-12 février 1799), biologiste et physiologiste italien, qui montra que la reproduction humaine demandait à la fois des spermatozoïdes et un ovule :

« *Spallanzani discovered and described animal (mammal) reproduction, showing that it requires both semen and an ovum*” (http://en.wikipedia.org/wiki/Lazzaro_Spallanzani).

Face à cet instinct de conservation pour un couple d'assurer sa descendance, nous imaginons quel a été l'espoir pour les couples infertiles de recourir aux techniques de procréation *in vitro*.

Aussi, est-ce dans ce contexte que les techniques de reproduction assistée ou « Art Reproductive Technologies » (« ART ») ont pris toute leur dimension à une échelle planétaire, allant même jusqu'à une déréglementation de ces pratiques que nous aborderons dans la deuxième partie de la thèse.

En effet, les progrès de la biologie de la reproduction, couplés à ceux de la thérapeutique, ont permis de créer la vie *in vitro*, permettant à des couples de procréer mais générant immédiatement des problèmes éthiques et juridiques : le don de gamètes avec l'intervention d'un tiers, suscitant le problème de la levée ou non de l'anonymat et suscitant, déjà, en filigrane le don licite ou illicite de gamètes, en particulier dans la gestation pour autrui, (GPA), ou maternité de substitution, le secret du mode de conception de l'enfant, l'accès pour la première fois de l'humanité à l'embryon et le devenir des embryons, dits surnuméraires, et l'établissement de la filiation de l'enfant.

Mais avant de faire un rappel physiologique de la **reproduction**, qui chez l'homme est **sexuée**, et de comprendre ainsi le **déroulement** ou « timing » des **protocoles** de fécondation *in vitro*, basés sur cette physiologie, nous allons donner quelques dates, jalonant les travaux des pionniers de la fécondation *in vitro* et les dernières avancées de ces techniques.

I-2-1 : **Chronologie** des différentes étapes de la fécondation *in vitro*.

Citons quelques dates :

-1969 : Le professeur Sir Robert Edwards, prix Nobel de Médecine le 4 octobre 2010, réalise, en Grande Bretagne, la fécondation *in vitro* de l'œuf humain.

-1973 : Le professeur Georges David crée le Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme (**CECOS**), en France, à l'hôpital Cochin. Les dons de sperme sont placés sous le double sceau de l'anonymat et de la gratuité.

-1978 : Le professeur Sir Robert Edwards avec l'obstétricien Patrick Steptoe réussit la **première** fécondation *in vitro* (FIV), permettant au Royaume-Uni, à Manchester, le 25 juillet 1978 la naissance de Louise Joy Brown, maintenant mère à son tour par fécondation *in vivo* et non *in vitro*, sa mère ayant une infertilité non d'origine génétique, mais organique (trompes non fonctionnelles).

-1982 : Le professeur René Frydman et Jacques Testart réussissent, à leur tour, la première fécondation *in vitro*, permettant la naissance d'Amandine en France, à l'hôpital Béclère à Clamart.

Jean Cohen et son équipe réalisent aussi des fécondations *in vitro* au centre hospitalier Jean Rostand à Sèvres.

-1984 : Le professeur René Frydman, se basant sur la deuxième indication clinique de l'AMP selon l'article L. 2141-2 du code de la santé publique :

« éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité »,

réalise chez une **femme fertile** une AMP, couplée à un **diagnostic préimplantatoire** (DPI), selon l'article L. 2141-4 du code de la santé publique qui stipule que :

« On entend par diagnostic préimplantatoire le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* » ce qui permet la naissance d'un enfant sain, appelé Valentin, à l'hôpital Antoine Béclère.

- 1985 : Il y a la naissance de Zoé, « venue du froid », en Australie, à partir d'**embryon congelé**.
- 1985 : René Frydman et Jacques Testard préconisent la méthode de la micro-injection de spermatozoïdes sous la zone pellucide de l'ovocyte (« suzonal insemination » : « SUZI ») pour augmenter les chances de fécondation *in vitro*.
- 1986 : Le professeur René Frydman permet la naissance de Guillaume et de Sarah à partir d'**embryons congelés**.
- 1992 : Palermo, Van Steirteghem et Devroey, en Belgique, préconisent, en cas d'infertilité d'origine masculine, l'Injection Intracytoplasmique de Spermatozoïde présélectionné dans l'ovocyte (**ICSI**).
- 1994 : René Frydman et Jacques Testard reprennent cette technique de l'ICSI, qui permet la naissance d'Audrey.
- 2001 : Les premières banques d'ovocytes vitrifiés sont réalisées au Japon et aux Etats-Unis.
- 2002 : Le premier bébé, issu d'**ovocyte vitrifié**, naît au Japon.
- 2003 : C'est au tour des Etats-Unis de voir naître le premier bébé issu d'ovocyte vitrifié.
- 2003 : Naissance d'Iris après la maturation *in vitro* d'ovocytes (MIV).
- 2004 : Première naissance en France d'un enfant par accueil d'embryon.
- 2010 : René Frydman réalise une fécondation *in vitro* avec un don d'ovocytes.
- 2011 : La loi n° **2011-814 du 7 juillet 2011** relative à la Bioéthique autorise la **vitrification d'ovocytes**.
- 2011 : René Frydman pratique une fécondation *in vitro* chez une femme fertile pour obtenir des embryons compatibles avec le système immunitaire d'un enfant de la fratrie pour le guérir. C'est la naissance du « **bébé médicament** », qui sera autant « aimé » que les enfants de la fratrie.
- 2011 : René Frydman pratique une fécondation *in vitro* à partir à partir d'**embryons vitrifiés**.
- 2013 : Naissance de six enfants par **don d'ovocytes vitrifiés** au Centre Hospitalier Universitaire de Rennes.

Etudions maintenant la physiologie de la **reproduction sexuée**, ou **fécondation**, chez l'homme et chez la femme, qui est la base pour établir les protocoles de fécondation *in vitro*.

I-2-2 : Rappel **physiologique de l'axe hypothalamo-hypophysaire** ou complexe hypothalamo-hypophysaire.

« *La fécondation est un processus impliqué dans toute forme de reproduction sexuée ; elle aboutit à la fusion de deux cellules haploïdes : le gamète mâle - le spermatozoïde – et le gamète femelle - l'ovocyte – afin de constituer un zygote diploïde* », (Encyclopédie Médico-Chirurgicale, EMC 235, 5-001-A-10, page 1).

Ce « *processus* » montre que les gamètes - mâle et femelle - jouent un rôle clef dans la fécondation, ce qui explique l'impossibilité pour les couples de même sexe, d'avoir leurs « propres enfants génétiques » ou («genetic children »), même si la loi du 17 mai 2013 leur a ouvert le droit au mariage.

Aussi, pour comprendre d'une part l'étiologie de l'infertilité soit d'origine féminine soit d'origine masculine, d'autre part les mécanismes des protocoles d'assistance médicale à la procréation, « mimant » les mécanismes physiologiques, il est nécessaire de faire un rappel du contrôle endocrinien de la gamétogenèse.

Au **niveau central**, l'hypothalamus situé au niveau du 3^e ventricule de l'encéphale, reçoit et intègre un ensemble d'informations qui sont acheminées par la voie nerveuse et par la voie sanguine. C'est par cette dernière voie que lui parviennent les informations concernant les taux sanguins d'hormones circulantes qui régulent leur fonctionnement par des phénomènes de rétrocontrôle positif ou négatif ou phénomène de rétroaction « feed-back ». L'hypothalamus sécrète de manière cyclique une neurohormone, la gonadolibérine ou GnRH pour « Gonadotrophine Releasing Hormone », qui stimule l'activité du lobe antérieur de l'hypophyse ou antéhypophyse. Reliée à l'hypothalamus par la tige pituitaire, l'hypophyse est constituée de trois lobes dont la partie antérieure joue, par ses sécrétions régulées par la GnRH, un rôle déterminant dans la gamétogenèse tant mâle que femelle chez les vertébrés.

En effet, l'antéhypophyse sécrète des gonadostimulines, l'hormone folliculo-stimulante ou FSH pour « Folliculine Stimulating Hormone » qui détermine la croissance des follicules de De Graaf au niveau de l'ovaire mais qui est également nécessaire au déroulement de la spermatogenèse et l'hormone lutéinostimulante ou LH qui déclenche l'ovulation et provoque la formation de corps jaune au niveau de

l'ovaire chez la femme et stimule par ailleurs la sécrétion de testostérone par les cellules de Leydig au niveau des testicules chez l'homme.

Au **niveau périphérique**, la fonction hormonale gonadique se traduit essentiellement par la sécrétion d'hormones stéroïdes, mais également par celle de protéines intervenant dans les boucles de régulation.

Trois types d'hormones stéroïdes sont sécrétés par les gonades mâles et /ou femelles : les oestrogènes produits par les follicules ovariens qui regroupent oestradiol, oestrone et oestriol, les androgènes comme la testostérone produite par les cellules de Leydig du tissu interstitiel testiculaire et la progestérone élaborée par les cellules du corps jaune et dont la production est maintenue lors de la gestation.

Chez la **femme** de la puberté à la ménopause, la maturation des gamètes, les ovocytes, se réalise de manière cyclique, 28 jours environ, avec des arrêts momentanés lors de la grossesse ou de la lactation.

Deux phases caractérisent ce cycle, séparées par la période de l'ovulation :

une phase préovulatoire, correspondant à un temps de préparation de la « ponte ovulaire » ou ovulation, désignée sous les termes de phase folliculaire ou phase oestrogénique,

une phase postovulatoire, succédant à la ponte ovulaire qui prépare à une possible gestation, dénommée phase lutéale ou phase progestative.

Ces deux phases sont sous la dépendance d'une régulation hormonale où interviennent de façon directe les hormones hypophysaires.

Dans la première partie du cycle ou phase folliculaire, le taux d'hormones stéroïdes circulantes est faible. L'hypothalamus réagit, suite à un processus de rétrocontrôle positif, en libérant la GnRH, ce qui déclenche la production de gonadostimulines par l'antéhypophyse avec une augmentation de la FSH, assurant au niveau des ovaires la maturation des follicules ovariens et la production d'oestrogènes qui par un phénomène paradoxal de rétrocontrôle positif provoque au niveau de l'axe hypothalamo-hypophysaire une « décharge gonadotrope » de FSH et de LH déclenchant l'ovulation avec la libération de l'ovocyte et la production de progestérone en vue de la nidation de l'embryon, si fécondation *in vivo* il y a eu.

La régulation de la sécrétion du couple FSH / LH au niveau central, l'hypophyse, et celle du couple oestrogènes / progestérone au niveau périphérique, c'est-à-dire les

ovaires, se fait par un phénomène de rétrocontrôle négatif ou phénomène de « feed back » induisant une sécrétion de GnRH au niveau de l'hypothalamus.

Ce rappel physiologique du mécanisme de l'ovulation va nous permettre de comprendre comment elle peut être déclenchée médicalement en cas d'infertilité d'origine centrale ou périphérique.

En effet, l'**ovulation est la clef de voûte de la gestation**, puisque c'est au moment de l'ovulation que les spermatozoïdes peuvent « rencontrer » l'ovocyte dans les trompes de Fallope et qu'a lieu la fécondation, regroupant les différents processus qui conduisent à la rencontre des gamètes et à leur fusion et qui aboutissent à la formation d'un oeuf ou zygote à l'origine d'un nouvel être.

C'est ainsi que nous allons aborder l'induction de l'ovulation.

I-2-2-1 : Induction de l'ovulation.

« L'ovulation, conséquence directe de la décharge gonadotrope, est un phénomène complexe s'apparentant à une réaction inflammatoire localisée, car faisant intervenir la plupart des médiateurs de celle-ci : histamine, bradykinine, catécholamines et prostaglandines » (JF Guérin in « Fécondation », Encyclopédie Médico-Chirurgicale, EMC 235, 5-001-A-10, page 2).

Des cas d'**infertilité** peuvent être dus à un déséquilibre hormonal d'**origine centrale** ou **périphérique** d'où une induction ou une stimulation ovarienne par l'administration d'inducteurs de l'ovulation au niveau périphérique ou au niveau central.

En conséquence, les **protocoles d'induction de l'ovulation** sont fondés sur le mécanisme physiologique du rétrocontrôle négatif du couple FSH/LH et de celui oestrogènes/progestérone.

Induction de l'ovulation au **niveau périphérique** : les ovaires par le citrate de clomiphène (CC).

« La stimulation ovarienne modérée, le plus souvent associée à des inséminations intra-utérines (IIU) de spermatozoïdes, constitue le traitement de première intention de nombreux types d'hypofertilité. L'objectif est d'augmenter le nombre de gamètes

sur le site de fécondation en obtenant deux ou trois follicules dominants, suivi d'une insémination de spermatozoïdes programmée » (Michaël Grynberg).

Depuis 1967, le citrate de clomiphène, clomid, de la famille des triphényléthylènes, est prescrit comme inducteur de l'ovulation. Il agit comme un anti-œstrogène et va induire, par la levée du rétrocontrôle négatif des oestrogènes sur la sécrétion de la « Gonadotrophine Releasing Hormone » (GnRH) au niveau de l'hypothalamus, qui va produire au niveau de l'hypophyse une élévation des taux de FSH et de LH endogènes, permettant la croissance des follicules. Le « monitoring » de l'ovulation est assuré par des dosages hormonaux, couplés à des échographies à réaliser au douzième ou treizième jour du cycle.

Certains protocoles préconisent l'administration d'un antagoniste de la GnRH pour prévenir des pics prématurés de LH sérique.

Induction de l'ovulation par les gonadotrophines au **niveau central** : complexe hypothalamo-hypophysaire :

Dans les hypogonadismes hypogonadotropes d'origine centrale de type I de la classification de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), l'administration, selon la théorie bicellulaire, des deux gonadotrophines, FSH et LH, est nécessaire pour assurer la croissance des follicules.

Si les premières gonadotrophines, FSH et LH, étaient d'origine naturelle, extraites d'urines de femmes ménopausées puisqu'il n'y a plus de mécanismes de rétrocontrôle (il n'a pas été signalé de maladie de Creusfeldt-Jacob pour ces gonadotrophines), les nouvelles gonadotrophines sont maintenant synthétisées par **génie génétique**.

Pour les injections quotidiennes ou retard, la Pharmacopée dispose de FSH et de LH, et même de **FSH hybride**, fusionnée avec la partie C terminale de la sous-unité de HCG avec une activité LH liée à l'adjonction d'HCG.

Le protocole de référence le plus sûr est le protocole qui consiste à augmenter progressivement de **faibles doses** « **step-up chronic low dose** » permettant une stimulation plus prudente que le protocole « **step-up** » en augmentant les doses.

C'est sur ces principes que sont fondés les protocoles courts ou longs d'induction de l'ovulation dans les cas de fécondation *in vitro*.

Induction de l'ovulation dans les protocoles de fécondation *in vitro* (FIV)

Quel que soit le type d'indication clinique ou de protocole de FIV (classique, ICSI, IMSI), l'induction de l'ovulation chez la femme se fait dans un premier temps en **désensibilisant l'hypophyse** en bloquant la sécrétion endogène des hormones soit avec des **antagonistes** de la FSH, soit avec des **agonistes**, pour débiter l'induction de l'ovulation sur un **ovaire « vierge »** afin de contrôler la croissance des follicules et leur maturation qui permettra la ponction ovarienne pour recueillir les ovocytes.

« L'étude princeps de Surrey a évoqué la possibilité d'administrer les agonistes en protocole court avec un pré-traitement par les oestroprogestatifs (contraceptifs oraux) pendant 21 jours. Trois jours après l'arrêt de la pilule, les agonistes sont administrés à microdose (0,04 mg : 1/25) et deux jours plus tard la FSH est administrée à forte dose (300-450 UI), (P. Merviel : « Protocoles en cas de mauvaise réponse » in Gynécologie obstétrique & fertilité 35 (2007) 6-8, Elsevier Masson, [http : //France.elsevier.com/direct/GIOBFE/](http://France.elsevier.com/direct/GIOBFE/)).

Pour mémoire, dans les premiers protocoles de fécondation *in vitro*, l'induction de l'ovulation se faisait sur un **cycle spontané**, donc moins contrôlable.

Selon le Dictionnaire des Sciences Pharmaceutiques & Biologiques,

*« l'antagoniste se dit d'une substance, qui administrée dans l'organisme **inhibe** l'activation d'un **récepteur** » et « l'agoniste inverse est une substance exogène, « ligand », (du latin ligandum, lien), provoquant l'inhibition de la fonction contrôlée par son récepteur », c'est, en fait, un leurre pour le récepteur (Dictionnaire des Sciences Pharmaceutiques & Biologiques de l'Académie Nationale de Pharmacie, Deuxième Edition revue et augmentée, Editions Louis Pariente).*

Dans un deuxième temps, la **stimulation des ovaires** se fait par injections d'Hormone Folliculo Stimulante (FSH) en suivant le développement des follicules avec des dosages hormonaux (oestrogènes, oestradiol) dans le sang et des contrôles échographiques.

Lorsque les follicules atteignent 13 mm, l'on **déclenche l'ovulation** par une injection d'Hormone Gonadotrophine Chorionique (« human Chorionic Gonadotrophin ») : hCG, qui est une gonadotrophine ayant le même effet que la LH endogène.

Puis, l'on procède alors à la **ponction ovarienne**, sous guidage échographique, pour recueillir par aspiration le liquide folliculaire, contenant les ovocytes.

Les ovocytes du liquide folliculaire sont comptés sous loupe binoculaire, leur nombre est habituellement de 10, contrairement à un cycle spontané qui ne produit, en

général, qu'un seul ovocyte. Les ovocytes sont ensuite conservés dans un milieu de survie à 37°C en attendant de procéder à la fécondation.

I-2-2-2 : L'assistance médicale à la procréation (AMP) :

Définition, indications et conditions :

S'agissant de créer la vie *in vitro*, l'assistance médicale à la procréation, (AMP), a fait l'objet d'un statut juridique dès 1994. Le législateur, à la suite de différents rapports (Premier ministre, Conseil d'Etat, Assemblée nationale, Sénat) et des avis donnés par le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), a inscrit **l'assistance médicale à la procréation dans le triptyque des lois de bioéthique de 1994.**

Les dispositions et l'encadrement relatifs à l'assistance médicale à la procréation sont inscrits dans le code de la santé publique : articles L.2141-1 à L.2141-12.

Quant à l'établissement de la **filiation** de l'enfant conçu par assistance médicale à la **procréation hétérologue** avec don de gamètes ou accueil d'embryons, il est fondé sur la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain du 29 juillet 1994 : C.civ., art.311-19 et 311-20.

La loi n° 94-654, 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, insérée dans le code de la santé publique, a défini les indications et les conditions de l'AMP.

La philosophie du législateur de 1994 a été de se rapprocher, au *maximum*, des conditions de la procréation *in vivo* et de ne réserver cette pratique qu'à des fins médicales et non de convenance. Il faut un critère pathologique et non sociologique. Le réexamen de la loi n° 94-654 en 2004 (loi n° 2004-800 relative à la bioéthique), puis de cette dernière en 2011 (loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la Bioéthique) ont consacré ces principes dans le respect de la dignité de la famille et de celle de l'enfant.

Le Titre VI (articles 29 à 39 inclus) de la loi n° 2011-814 relative à la bioéthique, insérée dans le code de la santé publique, est consacré à l'assistance médicale à la procréation.

L'**article L. 2141-1** du code de la santé publique, (L. n° 2011-814 du 7 juillet 2011, article 31-1°) **définit l'assistance médicale à la procréation (AMP) :**

*« 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. La liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé (arrêté du 18 juin 2012), conformément aux dispositions du décret du 14 mars 2012 après avis de l'Agence de biomédecine ».

Cette instance a été créée par la loi n°2004-800 du 6 août 2004 (art. 2) relative à la bioéthique, l'article L. 1418-1 stipulant que :

« L'Agence de la biomédecine est un établissement public administratif de l'Etat, placé sous la tutelle du ministre de la santé ».

*« Elle est **compétente** dans les domaines de la greffe, de la **reproduction**, de l'embryologie et de la génétique humaines ».*

Il est à noter que l'article L.2141-1 du code de la santé publique englobe sous le terme d'AMP à la fois les inséminations artificielles intraconjugales (IAC) ou extraconjugales (IAD) *in vivo* et les fécondations *in vitro* à la différence de nombreux pays qui, dans la lignée de l'OMS, ne retiennent sous le terme d'AMP que les fécondations *in vitro*.

Dans cet article, le législateur a pris en compte les progrès, réalisés dans le domaine des techniques de cryoconservation ovocytaire, en autorisant la vitrification ovocytaire : *« La technique de congélation ultra-rapide des ovocytes est autorisée ».*

L'article L. 2141-2, (article 33 de la loi), définit les **indications cliniques** de l'AMP et les **conditions** que le **couple** doit remplir:

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

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

*L'**homme** et la **femme** formant le couple doivent être **vivants**, en **âge de procréer**, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et **consentant** préalablement au **transfert des embryons** ou à l'**insémination** ».*

Pour la deuxième indication clinique de l'AMP : *« éviter la transmission à l'enfant... »*, l'article sous-entend une assistance médicale à la procréation, couplée à un **diagnostic préimplantatoire**.

Dans cet article, il est important de noter que le législateur a pris soin de préciser que la procréation médicalement assistée *« a pour objet de remédier à l'infertilité dont le*

caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué » ce qui exclut *de facto*, toute fécondation *in vitro* à des fins sociétales et non médicales.

Les **conditions**, requises pour le couple bénéficiaire, sont : « *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination* ».

Il s'agit donc d'un **couple hétérosexuel**, vivant et dont la femme n'est pas ménopausée, le législateur n'ayant pas prévu la ménopause précoce, et qui a donné son consentement libre et éclairé « préalablement » à la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation.

Comment, alors, **prouver** selon le professeur Gérard Champenois l'identité d' « *une vie commune* » ?

Si le **couple** est **marié** ou **pacsé** (la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a ouvert l'AMP aux couples pacsés) ou vivant en concubinage, le livret de famille ou le certificat de concubinage en donne la preuve.

Par contre, pour les **couples vivant en union libre**, la preuve est plus délicate, « *imparfaite* » selon le professeur Gérard Champenois. Il pourra s'agir d'une déclaration sur l'honneur, « *preuve assez ouverte* », selon le professeur Gérard Champenois.

En corollaire à ces conditions, l'article précité stipule que :

« Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ».

Ces conditions montrent que la procréation *in vitro* s'inscrit dans le cadre d'une famille « nucléaire ».

Les articles L. 1244-1 à L. 1244-9 du code de la santé publique sont consacrés au don et à l'utilisation des gamètes.

L'article L. 2141-5 (article 34 de la loi) du code de la santé publique) est consacré à l'accueil de l'embryon par un autre couple.

Nous allons traiter d'une part la première indication de l'assistance médicale à la procréation, qui est pour le couple de remédier à l'**infertilité** soit d'origine féminine,

soit d'origine masculine, puisque de nos jours l'infertilité masculine n'est plus un tabou et que les hommes acceptent d'être « exploré » tant est grand le désir d'enfant, et d'autre part la deuxième indication de l'assistance médicale à la procréation qui est « *d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* », le couple dans cette indication étant fertile.

Le professeur André Boué, « père » du diagnostic prénatal, jugeait qu'il était préférable dans le cas, où l'indication de l'AMP était « *d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité* », que le couple procréé *in vivo* et qu'ensuite, si la femme était enceinte, fasse un diagnostic prénatal.

Ainsi, la femme ne subissait pas une induction de l'ovulation, qui peut induire un syndrome d'hyperstimulation ovarienne, (SHO), et une assistance médicale à la procréation, qui sont des traitements très lourds pour une femme fertile.

En revanche, le devenir de l'enfant dépendait du résultat du diagnostic prénatal pratiqué chez un fœtus de 16 semaines, qui bouge déjà et, si le diagnostic prénatal signalait une maladie « *d'une particulière gravité* », cela pouvait conduire à une interruption médicale de grossesse, (IMG), (Article L. 2213-1 du code de la santé publique), beaucoup plus traumatisante pour la femme, pouvant avoir des conséquences psychologiques.

C'est pourquoi le diagnostic préimplantatoire est un grand progrès car il est effectué sur l'embryon au stade de blastocyste, même si la future mère fertile doit subir une assistance médicale à la procréation.

Nous allons donc traiter dans un premier temps, l'indication de l'assistance médicale dans le cas de l'infertilité d'un couple.

I-2-2-3 : Epidémiologie du couple infertile :

Avant de pratiquer une assistance médicale à la procréation, il faut diagnostiquer l'infertilité, première indication clinique de l'article L. 2141-1 du code de la santé publique.

Selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS), l'infertilité est définie par l'absence de grossesse chez les couples en âge de procréer au bout de 24 mois de rapports sexuels non protégés. L'infertilité est donc caractérisée par la difficulté ou

l'incapacité d'un couple à concevoir un enfant. L'infertilité touche 80 millions de personnes dans le monde.

Selon Mélanie Brzakowski et coll., les facteurs épidémiologiques de l'infertilité sont l'âge des couples désirant un enfant, l'insuffisance ovarienne prématurée, le tabagisme actif ou passif, l'obésité : une surcharge pondérale notable avec un indice de masse corporelle (IMC) supérieur à 25 entraînant une diminution du nombre de spermatozoïdes, et l'exposition à des produits toxiques, c'est-à-dire l'**environnement**.

Aux Etats-Unis, dès **1962**, la biologiste, Rachel Carson, à Boston, (USA, Massachussetts), affirmait dans son ouvrage, « *Silent Spring* », le « *Printemps silencieux* », au chapitre III : « *Elixirs de Mort* » que : « *Pour la première fois dans l'histoire du monde, l'homme vit au contact de produits toxiques, depuis sa conception jusqu'à sa mort* ».

En **1980**, Theo Colborn montrait que les produits chimiques intervenaient sur la fonction de reproduction.

En **1991**, lors de la Conférence organisée par Rachel Carson au Centre « Wingspread » de la Fondation Johnson à Racine dans le Wisconsin (WI 53 402, USA), sur le thème de « *Notre Futur Volé* » : « *Our Stolen Future* » le terme d'« endocrine disruption », perturbation endocrinienne, dû aux perturbateurs endocriniens environnementaux : « Environmental Endocrine Disruptors », apparut. Les travaux de la Conférence conduisirent à la Déclaration consensuelle de Wingspread :

« *Our Stolen Future : Consensus Statement Wingspread 1991* », portant sur les modifications induites chimiquement dans le **développement sexuel** aussi bien dans le monde animal qu'humain :

« *Statement from the work session on chemically-induced alterations in sexual development : the wildlife/human connection* ».

Cette conférence de Wingspread de 1991 fut suivie d'une nouvelle conférence du 23 au 25 janvier **1998** avec la Déclaration de Wingspread sur le **principe de précaution** :

« *Wingspread Statement on the Precautionary Principle* ».

En France, selon Louis Bujan,

« L'exposition de l'homme à l'environnement est multifactorielle, complexifiant considérablement la recherche dans ce domaine, d'autant qu'à l'exception de certaines expositions accidentelles ou professionnelles, l'exposition à de faibles doses est la règle ».

En conséquence, le risque de toxicité pour l'embryon, puis le fœtus, doit être pris en considération non seulement dans une grossesse *in vivo* ou lors d'une fécondation *in vitro* homologue ou hétérologue, mais doit être, par ailleurs, l'un des arguments pour lesquels la gestation pour autrui doit être écartée sachant que, selon l'auteur précité : *« Le résultat d'exposition in utero durant la période néonatale ne montrera ses effets sur la production de spermatozoïdes que 20 à 30 ans plus tard »*, et qu'il serait très difficile de contrôler les expositions auxquelles la mère de substitution serait soumise.

Quant aux troubles de l'ovulation, l'Organisation Mondiale de la Santé ('OMS) ou « World Human Organisation » (« WHO ») les classe en trois groupes, selon l'origine :

« WHO I », d'origine centrale : hypogonadisme hypogonadotrope,

« WHO IIa », d'origine idiopathique et « WHO IIb », syndrome des ovaires polykystiques,

« WHO III », d'origine périphérique, créant une insuffisance ovarienne : IO.

Ce diagnostic étiologique conditionne le choix des indications cliniques de l'assistance médicale à la procréation.

*I-2-2-4 : Définition de la **fertilité**, de la **fécondité** :*

La **fertilité** est l'**aptitude à procréer** : un couple fertile est un couple qui peut avoir un enfant. Le degré de fertilité est défini par le taux de fécondabilité, qui exprime le pourcentage de chances de procréer par cycle. Ce taux habituellement voisin de 50%, peut atteindre 65%, caractérisant une hyperfertilité. Une valeur inférieure à 50% signe une hypofertilité. L'hypofertilité est ainsi une incapacité à procréer sans traitement. Le terme d'infertilité s'est substitué à celui de stérilité, si humiliant pour la femme, et encore plus pour l'homme. Un couple infertile est un couple qui ne peut pas avoir d'enfant.

La **fécondité** est le fait d'**avoir procréé** : un couple fécond est un couple qui a eu, au moins, un enfant. L'infécondité est son contraire : c'est le fait de ne pas avoir

procréé : un couple infécond est un couple qui n'a pas d'enfant. L'infécondité est soit volontaire, soit involontaire, liée à un problème de fertilité, la durée de l'infécondité involontaire étant un marqueur du degré de fertilité.

En résumé, la **fertilité** est une **aptitude potentielle** à procréer tandis que la **fécondité** en est la **réalisation matérielle**. La fécondabilité naturelle dans l'espèce humaine est en moyenne de 25% à chaque cycle. (Hamamah S, Saliba E, Benahmed M, Gold F. Médecine et biologie de la reproduction. Des gamètes à la conception. Masson 2004).

Un couple de même sexe est fertile mais ne peut être fécond puisque chez l'homme la reproduction est sexuée avec des gamètes mâles et femelles, ce qui pose toute la problématique d'avoir ses demi-enfants génétiques, (« half-genetic children »), pour un homosexuel, couple gay ou lesbien, ce que nous aborderons dans la deuxième partie de notre thèse.

De même que le terme douloureux de bâtard a disparu, le terme de stérilité a été remplacé par celui d'hypofertilité, selon Jean Senèze, avec l'espoir d'y remédier, depuis la naissance de Louise Joy Brown le 26 juillet 1978 en Grande Bretagne grâce à l'assistance médicale à la procréation.

Mais l'assistance médicale à la procréation représentant un traitement lourd et long, elle ne peut être mise en œuvre sans une exploration préalable du couple.

I-2-2-5 : Bilan d'infertilité du couple : de l'interrogatoire à l'orientation thérapeutique :

Si, pendant longtemps, la part de l'homme dans l'infertilité du couple a été sous-estimée, maintenant, avec les progrès de la biologie de la reproduction, chaque membre du couple est exploré. A la suite de l'interrogatoire et d'un examen clinique, des examens spécifiques pour la femme et l'homme sont alors pratiqués.

I-2-2-5-1 : Bilan d'infertilité chez la femme :

Chez la **femme**, l'on prescrit un bilan hormonal pour explorer l'axe gonadotrope (dosage de la FSH, de la LH et du 17- oestradiol au troisième jour du cycle et un dosage de progestérone en phase lutéale) ainsi qu'un bilan thyroïdien.

Le dosage sanguin de l'« Anti-Mullerian Hormone » (« AMH »), hormone peptidique, sécrétée par les cellules de la *granulosa*, est le marqueur quantitatif de

référence pour évaluer le statut de la réserve ovarienne. L'on procède à une échographie endovaginale des ovaires ainsi qu'à d'autres examens.

I-2-2-5-2 : Bilan d'infertilité chez l'homme :

Chez l'**homme**, évoquons, d'abord, selon le professeur Pierre Jouannet, le « *destin bien particulier* » du spermatozoïde, cellule germinale quittant son organe d'origine, le testicule, pour aller à la rencontre de « *sa partenaire féminine, l'ovocyte, afin d'initier la formation d'un 3^o être, l'enfant* » ou 1 et 1 font 3.

Le bilan comprend un spermogramme, associé à un spermocytogramme

(Le spermocytogramme en images pour déceler les anomalies de la tête, celles de la pièce intermédiaire ou celles du flagelle selon le docteur Alexandre Mesner et le professeur Catherine Poirot : 2013).

L'on se réfère, également, à la classification, établie en 2000 par Bartoov, des spermatozoïdes au fort grossissement : (Mobile Sperm Organenelle Morphology : MSOME).

L'on procède à un bilan hormonal pour explorer, comme chez la femme, l'axe gonadotrope (dosage des gonadotrophines et de la testotestérone).

Il peut être, également, prescrit un caryotype, comme chez la femme, et une analyse protéomique de l'éjaculat.

Notons que Soline Roy dans un article du Figaro du mardi 10 février 2015 dans la rubrique Sciences mentionne la « *Mise au point par des chercheurs de l'université de Virginie* » du « *Sperm-Check Fertility* ». « ... *il est déjà disponible aux Etats-Unis, au Canada ainsi qu'en Grande-Bretagne* » (Le Figaro mardi 10 février 2015, Sciences, p. 9)).

Le principe de ce test immunologique (réaction antigène/anticorps) est de détecter « *la présence d'une protéine (SP10) localisée dans la tête de ces gamètes, pour savoir si le sperme contient plus ou moins de 15 millions de spermatozoïdes par millilitre* ». « *Un seuil défini par l'OMS et au-dessus duquel se trouvent 95 % des hommes ayant réussi à procréer en moins d'un an* ».

Dans ce contexte, il nous apparaît dangereux que ces autotests soient commercialisés, d'une part en raison de la difficulté de leur interprétation et, d'autre part un résultat négatif peut avoir des conséquences délétères sur le plan psychique, pouvant peut-être, même, conduire jusqu'au suicide. En effet, le seuil quantitatif de 15 millions de spermatozoïdes par millilitre n'est pas une garantie absolue de fertilité, il faut aussi tenir compte de l'aspect qualitatif des spermatozoïdes, pour prouver l'infertilité

masculine peut-être vaincue grâce à l'insémination intra-cytoplasmique de spermatozoïde (ICSI).

C'est dans ce cadre que le Comité consultatif national d'éthique a donné un avis en posant le dilemme entre le « *droit à l'information* » et celui de recevoir « *sans accompagnement* » un résultat « *réducteur* ».

C'est la raison pour laquelle, dans la loi *princeps* de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, les tests génétiques ne peuvent être prescrits d'une part que dans le domaine médical et, d'autre part dans le domaine judiciaire civil ou pénal, uniquement sur ordonnance d'un juge.

Ces remarques justifient pleinement la nécessité d'explorer non seulement la femme mais aussi l'homme.

En conséquence, après l'analyse des bilans d'infertilité chez la femme et chez l'homme et si une infertilité est diagnostiquée chez la femme ou chez l'homme ou, même, chez le couple, les « solutions thérapeutiques » pourront être orientées vers une assistance médicale à la procréation.

Plusieurs protocoles sont préconisés :

in vivo avec l'insémination artificielle intra-utérine (IUU) : 43 % en 2010,

in vitro, **chez la femme**, avec la fécondation *in vitro* et transfert d'embryons (FIVETE) homologue ou hétérologue ;

in vitro, **chez l'homme**, « *Lorsque les caractéristiques et / ou les fonctions spermatiques sont trop altérées, la FIV pour indication masculine se solde par un échec. Aussi, différentes techniques ont été proposées pour supprimer une ou plusieurs des barrières naturelles protégeant l'ovocyte* » (EMC 235, page 8) :

ce sont les techniques de fécondation « assistée »,

- Perforation de la zone pellucide (« *zona drilling* »),
- Micro-injection sous la zone pellucide (SUZI),

Injection Intracytoplasmique de Spermatozoïdes (ICSI) ou

Injection « *Magnification* » Intracytoplasmique de Spermatozoïde (IMSI), après grossissement (IMSI), technique particulière de l'ICSI qui consiste à « sélectionner » les spermatozoïdes après l'étude de leur morphologie au microscope à fort grossissement.

Notons, cependant, que maintenant, la tendance est « *de passer en ICSI* » plutôt qu'en FIV classique, même, pour traiter les infertilités d'origine féminine, « *afin d'avoir de*

meilleurs résultats », d'où une augmentation du taux d'ICSI, passant de 54% en 2007 à 64% en 2010.

L'on peut, aussi, procéder à la maturation *in vitro* des ovocytes : (MIV) pour éviter un syndrome d'hyperstimulation ovarienne, (SHO), chez une femme sujette à ce syndrome, avant de procéder à la fécondation *in vitro*.

I-2-2-6 : Protocoles de l'assistance médicale à la procréation (AMP) :

La fécondation se fera soit *in vivo* par insémination intraconjugale ou extraconjugale avec un don de spermatozoïdes, dans ce dernier cas le père biologique n'est pas le père social, soit *in vitro* avec une AMP soit homologue : les parents biologiques sont les parents sociaux, soit hétérologue avec don de gamètes, spermatozoïdes ou plus rarement ovocytes (le double don étant interdit), ou encore plus rarement avec accueil d'embryon, dans ce cas le ou les parents sociaux ne sont pas le ou les parents biologiques.

I-2-2-6-1 : *In vivo* : « l'insémination artificielle » (Art. L.2141-1 du code de la santé publique) : l'insémination intra-utérine : IIU :

C'est John Hunter (13 février 1728-16 octobre 1793), chirurgien britannique, qui réalisa la première insémination intra-utérine intraconjugale en inséminant au moyen d'une plume d'oie une femme avec les spermatozoïdes de son mari.

Les indications sont :

- l'hypofertilité masculine : selon le résultat du test de migration des spermatozoïdes, l'on procédera soit à une insémination intraconjugale : IAC, soit à une insémination avec sperme d'un tiers donneur : IAD, avec le problème du don de sperme et de celui de l'anonymat du donneur avec recueil du consentement des parents par un acte authentique devant un magistrat ou un notaire puisque le père social n'est pas le père biologique.

- l'hypofertilité féminine d'origine cervicale : pour court-circuiter le col de l'utérus l'on procède alors à une insémination intra-utérine : IIU et il n'y a pas de problème de filiation, les parents biologiques étant les parents sociaux.

Protocole :

Bien que l'hypofertilité soit d'origine organique et non hormonale, pour mieux contrôler le moment de l'ovulation, l'on procède à une induction de l'ovulation avec le citrate de clomiphène seul ou en association de gonadotrophines. En fonction du nombre de follicules et du taux d'oestradiol durant la phase folliculaire, le déclenchement de l'ovulation se fait par injection de la gonadotrophine chorionique ou HCG et l'on procède soit à l'insémination intra-utérine intraconjugale : IAC, soit avec tiers donneur : IAD.

I-2-2-6-2 : in vitro : « L'assistance médicale à la procréation » : les différentes phases de la **fécondation in vitro** : FIV

Les **trois phases de la fécondation in vitro**, court-circuitant les stades de fécondation et de segmentation se déroulant dans la trompe, sont, selon les termes de la décision DC n° 343/344 du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 1994, la conception, le transfert intra-utérin et, éventuellement, la congélation des embryons surnuméraires.

I-2-2-6-2-1 : Première phase : **Conception** (Premier et deuxième jours) :

Il faudra mettre en contact in vitro les ovocytes et les spermatozoïdes ce qui nécessite leur préparation et leur recueil.

-La préparation des ovocytes se fait en : deux étapes en se basant sur la physiologie de l'axe hypothalamo-hypophysaire.

La première étape comprend la stimulation de l'ovulation avec ses deux phases pour contrôler le moment de l'ovulation :

la première phase consiste en un blocage ovarien, selon les protocoles soit dits longs, utilisant des agonistes de la LHRH, soit dits courts, utilisant l'effet « flare up » des agonistes de la LHRH, pour débiter la deuxième phase de stimulation ovarienne sur un ovaire « vierge »,

la deuxième étape intervient 34 à 36 heures après l'injection « déclenchante », les ovocytes sont alors recueillis par ponction folliculaire sous échographie par voie transvaginale.

Une remarque importante s'impose : l'induction de l'ovulation produit plusieurs ovocytes contrairement à l'ovulation spontanée, si tous les ovocytes sont mis en contact avec les spermatozoïdes et sont fécondés, il y aura plusieurs embryons et seulement deux, voire trois, seront transférés pour éviter des grossesses de haut rang : GHR.

- Recueil du sperme et préparation des spermatozoïdes :

L'on procède au recueil du sperme, qui subit une série de lavages et de centrifugations, pour l'analyser, voire procéder à une analyse protéomique de l'éjaculat, ce qui permet de sélectionner les spermatozoïdes les plus mobiles ayant le meilleur potentiel de fécondance.

L'article L.1244-3 du code de la santé publique interdit « *l'insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don* » ainsi que « *le mélange de spermatozoïdes* ».

- Mise en fécondation

Afin de réaliser l'étape de fécondation, les gamètes, ovocytes et spermatozoïdes, sont mises en contact dans les puits, contenant des milieux de culture artificiels avec des facteurs de croissance, voire, maintenant, dans des milieux de culture d'endomètre autologue (Endocell) prélevé au préalable chez la future mère, ce qui permet un dépôt des embryons sans changement de milieu lors de leur implantation dans l'utérus maternel.

I-2-2-6-2-2 : Deuxième phase : **Transfert intra-utérin des embryons :**

Après évaluation, « *tri* », de la « *qualité embryonnaire* » soit selon la morphologie : « *un blastomère avec les deux noyaux mâle et femelle bien symétriques avec les deux globules polaires en bas* », soit selon le profil métabolomique définissant la compatibilité entre les cellules de la granulosa et celles de l'endomètre, il est procédé à un transfert de deux, voire trois, embryons *in utero* sous échographie.

Le choix du nombre d'embryons à réimplanter fut toujours délicat. Rappelons qu'au début de la pratique des fécondations *in vitro*, il était d'usage de transférer plusieurs embryons pour avoir « *plus de chance* » qu'un ou deux embryons se développent et, s'il s'avérait que leur nombre fût trop important, avec le consentement de la mère, l'obstétricien procédait à une « *réduction embryonnaire* » pour éviter une grossesse de haut rang, donc à risques, sous couvert de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

Dans la même logique de la réussite du développement de l'embryon, le moment du transfert utérin du zygote devenu embryon obéit à différents protocoles dont l'objectif est de « *réussir* » l'implantation dans l'utérus.

Plusieurs protocoles sont possibles pour déterminer la « *fenêtre d'implantation* », c'est-à-dire le moment où la muqueuse utérine, endomètre, peut accueillir l'embryon :

- l'implantation embryonnaire a lieu au deuxième jour après la fécondation (J+2), correspondant à la première étape de la segmentation, l'embryon au stade de quatre cellules est désigné sous le terme de *blastula* ou *morula* (petite mûre),
- l'implantation a lieu au cinquième jour après la fécondation (J+5), correspondant à la deuxième étape de la gastrulation, l'embryon étant désigné sous le terme de *gastrula*,
- enfin, l'on peut procéder à un double transfert (J+2 et J+5), correspondant aux deux phases de la segmentation et de la gastrulation avant la phase de l'organogenèse.

Ces transferts peuvent être accompagnés d'un « soutien lutéal » par administration de progestatifs pour faciliter la nidation comme dans une gestation naturelle.

I-2-2-6-2-3 : Troisième phase : **Congélation** des embryons surnuméraires

L'article L.2141-3 stipule que :

*« Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la **conservation d'embryons**, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. Une information détaillée est remise aux membres du couple sur les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental ».*

Pour éviter des grossesses de haut rang, donc à risques avec des complications maternelles et néonatales, le transfert intra-utérin ne porte, habituellement, que sur deux, voire un embryon, le taux de transfert étant en moyenne de 1,8 embryons par transfert en FIV ou en ICSI en 2010.

En conséquence, il reste des embryons dits « surnuméraires » qui, avec le consentement par écrit du couple et si leur aspect le permet, peuvent être cryoconservés soit par une technique de congélation avec un refroidissement lent et formation de cristaux de glace intracellulaires, soit par une **technique de vitrification** avec un refroidissement ultrarapide à l'état amorphe.

Au moment d'une nouvelle implantation, un embryon sur trois, seulement, reprendra sa division au moment de la décongélation.

Quelles sont les possibilités de devenir de ces embryons surnuméraires ?

Le couple peut procéder à un transfert ultérieur si le transfert d'embryons « frais » n'a pas permis d'obtenir la grossesse ou si le couple désire d'autres enfants en opérant l'implantation sur cycle spontané selon la réceptivité endométriale ou sur cycle hormono-substitué ou faiblement stimulé, dans ce cas, l'AMP est homologue et il n'y a pas de problème de filiation, seulement une « rupture temporelle » selon Marie-France Nicolas-Maguin, **tous les embryons ayant été conçus à J0**, certains embryons ayant été implantés à J1, donnant des enfants, nés à J2, et d'autres embryons implantés à J3, donnant des enfants nés à J4, si le couple désire d'autres enfants, ou une « conception détemporisée », pouvant perturber la loi de primogéniture, si l'enfant, né à J2, est une fille et non un garçon et que l'héritier doit être un garçon.

Par contre, l'article L.2141-4 du code de la santé publique stipule que :

I-« *Les deux membres du couple, dont des embryons sont conservés, sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental* ».

II- « *S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres du couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L.2141-4 et L.2141-6* », ou à ce qu'ils fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L.2141-5, ou à ce qu'il soit mis fin à leur conservation ». « *Dans tous les cas, le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois* ».

Dans le cas de la procédure **d'accueil d'embryons** (code de la santé publique, art. L.2141-4) déjà conçus par un couple, qui n'a plus de projet parental et qui a donné son consentement à l'accueil de leurs embryons par un autre couple, dans les conditions prévues aux articles L.2151-4 et L.2141-6, du code de la santé publique, la fécondation *in vitro* est hétérologue.

Pourquoi un couple donneur consent-il à « donner » ses embryons ?

Selon le CECOS du service de la Biologie de la reproduction de l'hôpital Tenon (AP/HP), la motivation du couple donneur est « de ne pas détruire leurs embryons ou qu'ils ne soient pas utilisés pour la recherche ». Même, si le couple donneur n'élève pas ses embryons, cette solution leur paraît la meilleure et ne pensent pas que les enfants seront élevés par un autre couple. C'est l'une des raisons pour lesquels

certains couples ne consentent à la fécondation que de deux ou trois ovocytes pour ne pas créer d'embryons surnuméraires et pour ne pas avoir ensuite à résoudre cette situation cornélienne.

Dans ce cas, les parents biologiques ne sont pas les parents sociaux.

Aussi, en vue de respecter à la naissance de l'enfant l'article 7 de la CIDE relatif à la filiation, le couple demandeur doit donner devant un notaire ou devant le président du tribunal de grande instance son consentement par un acte authentique, *ad valitatem*, avant la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation. De plus à l'instar de la procédure d'adoption, l'autorité judiciaire fait procéder à toutes les investigations afin de déterminer si les conditions d'accueil du couple répondent à l'intérêt supérieur de l'enfant et ce même avant la naissance de l'enfant, la décision d'accueil étant du ressort de la compétence de l'autorité judiciaire.

Il arrive que le couple qui « accueille » un embryon ait fait en parallèle un dossier pour une demande d'adoption qu'il peut poursuivre ou annuler dans la perspective de l'accueil d'embryon.

Quel est alors l'intérêt d'accueillir un embryon, dont le patrimoine génétique n'est pas celui des parents sociaux, par rapport à l'adoption d'un enfant déjà né ?

L'obstétricien et les parents sociaux pourront répondre qu'ils ont vécu le temps de la grossesse et que la mère a mené la gestation de l'enfant et l'a mis au monde.

I-2-2-7 : Agence de la biomédecine :

L'assistance médicale à la procréation a créé des **situations nouvelles** pour les parents, pour les enfants à naître, pour les praticiens ainsi que pour les établissements publics ou privés qui pratiquent les « *activités d'assistance médicale à la procréation* », aussi est-elle encadrée avec des textes législatifs, accompagnés de textes applicatifs (décrets, arrêtés).

Les établissements de santé publics ou privés, où se font les « *activités d'assistance médicale à la procréation* », sont, selon le décret n° 2015-150 du 10 février 2015, des « **structures autorisées à exercer des activités d'assistance médicale à la procréation** ».

Quant aux praticiens, selon le décret précité, ils « *Sont réputés être en mesure de prouver leur **compétence** pour exercer les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation* ».

Sur le plan institutionnel, c'est l'Agence de biomédecine, instituée par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, qui agrée les structures ainsi que les praticiens, en notant toutefois que selon ce même décret les mots : « *Un praticien agréé du centre* » sont remplacés par les mots : « *Un praticien répondant aux critères...* », le décret précisant toutefois que les praticiens agréés antérieurement à la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique « *sont réputés avoir prouvé leur compétence pour l'exercice de cette ou ces activités* », donc en pratique peuvent continuer à exercer leurs activités d'assistance médicale à la procréation.

Selon l'article L.1418-1 du code de la santé publique,

« *L'Agence de la biomédecine est un établissement public administratif de l'Etat, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé* ».

Elle est compétente dans les domaines de la greffe, de la **reproduction** donc *de facto* de la biologie de la reproduction, de l'embryologie et de la génétique humaine.

Parmi ses missions, (Art. L.1418-1) du code de la santé publique :

« *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 ; ...* ».

En conséquence de sa compétence dans le domaine de la « reproduction », l'Agence de biomédecine publie des recommandations, relatives aux procédés biologiques utilisés en matière de biologie, et dans celui du « dispositif de vigilance », elle a mis en place un pôle d'AMP-vigilance ou pôle Sécurité-Qualité.

Par ailleurs, selon l'article R.2141-33 du code de la santé publique,

« *Les établissements de santé, organismes et laboratoires d'analyses de biologie médicale autorisés à pratiquer des activités d'assistance médicale à la procréation font l'objet d'une inspection ou d'un contrôle, par des agents mentionnés à l'article L.1421-1, à un rythme au moins biennal* ».

I-2-2-7-1 : **AMP-vigilance** : Pôle Sécurité-Qualité :

Le pôle AMP-Vigilance de l'Agence de la biomédecine fonctionne en réseaux avec les centres d'AMP publics ou privés volontaires répartis sur le territoire national, *via* le correspondant local d'AMP vigilance, qui transmet à l'Agence de biomédecine tout

incident, allant de l'effet indésirable à l'événement grave survenu au cours d'une AMP.

Le pôle Sécurité-Qualité fait la synthèse de ces différents signalements dans un rapport annuel qui doit être soumis pour approbation à la commission nationale d'AMP vigilance. Ce rapport est ensuite adressé au ministre en charge de la santé.

Notons, pour information, que le « Bilan AMP Vigie du 1^{er} janvier au 30 avril 2012 » donne 119 événements répartis en 95 effets indésirables et 24 incidents dont 81% d'événements graves.

Cette coopération entre le pôle Sécurité-Qualité de l'Agence de la biomédecine et les centres locaux d'AMP a pour objectif, en termes de retour d'expérience, de mettre à la disposition des professionnels de l'AMP des outils d'évaluation afin de réduire les risques pour les femmes qui ont recours à l'AMP.

Ainsi, nous voyons que les activités d'assistance médicale à la procréation se font selon le Professeur René Frydman

« En toute transparence sous la tutelle de l'Agence de la biomédecine ».

L'Agence de biomédecine suit la dynamique des progrès de la biologie de la reproduction et la mise en œuvre de toute nouvelle technique est soumise à son autorisation comme en témoigne la « Décision du 6 novembre 2013 de la directrice générale de l'Agence de la biomédecine portant autorisation d'une technique visant à améliorer l'efficacité, la reproductibilité et la sécurité des procédés biologiques d'assistance médicale à la procréation (article L.2141-1 du code de la santé publique), en l'occurrence relative au prélèvement du globule polaire ».

Cette action va, encore, être renforcée par la collaboration de l'Agence de la biomédecine avec l'Agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé (ANSM).

I-2-2-8 : Quelques chiffres clés de l'AMP :

Selon l'Institut national d'études démographiques (INED), 20 759 enfants sont nés à la suite d'une assistance médicale à la procréation en 2009, pratique qui se développe puisque selon l'INSEE sur les 832 799 enfants nés en 2010, 22 401 ont été conçus par assistance médicale à la procréation, soit 2,6% des enfants nés en 2010 et une augmentation du pourcentage de 16,42%, presque 20%, du taux de l'assistance

médicale en une année, la procréation homologue, représentant 95% des cas, et l'assistance médicale à la procréation hétérologue 5% des cas.

Pour ces 95%, les enfants ayant été conçus avec les gamètes des deux membres du couple dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation homologue, les parents biologiques sont les parents sociaux. Seul le mode de conception *in vitro* est modifié et il n'atteint donc pas le fondement de la filiation puisqu'il y a coïncidence entre la filiation biologique et la filiation juridique et il n'y a pas de problème de filiation. Par contre, pour les 5 % des enfants conçus grâce à un don : 4,9 %, issus d'un don de gamètes, majoritairement des spermatozoïdes en raison de la pénurie d'ovocytes, et 0,1% par accueil d'embryons, dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation hétérologue, étant donné l'absence de lien biologique entre l'enfant et ses parents sociaux, pour éviter tout contentieux de la filiation à la naissance de l'enfant, il y a un recueil du consentement du couple par le président du tribunal de grande instance ou par un notaire avec un acte authentique pour éviter un désaveu de filiation, qui serait prouvé par les tests génétiques.

I-2-2-9 : Santé des enfants nés après AMP :

Si les déclarations d'AMP vigilance permettent de suivre le déroulement de la grossesse, de l'accouchement et des premiers jours de l'enfant, il est difficile de suivre les enfants, nés par AMP, au cours de leurs premières années et de voir s'il y a des répercussions sur leur santé, les parents cherchant, peut-être, à occulter le mode de conception de l'enfant. Notons que cette volonté de crypter une période de la vie, encore plus, à son début se comprend.

Par exemple, dans un autre domaine, l'administration pénitentiaire a peu de « retour » des anciens détenus s'ils sont bien réinsérés, sauf en cas de récidive, car ils veulent « effacer » cette période de leur vie. Il en est de même pour les enfants « *gardés auprès de leur mère incarcérée jusqu'à l'âge de dix huit mois* ».

Toutefois, l'on peut citer l'article de Michael J. Davies, Vivienne M. More, Kristyn J. et coll. : « *Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects* », (N Engl J Med 2012 ; 366 : 1803-13) qui fait référence à l'étude faite par une équipe australienne (Davies M.J. et coll, 2012) qui a étudié le risque de malformations avant l'âge de 5 ans chez les enfants nés d'AMP sans FIV et d'AMP avec FIV ou ICSI par rapport à une population d'enfants nés de grossesses spontanées dans une population de

femmes fertiles et subfertiles. Les anomalies ont été répertoriées en fonction de la classification de la British Pediatric Association (BPA) et de la classification internationale des maladies (International Classification of Diseases-9) incluant les anomalies morphologiques, neurologiques, biochimiques, génétiques et cytogénétiques. L'étude australienne montre une augmentation significative de malformations (anomalies multiples, infirmité motrice cérébrale, uro-génitales, cardio-vasculaires ...) pour les enfants nés après AMP (8,3 % d'anomalies) par rapport au groupe d'enfants nés après grossesses spontanées (5,8 %).

Cette étude montre aussi que le risque est différent selon le protocole d'AMP : 7,2% d'anomalies pour les enfants nés en FIV par rapport à 9,9% d'anomalies pour les enfants nés après ICSI, cette dernière technique ayant été préconisée initialement en cas d'infertilité d'origine masculine et ayant l'avantage en cas d'infertilité d'origine masculine que le père biologique soit aussi le père social même s'il y avait un risque de transmettre une infertilité dans le cas de la naissance d'un petit garçon.

I-2-2-10 : Les autoconservations :

Les progrès réalisés en thérapeutique, notamment en oncologie, ont conduit à vouloir **préserver la fertilité des jeunes patients** avant d'entamer un traitement stérilisant d'où pour les hommes la congélation des spermatozoïdes et des tissus testiculaires et, maintenant, pour les femmes, encore en âge de procréer, d'ovocytes, après maturation ovocytaire *in vitro*, (MIV), suivie d'une cryopréservation par vitrification, dans les centres d'AMP, qui en assurent la conservation.

Au 31 décembre 2010, 40 000 patients disposaient de paillettes de spermatozoïdes autoconservés et 235 autoconservations d'ovaires ou de fragments ovariens avaient été effectuées pour des enfants ou jeunes filles avant leur exposition à des traitements potentiellement stérilisants.

I-2-2-11 : Bilan des résultats d'AMP, répondant à l'indication d'infertilité :

Il reste, environ, 14 % de femmes, traitées pour infertilité *via* l'AMP, résistantes au traitement et parmi elles, 4 % environ, deviendront enceintes naturellement.

En conclusion, les embryons étant conçus « *dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du code civil* », (article L. 2141-9 du code de la santé publique), en se référant au principe du rapport bénéfice/risque, l'assistance médicale à la procréation, encadrée par une **législation respectueuse des droits de l'enfant** et de l'établissement de sa filiation en conformité des articles 3§1, relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant, et 7, relatif à la filiation, de la Convention internationale des droits de l'enfant, permet de remédier à l'infertilité d'un couple, mais non sans risques pour la mère et pour l'enfant.

En conséquence, il s'impose de donner au couple une **information** claire, intelligible et loyale avant de recevoir son **consentement libre et éclairé**.

Ainsi, l'AMP bien encadrée permet de remédier à l'infertilité d'un homme ou d'une femme, voire d'un couple, et à un couple de fonder une famille avec une descendance et respecte les droits de l'enfant.

Nous allons, maintenant, étudier la deuxième indication clinique de l'assistance médicale à la procréation, selon l'article L. 2141-2 du code de la santé publique : « *d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* », posant, également, des problèmes éthiques que nous traiterons au niveau du titre 3 (I-3°) relatif aux problèmes éthiques de l'assistance médicale à la procréation.

Notons fort heureusement que le législateur de 1994 n'a pas voulu donner une liste de maladies afin de ne pas créer de discrimination, le seul critère étant « *la particulière gravité* ».

I-2-3 : **Couplage** de l'assistance médicale à la procréation et du **diagnostic préimplantatoire**

Afin que l'enfant naisse indemne chez un couple « à risques » ou que l'autre « membre du couple » ne soit atteint, c'est-à-dire : « *d'éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité* », (Article L. 2141-2 du code de la santé publique), il est pratiqué chez un couple fertile une fécondation *in vitro*, couplée à un diagnostic préimplantatoire afin de ne réimplanter qu'un embryon sain.

C'est en février 1984, que le professeur René Frydman, à l'hôpital Bécclère, à Clamart, deux ans après la naissance d'Amandine, née par fécondation *in vitro* sur une indication d'infertilité du couple, qu'est né Valentin par fécondation *in vitro*, couplée à un diagnostic préimplantatoire DPI).

Bien qu'il n'y ait pas de problème d'infertilité dans le couple, la femme accepte de faire une fécondation *in vitro* pour avoir un enfant « sain ».

En effet, la fécondation *in vitro* permet d'obtenir des embryons *in vitro*.

L'article L. 2131-4 du code de la santé publique dispose que :

*« Le diagnostic biologique effectué à partir de **cellules prélevées sur l'embryon in vitro** n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :*

*Un médecin exerçant son activité dans un centre de diagnostic pluridisciplinaire tel que défini par l'article L. 2131-1 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une **particulière gravité** reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».*

*« Les deux membres du couple expriment par **écrit leur consentement** à la réalisation du diagnostic ».*

*« Le diagnostic **ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection** ainsi que les moyens de la prévenir ou de la traiter »*, c'est-à-dire que le diagnostic préimplantatoire ne peut être pratiqué à des fins de convenance, par exemple pour le choix du sexe à moins que la maladie transmissible ne soit liée au sexe, comme l'hémophilie.

Il est alors procédé dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, (CPDPN), à un diagnostic préimplantatoire, (DPI), par prélèvement d'une ou de deux cellules des embryons, au stade *blastula* de son développement, pour une analyse cytogénétique, afin de ne transférer qu'un embryon sain, pour être implanté dans l'utérus de la femme.

Pour l'enfant, le **diagnostic préimplantatoire** est un grand progrès puisqu'il naît sain.

Toutefois, par exemple, pour D. Stoppa-Lyonnet, il peut y avoir un «*retentissement psychologique possible sur l'enfant né, survivant conceptionnel, héros ou esclave ?* »

(D. Stoppa-Lyonnet, Service de Génétique, Institut Curie ; Université Paris Descartes, « Prédipositions aux cancers : place des diagnostics préimplantatoire et prénatal » *in* Gynécologie & Obstétrique Pratique, N° 275, page 4).

Cependant, le diagnostic préimplantatoire s'inscrit dans l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant relatif à son intérêt supérieur.

Quant à la mère paradoxalement fertile, c'est probablement par amour pour son enfant qu'elle « consent » à subir une assistance médicale à la procréation, qui, rappelons-le, est un traitement lourd.

Malheureusement, en France, il n'y a pas assez de centres agréés pour le diagnostic préimplantatoire et il faut souhaiter que de nouveaux centres soient créés et agréés.

Quant à l'AMP « **virale** », dont le but est d'éviter la transmission d'une maladie virale (hépatite ou SIDA) à l'autre membre du couple sain, c'est un immense défi, un « challenge », pour le couple de pouvoir procréer.

En effet, pour un couple dont l'un des membres est « sérodiscordant », c'est-à-dire que l'un des membres du couple est séropositif et qu'il s'agit d'une maladie sexuellement transmissible, (MST), hépatite ou SIDA, c'est une décision lourde de vouloir procréer, impliquant des responsabilités comme l'avait souligné le Comité consultatif national d'éthique dans son avis du 8 novembre 2001 :

« Avis N° 69 (08 / 11 /01) : « *L'assistance médicale à la procréation chez les couples présentant un risque de transmission virale – réflexions sur les responsabilités* ».

En conséquence, le couple fertile choisit de faire une procréation *in vitro* et non *in vivo* pour éviter toute contamination dans un centre d'assistance médicale à la procréation, dédié à « l'AMP virale », ce qui implique toute une logistique pour réaliser le protocole de fécondation *in vitro*.

Nous allons, maintenant, aborder les problèmes éthiques suscités par l'assistance médicale à la procréation.

I-3 Titre 3 : Problèmes Ethiques de l'Assistance Médicale à la Procréation (AMP)

I-3-1 : Genèse de la bioéthique

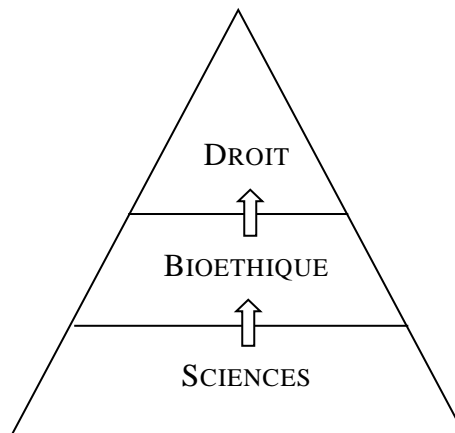
Le concept de bioéthique de bios (.....) : vie en grec et éthos (.....) avec un êta, manière d'être ou mœurs, a été créé en 1970 par Van Rensselaer Potter, médecin oncologue, spécialisé dans la recherche, à l'université de Madison, capitale de l'Etat du Wisconsin, aux Etats-Unis, dans son livre, intitulé : « *Bioethics : Bridge to the Future* »,

(La Bioéthique : un pont pour le futur).

Les avancées de la science, à partir du XX^e siècle et, maintenant, du XXI^e siècle, sont considérables : dans les domaines de la biologie de la reproduction avec la création de l'homme, *in vitro*, grâce à l'assistance médicale à la procréation : (AMP) ou selon l'ancienne dénomination à la procréation médicalement assistée : (PMA), (le terme de PMA a été changé à la faveur de celui d'AMP lors de l'examen du projet des lois de bioéthique en janvier 1994 à l'assemblée nationale), dans celui de la génétique chromosomique et moléculaire avec la découverte *in utero* de ce que sera l'enfant avec l'enjeu du diagnostic prénatal : (DPN) ou selon l'ancienne dénomination du diagnostic anténatal, (terme, également, changé à l'assemblée nationale en janvier 1994), ou, davantage, encore, par prélèvement d'une ou de deux cellules de l'embryon, après fécondation *in vitro*, au premier stade de son développement, pour l'analyse cyto-génétique avant son transfert intra-utérin dans le cas du diagnostic préimplantatoire : (DPI), dans le domaine de la génétique avec la possibilité d'établir des arbres généalogiques avec des données transgénérationnelles, dans celui des transplantations d'organes, dans celui des recherches biomédicales, de la fin de vie sans être exhaustif..., d'où la nécessité de la bioéthique qui opère des choix pour respecter la dignité de la personne humaine.

La bioéthique par essence pluridisciplinaire se situe à la frontière de la science et du droit, de la science à l'éthique, puis de « L'Ethique au Droit » selon le titre du rapport du Conseiller d'Etat, Guy Braibant, ou **selon le modèle de la pyramide de la bioéthique** : science, éthique et droit,

Pyramide de la bioéthique : figure 1



Pour respecter cette dignité, principe *princeps* en bioéthique, la bioéthique s'est dotée d'institutions sur le plan international : le Comité international de bioéthique de l'UNESCO : (CIB), sur le plan européen : le Comité directeur de bioéthique du Conseil de l'Europe : (CDBI) et sur le plan national : le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé : CCNE, créé en 1983 par décret présidentiel. Ces institutions élaborent des instruments onusiens, européens et nationaux : déclarations, conventions, recommandations, avis, répondant aux différents problèmes éthiques.

Dès 1994, la France se dotait de trois lois de bioéthique, dites du « triptyque des lois de bioéthique », fruit des avis du CCNE et de différents rapports (Premier ministre, Conseil d'Etat, Assemblée nationale, Sénat). Ce *corpus* législatif est constitué de trois lois :

la loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », données sensibles dans le domaine de la santé et requérant le recueil du consentement du patient en lui donnant l'information relative à la recherche avec une protection des données non seulement sur le plan national, mais aussi « hors du territoire français », si l'étude porte sur plusieurs continents , « around the world » selon le terme de la recommandation de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques : OCDE sur « *The governance of clinical trials* » (Le contrôle des essais cliniques) de décembre 2012 ;

et de deux lois du 29 juillet 1994 pour lesquelles il y a eu un contrôle de constitutionnalité.

Le Conseil Constitutionnel dans sa décision : DC n° 94-343/344 du 27 juillet 1994 a repris les principes de la bioéthique qui « *tentent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* ».

La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 **relative au respect du corps humain**, insérée dans le **code civil**, au niveau du Livre Premier, du Titre Premier et des Chapitres II et III (articles 16 à 16-13), est la loi *princeps* de la bioéthique, en élevant à des normes à valeur constitutionnelle les **principes de la bioéthique**.

Cette loi donne, au niveau du titre I de la loi, le cadre éthique auquel l'assistance médicale à la procréation doit se référer.

Le chapitre II (articles 16 à 16-9) du code civil traite :

« *Du Respect du Corps Humain* ».

L'**article 16** stipule 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* ».

La maternité de substitution ne porte-t-elle pas atteinte à la dignité de la mère de substitution et à celle de l'enfant qui est ensuite « donné » ?

L'**article 16-1** stipule que : « *Chacun a droit au **respect** de son corps.*

« *Le corps humain est **inviolable*** ».

En conséquence l'**inviolabilité du corps humain**, confirmant l'arrêt du 31 mai 1991 de la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière en présence du professeur Jean Bernard, invité en tant qu' « *amicus curiae* », conduit à la **prohibition de la maternité de substitution**.

« *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un **droit patrimonial*** ».

En effet, comment évaluer ce patrimoine ? Pour le Professeur, Henri Kreiss, ancien chef du service de transplantation de l'hôpital Necker, « *Ce patrimoine a un prix incommensurable* », en conséquence le **don d'organes** et celui de **gamètes** est **gratuit**, purement altruiste selon l'**article 16-6** du code précité qui stipule que :

« Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ».

L'**article 16-3** stipule que : *« Le **consentement** de l'intéressé doit être recueilli hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir »*, c'est-à-dire les cas d'urgence.

En fait, dans le cas de l'assistance médicale à la procréation, est-ce que le consentement des futurs parents est toujours libre face à ce désir d'enfant, d'où l'importance du rôle de l'information ?

L'**article 16-7** stipule que : *« Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui est **nulle** ».*

Cet article est corélié à l'article 227-12 du code pénal *« Sur les peines prévues pour le fait de s'entremettre en vue d'une gestation pour le compte d'autrui ».*

L'**article 16-8** stipule 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 divulgué. Le **donneur** ne peut connaître l'identité du receveur ni le **receveur** celle du donneur ».*

C'est le problème de l'**anonymat du don** pour préserver d'une part le donneur et d'autre part le receveur.

Pour un don d'organes, cœur, poumon, foie, rein par exemple, c'est parfaitement légitime.

En revanche, lorsqu'il s'agit de gamètes, assimilés aux « éléments » pour le législateur de 1994, c'est plus discutable puisque ce principe de l'anonymat prive *de facto* l'enfant de la connaissance de la moitié de ses origines. Mais, c'est peut être préférable pour la paix des foyers.

Le chapitre III (articles 16-10 à 16-13) du code civil traite:

« De l'Examen des **Caractéristiques Génétiques** d'une Personne et de l'**Identification** d'une Personne par ses **Empreintes Génétiques** » de l'anglais « fingerprint », empreinte par analogie avec les empreintes digitales différentes pour

chaque individu à l'exception des jumeaux homozygotes, (0,2 % de la population mondiale), les jumeaux hétérozygotes ayant des empreintes digitales différentes.

Cette identification génétique est due aux progrès réalisés dans le domaine de la génétique, couplée à la biologie moléculaire.

Aussi, en 1977, grâce à ses travaux en génétique, Sir Alec Jefferys, enseignant-chercheur à l'université de Leicester, au Royaume-Uni, en couplant la génétique et la biologie moléculaire, trouva une méthode d'analyse, la « Restriction Fragment Length Polymorphism » (« RFLP »), (polymorphisme de longueur d'un fragment de restriction), des portions de répétition des séquences de nucléotides de l'acide désoxyribonucléique, (ADN), **non codants**, représentant 20 % du génome, pour les protéines, appelées microsatellites ou minisatellites ou en anglais « Short Tandem Repeats », « STR », (répétition de courts tandems), permettant d'identifier une personne.

L'analyse porte sur 13 *locus*, déterminés selon des normes européennes et internationales, et le résultat est estimé en probabilité qui est de 1 sur 10 à la puissance 18 d'avoir deux individus différents, c'est-à-dire une **probabilité infinie**.

De nos jours, des méthodes plus rapides, telles que la « Polymerase Chain Reaction », (PCR), réaction en chaîne sous l'action de l'enzyme polymérase, permettant une amplification et ayant l'avantage d'être réalisée en moins de 24 heures, durée habituelle, sauf exceptions, d'une garde à vue dans le domaine pénal, sont utilisées.

Au Royaume-Uni, ces méthodes furent, aussi, utilisées dans le domaine civil, pour établir des filiations dans le cadre du regroupement familial, en particulier pour des ressortissants indiens, venant au Royaume-Uni.

Mais, à partir du moment, où il y a la possibilité d'accéder au génome d'une personne, c'est-à-dire à ses « *caractéristiques génétiques* » et à son « *identification par ses empreintes génétiques* », cela pose des problèmes éthiques d'où la nécessité d'un encadrement législatif pour éviter les dérives.

En conséquence, l'**article 16-10** stipule que : « *L'examen des **caractéristiques génétiques** d'une personne ne peut être entrepris qu'à des **fins médicales** ou de **recherche scientifique**.* »

*Le **consentement exprès** de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité ».*

Si cet **examen génétique** est un grand progrès pour le **diagnostic d'une maladie génétique** chez l'enfant, et, donc, répond à son **intérêt supérieur**, en revanche dans le cas d'une assistance médicale à la procréation hétérologue avec tiers donneur anonyme, il ne pourra être établi un diagnostic transgénérationnel, une branche des ascendants de l'enfant étant inconnue, à moins de consulter les données médicales non identifiantes du donneur dans le CECOS, où a eu lieu le don.

L'**article 16-11** traite de « *L'**identification** d'une personne par ses **empreintes génétiques** » dans différents domaines, en particulier dans le domaine civil :*

*« En matière civile, cette **identification** ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, ... ».*

*« Le **consentement** de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli ».*

Dans le cas d'une assistance médicale à la procréation hétérologue, cet examen serait incomplet, puisque l'empreinte génétique de l'un des parents est inconnue, et ne pourrait donc servir de preuve biologique pour établir la filiation de l'enfant, c'est un frein à l'expertise biologique et peut donc être un handicap pour l'enfant, d'où la nécessité du recueil préalable du consentement par le parent social et non biologique. Ces restrictions traduisent toute la problématique de l'anonymat du don.

C'est la raison pour laquelle la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, au niveau du titre III de la loi, (article 311-20 du code civil), traite du recueil du consentement à la procréation médicalement assistée des parents intentionnels pour garantir une filiation à l'enfant :

*« 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 conditions de leur acte au regard de la **filiation** ».*

Ainsi, la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, pour l'établissement de la filiation dans le cas de la procréation médicalement assistée (PMA, ancienne dénomination de l'AMP conservée dans ce titre) hétérologue avec tiers donneur est en accord avec l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Quant à la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, insérée dans le code de la santé publique, c'est une loi technique, déterminant les modalités de ces pratiques en en définissant le cadre dans le respect des principes de la bioéthique, la loi relative au respect du corps humain servant de socle et de base pour le respect de ces principes.

Ces lois ayant été grandement inspirées par les avis du CCNE, le législateur

« a élevé le CCNE à la hiérarchie législative » selon le conseiller doyen à la Cour de cassation, ancien Vice-Président du CCNE dès sa création en 1983 et Président du CDBI du Conseil de l'Europe, Jean Michaud, dans l'article 23 de la loi précitée en lui donnant pour mission non seulement de donner des avis mais aussi des **recommandations**, degré de hiérarchie supérieure dans les normes.

En prévision des progrès de la science et de l'évolution de ces pratiques, le législateur avait prévu dans l'article 21 « *un nouvel examen* » par le Parlement, qui a conduit à la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, instituant l'Agence de la biomédecine « *compétente dans les domaines de la greffe, de la reproduction, ...* » et élargissant le domaine de compétence du CCNE, pouvant donner des avis sur « *Les questions de société* », compétence précieuse, puisque c'est précisément dans ce cadre que le CCNE a pu s'autosaisir le 21 mai 2013 sur les indications « sociétales » de la PMA selon le président du CCNE, Jean-Claude Ameisen.

Dans la continuité de l'évolution des techniques, en vertu de l'article 40 de la loi précitée, la révision de la loi n°2004-800 a conduit à la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, qui a conservé la même philosophie qu'en 1994 pour les conditions de l'AMP, à savoir, un couple hétérosexuel en âge de procréer et vivant.

La portée de ces trois lois de bioéthique a été telle qu'elles ont servi de matrice au niveau du Conseil de l'Europe 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 : **Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine** », élaborée, en particulier, par le conseiller doyen à la Cour de cassation, Jean Michaud. Cette Convention a été adoptée le 16 novembre 1996 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe et ouverte à la signature à Oviedo en Espagne le 4 avril 1997,

signée par la France et ratifiée par la France à l'article premier de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

Pour que la Convention soit toujours en adéquation avec les progrès de la science, l'article 32 (chapitre XII) de la Convention prévoit l'élaboration de protocoles additionnels, (quatre à ce jour, portant sur le **clonage**, les transplantations d'organes, la recherche biomédicale et les tests génétiques).

De plus, en vertu des articles 33 et 34 (chapitre XIV), la Convention est, non seulement ouverte à la signature des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe, mais aussi à des Etats non membres d'où une portée intercontinentale.

Ainsi, le **Conseil de l'Europe**, *via* sa Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, s'est doté d'un instrument contraignant, adaptable grâce aux protocoles additionnels et d'une grande portée territoriale, non seulement européenne mais aussi internationale, rejoignant ainsi les Nations-unies.

Au **niveau international**, montrant un consensus sur la bioéthique, en particulier sur le recueil du consentement éclairé pour éviter la judiciarisation, la conférence générale de l'UNESCO a adopté la Déclaration universelle sur le **génomme humain** et les droits de l'homme le 11 novembre 1997 et la Déclaration universelle sur la **bioéthique** et les droits de l'homme le 19 octobre 2005.

Notons, comme le soulignait Georges Kutukdjian, ancien secrétaire du Comité international du CIB, que toutes ces déclarations comportent « *les Droits de l'homme* », le « *Human* » anglais, c'est-à-dire que ces déclarations s'adressent au genre humain, l'homme et la femme.

Notons, aussi, qu'il existe, également, « The rights of the animals ».

Ainsi, les instruments européens et internationaux de la bioéthique donnent une portée universelle aux principes, énoncés dans la loi relative au respect du corps humain.

C'est dans ce cadre des principes de bioéthique, en particulier, du respect de la vie dès son commencement, du recueil du consentement éclairé, de la non patrimonialité du corps humain, du respect du génome humain et de l'indisponibilité du corps humain (articles 16-1 à 16-9 du code civil) que le législateur a défini les indications cliniques et les protocoles d'AMP puisqu'il s'agit de créer la vie *in vitro*.

I-3-2 : Problèmes éthiques communs à l'AMP homologue et à l'AMP hétérologue

Si les progrès de la Biologie de la reproduction ont permis de créer la vie *in vitro*, se sont posés immédiatement des problèmes d'ordre éthique et juridique.

*I-3-2-1 : Recueil du **consentement éclairé** du couple*

Le recueil du consentement éclairé étant un principe fondateur de la bioéthique depuis le code de Nuremberg de 1947, le **recueil du consentement du couple, préalablement informé**, doit être recueilli pour **chaque étape de la fécondation *in vitro*** selon un « *formulaire de consentement écrit à la demande d'assistance médicale à la procréation (FIV) : consentement de ponction ovocytaire et de congélation embryonnaire et accord pour la réalisation d'actes hors nomenclature dans le cadre de la vitrification de blastocystes* ».

En corrélation des articles 16 à 16-8 du code civil, l'article L.2141-1 du code de la santé publique, relatif à l'assistance médicale à la procréation, porte notamment « *Sur le respect des principes fondamentaux de la bioéthique prévus en particulier aux articles 16 à 16-8 du code civil* ». En effet, le recueil du consentement éclairé trouve sa consécration dans l'article 16-3 du code civil :

« *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* », l'article L.2141-2 du code de la santé publique reprenant cet article en précisant : « *et consentir* ».

Au préalable, l'information du couple est fondamentale pour que le **consentement** soit **éclairé**. Avant l'adoption de la **loi n° 2002-303 du 4 mars 2002** relative aux droits des malades, consacrant au niveau de l'article L.1111-2 du code de la santé publique ce principe du **droit à l'information**, le contenu de l'information était défini par la jurisprudence judiciaire et administrative.

Au niveau de la **jurisprudence judiciaire**, dès 1942 la Cour de cassation dans l'arrêt Teyssier (Cass.civ.28 janvier 1942, Gaz. Pal. 1942, I, p. 177-178) énonce que :

« *Les tribunaux de l'ordre judiciaire sont **compétents** pour statuer sur une demande de dommages-intérêts fondée sur le fait que le chirurgien d'un service hospitalier n'a pas obtenu le **consentement éclairé** du malade avant de procéder à une opération, cette obligation constituait un devoir médical détachable de la fonction* ».

« *Le chirurgien, dont la **responsabilité** est engagée, doit réparer toutes les conséquences de l'acte dommageable qui lui est reproché, dès l'instant que cet acte est la cause génératrice du dommage* ».

Les médecins et les chirurgiens des hôpitaux (mais par analogie, il en serait de même pour les praticiens libéraux) sont justifiables des tribunaux de l'ordre judiciaire tandis que les tribunaux administratifs sont compétents pour les établissements hospitaliers.

Jusqu'à la fin du vingtième siècle, il était jugé que les patients ne devaient être informés que des traitements dangereux ou des « *risques normalement prévisibles* » (Cass. civ.1^{ère}, 27 fév.1997).

A partir de 1998, deux arrêts de la Cour de cassation ont étendu le domaine du contenu de l'information aux « *risques graves même exceptionnels* ».

Au niveau de la **jurisprudence administrative**, à partir de 2000, le Conseil d'Etat sur le **devoir d'information** harmonise sa jurisprudence avec celle de la Cour de cassation en considérant que l'information du patient par le praticien doit porter sur les **tous les risques mêmes exceptionnels**.

Le Conseil d'Etat dans sa décision 181 899 du 5 janvier 2 000 précise l'importance de l'information, précédant le recueil du « *consentement éclairé* » :

« *Considérant que lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son **consentement éclairé** ; que, si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité, de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les **risques** ne se réalisent qu'**exceptionnellement** ne dispense pas les praticiens de leur obligation* » ;

De surcroît, « *Il appartient à l'hôpital d'établir que l'intéressé a été informé des risques de l'acte médical* ».

L'obligation de recueillir le consentement éclairé du patient préalablement à l'accomplissement de tout acte médical, qui découle du droit de toute personne au respect de son **intégrité physique**, a pour corollaire l'obligation de lui fournir les informations utiles pour éclairer sa décision, l'information devant être intelligible et loyale.

Le recueil du consentement éclairé et « libre » permet d'éviter la **juridisation** de la relation praticien-patient, pouvant conduire à la **judiciarisation** selon l'avis n° 84 du 29/04/2004 du Comité consultatif national d'éthique sur : « *La formation à l'éthique médicale* ».

En l'occurrence, dans le cas de l'assistance médicale à la procréation, le praticien doit informer le couple candidat à l'AMP de la réglementation en vigueur, notamment de la loi n° 2011- 814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, des différentes techniques d'AMP, des risques potentiels et des « *taux de réussite* » sans omettre d'évoquer les différentes possibilités en matière d'adoption simple ou plénière nationale ou internationale.

Ainsi, si après un bilan d'infertilité l'indication de fécondation *in vitro* est posée par le praticien, ce dernier devra donner au couple une information claire, intelligible et loyale concernant les risques pour la santé de la mère, le suivi de la grossesse et le taux de succès de fécondation *in vitro*. A la suite de différents entretiens avec une équipe pluridisciplinaire, le couple reçoit un « **dossier-guide** ».

A l'issue d'un délai de réflexion (au *minimum* d'un mois) du couple, ce dernier donne son consentement à la conception *in vitro* et au transfert d'embryons par écrit en remettant différentes pièces d'état civil le concernant.

Le couple donne son accord pour la mise en fécondation de tous les ovocytes prélevés ou au *maximum* trois, ainsi que pour la congélation des embryons obtenus et non transférés aptes à être cryoconservés, ou bien son refus pour la conservation de ces embryons dits « surnuméraires », le couple ayant été, au préalable, informé du devenir de ses embryons : réimplantation ultérieure en cas d'échec de la première fécondation *in vitro* ou pour une nouvelle grossesse, utilisation pour la recherche ou accueil par un autre couple.

Le couple doit certifier par des actes d'état civil qu'il remplit les conditions requises pour l'AMP.

L'article L.2141-2 précise que les deux éléments du couple, à savoir l'homme et la femme, doivent être vivants, la femme en âge de procréer (la ménopause précoce n'a pas été évoquée), qu'ils doivent être « mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans ». Ces conditions montrent que la philosophie de la loi, voulue par le législateur, pour la fécondation *in vitro* soit la plus proche possible de la fécondation *in vivo* : un couple hétérosexuel, vivant et en âge de procréer. La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique dans son article

36 (article L. 2141-10 du code de la santé publique) a étendu l'accès à l'AMP aux couples liés par un PACS : « *les partenaires liés par un pacte civil de solidarité* ».

En corollaire de l'information sur le devenir des embryons dits surnuméraires, le couple peut refuser la congélation et la cryoconservation des embryons et ne donner son accord que pour la mise en fécondation d'un maximum de trois ovocytes.

Si le consentement est éclairé par l'information donnée par les praticiens, est-il vraiment libre face au désir d'enfant du couple, qui veut un enfant à tout prix ?

Cela montre combien il est difficile de recueillir un consentement vraiment libre dans de nombreux domaines, par exemple dans les recherches biomédicales, dans le domaine des greffes ou bien dans le cas des soins psychiatriques en milieu pénitentiaire.

I-3-2-2 : Projet parental du couple

Dans son projet parental, le couple doit exposer sa motivation et être conscient des risques et des conséquences de l'AMP pour lui-même et pour le ou les enfants à naître.

Après avoir réalisé une fécondation *in vitro*, le couple doit statuer sur le **devenir des embryons**, ce qui est certainement difficile car ce sont leurs enfants potentiels

L'article L.2141-4 stipule que :

« S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que leurs embryons soient accueillis par un autre couple, ou à ce qu'ils fassent l'objet d'une recherche, ou à ce qu'il soit mis fin à leur conservation ».

I-3-2-3 : Statut de l'embryon : objet ou sujet ?

L'**importance de l'embryon** est telle que, dès la création du Comité consultatif national d'éthique par décret présidentiel du 23 février 1982, le Comité lui a consacré son premier avis : Avis N°1 du 22/05/84 sur : « *Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus morts* » en définissant ainsi son statut juridique :

*« L'embryon ou le fœtus doit être reconnu comme une **personne humaine potentielle** qui est ou a été vivante et dont le respect s'impose à tous ».*

Ainsi a été levé pour l'embryon *in vitro*, selon le Conseiller d'Etat Jerry

Sainte-Rose, « *la division binaire personne / chose* » » et a permis de ne pas classer « *l'enfant in utero dans le monde des choses* » en lui donnant tout son respect, consacré par la loi de bioéthique n° 94- 653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et insérée dans le code civil, l'article 16 stipulant que :

« *La loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

Ce **respect du fœtus** est confirmé à nouveau dans l'avis n° 89 du Comité consultatif national d'éthique du 22 septembre 2005 :

Avis N° 89 du 22/09/2005 sur : « *A propos de la conservation des corps des fœtus et enfants mort-nés. Réponse à la saisine du Premier Ministre* » » précise que « *le fœtus doit faire l'objet du respect* ».

Toutefois, cette question du statut de l'embryon reste délicate comme en témoigne la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt de Grande Chambre, Parillo c. Italie du 27 août 2015, (requête n° 45470/11), concernant des embryons surnuméraires non transférés.

« *La Cour observe en effet qu'il n'existe aucun consensus européen sur la question délicate du don d'embryons non destinés à l'implantation* ».

De plus : « *La Cour conclut que l'Italie n'a pas outrepassé l'ample marge d'appréciation dont elle jouissait dans cette affaire et que l'interdiction litigieuse était nécessaire dans une société démocratique. Par conséquent, il n'y a pas eu violation de l'article 8* », s'inscrivant ainsi dans les avis du CCNE.

Ainsi, il faut être vigilant sur le devenir de l'embryon, conçu *in vitro*, qui doit avoir le même statut juridique que l'enfant, conçu *in vivo*, selon l'adage latin, *infans conceptus jam pro nato habetur*, l'enfant conçu est déjà considéré comme destiné à naître.

C'est justement ce respect de l'embryon, dès sa conception, qui condamne *de facto* la maternité de substitution dans laquelle l'embryon pourrait être assimilé à un « *bien meuble* » selon l'article 527 du code civil pour lequel la mère de substitution pourrait avoir une créance vis-à-vis des parents intentionnels dans le cadre du « *baby business* », (commerce du bébé) ou même dans le cas d'une maternité de substitution de type altruiste, car la créance est inchiffrable quand il s'agit de « *donner* » l'enfant.

I-3-2-4 : Implantation des embryons après un « tri » embryonnaire

Sur quels critères choisit-on les embryons devant être transférés ou congelés ?

Le premier critère est un **critère morphologique** après avoir observé les embryons au microscope et leur classement en fonction de leur aspect.

Le deuxième critère est un **critère d'évolutivité** basé sur l'observation des divisions cellulaires de l'embryon *in vitro*, c'est-à-dire aux étapes de l'embryogenèse : « *l'embryon peut être beau, mais il ne se développe pas* ».

En effet, à partir d'une seule cellule, l'œuf fécondé, un organisme complexe pluricellulaire va se constituer progressivement dont toutes les cellules sont issues de la cellule-œuf de départ.

Cette observation des divisions cellulaires de l'embryon *in vitro* a pour objectif de déterminer le moment favorable pour le transfert *in utero* de l'embryon et de sa réimplantation à J+2, embryon à 4 cellules au stade *blastula* ou *morula*, ou à J+5 au stade *gastrula* durant les phases de segmentation et de gastrulation (cf.paragraphe I-2-2-6-2-2).

Seuls un ou deux embryons « non fragmentés » et présentant des caractéristiques et une évolutivité satisfaisantes, avec le consentement du couple, sont déposés à l'aide d'un cathéter dans la cavité utérine.

Si, pour certains, ce « tri » s'apparenterait à de l'eugénisme, (je n'ose écrire ce mot dans ma thèse, tant ce terme a une connotation funeste), nous rappelons que la nature opère aussi un « tri » avec les fausses couches spontanées (FCS).

I-3-2-5 : Suivi de la grossesse : grossesse de « haut rang » :

GHR

Si au dixième jour du transfert embryonnaire, après dosage de la gonado-trophine chorionique ou béta HCG (« Human Chorionic Gonadotrophine), hormone produite par les cellules du trophoblaste et aux effets analogues à ceux de la LH, la concentration est supérieure à 50 mUI/ml, c'est le signe d'une grossesse « biologique ».

Puis, la première échographie conduit à la grossesse « échographique », qui pourra être sera suivie, d'un diagnostic prénatal (DPN) si l'échographie révèle une anomalie chez le fœtus. Des dosages hormonaux et une surveillance de la santé de la future mère mènent au terme la grossesse à terme.

L'accouchement a lieu normalement par « voie basse » et non obligatoirement par « voie haute » (césarienne) pour avoir un bébé à la maison ou un « baby at home », selon l'expression canadienne.

Le fait de ne réimplanter que deux ou trois embryons permet d'éviter une réduction embryonnaire, pratiquée sous le couvert de la loi n°75-17 du 17 janvier 1977 relative à l'interruption volontaire de grossesse, et des grossesses multiples, exposant les fœtus à des risques de prématurité et la mère à de nombreuses complications.

I-3-2-6 : Santé de la mère

Les complications à court terme sont lors de l'induction de l'ovulation le syndrome d'hyperstimulation ovarienne sévère (SHO) se caractérisant par le développement sur les ovaires de nombreux follicules les rendant douloureux d'où l'importance du suivi de la femme avec des dosages hormonaux et des échographies.

Les accidents thrombo-emboliques, maladie thromboembolique veineuse (MTEV), sont plus rares (de l'ordre de 76 à 1,72 cas pour 1 000 grossesses), mais beaucoup plus graves.

En 2011, le rapport annuel de l'AMP vigilance de l'Agence de biomédecine donnait 9 cas de thromboses chez des femmes en moyenne âgées de 37 ans, les femmes ayant leur première grossesse de plus en plus tard, peut-être en raison de leur carrière ?

Où sont « les grossesses faciles des femmes de 22 à 30 ans » selon François Lepage ?

A long terme, l'induction de l'ovulation peut conduire à des complications oncologiques.

I-3-2-7 : Santé de l'enfant à naître

Les risques les plus fréquents sont la prématurité avec un petit poids de naissance, même en cas de l'implantation d'un seul embryon, conduisant à un seul enfant. Dans le cas de l'ICSI, dont l'indication est une infertilité d'origine masculine, le risque pourrait être celui de transmettre aux garçons une infertilité ainsi que des malformations urogénitales, mais nous n'avons pas encore de recul.

En revanche, le grand intérêt de cette technique est de rester au sein d'une **AMP homologue** dans laquelle les **parents biologiques sont les parents sociaux**.

I-3-2-8 : Conservation des embryons surnuméraires

Au 31 décembre 2010, on dénombrait 171 417 embryons conservés pour 51 433 couples. Quel est le devenir de ces embryons qui selon la loi seront détruits après cinq ans.

Selon l'article L.2141-4 du code de la santé publique, il y a trois possibilités :

les embryons peuvent être réimplantés pour une nouvelle « FIV », en cas d'échec de la première ou si le couple souhaite encore des enfants.

Il est à remarquer que, dans ce cas, tous les enfants ont été conçus à J0, certains sont nés à J+1 et d'autres naîtront à J+2, la conception étant « détemporisée ».

Selon l'article L.2141-4 du code de la santé publique,

« S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que leurs embryons soient accueillis par un autre couple ou à ce qu'ils fassent l'objet d'une recherche ».

Dans cette dernière hypothèse, l'embryon n'est-il pas réifié ?

La 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 humaines (CSEh) (article L.2151-5 du code de la santé publique) précise dans quel cadre cette recherche peut s'effectuer. L'article L.2151-5 stipule *« qu'aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation ».*

Les embryons doivent avoir été « conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation » et ne plus faire « l'objet d'un projet parental ».

« Les protocoles de recherche sont autorisés par l'Agence de biomédecine... ».

En aucun cas, l'on ne peut créer *via* une AMP des embryons pour la recherche.

Une autre dérive ne consisterait-elle pas à faire des recherches sur les embryons provenant d'interruption volontaire de grossesse, (IVG), même avec le recueil du consentement de la femme ?

I-3-2-9 : Vitrification

La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique autorise dans son article 31 la technique de la vitrification des ovocytes ou « *congélation ultrarapide des ovocytes* » dont l'indication peut être posée dans le cas où la patiente doit subir, par exemple un traitement la rendant stérile afin de préserver son capital ovocytaire, c'est-à-dire sa fertilité.

Il en est de même pour la conservation des spermatozoïdes par congélation sous forme de paillettes.

En aucun cas, cette autoconservation du **patrimoine génétique** ne peut être faite à des fins non médicales comme, par exemple, pour une femme de privilégier sa carrière avant de procréer.

I-3-2-10 : Age du père et de la mère

Pour la femme, l'âge limite pour avoir accès à l'assistance médicale à la procréation est de 42 ans bien que l'ovogenèse ne s'arrête qu'à la ménopause.

Pour l'homme, si la spermatogenèse non seulement diminue avec l'âge (environ 6,5 millions/j/g de testicule à 20 ans contre 3,8 millions/j/g à partir de 50 ans), en fonction de l'avancement de l'âge, l'on observe une évolution qualitative des spermatozoïdes avec l'apparition de formes atypiques et une diminution de leur mobilité.

En conséquence, il paraîtrait souhaitable d'instituer un âge limite aussi pour l'homme tant pour éviter un risque de malformations chez l'enfant que pour éviter que l'homme n'ait peu de temps pour élever son enfant, la différence d'âge entre ascendant et descendant étant habituellement une génération, c'est-à-dire 25 ans.

I-3-3 : Problèmes éthiques spécifiques à l'AMP hétérologue

I-3-3-1 : Don de gamètes et d'embryons

Le don de gamètes (Articles L.1244-1 à L.1244-5 du code de la santé publique), spermatozoïdes pour les hommes, ovocytes pour les femmes et accueil d'embryons se fait au niveau des Centres d'études et de conservation des œufs et du sperme humain (CECOS), créés en 1974 par le Professeur Georges David, et sous leur responsabilité. Le don est gratuit en vertu du principe de non patrimonialité du corps humain et anonyme.

Donneur de spermatozoïdes : à son arrivée au CECOS, le donneur de spermatozoïdes doit présenter au praticien son spermogramme et son échographie des testicules.

Si les résultats de ces examens sont bons, le praticien interroge le donneur sur ses origines familiales afin de dresser l'**arbre génétique** du donneur pour éviter qu'il ne transmette à l'enfant des maladies récessives.

Avant que le donneur ne donne ses gamètes, le praticien l'interroge sur sa **motivation** et ses **crain**tes. Est-t-il conscient qu'il aura une descendance qu'il ne connaîtra pas ?

Au CECOS de l'hôpital Tenon, l'un des donneurs a évoqué : « sa crainte qu'il y ait des mariages entre demi-frères et demi-sœurs puisque ses paillettes pouvaient être données à cinq couples différents », c'est-à-dire d'avoir un enfant incestueux.

Après le recueil des spermatozoïdes, des tests sanitaires sont faits pour que le **don** soit fait en **toute sécurité**, c'est l'une des raisons pour lesquelles le don de sperme frais est interdit, un caryotype est également pratiqué pour déterminer le génotype.

Nous voyons que la procédure du recueil de spermatozoïdes est peu contraignante ne nécessitant qu'un entretien avec un praticien, suivi d'un recueil des gamètes, ce qui explique qu'il y a moins de pénurie de don pour les spermatozoïdes que pour les ovocytes pour lesquels le don est beaucoup plus contraignant, voire dangereux et peu réaliste.

Dans la « *campagne radio* » du 1^{er} au 15 juin lancée par l'Agence de la biomédecine sur « *le don de sperme et d'ovocytes* », le professeur Dominique Royère, responsable des dons à l'Agence de la biomédecine a déclaré que :

« cette année, il faudrait 900 donneuses et 300 donneurs pour répondre aux besoins de tous les couples infertiles qui sont actuellement en attente, soit plus de 3 000 couples ». En 2013, « seulement 1500 couples sont devenus parents grâce à 456 donneuses et 268 donneurs »

([http : //www.genethique.org/fr/pour-les-10-ans-de-biomedecine-marisol-torraine-fixe-les-objectifs-63290.html](http://www.genethique.org/fr/pour-les-10-ans-de-biomedecine-marisol-torraine-fixe-les-objectifs-63290.html) .VWygUbtfnfZ

Il est à noter que, même, dans les pays où l'anonymat du don est levé, il n'y a pas de pénurie.

Donneuses d'ovocytes : la situation est tout à fait différente pour les dons d'ovocytes pour les femmes bien qu'il y ait eu et qu'il y ait en ce moment des campagnes faites par l'Agence de biomédecine en faveur du don d'ovocytes.

En effet, les donneuses d'ovocytes sont « rares » car le recueil d'ovocytes nécessite une induction de l'ovulation avec les conséquences à court et à long terme pour la santé des donneuses (cf. paragraphe I-2-2-1-), la nécessité de plusieurs rendez-vous et enfin la ponction ovocytaire sous anesthésie générale, pouvant générer des difficultés avec le travail surtout en période de crise.

De plus, les ovocytes étant des cellules fragiles, il était jusqu'à 2011 impossible de procéder à leur conservation, celle-ci n'ayant été rendue possible que par le procédé de vitrification, autorisé par la loi de bioéthique de 2011.

Quelle peut être la motivation d'une donneuse ? Selon le CECOS de l'hôpital Tenon « *L'empathie pour une autre femme sans même penser à l'enfant que la donneuse permettra de donner à la femme receveuse* ».

Les délais pour la receveuse peuvent être de 18 mois, créant un « *stress* » pour la receveuse qui est « *suspendue* » à un appel téléphonique du CECOS.

Le délai peut être raccourci, passer de 18 à 15 mois, si la receveuse « *fournit* » une donneuse pour un autre couple, car le don étant anonyme, elle ne doit pas connaître la donneuse.

Cette difficulté à avoir des dons d'ovocytes explique pourquoi dans les 4,9 % d'enfants nés à la suite d'une assistance médicale à la procréation (cf. paragraphe I-2-2-8) la majorité des enfants sont nés grâce à un don de spermatozoïdes.

C'est pourquoi l'autorisation de la vitrification des ovocytes par la loi de bioéthique de 2011 est très importante dans le cas des autoconservations pour raison médicale (cf. paragraphe I-2-2-10).

Dans tous les cas, le praticien tentera de faire un don de gamètes en fonction du phénotype du receveur ou de la receveuse « *matcher* », faire correspondre, les gamètes au phénotype des futurs parents.

Selon le principe de bioéthique de non-patrimonialité du corps humain, sa valeur étant « *incommensurable* » selon le professeur Henri Kreiss, le don de gamètes est gratuit comme pour les autres organes lors d'une transplantation d'organes.

La France respecte le principe de l'anonymat du donneur ou de la donneuse et celui du couple receveur. Lors du recueil des gamètes, les informations relatives aux donneurs se font dans le respect de la loi n°78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Les donneuses d'ovocytes doivent avoir été, déjà, mères et être âgées de moins de 37 ans, à la différence du donneur qui peut ne pas encore avoir procréé.

Toutefois, la Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, Marisol Touraine, prépare un décret d'application de la loi de bioéthique de 2011 « *élargissant le don de gamètes aux nullipares* », ce qui, toutefois, pourra hypothéquer de futures grossesses pour la donneuse si elle fait lors de l'induction de l'ovulation un syndrome d'hyperstimulation ovarienne.

Les dons se font uniquement dans les établissements agréés, les CECOS, pour éviter des dons « *sauvages* ».

L'accueil d'embryon :

En principe, destiné à un couple infertile pour l'homme et la femme, voire pour un couple dont la femme est infertile et pour qui l'attente d'un don d'ovocyte est trop longue.

I-3-3-2 : Anonymat du don de gamètes

L'anonymat du don de gamètes pose immédiatement les problématiques du secret de la conception, de la filiation, devenant sociale et non plus biologique, et de l'accès aux origines, qui sera l'un des problèmes de fond dans le cas de la gestation pour autrui que nous aborderons dans la deuxième partie de la thèse.

Si la tendance de l'Europe est de lever l'anonymat, rappelons que le maintien de l'anonymat en France peut être précieux, pour preuve l'accouchement sous X, confirmé par l'ordonnance de 2005, qui a pour objectif de protéger la santé de la mère et celle de l'enfant lors de l'accouchement, d'éviter des avortements et des abandons «sauvages », voire des infanticides.

La CIDE, dans son article 3-1 concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, et dans son article 7 relatif à son identité, peut trouver son application dans la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, instituant le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP). En effet, cette loi permet à l'enfant d'avoir accès à la connaissance de données identifiantes si la mère a donné son consentement, voire non identifiantes en cas de refus de la mère. Toutefois, selon l'article L. 147-7 du code de l'action sociale et des familles : « L'accès aux origines est sans effet sur la filiation. Il ne fait naître aucun droit ». Cette loi du 22 janvier 2002 a reçu sa consécration dans l'arrêt de Grande Chambre dans l'affaire Odièvre c. France (requête 42 326/98 du 13 février 2003) ou le droit de connaître son identité biologique de la Cour européenne des droits de l'homme jugeant que « *Selon la Cour, la législation française tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisantes entre les intérêts en cause* », c'est-à-dire ceux de la mère et ceux de sa fille, Madame Odièvre et « *qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 relatif à la non-discrimination, combiné à l'article 8, relatif à la vie privé, de la Convention* ».

Ainsi, la Cour n'a pas condamné la France compte tenu des aménagements de cette loi, préservant le droit de l'enfant à connaître ses origines. Cependant, la filiation biologique maternelle ne pourra être établie, mais si le père biologique pouvait être identifié, il se heurterait à une filiation adoptive en cas d'adoption. .

Dans son avis n° 90 du 24/11/2005: « *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation* », le Comité consultatif national d'éthique préconise de « permettre à l'enfant d'avoir accès à des informations non identifiantes en maintenant le secret de l'anonymat », mais en levant le secret de la conception.

I-3-3-3 : Secret de la conception

En cas d'Assistance Médicale à la Procréation *homologue*, il n'y a pas de problème de levée de l'anonymat pour l'enfant, seulement celui du secret de son mode de conception.

Par contre, dans le cas d'AMP *hétérologue*, le secret est double pour l'enfant : non seulement celui de son mode de conception, mais aussi celui de l'intervention d'un tiers donneur. Dans les deux cas, le maintien du secret de sa conception risque d'être déstabilisant pour l'enfant s'il l'apprend fortuitement.

Il est recommandé qu'il l'apprenne avant l'adolescence.

De plus, dans le cas de l'AMP *hétérologue*, le maintien du secret de l'intervention d'un tiers donneur créera un préjudice supplémentaire à l'enfant en lui ôtant la possibilité d'avoir accès à ses origines par la levée de l'anonymat.

Aussi, dans son avis n° 90 précité le CCNE préconise :

« De ne pas laisser l'enfant, ou l'adulte qu'il est devenu, seul dans sa quête d'origine, mais de l'inscrire dans une relation humaine riche, consciente et engagée, où il puisse affronter en vérité son histoire conceptionnelle pour mieux l'assumer ».

*I-3-3-4 : **Filiation** : reconnaissance préalable en filiation : dualité des statuts de donneur ou de donneuse et des parents.*

Selon Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, « *la filiation se définit juridiquement comme le lien de droit qui unit un individu à son père (filiation paternelle) et à sa mère (filiation maternelle) ou à l'un des deux seulement* ».

L'établissement de la filiation de l'enfant à sa naissance est un acte *princeps* et capital. En effet selon le jurisclasser (Fas. 230-32) : « *C'est l'idée qu'en la matière, l'enfant est le principal intéressé, dans la mesure notamment où l'établissement d'un lien de filiation a pour conséquence de faire naître à son profit des droits importants* »

Dans ce cas, il s'agit d'une filiation charnelle ou biologique.

Pour bien comprendre les dispositions relatives à l'établissement de la filiation selon

le Titre VII du Livre premier du Code civil en cas d'assistance médicale à la procréation, il faut se replacer d'une part dans le cadre médical, d'autre part dans le cadre administratif qui encadrent la procréation médicalement assistée tout en distinguant bien soit le cas de l'assistance médicale à la procréation homologue, soit celui de l'assistance médicale à la procréation hétérologue.

Sur le **plan médical**, c'est un couple hétérosexuel qui a épuisé toutes les « voies de recours » pour procréer *via* une fécondation *in vivo*, pour lequel le praticien a posé un **diagnostic d'infertilité pour la femme** (ou bien pour laquelle il est nécessaire de contourner la voie tubaire ou le col utérin), ou **pour l'homme** ou même **pour les deux membres du couple**.

Lors du **recueil du consentement éclairé**, le couple a été informé des risques et des aléas de l'assistance médicale à la procréation ainsi que des possibilités d'adoption, mais c'est un couple qui préfère avoir ses propres enfants génétiques (« own genetic children ») ou demi-génétiques (« half-genetic children ») dans le cas d'un tiers donneur, le plus souvent don de spermatozoïdes par un homme, plus rarement don d'ovocytes par une femme, car celle-ci devra subir une induction de l'ovulation non en sa faveur mais pour une autre femme, et encore plus rarement un accueil d'embryon venant d'un couple qui n'a plus de projet parental. Dans ce cas il n'y a aucun lien génétique entre l'enfant et le couple receveur, mais la femme a porté l'enfant et l'a mis au monde.

C'est un couple qui doit être très uni, car le parcours de l'assistance médicale à la procréation est long et douloureux pour la femme et le taux de réussite n'est pas de 100% et qui est conscient que la femme n'a « droit » de recourir que trois fois à l'assistance médicale à la procréation et que l'âge limite est de 42 ans.

Sur le **plan administratif**, seuls les praticiens agréés par l'Agence de la biomédecine sont habilités à procéder aux activités biologiques et cliniques d'assistance médicale à la procréation.

En parallèle, les établissements publics ou privés doivent être, également, agréés.

La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation nécessite un gros investissement : locaux sécurisés, dédiés à l'activité d'assistance médicale à la procréation au sein de l'établissement et matériel spécifique sans cesse renouvelé pour être toujours en adéquation avec les progrès de la biologie de la reproduction : cathéters pour prélever les ovocytes chez la femme et transférer ensuite les embryons

in utero, milieux de culture de plus en plus ciblés pour le développement *in vitro* des embryons en étuve, cuves d'azote pour la conservation des embryons surnuméraires. C'est dans ce contexte que les praticiens procèdent aux différentes phases de l'assistance médicale à la procréation en contrôlant chaque stade, (par exemple lors du transfert embryonnaire, le praticien vérifie sous microscope que tous les embryons ont été transférés et qu'il n'en reste plus dans le cathéter) et en vérifiant que, **pour chaque stade** des différents protocoles d'assistance médicale à la procréation, le **couple a donné son consentement éclairé** après avoir reçu une information claire, intelligible et loyale avec , éventuellement, une traductrice si nécessaire.

Quelles sont alors les règles concernant l'établissement de la filiation ?

Lorsque la **procréation médicalement assistée** est **homologue**, c'est-à-dire lorsque l'enfant a été conçu avec les gamètes du couple, elle n'entraîne aucune conséquence particulière en droit de la filiation. L'enfant est biologiquement issu des deux membres du couple comme s'il avait été conçu par procréation naturelle.

Le **droit commun de la filiation** est applicable et ce sont donc les règles classiques de la filiation qui s'appliquent. Les **parents biologiques** sont les **parents sociaux**.

Si l'enfant est né dans le mariage, sa filiation est établie par son acte de naissance désignant la mère, selon l'adage *mater semper certa est*, et la présomption *pater est* pour le père.

Si l'enfant est né hors mariage, sa filiation est établie par la désignation de la mère, selon le même adage *mater semper certa est*, et la reconnaissance du père.

En revanche, lorsque la **procréation médicalement assistée** est **hétérologue**, c'est-à-dire lorsque l'enfant est conçu avec un don de gamètes ou un accueil d'embryon, donc avec l'intervention d'un **tiers**, des **dispositions spéciales** (C.civ., art.311-19 et 311-20) régissent **l'établissement et la contestation de la filiation** en cas de don de gamètes.

Ces dispositions n'ont subi que quelques retouches terminologiques de coordination dans l'ordonnance n° 2005-759, 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation, JO 6 juillet, p. 11159 et la loi de ratification n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ne les a pas modifiées.

En effet, dans le cas de l'assistance médicale à la procréation avec l'intervention d'un tiers donneur, il y a dissociation entre la filiation biologique et la filiation sociale.

C'est pourquoi, pour être en accord avec les articles 3§1 et 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant, le législateur, dès 1994, dans la loi n° 94-653 relative au respect du corps humain, avait pris en compte la différence entre la filiation biologique et la filiation sociale dans le cas de l'assistance médicale à la procréation hétérologue pour laquelle le ou les parents biologiques n'est ou ne sont pas les parents sociaux.

Ces dispositions sont reprises au niveau de la section III du code civil :

De l'Assistance Médicale à la Procréation, (Ord.. n° 2005-759 du 4 juillet 2005)

L'article 311-19 du Code civil (L. n° 94-653 du 29 juillet 1994) énonce que :

« 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 ».

Cet article consacre la distinction entre filiation biologique et filiation sociale et **interdit l'établissement d'un lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant** issu de la procréation.

L'article précise également qu'aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur.

Ces dispositions sont très importantes et sont une garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant et, également, une garantie de protection « à l'encontre du donneur ».

En effet, supposons que, dans le cas d'une assistance médicale à la procréation hétérologue avec don de spermatozoïdes (infertilité d'origine masculine), à la naissance de l'enfant, le père social ne veuille plus reconnaître l'enfant - il ne lui ressemble pas (et pour cause) - ou bien comme cela a pu être dit dans des maternités, où l'on pratique l'assistance médicale à la procréation : « *C'est l'enfant de madame* », il pourrait, (je précise au conditionnel), faire contester sa filiation par une expertise biologique.

En effet, si la Cour de cassation a décidé, le 28 mars 2000 (Cass. Civ. 1^{re} 28 mars 2000, RJPF 2000, n° 5, p.23) que « *l'expertise biologique est de droit sauf motif légitime de ne pas y procéder* », elle a mis un frein à la recevabilité de l'action en conformité avec l'article 16-11 du Code civil., fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant : « *Le motif légitime semble pouvoir puiser ses racines dans deux principes majeurs du droit de la filiation : le premier réside dans la nécessaire protection de la paix des familles, le second relève de l'inviolabilité du corps humain* »

(M.C. Monsallier Saint-Mleux, Cass ; Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, JCP G 2000 II, 10409).

Comment définir ce « *motif légitime* » ? Selon le professeur J. Hausser

« *L'action est possible, que la preuve biologique (est) pertinente, mais qu'il existe des motifs légitimes de ne pas y procéder* » (J.Hausser, RJPF 2000, p.24).

Mais comment accéder à la preuve ? La preuve biologique, l'ADN, est consignée dans les registres anonymisés des CECOS (Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme) et dans le dossier médical personnalisé (DMP) de la patiente, mais c'est une preuve protégée par le secret professionnel.

Il faut noter qu'à ce jour, vendredi 12 juin 2015, il y aura peut être une évolution sur le secret professionnel, suite à la catastrophe aérienne de l'A 320 de la compagnie allemande dans les Alpes de Haute Provence.

C'est dans ce même esprit que le législateur, dans le cas d'une assistance médicale à la procréation hétérologue, où il y a intervention d'un tiers donneur, homme pour le don de spermatozoïdes ou femme pour le don d'ovocytes, voire l'accueil d'embryon, a voulu que le recueil du consentement des époux ou des concubins soit donné avec un formalisme par un **acte authentique de recueil de consentement à l'assistance médicale à la procréation**, dans des conditions garantissant le secret, devant un juge ou un notaire. L'article 311-20 du code civil énonce 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 de leur acte au regard de la filiation* ».

« *Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action (Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005) « 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* ».

En fait, s'il est très difficile, voire impossible, d'apporter la preuve biologique que l'enfant n'est pas issu du don, il semble que cette hypothèse soit peu probable.

En effet, sur le plan de la biologie de la reproduction, une fois que la fécondation a eu lieu et que la gestation a débuté, la **gestation bloque l'ovulation**.

Il faudrait, donc, que la femme, juste après la ponction ovocytaire ayant « laissé » quelques ovocytes, ait un rapport fécondant *in vivo*.

C'est méconnaître l'état d'esprit du couple qui désire cet enfant « à tout prix » et de l'homme qui a reconnu son infertilité et la fatigue, voire l'épuisement, de la femme qui s'engage dans un processus d'assistance médicale à la procréation.

Par contre les dispositions suivantes : « *Le consentement est **privé d'effet** en cas de **décès**, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant **avant** la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance* » montrent l'importance du recueil du consentement qui est l'objet de la preuve.

Cette **importance du consentement** est reprise dans la disposition suivante :

« *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* ». De plus, l'Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 précise que :

« *En outre, sa responsabilité est judiciairement déclarée.*

L'action obéit aux dispositions des articles L.328 et L.331 du Code civil », l'action obéissant aux règles régissant l'action en recherche de paternité.

D'autres dispositions relatives au don de gamètes et au recueil du consentement sont reprises, également, au niveau des articles L.1244-1 et L. 1244-2 du code de la santé publique.

En effet, « *Le Code Napoléon n'envisageait, de façon certaine, que la paternité par procréation naturelle. Le même Code a introduit en droit français l'institution de l'adoption. Plus récemment, le développement des techniques de procréation médicalement assistée a fait apparaître un nouveau type de paternité également fondé sur la **volonté**. On assiste donc à un essor des paternités fondées sur la volonté dites encore **paternités d'intention*** » (La Paternité, Gérard Champenois, 1804-2004, Le Code Civil, un Passé, un Présent, un Avenir, Dalloz).

En conclusion :

Hormis les deux exceptions prévus au deuxième alinéa de l'article 311-20 du Code civil, : « *que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée* », ce qui est pratiquement impossible, vu l'encadrement médical très rigoureux de la pratique de l'assistance médicale à la procréation et le désir d'enfant du couple, « *ou que le consentement a été privé d'effet* », le recueil du consentement éclairé préalable à la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation étant la clef de voute de

l'établissement de la filiation en cas d'assistance médicale à la procréation impliquant les deux membres du couple aussi bien dans une AMP homologue que dans une AMP hétérologue, le législateur a donné toute son importance au

« *Consentement des demandeurs. Celui-ci doit être éclairé, persistant et non frappé de caducité.*

La paternité établie dans ces conditions ne repose que sur une manifestation de volonté » (La Paternité, Gérard Champenois).

De surcroît dans le cas d'une AMP avec tiers donneur, c'est le **consentement** qui est la **preuve** de l'engagement de la mise en œuvre d'une assistance médicale à la procréation, interdisant toute contestation de paternité, la mère étant toujours celle qui accouche selon l'adage *mater semper certa est*.

En effet si, selon le professeur Pierre Murat, (Droit de la Famille, 2014/2015, Dalloz) « *La mère a toujours la possibilité d'accoucher sous X, même en cas d'AMP,* » ce serait impensable et méconnaître les motivations d'une femme donnant son consentement pour un protocole d'AMP.

Ces dispositions relatives à la filiation sociale de l'enfant sont donc en conformité avec la Convention internationale des droits de l'enfant et ont pour but d'éviter un désaveu de paternité à la naissance.

En effet, un test d'empreintes génétiques prouverait que le père social ou la mère sociale n'est pas le père ou la mère biologique, de même pour les parents sociaux dans le cas d'accueil d'embryon.

Le recueil du consentement établi par un acte authentique, *ad valitatem*, interdit ensuite d'introduire une action en contestation de filiation, sauf en cas de séparation du couple ou de décès de l'un des membres ou s'il est prouvé que l'enfant n'est pas né du fait d'une AMP.

Dans l'esprit de l'article 7 de la CIDE, dès 1979, après la naissance de Louise Joy Brown par FIV en Grande Bretagne et avant celle d'Amandine par FIV en France en 1982, à Clamart, la Cour européenne des droits de l'homme affirmait dans l'arrêt Marckx/Belgique du 13 juin 1979 que « *Le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille* ».

En fondant la mise en œuvre d'une technique d'assistance médicale à la procréation pour un couple infertile sur le recueil du consentement éclairé du couple, le législateur a consacré **l'institution de la filiation** dans le respect du droit **de** l'enfant aux parents et non du **droit** des parents à l'enfant, respectant ainsi l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant relatif à son intérêt supérieur.

Notons, toutefois, pour la paix des familles, (cf. I-2-2-11) que parmi les 14% de femmes traitées pour infertilité *via* l'AMP, résistantes au traitement, 4% d'entre elles deviendront enceintes spontanément en « *tout bien, tout honneur* » comme cela survient souvent chez un couple qui vient d'adopter un enfant.

Dans ce cas si le père avait un doute sur sa paternité, il pourrait demander une expertise biologique sur ordonnance d'un juge. Mais, gageons que le magistrat bien informé des progrès dans le domaine de la biologie de la reproduction ne donnerait pas d'ordonnance dans l'intérêt de l'enfant et pour la paix des familles.

I-3-3-5 : Bilan des résultats d'AMP, répondant à l'indication d'infertilité (cf.paragraphe I-2-2-2-8-)

Ce bilan a pour référence les données du rapport de l'agence de biomédecine pour l'année 2010. Selon l'INSEE, 822799 enfants sont nés au cours de l'année 2010, dont 22401, conçus par AMP, soit 2,7 % des enfants nés en 2010 (2,6 % en 2009) ou un enfant sur quarante.

Ces 22401 enfants sont nés à la suite de 139344 tentatives d'AMP (insémination, FIV, transferts d'embryons congelés, accueil d'embryons), soit un « taux de réussite » d'environ 15 %, un peu plus faible que celui des cycles naturels de l'ordre de 25 %, soit un cycle sur quatre. Ce paramètre est important lors de l'information, précédant le recueil du consentement par écrit.

Dans 95 % des cas, les tentatives d'AMP sont faites au sein des AMP homologues, les parents biologiques sont les parents sociaux.

Sur les 5% restants, les tentatives d'AMP sont hétérologues, où l'un des deux parents n'est ou les deux parents ne sont pas les parents biologiques, il y a alors dons de gamètes (ovocytes ou spermatozoïdes), ou accueil d'embryons.

Les dons de spermatozoïdes, 5%, ont donné 1129 enfants et ceux d'ovocytes, 0,8% ; 188 enfants. L'accueil d'embryons ne représente que 0,1%. Cet accueil au sein d'un couple infertile permet à la mère sociale de porter son enfant et de le mettre au monde à la différence de l'adoption.

Toutefois, au cours de ces dernières années, pour éviter des grossesses de haut rang, sources de complications maternelles et fœtales, la « politique » du transfert embryonnaire a été de s'orienter vers un ratio de transfert mono embryonnaire/transfert bi-embryonnaire de 1/2.

Si l'article L.2141-2 du code de la santé publique stipule que la **première indication** clinique de l'assistance médicale à la procréation est de « *remédier à l'infertilité d'un couple* » ce qui suscite des problèmes éthiques, la **deuxième indication** clinique de l'assistance médicale à la procréation est d' « *éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* » suscite, également, des problèmes éthiques que nous allons aborder maintenant.

Dans ce cas, le couple est fertile mais, pour éviter que la femme ne mette au monde un enfant atteint « *d'une particulière gravité* », la femme accepte de « *subir une fécondation in vitro* » selon le professeur André Boué.

En effet, la fécondation *in vitro* est couplé à un **diagnostic préimplantatoire** (DPI) ce qui permet de ne réimplanter dans l'utérus de la femme qu'un embryon « sain ».

Pour les détracteurs du diagnostic préimplantatoire, il est préférable pour la femme de concevoir *in vivo* et, si une anomalie est révélée lors du diagnostic prénatal (DPN), celle-ci peut recourir à une interruption médicale de grossesse, qui à la différence de l'interruption volontaire de grossesse peut être pratiquée quel que soit le terme de la grossesse. C'est toutefois sans tenir compte du traumatisme subi pour la femme dont l'enfant bouge déjà.

I-3-4 : **Deuxième indication de l'AMP :**

Selon l'article L.2141-2 du code de la santé publique, c'est d' « *éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* ».

Le législateur en ne donnant pas une liste de maladies « *d'une particulière gravité* » a évité la discrimination et a permis d'étendre le champ du domaine des pathologies.

Nous prendrons pour exemple un couple séro-discordant.

C'est le cas de l'**AMP virale pour un couple séro-discordant**.

L'arrêté du 10 mai 2001 définit les modalités de prise en charge d'un couple ou de l'un des deux membres du couple séro-discordant », porteur du virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ou du virus de l'hépatite B (VHD).

Les progrès de la thérapeutique permettent, maintenant, d'envisager une grossesse chez un couple séro-discordant, dans le cas où c'est l'homme qui est atteint, via une assistance médicale à la procréation, pratiquée dans un centre d'AMP, dédié à ce type de pathologie. Dans un premier temps, le conjoint porteur du virus doit être dans un état immunologique ou hépatique satisfaisant et présenter des bilans cliniques et biologiques répondant à des critères médicaux précis et stricts.

Il est procédé à l'analyse du sperme, après sa décontamination par la technique du « lavage » pour les spermatozoïdes et le plasma séminal. Si le sperme ne présente pas de risque viral : moins de 10 000 copies/mL en ce qui concerne le VIH, les paillettes de spermatozoïdes peuvent être utilisées chez la conjointe qui, bien que fertile, subira une AMP (FIV ou ICSI) avec la lourdeur de la stimulation afin de ne pas être contaminée et de mettre au monde un enfant sain. Si le couple est toxicomane, il est sevré avant la naissance. En 2010, les AMP dans ce contexte viral représentaient moins de 1% des AMP intraconjugales. Il faut noter, toutefois, que le maintien du traitement anti rétro viral, voire anti dépressif, chez le conjoint séro-discordant peut être lourd pour l'entourage et que bien que l'enfant naisse sain, l'on peut s'interroger sur le bien-fondé d'une AMP virale dans cette hypothèse.

Nous allons maintenant étudier des **cas particuliers** dans lesquels le couple est fertile, mais où la demande de **fécondation *in vitro*** pose des **problèmes éthiques**.

I-3-5 : AMP pour un « **bébé médicament** »

Dans le cas, où dans une famille, un enfant a besoin de cellules souches, la mère fertile a recours à une AMP pour trouver des embryons compatibles avec son enfant malade en couplant une assistance médicale à la procréation avec un diagnostic préimplantatoire. La problématique réside dans deux faits : la mère subit une stimulation ovarienne alors qu'elle est fertile et que l'on crée un enfant pour guérir son frère ou sa sœur et non pour lui. Mais, l'enfant n'en sera que plus aimé et la mère fertile a accepté une AMP pour guérir son enfant.

I-3-6 : **AMP *post-mortem*** : avis N° 113 du Comité consultatif national d'éthique du 10 février 2011 sur : « La demande d'Assistance médicale à la procréation après décès de l'homme faisant partie du couple ».

Avant la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 « relative au don, à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », les décisions des tribunaux de grande instance concernant les demandes de femmes souhaitant une insémination *post mortem* avec les paillettes de sperme congelé de leur conjoint décédé ou bien le transfert d'embryons cryoconservés, gestation *post mortem*, étaient variables.

Certains tribunaux y étaient favorables, d'autres non : ainsi le Tribunal de Grande Instance de Creteil dans sa décision du 1^{er} août 1984, « *avait ordonné au CECOS de remettre à la veuve les paillettes congelées de sperme provenant de son mari* » (JCP 1984, II, 20321, Jurisdata n°1984, p. 703 ; mais aucune grossesse ne s'en était suivie ; alors que le Tribunal de Grande Instance de Toulouse dans sa décision du 26 mars 1991 (Jurisdata n° 1991- 046226, JCP G 1992, II, 211180) adoptait la solution inverse en refusant la restitution de paillettes à la veuve.

La question fut tranchée par le législateur, lors du vote des lois de bioéthique de 1994, dont la philosophie était de ne pas créer *de facto* un demi-orphelin ou une demi-orpheline de père, malgré la souffrance de la femme qui désire cette grossesse, « *l'homme et la femme doivent être vivants* » (article L.2141-2 du code de la santé publique). Cette disposition a été confirmée dans la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique et s'inscrit dans l'esprit de l'article 3-1 de la CIDE relative à l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, la naissance de cet enfant, conçu *post-mortem*, est tout à fait différente de celle d'un enfant, conçu du vivant de son père, décédé au cours de la grossesse, et la décision d'une femme, sous le choc du décès de son conjoint, est-elle libre et éclairée ? L'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur le désir de la femme. Avant 1994, le don d'ovocytes ne se posait pas, la conservation des ovocytes étant très difficile. La vitrification ovocytaire, autorisée par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, va pouvoir ouvrir de nouveaux horizons.

I-3-7 : AMP en milieu carcéral

La problématique est la suivante : soit les deux membres du couple sont incarcérés, soit seulement l'homme et le couple désire un enfant.

La seule solution possible est alors de recourir à l'assistance médicale à la procréation : AMP (l'insémination artificielle, voire la FIV) pour la femme si elle est détenue et si elle ne l'est pas, le couple peut tenter « un bébé parloir » dans les unités de vie familiale : UVF, les « visites conjugales », recommandées par l'article 24.4 des Règles pénitentiaires européennes de 2006 : « *Les modalités des visites doivent permettre aux détenus de maintenir et de développer des relations familiales de façon aussi normale que possible* », mises en place, en France, par l'administration pénitentiaire dès 2003. Mais l'accès à ce « parloir » fait l'objet d'une procédure et doit avoir lieu au moment, où la femme peut procréer, c'est-à-dire au moment de l'ovulation...

Ainsi, si les progrès de la biologie de la reproduction, hormis les contraintes carcérales, peuvent permettre à un couple détenu dans deux établissements pénitentiaires différents de procréer *via* l'AMP, le problème de fond réside dans le fait de savoir si c'est vraiment **l'intérêt supérieur de l'enfant** « *de le faire naître* » dans environnement carcéral et de grandir alors que l'un des deux parents est, encore, détenu.

Quelle est la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans ce domaine ? Elle est illustrée par l'**affaire Dickson c. Royaume-Uni**.

Arrêt définitif 4 décembre 2007 (requête n° 44362/04)

« *PROCEDURE* »

1. « A l'origine de l'affaire se trouve une **requête** (n° 44362/04) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et dont deux ressortissants de cet Etat, les époux Kirk et Lorraine Dickson (« les requérants ») ont saisi la Cour le **23 novembre 2004** en vertu de l'**article 34** (Requêtes individuelles) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention ») ».

L'article 34 de la Convention dispose que : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute **personne physique**, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe

de particuliers qui se prétend victime d'une **violation** par l'une des Hautes Parties contractantes des **droits reconnus dans la Convention** ou ses **protocoles**. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice de ce droit ».

« EN FAIT »

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPECE

9. « Les requérants sont nés en respectivement en **1972 et 1958**. Le premier requérant purge une peine d'emprisonnement et la seconde requérante réside à **Hull** ». (Hull, ville située dans le Yorkshire, nord-est de l'Angleterre, ayant une Université).

10. « En **1994**, le premier requérant fut condamné pour meurtre à la réclusion à perpétuité, assortie d'une peine de sûreté (« **tariff** ») fixée à 15 ans.

Il peut espérer être libéré au plus tôt en **2009**. Il n'a pas d'enfant ».

11. « En **1999**, il fit la connaissance de la **seconde requérante**, alors que celle-ci était également en **prison**, par l'intermédiaire d'un **réseau de correspondance pour détenu**. La **seconde requérante** a depuis lors été libérée. En **2001**, les requérants se marièrent. La **seconde requérante** a déjà trois enfants issus d'autres relations ».

12. « Le couple souhaitant avoir un **enfant ensemble**, le premier requérant sollicita en **octobre 2001** la possibilité de recourir à l'**insémination artificielle**. En **décembre 2002**, la **seconde requérante** se joignit à cette **demande**. Ils invoquèrent l'ancienneté de leur relation et le fait que, eu égard à la première date de libération possible pour le premier requérant et à l'**âge de la seconde requérante**, il était improbable qu'ils puissent concevoir un enfant ensemble sans avoir recours à l'**insémination artificielle** », étant donné le contexte carcéral les empêchant de concevoir un enfant *in vivo* et la demande étant adressée au ministre de l'Intérieur.

Rappelons que lorsqu'un mariage a lieu en prison, il peut y avoir une bénédiction, mais pas de célébration de mariage religieux car en droit canon, le mariage doit être consommé pour être valide.

13. « Dans une lettre datée du **28 mai 2003**, le ministre refusa leur demande. Il commença par exposer sa politique générale (« la politique ») :

« Les demandes d'insémination artificielle présentées par les détenus sont soigneusement examinées au **cas par cas** et ne sont accueillies que dans des **circonstances exceptionnelles** ».

Le ministre de l'Intérieur argumenta son refus en examinant « *la situation du couple* » qui n'avait jamais eu de vie commune puisque « *votre relation a débuté alors que vous étiez tous deux en prison et n'a donc pas encore été à l'épreuve de l'environnement de la vie quotidienne* ».

Le ministre considéra, également, la **différence d'âge** (14 ans) : « *Votre épouse aura 51 ans à la première date de libération possible, de sorte que la probabilité qu'elle puisse concevoir un enfant naturellement est faible* ». Etrangement, le ministre ne fit pas état de cette différence d'âge pour accéder à la demande d'insémination artificielle du couple.

Mais, peut être faut-il trouver la raison du refus du ministre dans l'**intérêt supérieur de l'enfant à naître** : « *existe-t-il des éléments indiquant que la situation du couple et les dispositions mises en place pour le bien-être de l'enfant sont satisfaisantes, notamment quant à la durée pendant laquelle il faut s'attendre à voir l'enfant vivre sans père ou sans mère ?* », en l'occurrence « *sans père* ».

Rappelons que dans la loi relative à la bioéthique l'homme et la femme doivent être vivants, le législateur n'a pas voulu de facto créer un « demi-orphelin ».

En conséquence,

14. « *Les requérants sollicitèrent l'autorisation de demander un contrôle juridictionnel de la décision du ministre* ».

« *Le 29 juillet 2003, la « High Court » leur opposa un refus dans le cadre d'une procédure écrite* ».

« *Le 13 octobre 2003, les requérants saisirent la Cour d'une requête (n° 34127/03), laquelle fut déclarée irrecevable le 15 décembre 2003 au motif qu'ils n'avaient pas épuisé toutes les voies de recours interne* ».

« *Les requérants sollicitèrent alors de la Cour d'appel (« Court of Appeal ») l'autorisation d'interjeter appel* ».

15. « *Le 30 septembre 2004, la Cour d'appel rejeta leur demande à l'unanimité* ».

« *Le Lord Justice Auld se fonda en principe sur l'arrêt de la Cour d'appel (rendu par Lord Phillips) dans l'affaire R (Mellor) v. Secretary of State for the Home Department, (Weekly Reports, 2001, vol. 3, p. 533)* » pour rendre son arrêt en se basant d'une part sur l'opinion du public vis-à-vis de la politique pénitentiaire et d'autre part sur l'intérêt supérieur de l'enfant. « *Renvoyant à la conclusion* » de Lord Phillips dans l'affaire Mellor v. Secretary of State for Home Department, Lord Auld déclara ce qui suit : « *Il me semble que la prise en compte du point de vue du public*

*concernant l'exercice en **prison** par les détenus de certains **droits** qu'ils pourraient prendre pour acquis à l'**extérieur**, ainsi que le souci des **droits de tout enfant putatif** quant à l'éducation qu'il recevrait en fonction des circonstances et de la **durée de l'emprisonnement** dans un cas donné, sont des éléments extrêmement pertinents aux fins de l'article 8§2 (...) ».*

Toutefois, notons que, bien que le gouvernement britannique, la Haute Cour et la Cour d'appel aient refusé d'accéder à la demande d'insémination artificielle en faveur de la seconde requérante, le gouvernement britannique pris en compte, durant la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme, le souhait du couple d'avoir ensemble un enfant en ordonnant le transfert du premier requérant dans un établissement pénitentiaire, doté dans une partie d'un régime ouvert :

19. *« Le **19 décembre 2006**, le premier requérant fut transféré dans un autre établissement pénitentiaire, dans la partie bénéficiant d'un **régime ouvert**, en tant que détenu de catégorie D. En principe il devait bénéficier de **visites à domicile non surveillées** après six mois s'il avait toujours ce statut de détenu de catégorie D ».*

Nous ne savons pas si ce transfert a permis au couple d'avoir un enfant, Lorraine Dickson ayant été libérée.

Suite à l'arrêt rendu par la Cour d'appel, les requérants, poursuivant leur désir d'enfant, saisirent la Cour européenne des droits de l'homme le **23 novembre 2004** en vertu de l'article 34 de la Convention (requête n° 44362/04).

Le **8 mars 2005**, la Cour a examiné, si la requête était recevable.

Le **18 avril 2006** la Chambre *« a déclaré, à l'unanimité, la requête recevable et, par quatre voix contre trois, a conclu à la **non violation des articles 8 et 12 de la Convention** »*, confirmant ainsi la décision du ministre de l'Intérieur du Royaume-Uni, celle de la Haute Cour et l'arrêt de la Cour d'appel du 30 septembre 2004.

Poursuivant leur désir « d'enfant à tout prix », les requérants interjetèrent appel de l'arrêt de Chambre et l'affaire fut déférée à la Grande Chambre.

*« Le **13 septembre 2006**, le collège de la Grande Chambre a accueilli la demande des requérants tendant au **renvoi devant la Grande Chambre** en vertu de l'article 43 (Renvoi devant la Grande Chambre) de la Convention ».*

Le **4 décembre 2007** la **Grande Chambre** a rendu son arrêt dans l'**affaire Dickson contre le Royaume-Uni**, (requête n° 44362/04), qui concernait la demande d'avoir

accès à l'insémination artificielle d'un couple, lui condamné à la réclusion à perpétuité et elle, purgeant une peine plus courte, ayant été libérée.

« *PAR CES MOTIFS, LA COUR*

1. *Dit, par douze voix contre cinq qu'il y a eu violation de l'article 8* (Droit au respect de la vie privé et familiale) *de la Convention ;*
2. *Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 12 de la Convention* (droit au mariage) ;

Dans cet arrêt, la Grande Chambre n'a suivi ni l'arrêt de la Cour d'appel du Royaume-Uni, ni l'arrêt de la Chambre du 18 avril 2006.

Est-ce pour justifier son rôle d'appel ou bien est-ce du au fait qu'elle n'a pas évoqué **l'intérêt supérieur de l'enfant**, ce qui est primordial, même, si l'enfant n'est pas encore conçu, mais, qui pour le couple représenterait l'accomplissement de leur mariage ?

En effet, la femme, à sa sortie de prison, ainsi que l'homme, encore incarcéré, souhaitent avoir des enfants, le seul moyen pour le couple étant alors de demander à bénéficier d'un recueil de sperme du détenu et de recourir à une insémination artificielle de la femme, devenue, à nouveau, libre et, déjà, « *mère de trois enfants issus de différentes relations* ».

Les motifs du refus du **Royaume-Uni** étaient fondés d'une part sur la **durée de la peine** du premier requérant condamné à la réclusion à perpétuité assortie d'une peine de sûreté fixée à 15 ans ce qui ne lui permettrait pas de « *prendre part* » à la vie de son enfant ainsi que sur le fait que la deuxième requérante, « *la mère n'aurait pas les moyens de subvenir aux besoins de son enfant* » et, d'autre part sur la balance entre les intérêts publics et les intérêts privés.

Dans l'**arrêt de Chambre du 18 avril 2006**, la Cour avait en conséquence conclu à la non violation de l'article 8 de la Convention, en se fondant sur le fait que « ***l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ne garantissait pas un droit à procréer*** », suivant ainsi l'arrêt de la Cour d'appel du Royaume-Uni en lui laissant une large marge d'appréciation.

Ainsi, il ressortait un **consensus entre l'arrêt de Chambre** de la Cour européenne des droits de l'homme et l'**arrêt de la Cour d'appel du Royaume-Uni**.

Mais étrangement, la Cour européenne, siégeant **Grande Chambre**, considéra que le droit aux requérants au respect de leur décision de devenir parents génétiques avait subi une atteinte disproportionnée. En effet, la Cour européenne a estimé, bien que

l'Etat doit avoir une obligation de protection des enfants, compte tenu de la balance entre les intérêts publics et les intérêts privés « *qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* »(CESDH).

En effet, sur « *l'Appréciation par la Cour du grief tiré de l'article 8 de la Convention* », la Cour examine :

« *4. Les intérêts individuels et publics concurrents* »

« *72. Quant aux intérêts des requérants, les juridictions internes ont admis que l'insémination artificielle demeurait le seul espoir réaliste des intéressés, en couple depuis 1999 et mariés depuis 2001, d'avoir un enfant ensemble, eu égard à l'âge de la seconde requérante et à la première date possible de libération du premier requérant. La Cour juge évident que la question revêt une importance vitale pour les requérants* ».

C'est pourquoi, la Cour estime que sur la :

« *5. Mise en balance des intérêts concurrents en présence et marge d'appréciation* »

« *85. « Dès lors, pour la Cour, il y a lieu de considérer que l'absence d'une telle évaluation concernant une question qui revêt une grande importance pour les requérants (paragraphe 72) outrepassé toute marge d'appréciation acceptable, de sorte qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts publics et privés en présence. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention* ».

En effet, comme le commente Samuel Marchesseau, « *La question déterminante sur laquelle la Grande Chambre devait se prononcer* » est précisément celle de savoir si, *un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts publics et les intérêts privés qui sont en concurrence dans la présente affaire* (§ 71 de l'arrêt) »

(http://leuropedeslibertes.u.strasbg.fr/article.php?id_article=161&id_rubrique=2).

Ainsi, l'arrêt de la Grande Chambre est axé entre la **balance des intérêts privés**, c'est-à-dire la requête des requérants à devenir parents, en particulier, d'une part de l'âge de la seconde requérante et d'autre part de la date de libération possible du premier requérant, et des intérêts publics, « *au-delà d'une vision étroite tenant aux exigences de l'ordre et de la sécurité en prison* » sans prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ce revirement de la décision de la Grande Chambre s'éclaire à la lumière de « **l'Opinion concordante** » exprimée par le « *juge national* », Sir Nicolas Bratza, qui a déjà été partie à l'arrêt de Chambre et qui est « *invité à siéger et à voter de nouveau si l'affaire est déférée à la Grande Chambre* », selon « *une disposition bien peu*

satisfaisante » du Protocole additionnel n°11 à la Convention, qui a instauré la Cour permanente de Strasbourg.

Sir Nicolas Bratza justifie, par honnêteté, son revirement, son nouveau vote par rapport à celui de l'arrêt de chambre du 18 avril 2006 sur le fait que :

« Après réflexion, je suis cependant parvenu à la conclusion que ma position initiale sur la question principale n'était pas la bonne et j'ai voté avec la majorité en faveur d'un constat de violation des droits des requérants au regard de l'article 8 ».

Dans l'**arrêt de Chambre**, les juges avaient conclu à un *« juste équilibre »* entre les intérêts privés et publics. *« La majorité de la chambre, dont je faisais partie, avait estimé que la politique du ministre, telle qu'exposée dans la lettre du 28 mai 2003, ainsi que l'application qui en avait été faite en l'espèce et qui avait abouti au refus d'octroyer le recours à l'insémination artificielle, non seulement poursuivait un but légitime mais permettait également de ménager un juste équilibre en jeu ».*

En revanche, *« La Grande Chambre s'est surtout focalisée sur la compatibilité avec l'article 8 de la politique elle-même ».*

En conclusion, la Grande Chambre à la majorité de douze voix contre cinq, jugea à une violation de l'article 8 du fait du déséquilibre entre les intérêts privés (l'octroi de l'insémination artificielle) et les intérêts publics (le gouvernement).

« Même si la philosophie sous-jacente à la politique peut être considérée comme compatible avec le principe bien établi selon lequel, hormis la liberté, les détenus continuent de jouir de l'ensemble des droits garantis par la Convention, y compris le droit au respect de la vie privée et familiale, j'estime, avec la majorité de la Cour, que, en imposant une telle charge à un détenu, la politique, ne permet pas de ménager un juste équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en jeu ».

Face à cet arrêt *«des plus surprenant* » et *« d'interprétation délicate* » de la Grande Chambre du 4 décembre 2007 de la Cour européenne des droits de l'homme, concernant l'article 8 de la CESDH, nous devons nous interroger sur le **problème de fond de l'AMP en milieu carcéral**, qui est **l'intérêt supérieur de l'enfants**, qui serait conçu avec un père condamné à la réclusion à perpétuité, puis amené à grandir en ne le connaissant qu'au cours de « parloirs familles ».

Si les instruments internationaux et européens, l'ensemble de règles minima des Nations-Unies pour le traitement des détenus de 1957 et les Règles pénitentiaires

européennes du Conseil de l'Europe de 1987, révisées en 2006, garantissent d'une part que, selon l'article 1 des Règles pénitentiaires de 2006 :

« *Les **personnes privées de liberté** doivent être traitées dans le **respect des droits de l'homme** » et, que d'autre part, concernant les « **Soins de santé** » des personnes détenues, selon l'article 39 des Règles pénitentiaires européennes de 2006 :*

« *Les Autorités pénitentiaires doivent **protéger la santé de tous les détenus dont elles ont la garde** », la problématique est de savoir si le droit à procréer en prison devient un **droit fondamental**, s'inscrivant dans des « **Soins de santé** », via les techniques de procréation, détournées de leur indication d'infertilité, ou bien s'inscrivent dans un **droit à ?***

Au niveau national, la France, notons que ces instruments trouvent leur couronnement dans la réforme de santé publique en milieu pénitentiaire, instituée par la loi n°94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique, transférant la compétence de la prise en charge des personnes détenues du ministère de la justice au ministère de la santé, établissant un partenariat hôpitaux / établissements pénitentiaires et garantissant le droit à la santé des personnes détenues selon l'article L. 6112-1 du code de la santé publique : « *Les établissements de santé peuvent être appelés à assurer, en tout ou partie, une ou plusieurs des missions de service public :*

12° Les soins dispensés aux détenus en milieu pénitentiaire et, si nécessaire, en milieu hospitalier, dans des conditions définies par décret ; ».

Pour conclure ce délicat problème de savoir s'il peut y avoir **compatibilité entre l'AMP en milieu carcéral et l'intérêt supérieur de l'enfant**, nous citons l'opinion dissidente commune des cinq juges Wildhaber, Zupancic, Jungwiert, Gyulumyan et Myer dans l'affaire Dickson c. Royaume-Uni :

« *La marge d'appréciation des Etats membres est plus large lorsqu'il n'existe pas de consensus parmi eux et que les restrictions ne touchent aucune des garanties essentielles offertes par la Convention. Les **Etats** ont une **connaissance directe de leur société et de ses besoins, que n'a pas la Cour** ».*

Donc, si l'arrêt de la Grande Chambre montre que le fait d'être incarcéré n'interdit pas de procréer, après examen des demandes « *au cas par cas* » selon le ministre de l'Intérieur britannique, compte-tenu des circonstances, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération *princeps* dans la mise en œuvre d'une assistance médicale

à la procréation en prison, nécessitant une coordination entre les services pénitentiaires et hospitaliers, eu égard aux instruments pénitentiaires et à la législation du pays.

Cet arrêt, où l'intérêt supérieur de l'enfant s'inscrit en filigrane, est-il un précurseur des deux arrêts du 26 juin 2014 dans les affaires Labassee et Menesson c. France ?

Notons toutefois, que cette conception avec insémination artificielle de la femme pourrait **discriminer** l'enfant, dès sa naissance, du fait d'avoir un père condamné à la réclusion à perpétuité.

Dans cet esprit, rappelons que dès 1957, l'article 23. 1 de l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus des Nations-Unies de 1957 disposait que :

*« Dans les établissements pour femmes, il doit y avoir les installations spéciales nécessaires pour le traitement des femmes enceintes, relevant de couches et convalescentes. Dans toute la mesure du possible, des dispositions doivent être prises pour que l'accouchement ait lieu dans un **hôpital civil**. Si l'enfant est né en prison, il importe que l'acte de naissance n'en fasse pas mention ».*

Dans ce cadre, *« En 2011, l'Académie nationale de médecine a été saisie de la **délicate question** de l'assistance médicale à la procréation (AMP) en prison »* ce qui a conduit à un rapport 12-10 du 23 octobre 2012, sous la direction du professeur Roger Henrion, sur : *« **Assistance médicale à la procréation** »*

« Assisted reproductive in prison ».

Le rapport sur l'assistance médicale à la procréation témoigne de la complexité de la *« délicate question de l'AMP en prison »* dont la première demande pour des personnes incarcérées a été faite en 1977 au CECOS de l'hôpital du Kremlin-Bicêtre.

Le professeur Roger Henrion et les membres du groupe de travail s'interrogent sur *« la compatibilité de l'AMP avec les deux termes de la loi bioéthique : infertilité médicalement prouvée et persistance d'une communauté de vie »*, ce qui n'est pas le cas en milieu carcéral.

« Le rapport envisage les difficultés de la mise en œuvre de l'AMP en prison » et ce malgré la réforme de 1994 de la santé publique en milieu pénitentiaire avec la création au sein des établissements pénitentiaires des Unités de consultation et de

soins ambulatoires (UCSA) et du couplage hôpitaux / établissements pénitentiaires au regard de la fonction régaliennne de la garde.

Le rapport « *souligne l'importance d'apprécier à sa juste valeur le projet parental du couple intentionnel et de le confronter à l'intérêt de l'enfant, son bien-être et son avenir* ».

Il s'agit, donc, d'une **dérogation** de l'indication et des conditions de l'AMP, qui serait pratiquée dans le cadre de la loi du 18 janvier 1994, l'**intérêt supérieur de l'enfant** devant rester primordial.

En conclusion, les problèmes éthiques, soulevés par l'AMP, montrent le bien-fondé des lois de bioéthique de 1994 et de leur continuité lors des réexamens en 2004 et 2011 de la loi n° 94-654, la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 « relative au respect du corps humain » étant la loi *princeps*, inscrivant dans le code civil les principes de la bioéthique, la « bioéthique est entrée dans le code civil », et respectant les articles 3-§1, relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant, et 7 de la CIDE.

La législation française, *via* les lois de bioéthique, a créé un cadre et des conditions requises pour pratiquer une AMP, conciliant le remède à l'infertilité des couples avec un projet parental et l'intérêt supérieur de l'enfant en lui assurant des parents vivants, qui lui confèrent une filiation biologique en cas d'AMP biologique ou une filiation sociale en cas d'AMP hétérologue.

Si l'AMP représente un parcours difficile pour les couples qui doivent être très soudés, c'est cependant un immense progrès face à l'infertilité.

En général si la femme a la chance de devenir enceinte, elle mène sa gestation jusqu'à la naissance de l'enfant, qui est l'objectif de l'AMP, à moins que, dans de très rares exceptions, le couple ne se sépare et que la femme demande à avorter ne voulant pas être seule à élever son enfant et ce malgré le délai de réflexion si précieux, (qui a été malheureusement supprimé), selon la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

Notons cependant que, bien que ce délai de sept jours soit supprimé, en pratique il est maintenu par les praticiens. En effet, il faut deux consultations pour la mise en œuvre de l'IVG : une première visite avec examen clinique et prescription d'examen biologiques et échographiques et deuxième visite avec le gynécologue-accoucheur avec le recueil du consentement si la patiente maintient sa décision, puis avec l'anesthésiste.

C'est pourquoi le rôle de l'information et du recueil du consentement éclairé du couple avant la mise œuvre de l'AMP sont une étape essentielle du protocole d'AMP et que toutes les étapes de l'AMP doivent être parfaitement intégrées par le couple dans l'intérêt supérieur de l'enfant à qui les parents devront révéler son mode de conception, voire le recours au don de gamètes en cas d'AMP hétérologue. Mais le désir d'enfant a tout prix peut s'inscrire **hors** d'un cadre d'indications cliniques et, en conséquence, illicite au niveau national, faisant passer des droits **de** l'enfant aux droits **à** l'enfant *via* les techniques de procréation assistée.

En conséquence, nous nous interrogerons dans la deuxième partie de la thèse sur la **compatibilité** ou l'**incompatibilité** du Développement du **recours aux techniques de procréation assistée** (« Assisted Reproductive Technologies » : « ART »), terme plus générique, que nous utiliserons dans la deuxième partie de notre thèse, et des **risques de dérive** face à l'**intérêt supérieur de l'enfant**.

Partie 2

Deuxième Partie (II)

Deuxième partie (II) : Le développement du recours aux techniques de reproduction assistée (« ART ») : les risques de dérive.

Nous pouvons comprendre qu'à partir du moment, où les gamètes mâles et femelles de l'homme et de la femme sont accessibles hors du corps humain et, même, disponibles dans le commerce, et qu'il est possible de les mettre en contact *in vitro* pour créer un être humain et ainsi assurer sa descendance, vivre après soi, toutes les dérives sont possibles et « à redouter » selon le professeur Jean-Michel Warnet.

Mais immédiatement se pose le problème de la compatibilité de ces dérives avec l'intérêt supérieur de l'enfant, personne vulnérable, qui n'a pas demandé à être créé, ce qui est vrai pour chaque enfant, mais dans ce cas, c'est *in vivo* ce qui, en général, pose moins de problèmes.

Justement, l'enfant étant tellement précieux, pouvons-nous impunément le concevoir quelles que soient les circonstances ?

Aussi, nous allons voir comment nous pouvons passer de l'assistance médicale à la procréation (AMP) à finalité **médicale** à l'assistance médicale à la procréation à finalité **sociétale** ou techniques de reproduction assistée (« Assisted Reproductive Technologies » ou « ART »), puis analyser les risques découlant de l'évolution de ces techniques et voir si nous pouvons y remédier

Ainsi, la deuxième partie de notre thèse comporte cinq titres :

le Titre 1 (II-1) : **L'évolution des techniques de reproduction assistée :**

(« Assisted Reproductive Technologies » « ART »),

le Titre 2 (II-2) : **L'analyse des risques des techniques de reproduction assistée**

(« Assisted Reproductive Technologies » : « ART »),

Le Titre 3 (II-3) : **Don de gamètes et anonymat,**

le Titre 4 (II-4) : **De la filiation** et

le Titre 5 (II-5) : **Perspectives d'avenir**

II-1 : Titre 1 de la deuxième partie (II-1) : L'évolution des techniques de reproduction assistée (« Assisted Reproductive Technologies » : « ART »)

(II-1-1-): Problématiques des droits à l'enfant et non des droits de l'enfant

II-1-1-1 : Du déni d'Enfant à l'Enfant au prix incommensurable : (« children priceless »)

Après le « baby boom », suivant la deuxième guerre mondiale, la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances, loi dite « Neuwirth », autorisant une contraception, soit avec des dispositifs intra-utérins, soit avec la prescription de « pilules anticonceptionnels », découvertes par Gregory Pincus aux Etats-Unis, à base d'oestrogènes et de progestatifs, a été le fondement du contrôle des naissances et les prémices de la régulation des naissances, consacrant à la femme la liberté de concevoir. Pour accompagner cette loi, des centres de « planning » familial ont été créés. En effet, pour certaines femmes il est difficile de prendre conscience de leur cycle et de compter jusqu'à 28, d'où l'utilité de la « pilule du lendemain ».

Depuis cette date de 1967, la contraception s'est très largement développée et de nos jours, selon une étude de l'Inserm et de l'Ined, 82% des femmes utilisent une méthode contraceptive médicamenteuse ou instrumentale.

Mais, malgré la libéralisation des méthodes contraceptives en 1967, les avortements clandestins persistaient avec pour conséquences pour les personnes, appelées « Les faiseuses ou les faiseurs d'anges », qui les pratiquaient, un jugement en Cour d'Assises entraînant une peine privative de liberté, voire même une relégation, (Cass. crim., 23 octobre 1942) et pour la femme, qui subissait l'avortement, de très grands risques encourus, confirmés par l'adage latin : *non caret periculo abortus qui medicamentis provocatur* (l'avortement qui est provoqué par des médicaments n'est pas sans danger), persistaient. Signalons toutefois qu'il n'y a pas que les médicaments qui peuvent provoquer l'avortement et rappelons l'usage des tiges de persil et autres dispositifs ou substances.

Rappelons que, sous Louis XIV, il n'y avait pas de frontière juridique entre l'avortement criminel et l'infanticide, et que Mademoiselle Marguerite de Guerchy, demoiselle d'honneur d'Anne d'Autriche, infante d'Espagne, après avoir pris une potion abortive, mourut au domicile même de dame Constantin, aux Halles, et fut

enterrée à l'emplacement du théâtre de l'Odéon (maintenant théâtre de l'Europe) en 1660, selon le docteur Henri Stofft.

C'est donc dans ce contexte, au cours de débats très animés du 26 au 27 novembre 1974 en présence de Simone Veil, ministre de la santé, que le Parlement adopta la loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, loi dite « Veil », s'inscrivant dans les réformes du Président de la République, Valéry Giscard d'Estaing.

Selon le Professeur Solange Troisier, c'est une « *loi de santé publique* ». En effet, les avortements clandestins provoquaient chez les femmes des tableaux cliniques sévères : septicémies à *Welchia perfringens*, perforation utérine avec du permanganate de potassium, des tiges de persil ou autre matériel, condamnant la femme à ne plus avoir jamais d'enfant ultérieurement, voire une syncope réflexe mortelle.

Les femmes arrivaient, alors, à l'hôpital, où elles étaient curetées en chirurgie et non en maternité selon le principe de non-assistance à personne en danger.

Il est à noter que le premier article de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse : « *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* » est à rapprocher de l'article 16 du code civil (loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain) : « *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* », la seule modification étant « *sa* » et non « *la* » vie.

Si le législateur a dépénalisé l'avortement, il n'en a pas moins consacré le respect de la vie, reformulé dans la loi de bioéthique de 1994, insérée dans le code civil, d'où l'importance d'analyser la « *nécessité* » et la « *situation de détresse* » de la femme, formulées à l'article L.162-1 du code de la santé publique.

C'est pourquoi le législateur dans l'article L.162-3 du code de la santé publique a précisé que le médecin devait « *informer* » la femme « *des risques médicaux qu'elle encourt pour elle-même et pour ses maternités futures* » et a défini les conditions dans lesquelles le praticien pouvait pratiquer une interruption volontaire de grossesse (IVG) chirurgicale ou médicamenteuse.

Par ailleurs, le **délai de réflexion d'une semaine** entre la première et la seconde consultation renforçait l'importance de l'**information** donnée par le médecin et tout professionnel de santé.

Ce délai de réflexion est très important et doit être **maintenu**. En effet, si dans la « *situation de détresse* », le premier réflexe de la femme est de penser à recourir à l'IVG, ce délai lui permet d'examiner calmement la situation et de trouver des moyens lui permettant de « *garder le bébé* », en particulier de contacter des foyers, qui accueillent la future mère, se mettent en relation avec des maternités pour suivre la grossesse de la future mère et assurer son accouchement, puis lui trouvent un logement et un travail à la naissance de l'enfant.

Cependant, malgré l'avis défavorable du gouvernement, un **amendement** voté en commission par l'Assemblée nationale a **supprimé le délai de réflexion d'une semaine** entre les deux consultations médicales.

Cependant, le médecin, selon l'adage latin *ratione personae* et *ratione materiae* (en raison de la personne et en raison du sujet) peut refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse (IVG) en vertu de la **clause de conscience**, mais il doit, alors, recourir à la **délégation** comme mécanisme de régulation face à l'objection de conscience en confiant la femme à un autre praticien.

En effet, l'article L. 2212-8 du code de la santé publique relatif au **refus** de pratiquer une interruption volontaire de grossesse stipule qu' : « *Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit **informer, sans délai, l'intéressée de son refus** et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2* »

Il en est de même pour le **pharmacien** de l'industrie qui peut refuser de participer à la fabrication de la Mifépristone (dénomination commune internationale : DCI) ou RU 486, commercialisé sous le nom de Mifégyne à 200 mg, anti-progestatif de synthèse, administré pour pratiquer une IVG médicamenteuse.

Le nom de mifégyne de miséma (.....) en grec (aversion, haine) et géno (.....) en grec (naissance) indique la finalité du principe actif, la mifépristone, étant un anti-progestatif, progestatif de *pro* en latin pour et de *gesto, gestare*, porter. Cette loi de 1975 a été réexaminée en 1979, conduisant à la loi n°79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

Puis, la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 a modifié le délai d'interruption de grossesse en le portant de dix à douze semaines d'aménorrhée, (SA), soit quatorze semaines de grossesse, bien que le Comité consultatif national d'éthique ait rendu un avis négatif à ce sujet (avis n° 66 du 23 novembre 2000 sur l'allongement du délai d'IVG), avis reflétant l'adage latin : *periculosus quidem omnis abortus, sed minus primis quam ultimis mensibus* (tout avortement est dangereux, mais il l'est moins dans les premiers mois de grossesse, c'est-à-dire aux stades *morula* ou *gastrula*, qu'à quatorze semaines de grossesse où l'enfant bouge déjà).

Cette loi comprend, également, des dispositions relatives aux mineures, notamment concernant le consentement (article L. 2212-7 du code de la santé publique).

Enfin ce dispositif est complété par la loi n° 82-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique.

Pour mémoire, notons que dans Le Figaro du mercredi 18 mars 2015, Agnès Leclair annonçait ces deux amendements au projet de loi santé, proposés par des députés :

« *IVG : des députés PS veulent assouplir la loi* »

« *Deux amendements au projet de loi santé proposent de supprimer la **clause de conscience** et le **délai de réflexion*** ».

Ainsi, ce **délai de réflexion d'une semaine**, qui permettait à la femme de revenir sur sa décision, due dans un premier temps à la « *situation de détresse* », même, si ce terme de détresse avait, déjà, été supprimé dans la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, a été supprimé par un amendement en commission par l'Assemblée nationale dans le **projet de loi de modernisation de notre système de santé**.

En conséquence, le **rôle de l'information** par tout professionnel de santé doit être renforcé, l'article L. 2212-3 du code de la santé publique stipulant que : « *Le médecin sollicite par une femme en vue de l'interruption de sa grossesse doit, dès la première visite, informer celle-ci des méthodes médicales et chirurgicales d'interruption de grossesse et risques et des effets secondaires.*

Il doit lui remettre un dossier-guide ».

Quant à l'**objection de conscience**, Jean-Jacques Zadig, dans son article :

« *La loi et la liberté de conscience* » (r f d a, septembre-octobre 2013, N° 5, p. 957 à 969°) la définit comme : « *L'objection de conscience, manifestation et extériorisation de la **liberté de conscience**, peut être définie comme le refus par une personne d'accomplir un acte ou d'adopter un comportement imposés par une norme positive*

*(droit en vigueur), au nom et par respect d'une norme (ontologiquement ou juridiquement) antérieure et surtout supérieure **inscrite dans la conscience et appliquée à une situation particulière par un jugement de conscience** ».*

Donc, par essence, la clause de conscience, droit *princeps* des professions médicales, pharmaceutiques et para-médicales, s'inscrivant dans les **libertés individuelles** selon l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ...* », doit être maintenue. Nous pouvons penser que c'est la raison qui a conduit les parlementaires, après en avoir débattu, à retirer l'amendement visant à supprimer l'amendement visant à supprimer la clause de conscience.

De plus, notons qu'une interruption médicale de grossesse est un **acte médical** qui ne doit être pratiqué que dans un établissement de santé public ou privé par des praticiens.

La **procédure** est la suivante :

il y a une **première consultation** avec le gynécologue-accoucheur qui vérifie que la femme est enceinte cliniquement, qui l'**informe** des risques de l'IVG et qui lui remet un « *dossier-guide* » dans lequel elle peut trouver les moyens de « garder l'enfant ». Après un délai, autrefois d'une semaine, si la femme continue à « consentir » à vouloir interrompre sa grossesse,

il ya une **deuxième** consultation avec le gynécologue-accoucheur, qui prescrit les analyses biologiques, en particulier, le dosage de la bêta HCG, dont le taux doit être supérieur ou égal à 1 000 unités et la détermination du groupe sanguin. La prescription d'une échographie, dont la seule indication est de vérifier qu'il n'y a pas de grossesse extra-utérine, même si elle peut être traumatisante pour la femme, qui voit, déjà, le cœur du bébé battre, si elle est à cinq ou six semaines de grossesse, doit, cependant, être respectée. Il y a, également, une consultation avec l'anesthésiste.

Ensuite, selon le terme de la grossesse, il sera pratiqué soit une IVG médicamenteuse (dans ce cas les comprimés de mifégyne doivent être impérativement administrés dans l'établissement de soins et non à domicile en raison des risques hémorragiques et de collapsus de la femme), soit une IVG instrumentale, c'est-à-dire chirurgicale, par aspiration.

Après l'IVG, il y aura une nouvelle **consultation de contrôle** avec le gynécologue-accoucheur qui prescrira, à nouveau, un dosage de la bêta HCG, dont le taux doit être inférieur à 500 unités, et une échographie de contrôle pour vérifier la vacuité utérine.

En conclusion, si la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 est une « *loi de santé publique* », l'interruption volontaire de grossesse demeure un acte médical ce qui évite des séquelles graves pour la femme, mais peut rester, cependant, traumatisante pour la femme d'où l'importance du maintien d'un délai même s'il n'est plus d'une semaine et de l'importance de l'information.

Enfin dans le cadre du projet de loi de modernisation de notre système de santé, notons que l'**article 31 du projet de loi modifie** l'article L. 2212-1 stipulant que « *La femme enceinte (L. n° 2014 du 4 août 2014, article 24) « qui ne veut pas poursuivre une grossesse » peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse* » en insérant après le mot « *médecin* » les mots : « ***ou une sage-femme*** ».

Cet article, permettant, ainsi, aux sages-femmes de pratiquer des IVG médicamenteuses, a été approuvé le lundi 28 septembre 2015 par le Sénat.

Quant à l'amendement visant à supprimer la **clause de conscience** pour les praticiens, médecins et pharmaciens, il a, fort heureusement, été retiré.

Dans un tout autre domaine, notons que pour la **célébration du mariage de personnes de même sexe** conformément à la loi du 17 mai 2013, si le maire refuse de célébrer le mariage en raison de la clause de conscience, s'appuyant « *sur la définition naturelle ou traditionnelle du mariage* » selon Jean-Jacques Zadig, il doit déléguer cette fonction à ses adjoints, qui, espérons-le, l'acceptent, sinon il pourrait y avoir la démission du maire ainsi que celle du conseil municipal, entraînant de nouvelles élections, c'est-à-dire que l'**application de la délégation est un mécanisme difficile et non automatique**.

Dans le domaine de l'IVG, imaginons, c'est une pure fiction, le cas d'un service de gynécologie-obstétrique où non seulement le chef de service refuse de pratiquer l'IVG en raison de la clause de conscience, mais aussi les praticiens du service. Qu'advient-il, alors, de la femme ? Trouvera-t-elle un autre service, mais toutes ces démarches ne risquent-elles pas de conduire la femme à ne plus être dans le délai des 14 semaines d'aménorrhée, donc d'IVG impossible en France.

C'est pourquoi l'Agence Régionale de Santé (ARS), de l'Île-de-France a mis en place le 16 avril 2014 le projet régional « FRIDA », (« Favoriser la Réduction des Inégalités D'accès à l'Avortement »).

Entre ces deux extrêmes, l'interruption volontaire de grossesse et le désir d'enfant à « tout prix », la régulation des naissances, pouvant représenter la médiane ou selon l'adage latin : *in medio stat virtus* (dans le milieu est la vertu) l'équilibre, le déni de grossesse occupe une place à part sans statut juridique autonome.

Le **déni de grossesse** se définit comme le fait pour une femme enceinte de ne pas avoir conscience de l'être. Faute de cette prise de conscience, la grossesse passe généralement inaperçue de l'entourage. La femme ne perçoit pas les mouvements du bébé et il peut ne pas y avoir d'aménorrhée.

C'est une pathologie d'origine psychique dont la gravité potentielle ne doit pas être méconnue comme en témoigne l'affaire Courjeault.

Dans le procès de Véronique Courjeault le 18 juin 2009, maître Henri Leclerc devant la Cour d'assises de l'Indre-et-Loire a plaidé le passage du déni de grossesse à la dénégation, voire au « clivage du moi », c'est-à-dire toute l'échelle qui peut exister entre le déni d'enfant et le fait de vouloir un enfant à tout prix en allant jusqu'à frauder la loi.

Dans la continuité de l'affaire Courjeault, d'autres infanticides ont eu lieu malgré la loi de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse.

Le jeudi 2 juillet 2015, Dominique Cottrez est condamnée à 9 ans de prison pour son octuple infanticide par la Cour d'assises du Nord à Douai, les jurés ayant reconnu « *l'existence d'une altération du discernement de la mère de famille* », (<http://www.leparisien.fr/faits-divers/octuple-infanticide-dominique-...>)

A l'opposé de ces détresses psychiques, nous allons voir la genèse du droit « à ».

II-1-1-2 : Genèse des droits à l'enfant

Dans la suite de notre travail, nous utiliserons soit les « droits à » plus généralistes, soit le « **droit à** » plus spécifique, en particulier, dans le cadre du « **droit à l'enfant** ».

Le droit « à » est un droit contemporain, reflétant les évolutions sociales du droit au début du XXe siècle et glissant d'un droit objectif vers un droit subjectif selon le doyen Jean Carbonnier « *Une caractéristique du droit de notre époque aura été la tendance à se subjectiver, à se résoudre en une averse de droits subjectifs* ».

Selon Henri Oberdorff (Henri Oberdorff, Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales, 4^e édition, page 44 LGDJ, Lextenso éditions),

« *L'observation de l'éclosion des droits et des libertés fondamentales a conduit à l'élaboration d'une théorie des générations des droits de l'homme* ».

Ainsi, Henri Oberdorff distingue **trois générations de droits**.

« *La **première génération** correspond aux **droits civils et politiques** reconnus par la Déclaration de 1789 et complétés jusqu'à la fin du XIX^e siècle* ».

« *La **deuxième génération** concerne les **droits économiques, sociaux et culturels**. Revendiqués à partir de la Révolution industrielle, reconnus et développés surtout après la **Seconde Guerre mondiale**, ils concernent : la liberté syndicale, le droit au travail, le droit de grève, le droit à la sécurité sociale, le **droit à la protection de la santé, l'égal accès à l'instruction**, à la formation professionnelle ou à la culture. Ces droits sont énoncés, en France, dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* ».

« *La **troisième génération** apparaît autour de l'idée de droits de **solidarité sociale**, donc à dimension plus large comme : le droit à la paix, le droit au développement, le droit à un **environnement sain**. Ces droits concernent aussi bien les **pays développés que les autres**. Ici, on peut se demander si l'on est réellement face à des droits de l'homme justiciables ou à des **impératifs de politiques publiques*** ».

« *Enfin, certains considèrent qu'on est dorénavant face à une **quatrième génération de droits** liés au développement des progrès de technologies dans les domaines de l'informatique, des communications électroniques, mais aussi de la **médecine** et de la **biologie*** » (Henri Oberdorff, Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales, page 45).

Le doyen Jean Carbonnier rappelle que : « *Michel Villey (Leçons d'histoire de la philosophie de droit, 1962, p. 221 et s.) soutient par une argumentation très persuasive, que la notion de **droit subjectif** inconnue du droit romain (où le jus, le droit, de l'individu n'aurait jamais été qu'un statut de **droit objectif**), a fait son apparition tardivement ...* ». « *De cette tardiveté de la notion se déduira son caractère artificiel : dépendante de certaines conditions idéologiques, liées à l'**individualisme** et au libéralisme d'une époque, elle n'aurait rien d'une constante du droit, rien qui fût indispensable au bon fonctionnement du système juridique* » (Jean Carbonnier, Flexible droit, page 194).

Nous assistons donc à une **inflation de droits**, créant *de facto* par leur inflation leur dévaluation comme en **macro-économie**.

C'est précisément dans ce cadre de la **quatrième génération** de droits en cette fin de XXe siècle et en ce début de XXIe siècle, troisième millénaire, que s'inscrit le **droit à l'enfant**, les couples hétérosexuels n'acceptant plus l'impossibilité de ne pas avoir leur propre enfant génétique, (own genetic children), par exemple si la femme n'a pas ou n'a plus d'utérus, ou les couples homosexuels gays ou lesbiens revendiquant leur enfant demi-génétique, (half genetic children), face aux progrès de la thérapeutique avec les traitements hormonaux et de la biologie de la reproduction, conduisant aux techniques de procréation assistée.

En effet, « **l'enfant du droit à** » est la « synthèse » d'un enfant issu des communications électroniques, *via* le réseau internet, le « e.baby » selon le Conseiller d'Etat Denis Rapone ou les « Google Babies », (Outsourcing The Wombs, Race, Class, and Gestational Surrogacy in a Global Market, France Winddance Twine, University of California, Santa Barbara, Framing 21ST Century Social Issues, Routledge Taylor & Francis Group), et des progrès de la biologie de la reproduction permettant de créer la vie *in vitro*, donc correspond à la **quatrième génération de droits**.

Quant à la **maternité de substitution** ou gestation pour autrui, (GPA), ou gestation **pour** autrui **par** autrui, GPA-PA, selon Jean-Claude Guillat, ou G(PA)² au carré selon le professeur Jean-Michel Warnet, en passant du **datif, pour** les parents intentionnels, à l'**ablatif** latin, **par** la mère de substitution, elle s'inscrit dans la **troisième génération** de droits dans le cadre du droit de solidarité sociale en faisant référence au caractère altruiste de la maternité de substitution en Grande-Bretagne, en Grèce ou en Israël par exemple.

De plus, cette maternité de substitution se pratiquant aussi bien dans les pays de la **zone OCDE que dans celle des pays émergents** s'inscrit aussi dans les droits de **troisième génération**.

Mais, si le fait que l'on puisse classer le droit à l'enfant dans deux types de générations de droits, la troisième et la quatrième, cela est loin de justifier le droit à l'enfant.

En effet, nous devons réfléchir sur les « interrogations fondamentales, sur le droit à la vie » et sur l'intérêt supérieur de l'enfant selon l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant face à ce droit à l'enfant.

Cependant, le *corpus* du droit « à » n'est pas limité au domaine législatif, comme par exemple le droit au logement. Il existe des « droits à » de valeur constitutionnelle.

Mais l'essor des « droits à » trouve sa consécration au niveau du droit international.

En effet, ce droit « à » est repris au niveau des déclarations, conventions, résolutions des organisations internationales et peut être ensuite formulé en droit interne.

Le « droit à » de la Convention internationale des droits de l'enfant peut se retrouver au niveau des articles 1 à 5, c'est-à-dire, les dispositions de base, « umbrella provisions » ou « umbrella rights » qui doivent être directement applicables, « self executing », soit *in abstracto*, soit *in concreto*, comme l'article 3§1, relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet exemple montre le caractère subjectif du « droit à » et toute la difficulté, voire l'incompatibilité, de faire coexister un « droit à l'enfant » et « l'intérêt supérieur de l'enfant ». La dynamique du « droit à » est parallèle à la dynamique de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Mais le « droit à » n'a pas seulement une fonction rhétorique, témoignant d'un souci de liberté et d'égalité.

Sur le fond, le passage du « de » au « à », du génitif au datif en latin implique que de **titulaire d'un droit** l'on en devient **débiteur**.

De plus, selon Marc Pichard, «*A la suite de Dabin, on peut caractériser la structure d'un droit par deux traits : l'appartenance et la maîtrise. Le droit à se présente comme une prérogative : son objet doit donc être aux mains d'un titulaire, c'est-à-dire tout à la fois être attribué, pouvoir être dit à soi, et maîtrisé, pouvoir être utilisé par soi* », (Marc Pichard, Le droit à Etude de législation française, Economica, page 183).

Dans cette attribution de l'objet, l'on retrouve le datif latin, le complément d'objet indirect. Comment pourrions-nous, alors, admettre un « droit à l'enfant » qui serait alors réduit à un objet ?

« En de multiples occasions, le droit positif atteste de l'existence de faits et d'actes juridiques qui concernent l'**enfant simplement conçu** ou de règles qui visent à assurer sa protection », (L'enfant sujet de droits, Nathalie Baillon_Wirtz et coll., collection Lamy Axe du droit).

Dans cet esprit, le législateur a confirmé la condition juridique de l'enfant dans la loi n°94-653 de bioéthique relative au respect du corps humain, insérée dans le code civil. En effet, l'article 16 du code civil garantit «le respect de l'être humain dès le

commencement de sa vie » avec pour corollaire, selon l'article 16-7 du code civil le fait d'entraîner *de facto* la nullité des conventions ou contrats portant sur la gestation pour autrui, l'enfant ne pouvant être réduit à un objet.

Rappelons que selon l'adage latin : « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* » l'enfant aurait une personnalité anticipée dès sa conception que la naissance viendrait simplement confirmer.

Le « droit à l'enfant » relèverait d'un droit fait pour une minorité, soit pour un couple hétérosexuel dont la femme ne peut plus porter d'enfant, soit pour un couple homosexuel, gay ou lesbien, infécond par essence.

Le « droit à l'enfant » témoignerait d'un dysfonctionnement du « droit à » reflétant un individualisme, un narcissisme dans le désir d'avoir ses demi-enfants génétiques, (« half-genetic children »), pour avoir sa descendance sans penser que les parents deviendraient débiteurs vis-à-vis de leur enfant par l'anonymat du don de gamètes et, même, vis-à-vis de la mère porteuse dans le cas d'une gestation pour autrui.

A cette incompatibilité entre le « droit à l'enfant » et « l'intérêt supérieur de l'enfant » selon l'article 3§1 de la CIDE, les couples hétérosexuels ou homosexuels argueraient de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH), relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, et de l'article 12, relatif au droit au mariage. Le sort de l'enfant serait, alors, devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dont la jurisprudence a évolué, selon le bâtonnier E.Pettiti, en passant d'un droit romain vers un droit de « common law » depuis l'entrée des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe.

Cependant, jusqu'à ce jour, la **Cour a consacré l'intérêt supérieur de l'enfant**, rejoignant en cela le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, qui n'a pas encore adopté le : Projet de « Recommandation sur les Droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales », faute de consensus au sein des Etats parties selon le principe conventionnel de souveraineté de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe.

Ainsi, nous voyons que, si depuis plus d'un demi-siècle (1950-2014), le droit de la CESDH, *via* et sous l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme, s'est

développé comme un véritable droit constitutionnel, la **Cour reste un rempart et une garantie des libertés et de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

C'est dans ce cadre que nous allons aborder la problématique de la liberté individuelle, voire la liberté personnelle, et de l'autonomie de la personne face à l'intérêt supérieur de l'enfant.

II-1-1-3 : Liberté individuelle et autonomie

La liberté individuelle et l'autonomie d'un couple soit hétérosexuel soit homosexuel gay ou lesbien se posent face à l'intérêt supérieur de l'enfant selon l'article 3§1 de la CIDE ou (UNCRC).

Comme nous l'avons vu au niveau du § 2, la fin du XXe et le début du XXIe siècle ont vu une inflation des droits à, qui comme en matière monétaire peut avoir des effets négatifs sur le contenu et la **protection de ces nouveaux droits.**

C'est dans ce contexte que nous analyserons si la liberté individuelle et l'autonomie de la personne, en l'occurrence les parents intentionnels dans le cadre des techniques de procréation assistée, en particulier la gestation pour autrui, génèrent un droit à l'enfant *versus* l'intérêt supérieur.

En effet, il y a deux postulats possibles quant au statut de l'embryon humain, soit il est un **objet**, soit il est **sujet**.

Dans la première hypothèse où l'embryon humain est considéré comme **objet**, il n'y a pas d'objection à la gestation pour autrui. C'est une **réification de l'embryon**, il suffit de finaliser le « **contrat de gestation pour autrui** » et de trouver une procédure pour établir la filiation de l'enfant vis-à-vis de ses parents intentionnels selon le modèle de la Convention internationale sur l'adoption de la Conférence de La Haye de 1993 pour l'adoption des « *enfants-produits* » selon Muriel Fabre-Magnan, (La gestation pour autrui Fictions et réalité, Muriel Fabre-Magnan, Fayard).

Toutefois, selon le conseiller d'Etat Denis Rapone « si l'on était sur cette logique de l'embryon humain, qui serait une **dérive maximale**, cela ne relèverait pas de la libre circulation des personnes et des biens au sein de l'Union européenne ».

Par contre, dans la deuxième hypothèse, celle où l'embryon humain est considéré comme **sujet**, selon les fondements de l'article 16-1 du code civil, réaffirmant

« le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine », (décision : DC n°94-343/344 du Conseil Constitutionnel) avec pour corollaire l'article 16-7 du Code civil (« *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ») (Cass.Ass plé, 31 mai 1991°), et l'article 16-9 du Code civil relatif aux principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, consacrant l'avis du Comité consultatif national d'éthique : « personne humaine potentielle », il s'agit de savoir si la liberté individuelle et l'autonomie des parents intentionnels sont compatibles avec un droit à l'enfant, objectif de l'élargissement des techniques de procréation non plus à des fins médicales mais à des **fins sociétales**.

Pour essayer de comprendre s'il y a compatibilité entre liberté individuelle et autonomie de la personne, d'une part, et la Convention internationale des droits de l'enfant, d'autre part, c'est-à-dire s'il y a convergence ou au contraire si ces deux voies restent parallèles sans jamais converger, nous allons voir quelles sont les limites, les bornes de la liberté individuelle.

La fin du vingtième siècle, de 1967 à 1975 en France, a été marquée par une révolution chez la femme avec ses conséquences sur la famille : en 1967, la loi « Neuwirth » donne à la femme la maîtrise de la procréation et, en 1975, la dépénalisation et la légalisation de l'avortement avec la loi dite « Veil » permet à la femme de disposer de son corps, l'enfant n'étant qu'une fraction de sa chair selon l'adage latin, « *pars viscerum matris* », sans commettre d'infanticide si les conditions de la loi « Veil » sont respectées. Notons, en effet, que l'« Interruption Illégale de Grossesse » est toujours un délit, (articles L.2222-1 à L.2222-4 du code de la santé publique).

A l'inverse, à partir de 1978 en Grande-Bretagne et de 1982 en France, les couples infertiles peuvent procréer grâce à l'assistance médicale à la procréation encadrée par les lois de bioéthique de 1994, la norme juridique répondant à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Mais 37 ans après en Grande Bretagne et 33 ans après en France, comme le résume le professeur Mireille Delmas-Marty :

« Alors que la quête d'une communauté mondiale de valeurs semble plus que jamais nécessaire, les pratiques nées de la mondialisation économique et financière

renforcent les chances, mais aussi les **risques**, dans un monde où les interdépendances ne cessent de s'accroître ». La raison juridique doit innover pour ruser avec la force et « raisonner la raison d'état ». (Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales, Henri Oberdorff, 4^e édition, LGDJ, Lextenso éditions).

Par analogie, la première partie du texte peut s'appliquer aux dérives des indications des techniques de procréation assistée, en particulier la gestation pour autrui, pratiquées hors de France lors d'un tourisme procréatif soit par un couple hétérosexuel dont la femme n'a plus d'utérus, soit par un couple homosexuel au nom du principe d'égalité et de la liberté individuelle.

La deuxième partie, compte tenu des risques de la gestation pour autrui, doit être le fil conducteur pour « raisonner la raison d'état ».

Quelle est la définition de la liberté ? Selon le dictionnaire Robert, au sens large, « *La liberté est l'état de ce qui ne subit pas de contrainte, c'est-à-dire la possibilité, le pouvoir d'agir sans contrainte, en toute liberté, en pleine liberté* ».

En corollaire, nous pouvons immédiatement nous interroger sur le degré de liberté de la mère de substitution, en particulier dans les pays émergents comme l'Inde où l'indemnité, reçue par la mère de substitution, peut être considérée comme une source importante de revenu pour sa famille.

Quant à l'enfant à naître, personne vulnérable, il n'a pas eu la liberté de choisir son mode de conception.

« *La liberté évoque une autonomie de la personne, des zones d'autonomie, où les bénéficiaires peuvent agir comme ils l'entendent, exercer un pouvoir d'agir ou de ne pas agir* ». (Michel Levinet, *Théorie générale des droits et des libertés*, Brylant, 2010, p. 52). Ainsi, les couples, ressortissants d'un Etat où la gestation pour autrui est illicite, se rendent dans « *les différents espaces ouverts à des fraudes à la loi* » selon le conseiller d'Etat, Denis Rapone. Rappelons que « cette fraude à la loi » vient d'être réitérée par les deux arrêts de la Cour de cassation du 13 septembre 2013.

Toutefois, la liberté a des bornes. Selon l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui fait partie du droit positif français :

« *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ». L'importance des bornes avait déjà été montrée par le

Président de la République Georges Pompidou : « *Au-delà des bornes, pas de limites* ».

Par analogie, cet article 4 précité peut s'appliquer à la gestation pour autrui. En effet, si l'intérêt des parents est de fonder une famille, l'enfant né du fait d'une gestation pour autrui ne peut bénéficier de « la jouissance de ces mêmes droits » puisque, à son retour en France, l'enfant a une nationalité indéterminée ou sans Etat selon le terme anglais « stateless ».

De plus le principe d'égalité formulé dans l'article premier ne pourra s'appliquer aux enfants nés du fait d'une gestation pour autrui *versus* l'article 7 de la CIDE puisque leur acte de naissance ne pourra être transcrit sur les registres d'état civil français.

Par ailleurs, les enfants pourront être **discriminés** du fait d'une part de leur mode de conception, et d'autre part du fait d'appartenir à une famille homoparentale dans le cas de couples homosexuels gays ou lesbiens, alors que la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 et la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 ont pour objectifs de reconnaître à l'enfant « des droits fondamentaux particuliers que l'on peut qualifier de **droits de l'homme-enfant** » selon Adeline Gouttenoire, « Droits de l'enfant » dans le Dictionnaire des Droits de l'Homme, PUF, 2008 p.367). Rappelons qu'il y a encore quelques années, les enfants de parents divorcés, pire ceux de mères célibataires, pouvaient susciter des regards malveillants alors qu'aujourd'hui, fort heureusement, il n'y a plus de différences avec les enfants nés au sein d'une famille « nucléaire », plus de 50 % des enfants étant conçus hors mariage. Aussi, nous ne pourrons jamais assez souligner l'importance de la loi n°72-3 du 3 janvier 1972 relative à la filiation légitime et à la filiation naturelle sous l'instigation du doyen Jean Carbonnier.

Faut-il pour cela donner un visa à une famille homoparentale ? Restons vigilant sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

En outre, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 17 décembre 1979 ne pourra-t-elle pas s'appliquer à l'égard de la mère de substitution qui devra « disparaître » dès la naissance. Rappelons la quête des enfants nés sous X pour rechercher leur mère et, même, leur père et ceux des enfants, nés durant la deuxième guerre mondiale, dont nous fêtons le soixante dixième anniversaire cette année, de pères allemands, américains ou d'une nation alliée.

Quant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, garante des droits de l'homme et des libertés fondamentales, formulés dans la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, elle reflète, en vertu des principes d'effectivité et de subsidiarité de la Convention, l'intérêt supérieur de l'enfant comme en témoigne l'arrêt *Odièvre c. France*, du 13 février 2003, requête n° 42326 /98.

Donc la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit dans la logique des droits fondamentaux, en particulier, dans la Convention internationale des droits de l'enfant comme en témoignent les arrêts suivants :

En matière d'AMP :

- *Evans c. Royaume-Uni*, (GC), n° 6339/05 du 10 avril 2007, Obligation d'obtenir le consentement du père pour conserver et implanter des ovocytes fécondés : non violation de l'article 8§1,

- *Dickson c. Royaume-Uni*, no. 44362/04 du 4 décembre 2007, précité page 102,

AMP en milieu carcéral, refus opposé à une demande d'insémination artificielle présentée par un détenu pour sa femme condamnée antérieurement en vue de pouvoir concevoir un enfant, non violation de l'article 8§1 relatif au respect de la vie privée et de la vie familiale

- *S. H. et autres c. Autriche* (GC), n° 57813/00 2011 du 3 novembre 2011, Interdiction en droit interne d'utiliser des ovocytes et des spermatozoïdes provenant de donneurs en vue d'une fécondation *in vitro* : non-violation de l'article 8§1

En matière d'adoption :

- *Wagner et JMWL-HUDOC c. Luxembourg*, 6 octobre 2011,

- *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, 15 mars 2012,

Refus de l'adoption simple d'un enfant vivant avec la mère biologique dans le cadre d'un couple homo-sexuel : non-violation de l'article 14 relatif à la discrimination,

- *X et autres c. Autriche* (GC), n° 19010/07, 19 février 2013

Impossibilité pour le second parent, au sein d'un couple homosexuel, d'adopter l'enfant de l'autre : violation de l'article 14 relatif à la discrimination, en matière successorale :

- *Fabris c. France* (GC), n° 16574/08, 7 février 2013,

Différence de traitement successoral entre enfant naturel et enfant légitime : violation de l'article 14 relatif à la discrimination, et, enfin,

En matière d'obstétrique :

- R.R. c. Pologne, n° 27617/04,

Impossibilité pour une femme enceinte dont le fœtus était atteint d'une anomalie de pratiquer une interruption médicale de grossesse (IMG).

En France, cette interruption médicale de grossesse est codifiée par l'Article L.2213-1 du code de la santé publique.

Dans ces arrêts, la balance entre le droit à l'assistance médicale à la procréation, le droit à l'adoption, le droit de la famille ou le droit de la santé, revendiqué par les couples, et l'intérêt supérieur de l'enfant, considéré non seulement comme un mineur mais aussi comme un majeur en devenir, au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant, penche en faveur de la convention internationale des droits de l'enfant, droit fondamental, réduisant en particulier le champ, le périmètre de l'AMP.

Ainsi, nous voyons que la CIDE et la CESDH sont les remparts des droits fondamentaux, garantis de l'intérêt supérieur de l'enfant, face au droit à, en l'occurrence, le droit à l'enfant en respectant le droit de l'enfant.

En corollaire, la liberté individuelle et l'autonomie, dont peuvent se prévaloir les parents, ne sont pas compatibles avec l'intérêt supérieur des enfants, la maternité de substitution étant la consécration absolue du droit à l'enfant.

Aussi, bien qu'il y ait **incompatibilité entre liberté individuelle, autonomie et intérêt supérieur de l'enfant**, en raison du développement de la **société numérique** qui peut conduire à un accroissement des libertés individuelles ou collectives leur donnant leur « *contenu à travers la technologie numérique abolissant les frontières et les différents espaces législatifs pour ouvrir des espaces à la fraude à la loi* » selon le Conseiller d'Etat Denis Rapone, il s'impose de traiter : l'**économie numérique** dans le cadre du commerce du bébé (« baby business ») conduisant à un « e.baby » selon le Conseiller d'Etat Denis Rapone.

En effet, le Conseil constitutionnel a réaffirmé dans sa Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 l'importance de la liberté de communication et d'expression, énoncée à l'article 11 dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et sur internet « *la liberté d'accéder à ces services de communication au public en ligne* ».

Ainsi, il devient facile de « concevoir » un enfant par un « clic » sur Internet en « surfant » sur le site d'une agence de fertilité, « fertility agence », proposant ses services 24 heures sur 24, 24H/24, et sept jours sur sept, 7/7 dans le cadre de l'**utilisation civile de l'espace**, créant « **Une économie de l'espace dynamique** ».

En France, c'est l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes : ARCEP, qui régule cette activité.

En effet, « Depuis le lancement du premier *Sputnik* en 1957, les gouvernements, acteurs essentiels à l'origine des investissements spatiaux, et les entreprises ont dépensé plusieurs milliers de milliards d'euros pour le développement des activités spatiales. L'organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) avancerait un chiffre de 7 milliards de dollars en 2013.

La **production d'informations** à partir d'**orbites circumterrestres** concerne principalement les trois domaines suivants, rangés par ordre de revenus décroissants (2012) : la télédiffusion directe et les télécommunications (83,9 milliards d'euros), la géolocalisation/navigation/datation (64,4 milliards d'euros), et l'observation de la terre (1,9 milliard d'euros) avec des taux de croissance respectifs de 6,2, 7,4 et 8,8% entre 2011 et 2012 » (Serge Plattard, Questions internationales, L'espace Un enjeu terrestre, La documentation française, M 09894).

Les « diffuseurs d'information » ou opérateurs utilisent les **satellites géostationnaires** (« Fixed Satellite Services, FSS ») assurant la transmission Internet sur des terminaux fixes ou « nomades ». Ainsi, vous pouvez rechercher sur votre « i. pod » une clinique de fertilité en étant loin d'une « procréation romantique » selon les canadiens.

II-1-2 : L'**économie numérique** dans le cadre du **commerce électronique** du « e.baby »

L'*Encyclopaedia Universalis*, (tome 12, page 292), définit le :

« *Commerce électronique* » : « *Cette expression regroupe les activités commerciales réalisées par l'intermédiaire d'Internet et des pages Web* ».

Mais, si l'économie numérique se développe dans de nombreux domaines, à partir du moment où son **domaine** s'étend à celui de la **biologie de la reproduction** avec pour finalité la **création d'un être vivant**, un « e.baby », *via* les techniques de

reproduction assistée, (ART), il est impératif d'explorer ce type de commerce et d'en analyser les conséquences.

En 1987, Genea Corea écrivait, «La hausse de la maternité de substitution ne doit pas rester isolée. Elle est une partie de l'industrie de la reproduction, «l'utérus industriel» («The Industrial Womb»). Elle est une composante du développement du supermarché de la reproduction, («reproductive supermarket»)», (Preface de *Outsourcing The Womb*).

Si l'expression, «reproductive supermarket», peut paraître d'un surréalisme effrayant, la réalité est là.

En conséquence, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, nous ne devons pas ignorer ce «marché reproductif» mais l'analyser, en tirer les conséquences et faire des propositions.

En effet, à partir de 1980, (naissance de Louise Brown en 1978), l'infertilité pour les couples hétérosexuels ou l'infécondité par essence pour les couples homosexuels lesbiens ou gays est un problème qui peut être **résolu médicalement via les techniques de procréation assistée**, en particulier, la maternité de substitution dans le cas d'une femme sans utérus pour un couple hétérosexuel ou pour un couple homosexuel gay, plutôt que par l'**adoption**.

Est-ce que la loi du 17 mai 2013, donnant le droit à l'adoption pour les couples homosexuels, a-t-elle changé les attitudes ?

Si la loi du 17 mai 2013 a effectivement ouvert le droit à l'adoption pour les couples homosexuels en France, cette adoption est subordonnée à une autorisation administrative, comme pour toute adoption, sous réserve de la Décision n°2013-669 du 17 mai 2013 du Conseil Constitutionnel selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, (cf. page), ce qui explique les décisions de la Cour d'Appel de Versailles et du tribunal de Grande Instance de Nanterre, concernant les refus d'adoption pour des couples homosexuels mariés dans le cadre de la loi du 17 mai 2013.

En effet, la loi du 17 mai 2013 n'est pas un visa automatique pour l'adoption de l'enfant du conjoint si le couple a «*sciemment eu recours à une PMA à l'étranger, sachant que cela était interdit en France*».

En conséquence, nous pouvons augurer que le tourisme procréatif n'est pas terminé s'inscrivant dans un contexte dans lequel « l'assistance médicale à l'étranger est un défi à l'idée de reproduction naturelle et au sens de la maternité et de la paternité », (« *These assisted reproductive technologies have challenged the idea of « natural » reproduction and of the meaning of parenthood* »).

La motivation *princeps* de ces couples est d'avoir un **lien génétique** avec l'enfant et dans le désir d'enfant à tout prix, («children priceless»), ces couples sont souvent très loin de penser aux contraintes administratives et législatives relatives à l'établissement de la filiation de l'enfant et des risques que présente la maternité de substitution en introduisant une personne tiers pour porter l'enfant, (« to assist individuals and/or couples who wish to conceive a child with whom they have a genetic tie »).

Du déni d'enfant, représentant le sous-terrain, (« underground »), nous sommes au sommet, « top », peut-être dans l'inconscience des parents intentionnels vis-à-vis de l'intérêt de l'enfant.

L'Organisation Mondiale de la Santé, (OMS), estime qu'en moyenne, au moins un couple sur dix, dans les pays développés de la zone OCDE, a recours aux techniques de reproduction assistée durant la période de la vie, où la reproduction est possible, c'est-à-dire jusqu'à la ménopause pour la femme tandis qu'il n'y a pas de limites pour l'homme, (« reproductive lives »).

Pour analyser, cette industrie du commerce du bébé, nous avons fait référence à l'ouvrage de Debora L. Spar : « The baby business »

*II-1-2-1 : Genèse de la **dévi**ance des techniques de reproduction assistée :*

(« Assisted Reproductive Technologies », « ART »)

Nous allons voir comment à partir d'un diagnostic d'infertilité pour un homme ou une femme, conduisant l'obstétricien à poser l'indication clinique d'une assistance médicale à la procréation, respectant les droits **de** l'enfant, la société peut passer aux droits **à** l'enfant.

Nous avons vu que, face à un individualiste croissant, les couples peuvent passer du droit **de** l'enfant aux droits **à** l'enfant en détournant les indications cliniques des techniques de procréation assistée à des fins sociétales et non plus médicales.

En effet, si la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a ouvert en droit positif le droit à l'adoption nationale ou internationale simple ou plénière aux couples de même sexe, il n'en demeure pas moins que leur désir d'enfant risque de ne pas être satisfait, d'une part, en raison de la diminution d'enfants adoptables, et, d'autre part du fait de la réticence de certains pays vis-à-vis de couples homosexuels, pour ne pas dire leur refus donc le problème n'est pas entièrement résolu. Il en découle que, pour des couples hétérosexuels désirant un enfant à tout prix et ne pouvant procréer par eux-mêmes, par exemple dont la femme n'a pas d'utérus, ou pour des couples homosexuels, soit gays, soit lesbiens, inféconds par essence puisque la reproduction humaine étant sexuée nécessite pour concevoir un zygote la fusion d'un gamète mâle et d'un gamète femelle, ils doivent obligatoirement avoir recours à un don de gamètes, spermatozoïdes pour les hommes et ovocytes pour les femmes.

De plus, pour les hommes, selon le professeur Axel Kahn, « le fait que les hommes ne puissent pas avoir d'enfant ne relève pas d'une discrimination mais d'une différence de nature avec les femmes », c'est-à-dire d'une différence d'anatomie.

En conséquence, ne pouvant mener une gestation, les hommes doivent obligatoirement recourir à une mère de substitution.

Or, la France a réaffirmé dans la loi n° 2011-814 de bioéthique du 7 juillet 2011 la philosophie des lois de bioéthique de 1994, c'est-à-dire les conditions suivantes :

un couple hétérosexuel vivant, en âge de procréer et consentant préalablement à la procréation médicalement assistée avec pour conséquence l'établissement de la filiation de l'enfant à sa naissance ou selon l'expression du professeur Dominique Fenouillet le « tandem AMP filiation » respectant ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant et prohibant *de facto* les techniques de procréation assistée à des fins non médicales, principes réaffirmées dans les arrêts de la Cour de cassation d'avril 2011 et de septembre 2013, selon le terme de « fraude à la loi ».

Rappelons que la France, dès 1994, avec le triptyque des lois de bioéthique qui ont servi de matrice pour la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe de 1997, a respecté la Convention internationale des droits de l'enfant, en particulier, l'article 3§1.

C'est dans cette continuité et cet esprit que s'inscrit le projet de loi « famille » :

« Aujourd'hui, ce n'est plus le couple mais l'enfant qui fait la famille. Il faut donc définir les nouvelles protections, les nouvelles sécurités mais également les nouveaux droits dont il doit pouvoir bénéficier. La loi « famille » traduira ainsi une évolution majeure : d'objet de droit, l'enfant doit également être reconnu comme sujet de droit ».

Le projet de loi sur la famille présenté en mars 2014 en Conseil des Ministres, après la remise du rapport du Conseil économique, social et environnemental (CESE) et des propositions des quatre groupes de réflexion, en particulier celui en rapport avec notre sujet de thèse : « **Filiation, origines, parentalité** », présidé par Irène Théry et dont le rapporteur est le professeur Anne-Marie Leroyer, a déjà été examiné à l'Assemblée nationale, mais n'a pas concerné l'élargissement de l'indication de l'assistance médicale à la procréation dans l'attente de l'avis que le Comité consultatif national d'éthique doit rendre sur l'élargissement des indications de l'assistance médicale à la procréation à des fins sociétales.

Cependant, il est urgent, face à diverses situations où les liens familiaux de l'enfant ne sont plus ceux de la famille « nucléaire » de la première moitié du vingtième siècle, la loi du 17 mai 2013 ayant déjà ouvert le droit à l'adoption pour les couples de même sexe, d'analyser quelles pourraient être les conséquences d'un **élargissement de la PMA devenant sociétale vis-à-vis des droits de l'enfant**, même si elle ne doit pas faire l'objet d'un amendement ainsi que la **gestation pour autrui**.

En effet, nous avons déjà vu dans la première partie de la thèse, que dans le cas d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, encadrée par les lois de bioéthique de 1994, les deux problématiques sont l'établissement de la filiation de l'enfant et le don de gamètes pouvant entraîner *de facto* le droit à connaître ses origines.

De l'adage latin, *summa divisio* (la division maximum) entre filiation légitime et filiation naturelle, l'ordonnance de 2005, ratifiée par la loi du 16 janvier 2009, a créé une égalité entre enfant légitime et enfant naturel.

L'élargissement de l'indication d'AMP clinique à une AMP sociétale ne risquerait-elle pas de produire un « *ouragan sur la filiation* » (« the trouble with filiation ») selon le professeur Claude Sureau (MT, Médecine de la Reproduction Gynécologie Endocrinologie, 2009 : 11(3) : 187-90).

Mais parallèlement à ce cadre licite de techniques de procréation assistée, des couples hétérosexuels dont la femme n'a pas ou n'a plus d'utérus ou des couples homosexuels, en dépit de leurs sentiments pleins de cœur pour leur enfant (« despite the heartfelt sentiments ») et qui ne considèrent pas leur enfant comme des objets d'économie (« we don't like of children as economic objects ») selon Debora L. Spar, n'hésitent pas à recourir à un tourisme procréatif (« reproductive tourism ») ou selon une terminologie « plus médicale » à un soin procréatif transfrontalier (« cross-border reproductive care ») sans en mesurer les conséquences vis-à-vis de leur enfant. Selon Raywat Deonandan et Andreaa Bente (British Journal of Medicine & Medical Research 4(1) : 225-236, 2014), le tourisme procréatif se définit comme le voyage de clients de la résidence de leur pays d'origine vers un autre pays (pays qui réglemente ou tolère ces pratiques) pour y recevoir un traitement de procréation assistée spécifique de leur choix (« *the travelling of clients from their country of residence to another country to receive a specific treatment personal reproductive choice* »).

Face à ce tourisme des plus surprenants de la fin de XX^{ème} siècle et de ce début du XXI^{ème} siècle, manifestation d'une « collusion » entre médecine et commerce, d'un commerce : « baby business » des plus florissants en plein essor, nous avons besoin de comprendre comment fonctionnent ces fabricants de bébés (« baby makers ») et de voir comment est structuré le commerce dans ces agences ou cliniques de fertilité (« fertility agence »), donnant ces « enfants de la toile ».

Une remarque s'impose avant d'examiner ces agences : le tourisme procréatif peut être transfrontalier au niveau de l'Europe, c'est le « bébé Thalys » vers la Belgique, ou **intercontinental**, (« **oversea** »), allant du haut coût (« high cost ») dans des pays à fort revenu (« high income country » : « HIC ») au bas coût (« low cost ») dans des pays à faible revenu (« low income country » : « LIC »), ce qui pose la motivation de la mère de substitution dans le cas de la gestation pour autrui : est-ce par charisme, altruisme, ou par nécessité économique qu'elle « consent » à porter l'enfant ?

*II-1-2-2 : Les **cliniques de fertilité** : (« fertility agence »)*

Les cliniques de fertilité s'inscrivent dans le cadre de l'industrie du bébé (« baby trade »), faisant du commerce de bébé (« baby business »).

Nous pouvons les définir comme des cliniques, agréées comme maternité avec une unité dédiée aux « services » concernant les techniques de reproduction assistée : don de gamètes, ovocytes ou spermatozoïdes, transfert d'embryons congelés, (notons que ces deux pratiques sont licites en France avec toutefois l'âge limite de 43 ans pour la femme receveuse d'ovocytes), et maternité de substitution, prohibée en France, en Allemagne, en Italie et dans de nombreux autres pays.

Nous pouvons, aussi, définir les **cliniques de fertilité** (« fertility clinic ») comme l'un des **pôles des agences de fertilité**. En effet, l'agence de fertilité est l'entité juridique, offrant différents services, don de gamètes, transfert d'embryons et maternité de substitution, choix de la mère de substitution par les parents intentionnels, mise en relation des parents intentionnels avec l'avocat pour établir le contrat avec la mère de substitution et choix de la clinique de fertilité par le couple intentionnel.

C'est cette activité de maternité de substitution qui, si elle est licite dans certains pays, va entraîner des problèmes pour l'enfant lors de son retour dans le pays d'origine de ses parents s'ils ont eu recours à ce « procédé » pour faire porter l'enfant et si le pays d'origine des parents prohibe la maternité de substitution.

Ajoutons qu'en Inde, les mères de substitution restent tout le temps de leur grossesse dans une unité spéciale, (« the house of surrogates »).

II-1-2-2-1 : **Genèse** de la maternité de substitution :

Rappelons que, dans la Bible au niveau du livre de la Genèse, Sarah, ne donnant pas d'enfant à Abraham, son époux, lui dit d'aller trouver sa servante, Agar, qui serait alors non seulement mère de substitution, mais aussi mère gestatrice en donnant son ovocyte. Ainsi, Agar donna un fils, nommé Ismaël, à Abraham, la transmission de la vie, c'est-à-dire de la descendance, dans la Bible étant plus importante que la fidélité.

Mais, un an plus tard, Sarah conçut avec Abraham un fils, nommé Isaac.

La cohabitation avec Agar et Ismaël devint impossible et Sarah demanda, alors, à Abraham qu'Agar parte avec son fils, Ismaël, dans le désert mais toutefois avec de l'eau.

Ce récit montre que, dès l'Ancienne Alliance, les difficultés de la maternité de substitution, suscitées par les relations entre la mère intentionnelle, Sarah, et la mère de substitution, Agar, qui, de plus, était gestatrice, avec une conception de l'enfant *in vivo*, sont inéluctables.

Aussi, pour éviter d'avoir recours à une mère de substitution, l'une des plus anciennes méthodes de procréation assistée consistait à l'**insémination artificielle *in vivo*** en introduisant le sperme dans le vagin ou directement dans l'utérus, pour court-circuiter le vagin, afin de féconder l'ovocyte de la femme.

Mais, depuis 1978, c'est le fait que l'on soit passé de la conception *in vivo* à la conception *in vitro* et que l'on puisse disposer, *in vitro*, de spermatozoïdes et d'ovocytes, recueillis par ponction ovocytaire, (PO), ou « prélèvement » d'ovocytes selon l'instruction DGOS/PF2 n°2014-76 du 11 mars 2014 relative au projet de décret sur les compétences des praticiens en matière d'assistance médicale à la procréation, et qu'il soit alors possible de les mettre en contact pour réaliser une fécondation *in vitro*, qui a créé une véritable révolution dans le mode de procréation.

Les cellules reproductrices deviennent accessibles, disponibles pour d'autres couples, et la femme, qui porte l'enfant et qui le met au monde, peut ne pas être la mère biologique dans le cas de la gestation pour autrui (l'accueil d'embryon, qui, lui, est licite, étant un cas différent puisque l'embryon a déjà été conçu).

L'enfant peut être « fabriqué » comme un jeu de lego : un ovocyte X, un spermatozoïde Y, le tout fécondé *in vitro* et ensuite implanté chez une femme Z qui n'a pas donné son patrimoine génétique : cette dernière est appelée **mère de substitution** ou « **surrogate mother** ».

II-1-2-2-2 : **Problématique** de la maternité de substitution

Selon Katarina Trimmings et Paul Beaumont (International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2013), la mère de substitution ou « surrogate mother » peut être **définie** « *comme une femme qui porte un enfant suivant un accord fait avant qu'elle ne devienne enceinte, et fait avec l'unique intention que l'enfant soit **donné** à une autre personne et que la mère de substitution ne conserve **aucun droit sur l'enfant** ».*

Cette définition contient en elle-même toute la problématique et tout l'enjeu de la gestation pour autrui ou maternité de substitution et montre les **risques** et la distance incommensurable qu'il existe entre le désir d'enfant à tout prix pour un couple hétérosexuel dont la femme n'a pas ou n'a plus d'utérus, ou pour un couple homosexuel gay pour lequel la gestation pour autrui est le seul moyen d'avoir un enfant demi- génétique, et l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le mot « *accord* » montre qu'il s'agit bien d'un accord ou d'un contrat à la base d'une transaction, **réifiant** ainsi l'enfant, qui devient l'objet ou le mobile du contrat. Ensuite, le verbe « *soit donné* » au mode subjonctif traduit l'injonction, l'ordre donné à la mère de substitution, en faisant fi de la connaissance de la vie *in utero* de l'enfant et de « *L'environnement prénatal inhérent et la mère porteuse* », selon le professeur de Biologie du développement et de la reproduction, Maurice Auroux, auditionné par l'Académie nationale de médecine dans le cadre de son rapport sur « La gestation pour autrui » :

« *L'environnement prénatal correspondant à la mère porteuse est constitué, entre autres, par le placenta, le milieu hormonal et le milieu immunitaire de la mère ainsi que par sa personnalité* » (La gestation pour autrui, Académie nationale de Médecine, Médecine Sciences Publications, Lavoisier, 2011, 6, pages 95 à 103).

Dans cette continuité, Maurice Leroux réaffirme cette problématique :

« *Enfin, n'oublions pas que pour le droit français (et celui d'autres pays) la mère est celle qui accouche, et que pendant toute la grossesse, des échanges moléculaires se font à travers le placenta, et des liens affectifs très forts se créent entre la mère et l'enfant* » (L'Internat de Paris, n° 81, septembre 2015, pages 5 à 8).

Enfin, l'abandon du « *droit sur l'enfant* » de la mère de substitution signe « l'**aliénation** » de la mère et la **marchandisation** du corps humain, le risque d'instrumentalisation du corps humain même si certaines mères de substitution arguent d'un altruisme ou d'une empathie pour un autre couple dans le cadre des gestations pour autrui de caractère (« high cost ») ou bien « *pour donner une chance à leur famille et changer le cours du destin* » dans le cadre des gestations pour autrui de caractère (« low cost ») en Inde selon Natacha Tatu, (Enquête. Dans cette clinique

pionnière de l'ouest de l'Inde, des femmes pauvres louent leur ventre à des couples aisés du monde entier).

En dépit des controverses éthiques, juridiques et sociales suscitées par la maternité de substitution, (« surrogacy »), il n'est pas exagéré de dire que le monde moderne est témoin du développement et de l'essor du « marché » de la maternité de substitution internationale (« cross-border surrogacy ») grâce à la facilité de l'information *via* Internet.

Il s'impose, donc, de faire un état des lieux face à l'intérêt supérieur de l'enfant.

II-1-2-2-3 : **Typologie des clients** de ces agences ou de ces cliniques de fertilité ?

Ce sont des couples hétérosexuels en désespérance d'enfant, dont la femme n'a pas d'utérus d'origine congénitale ou à la suite d'une hystérectomie du *postpartum*, d'une ablation à la suite d'un cancer ou pour d'autres indications cliniques, selon les pratiques de la Born Hall Clinic à Cambridge, le Royaume-Uni, s'étant basé sur le premier rapport, concernant la naissance d'un enfant né du fait d'une maternité de substitution aux Etats-Unis en 1985.

C'est pourquoi, le Royaume-Uni, l'un des quelques pays d'Europe (rappelons les liens outre-atlantiques entre les USA et le Royaume-Uni), qui suivait la question de la maternité de substitution, encadra, dès 1985, la maternité de substitution, sans l'interdire, dans le « **Surrogacy Arrangements Act 1985** », loi interdisant les contrats, conclus à titre privé et à but lucratif, au Royaume-Uni ou à l'étranger, entre un couple et une mère porteuse qui s'engagerait à assumer la grossesse et l'accouchement moyennant une rémunération, de tels contrats étant frappés de **nullité**.

C'est dans ce cadre, à la Born Hall Clinic, qu'en 1987 le professeur Sir Robert Edwards et le gynécologue Patrick Steptoe reçurent le premier couple demandant le « traitement » de la maternité de substitution.

Après un vaste débat, le **Comité d'éthique indépendant de la Born Hall Clinic** approuva l'accord ; un traitement fut alors initié, la mère de substitution (« their host ») ou (« surrogate host ») devint enceinte et donna un enfant aux parents intentionnels (« commissioning couple ») en 1989 : « *The independent Ethics*

Committee to Bourn Hall discussed and approved the arrangement ; treatment was initiated, their host became pregnant and a child was born to them in 1989 », (Gestational surrogacy, Peter R. Brinsden, Human Reproduction Update, Vol.9, No. 5 pp. 483-491, 2003).

Mais, soulignons le bien, Sir Robert Edwards et le gynécologue, Patrick Steptoe, restaient dans le cadre d'une **indication clinique** et non sociétale.

Mais, par la suite, il y eut une dérive de l'indication clinique de la maternité de substitution, des couples homosexuels, gays ou lesbiens, revendiquant le droit à avoir leur demi-génétique enfant (« half-genetic children »).

En effet, avant ces techniques de procréation assistée de plus en plus performantes, de cette possibilité d'obtenir des gamètes mâles ou femelles *via* les « banques de gamètes » et de l'existence de ces agences de maternité de substitution, il existait deux types de situations : d'une part celle des couples hétérosexuels qui se résignaient soit à ne pas avoir d'enfant, soit à adopter un enfant, et d'autre part celle des couples homosexuels qui, avant la loi du 17 mai 2013, n'avaient pas le droit à l'adoption et dont la seule solution pour satisfaire leur désir d'enfant était de recourir au « tourisme procréatif ». Notons, toutefois, que cette démarche ne s'inscrit pas dans celle de l'adoption et même qu'elle en est très éloignée, les couples homosexuels voulant leur enfant demi-génétique et, de surcroît, les couples lesbiens voulant porter l'enfant et le mettre au monde. Rappelons que seules les femmes célibataires pouvaient alors adopter.

Maintenant, avec cette possibilité de créer des enfants *in vitro*, ce sont des couples qui ne supportent pas le fait de ne pas avoir d'enfant (« childlessness ») et sont dans le **déni de commettre un délit** en se rendant à l'étranger dans le cadre d'un tourisme procréatif si leur loi nationale prohibe ces pratiques d'où l'importance de **l'information en amont**.

Dans ce cadre, le député de la Manche Philippe Gosselin, secrétaire de la Commission des lois, a déposé une proposition de loi visant à renforcer l'interdiction de la gestation pour autrui. Philippe Gosselin souhaite, même, que le principe d'indisponibilité du corps humain soit inscrit dans la Constitution.

Ce n'est qu'à leur retour en France que les couples réalisent qu'ils ont « fraudé » la loi lorsqu'ils découvrent qu'il leur est impossible d'établir la filiation de leur enfant à

l'égard de la mère dans le cas de la gestation pour autrui pour un couple hétérosexuel ou à l'égard de l'autre « époux » dans le cadre d'un couple homosexuel.

Ils partent donc à la **quête pour concevoir** (« *The Quest to Conceive* ») en choisissant l'agence qui leur assurera la meilleure **sécurité de l'enfant** (« child welfare »).

En effet, les **législations** qui réglementent la **maternité de substitution** diffèrent grandement selon les pays et les juridictions (« *Domestic legal responses to surrogacy differ widely between jurisdictions* »).

Quant à la **Convention de gestation pour autrui**, elle est définie selon la Conférence de La Haye de Droit International Privé comme une :

« Convention de maternité de substitution dans laquelle la mère porteuse ne fournit pas son propre matériel génétique ; l'enfant ne lui est donc pas génétiquement apparenté.

Ce type de convention fait généralement suite à un traitement par FIV. Les gamètes peuvent être ceux d'un seul ou des deux parents d'intention.

Cette convention peut être altruiste ou commerciale ».

Cette convention est très importante car elle stipule les dispositions relatives au **triptyque de la gestation pour autrui ou maternité de substitution** : les parents commanditaires ou intentionnels, la mère de substitution et l'enfant.

En conséquence, nous allons étudier la **législation comparée** des trois régimes de maternité de substitution (« surrogacy maternity), les pays étant classés en « *catégories* » (« *categories* »), c'est-à-dire la légalisation ou la tolérance ou la prohibition, les deux premiers régimes ayant un caractère soit commercial soit altruiste.

Pour cette étude, nous nous sommes référés à l'ouvrage : « *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level* » publié sous la direction du docteur Katarina Trimmings et du professeur Paul Beaumont.

En effet, ces auteurs furent les pionniers par leurs travaux de recherche dont le but était d'examiner les problèmes législatifs de droit privé international soulevés par les dispositions concernant la maternité de substitution transfrontalière, (*International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*, Edited by Katarina Trimmings and Paul Beaumont Hart Publishing Oxford and Portland,

Oregon, 2013). Le professeur Jonathan Harris du King's College de Londres résume cet objectif en préfaçant le livre :

« This book grew out of pioneering research undertaken by Dr Katarina Trimmings and Professor Paul Beaumont from 2010 to 2012. The aim of the project was to examine private international law problems that arise in cases of crossborder surrogacy arrangements and to propose a global model of regulation of such arrangements ».

Katarina Trimmings et Paul Beaumont dans leur rapport général sur la maternité de substitution, intégré dans la troisième partie de l'ouvrage (International Surrogacy Arrangements « **General Report on Surrogacy** » 28, pages 439 à 467) groupent les pays dans les catégories suivantes (« *countries may be grouped into the following categories : “surrogacy-friendly” jurisdictions, jurisdictions with a relatively neutral to surrogacy and anti-surrogacy jurisdictions* ») (page 443).

Surrogacy-Friendly » Juridictions » (page 443 à 454)

Le terme « Surrogacy-Friendly » jurisdictions fait référence aux Etats où la **maternité de substitution à caractère commerciale est légale**, comme certains Etats des Etats-Unis d'Amérique (Alabama, Arkansas, Californie, Caroline du Sud, Connecticut, Illinois, Iowa, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Nevada, North Dakota, Ohio, Oregon, Pennsylvanie, Tennessee, Texas, Utah, West Virginia et Wisconsin, soit vingt Etats sur les 51 Etats, selon le dixième amendement de la Constitution des Etats-Unis, qui stipule « *que chaque Etat est souverain* », donc, il n'existe pas de législation fédérale), le Mexique (Etat de Tabasco), l'Ukraine, la Russie, l'Inde et l'Ouganda.

Dans ces pays, la maternité de substitution : « surrogate maternity » est réglementée de la façon suivante :

- le « commerce » de la maternité de substitution est légal,
- le « commerce » de la maternité de substitution se pratique sur une grande échelle,
- il y a des dispositions qui accompagnent les parents commanditaires ou parents d'intention : (« intended parents ») (ou au moins l'un deux) pour leur **obtenir une parenté légale**,
- il n'y a pas de nationalité, domicile ou résidence habituelle prérequis pour les parents d'intention.

-

En conséquence, **ces pays attirent de nombreux parents d'intention venant de l'étranger.**

Jurisdictions with a Relatively Neutral Approach to Surrogacy (pages 454 à 462)

Le terme « Jurisdictions with a relatively neutral approach to surrogacy » fait référence aux Etats, où la **maternité de substitution** est permise sous forme d'**altruisme**.

Ce sont deux Etats membres de l'Union Européenne, le Royaume-Uni et la Grèce, et, hors de l'Union Européenne, Israël, et dans l'hémisphère austral, l'Afrique du Sud, la Nouvelle Zélande et cinq Etats d'Australie.

Ces pays imposent des conditions strictes relatives au domicile, à la résidence habituelle des parents d'intention et à celle de la mère de substitution : (« surrogate mother »), des prérequis sont demandés ou non à la mère de substitution et une évaluation préalable des dispositions « arrangements » et des textes relatifs à la maternité de substitution par une juridiction ou un comité spécial sont demandés ou non avant la mise en œuvre de la maternité de substitution.

En conséquence, **ces pays attirent peu les parents d'intention étrangers.**

Au contraire, les parents d'intention ressortissants de ces pays comptent pour un grand nombre des parents d'intention des pays dont le régime est « **surrogacy-friendly jurisdictions** ».

La parenté pour les parents d'intention est soit établie automatiquement à la naissance de l'enfant, soit après transfert de la parenté de la mère de substitution à celle des parents d'intention *via* une procédure d'adoption (« parentage order »).

Dans la plupart de ces pays, les parents d'intention sont autorisés à payer de façon raisonnable (« **pay reasonable** ») les frais relatifs (« **reasonable expenses** ») à la grossesse (frais médicaux et légaux, assurance, coût de la grossesse) à la mère de substitution.

« Dans certains pays, la mère de substitution est autorisée à recevoir un remboursement du revenu perdu et même, récemment, en Israël, un paiement mensuel pour la douleur et la souffrance a été possible ».

Notons, aussi, que certains Etats la **tolèrent** en dehors de tout cadre juridique explicite comme la Belgique qui souhaite maintenant la légaliser. Aux Pays-Bas, la

maternité de substitution est tolérée à condition qu'il n'y ait pas de contrepartie financière.

Anti-Surrogacy Jurisdictions (pages 463 à 464).

Le terme « anti-surrogacy jurisdictions » fait référence aux pays où la maternité de substitution est **prohibée** quelle que soit la forme, altruiste ou commerciale, comme la France, l'Allemagne, l'Italie, la Suisse en Europe, certains Etats des Etats-Unis (Kentucky, Indiana, Louisiane, Nebraska), certains Etats ont, même, prévu des sanctions pénales (Arizona, Michigan, Etat de New York, le District de Colombie, le Nouveau Mexique), Mexique (Etat de Queretaro) Chine, Australie (Tasmanie).

La politique d'interdiction de la maternité de substitution de ces pays est fondée sur les arguments suivants :

- la maternité de substitution « viole » la **dignité humaine** de l'enfant et de la mère de substitution,
- la maternité de substitution conduit à la situation indésirable de diviser, cliver, la maternité : (« **split motherhood** »),
- la maternité de substitution est contraire à l'**intérêt de l'enfant**,
- ni le corps humain ni le statut civil de personnes ne peuvent être soumis à des dispositions **privées**, et
- si l'on autorisait la maternité de substitution, il en résulterait « *un chaos légal, social et éthique* ».

Cette **classification des pays**, fondée sur le **caractère altruiste** ou **commercial** de la maternité de substitution, a pour conséquences de trouver principalement les agences de fertilité dans les pays où la maternité de substitution est réglemantée sous forme commerciale, (« **surrogacy-friendly jurisdictions** »), avec, pour corollaire, d'y attirer les parents d'intention (« intended parents ») ressortissants d'un pays où la maternité de substitution est prohibée.

Les problèmes d'établissement de la filiation et de la citoyenneté de l'enfant n'apparaissent qu'au retour de l'enfant, et, encore, quand cela est possible, c'est-à-dire si l'enfant dispose d'un « *document de voyage* », dans le pays d'origine des parents d'intention.

En effet, les agences de fertilité, contactées *via* internet ou même lors de réunions en France, où ces agences n'hésitent pas à démarcher des clients en promettant, même, une promotion aux personnes intéressées.

Nous voyons, ainsi, bien que la loi interdise en France la maternité de substitution, que ces agences, faisant fi du **délit d'entremise**, présentent aux parents intentionnels soit un programme international **standard**, soit un programme international **rapide** pour une maternité de substitution avec don d'ovocytes (« *gestational surrogacy with egg donation cost estimates for international parents **standard** match program* ») ou maternité de substitution avec don d'embryons congelés (« *gestational surrogacy with frozen embryos cost estimates international **fast** program* »), programmes proposés par « Circle Surrogacy », située à Boston, MA 02110 ou « Extraordinary Conceptions » à San Diego en Californie.

Il paraît, toutefois, surprenant que « Circle Surrogacy » soit basée à Boston, ville où les irlandais ont débarqué du « May Flower ». Mais rappelons que l'Etat du Massachusetts, fief du Président John F. Kennedy, est un Etat démocrate.

Notons que si certaines réunions sur la maternité de substitution se sont tenues à Paris, l'hôtel Lutetia a annulé en février 2014 une réunion sur ce sujet lorsque l'hôtel a appris l'objet de la réservation.

Les pays de catégorie « surrogacy-friendly » countries sont devenus des pôles d'un commerce international de maternité de substitution et il s'est créé deux pôles (« hubs ») principaux.

Dans la zone de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques, **OCDE (OECD)**, les Etats-Unis d'Amérique avec le Massachusetts sur la côte est et la Californie sur la côte ouest, représentent le « high cost ».

Dans le cadre des pays émergents, l'Inde, où la ville d'Anand, située à 100 kilomètres d'Ahmedabad dans le Gujarat au nord-ouest de l'Inde, est devenue le pôle mondial (« « hub ») du bébé, représentant le « low cost ».

(« *Surrogacy-friendly* » countries have become « hubs » of the international commercial surrogacy market, attracting intended parents both from anti-surrogacy jurisdictions as well as jurisdictions with a relatively neutral approach to surrogacy”, page 443).

Si ces deux pôles représentent les deux extrêmes des motivations de la mère de substitution, de l'altruisme ou de l'empathie vis-à-vis du couple commanditaire au besoin de survie, il existe différents degrés de motivation.

Hors, ces deux pôles, les agences de fertilité sont réparties dans des Etats où ces pratiques sont soit légalisées, soit tolérées.

Ce sont les Etats anglophones de la zone de l'OCDE (OECD), le Royaume-Uni, le Canada, certains Etats des Etats-Unis d'Amérique (USA), l'Australie ainsi que la Nouvelle-Zélande et l'Etat-cité de Singapour.

Au lendemain de la deuxième guerre mondiale dans le cadre du plan Marshall pour reconstruire l'Europe, 18 Etats européens, les Etats-Unis et le Canada ont créé l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) en signant la Convention de l'OCDE le 14 décembre 1960, entrée en vigueur le 30 septembre 1961. A ce jour, 2 mars 2015, l'OCDE compte 34 pays membres.

D'autres pays pratiquent ces techniques en Europe, la Belgique, la Grèce et l'Ukraine. Par ailleurs, Israël, voulant augmenter sa natalité, a légalisé la gestation pour autrui.

Dans les **pays émergents**, en **Inde**, le ministère de la santé et de la famille et des affaires sociales avec le Conseil de la recherche médicale à New Delhi a fait une régulation des techniques de reproduction assistée avec le

projet (« draft ») de loi sur les Techniques de Reproduction Assistée :

« **The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill-2010** », la gestation pour autrui faisant l'objet du chapitre VII sur les droits et les devoirs des donneurs, des mères de substitution et des enfants : «**Rights and Duties of Patients, Donors, Surrogates and Children** ».

Ainsi, l'Inde offre de très nombreuses cliniques pour sa clientèle étrangère.

Nous voyons que la situation géographique des cliniques se situant soit dans des pays à haut revenu (« high cost ») comme la Californie, soit à faible revenu (« low cost ») comme l'Inde, pourrait créer des motivations différentes pour la mère de substitution, allant du charisme à la nécessité de survie pour cette dernière, ce qui pourrait être à rapprocher du trafic d'organes.

Comment trouver ces cliniques ?

Ces cliniques ayant des sites internet proposent leurs services en ligne, comme «Extraordinary Conceptions ».

« *Qui sommes-nous* » ? « *Nous aidons les futurs parents, donneuses et mères de substitution à chaque étape de la procédure* » avec un programme sûr, sans danger comme pour les fusées avec la NASA, « **SAFE** », c'est-à-dire en toute sécurité.

Ce mot **procédure** est le mot clef de la gestation pour autrui.

En effet, il est indéniable que le **contrat de gestation** rédigé par un avocat a pour objet de donner un « produit », un « e.baby » selon le conseiller d'Etat Denis Rapone, mais c'est un produit qui conduit à un enfant, d'où la problématique de la gestation pour autrui et l'obligation de s'interroger sur la dérive de ces techniques de procréation assistée.

Le **contrat de gestation** ou « contract pregnancy/labor » « or » « commercial pregnancy/labor » peut être défini comme un contrat initié par l'agence, représentant le couple commissionnaire, et impliquant un contrat de travail pré-conceptionnel signé par la mère de substitution. La mère de substitution signe un contrat dans lequel elle est d'accord pour le transfert des embryons, pour mener la grossesse à terme et donner l'enfant selon une convention d'honoraires (« *contract pregnancies are pregnancies that are initiated by an agency representing a commissioning couple and involve a pre-conception labor contract signed by the surrogate. The surrogate signs a contract in which she agrees carry the pregnancy to term, and deliver a baby for a contracted fee* » (Outsourcing The.Womb).

La définition par essence montre les risques inhérents à la maternité de substitution et les sources de conflit si la mère de substitution ne peut porter la grossesse à terme (fausse couche spontanée) ou si elle décide de garder l'enfant...

La Californie comme d'autres Etats a construit une industrie florissante autour des « contrats de maternité de substitution », qui se chiffre en millions de dollars.

Mais pour ces cliniques, la philosophie de ces pratiques de technique de procréation assistée semble avoir une approche différente des lois de bioéthique françaises : en effet, pour ces agences, le commerce du bébé (« baby business ») est la résultante des progrès de la science dans le domaine de la biologie de la reproduction avec un désir incommensurable de la volonté d'être parents (« would-be parent »).

La priorité de ces cliniques est d'être considérée comme des bienfaitrices de l'humanité puisque la finalité de leur activité est de fournir les moyens de

reproduction et de donner naissance à un enfant, c'est-à-dire le cœur même de l'humanité.

Debora L. Spar (*The Baby Business*, Harvard Business School Press page XIV) en a donné une définition : « Elles demandent des définitions - de la vie et du fait d'être parent - qui ont obstinément résisté au consensus et ont créé passionnément des groupes les uns contre les autres » (« *They demand definitions-of life and parenthood-that have stubbornly resisted consensus and have pitted groups passionately against on another* »). Ces faiseurs d'enfants (« baby makers ») donnent un enfant et de l'amour.

Les faits étant là, puisqu'il existe un marché international du commerce du bébé (« baby business »), nous devons comprendre comment cette industrie est structurée, voir quelles sont ses perspectives et ses potentiels comme toute industrie, voulant donner aux parents un enfant en bonne santé.

Mais ce commerce du bébé (« baby business ») est-il compatible avec la Convention internationale des droits de l'enfant et l'intérêt supérieur de l'enfant ?

Nous allons donc analyser le fonctionnement de ces agences de fertilité en faisant une étude de **législation comparée**.

Nous prendrons deux exemples d'agences ou de cliniques de fertilité, l'une aux Etats-Unis d'Amérique, l'autre en Inde, en examinant, également, la législation du Royaume-Uni, de la Grèce et d'Israël.

II-1-2-2-4 : Législation comparée :

II-1-2-2-4-1 : « **Surrogacy-Friendly Jurisdictions** » : pays où le **commerce** de la maternité de substitution est **légal**.

II-1-2-2-4-1-1 : Etats-Unis d'Amérique :

(United States of America : USA)

(D'après Steven H Snyder, 24, *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Edited by Katarina Trimmings and Paul Beaumont, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, page 387 à 396).

Aux Etats-Unis, dans les Etats où la maternité de substitution est légale (Californie, Massachusetts), les programmes des agences de fertilité sont conçus pour répondre aux besoins des couples hétérosexuels et gays, citoyens des Etats-Unis (USA, State), mais aussi des couples étrangers, donc à travers le monde.

Il paraît surprenant que l'Etat du Massachusetts avec l'arrivée des irlandais à bord du « Mayflower » à Boston ait légalisé la maternité de substitution. Mais rappelons que c'est un Etat démocrate.

L'on dénombre 43 agences de maternité de substitution (« Surrogacy Agency ») à Boston (Massachusetts) et 44 agences de maternité de substitution en Californie de caractère « **high cost** ».

Le personnel expérimenté (« staff's personal experiences ») en matière de gestation pour autrui ou maternité de substitution met en relation les parents intentionnels avec la donneuse d'ovocytes, soigneusement sélectionnée et dont le phénotype est assorti à de celui des parents intentionnels (« match ») ou « genetic make up » par exemple couleur des yeux, de la peau, caractéristiques physiques et sociales, la mère de substitution, et les avocats.

Le couple commanditaire, après avoir donné son consentement éclairé et signé le contrat de gestation pour autrui, rédigé par un avocat et comprenant de nombreuses options et clauses, choisit la clinique où sera pratiquée la fécondation *in vitro*.

Quelles sont alors les décisions rendues par les Cours pour établir la **parenté de l'enfant dans le cas de maternité de substitution** :

« Effect of Court-ordered Parentage in Surrogacy Proceedings »

Selon les vingt Etats des Etats-Unis qui ont légalisé la gestation pour autrui, la procédure pour établir la filiation de l'enfant vis-à-vis de ses parents peut varier en fonction de la législation de chaque Etat.

De plus, selon la constitution du génome de l'enfant, « genetic make-up », c'est-à-dire selon que les deux parents intentionnels sont les parents génétiques (« intended mother's egg », « intended father's sperm ») ou bien selon qu'il y ait eu un don de gamètes (ovocyte ou spermatozoïde) et qu'il n'y a en conséquence qu'un seul parent d'intention génétique, la procédure varie.

Dans la première hypothèse, celle où les **parents intentionnels sont les parents génétiques, une seule décision judiciaire** suffit pour reconnaître la filiation de

l'enfant vis-à-vis de son père et de sa mère, et un certificat de naissance est établi avec les noms des deux parents d'intention.

Dans la deuxième hypothèse, celle du **don de gamètes**, une **première décision judiciaire** est établie en faveur du **parent d'intention génétique**, par exemple en faveur du père, s'il a donné ses spermatozoïdes et si la femme, qui n'a pas ou plus d'utérus ni d'ovaires dans le cas d'une hystérectomie totale, n'a pas pu en conséquence donner son ovocyte.

Cette première décision est ensuite suivie d'une **deuxième décision judiciaire**, sous la forme d'un **jugement d'adoption**, mettant fin aux droits de la mère de substitution sur l'enfant et créant alors un lien juridique entre l'enfant et le deuxième parent d'intention non génétique.

Il s'ensuit l'établissement d'un certificat de naissance avec les deux noms des parents d'intention.

Est-ce que les droits de l'enfant selon les articles 3§1, relatif à l'intérêt supérieur, et 7, relatif à son identité et à sa nationalité, de la Convention internationale des droits de l'enfant, sont respectés ?

Dans les deux hypothèses, les enfants ont des parents.

S'il n'y a pas eu de don de gamètes, les parents biologiques ou génétiques sont les parents sociaux donc ne se pose pas le problème de l'accès aux origines génétiques.

En cas de don de gamètes, se pose le problème de l'accès aux origines.

Dans les deux cas, se posera le problème de fond qui est celui de la vie *in utero* de l'enfant dans un utérus « étranger », puis celui de la révélation de son mode de conception et du maintien ou non des liens avec la mère de substitution.

Enfin, comment l'enfant pourra-t-il rentrer dans le pays d'origine de ses parents s'ils sont ressortissants d'un pays « anti-surrogacy jurisdictions » et y faire transcrire son acte de naissance et reconnaître sa filiation à l'égard de ses parents intentionnels ?

Par contre, l'enfant bénéficie de la citoyenneté américaine et d'un passeport américain ce qui est recherché par de nombreux couples fertiles, faisant naître leur enfant aux Etats-Unis.

Mais dans cette dernière hypothèse, la situation est tout à fait différente : en effet, l'enfant a la double nationalité américaine et celle du pays d'origine de ses parents, qui peuvent transcrire en toute légalité l'acte de naissance de leur enfant pour lequel la filiation est également établie.

Ainsi, suite à la jurisprudence californienne dans sa décision *Johnson v. Calvert*,

(5 Cal 4 th 84, 19 Cal Rptr 2d 494, 851 P 2 d 776)1993, la Cour suprême de Californie a établi que les parents légaux d'un enfant né par maternité de substitution étaient les parents intentionnels.

En conséquence, les parents d'intention peuvent obtenir, **avant** la naissance de l'enfant, une décision judiciaire leur attribuant la filiation de l'enfant.

Il en est de même dans l'Etat du Massachussetts suite à l'affaire Culliton v. Beth Israël Deaconess Medical Center, 435 Mass 285 (2001).

Il est à noter, selon l'Agence France Presse (AFP, 08-12-2013), que, si durant des décennies, des américains ont été en Chine pour adopter des petits chinois, maintenant, de riches chinois se rendent sur la côte ouest des Etats-Unis, *via* le Pacifique, pour procéder à une maternité de substitution, soit pour leur permettre d'avoir un enfant car l'infertilité augmente en Chine, soit, en raison de la politique de l'enfant unique en Chine, pour leur permettre d'avoir un second enfant.

L'enfant naîtra américain et son retour en Chine sera subordonné à l'octroi d'un visa par le Consulat de Chine aux Etats-Unis et il n'obtiendra pas la nationalité chinoise en Chine, où la maternité de substitution est prohibée, ou bien la famille chinoise restera aux Etats-Unis s'ils peuvent obtenir une prolongation de leur visa.

Par la suite, les parents intentionnels devront obtenir la nationalité américaine.

Dans les deux hypothèses, la situation est très difficile et l'intérêt de l'enfant ne semble pas être respecté.

En effet (<site geneticsandsociety.org>), la Chine compte désormais 40 millions de personnes infertiles, soit 12,5 % de personnes en âge de procréer, une proportion qui a été multipliée par quatre au cours de ces vingt dernières années.

Est-ce aussi la politique de l'enfant unique qui incite les riches chinois à se rendre aux Etats-Unis? Les enfants auront une nationalité étrangère et un passeport étranger, mais ils devront être soumis à une demande de visa et de permis de séjour.

Sommes-nous vraiment dans l'intérêt de l'enfant ?

En conclusion, malgré le caractère commercial de la gestation pour autrui et les risques de la vie *in utero* chez une mère de substitution pour l'enfant, ce dernier bénéficie d'une filiation vis-à-vis de ses parents intentionnels et de la citoyenneté américaine et d'un passeport américain. En conséquence, **l'enfant peut rentrer dans le pays d'origine de ses parents** en tant que citoyen américain, même, si ce pays d'origine prohibe la gestation pour autrui comme la France. C'est déjà une sécurité : « It is SAFE ».

Mais les difficultés apparaissent lorsque l'enfant est sur le sol français et que les parents intentionnels, à leur retour en France, demandent la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur le registre d'état civil, ce qui peut leur être refusé, la pratique de la gestation pour autrui étant contraire à l'ordre public (article 16-7 du code civil), voire une fraude à la loi selon l'arrêt du 13 septembre 2013 de la Cour de cassation. Jusqu'à cette date, l'intérêt de l'enfant était considéré *in concreto* et non *in abstracto*.

Toutefois, il faudra noter une évolution de la jurisprudence à partir de la circulaire de la Garde des sceaux du 25 janvier 2013, relative à l'établissement d'un certificat de nationalité française ?

En effet, l'enfant n'a pas la citoyenneté française, le privant à moyen terme de ses droits civiques et de l'accès à certains concours, sauf à titre étranger, et de l'accès à certaines fonctions, d'où l'importance de l'**information** en **amont** lors de la demande de visa pour les Etats-Unis. Faudrait-il instituer un visa médical à l'instar de l'Inde ? Quel sera le rapport entre l'ordre public et l'intérêt de l'enfant ?

Lorsque l'Amiral Christophe Colomb découvrit l'Amérique dans la nuit du 11 au 12 octobre 1492, il croyait que c'était l'Inde.

Face à cette grande découverte et à ce grand pays, qu'est l'Inde, nous allons étudier maintenant la maternité de substitution en Inde.

II-1-2-2-4-1-2 : Inde :

(India)

(D'après Usha Rengachary Smerdon, 12, International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level, Edited by Katarina Trimmings and Paul Beaumont, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, page 187 à 218).

L'Inde ou le sous-continent indien avec 22 Etats est le septième pays plus grand du monde, (3 287 590 kilos mètres carrés), soit six fois la superficie de la France, avec une population de 1 277 803 914 habitants qui augmente de 19 millions d'habitants par an.

La République fédérale de l'Inde, dont la Constitution date du 26 janvier 1950, compte 28 Etats.

Ce pays fascinant, qui est une puissance émergente et qui demande un siège aux Nations-Unies, compte encore 250 millions de pauvres.

C'est dans ce contexte que s'inscrit le « **baby business** » ou « **l'industrie des naissances** » ou « **usine à bébés** » en Inde, estimé à plusieurs millions de dollars par an.

Il existe des dizaines d'agences de fertilité et environ 3 000 cliniques de fertilité (mais seulement 7 % pratiqueraient la maternité de substitution) dont le nombre ne cesse d'augmenter vu les intermédiaires qui facilitent le processus de maternité de substitution entre les parents intentionnels et les mères de substitution.

Citons l'Akanksha Infertility Clinic de la ville d'Anand, située à 100 kilomètres d'Ahmedabad, principale ville du Gujarat, dans le nord-ouest de l'Inde.

Dans cette clinique, dirigée par le docteur Nayna Patel, tout un processus est organisé pour la procédure de la maternité de substitution, faisant référence au code de bonne conduite adopté par le Conseil Indien de la Recherche Médicale, « Indian Council of Medical Research » (ICMR) à New Delhi.

Les parents intentionnels nationaux, c'est-à-dire indiens, ne représentent qu'un tiers de la « clientèle » de l'Infertility Clinic, tandis que les deux autres tiers correspondent à une « clientèle » internationale.

La motivation des mères de substitution peut être souvent un instinct de survie, par exemple permettre à une mère de famille de pouvoir payer les études de ses enfants.

Durant leur grossesse, les mères de substitution sont nourries et logées à l'unité de la maison des mères de substitution (« **house of surrogates** ») de la clinique de fertilité. Durant les neuf mois de leur grossesse passée loin de leur famille, les mères de substitution peuvent suivre des cours d'anglais, d'informatique, de couture ou d'esthétique dispensés dans l'établissement. Le samedi, si leurs familles n'habitent pas trop loin et si elles en ont les moyens, elles peuvent espérer les visites des leurs et les recevoir.

Cette situation n'est pas sans rappeler les « parloirs » des détenus en milieu pénitentiaire et la tristesse des détenus lorsque les personnes attendues n'ont pu venir. Au moment de la naissance, l'accouchement se fait souvent par voie haute, c'est-à-dire par césarienne avec, comme conséquence que si la femme n'a pas encore eu d'enfant (nullipare) elle ne pourra avoir, ensuite, que deux, voire trois enfants selon le principe : « une césarienne, ensuite césariennes », (« one cesarian, all cesarians »).

Selon les dispositions du contrat (« arrangements »), elles reçoivent 50 dollars \$US par mois et, à la « remise » de l'enfant, 4 000 dollars \$ US.

Au total pour un couple intentionnel, une maternité de substitution coûte entre 4 000 à 5 000 dollars, \$US, en Inde contre 30 000 \$ US, voire plus, aux Etats-Unis.

Face à ce commerce « **low cost** » qui peut donner une meilleure condition de vie à une famille indienne, sous réserve des **risques encourus**, et bien qu'il soit difficile d'estimer le nombre de naissances dues à une gestation pour autrui, il est indéniable que leur nombre ne cesse d'augmenter compte tenu des intermédiaires, des tiers (« facilitators ») permettant aux futurs parents intentionnels (« prospective commissioning parents ») de suivre le processus pour bénéficier des progrès des techniques de reproduction.

En conséquence bien que l'Inde n'ait jamais prohibé la gestation pour autrui, face à ce pôle (« hub ») mondial de l'industrie du bébé, s'inscrivant dans un «tourisme médical» de type « low cost » et participant à l'économie du pays, estimée à plusieurs millions de dollars par an avec 600 enfants nés d'une maternité de substitution en 2012 (enquête de Natacha Tatu, 27-10-2013), **l'Inde a reconnu la nécessité de réguler cette « industrie »**.

Cette régulation a pris la forme de directives non contraignantes (« non-binding guidelines »).

Mais, il s'est avéré nécessaire qu'une réglementation plus formelle soit promulguée au niveau national ou fédéral et au niveau des Etats, étant donné que dans le cadre des maternités de substitution transfrontalières (« cross-border surrogacy arrangements ») les dispositions concernant la citoyenneté de l'enfant et sa parenté ne sont pas définies. De plus, il faut protéger les mères de substitution (« surrogate mothers »).

En conséquence, de nombreuses versions de projets de lois existent.

Au niveau fédéral (« federal level »), c'est-à-dire du gouvernement central à New Delhi, en **2010**, le ministère de la Santé et de la Famille et des Affaires sociales (« Ministry of Health and Family Welfare ») et le Conseil Indien de la Recherche Médicale (« Indian Council of Medical Research » : «ICMR »), reprenant le projet de loi de 2008 sur la régulation des techniques de procréation assistée (« Draft Bill, 2008 ») en y ajoutant des modifications émanant du « Sama-Resource Group for Women and Health » à New Delhi, et, compte tenu du rapport de la Commission des lois de l'Inde N°228,5 d'août 2009 sur la nécessité d'avoir une législation relative à

la maternité de substitution, a fait un projet de loi en y incluant des dispositions relatives à la maternité de substitution au niveau du chapitre VII, eu égard aux difficultés et aux affaires, relatives à l'établissement de la citoyenneté des enfants nés du fait d'une maternité de substitution de parents étrangers :

“**Draft Rules**” ou “**Draft Bill**”,

“**THE ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES**

(REGULATION) BILL- 2010 »,

rédigé par le gouvernement central.

Ce projet de loi comprend un préambule avec un exposé des objectifs et des raisons du projet de loi et neuf chapitres.

Le **préambule** souligne l'importance de cette loi qui était attendue et qui répond au problème de l'infertilité, problème médical courant, mais très important en Inde.

En effet, en Inde, non seulement l'**infertilité** est considérée comme un **problème médical**, pouvant être résolu grâce aux techniques de procréation assistée, les « ARTs », qui semblent être une solution miracle pour chaque type d'infertilité (« to sound like the miracle solution to every kind of infertility problem »), « Annexure 3 », “Critique of the Draft ART (Regulation) Bill and Rules, 2010”, mais aussi comme un **stigmat social**, les enfants étant considérés comme une assurance vieillesse (« children are a kind of old age insurance ») .

Etant donné que, en Inde, l'on estime à 85 % le taux de réussite des traitements de l'infertilité *via* la chirurgie, les traitements médicaux ou les techniques de procréation assistée, il s'avérait nécessaire de réguler les techniques de procréation assistée, de légiférer dans ce domaine et de rendre accessible ces techniques aux patients.

En effet, avec les immenses progrès de la biologie de la reproduction, il semble impératif grâce aux nouvelles techniques de procréation assistée de pouvoir établir une parenté et d'avoir un enfant biologique qui prendra soin de vous à votre grand âge (« *every biological child will take care of his/ her parents in their old age* »).

Donc, nous voyons que le projet de loi indienne s'inscrit dans un **cadre culturel** et **éthique** et non dans une revendication du « droit à ».

Ainsi, le préambule propose une régulation avec une pratique éthique dans le respect des droits de chacun (« the preamble puts forth the need for regulation, ethical practice and the rights of all concerned »).

Quels sont les **chapitres** ?

Le chapitre un : I est relatif aux **titres** et aux **définitions**,

le chapitre deux : II est relatif à la constitution du **cadre institutionnel** au niveau national avec une Autorité de régulation des techniques de procréation assistée,

le chapitre trois : III est relatif aux procédures d'**inscription** et d'**accréditation** des cliniques et des plaintes (« Procedures for registration and complaints »),

le chapitre quatre : IV est relatif aux **devoirs** que les cliniques doivent respecter pour les protocoles de techniques de procréation assistée (« Duties of an assisted reproductive technology clinic »),

le chapitre cinq : V est relatif à la gestion de la : « **ART bank** », l'équivalent des Cecos pour la France, pour l'approvisionnement, le stockage et le **don**, et non la vente, des gamètes et des embryons,

le chapitre six : VI est relatif à la **recherche sur l'embryon**, les gamètes et autre matériel humain reproducteur (« other human reproductive material »),

le **chapitre sept** : **VII** est le chapitre clef car il concerne la **maternité de substitution** : (« **Rights and Duties of Patients, Donors, Surrogates and Children** »), en précisant les droits et les devoirs des patients et des donneurs, les relations avec la mère de substitution, la détermination du statut de l'enfant et son droit à être informé au sujet du donneur et de la mère de substitution,

le **chapitre huit** : **VIII** est relatif aux **infractions** et aux **pénalités**, par exemple en cas du choix du sexe de l'enfant, excepté dans le cas du diagnostic préimplantatoire,

le **chapitre neuf** : **IX** est divers (« Miscellaneous ») et, en conséquence, traite de diverses questions : l'enregistrement des contrats, le développement des techniques de procréation assistée et de la recherche, l'analyse des difficultés et le pouvoir du Gouvernement central de faire de nouvelles règles en addition aux actes déjà enregistrés, témoignant d'une dynamique de la législation et d'une responsabilité du Gouvernement vis-à-vis de ces techniques, qui ont pour finalité de **créer un enfant in vitro**.

Bien que ce projet de loi n'ait pas encore été adopté par le Parlement indien, il fait autorité au niveau du Gouvernement central.

Nous voyons donc que les deux chapitres relatifs à la maternité de substitution sont le chapitre V réglementant la « **ART bank** », le Cecos français, et le chapitre VII, relatif aux **droits** et **devoirs** des **patients**, des **donneurs**, des **mères de substitution** et des **enfants** (« **Rights and Duties of patients, donors, Surrogates and Children** »),

intégrant ainsi la maternité de substitution (« surrogacy ») dans un projet de loi cadre sur les techniques de procréation assistée.

Ainsi, dans une loi généraliste sur la régulation des techniques de reproduction assistée est intégré un chapitre relatif à la maternité de substitution avec une procédure d'enregistrement pour les cliniques de fertilité (« Assisted Reproduction Technologies », « ART ») dont la croissance est exponentielle et qui poussent comme des champignons (« mushrooming »).

En conclusion, le préambule souligne que le problème de l'infertilité est mondial et que l'on estime à 15 % les couples infertiles dans le monde.

De plus, en Inde, l'infertilité s'inscrit dans un contexte de stigmatisation pour la femme, chaque couple devant avoir un enfant.

Rappelons pour mémoire que l'infertilité secondaire de Joséphine de Beauharnais a conduit l'empereur Napoléon Premier à divorcer de Joséphine de Beauharnais et à épouser en secondes noces Marie-Louise de Hasbourg, archiduchesse d'Autriche et petite-nièce de Marie-Antoinette, Reine de France, et, plus récemment, le Shah d'Iran a divorcé de l'impératrice Soraya et a épousé ensuite l'impératrice Farah.

Mais, depuis la naissance de Louise Joy Brown le 25 juillet 1978, les techniques de biologie de la reproduction n'ont cessé d'évoluer non seulement dans un cadre médical, mais aussi sociétal.

Ainsi, chaque couple a le droit non seulement d'avoir un enfant, mais à avoir un enfant, passage du droit « **de** » au droit « **à** », d'où la nécessité de légiférer.

En conséquence, l'exposé des motifs du préambule de la « « Bill de 2010 » » est de démontrer qu'il est impératif de donner un cadre législatif national pour l'accréditation, la **régulation** et le contrôle des cliniques pratiquant les techniques de reproduction assistée en évitant les dérives, pour assurer la sécurité (« safe ») de la mère de substitution, des parents intentionnels et de l'enfant avec une pratique éthique des services de la biologie de la reproduction assistée et des différents protagonistes en lien avec les cliniques de fertilité.

Ainsi, le Gouvernement central, (« Central Government »), en rédigeant « The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill-2010 » (« Draft Rules »), projet de loi qui annexe un modèle de contrat de maternité de substitution (« Model Surrogacy Agreement »), reconnaît la pratique de la maternité de

substitution, mais en l'encadrant dans le but de garantir non seulement les droits des parents intentionnels et de la mère de substitution, mais aussi ceux de l'enfant.

Dans le même esprit, l'Etat de Maharashtra a introduit dans sa législation un projet de loi :

« **The Maharashtra Assisted Reproductive Technology (Regulation) Act 2011** », contenant les dispositions suivantes :

- (a) : la mère de substitution doit être enregistrée au niveau du gouvernement de l'Etat comme **patiente** de la clinique pratiquant les techniques de procréation assistée (« ART clinic ») pour établir la **transparence** ;
- (b) : seulement une **femme mariée**, âgée de **25 à 35 ans**, peut devenir mère de substitution (« surrogate ») ;
- (c) : la maternité de substitution sera **prohibée** aux **femmes** qui ont eu **plus de cinq enfants** ;
- (d) : le gouvernement d'Etat certifiera **l'état de santé** des femmes « servant » de mère de substitution, (« women serving as surrogates »), est-ce un lien de subordination entre les parents intentionnels et la mère de substitution ?
- (e) : enfin, les « **clients internationaux** » devront obtenir une **lettre de leur ambassade déclarant que la maternité de substitution est acceptée dans le pays concerné**.

Nous voyons que ces dispositions ont pour but non seulement de protéger la mère de substitution en agissant dans la transparence, mais aussi de protéger les droits des parents intentionnels, qui devront avoir, comme visa approprié, un **visa médical** (cf. annexe) pour la maternité de substitution et non touristique, aux risques pour les ressortissants étrangers d'être poursuivis pour violation des conditions d'utilisation de leur visa touristique. L'Ambassade de l'Inde décide de la validité et de la durée du visa au cas par cas après l'étude du dossier, ce qui permet de s'assurer que la mère de substitution est bien consciente des conditions et conséquences d'une telle démarche. Le visa médical permet un séjour illimité pendant la durée de la validité du visa, mais tout séjour supérieur à 6 mois nécessite un enregistrement auprès du « Foreigner's Registration Office » (« FRO ») à Delhi ou du « Foreigner's Regional Registration Office » (« FRRO ») dans les 14 jours suivant l'arrivée en Inde.

La demande de visa médical est assortie de dix documents (cf. annexe), en particulier d'une lettre de l'Ambassade (document numéro 6) du pays concerné en Inde ou du Ministère des affaires étrangères du pays concerné indiquant que :

- le pays reconnaît la maternité de substitution,
- le ou les enfants issus de cette maternité de substitution seront bien reconnus comme enfants biologiques » (« own genetic children » ou « half-genetic children ») des parents demandeurs et que l'entrée sur le territoire du pays d'origine des parents leur sera accordée,
- le traitement devra impérativement être effectué dans une « ART Clinics » reconnue par l' « ICMR » (document numéro 8).

Cette disposition, en amont, de la maternité de substitution a pour objectif, également, de protéger les droits de l'enfant afin d'éviter les problèmes relatifs à la transcription de son acte de naissance sur le registre d'état civil dans le pays d'origine de ses parents intentionnels lors de son retour, si encore celui-ci est possible, et à l'établissement de sa filiation.

En conséquence, cette disposition devrait aussi en principe dissuader les ressortissants de pays, où la maternité de substitution est prohibée comme la France de se rendre en Inde et éviter de nouvelles affaires. Cependant, certains couples arrivent à transgresser la nécessité d'avoir un visa médical et ont recours à une maternité de substitution probablement clandestine et, donc, à risques sans avoir conscience des difficultés de retour dans le pays d'origine pour leur enfant.

Toutefois, l'institution d'un **visa médical pour la maternité de substitution est une première étape très importante**, permettant une **traçabilité de la maternité de substitution**, et devrait être une source de réflexion pour le Ministère des Affaires étrangères en France.

De plus, dès **2005**, des directives non contraignantes avaient été promulguées par le ministère de la Santé et de la Famille :

- (a) : la maternité de substitution ne sera possible que si elle est **couplée à une adoption** partout possible (« surrogacy should be resorted to only if it is coupled with authorized adoption wherever applicable ») ;
- (b) : il devra être présumé **réfutable** que la mère qui porte l'enfant et qui lui donne naissance est la mère (situation qui, « normalement », est réelle et vraie), mais qui dans le cas de la maternité de substitution, « révolutionnant » des millénaires selon l'adage latin, *mater semper certa est* ; est vraie : « it

should be rebuttably presumed that a woman who carries the child and gives C
cette disposition est à rapprocher de la loi grecque n° 3089/2002 « on
Medically Assisted Reproduction », (« LAMAR ») ;

- (c) : les parents d'intention (« intending parents ») auront un **droit préférentiel pour adopter l'enfant** pendant un délai de six semaines suivant l'accouchement avec le **consentement nécessaire de la mère de substitution**, ce qui est paradoxal avec la disposition précédente ;
- (d) : en dépit du contrat de maternité de substitution, permettant un paiement en compensation de la maternité, la **mère de substitution a le droit de garder l'enfant** si elle le désire ;
- (e) : le seul moyen étant alors pour les « parents génétiques » de faire une **réclamation**, (« to make a claim for custody on the grounds of the best interests of the child »), pour demander la **garde de l'enfant** en se fondant sur **l'intérêt supérieur de l'enfant**, en référence à l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ;
- (f) : la **mère de substitution** a seule le **droit d'avorter** dans les conditions légales, par exemple si à l'échographie une anomalie du fœtus est diagnostiquée alors que les parents intentionnels pourraient être d'accord pour garder l'enfant. De plus, dans ce cas, les parents adoptants ne peuvent revendiquer les sommes déjà versées à la mère de substitution qui ne termine pas son « contrat ».

(g) :

Nous voyons que ces **dispositions sont protectrices envers la mère de substitution**, qui ne peut, toutefois, être gestatrice en donnant son ovocyte.

Elle doit être de nationalité indienne - une femme étrangère ne pouvant se porter candidate comme mère de substitution -, avoir entre 21 et 35 ans et doit se faire enregistrer dans la clinique de fertilité en donnant ses coordonnées ainsi que les noms et adresses des parents d'intention pour lesquels elle porte l'enfant afin que la maternité de substitution se fasse en toute transparence.

Si ce dispositif permet une transparence du déroulement de la maternité de substitution avec une traçabilité, la disposition, relative à l'adoption de l'enfant par le couple intentionnel, peut s'avérer redoutable pour les parents d'intention, qui ne sont pas garantis de pouvoir adopter l'enfant, puisqu'il leur faut le consentement de la mère de substitution.

Dans cette hypothèse où la mère de substitution ne donnerait pas son consentement, l'enfant deviendrait citoyen indien, mais dans quelle caste. Deviendrait-il un « intouchable » ?

Cette procédure d'adoption pour l'enfant, né du fait maternité de substitution, est à rapprocher de la procédure britannique couplant « the Surrogacy Arrangements Act 1985 », (« the 1985 Act »), au « the Adoption and Children Act 2002 », c'est-à-dire le « the Parental Order », repris dans « the Human Fertilisation and Embryology Act », (« HFEA 2008 »), puis dans « the Human Fertilisation and Embryology Regulations 2010 », ce qui est logique puisque l'Inde fait partie du Commonwealth.

De plus, le **9 juillet 2012**, le ministère de l'Intérieur a envoyé une lettre au ministère des Affaires étrangères afin qu'il établisse d'avance la procédure pour délivrer des **visas médicaux** (un visa touristique est considéré comme une violation des conditions de délivrance des visas) aux étrangers qui se rendent en Inde dans le but de fixer les dispositions relatives à la maternité de substitution. Le visa médical permet indirectement de **contrôler** les conditions dans lesquelles se déroulera la maternité de substitution en s'assurant que la mère de substitution ne soit pas trompée.

En particulier, un visa médical n'est accordé dans le but d'une maternité de substitution que si les conditions ci-dessous sont garanties :

- (a) : l'homme et la femme étrangers sont **mariés** et ce au moins depuis **deux** ans (document numéro 5);
- (b) : le visa doit être assorti d'une lettre de l'ambassade du pays étranger en Inde ou du ministère des Affaires étrangères du pays concerné déclarant que le **pays reconnaît la maternité de substitution** et que **l'enfant** ou les **enfants du couple intentionnel** nés d'une mère de substitution en Inde auront le **droit de rentrer dans le pays d'origine** des parents intentionnels comme leur enfant ou leurs enfants biologiques ou génétiques –cette lettre sera nécessaire pour que la clinique de fertilité délivre le certificat de naissance- (document numéro 6) ;
- (c) : les parents intentionnels prendront l'**engagement** qu'ils prendront soin de l'enfant ou des enfants nés du fait d'une maternité de substitution (document numéro 7) ;

- (d) : le traitement médical, c'est-à-dire la maternité de substitution, se pratiquera dans une clinique pratiquant les techniques de reproduction assistée (ART clinic) inscrite et reconnue par le Conseil Indien de la Recherche Médicale, (« l'Indian Council of Medical Research »), (« l'ICMR ») (document numéro 8) et
- (e) : les parents intentionnels devront fournir un **acte notarié authentique**, montrant l'accord entre le couple et la future mère de substitution de nationalité indienne (document numéro 9).

Dans un premier temps, pour établir toutes ces dispositions relatives au contrat de maternité de substitution, le couple intentionnel pourra entrer en Inde avec un visa de touriste, mais, dans ce cas, il ne pourra avoir aucun soin avec une clinique durant ce premier séjour.

D'une façon pragmatique, les Ambassades du Royaume-Uni et les Hauts Commissariats, (« High Commissions »), du Commonwealth, ayant eu beaucoup d'affaires, relatives à la maternité de substitution, ont rédigé un guide à l'attention des citoyens britanniques décidés à « entrer dans un processus de maternité de substitution » (« *to enter into surrogacy* »), afin qu'ils soient pleinement conscients des faits et de la réalité et qu'ils soient bien préparés à un processus long et complexe.

En corollaire de ces dispositions, le ministère de l'Intérieur a interdit **fin décembre 2012** l'accès à la maternité de substitution aux célibataires et aux couples homosexuels gays ou lesbiens.

Est-ce que la maternité de substitution est accessible aux couples pacés ou en union libre comme l'assistance médicale à la procréation, en France, depuis la loi de bioéthique n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique ?

Nous voyons que tout cet arsenal réglementaire a pour but de protéger le **triptyque de la maternité de substitution** : parents intentionnels, mère de substitution et enfant.

Dans ce contexte de réglementation de la maternité de substitution, les droits de l'enfant sont-ils garantis, en particulier sa parenté et sa citoyenneté?

A la lumière du « Draft Bill » de 2010, l'enfant né du fait d'une maternité de substitution est l'enfant légitime du couple marié et aura les mêmes droits qu'un enfant conçu *in vitro*. En cas de séparation ou de divorce du couple survenu après

avoir consenti à la maternité de substitution, l'enfant né du fait d'une maternité de substitution sera considéré comme l'enfant légitime du couple. Si les parents sont étrangers, l'enfant n'aura pas la citoyenneté indienne.

Le certificat de naissance portera les noms des parents intentionnels.

Dans le cas où les parents intentionnels étrangers refuseraient de prendre l'enfant, ce qui est considéré comme une offense, punissable jusqu'à trois ans d'emprisonnement, l'enfant deviendrait citoyen indien.

En conclusion, la procédure de la maternité de substitution (« ART procedure ») dans le cadre du « Draft Bill » et du « Draft Rules » en garantissant une filiation et une citoyenneté à l'enfant, que les parents intentionnels soient indiens ou étrangers, ressortissants d'un pays reconnaissant la maternité de substitution (« Jurisdictions with a Relatively Neutral Approach to Surrogacy »), respecte l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi que l'article 7 sous réserve des risques inhérents à la maternité de substitution.

De plus, face à une « dérégulation » de la maternité de substitution non contrôlée se développant, encore, en parallèle de la maternité de substitution régulée, nous pouvons augurer que **l'adoption et la promulgation de ces textes** sera une **priorité du Gouvernement central de l'Inde** pour éviter un grand nombre d'affaires et de manque de protection des mères de substitution, des parents intentionnels et des enfants.

Rappelons que l'Inde est un immense pays qui attache une grande importance aux enfants, ce qui explique qu'elle ait choisi d'encadrer la pratique de la gestation pour autrui avec la « Draft Bill » de 2010.

A titre d'illustration de cet état d'esprit, signalons le témoignage oral impromptu d'un couple indien, (résidant à Delhi, Etat autonome de Delhi) et rencontré par hasard à Paris - le jeudi 9 octobre 2014, rue d'Assas 75 006 à Paris, à 20 heures 15 - : « *L'Inde bien qu'elle soit très religieuse a toujours été favorable à la gestation pour autrui (GPA), cela fait plaisir ou rend heureuse une « surrogate » mère de substitution et un couple. C'est pourquoi très tôt que l'Inde a encadré la GPA* ».

Nous venons d'étudier deux grands pays, les Etats-Unis d'Amérique et l'Inde, s'inscrivant dans le cadre des « Surrogacy-Friendly jurisdictions » où la pratique

commerciale de la maternité de substitution est **légal** avec pour corollaire d'être une destination préférentielle pour les parents intentionnels venant de l'étranger.

Mais, il est important de noter qu'en dépit du caractère commercial de la maternité de substitution ce qui peut être discutable, ces deux pays produisent un *corpus* de textes juridiques pour protéger la mère de substitution, qui comme toute femme enceinte est *vulnérable*, et pour assurer à l'enfant une filiation vis-à-vis de ses parents intentionnels et une citoyenneté.

II-1-2-2-4-2 -Nous allons, maintenant, étudier deux pays de l'Union européenne, le **Royaume-Uni** et la **Grèce**, où la **maternité de substitution** est réglementée, mais a un **caractère altruiste**.

Ce sont les pays qui s'inscrivent dans le cadre des « **Jurisdictions with a Relatively Neutral Approach to Surrogacy** ».

Ces deux pays ont des dispositions couvrant la maternité de substitution.

Le Royaume-Uni, à la suite des conclusions du rapport de la Commission Warnock (« Commission Warnock ») de 1984 sur la bioéthique, a fait un texte sur la maternité de substitution dès 1985, puis s'est doté de tout un arsenal législatif, autorisant mais encadrant très strictement la maternité de substitution.

Le premier est l'acte relatif aux dispositions relatives à la maternité de substitution « **The Surrogacy Arrangements Act 1985** » (« **The 1985 Act** ») relatif aux contrats de maternité de substitution, frappés de nullité s'ils avaient un caractère lucratif.

Puis, les conventions de maternité de substitution ont été admises et réglementées étroitement par la loi sur la fécondité et l'embryologie humaine (« **The Human Fertilisation and Embryology Act 1990** »), complétées par «**The Adoption and Children Act 2002**», « **The Human Fertilisation and Embryology Act (Deceased Fathers) Act 2003**», «**The Human Fertilisation and Embryology 2008** » (« HFEA 2008 ») et un nombre d'instruments légaux incluant « **The Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulations 2010** », fondés en partie sur les conclusions du rapport de Bioéthique de la Commission Warnock de 1984 (« Warnock Committee »).

A cette époque, la Commission Warnock, (« The Warnock Committee »), avait eu une opinion défavorable pour la maternité de substitution et la déconseillait en raison des

difficultés potentielles qui pourraient apparaître. Il ne pouvait être « **question** » qu'une mère de substitution (« surrogate mother ») fût forcée par une quelconque obligation d'abandonner cet enfant, (« *there could be no question of the surrogate mother being forced by any contractual obligation to give up **that** child* »).

Le texte précise « *that* » et non « *the* », c'est-à-dire « cet » et non pas « le », montrant l'enfant comme un objet que l'on abandonne et non comme une personne.

Dans ce contexte, la loi britannique ne reconnaît pas la maternité de substitution comme un accord obligatoire envers chaque partie.

Par conséquent si la maternité de substitution est légale au Royaume-Uni, il est illégal de faire de la publicité pour la maternité de substitution, proposant de mettre en relation des mères de substitution avec des parents intentionnels.

Cette disposition est à rapprocher du fait que certains établissements, comme des hôtels en France, refusent de louer leurs salons à des cliniques de fertilité étrangères proposant leurs services de maternité de substitution ou autres prestations interdites comme une insémination artificielle avec tiers donneur (IAD) pour une femme célibataire ou lesbienne, ce qui serait considéré comme un délit de propagande.

Quant à la **Grèce**, elle a une législation innovante depuis **2002** en légalisant la gestation pour autrui à condition qu'elle ait un caractère altruiste à l'exclusion de toute maternité de substitution à caractère commercial.

De plus, aucune procédure de maternité de substitution ne peut être mise en route sans une décision judiciaire préalable.

Outre les différences de dates 1985 et 2002, soit 17 ans, entre les textes britanniques et helléniques, il faut remarquer que ces derniers n'émanent pas de la même philosophie.

Pour le Royaume-Uni plus empirique, les textes, inspirés du droit de « common law », instituent la citoyenneté et la filiation de l'enfant en **aval** de la naissance de celui-ci.

Pour la Grèce, est-ce la sagesse de la déesse Athéna (), « *nom de Pallas, comme déesse protectrice d'Athènes, fille de Zeus qui l'enfanta de sa propre tête, d'où elle sortit tout armée* » (Dictionnaire Grec français, A. Bailly), reprise par le philosophe Socrate, qui fait intervenir le système judiciaire en **amont** de la naissance ?

Pour respecter la **chronologie** de la législation de ces deux pays, nous allons dans un premier temps étudier la législation du Royaume-Uni, puis dans un deuxième temps étudier celle de la Grèce.

II-1-2-2-4-2-1 : Royaume-Uni

(United Kingdom : UK) ou Grande Bretagne (Great Britain : GB)

(D'après Michael Wells-Greco, 23, International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level, Edited by Katarina Trimmings and Paul Beaumont, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2013, pages 367 à 386).

Comme la Grèce, la maternité de substitution au Royaume-Uni a un **caractère altruiste** et non commercial, par contre la **filiation de l'enfant** est établie d'une façon pragmatique **après la naissance de l'enfant** avec le risque que la mère de substitution, « surrogate », ne « donne » pas l'enfant.

En effet, la maternité de substitution ne peut jamais être **sans risques** et cela ne peut pas être ignoré selon Michael Wells-Greco (« *Surrogacy can never be risk-free and it cannot be ignored* »).

De plus, dans le Royaume-Uni, il y a **trois systèmes législatifs indépendants**, la loi de l'Angleterre et du Pays de Galles, celle de l'Ecosse et celle d'Irlande du Nord.

C'est dans ce contexte, et bien que la Commission Warnock ait donné dans son rapport de bioéthique un avis défavorable sur la **régulation** de la maternité de substitution « surrogacy », que « L'Acte sur les dispositions de la maternité de substitution de 1985 a été promulgué pour réguler certaines activités en lien avec les dispositions faites en vue de faire porter des enfants par des femmes, en tant que mères de substitution » (« *An Act to regulate certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers* »).

Le « **Surrogacy Arrangements Act 1985** » (« **16 th July 1985** ») a été promulgué par Sa Gracieuse Majesté la Reine Elisabeth II, Reine du Royaume-Uni et d'Irlande du Nord, avec l'avis et le consentement de la Chambre des Lords et de la Chambre des Communes.

Ainsi, seulement huit ans après la naissance de Louise Joy Brown, il y avait déjà une dérégulation des techniques de procréation...

Le professeur Sir Robert Edwards avait-il été contacté et informé ?

Nous allons analyser les dispositions de l'Acte de 1985 et de ses amendements, très **protecteur vis-à-vis de la mère de substitution** comme en Inde, qui s'est inspirée de la législation britannique.

En revanche, il n'y a **pas de dispositions pour établir la parenté de l'enfant**, à la différence de la Grèce qui rend une décision judiciaire relative à la parenté de l'enfant avant la mise en œuvre de la maternité de substitution.

Au Royaume-Uni, l'adage latin, *mater semper certa est*, est maintenu dans la procédure de la maternité de substitution avec pour conséquences que, si la mère de substitution est mariée, le mari de cette dernière pourrait être considéré comme le père de l'enfant, selon la présomption de paternité, fondée sur l'adage latin, *pater est quem justae nuptiae demonstrant*, sauf s'il est prouvé qu'il a donné son consentement au « traitement de sa femme », c'est-à-dire la maternité de substitution en terme peut-être plus pudique.

Si la mère de substitution n'est pas mariée ou qu'elle n'a pas de « partenaire civil », («civil partner unless»), l'enfant n'aura pas de père à la naissance ; il en est de même si la femme est mariée et que le mari a donné son consentement à la procédure de maternité de substitution.

En corollaire, les parents d'intention, dans les six mois suivant la naissance, doivent entamer une procédure d'adoption, (« parental order »), nationale ou internationale, selon que les parents d'intention sont nationaux (britanniques) ou étrangers, pour établir leur paternité et leur maternité, (« the parenthood »), envers l'enfant né du fait d'une maternité de substitution.

Le « parental order » est donc le processus légal pour **transférer le statut de parent** de la mère de substitution et, dans quelques cas, de son mari aux parents commanditaires.

C'est une situation totalement paradoxale puisque ni la mère de substitution ni le mari de la mère ne sont les parents génétiques et que la mère de substitution a le droit de « garder » l'enfant.

L'Acte de 1985 ainsi que les amendements définit les dispositions pour la maternité de substitution et pour la mère de substitution.

De surcroît, l'Acte de 1985 prévoit des **sanctions pénales** en cas de publicité pour la maternité de substitution à travers le Royaume-Uni, mesure qui permet de s'harmoniser avec le rapport Warnock.

La mère de substitution doit être de nationalité britannique et peut recevoir une indemnité pour couvrir ses dépenses raisonnables, (« reasonable expenses »), et a droit à un congé de maternité.

Cependant, si elle travaille, que pensera son employeur de cette maternité de substitution et qu'en est-il du secret professionnel ?

Cela peut peut-être justifier qu'en Inde, les mères de substitution sont dans des maisons de mère de substitution, (« house of surrogate »), durant leur maternité de substitution.

Le **consentement éclairé** à la maternité de substitution doit être donné par les différentes parties. Mais l'enfant, personne vulnérable, « objet » du contrat, ne peut le donner puisqu'il n'est pas encore né.

Toutefois, un **risque** supplémentaire existe du fait que les **dispositions de l'Acte de 1985 ne sont pas exécutoires** devant les juridictions.

L'Acte de 1985 n'est pas une loi contraignante en raison de deux dispositions :

la première est que les parents intentionnels ne peuvent exiger que la mère de substitution **porte leur enfant** sans aucun contrat,

la seconde est que la **parenté légale** ne peut être établie que par des dispositions légales et non par des accords ou contrats.

En conséquence, tout un arsenal de textes a suivi le premier Acte de 1985 :

« **The Human Fertilisation and Embryology Act 1990** » (“The 1990 Act”), qui est l'acte fondateur;

“**The Adoption and Children Act 2 002**”, relative à l'adoption;

“The Human Fertilisation and Embryology” (“**Deceased Fathers**”) “**Act 2 003**” relatif à l'insémination post-*mortem*;

“**The Human Fertilisation and Embryology Act 2 008**” (“**HFEA**”), qui est l'instrument de référence au Royaume-Uni et enfin :

« **The Human Fertilisation and Embryology** » (« **Parental Order**”) “**Regulations 2 010**, qui est un amendement de l'Acte “HFEA” de 2 008, aligné sur les politiques d'adoption et garantissant, d'une part l'Acte de 2 002 sur l'adoption et les enfants, “The Adoption and Children Act 2 002” et, d'autre part l'Acte de 2 007 sur l'adoption et les enfants d'Ecosse, « The Adoption and Children (Scotland) Act 2007 » ainsi que l'Acte sur l'adoption d'Irlande du Nord de 1987, « The Adoption (Northern Ireland) Order ».

Ainsi, nous voyons un **consensus des trois systèmes législatifs du Royaume-Uni** pour l'**adoption des enfants** afin de garantir l'intérêt supérieur des enfants.

Quant à l'établissement de la citoyenneté de l'enfant, si les deux ou l'un des deux parents commanditaires ont ou a la citoyenneté britannique, l'enfant aura la citoyenneté britannique.

En revanche, si les parents commanditaires sont étrangers, les parents commanditaires se trouvent sous le régime des **permis d'immigration**, c'est-à-dire que nous sommes loin de l'intérêt supérieur de l'enfant au regard de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

En conséquence, il apparaît que la maternité de substitution au Royaume-Uni, même si le Royaume-Uni avait acté le « Surrogacy Arrangements Act 1985 » dès 1985, le premier texte « régulant » la maternité de substitution, ne présente d'intérêt que pour les citoyens britanniques eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant tout en restant conscient des risques.

Nous allons, maintenant, étudier la **Grèce**, dont la législation concernant la maternité de substitution est à l'opposé de celle du Royaume-Uni, même si elle présente aussi un caractère altruiste, puisque la filiation de l'enfant est établie en amont et non en aval de la maternité de substitution comme au Royaume-Uni.

II-1-2-2-4-2-2 : Grèce

(Greece)

(D'après Konstantinos A Rokas, 9, *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*, edited by Katarina Trimmings and Paul Beaumont, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2013, pages 141 à 166).

Selon l'article 5 de la Constitution hellénique, chacun a le droit de fonder une famille et selon l'alinéa 1 de l'article précité chacun peut développer librement sa personnalité, ainsi ces deux dispositions peuvent justifier et servir de socle à la maternité de substitution.

Aussi, nous allons analyser la législation : (d'après Konstantinos A Rokas, *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*,

Katarina Trimmings and Paul Beaumont, Hart Publishing, 2013, page 143 et suivantes).

En **2002**, la Grèce a promulgué une législation dans le domaine de la maternité de substitution. L'idée sous-jacente de base est qu'il est préférable de réguler et d'essayer une politique médicale pour les activités de services de biologie de la reproduction assistée plutôt que d'adopter des prohibitions absolues et alors vaines.

Dans cet esprit et en suivant ce raisonnement, il fut décidé opportun d'autoriser la maternité de substitution. Il y avait aussi bien entendu d'autres facteurs, en particulier une politique pro-nataliste, peut-être la plus importante dans un pays avec un faible taux de fertilité dans le pays.

Dans la loi grecque, la procédure fait intervenir le système judiciaire en amont.

La réglementation de la maternité de substitution résulte principalement de deux parties, deux *corpus*, de textes législatifs.

La loi n° 3089/2002 du 19 décembre 2002 relative à la Reproduction Médicalement Assistée, « **Law no 3089/2002 on Medically Assisted Reproduction** », insérée dans le code civil grec (GCC) et dite «**LAMAR**», est une loi sur le fond.

Cette loi est le **cœur de la réforme**, en fixant les principes de base permettant d'avoir accès aux différentes techniques de procréation assistée avec ses conséquences sur la filiation et en légalisant la maternité de substitution à condition qu'elle ait un **caractère altruiste**.

Trois ans après la légalisation de la maternité de substitution par la loi n°3089/2002 en complément de cette loi (« Enforcement of Medically Reproduction »),

la loi n° 3305/2005 du 27 janvier 2005 sur l'Application de la Reproduction Médicale Assistée, « **Law no 3305/2005 on Application of Medically Assisted Reproduction** » est une loi technique qui règle la mise en application des techniques de procréation assistée en en définissant leur cadre et en en précisant les conditions et qui prévoit des sanctions administratives et pénales en violation des conditions légales.

Par analogie avec les lois françaises, dites de bioéthique de 1994, la loi grecque de 2002 est à la loi grecque de 2005 ce qu'est la loi française n° 94 653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, insérée dans le code civil, à la loi française n° 94 654 du 29 juillet 1994 relative au don, à l'utilisation des éléments et produits de

corps humain, au diagnostic prénatal et à l'assistance médicale à la procréation, réexaminée en 2004 et 2011 et insérée dans le code de la santé publique.

Le cœur de la réglementation de la reproduction assistée se trouve dans la **première partie** de la législation, c'est-à-dire dans la **loi de 2002** qui prévoit les conditions pour avoir droit aux différentes techniques de reproduction assistée, (« to various reproductive techniques ») en y intégrant au niveau de l'article 8, article 1458 du code civil grec, la maternité de substitution en la légalisant ainsi *de facto* avec pour conséquence une réforme sur la parenté dans le cadre de la filiation.

C'est un processus tout à fait original en ce sens qu'il n'y a pas une législation spécifique pour la maternité de substitution comme nous l'avons vu pour certains Etats des Etats-Unis ou pour des projets de lois (« draft bill ») du Gouvernement central de l'Inde.

Dans le cas de la Grèce, la légalisation de la maternité de substitution est faite au sein d'une loi généraliste sur la reproduction assistée.

Par ailleurs, la Grèce a transposé en droit interne la Directive européenne 2004/23/EC du Parlement européen et du Conseil européen du 31 mars 2004 relative sur les standards de qualité et de sécurité pour les dons, le stockage et la distribution des tissus humains et des cellules.

Examinons les différents articles de la loi de 2002, insérés dans le code civil grec, stipulant les principes de base régissant les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation.

Comme nous l'avons vu, la loi grecque autorise la maternité de substitution depuis 2002 mais dans un cadre « éthique » et dans des conditions législatives précises.

Selon l'**article 1455** du code civil grec, la maternité de substitution, comme les autres techniques de reproduction assistée, n'est autorisée que pour un couple marié ou non et uniquement si le couple ne peut avoir des enfants par les voies naturelles, (« natural means »), donc fondée sur une **indication médicale** et **non sociale**, l'indication médicale devant être justifiée par un praticien.

Nous pouvons, peut-être, alors parler de maternité de substitution **éthique** ?

En corollaire des dispositions de l'article 1455, l'**article 1456** du code civil grec stipule que les couples homosexuels, gays ou lesbiens et les hommes célibataires ne peuvent avoir recours à la maternité de substitution, s'inscrivant ainsi dans l'article

178 du code civil grec stipulant qu' « un acte légal qui est contre la morale traditionnelle est nul », (« *A legal act that is against conventional morality is null* »), reprenant l'article 16-7 du code civil français.

Par contre, une femme célibataire peut bénéficier de l'insémination artificielle avec tiers donneur (IAD).

Selon l'**article 1456** du code civil grec, il est exigé que le **recueil du consentement libre, éclairé et écrit des participants**, (« participants »), c'est-à-dire parents intentionnels et mère de substitution, fasse l'objet d'un acte authentique, recueilli par un notaire, excepté celui de l'enfant, personne vulnérable, puisque non encore conçu et que les parents intentionnels entraînent dans cette aventure...

Toutefois, si l'indication de maternité de substitution, même médicale est discutable, le fait que la mise en œuvre d'une maternité de substitution relève d'une autorisation judiciaire, préalable à l'acte, donné par le tribunal de grande instance compétent en fonction du domicile de la mère d'intention ou de la mère de substitution, les deux femmes devant être domiciliées en Grèce, est cependant une garantie pour l'intérêt de l'enfant en lui assurant une nationalité et une parenté, l'enfant ne naissant pas sans une parenté légale (« *legally parentless* »).

En effet, l'article 1456 stipule, également, que la demande d'une maternité de substitution est soumise à une autorisation judiciaire par le tribunal de grande instance compétent préalable à la mise en œuvre de la « procédure » de maternité de substitution.

L'**article 1458** (article 8 de la loi n°3089/2002) du code civil grec est l'article *princeps*, article clef, en autorisant le **transfert d'un ovule fertilisé** dans le corps d'une autre femme qui en assure la gestation, autorisée par une décision judiciaire accordée avant le transfert, c'est-à-dire la maternité de substitution, sans aucun bénéfice financier, la mère de substitution devant être en bonne santé et capable de mener la grossesse à son terme : (« *The transfer of a fertilized ova into the body of another woman, the ova should not be hers and the pregnancy by her is allowed by a court authorization granted before the transfer, given that there is a written **and, without any financial benefit**, agreement between the persons wishing to have a child and the surrogate mother and in case that the latter is married of her spouse, as well. The court authorization is issued after an application of the woman who wants to have a child, provided that evidence is adduced not only in regard to the fact that*

she is medically unable to carry the pregnancy to term but also to the fact that the surrogate mother is in good health and is able to conceive”).

Les mots en caractère gras sont les termes des articles du Comité *ad hoc*, créé le 22 novembre 2000 par le ministre de la Justice, Mihail Stathopoulos, pour étudier les conséquences de la biologie de la reproduction et de la génétique sur les « civils », en particulier, dans le cadre de la loi sur la famille, repris par le Parlement..

L’**article 1459** du code civil grec stipule le **caractère altruiste** du processus de la maternité de substitution, la mère de substitution ne peut recevoir aucun honoraire durant sa participation dans tout le processus (« *no fee for her involvement in the whole processus* »).

La deuxième partie, à savoir la **loi n°3305/2005 de 2005** complète les dispositions légales de la loi de 2002, relative à la reproduction assistée, quant à son application.

Les articles les plus importants pour la maternité de substitution dans la loi de 2005 sont les articles 13 et 26 relatifs à la mère de substitution et aux sanctions pénales.

L’**article 13**, relatif à la maternité de substitution, (« Surrogate Motherhood ») stipule que :

1. la maternité de substitution n’est permise que dans les conditions de l’article 1458 du code civil grec et de l’article 8 de la loi n° 3089/2002 ;
2. la femme (article 13, alinéa 4) qui porte l’enfant devra être examinée médicalement sur le plan somatique, en particulier, avoir un examen sérologique pour le VIH (virus de l’immunodéficience humain : VIH-1 et VIH-2), hépatites B et C et syphilis- ainsi que sur le plan psychologique ;
3. Les parents d’intention (« prospective parents ») auront aussi un examen médical (article 13, alinéas 2 et 3) ;
4. L’accord pour la maternité de substitution doit être conclu sans compensation financière (article 13 alinéa 4) :
le remboursement des frais imputables à la procédure de transfert intra-utérin, de l’accouchement ainsi que les dommages dus à la perte de salaire durant la grossesse ne sont pas considérés comme une compensation financière.

Le montant des dépenses inhérentes à la grossesse est régulé par l’Autorité nationale indépendante pour la reproduction médicalement assistée (« The amount of the expenses covered is going to be regulated by the National Independent Authority for Medically Assisted Reproduction »).

L'article 26 de la loi n° 3305/ 2005 prévoit des sanctions pénales en violation des conditions de l'article 1458 du code grec ainsi qu'en cas de publicité (« whoever publicity », ...) de la maternité de substitution.

De plus, la création de l'Autorité Nationale Indépendante pour la Reproduction Médicale Assistée, qui a été instituée pour l'application des dispositions légales de l'activité des cliniques de fertilité aussi bien que pour les banques de « matériel génétique », « genetic materials banks » est une garantie du respect de ces deux lois de 2002 et de 2005.

Des décrets présidentiels, des décisions ministérielles et occasionnellement de l'Autorité Nationale Indépendante pour la Reproduction Médicale Assistée complètent cet arsenal législatif relatif à la maternité de substitution.

Une remarque s'impose toutefois, la légalisation de la maternité de substitution a été introduite dans deux articles, 1458 et 1459, de la loi de 2002 et n'a pas fait l'objet d'une loi spécifique.

Le projet de loi française sur la famille « **abordant les nouvelles protections, les nouvelles sécurités et les nouveaux droits des enfants** » sur la famille, « commandé » le 4 octobre 2013 par madame la ministre Dominique Bertinotti, pourrait-il inclure ainsi un ou plusieurs articles sur la maternité de substitution, s'inspirant du modèle grec ou du modèle du Royaume-Uni ?

En effet, le rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », présidé par Irène Thery avec pour rapporteur Anne-Marie Leroyer, sur :

« **Filiation, origines, parentalité**

Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle » a été rendu en décembre 2013. Aussi, faut-il rester vigilant.

En dehors de l'Union européenne, Israël, l'Afrique du sud, la Nouvelle Zélande, cinq Etats d'Australie (New South Wales, Queensland, South Australia, Victoria et Western Australia) et un territoire (the Australian Capital Territory), ainsi que de nombreux Etats des Etats-Unis, (par exemple, Washington, Nevada, Virginie et New Hampshire) pratiquent la maternité de substitution avec la même politique, c'est-à-dire en se fondant sur le caractère altruiste et non commercial de la maternité de substitution.

Prenons l'exemple d'Israël.

II-1-2-2-4-2-3- : Israël

(D'après Sharon Shakargy, 14, *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*, Edited by Katarina Trimmings and Paul Beaumont, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2013, pages 231 à 246).

La maternité de substitution en Israël est régulée (« regulated »), par « the Embryo Carrying Agreement Act » (« Agreement Authorization and Status of the Newborn Child »), 5756-1996, qui est la seule voie légale pour pratiquer une maternité de substitution, toutes dispositions prises en désaccord de l'Acte sont considérées comme une infraction criminelle.

Préalablement à la mise en œuvre de la maternité de substitution, un Comité nommé par l'Etat et composé de sept membres : deux gynéco-obstétriciens, un interniste, un psychologue clinicien, un travailleur social, un juriste représentant le ministère public et un **représentant du clergé**, avec une **parité hommes-femmes**, (trois ou quatre hommes et quatre ou trois femmes), doit examiner le projet et donner son accord en précisant ses directives (« guidelines ») *de facto* qui ont force de loi (une ordonnance prénatale).

L'accord du représentant de la religion juive pour la mise en œuvre de la technique de procréation assistée est fondamental pour l'enfant, sinon il pourrait être considéré comme un « manzer », une sorte de paria.

Ensuite, la procédure de la maternité de substitution, déterminée par le Comité, doit être faite dans un hôpital public agréé.

L'indication de la maternité de substitution est uniquement médicale.

Les parents d'intention, homme et femme, peuvent être mariés ou non, à l'exclusion des célibataires, hommes ou femmes, et des couples homosexuels.

La mère d'intention doit être de la même religion que la mère de substitution, qui doit être juive puisque, dans la **loi religieuse juive, c'est la mère qui transmet la religion**.

Pour la mère de substitution, la loi religieuse étant la clef de voute, la mère de substitution est la mère de l'enfant selon l'adage latin *mater semper certa est*.

Si la mère de substitution est mariée et s'il n'y a pas eu l'accord du rabin, l'enfant peut être considéré comme un « *Mamzer* », c'est-à-dire le bâtard, un paria qui porte un stigmate social (l'expression de *Manzer* vient d'Ebles *Manzer*, bâtard de Ramuelf II, né vers 870 et mort vers 934/935, qui fut comte de Poitiers de 890 à 892 et de 902 à 934 ou 935). Les « *mamzers* » ne sont pas mariables avec une femme juive selon la loi juive pendant dix générations. C'est pourquoi le Comité juge plus prudent que la mère de substitution ne soit pas mariée et que l'acte le soit précise. Toutefois, ce choix peut paraître paradoxal car, dans la religion juive, la virginité est très importante.

Il ne doit pas y avoir de consanguinité entre les parents d'intention et la mère de substitution.

La parenté légale de l'enfant n'est établie qu'après la naissance de l'enfant, comme au Royaume-Uni, par une ordonnance d'adoption donnée par la Cour.

Entre le moment de la naissance et la décision judiciaire, l'enfant n'a pas de parents, c'est-à-dire pas de filiation, mais seulement des tuteurs (« *guardians* »).

Quels sont alors les droits des tuteurs ? Est-ce que le tuteur peut prendre une décision médicale ? Que devient l'enfant si les parents décèdent entre le moment de la naissance et du jugement d'adoption ?

En conséquence de la loi religieuse d'après laquelle se déroule la naissance, il apparaît que la maternité de substitution en Israël se fasse au profit des nationaux ou des juifs étrangers, autorisés à entrer en Israël et désirant obtenir la citoyenneté israélienne en montrant un lien génétique avec des parents, vivant déjà en Israël, un test génétique étant exigé par le ministère de l'Intérieur.

Ces quelques exemples, Grèce et Royaume-Uni dans l'Union européenne, et Israël pour ne citer qu'un exemple hors de l'Europe, avec en plus une connotation religieuse, montrent que hormis les risques inhérents à la maternité de substitution pour le triptyque, mère de substitution, parents intentionnels et enfant, le problème de fond est, d'une part, l'établissement de la filiation de l'enfant et, d'autre part, l'accès aux origines en cas de dons de gamètes.

Est-ce la raison pour laquelle des pays comme la France, l'Allemagne, l'Italie en Europe, la Chine en Asie, l'Etat de Tasmanie en Australie, certains Etats des Etats-Unis, (exemple Michigan, New York, le district de Columbia), et l'Etat de Queretaro

au Mexique en Amérique du nord ont déclaré que la maternité de substitution était illégale quelle qu'en soit la forme commerciale ou altruiste ?

II-1-2-2-4-2-3 : « **Anti-Surrogacy Jurisdictions** »

(D'après Katarina Trimmings and Paul Beaumont, 28, « *General Report on Surrogacy* », International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2013, pages 463 à 464).

Ce sont de nombreux Etats, comme la France, qui ont choisi l'interdiction de la maternité de substitution.

Comme nous l'avons déjà montré, (cf. page 140), les arguments sur lesquels se fonde la **prohibition de la maternité de substitution** sont le fait que la maternité de substitution « viole » (« violates ») la dignité de l'enfant et celle de la mère de substitution, que la maternité de substitution conduit à une « situation contre nature » selon le conseiller à la Cour de cassation Jean Michaud, de diviser la maternité (split motherhood »), que ni le statut du corps humain, ni le statut civil des personnes ne peuvent être réglés par des dispositions privées, en l'occurrence un contrat, et qu'enfin l'argument *princeps* est que la maternité de substitution est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

De plus, les **dispositions** réglant la maternité de substitution, soit à caractère commercial, soit à caractère altruiste, sont **nulles** ni opposables devant les juridictions en référence au principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes.

En outre, les dispositions relatives à la maternité de substitution à caractère commercial sont nulles aussi sur le fond car elles sont contraires à l'ordre public, l'article 16-7 du code civil dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour compte d'autrui est nulle* ».

Quant à l'établissement de la **parenté de l'enfant** avec les parents intentionnels, si la maternité de substitution a été réalisée dans un Etat où elle est légalisée, dans un premier temps le **père d'intention** pourra reconnaître l'enfant et obtenir une décision de justice de la Cour.

Dans un deuxième temps, la mère d'adoption pourra adopter l'enfant *via* une **procédure d'adoption**, (« Parental order »), mais qui sera reconnue nulle (« ineffective ») et illégale, car contraire à l'ordre public (« *unlawful or contrary to public policy* »), et constituant un détournement de l'institution de l'adoption lors du retour de l'enfant dans le pays d'origine de ses parents intentionnels, comme la France par exemple, car contraire à l'ordre public et même en fraude à la loi selon l'arrêt du 13 septembre 2013 de la Cour de cassation.

Dans ce cadre qu'advient-il si les parents d'intention refusent d'accepter l'enfant s'il a une anomalie ou si la mère de substitution refuse de donner l'enfant ?

De plus, dans la plupart des Etats qui prohibent la maternité de substitution (« anti-surrogacy jurisdictions »), le fait d'être un intermédiaire pour faciliter une maternité de substitution ou pour en faire la publicité est un délit d'entremise.

En France, la circulaire (CIV/02/13) du 25 janvier 2013 de la garde des Sceaux, alertée sur ce problème par Sergio Coronado (député des Français à l'étranger), a pour objet d'établir un certificat de nationalité française, mais n'établit pas de filiation pour l'enfant à l'égard de ses parents d'intention.

En conclusion, hormis les risques médicaux inhérents à la maternité de substitution, il ressort de cette étude de législation comparée de la régulation de la maternité de substitution que pour les Etats où la maternité de substitution à caractère commercial ou altruiste est reconnue, je ne dirai pas légalisée, car souvent comme en Inde, la législation est encore à l'état de projet, (« Draft, The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill 2010 »), mais qui fait toutefois référence dans les cliniques de fertilité, la parenté de l'enfant est établie soit en amont de la naissance de l'enfant par un jugement préalable comme en Grèce, soit en aval de la naissance de l'enfant avec une procédure en deux temps : reconnaissance de l'enfant par le père d'intention, puis procédure d'adoption de l'enfant par la mère intentionnelle.

Mais il faut avoir conscience que cet établissement de la parenté de l'enfant ne sera « exploitable » que si les parents intentionnels sont des nationaux ou des étrangers ressortissants de ces Etats, soit (« Surrogacy-Friendly Jurisdictions »), soit (« Jurisdictions with a Relatively neutral Approach to surrogate »).

Par contre, s'ils sont ressortissants d'Etats pratiquant la prohibition de la maternité de substitution (« Anti-Surrogacy Jurisdictions »), ni la transcription de l'acte de

naissance de l'enfant ni la reconnaissance de sa filiation ne pourront être effectives, d'où l'importance de la nécessité de l'**information en amont** de couples désireux de se rendre à l'étranger (« cross-border travel ») dans le cadre d'un tourisme procréatif (« procreative tourism ») et de la nécessité d'instituer un visa médical pour maternité de substitution en préalable de la mise en œuvre d'une procédure de maternité de substitution comme en Inde.

La « seule solution » pour des ressortissants français voulant pratiquer une maternité de substitution est de pratiquer un tourisme procréatif de type « high cost » en se rendant dans les Etats des **Etats-Unis**, où la maternité de substitution est légale en sachant que leur enfant aura la nationalité américaine et qu'il sera difficile et long de demander pour l'enfant la nationalité française avant qu'il n'ait atteint sa majorité à l'âge de dix-huit ans. Notons, toutefois, que, si, depuis le 26 juin 2014, le 22 septembre 2014 et le 3 juillet 2015, l'arsenal jurisprudentiel de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat a évolué positivement dans l'intérêt supérieur de l'enfant, les risques et le problème de l'anonymat demeurent.

L'avantage des Etats-Unis, cependant, est que dans l'attente de la régularisation de la filiation de l'enfant, ce celui-ci n'aura pas une « nationalité indéterminée » et il sera citoyen américain.

Il est donc souhaitable pour l'intérêt supérieur de l'enfant qu', à la suite d'un consensus international, la Conférence de la Haye adopte une Convention internationale, suite au « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » du 12 mars 2012, même si la maternité de substitution est discutable.

Cependant, la possibilité d'acquérir une nationalité et une filiation ne doit pas nous faire occulter les **risques** de la maternité de substitution pour le **triptyque de la maternité de substitution** : mère de substitution, enfant et parents intentionnels.

Aussi, nous allons analyser maintenant les risques de la maternité de substitution pour la mère de substitution, pour l'enfant et pour les parents intentionnels et examiner quel est le rapport entre les risques et l'intérêt supérieur de l'enfant, soit le rapport désir d'enfants / maternité de substitution.

II-2 Titre 2 : Analyse des risques des Techniques de Reproduction Assistée (« Assisted Reproductive Technologies » « ART »)

Toute grossesse peut être source de risques tant pour la mère que pour l'enfant.

Rappelons la phrase du professeur Jean Thoyer-Rosat : « *Il peut y avoir beaucoup de casse en obstétrique* ».

Dans une grossesse classique *in vivo*, les seules personnes concernées sont la mère et l'enfant, et jusqu'aux grands progrès de la pédiatrie néonatale, la néonatalogie, le principe était de sauver la mère en priorité.

Dans la maternité de substitution, il y a un **tiers** qui est la mère de substitution ou « surrogate » qui s'interpose entre la fécondation *in vitro* et la naissance de l'enfant, voire un deuxième tiers dans le cas d'un don de gamètes, avec le problème de l'accès aux origines. Il s'agit donc d'une « reproduction collaborative » avec « trois mères » pour l'enfant en cas de don d'ovocytes, la mère génétique qui a donné son ovocyte, la mère de substitution qui porte l'enfant et qui le met au monde et la mère d'intention qui l'élève.

Aussi, nous allons étudier l'analyse des risques dans le cadre du **triptyque de la maternité de substitution** : la mère de substitution, l'enfant à naître et les parents intentionnels, ou la triade dans la maternité de substitution : la mère de substitution (ou le couple) **laissant le bébé à la naissance** ou bientôt après la naissance, la mère (ou le couple) commissionnaire ou d'intention **recevant le bébé commissionné** et la **semence extérieure** (egg donor)- dans le cas de don de gamète, la mère de substitution n'étant pas gestatrice (« in surrogate motherhood triads : (i) the surrogate mother (or couple) relinquishing the baby at or soon after birth, (ii) the commissioning or intended mother (or couple) receiving the commissioned baby and (iii) the offspring », Psychosocial aspects of surrogate motherhood, Olga B.A. van den Akker, Life & Health Sciences, Aston University, Birmingham, UK, Human Reproduction Update, Vol. 13, No. 1 pp 53-62, 2007).

Toutefois, avant d'analyser les risques dans le cadre du triptyque de la maternité de substitution, nous allons essayer de définir la **notion de risque**.

(II-2-1) : Analyse de la **notion de risque**

Selon le grand dictionnaire encyclopédique Larousse, le risque du latin *rixare* se quereller, se battre, est la « possibilité, probabilité d'un fait, d'un évènement considéré comme un mal ou un dommage, un danger, inconvénient plus ou moins probable auquel on est exposé ».

Retenons de cette définition les termes de **probabilité**, de **dommage** et de **danger** dans le contexte de la **mondialisation** de la maternité de substitution.

En effet, selon le professeur René Frydman (la douzième journée du livre médical l'Académie nationale de médecine, le vendredi 19 septembre 2014,

« La reproduction humaine, du médical au sociétal », René Frydman), « *il n'y a pas un pays au monde qui n'ait un centre de FIV* ». Cette nécessité que des pays aient des centres de fécondation *in vitro* (FIV) relève du fait que, dans certains pays du fait de leurs cultures, « *si la femme n'a pas d'enfant et n'est pas mère, elle n'existe pas* » selon le professeur René Frydman. Rappelons autrefois la « raison d'Etat » qui pouvait obliger un souverain à répudier son épouse si cette dernière n'avait pas de descendant et n'assurait pas la continuité dynastique.

Or en France sur les 800 000 enfants qui naissent chaque année, 20 000 sont conçus par fécondation *in vitro*, et dans le monde il existe plusieurs millions d'enfants nés, également, par fécondation *in vitro*.

En conséquence, nous devons traiter la **notion de risque** dans le cadre du **principe de précaution** appliqué à la maternité de substitution car le **risque est mondial**, même si des pays, comme la France, prohibent la maternité de substitution puisque dans ce cas les parents intentionnels « fraudent à la loi » et n'hésitent pas dans un contexte de désir d'enfant à tout prix à se rendre dans des pays où la maternité de substitution est licite ou tolérée.

De plus, aujourd'hui, le risque est « *de moins en moins perçu comme relevant d'une fatalité, alors que les sociétés ont longtemps interprété les catastrophes (séismes, éruption volcanique...) comme une colère divine* (Risque, Wikipédia, page 14/17). Rappelons-nous dans la genèse, le récit du déluge.

Dans ce contexte, en 1990, l'un des programmes de l'Organisation des **Nations-unies** a été consacré à la **réduction et à la gestion des risques** ce qui a conduit à la résolution 44/236.

Dans ce même esprit, l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE), dès 2002, se préoccupe aussi des risques (« Un avenir à haut risque », l'Observateur de l'OCDE N° 235, décembre 2002) et, récemment, en 2013, l'étude du risque est aussi l'un des programmes de l'OCDE : (Risques futurs ; Les risques émergents du XXI^e siècle : Vers un programme d'action : ([http : //www.observateurocde.org/news/archivestory.php/aid/752](http://www.observateurocde.org/news/archivestory.php/aid/752) : risques-futur.html).

Quant au **principe de précaution**, « *Pensé à partir des années 1970 par le philosophe allemand Hans Jonas, le principe de précaution entre dans le droit international dans les années 1990. Il figure dans la Déclaration des Nations-Unies du sommet de Rio de 1992* » sur le Sommet de la Terre « *et dans le traité européen de Maastricht adopté la même année, qui prévoit une protection élevée pour l'environnement « fondée sur les principes de précaution et d'action préventive* » (Jean-Marc Vittori, éditorialiste aux « Echos », les Echos Vendredi 27 et Samedi 28 février, page 7). Il est ainsi entré dans le droit communautaire avec le **traité de Maastrich de 1992**, puis en droit interne français par la **loi n° 95-101 du 2 février 1995** relative au renforcement de la protection de l'environnement, dite « loi Barnier », ministre de l'Environnement du gouvernement d'Edouard Balladur, Premier ministre. Enfin, le principe de précaution trouve son couronnement dans son inscription dans la Constitution en **2005**.

Pour Olivier Godard (Le Principe de Précaution face au Dilemme de la Traduction juridique des Demandes sociales..., Le principe de précaution, Aspects de droit international et communautaire, Editions Panthéon Assas, page 37), le principe de précaution comprend trois thèmes clefs, la prévention, la gravité et l'information : « *A travers la pluralité des définitions données au **principe de précaution** dans des textes de droit international ou dans les commentaires qui les ont accompagnés, on peut identifier un **noyau commun de thèmes** : (a) l'engagement précoce d'une **prévention** face à des risques ..., (b) la **gravité** des risques visés ..., (c) la modification des différents acteurs pour l'apport des **informations scientifiques**... ».*

C'est, donc, en **transposant le principe de précaution**, à l'origine dédié à l'environnement, que nous allons analyser les **risques liés à la maternité de substitution dans le cadre de l'environnement** au cours de la vie *in utero*, en particulier avec le rôle de l'épigénétique, avec pour conséquence le **principe de**

responsabilité face à ces progrès de la biologie de la reproduction, engendrant des problèmes éthiques et juridiques vis-à-vis de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Reprenons, maintenant, les trois mots clefs de la définition du principe de précaution selon le dictionnaire encyclopédique Larousse.

Comment pourrons-nous **évaluer** la **probabilité** du risque qui pourra n'apparaître qu'à court, moyen ou long terme? Pourrons-nous appliquer comme dans le risque professionnel la formule, où le risque égale la probabilité multipliée par la gravité? Quelle est la gravité d'une maternité de substitution ? Dans le cas d'un couple gay, n'est-ce pas l'ultime transgression des lois de la nature ?

Quels seront les **dommages** pour la mère de substitution, pour l'enfant et les parents intentionnels ? Si nous pensons dommage, il faut prévoir une indemnisation, mais elle ne peut être ni évaluée ni chiffrée. En cas d'une « hystérectomie d'hémostase » au moment de l'accouchement, empêchant définitivement la mère de substitution d'avoir un nouvel enfant, même pour elle, comment évaluer le prix de la douleur *pretium doloris* qu'une circulaire du 15 septembre 1977 du ministre de la Justice recommande d'appeler « l'indemnisation des souffrances ». En effet, ne plus pouvoir avoir d'enfant est une grande souffrance peut-être acceptable pour son propre enfant, mais qui pour celui d'une autre femme paraît encore plus intolérable.

Si à l'origine le principe de précaution a été inscrit dans la loi n° 95-101, dite loi Barnier, il a été étendu à différents domaines, en particulier dans le domaine de la santé publique. C'est, donc, dans ce contexte que nous analyserons les risques de la maternité de substitution.

En effet dans la maternité de substitution, les risques sont de différents types, médicaux d'ordre somatique et d'ordre psychique, juridique, économique, sociétal sans être exhaustif. Mais dans le cas de la maternité de substitution, il y a des dommages tels que celui inchiffrable de l'influence de la mère de substitution au cours de la vie *in utero* sur l'enfant, les risques d'ordre somatique et psychique pour la mère de substitution et pour l'enfant, les risques d'ordre économique et juridique dans le cas de l'établissement de la nationalité de l'enfant pour les

parents intentionnels, les risques du désir de l'enfant de connaître ses origines en cas de don de gamètes.

Le **danger** de la maternité de substitution, s'il nous est encore inconnu, se révélera dans les générations futures. Aussi, pouvons-nous continuer à pratiquer les maternités de substitution dans un cadre médical, voire sociétal, même, si la société évolue ?

Aussi, après avoir traité la notion de risque d'une façon générale, il nous faut l'appliquer à l'analyse des différents types de risques de la maternité de substitution pour pouvoir la « gérer », si tant est que cela soit possible, la **gestion** du risque visant à le réduire, voire à le **prévenir dans une campagne d'information** des risques qui doit avoir une dimension internationale en raison du contexte de la mondialisation de la maternité de substitution bien que le « risque zéro n'existe pas.

II-2-2 : Analyse des risques obstétricaux et psychiques pour la mère de substitution :

Avant d'aborder l'étude des risques somatiques et psychiques pour la mère de substitution, interrogeons-nous sur les **motivations de la mère de substitution** et de la **mère d'intention** (« commissioning/intended mothers ») qui forment un « tandem » dont le but est la naissance d'un enfant en bonne santé (« welfare »).

Est-ce que les motivations de la mère de substitution sont différentes selon que la maternité de substitution présente un caractère commercial ou altruiste ?

Dans la première hypothèse, c'est-à-dire du caractère commercial de la maternité de substitution et dans le cadre du « low cost », il y a fréquemment un statut socioéconomique significativement différent entre la mère de substitution et la mère d'intention souvent plus âgée qui a de surcroît une histoire gynéco-obstétricale plus que notable (« a more notable obstetric/gynaecological history ») et pour laquelle la seule issue d'avoir un enfant est le recours à la maternité de substitution. Il peut y avoir aussi une différence ethnique et culturelle.

Notons que c'est aussi le seul moyen pour un couple gay. Mais dans ce cas, l'**indication** n'est plus médicale, mais **sociétale**.

Même si pour certaines mères de substitution pauvres mariées, ayant déjà un ou deux enfants, la motivation peut être celle d'avoir de l'argent liquide (« cash ») pour donner un meilleur bien-être à leur famille et permettre à leurs enfants de faire des études, bien qu'elles n'ignorent pas les risques d'une grossesse inhérents à toute grossesse que la fécondation ait lieu soit *in vivo* soit *in vitro*, elles « acceptent » pour leur famille cette maternité de substitution malgré les risques de la grossesse et celui d'être rejetée non par sa famille qui est au courant, mais par les habitants du village. C'est la raison pour laquelle lorsqu'elle « donne son accord » pour être mère de substitution et se rend à la maison des mères de substitution (« house of surrogate »), elle le fait dans la clandestinité.

C'est pourquoi, les gouvernements comme en Inde par exemple ont **légiféré pour protéger les mères de substitution** et souhaitent que les maternités de substitution se déroulent dans des cliniques de fertilité en toute transparence.

En effet, dans un rapport récent l'on notait que deux sur neuf mères de substitution avaient subi une hystérectomie du *post-partum* après la **délivrance de triplets** avec un *placenta accreta* (placenta fixé dans le muscle utérin) provoquant une rupture utérine et une hémorragie cataclysmique (Dan R. Reilly, Surrogate pregnancy : a guide for Canadian prenatal health care providers, review CMAJ. February 13, 2007, 176 (4), 483, 484). En effet, nous savons que, maintenant, la pratique en matière d'assistance médicale à la procréation est de ne transférer qu'un ou deux embryons pour éviter au cours des premières semaines de la grossesse une réduction embryonnaire si plusieurs embryons avaient été implantés.

Par ailleurs, la maternité de substitution à caractère commercial peut-elle être éthique ? Pouvons-nous parler de **maternité de substitution éthique** ou de gestation pour autrui éthique ?

Il faut considérer, d'une part, le choix des parents intentionnels et, d'autre part celui de la mère de substitution, la mère porteuse.

Certains **parents intentionnels** argueront en faveur d'une **éthique libertaire**, c'est-à-dire du choix de s'engager librement dans un contrat de maternité de substitution et de revendiquer un droit à leur propre épanouissement en « construisant » leur propre enfant (est-il vraiment « propre », si il y a un don de gamètes : « half genetic children » ?) dans le cadre de la vie privée (est-ce vraiment privé dans le cadre d'une procédure avec une agence de fertilité ?).

L'Organisation de la santé (OMS) a reconnu comme une « notion de bien-être » la fertilité.

Dans ce cadre, l'assistance médicale à la procréation telle qu'elle est encadrée en France trouve toute sa justification puisque la finalité de l'assistance médicale à la procréation est de remédier à l'infertilité. En revanche, pouvons-nous parler de notion de bien-être, lorsque l'indication de la maternité de substitution est transgressée, la norme n'étant plus respectée ? Cette notion de bien-être l'est peut-être pour les parents intentionnels, mais pour les enfants c'est plus discutable.

Pour la **mère de substitution**, la démarche peut être tout à fait différente.

Si la maternité de substitution relève bien du **principe d'autonomie de la personne** (faire ce que vous choisissez avec votre corps ou bien contrat de « louage d'utérus ») la motivation semble être tout autre et, même, elle peut-être différente selon le caractère de la maternité de substitution.

Il faut distinguer la motivation dans le cas de la maternité de substitution soit de caractère **altruiste** comme au Royaume-Uni par exemple, soit de caractère **commercial** qui peut être selon les cas de type « **high cost** », haut coût, comme dans certains Etats des Etats-unis, soit de type « **low cost** », bas coût, comme en Inde.

Dans le cas de la **maternité de caractère altruiste** comme au Royaume-Uni ou en Grèce la mère de substitution ne peut recevoir aucun honoraire pour sa participation dans ce processus (« *The surrogate can receive no fee for her involvement in the whole process* ») (Greece, Konstantinos A Rokas, International Surrogacy Arrangements, Legal regulation at the international level, Katarina trimmins and Paul Beaumont, Hart Publishing, page 147). La difficulté est alors d'évaluer le montant de l'**indemnisation** qui, selon le grand dictionnaire encyclopédique Larousse, se définit comme « *Action d'indemniser ; dédommagement* ».

Pour le Royaume-Uni, à présent aucune indication n'émane des praticiens ou des Cours en ce qui concerne le montant de l'indemnisation des mères de substitution, l'un des critères le plus connu étant qu'il ne doit pas y avoir d'argent ou de bénéfice, mais que seules les dépenses raisonnables soient données à la mère de substitution (« Another issue currently exercising the minds of practitioners and the courts, and one of the most publicised criteria, is the requirement that no money or other benefit, other than for « **reasonable expenses** », has been given to

surrogate » (United Kingdom, Michael Wells-Greco, International Surrogacy Arrangements, page 377).

La difficulté réside alors à déterminer le montant de ces « dépenses raisonnables », correspondant aux frais médicaux, aux déplacements, à la perte de salaire, si la mère de substitution travaille, durant la grossesse avec une compensation (« **medical expenses and compensation** »). La mère de substitution bénéficie-t-elle d'un congé de maternité ? Toutefois, si le législateur ne fixe pas le montant de l'indemnisation, la Haute Cour (Re L, A Minor, 2010 EWHC 3146) en se référant à une maternité de substitution de type commercial, pratiquée par des ressortissants britanniques aux Etats-Unis dans l'Etat de l'Illinois, reconnut la **nécessité de « dépenses raisonnables »** pour le bien-être de la mère de substitution et celui de l'enfant. Comment évaluer les sommes, versées en livres sterling ? Elles peuvent être variables et sont évaluées par rapport aux sommes versées à une mère de substitution aux Etats-Unis de type « high cost » : 23 000 dollars ou en Inde de « type low cost » 2 000 000 de roupis, soit environ 27 000 livres sterling (United Kingdom, Michael Wells-Greco, International Surrogacy Arrangements, pages 378 et 379).

Il faut souligner que, dans ces deux cas, soit la mère de substitution aux Etats-Unis (« high cost ») a été insuffisamment indemnisée (23 000 dollars), soit en Inde (« low cost ») la mère de substitution a été largement indemnisée (£ 27 000, ce dont nous pouvons réjouir, en Inde les mères de substitution étant pauvres).

Ces exemples nous montrent toute la difficulté d'évaluer le montant de l'indemnisation, donnée à la mère de substitution, et qu'il n'y a pas automatiquement de corrélation entre le « high cost » et le « low cost ».

Dans le cas de **maternité de substitution de caractère commercial**, il faut distinguer le type « high cost » du type « low cost ».

Pour les **mères de substitution de type « high cost »**, aux Etats-Unis par exemple, ce sont des femmes de la classe moyenne (« middle class ») pour lesquelles la maternité de substitution n'est pas vitale, mais leur apportera un surcroît de bien-être, permettre à leurs enfants d'aller à l'université par exemple. Elles ont aussi une empathie vis-à-vis des couples intentionnels et pourront garder ultérieurement des relations avec les parents intentionnels et l'enfant dont la photo peut « trôner » à côté de celles des enfants de la mère de substitution.

En conséquence, recevoir une indemnisation fait partie du contrat établi et rédigé par les avocats de l'agence de fertilité et n'est en rien choquant.

Dans cet esprit, il faut remarquer que, dans la culture américaine, l'argent est valorisant et **signe de réussite** comme, par exemple d'avoir un avion personnel ou un yacht et de créer une fondation dans un but humanitaire..

Pour les **mères de substitution de type « low cost »**, en Inde par exemple, ce sont des femmes pauvres pour lesquelles le fait de porter un enfant leur permettra de vivre des jours meilleurs pour leur famille, par exemple pouvoir financer les études de leurs enfants. Ce sont des femmes courageuses, capables de vivre dans les maisons des mères de substitution (“house of surrogates”) durant les neuf mois de leur grossesse, mais à leur retour, dans leur ville ou dans leur village, elles ne sont pas assurées d'être bien accueillies par les habitants. Elles pourraient être traitées de parias, (rappelons l'importance des castes en Inde). En conséquence, excepté à leur famille, elles ne parlent pas de leur choix d'être mère de substitution. qui rappelle le peut changer leur mode de vie : (« that value free choice to enter contracts and personal autonomy, to do what you choose with your body, and claim a right to self-fulfillment, through raising your own child and privacy », cf. l'article de Dan R.Reilly précité. C'est donc dans la clandestinité que les mères de substitution se rendent dans les maisons de mère de substitution, « house of surrogate ».

Donc, si ces deux types de maternité de substitution ont un caractère commercial, nous voyons que le profil et les motivations des mères de substitution de type « high cost » et de type « low cost » sont totalement opposés ainsi que le déroulement de leur grossesse.

Dans le premier cas, aux Etats-Unis de type « high cost » par exemple, la mère de substitution reste dans sa famille durant la grossesse tandis qu'en Inde par exemple, la mère de substitution en est éloignée. Mais durant la grossesse, quel est le rapport, dominant/dominée, entre les parents intentionnels et la mère de substitution ou est-ce l'inverse ?

Dans le cas du « high cost », si les parents intentionnels sont des ressortissants américains, des européens ou ressortissants d'un Etat de la zone OCDE, il semble qu'il ya ait un **rapport d'égalité** entre les parents intentionnels et la mère de substitution américaine. Durant la grossesse, les parents intentionnels pourront

venir voir la mère de substitution et voir le développement du bébé en examinant les échographies par exemple.

Après la naissance, des « liens familiaux » pourront être maintenus. Certains parents intentionnels n'hésitent pas à mettre une photographie de la mère de substitution en bonne place dans leur salon.

Dans le deuxième cas de type « low cost » en Inde par exemple, si les parents sont des occidentaux ou ressortissants d'un pays de la zone OCDE, il semble que le rapport entre les parents intentionnels et la mère de substitution ne soit pas un rapport d'égalité, mais plutôt un **rapport de force** entre les parents intentionnels dominants et une mère de substitution, ressortissante d'un pays émergent, dominée. Les parents intentionnels viendront-ils voir la mère de substitution durant sa grossesse à la maison des mères de substitution ?

De plus, si le diagnostic prénatal révèle une anomalie pour le fœtus, quelle sera la position des parents intentionnels, puisque seule la mère de substitution a le « droit d'interrompre sa grossesse » et, encore, si cela n'est pas contraire à sa religion ? Quant au maintien des « liens familiaux » après la naissance de l'enfant, il semble ne pas pouvoir être maintenus (est-ce du reste souhaitable ?) contrairement aux Etats-Unis.

Ainsi, nous voyons que les profils des mères de substitution et que leurs relations avec les parents intentionnels sont diamétralement opposées dans la maternité de substitution selon qu'elle est de type « high cost » ou de type « low cost ».

Cette différence a peut-être des conséquences sur le développement de l'embryon, puis du fœtus bien que la mère de substitution indienne par exemple fasse tout pour donner un enfant en bonne santé, même si elle doit vivre cette grossesse presque comme un déni.

D'une façon plus générale et en élargissant le débat sur « pour ou contre la maternité de substitution », nous voyons que nous sommes loin d'un consensus international aussi bien au niveau des Etats que de l'opinion du peuple.

En effet, quand l'**interdiction de la maternité de substitution** est examinée, certains érigent le spectre du **gouvernement** en tant que protecteur de la mère de substitution et garant des droits de l'enfant tandis que d'autres s'appuient sur des institutions sociales paternalistes s'ingérant dans les « **droits à** » sans cause adéquate.

Faut-il, au contraire, trouver la solution avec la **position du peuple**, qui, à l'opposé avec une vue communautaire, argue que la **nature morale** est de porter un enfant et que la relation parent-enfant souffre d'un caractère commercial, les enfants ne peuvent être vus comme des marchandises et que le devoir d'un parent envers son enfant est **inaliénable** (« the duty of parent to child is inalienable ») et que l'enfant ne peut être ni vendu ni abandonné.

Les opposants à la maternité de substitution la comparent même à la prostitution et à l'esclavage.

Nous préférons garder seulement le mot d'esclavage et non de prostitution, qui ne peut être associé à un enfant, personne vulnérable et qui porterait atteinte à sa dignité. Si l'on retient le terme d'esclavage pour la mère de substitution, il faut se féliciter que, même si la maternité de substitution est discutable, des Etats tels que certains Etats des Etats-Unis ou l'Inde, où la maternité de substitution a un caractère commercial, aient légiféré dans le but de protéger le triptyque de la maternité de substitution : mère de substitution, enfant et parents intentionnels.

En résumé, la **maternité de substitution s'inscrit dans un droit à**, droit de **quatrième génération**, fondé sur le principe d'autonomie de la personne et de la libre disposition de son corps, mais cette dernière étant contraire à l'article 16-7 du code civil relatif à l'indisponibilité du corps humain, nous devons poursuivre notre étude sur les conséquences de la maternité de substitution.

De plus, ce **droit à** des parents intentionnels génère à la naissance de l'enfant un **droit de** l'enfant avec son intérêt supérieur. Faut-il trouver l'origine de la maternité de substitution dans le principe de l'*habeas corpus*, ce qui justifierait que le Royaume-Uni fut le premier Etat à encadrer la maternité de substitution en 1985 avec le « Surrogacy Arrangements Act 1985 » pour protéger la mère de substitution et avec l'acte fondateur de 1990 « The Human Fertilisation and Embryology Act 1990 »? Etudions maintenant les différents risques, encourus par les acteurs de la convention ou du « contrat » de maternité de substitution, la mère de substitution et les parents intentionnels et « l'objet du contrat », l'enfant.

II-2-2-1 : Risques somatiques de la maternité de substitution :

Dès que la mère de substitution a été « testée » médicalement, elle s'engage à ne pas faire de mal au fœtus durant la grossesse et veut le bien-être de l'enfant

(« surrogate baby welfare ») durant la grossesse et après la naissance jusqu'au moment où elle le remet aux parents intentionnels.

Une fois que lors d'un cycle normal ou hormonosubstitué le ou les embryons sont implantés dans l'utérus, ce qui peut entraîner une réduction embryonnaire, il ne faut pas exclure les risques inhérents à toute grossesse.

Citons sans être exhaustif les différents risques possibles au cours des neuf mois de grossesses (36 semaines d'aménorrhée) :

-au début de la grossesse, possibilité d'une grossesse extra-utérine (GEU) avec ablation de l'une des deux trompes ;

durant la grossesse, risque d'une poussée hypertensive, voire d'une crise de prééclampsie et même d'éclampsie (il existe maintenant un marqueur du risque d'éclampsie dosable dans le sang) pouvant aller jusqu'à la mort, et de la maladie gestationnelle du trophoblaste (« gestational trophoblastic disease » : GTD) ;

-au moment de l'accouchement, nécessité d'une césarienne en cas de présentation du fœtus en siège, par exemple, ou risque d'une hémorragie de la délivrance, entraînant d'urgence une hystérectomie, avec la conséquence *de facto* pour la mère de substitution de ne plus jamais pouvoir avoir un autre enfant.

Ce tableau clinique peut s'inscrire dans le déroulement de toute grossesse, que la fécondation ait eu lieu *in vivo* ou *in vitro*, si la mère qui porte l'enfant est la mère biologique et sociale ou seulement la mère sociale dans le cas d'un don d'ovocyte.

Au moment de l'accouchement, des dystocies dues à de nombreuses étiologies possibles, comme par exemple l'ischémie hypoxique due à un prolapsus du cordon ombélical, peuvent avoir de graves conséquences sur le cerveau de l'enfant

(« Perinatal brain injury has many possible etiologies, but the type most concerning in the intrapartum setting is hypoxic-ischemic injury », Andrew W. Zimmerman, Susan L. Connors, *Maternal Influences on Fetal Neurodevelopment, Clinical and Research Aspects*, Springer).

Mais dans le cas d'une **mère de substitution**, qui est un **tiers dans la grossesse**, ces complications de la grossesse auront non seulement une dimension médicale mais aussi contractuelle avec pour conséquence la possibilité d'un procès. Comment réparer les dommages et quel sera le *pretium doloris* dans le cas d'une

hystérectomie d'hémostase entraînant l'impossibilité d'autres grossesses pour la mère de substitution ?

Étudions maintenant les risques d'ordre psychologique.

II-2-2-2 : Risques psychiques :

Tout d'abord, est-il convenable de devenir mère de substitution (« Becoming a Gestational Surrogate ») ?

Nous reprendrons les principaux « aspects psychologiques de la maternité de substitution » traités dans l'article d'Olga B.A. van den Akker précité.

S'il y a peu d'études sur ce sujet et même si les attitudes sociales ont quelque peu changé, il n'en reste pas moins que, pour l'opinion publique, la reproduction avec une troisième partie (« of third party reproduction ») et les femmes qui donnent ou remettent leur bébé à la naissance paraissent inacceptables (« uncomfortable »).

Dans l'opinion, une famille c'est une mère et un père et un bébé conçu avec des liens génétiques et porté par la mère (« a mother and father and a baby conceived within the relationship, genetically both theirs and gestated by mother »).

C'est en faisant fi de ce contexte et dans le désir d'avoir un enfant à tout prix (« children priceless ») pour la mère d'intention que la mère de substitution et la mère d'intention semblent concilier leur **choix étrange** à travers un processus de restructuration cognitive, et le succès ou l'échec de cette évaluation cognitive a pour conséquence que la volonté de ces personnes soit ouverte et honnête vis-à-vis de ces choix (« *Surrogate and intended mothers appear to reconcile their unusual choice through a process of cognitive restructuring, and the success or failure of this cognitive appraisal affects people's willingness to be open and honest about their choices* »).

C'est entre la mère de substitution et la mère d'intention une alchimie étrange ou surréaliste qui, cependant, fonctionne hors d'un état de consonance originelle normative (« *original normative cognitively consonant state* »).

Est-ce qu'il y a un rapport de force entre la mère de substitution et la mère d'intention, dominée/ dominante ou dominante/dominée, les « business women » fertiles ne voulant pas interrompre leur activité professionnelle durant leur grossesse ou ne voulant pas « abîmer » leur corps et faisant porter leur enfant génétique ?

Est-ce que les parents d'intention ressortissants de pays à plus haut revenu (« higher-income ») s'adressent à des mères de substitution ressortissantes de pays émergents ? Nous avons vu au niveau du chapitre sur la législation comparée la nécessité de légiférer dans le domaine de la maternité de substitution pour protéger aussi bien la mère de substitution que les parents d'intention.

Par contre, à la suite du diagnostic prénatal révélant une anomalie du fœtus, seule la mère de substitution a le droit d'interrompre sa grossesse, dans le cadre de la législation du pays, *via* une interruption volontaire de grossesse ou une interruption médicale de grossesse, qui, en France, peut être pratiquée quel que soit le terme de la grossesse, « à toute époque » (Art. L.221361 du code de la santé publique (à J-1, l'interruption médicale de grossesse à la suite d'une décision collégiale n'est pas un infanticide...)).

C'est donc un droit exorbitant vis-à-vis des parents intentionnels, la mère de substitution ayant un droit de vie ou de mort sur l'enfant.

En revanche, si l'enfant naît anormal, est-ce que les parents intentionnels adopteront l'enfant ? Nous avons vu que en Inde, si les parents n'adoptent pas l'enfant, ce fait est un délit et il est susceptible d'emprisonnement.

Si la mère de substitution est mariée et a des enfants, comment se déroulera sa grossesse ? Quels seront ses rapports avec son mari qui doit préalablement avoir donné son consentement à la maternité de substitution, et avec ses enfants ?

Toutefois, la **mère de substitution ne se considère pas comme la mère** même si légalement elle l'est selon l'adage latin *mater semper certa est*, excepté dans la législation grecque où un jugement du tribunal de grande instance préalable à la mise en œuvre de la maternité de substitution reconnaît les parents intentionnels.

Cependant selon le pragmatisme britannique, tenant compte de la réalité, la maternité de substitution est définie dans le dictionnaire d'Oxford dans les termes suivants : « la vraie mère est celle qui agit à la place d'une autre et celle-ci, dans la maternité de substitution (si la mère de naissance est la mère légale), est la mère d'intention » (« *the true surrogate is the one who acts in place of another and this, in surrogacy (if the birth mother is the legal mother), is the intended mother* ») !

Il existe un outil conceptuel, la carte du corps (« body map »), utilisé par les mères de substitution, qui consiste à gérer les frontières entre elles-mêmes et les couples pour lesquels elles portent les enfants à terme. Cela permet de distinguer entre les

parties du corps qu'elles désirent personnaliser et les parties du corps qu'elles désirent laisser à distance, à la fois cognitivement et émotionnellement.

Elly Teman trouvait que les mères de substitution israéliennes utilisaient cet outil le « body map » durant leur grossesse pour conduire leur travail émotionnel en les distançant du fœtus (« *Elly Teman found that Israeli surrogates employ the body map as a tool during pregnancy to conduct « emotion work » that distances them from the fetuses* »).

Cet outil s'inscrit dans l'argumentation des pays interdisant la maternité de substitution en se fondant sur un clivage de la maternité (« split motherhood ») : au lieu que la mère de substitution et l'enfant ne fassent qu'un, il y a un clivage mère/enfant.

De plus, si elle est coupée de sa famille durant sa grossesse, comme en Inde dans l'unité de la maison des mères de substitution, « house of surrogates », comment se fera le retour à la maison après la naissance de l'enfant ?

Même si la mère de substitution ne se considère pas comme la mère, elle a conscience de la **responsabilité de porter un enfant** qui est le début d'un processus de soin et de bien-être envers l'embryon, puis le fœtus avec ses conséquences à court terme sur l'enfance et à long terme sur la vie d'adulte.

C'est pourquoi il est préférable de s'adresser aux agences de fertilité qui « sélectionnent » les mères de substitution plutôt que de pratiquer des maternités de substitution clandestines ou sauvages.

En effet, comme nous le verrons au niveau de l'analyse des risques pour l'enfant, le fœtus est indissociable de la mère : Andrew W. Zimmerman et Susan L. Connors ont montré les effets des influences maternelles sur le développement fœtal (Andrew W. Zimmerman Susan L. Connors, *Maternal Influences on Fetal Neurodevelopment, Clinical and Research Aspects*, Springer).

A la naissance, qui allaitera l'enfant ?

Comment se déroulera la « **remise de l'enfant** » aux parents intentionnels ?

La mère de substitution la vivra-t-elle comme un « abandon sur ordonnance », selon la sénatrice Marie-Thérèse Hermange ?

Par contre, si la mère de substitution désire garder l'enfant, quelles seront les relations avec les parents intentionnels ?

Les parents intentionnels engageront-ils une procédure pour réclamer la garde de l'enfant sur la base de l'intérêt supérieur de l'enfant ?

Pour accompagner les mères de substitution au moment douloureux de la remise de l'enfant, les agences de fertilité aident les mères de substitution à concilier leurs propres pensées et sentiments maternels, en restructurant cognitivement leurs sentiments pour être en adéquation avec leur comportement au moment de l'abandon du bébé («*The surrogate agencies assist surrogates in reconciling their own maternal thoughts and feelings, by cognitively restructuring these feelings to match their behaviours (relinquishment of the baby)* »).

Est-ce que la mère de substitution gardera des liens avec l'enfant et les parents intentionnels dans l'hypothèse où la mère de substitution « donne » normalement l'enfant ?

Est-ce que une **seule photo** de l'enfant avec la mère de substitution, en Inde par exemple, sera le témoin de ce mode de conception pour ce « bébé de l'autre côté de l'océan » (émission télévisée sur la maternité de substitution, chaîne 13, novembre 2014) ?

Faut-il maintenir cette possibilité pour la mère de substitution de pouvoir garder l'enfant ou bien est-ce une garantie pour l'enfant de ne pas être placé dans une institution dans l'attente d'une adoption par les parents intentionnels ?

Nous sommes loin de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui dispose : « *que tout enfant doit avoir un nom et une identité dans les 48 heures suivant la naissance* ».

Rappelons le traumatisme de l'abandon pour la mère qui accouche sous X.

Nous voyons qu'il ne s'agit pas de la simple dépression du *post-partum*, le « baby blues », de l'ordre de 15 %, mais qu'il peut y avoir une forme beaucoup plus grave, allant jusqu'à la **décompensation psychologique sévère** lorsque la mère de substitution « donne » l'enfant aux parents intentionnels.

Est-ce que la mère de substitution recevra son indemnité ?

Si, lors de la grossesse, un conflit politique ou armé a lieu dans le pays, qu'advient-il de l'enfant ?

Nous voyons que, même si la maternité de substitution est encadrée, les risques pour la mère de substitution sont nombreux et qu'elle laissera son empreinte, sa signature, *via* son **environnement prénatal** ce qui nous conduit à analyser les risques pour l'enfant.

II-2-3 : Analyse des risques pour l'enfant :

Pour bien comprendre les risques encourus par l'enfant et qui pourront être plus tard une cause de **responsabilité** pour les parents intentionnels qui ont « commandé » cet enfant en le faisant porter par une mère de substitution, personne tiers, il faut se rappeler que, dans les premières étapes du développement de l'embryon, les cellules sont en permanence en communication avec leur **micro-environnement** tant cellulaire que matriciel.

Dans la maternité de substitution, cet environnement prénatal correspond à la mère de substitution qui est « un élément biologiquement étranger », selon Maurice Auroux (La gestation pour autrui, Rapport de l'Académie nationale de Médecine, Médecine Sciences Publications, Lavoisier, page 95), qui s'interpose entre la fécondation *in vitro* et l'enfant à naître.

Cet environnement est constitué par le **placenta**, cette annexe qui résulte de l'association étroite entre des structures embryonnaires / fœtales, les **villosités chorioniques** ou **choriales** et la muqueuse utérine de la mère.

Le placenta a un rôle fondamental dans le développement et la croissance du fœtus, en permettant des échanges entre la mère et l'enfant à travers la **barrière placentaire**, échanges gazeux, d'eau et d'électrolytes, de glucose, de lipides et de vitamines. Le placenta a également une fonction endocrine en sécrétant des hormones stéroïdes et polypeptidiques et protège le fœtus grâce au système d'immunité maternelle.

Récemment, Ewka C.M. Nelissen et coll., (Epigenetics and the placenta, Ewka C.M. Nelissen, Aafke P.A. van Montfoort, John C.M. Dumoulin, and Johannes L.H. Evers, Human Reproduction Update, Vol. 17, No 3 pp. 397-417, 2011) ont montré l'**importance** de la **régulation épigénétique** du **placenta** durant le développement préimplantatoire de l'embryon et la croissance du fœtus.

En 2007, Bird débattait de la relativité du caractère transmissible de l'épigénétique et la redéfinissait « comme l'adaptation structurale des régions chromosomiques à enregistrer, signaler ou perpétuer des états d'une activité altérée », (« the structural adaption of chromosomal regions to register, signal or perpetuate altered activity states »). Cette définition pointe non seulement les gènes, mais aussi les chromosomes sans la contrainte de l'hérédité.

Ce changement correspond à un changement du phénotype par rapport au génotype, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de changement de la séquence de l'ADN (DNA) sous-jacent. En effet, la régulation de l'expression des gènes n'est pas contrôlée uniquement par le code génétique, mais, aussi, par des modifications épigénétiques.

Les marques épigénétiques impliquées au début du développement (« Epigenetic marks, deposited early in development, are able to adapt themselves throughout life in response to intrinsic and environmental *stimuli* ») sont capables de s'adapter rapidement tout au long de la vie en réponse à des stimuli intrinsèques ou environnementaux.

La régulation épigénétique du contrôle de la transcription au **niveau placentaire**, durant le développement de l'embryon et du fœtus, se fait à trois niveaux :

- la **méthylation** *de novo* de l'acide désoxyribonucléique (ADN ou « DNA »), catalysée par l'enzyme appelée « DNA-méthyltransférase » (« DNMTs »), après une phase de déméthylation,
- les **modifications de l'histone**, protéine sur laquelle s'enroule l'ADN conduisant à des variantes par acétylation, phosphorylation et ubiquitinylation, qui peuvent imposer des transcriptions répressives ou permissives des structures chromatinienne
- et l'**acide ribonucléique non codant** ("nc RNAs") (Meeting the methodological challenges in molecular mapping of embryonic epigenome, Serge McGraw, Habib A. Shojaei Saadi, and Claude Robert, Molecular Human Reproduction, Vol. 19, No. 12 pp. 809-827, 2013).

Ce rôle de la régulation épigénétique du placenta montre que la mère de substitution est impliquée dans le développement de l'embryon et la croissance du fœtus, l'**enfant portant la signature du placenta de la mère de substitution**.

Donc, tout l'enjeu de la maternité de substitution est le rôle du placenta dans l'implication d'anomalies épigénétiques pour l'enfant.

Quels sont les **facteurs environnementaux** pouvant induire des anomalies épigénétiques ? Ce sont des gaz, des radiations, des hydrocarbures aromatiques des médicaments comme le distilbène qui fut prescrit dans les années 1950 et 1960, l'alcool, le tabac ou autres facteurs.

Le professeur Keith Godfrey, professeur d'épidémiologie à Southampton (Royaume-Uni), a montré que l'alimentation de la mère durant sa grossesse peut induire des

modifications épigénétiques chez le fœtus conduisant à la possibilité d'**obésité** à 6 ou 9 ans (santé blog, 19/04/2011), d'où l'importance de l'alimentation maternelle avec des antioxydants et des acides gras insaturés prévenant l'allergie, ce qui peut justifier que les mères de substitution en Inde résident dans des « houses of surrogate » durant leur grossesse.

Des **malformations cardiaques congénitales** (« congenital hearth defects ») peuvent aussi être dues à une hypométhylation du DNA.

Pouvons-nous, toutefois, exclure ce risque d'obésité dans le cas de la maternité de substitution car la mère de substitution est « sélectionnée » sur le plan médical et surveillée durant la grossesse avec un régime approprié?

Par contre, l'induction de l'ovulation avec de fortes doses de gonadotrophines dans les protocoles de techniques de reproduction assistée peuvent induire des anomalies épigénétiques. Il peut y avoir aussi des modifications épigénétiques lors de la culture de l'embryon *in vitro*.

Des modifications épigénétiques peuvent conduire également à l'**asthme** (Rachel L. Miller and Shuk-mei Ho, Pulmonary Perspective, Environmental Epigenetics and Asthma, Current Concepts and call for Studies, American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine Vol 177, pages 567 à 573 incluses).

Susan L. Prescott et Vicky Clifton ont montré que des nutriments, suppléments alimentaires de folate, donateurs de méthyle, pouvaient induire des modifications de l'expression du gène et conduire à l'asthme, transmissible sur plusieurs générations, voire des allergies (« dietary folate, a methyl donor clearly associated with changes in gene expression and disease susceptibility through gene hypermethylation », Asthma and pregnancy : emerging evidence of epigenetic interactions *in utero*, Current Opinion in Allergy and clinical Immunology 2009, 9 : 417-426).

La transmission de l'asthme peut se faire également par une exposition maternelle à un environnement de fumée de tabac (« transmission of asthma risk after maternal exposure to environmental tobacco smoke (ETS) may continue across multiple generations »).

Frederica Perera et ses collaborateurs ont montré une prévalence de l'asthme chez des enfants exposés à des hydrocarbures aromatiques polycycliques (PAHs) dans New York City (Relation of DNA Methylation of 5'-CpG Island of ACSL3 to Transplacental Exposure to Airborne Polycyclic Aromatic Hydrocarbons and

Childhood Asthma, Federica Perera and Coll. PLoS ONE www. Plosone ; org, February 2009 Volume 4 Issue 2 e 4488).

En résumé, des facteurs environnementaux peuvent « déréguler » la régulation épigénétique du placenta qui contrôle son développement, *via* la méthylation du DNA, les modifications sur la queue de l'histone et l'ARN non codant, (ncRNAs), en conduisant à un développement anormal du placenta et de son rôle fonctionnel avec des conséquences pour la mère et le fœtus.

Il ne faut pas, aussi, exclure les risques infectieux pour l'enfant (toxoplasmose maternelle par exemple)

Pour l'**enfant**, les **risques fœtaux** sont un retard de la croissance intra-utérine (« intrauterine growth restriction ») : (« IUGR »), un bas poids de naissance (« low birthweight ») : (« LBW »), une petite taille pour l'âge gestationnel (« small for gestational age ») : (« SGA »), avec pour conséquences, à court terme, une naissance prématurée et une très grande prématurité, voire une mort périnatale et, à long terme, des maladies telles que le cancer, l'asthme, les maladies cardiaques congénitales (« congenital hearth defects » : («CHDHs ») dues à une hypométhylation du « DNA », ou autres pathologies.

De plus, Y. Le Bouc (Infertilité, APHP, Hôpital d'enfants Armand-Trousseau, Explorations fonctionnelles endocriniennes pédiatriques, UPMC Paris 6-INSERM U938, Paris) a montré que la prévalence des pathologies d'origine épigénétique est plus élevée chez les enfants nés du fait d'une fécondation *in vitro* que chez ceux nés d'une fécondation *in vivo*.

Or, dans la maternité de substitution, la fécondation a lieu *in vitro*.

C'est donc un risque supplémentaire pouvant majorer le rôle joué par le placenta.

En conclusion, pouvons-nous prendre le **risque** de faire porter notre enfant génétique (« own genetic children ») ou demi-génétique (« half-genetic children ») par une mère de substitution, en sachant que « *le fœtus est informé en continu de l'état physique et de l'état psychique de sa mère* » (Caroline Eliacheff, Rapport de l'Académie nationale de Médecine, Lavoisier) ?

Quelle sera la **responsabilité** des parents intentionnels si l'enfant a des troubles somatiques ou psychiques, voire les deux, à la suite d'un dysfonctionnement de la régulation épigénétique du placenta d'origine maternelle ?

Avons-nous le droit de faire naître un enfant *via* une maternité de substitution à l'ère du **principe de précaution**, formulé dès 1972 lors de la Conférence mondiale des Nations unies à Stockholm, puis repris dans le principe 15 de la Déclaration de Rio des Nations unies de 1992, inscrit dans la Charte de l'environnement, elle-même insérée, en 2005, dans la Constitution de 1958 ?

Comment révéler à l'enfant son **mode de conception** et à quel moment de son existence ?

L'apprendra-t-il avec ses papiers d'état civil, si encore il peut obtenir une nationalité et ne pas rester sans nationalité (« stateless ») ?

Selon Caroline Eliacheff, auditionnée par l'Académie nationale de médecine dans le cadre du rapport sur « *La gestation pour autrui* » :

« *Interdire la gestation pour autrui c'est protéger un enfant qui n'existe pas, qu'on veut faire exister coûte que coûte sans se préoccuper le moins du monde de ce qu'on ne sait pas comme si ça n'existait pas* » (« *La gestation pour autrui* », « *Un enfant à tout prix* », 12, pages 155 à 160, Académie nationale de Médecine, Médecine Sciences Publications Lavoisier 2011).

Quels sont le résultat et le **suivi des enfants nés par maternité de substitution** ?

Il y a peu de données, les couples voulant respecter leur vie privée (« privacy »). Notons toutefois que Paulo Serafini reprenant les données du registre de la Société des Techniques de reproduction assistée (« Society of Assisted Reproductive Technology ») : (« SART ») sur des enfants nés entre 1991 et 1995 a noté des différences de poids de naissance pour des jumeaux (« twins ») ou des triplets (« triplets ») entre des enfants nés à la suite d'une fécondation *in vitro* (IVF) et d'une fécondation *in vitro* couplée à une maternité de substitution (IVF-surrogacy), ces derniers ayant des poids de naissance plus faibles. Par contre, il n'y avait pas de différence pour les singletons (« singletons »).

II-2-4 : Analyse des risques pour les parents intentionnels :

Il faut **examiner les motivations des parents** intentionnels et les **informer** de la législation comparée relative à la maternité de substitution avec les risques qu'elle représente pour la mère de substitution et pour l'enfant à naître.

Pour un couple hétérosexuel, « l'indication médicale » est l'absence d'utérus d'origine congénitale ou l'hystérectomie d'hémostase ou la rupture utérine due à un placenta *praevia* (*situé en avant*) ou *accreta* (« accroché ») dans le muscle utérin.

Pour un couple gay, la gestation pour autrui est la seule façon d'avoir un demi-génétique enfant (« half genetic children »), compte tenu de l'altérité sexuelle, et l'indication de maternité de substitution dépasse alors le cadre médical, elle devient sociétale.

De toute façon, l'indication de maternité de substitution doit être posée vis-à-vis de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Durant la grossesse de la mère de substitution, les parents intentionnels pourront-ils voir la mère de substitution et se préparer à être parents ?

Si, lors des visites prénatales, le **diagnostic prénatal** (l'échographie par exemple) révèle une anomalie pour l'enfant et que les parents veulent garder l'enfant et non la mère de substitution, qui seule a le droit de poursuivre ou non sa grossesse selon la législation du pays où elle réside, il y aura un **conflit d'intérêt** comme vient de le monter récemment l'affaire du bébé australien.

A la lumière de ces différents risques de la maternité de substitution, essayons de faire le bilan de la maternité de substitution, est-il positif ou négatif ?

De plus, par analogie avec la macro-économie, le commerce de la maternité de substitution, (« the baby business ») générant une circulation d'argent (« cash flow ») positif, faut-il en dépit des risques maintenir la maternité de substitution ?

II-2-5 : Bilan des risques de la maternité de substitution

Essayons de faire les bilans des risques pour le triptyque de la maternité de substitution :

- Pour la **mère de substitution** : les risques inhérents à toute grossesse et à tout accouchement avec en plus le risque de ne pas être indemnisée si la maternité de substitution a un caractère commercial, et la possibilité de risques psychiques importants au moment où la mère de substitution donne l'enfant aux parents intentionnels et lorsqu'elle retrouve une vie familiale avec son mari et ses enfants si elle est mariée.

- Pour l'**enfant**, outre les risques somatiques portant la **signature épigénétique** de la mère de substitution, il faut ajouter les risques psychiques possibles, d'une part si l'enfant apprend son mode de conception avec la problématique de l'accès aux origines en cas de dons de gamètes, et d'autre part s'il maintient ou non des liens avec la mère de substitution.
- Si les parents se séparent durant la grossesse, que deviendra l'enfant ?
- Signalons l'affaire du bébé Mogi en Inde : les parents japonais s'étant séparés durant la grossesse de la mère de substitution, à la naissance de la petite fille, la mère d'intention n'a pas voulu venir chercher l'enfant. C'est la grand-mère japonaise qui s'est rendue en Inde et a pu, après plusieurs semaines passées en Inde à s'occuper de sa petite fille, rentrer au Japon après que l'ambassade du Japon à Delhi ait délivré un visa de sortie pour l'enfant. Mais toutes les séparations des parents intentionnels n'ayant pas ces heureux dénouements, les enfants peuvent devenir des parias en raison du régime des castes.
- De plus, si ses parents sont ressortissants d'un Etat où la maternité de substitution est prohibée, l'enfant risque d'être privé de nationalité et de filiation en désaccord avec l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.
- Pour les **parents intentionnels**, il peut y avoir conflit d'intérêt entre la mère de substitution et eux-mêmes au moment où l'examen du diagnostic prénatal révèle une anomalie pour l'enfant.
- Pourront-ils être là au moment de la naissance de l'enfant ?
- Est-ce que la mère de substitution leur remettra l'enfant ?
- Si les parents sont ressortissants d'un Etat où la maternité de substitution est interdite, pourront-ils avoir un titre de sortie pour l'enfant, faire transcrire l'acte de naissance sur les registres d'état civil et établir la filiation de l'enfant ?

-

Face à tous ces risques, voire du rapport bénéfice/risques, c'est-à-dire le bénéfice d'avoir un enfant compte tenu des risques, la maternité de substitution est-elle acceptable au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant et plus précisément de l'intérêt supérieur selon l'article 3 paragraphe 1 ?

Est-ce le côté narcissique ou ce désir d'enfant à tout prix des **parents intentionnels** qui veulent perpétuer leur descendance qui les entraîne dans cette aventure de « procréation contre nature », voire « asexuée » pour certains, remédiant ainsi à une absence d'utérus ou à une « absence utérus fonctionnel » selon le professeur Claude Sureau pour un couple hétérosexuel ou à une différence d'anatomie pour un couple gay ?

Citons le professeur Claude Sureau lors du congrès SMR de 2009, avant le réexamen de la loi relative à la bioéthique, (Congrès SMR 2009, Médecine de la Reproduction Gynécologie Endocrinologie, vol. 11, n° 3, mai-juin 2009), à propos de la maternité de substitution et de l'établissement de la filiation de l'enfant

« Paradoxe ultime : possession d'état et filiation génétique, après GPA » : « C'est là, en effet, l'ultime paradoxe de la situation actuelle : n'envisageons pas la réalisation d'une GPA avec gamètes étrangers ou ovocyte de la « porteuse », vis-à-vis de laquelle on peut légitimement éprouver des craintes liées à la pluralité des procréateurs ; mais considérons seulement la situation où l'absence d'utérus fonctionnel conduirait à envisager une GPA avec gamètes du couple d'accueil : c'est-à-dire, la situation rare, mais très précisément définie, où la possession d'état rejoindrait la filiation génétique sur laquelle elle se fonderait ».

Notons qu'après le réexamen de la loi de bioéthique, la loi du 7 juillet 2011 a maintenu la prohibition de la maternité de substitution.

En effet, même pour un couple hétérosexuel pour lequel l'embryon serait conçu avec les gamètes du couple, le risque de l'environnement épigénétique de la mère de substitution persiste pour l'enfant durant la vie *in utero*.

Le couple n'est pas dans une démarche d'adoption où l'enfant existe déjà (« *the aim is to obtain a family for the baby or child* », (Kopfensteiner, 1998), mais dans une démarche de **création d'enfant**.

Quant à la mère de substitution, quelle peut être sa motivation eu égard aux risques de l'induction de l'ovulation, de la grossesse, de l'accouchement et du *post-partum* ?

Dans les pays à « low cost », bas coût, la maternité de substitution peut donner une meilleure condition de vie à la famille et la mère de substitution se « sacrifie » pour ses enfants.

Par contre dans les pays à « high cost », haut coût, le caractère altruiste de la maternité de substitution peut paraître surréaliste, surtout si l'on sait qu'au Royaume-

Uni la mère de substitution peut être la sœur (« sister »), la belle-sœur (« sister-in-law »), même la belle-mère (« mother-in-law »), portant son petit-fils ou sa petite-fille, situations quasiment incestueuses, certainement délétères pour l'enfant à naître. Enfin, l'**enfant**, l'objet du contrat, même s'il a été ardemment désiré par ses parents intentionnels et porté avec un grand soin (« safe ») par la mère de substitution voulant donner aux parents intentionnels un enfant en bonne santé, quels seront les stigmates de la mère de substitution ? N'est-il pas un « **enfant hybride** » avec un génotype de ses parents intentionnels ou de l'un des deux parents et d'un don de gamètes, ayant subi des modifications épigénétiques de la mère de substitution ?

Comment vivra-t-il ce mode de conception ?

Quelles seront sa nationalité et sa filiation si ses parents sont ressortissants d'un Etat, où la maternité de substitution est prohibée ?

Pouvons-nous exposer l'enfant à ces risques ? Que diront les futures générations ? Dans la genèse, Adam et Eve, sortie de la côte d'Adam, représentent l'altérité sexuelle et la procréation naturelle.

La question fondamentale sera, aussi, la problématique de l'accès aux origines dans l'hypothèse d'un don de gamètes, étape obligatoire pour un couple gay. Dans ce dernier cas, quel sera le développement de l'enfant au sein d'une famille homoparentale ?

D'une façon plus générale, la maternité de substitution est-elle compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant, selon l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant CIDE ?

II-2-6 : Compatibilité ou incompatibilité de maternité de substitution et de l'intérêt supérieur de l'enfant :

Les pays prohibant la maternité de substitution comme la France se basent sur le fondement de deux arguments d'ordre public :

- l'**indisponibilité du corps humain**, énoncée dans la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, en l'occurrence l'utérus n'est pas disponible, n'est pas « à louer » ;
- l'**indisponibilité de l'état des personnes**, impliquant *de facto* l'impossibilité de l'établissement de la filiation de l'enfant et la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres d'état

civil, la procédure d'adoption telle que « the parental order » de la législation britannique étant considérée comme un détournement de l'institution d'adoption.

- En outre, l'article 16-7 du code civil dispose que « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », c'est-à-dire qu'il ne peut y avoir une commercialisation du corps humain, article entraînant une sanction pénale selon l'article 227-12 du Code pénal « *Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».
- Tous ces arguments sont effectivement à l'opposé de ceux sur lesquels la maternité de substitution « commerciale » est fondée.

En effet, pour France Winddance Twine, (*Outsourcing the wombs, Race, Class, and Gestational Surrogacy in a Global Market, Framing 21 ST century Social Issues*) la maternité de substitution est une forme de **travail contractuel ou commercial** qui implique l'achat d'un **travail reproductif** d'une **troisième partie** avec l'ordre de concevoir et porter un bébé à terme (« *Surrogacy is a form of **commercial or contract labor** that involves purchasing the « reproductive labor » of a third party in order to conceive and bring to term a baby* »).

Notons, toutefois, que le terme concevoir (« *conceive* ») est inexact, la mère de substitution ne concevant pas l'enfant avec ses propres ovocytes, ne faisant que le porter après le transfert utérin de l'embryon et le mettant au monde.

Ce n'est pas une mère gestationnelle, c'est-à-dire celle qui donne ses ovocytes, ce qui est généralement proscrit dans les protocoles de maternité de substitution.

De plus, la maternité de substitution peut porter atteinte au **principe de dignité** pour les éléments constitutifs du triptyque de la maternité de substitution : la mère de substitution, les parents intentionnels et l'enfant.

Ce principe universel, inhérent à la qualité humaine de l'individu et indérogeable, s'il n'est pas inscrit dans le bloc de constitutionnalité, est cependant un **principe à valeur constitutionnelle** reconnu par la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois de bioéthique de 1994 :

« *La sauvegarde de la dignité de la personne humaine est un principe à valeur constitutionnelle* ».

Ainsi, nous voyons que la **maternité de substitution est incompatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant.**

C'est une question, toutefois, très délicate et qui doit être nuancée selon que le couple est hétérosexuel ou homosexuel et qui, de plus, est mouvante avec l'évolution de la jurisprudence.

En effet, prenons l'exemple d'enfants, nés en Inde du fait d'une maternité de substitution, de parents français, s'ils peuvent rentrer en France grâce à un « **document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire national – ce qui peut prendre la forme du laissez-prévu par le décret du 30 décembre 2004 relatif aux attributions des chefs de poste consulaire en matière de titres de voyage - ...** » selon le Conseil d'Etat dans sa décision N° 348 778 du 4 mai 2011.

Jusqu'au 25 janvier 2013, date de la circulaire de la Garde des sceaux, ministre de la Justice, relative à la délivrance de certificat de nationalité française, ces enfants étaient sans nationalité (« stateless ») avec moins de droits qu'un apatride, puisque l'Inde ne reconnaît pas la citoyenneté indienne, et que la France ne lui donnait pas, jusqu'à cette date, la nationalité française.

Mais depuis la circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la justice du 25 janvier 2013, validée par le Conseil d'Etat dans sa décision du vendredi 12 décembre 2014, ces enfants auront un **certificat de nationalité française**, délivré par le pôle nationalité de Paris du ministère de la Justice.

De plus, depuis l'**arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme** du vendredi **26 juin 2014** (CEDH 185, 26.06. 2014), affaire n° 65941/11 Labassee c. France et affaire Mennesson n° 65192/11 c. France, la **France doit établir la filiation de l'enfant** à l'égard de ses parents intentionnels, d'autant plus que dans ce cas le père est, aussi, le père biologique. Cet arrêt est définitif puisque le gouvernement n'a pas interjeté appel de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 devant la Grande Chambre.

Avant cette circulaire de la garde des Sceaux et cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, les arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 6 avril 2011 (1ère Civ, 6 avril 2011 pourvois N° 09-664, N° 09-17.130, N° 10-19053) avaient été rendus en considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant, s'il était élevé par ses parents, était respecté *in concreto* sans effectivité avec la Convention internationale des droits de l'enfant, mais *non in abstracto* avec effectivité de la

Convention internationale des droits de l'enfant donc l'enfant ne pouvait bénéficier de tous les droits inhérents à la Convention, tel le droit à « *avoir une identité, dans les quarante-huit heures suivant la naissance* », selon l'article 7 de la CIDE, ce dernier, cependant étant partiellement respecté, puisque le dit article 7 stipule aussi « *le droit d'être élevé par ses parents* ».

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 montre une immense avancée en garantissant l'intérêt supérieur de l'enfant *in abstracto* puisque le gouvernement a affirmé qu'il ne ferait pas appel de la décision mais que pour autant il ne légaliserait pas la gestation pour autrui (GPA) ou maternité de substitution. Pour Laurence Rossignol, secrétaire d'Etat à la Famille, cette mesure permet seulement aux enfants issus de GPA à l'étranger de bénéficier « *de la même sécurité juridique que les autres* » (Le Figaro, jeudi 7 août 2014, pages 8 et 9).

Mais, est-ce autant une raison pour donner un blanc-seing ou un visa à la maternité de substitution ? Est-ce que la **légalisation de la maternité de substitution préserve et garantit l'intérêt supérieur de l'enfant** ?

Citons l'exemple récent tristement célèbre de « *Gammy, le bébé qui sème le malaise sur la GPA* » (Le Figaro, jeudi 7 août 2014, pages 8 et 9).

Il s'agit d'un couple australien, parents intentionnels, ayant eu recours à une mère de substitution thaïlandaise, qui donna naissance à deux enfants, une petite fille « normale » et un petit garçon atteint du syndrome de Down, trisomie 21 (Rappelons que pour avoir plus de chance d'avoir un enfant, souvent deux embryons sont implantés *in utero* et, si les deux embryons se développent, cela conduit à une grossesse gémellaire. Rappelons aussi que le « choix » des embryons à implanter est « morphologique » et qu'il n'est pas pratiqué de « diagnostic préimplantatoire », dont l'indication médicale est très encadrée : « éviter de transmettre une maladie d'une particulière gravité »).

Aussi, c'est lors du suivi de la grossesse qu'une anomalie du fœtus peut-être diagnostiquée par un diagnostic prénatal.

Maintenant, la recherche du **risque de trisomie 21 fœtale** peut se faire au premier trimestre de la grossesse (à la onzième semaine de grossesse) avec moins de risques de « pertes fœtales ». Il y a un « **dépistage combiné** » **biologique et échographique de la trisomie 21 fœtale** :

- il est procédé au dosage de deux marqueurs sériques de la trisomie 21, le PAPP-A et le hCG sous-unité bêta libre ;
- le risque de trisomie 21 fœtale est calculé d'après un logiciel en intégrant les valeurs des dosages des deux marqueurs sériques et les données de l'échographie du premier trimestre, c'est-à-dire les mesures en millimètres de la **clarté nucale** (nuque épaisse supérieure à 2,5 millimètres), voire un **hygroma** (œdème du cou), et de la **longueur cranio-caudale** (LCC : longueur entre la tête du fœtus et ses pieds : qu'il soit « plié » ou non) ; s'il y a plusieurs fœtus, les calculs sont faits pour chaque fœtus en tenant compte des mesures de la clarté nucale et de la longueur cranio-caudale de chaque fœtus, les valeurs des dosages des marqueurs sériques de la femme étant les mêmes ;
- la valeur seuil retenue étant de 1/250, si la valeur du « **risque combiné** » est supérieure à 1/250, il y a un risque de lésions trisomiques s'il y a plusieurs fœtus, il y aura plusieurs valeurs de « risque combiné ».
- Si le « risque T21 fœtal » est inférieure à 1/250, « la patiente n'appartient pas à un groupe à risque accru de trisomie 21 ».
- Ce résultat pouvant être très traumatisant pour la patiente, conformément à l'article R.162-16-7 du code de la santé publique, le résultat des marqueurs sériques de la trisomie 21 ne doit pas être envoyé à la patiente, mais lui être remis par le médecin prescripteur. Dans le cas d'un risque de trisomie 21, le praticien devra lui donner une **information claire, intelligible et loyale**.

A la onzième semaine, l'on peut aussi procéder à une **biopsie des villosités choriales** mais avec le risque de « **perte embryonnaire** », risque toutefois moins important qu'en pratiquant une **amniosynthèse** pouvant provoquer des fausses couches spontanées pour établir le caryotype de l'enfant à partir du liquide amniotique prélevé, donnant par ailleurs le sexe de l'enfant (les parents peuvent demander à ne pas le connaître).

Avant d'avoir la possibilité de recourir au dépistage du « risque combiné » de la trisomie 21, l'on pouvait procéder au **deuxième trimestre de la grossesse** au dosage de l'alphafoetoprotéine (AFP) qui permettait de déterminer si la patiente n'appartenait pas à un groupe à risque de trisomie 21, si la valeur de l'alpha

foetoprotéine était inférieure au seuil de 2,5 millimoles (2,5 moM), et qu'il n'y avait pas d'anomalie de fermeture du **tube neural**, *spina bifida*.

Il apparaît donc que le dépistage combiné du risque de trisomie 21 est une technique plus conservatrice pour le fœtus à condition que les données biologiques et échographiques intégrées par le logiciel pour le calcul du « seuil à risque de trisomie 21 » soient exactes.

Ces possibilités de doser les marqueurs sériques de la trisomie 21 dans le sang maternel *via* la circulation foetomaternelle et de prélever les villosités choriales attestent des interactions mère/fœtus, d'où le rôle indéniable de la mère de substitution pour l'enfant lors de la vie *in utero*. De plus, ces dosages des marqueurs sériques ne sont pas invasifs et protègent le fœtus, ce qui permet d'éviter des fausses couches spontanées.

Dans l'affaire australienne, est-ce que la mère de substitution a eu tous ces examens, peut-être l'échographie seulement ? Si elle a eu connaissance de l'anomalie chromosomique, a-t-elle informé les parents intentionnels que l'un des fœtus était atteint du syndrome de Down et que c'était le petit garçon, si la demande de la recherche du sexe avait été faite ?

A-t-elle voulu ne pas subir une réduction embryonnaire pour le fœtus atteint qui, dans le cas d'une grossesse gémellaire, se révèle difficile, voire impossible. En effet, il n'est pas possible de « sélectionner » le fœtus atteint et il y a « une chance sur deux d'atteindre le fœtus présentant une anomalie et une chance sur deux d'atteindre le « fœtus normal » ? Nous n'osons écrire de pareils mots, mais c'est la réalité.

C'est le problème éthique de la « réduction embryonnaire ». En effet, avant de n'implanter qu'un ou deux embryons pour éviter des grossesses de « haut rang », l'on pouvait procéder à une réduction embryonnaire sous couvert de la loi n°75-17 relative à l'interruption volontaire de grossesse même pour des fœtus « normaux », le premier fœtus accessible sous échographie subissait alors une réduction embryonnaire. C'est pourquoi, lorsque les femmes attendent des triplets, voire des quadruplets ou des quintuplets, elles préfèrent souvent mener leur grossesse à terme.

Les grands progrès de l'obstétrique ont été de mieux maîtriser l'induction de l'ovulation et, dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, de n'implanter maintenant qu'un, voire deux embryons pour éviter des grossesses de « haut rang » (GRH) à risques.

Si toutes ces données restent du domaine du secret professionnel, le drame est que après la naissance des jumeaux, le couple australien n'est venu chercher que la petite fille et a laissé le petit garçon trisomique en Thaïlande, prouvant que la GPA est, selon le psychanalyste Jean-Pierre Winter: « un abandon programmé ».

Heureusement pour Gammy, la mère de substitution bien que déjà mère a décidé de garder et d'élever l'enfant. Elle avait accepté d'être mère de substitution pour donner une meilleure qualité de vie à ses enfants tout en étant consciente de la responsabilité qu'elle avait en portant les enfants, responsabilité qu'elle a prouvée en proposant de garder l'enfant.

En effet, pour la mère de substitution, cette maternité de substitution à caractère commercial de type « low cost », bas coût, lui permet de « mieux élever ses enfants » (de toute façon, elle leur donne toujours tout son amour maternel) en leur donnant la possibilité de faire des études.

Mais quelles seront les réactions du petit garçon, appelé Gammy, et de sa sœur, si un jour, ils apprennent leur histoire ? Comment Gammy s'intégrera-t-il au sein de la famille thaïlandaise si aimante soit-elle ? Comment sa petite sœur vivra-t-elle l'éloignement de son frère.

Est-ce que les parents auront des remords ? Il semble que, cependant, devant l'indignation du Premier ministre australien, les parents intentionnels aillent chercher Gammy, lui permettant ainsi de vivre avec sa petite sœur et ses parents intentionnels. De plus, nous pouvons nous interroger sur le choix des parents intentionnels vivant dans un pays à haut revenu (« high income country : HIC »), où de surcroît la maternité de substitution est régulée, de venir dans un pays à bas revenu (« low income country : LIC ») ?

Aussi, dans le but de **prévenir les risques de la maternité de substitution**, analysons sur le fond cette affaire dramatique. Les parents étant de nationalité australienne, pourquoi n'ont-ils pas choisi de recourir à une maternité de substitution dans leur pays d'origine ?

En effet, les Etats et le territoire capital (« Capital Territory ») australiens ont récemment chacun régulé la **maternité de substitution à caractère altruiste** d'une manière largement similaire avec une législation qui comporte deux conséquences légales :

- la première s'adresse aux parents d'intention pour lesquels la Cour doit appliquer l'établissement d'un « parental order » transférant le statut de

parent de la mère de substitution à la mère intentionnelle, épouse ou compagne ;

- - la deuxième concerne la mère de substitution : les parents intentionnels doivent obligatoirement rembourser à la mère de substitution les dépenses inhérentes à la « transaction » (« arrangement »). Il s'agit de dédommager la mère de substitution de ses frais, mais en aucun cas de lui donner un salaire, de l'argent, la maternité de substitution ayant un caractère altruiste.
- Donc, nous voyons par ce triste exemple que même si la maternité de substitution est légalisée dans un Etat, cela n'empêche pas les ressortissants de l'Etat de transgresser les lois, avec toutes les conséquences désastreuses qu'elles peuvent avoir.
- Il ne faut surtout pas juger l'Australie pour ce cas isolé. Le Premier ministre, dès qu'il a eu connaissance de cette affaire, a manifesté son indignation et a incité les parents intentionnels à assumer leurs responsabilités en allant rechercher le petit garçon.
- Cependant, si cette affaire a un heureux dénouement, le **conflit d'intérêt** entre la mère de substitution et les parents intentionnels peut exister et l'introduction d'un tiers dans une grossesse n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

-

De plus, l'enfant portera les **stigmates épigénétiques** de la mère de substitution.

En effet, selon le gynécologue-accoucheur, Frédéric Chiche :

« L'environnement et l'alimentation de la femme enceinte vont entraîner des modifications épigénétiques, un véritable modelage de l'ADN fœtal conduisant certains gènes à s'exprimer et d'autres pas », (« GPA : une proposition qui mécontente tout le monde. La cour de cassation pourrait reconnaître, via un test ADN, la filiation paternelle des enfants nés à l'étranger. Décision le 3 juillet », Agnès Leclair, Le Figaro, Société, samedi – dimanche 21 juin 2015, page 7).

De plus, se posera le problème du don de gamètes et de l'anonymat du don de gamètes avec le problème de l'**accès aux origines** que nous allons analyser maintenant.

II-3 : Titre 3 (II-3) : Don de gamètes et anonymat du don

Les articles concernant les « **Don et Utilisation de Gamètes** » sont insérés dans le code de la santé publique au niveau du :

Livre Deuxième de la Première Partie :

« Don et Utilisation des Eléments et Produits du Corps Humain »,

Titre Quatrième

« Tissus, Cellules, Produits du Corps Humain et leurs Dérivés »,

Chapitre IV

« Don et utilisation de gamètes »

Articles L. 1244-1 à L.1244-9

Ces articles sont en liaison avec le :

Livre Premier de la Deuxième Partie

Protection et Promotion de la Santé Maternelle et Infantile

Titre Quatrième

Assistance Médicale à la Procréation

Chapitre Premier Dispositions Générales

Articles L.2141-1 à L.2141-12

Nous pouvons nous demander pourquoi le législateur n'a pas intégré le don de gamètes, l'une des composantes *princeps* de l'**assistance médicale à la procréation hétérologue** avec **tiers donneur** au niveau du Titre Quatrième du Livre Premier de la Deuxième Partie, relatif à l'assistance médicale à la procréation ?

La raison est due au fait que, selon un assistant parlementaire, consulté à l'Assemblée nationale en 1994 juste avant que les lois de bioéthique ne soient adoptées le 29 juillet 1994, « *dans l'esprit du législateur de 1994 avec le triptyque des lois de bioéthique, les gamètes font partie des « cellules » du corps humain et qu'en conséquence le législateur n'a pas jugé nécessaire de faire de différence entre les cellules diploïdes somatiques et les cellules haploïdes germinales* ».

Notons, cependant, que le législateur a consacré un chapitre spécifique, le Chapitre quatrième, IV, relatif au **Don et Utilisation de Gamètes**, articles L. 1244-1 à L.1244-9, pour en préciser le but et encadrer d'une façon éthique le don avec, en

particulier, le **recueil du consentement** du **donneur** ainsi que celui du **couple receveur** (article L.1244-2) du code de la santé publique, disposant que :

« *Le donneur doit avoir procréé.* (L. n° 2011-814 du 6 août du 7 juill.. 2011, **art. 29-II-1°**) « *Le consentement des donneurs et, s'ils font partie d'un couple,* » *celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit et peuvent être révoqués à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes* ».

« *Il en est de même du consentement des deux membres du couple receveur* ».

(L. n° 2011- 814 du 7 juill. 2011, **art. 29-II-2°**) « *Lorsqu'il est majeur, le donneur peut ne pas avoir procréé. Il se voit alors proposer le recueil et la conservation d'une partie de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue d'une réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation dans les conditions prévues au titre IV du livre 1^{er} de la deuxième partie. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement du donneur* ».

Cette dernière disposition de l'article L. 1244-2 relative à l'ouverture du don de gamètes à des « *personnes, hommes et femmes, n'ayant pas encore procréé* » est une modification de la loi de bioéthique (article 29-II-2°) lors de sa révision en 2011.

En effet, en raison de la pénurie du don de gamètes, en particulier du don d'ovocytes beaucoup plus contraignant pour la donneuse que le don de spermatozoïdes pour un receveur, dès **2011** le législateur, pour lutter contre le faible nombre de donneurs, dans la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, « *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* ».

Mais, le décret, tirant « *les conséquences de ces dispositions* » (article 29-II-2°) de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, n'ayant été publié que le mardi 13 octobre 2015, jusqu'à cette date le **donneur**, homme ou femme, devait, **avoir procréé**.

En conséquence, la ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes a publié, le mardi 13 octobre 2015, le décret d'application de la loi de bioéthique de 2011, **Décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 relatif au don de gamètes**, ouvrant ainsi le don de gamètes aux personnes, « *femmes et hommes n'ayant pas encore procréé et susceptibles de faire un don de gamètes, ...* ».

L'**article 1 du décret** précité dispose que :

« 1 III. - *Le donneur, homme ou femme, n'ayant pas encore procréé est en outre informé de la nécessité de se soumettre, préalablement au don, à un ou plusieurs entretiens avec un médecin qualifié en psychiatrie ou un psychologue* ».

« 1 IV. - *Le donneur, homme ou femme, n'ayant pas procréé qui souhaite conserver une partie de ses gamètes en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure à son bénéfice d'une assistance médicale à la procréation dans les conditions prévues au titre IV du livre Ier de la deuxième partie du présent code est informé : ...* ».

Si ce décret vise à réduire le « délai d'attente » des couples receveurs, il ne doit pas inciter les donneurs, en particulier les femmes, donneuses d'ovocytes, à faire une « *conservation sociétale* » selon le professeur Grynberg (Le Figaro, Société, vendredi 16 octobre 2015, page 9) ni à « *différer une grossesse* » selon le docteur Letur, coprésidente du Groupe d'étude pour le don d'ovocytes (*ibidem*).

Par ailleurs, le **don** doit garder son **caractère altruiste**, à moins qu'il ne relève de « l'inconscience » de son donneur eu égard à la problématique de l'anonymat du don et de celui de l'accès aux origines personnelles. C'est pourquoi l'article 1 III. du décret précité est consacré à la nécessité de donner une **information** au **donneur** afin qu'il réalise la portée et les conséquences de son acte qui consiste à créer un enfant qu'il ne connaîtra jamais. Même si c'est un acte altruiste, il sera un père biologique inconnu.

Ainsi, le **chapitre IV** se justifie du fait que les **gamètes** étant des **cellules reproductrices haploïdes** à 23 chromosomes, et non comme les autres **cellules somatiques diploïdes** de l'organisme à 46 chromosomes, il était légitime et nécessaire que le législateur, même, s'il avait choisi de regrouper leur don au niveau du Titre Quatrième : Tissus, Cellules, Produits du Corps Humain et leurs Dérivés, titre généraliste, leur consacra un Chapitre IV spécifique : **Don et Utilisation de Gamètes**, c'est-à-dire les cellules reproductrices, vu leur importance, puisque ce sont elles qui sont à l'origine d'un nouvel être humain.

En effet, l'article L.1244-1 dispose que :

« *Le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à procréation* », c'est précisément cet apport par un tiers, qui est tout l'enjeu de l'assistance médicale à la procréation hétérologue, ces 23 chromosomes inconnus qui vont fusionner lors de la méiose avec les 23 chromosomes connus (de la mère s'il s'agit d'un don de spermatozoïdes, ou du

père s'il s'agit d'un don d'ovocytes) pour former le génome de l'enfant, qui sera la clef de voûte de la problématique de l'**anonymat** du don de gamètes, retenu par la législation française dans l'article L. 1244-7 disposant que :

*« Le bénéficiaire d'un don de gamètes ne peut en aucune manière être subordonné à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un **couple tiers anonyme** ».*

De plus, cet « *apport par un tiers* », (Art. L. 1244-1), s'il est encadré dans le cadre des CECOS, peut être à l'origine de toutes **les dérives du don** comme nous le verrons au niveau des chapitres II-3-2 et II-3-3 relatifs aux dons de spermatozoïdes et d'ovocytes pour les couples homosexuels lesbiens et gays.

En effet, pour Rene Almeling, il existe un marché médical des cellules sexuelles pour les ovocytes et les spermatozoïdes («*The Medical Market Sex Cells For Eggs and Sperm* », Rene Almeling, University of California Press, Berkeley Los Angeles London).

Pouvons-nous, alors, dans l'espace européen Schengen et au niveau mondial laisser la libre circulation des cellules reproductrices ?

Au niveau de la France, le législateur en a pressenti toute l'importance et l'article L.1244-8 stipule que :

« L'importation et l'exportation de gamètes issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par (L. 2004-800 du 6 août 2004, art. 2- V) l'Agence de la biomédecine ».

En dépit de cette disposition législative, « *l'importation de gamètes* » pourra cependant être détournée de ses fins par un tourisme procréatif, les couples se rendant à l'étranger.

Malgré ces dérives possibles, il est incontestable que la possibilité de don de gamètes est un immense progrès dans le traitement de l'infertilité. Aussi, nous allons voir quelle en a été la genèse.

II-3-1 : **Genèse du don de gamètes**

Pour bien comprendre l'**enjeu du don de gamètes**, il faut rappeler que chez l'homme la reproduction est **sexuée** et que la génération d'individus fait appel aux cellules de la lignée germinale.

Les organes génitaux mâles, les **testicules**, sont **externes** tandis que les organes génitaux femelles, les **ovaires**, sont **internes, intra-abdominales**.

La spermatogenèse conduit aux spermatozoïdes et l'ovogenèse aux ovocytes.

Si la spermatogenèse est produite durant toute la durée de vie de l'homme bien que la production de spermatozoïdes baisse avec l'âge avec un accroissement de formes atypiques et une diminution de la mobilité des spermatozoïdes, l'ovogenèse s'effectue à partir d'un stock *a priori* fini d'ovogonies et ne donne, de façon cyclique, qu'un nombre limité de gamètes durant une période comprise entre la puberté et la ménopause. Il est important de souligner cette différence.

En effet des femmes peuvent, pour des raisons professionnelles ou autres, reculer l'âge de leur première grossesse ou désirer un autre enfant lors d'un remariage et se retrouver en « préménopause ».

Il est donc impératif de sensibiliser les femmes à ce problème et de les inciter à ne pas tarder à concevoir et, qu'excepté une indication d'ordre médical, elles ne doivent pas procéder à la cryoconservation de leurs ovocytes à l'étranger, puisque c'est prohibé en France, sauf pour indication médicale.

Ces différences anatomiques et physiologiques entre les spermatozoïdes et les ovocytes peuvent, peut-être, expliquer pourquoi, en France, le premier Centre d'étude et de conservation des œufs (ovocytes) et du sperme (spermatozoïdes) (CECOS) grâce à la technique de **cryoconservation du sperme** a été ouvert dès le **9 février 1973** à l'hôpital du Kremlin-Bicêtre à l'initiative du professeur Georges David, qui avait pris comme modèle les banques du sang, alors que « *La technique de congélation ultra-rapide des ovocytes* », **vitrification**, ne fut « *autorisée* » que par la loi n° 20011-814 du **7 juillet 2011**, (article 32 de la loi et article L.2141-1 du code de la santé publique), soit vingt-huit ans plus tard, plus d'un quart de siècle.

Cette différence de temps s'explique du fait que, les ovocytes étant de « grandes » cellules fragiles, il fallait valider un procédé de cryoconservation n'altérant pas l'ovocyte par formation de cristaux de glace à l'intérieur de la cellule.

Par ailleurs, *in vivo* lors de la fécondation, cette différence anatomique impose au spermatozoïde, grâce à son flagelle, d'aller à la rencontre de l'ovocyte dans le pavillon de la trompe, faisant un long trajet à « la vitesse d'une formule un » ou, peut-être, même encore plus vite... « *Il doit franchir la zone pellucide et la barrière du cumulus de l'ovocyte, qui expulse, grâce à l'énorme énergie, deux picogrammes*

par ovocyte, fournie par l'ATP (Acide adénosine triphosphorique) des mitochondries, le globule polaire » (Jean-Philippe Wolf, 16^{ème} Journée sur l'Assistance Médicale à la Procréation de l'Hôpital Américain de Paris, vendredi 20 novembre 2015).

Nous allons donc étudier les dons de spermatozoïdes, représentant la majorité des dons 5%, celui d'ovocytes ne représentant seulement que 0,8% des dons en raison de la pénurie d'ovocytes et, enfin, celui d'embryons avec un taux de 0,1 % en raison, peut-être, de la nécessité de faire converger les projets opposés de deux couples, l'un donneur, l'autre receveur, mais convergeant dans l'intérêt supérieur de l'enfant :

- l'abandon du « projet parental » pour le couple donneur et
- le projet d'accueil par le couple receveur selon l'article L.2141-4 du code de la santé publique.

II-3-2 : Don de spermatozoïdes

« L'insémination artificielle avec don de sperme (IAD) date de 1884 avec une tentative réussie par le docteur William Pancoast aux Etats-Unis » (Don de sperme-Wikipédia, page 2/15).

En France, à partir de **1973**, la possibilité de recourir à des paillettes de sperme congelé, sans modifier leur pouvoir fécondant, permet de remédier *via* une insémination artificielle avec tiers donneur (IAD) à une infertilité d'origine masculine en toute sécurité sanitaire, le donneur ayant eu un examen médical et des examens biologiques ainsi qu'une analyse cytogénétique de son sperme.

Voyons, maintenant, comment se sont édifiés les Centres d'études et de conservation des œufs et du sperme (CECOS).

Je remercie l'Académie nationale de médecine qui m'a permis de consulter les données suivantes relatives aux CECOS, *« le CECOS du Kremlin-Bicêtre ayant donné à l'Académie nationale de médecine son fonds couvrant une période allant de 1973 à 1995 »*, (Anaïs Dupuy-Olivier, Conservateur, Directrice adjointe de la Bibliothèque de l'Académie nationale de médecine), c'est-à-dire jusqu'à la date d'intégration des CECOS dans le système hospitalier.

Le professeur Georges David élaborera avec le polytechnicien, Daniel Schwartz, professeur de biostatistique à la faculté de médecine de l'université Paris Sud : Paris XI, un protocole définissant les critères pour le donneur et pour le couple receveur et

fixant à **dix** le nombre de dons par donneur (tentatives ou réussites) afin d'éviter des **risques de consanguinité et de demi-inceste**, un demi-frère et une demi-sœur se mariant ensemble, mais dans ce cas **à leur insu**, ce qui peut avoir de graves conséquences sur les plans biologique et psychique.

Rappelons que, sur le plan juridique, la **filiation incestueuse absolue** est la seule à demeurer encore non reconnue dans l'**intérêt supérieur de l'enfant**, conformément à l'**article 310-2 du code civil**, disposant que : « *S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des **empêchements à mariage** prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est **interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre** par quelque moyen que ce soit* ».

Le nombre de dix a été retenu par le législateur (art.L.1244-4 du code de la santé publique) qui dispose que « *Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de* (L. n° 2004-800 du 6 août 2004, art.12-A-V) **dix enfants** ». – [anc.art. L.673-4].

Si les conditions sanitaires du don de spermatozoïdes, *via* les CECOS, peuvent être garanties, le problème de fond du don de gamètes reste l'**anonymat du don** et le problème de l'**accès aux origines personnelles** avec en conséquence l'impossibilité d'établir des liens génétiques (« blood-ties ») en dressant un arbre généalogique et génétique.

Dans son livre, « *Mes origines : une affaire d'Etat* » (édition Max Milo), l'avocate, Audrey Kermalvezen, née ainsi que son frère d'un don de sperme, et mariée avec Arthur Kermalvezen, lui aussi né d'un don de spermatozoïde et auteur avec Blandine de Dinechin « *Né de spermatozoïde inconnu* », évoque les risques de consanguinité.

La **réponse** est venue du **Conseil d'Etat**, le **jeudi 12 novembre 2015**, dans la **Décision N° 372121** dans laquelle il réaffirme le **maintien de l'anonymat du don de gamètes**.

Le **Conseil d'Etat** a **rejeté le pourvoi**, déposé par Madame A...B..., née d'un don de gamètes et qui, étant mariée à une personne, elle, aussi, issue d'un don de gamètes, avait demandé au CECOS « *la communication de documents et d'informations concernant le donneur de gamètes à l'origine de sa conception* ».

Dans sa décision, le Conseil d'Etat a examiné si le **maintien de l'anonymat du don de gamètes**, qu'il avait, déjà, confirmé dans son rapport sur la révision de la loi de

bioéthique de 2011 et dans l'**Avis n° 362981 du 13 juin 2013**, relatif « *aux données non identifiantes de nature médicale* », était compatible avec les dispositions de l'article 16-8 du code civil et des article L. 1244-6 et L. 1131-1-2 du code de la santé publique et l'**article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme** relative au « *Droit au respect de la vie privée et familiale* » en considérant les intérêts des parties en présence, c'est-à-dire quel équilibre assurer d'une part entre la vie privée du donneur et de sa famille et d'autre part la vie privée du receveur et de sa famille ainsi que la **demande de la personne, issue de don**, d'avoir accès à des « *informations concernant le donneur de gamètes* » ?

Concernant le **donneur**, le Conseil d'Etat fait référence à l'**article 8** de la CEDH : « *Considérant qu'aux termes de l'article 8 de cette convention :*

« *1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».

Concernant la **personne, issue du don de gamètes**, le Conseil d'Etat fait référence à l'**article L. 1244-6 du code de la santé publique** :

5. « *Considérant, en premier lieu, qu'en définissant, aux articles L.1244-6 et L.1131-1-2 du code de la santé publique, l'accès aux données non identifiantes, le législateur a entendu assurer la protection de la santé des personnes issues d'un don de gamètes, tout en garantissant le respect des droits et libertés d'autrui ; qu'à cet égard, les dispositions de l'article L. 1244-6 selon lesquelles* » « *un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu à partir de gamètes issus de don* » *doivent s'entendre comme ne faisant pas obstacle à ce que de telles informations soient obtenues à des fins de prévention, en particulier dans le cas d'un couple de personnes issues l'une et l'autre de dons de gamètes ;* ».

Nous voyons que, si c'est seulement le médecin qui peut avoir accès aux données non identifiantes, le Conseil d'Etat **élargit le champ de l'article L. 1244-6** en passant de : « *un enfant conçu « à partir de gamètes issus de don* » à un « ***couple de personnes issues l'une et l'autre de dons de gamètes*** ».

En 1994, le **principe de l'anonymat du don de gamètes** dans l'assistance médicale à la **procréation hétérologue** ayant été intégré dans le tryptique des lois de bioéthique, le législateur n'avait, peut-être, dans l'immédiat, pensé qu'à l'**enfant** avant qu'il ne

devienne majeur. Maintenant, en 2015, « l'enfant » peut avoir 21 ans, voire plus, 42 ans, puisque les CECOS existent depuis 1973...

Pour le professeur Laurence Brunet : « *Ce principe, qui n'avait pas été remis en question depuis 1994, est en effet dénoncé par certains enfants nés d'une procréation médicalement assistée avec donneur et qui sont maintenant en âge de se manifester* » : « *Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité* » in (L. Brunet, Androl. (2010) 20 : 92-102, DOI 10.1007/s 12610-010-0063-6).

Notons, cependant, que dans l'esprit du législateur, le terme « enfant » peut être interprété comme la personne mineure ou majeure, c'est-à-dire « l'enfant de », conçu par un don de gamètes, et non l'enfant mineure jusqu'à 18 ans.

En conséquence, le Conseil d'Etat

DECIDE :

Article 1^{er} : « *Le pourvoi de Mme B... est rejeté* ».

Article 2 : « *La présente décision sera notifiée* » **non seulement** « à Mme A...B..., » mais aussi « *au centre d'études et de conservation des œufs et du sperme (CECOS)...* ».

Ainsi, dans sa décision du jeudi 12 novembre 2015, le Conseil d'Etat assure un juste équilibre entre des intérêts divergents, ceux d'une part du donneur, qui doit « disparaître » conformément aux articles 311-19 et 311-20 du code civil, et ceux d'autre part de la personne, issue du don, d'avoir accès à des « *données non identifiantes de nature médicale* » via un médecin, s'adressant au CECOS, dont est issu le don.

En effet,

5. « *que si ces données ne sont accessibles qu'au médecin et non à la personne elle-même, la conciliation des intérêts en cause ainsi opérée et la différence de traitement entre le médecin et toute autre personne relèvent de la marge d'appréciation que les stipulations précitées de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales réservent au législateur national, eu égard notamment aux inconvénients que présenterait la transmission de ces données aux intéressés eux-mêmes par rapport aux objectifs de protection de la santé, de préservation de la vie privée et du secret médical ;* ».

Ainsi, « *Le Conseil d'Etat confirme que la règle de l'anonymat des donneurs de gamètes n'est pas incompatible avec la Convention EDH* »

(Petites affiches, Brève Actualité, 18 novembre 2015 – N° 230, page 2).

Par ailleurs, les principes éthiques de **gratuité du don** et de l'**anonymat** du donneur furent retenus par le professeur Georges David à l'instar du fonctionnement des banques du sang.

Il fallait comme le rappelait Patrick Verspieren, jésuite, responsable du département d'éthique biomédicale du Centre Sèvres, Facultés Jésuites de Paris, lors de son intervention sur : « *Le charnel et le spirituel dans les débats sur l'assistance médicale à la procréation* » aux quatrièmes rencontres de Malagar (sous le regard de François Mauriac) en Haute-Garonne des vendredi 28 et samedi 29 mai 2010 :

« *Développer, rendre honorable et moraliser l'insémination artificielle avec donneur* ».

C'est dans cet esprit que le professeur Georges David, sensible à la détresse des couples souffrant d'une **infertilité d'origine masculine**, créa les CECOS.

Il faut souligner que l'infertilité du couple, relevant d'une infertilité d'origine masculine, était une donnée tout à fait nouvelle (de tout temps, l'infertilité avait été considérée comme ne pouvant être imputable qu'à la femme), et, en conséquences souvent mal acceptée : « *Frequently the reaction to the news that the man is sterile is a depressive one and to a lesser degree followed by troubles in sexual performance* », (Fréquemment la réaction de l'homme à l'annonce de sa stérilité le conduit à une dépression et à un degré moindre suivie par des troubles dans ses performances sexuelles), (« *Donor artificial insemination. Psychological survey of 830 couples* », David D., ...and Schwartz D ;

J Gynecol Obstet Biol Reprod (Paris), 1988 ; 17 (1) : 67 – 74,

[http : // www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3351207](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3351207).

Mais, si ce don de gamètes permet de créer un enfant, il suscite des problèmes d'ordre éthique et juridique, en conséquences le professeur Georges David fixa un ensemble de règles exigeantes et sages.

Pour responsabiliser le donneur, il n'était accepté comme donneur de sperme qu'un **homme vivant en couple** marié ou non, avec l'accord, c'est-à-dire le consentement, de son épouse ou de sa compagne, le but étant de récuser un jeune homme qui n'avait pas encore pu percevoir l'importance de donner le jour à un enfant.

Toutefois, nous pouvons nous interroger sur la validité de la preuve de la vie en couple et de l'accord de sa compagne si le couple n'est pas marié ni en concubinage. En 1973, date de la création du premier CECOS à l'hôpital de Bicêtre, le PACS n'existait pas et, encore moins, le mariage pour les personnes de même sexe, institué par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

Le **don** est **gratuit** selon le **principe de bioéthique de non patrimonialité du corps humain**, inscrit dans la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, l'article 16-5 du code civil disposant que :

*« Les conventions ayant pour effet de conférer une **valeur patrimoniale au corps humain**, à ses **éléments** ou à ses produits sont nulles ».*

Pour le professeur Henri Kreiss, ancien chef de service de transplantation de l'hôpital Necker, *« le corps humain a une valeur incommensurable »*, donc le don d'organes ne peut-être que gratuit.

Notons que, dans les dérives du « don » de gamètes à des fins sociétales et non médicales, les gamètes avec des phénotypes très recherchés « valent » très cher ; mais dans ce cas le terme de don n'est plus acceptable, cela devient une « marchandisation » des gamètes.

C'est peut-être l'une des raisons pour laquelle le CECOS de l'hôpital Necker, qui avait fonctionné d'abord sur d'autres principes, se rallia aux principes institués par le professeur Georges David en 1977.

Bientôt, en parallèle du développement de l'assistance médicale à la procréation avec la naissance de Louise Joy Brown, grâce aux travaux du professeur Sir Robert Edwards et du gynécologue-accoucheur, Patrick Steptoe, en 1978 à Manchester en Grande-Bretagne, d'autres CECOS ouvrirent en France (1974 : Marseille, Lille, Lyon, Nancy, Bordeaux et Besançon, 1976 : Toulouse et Tours, 1977 : Strasbourg et Rennes, 1978 : Amiens, Grenoble, Caen, 1980 : Montpellier, 1981 : Reims, 1982 : Clermont-Ferrand, 1983 : Rouen).

Ces CECOS se constituèrent, en **mars 1982**, en une **fédération**.

Puis suivirent différentes étapes de reconnaissance administrative, puis législative des CECOS :

- **1991, Circulaire n° 42** du 4 juillet 1991, du Ministre délégué à la Santé, relative à la préparation de l'**intégration hospitalière des CECOS** ;

- **1993, Décret n° 93-457** du 18 mars 1993 fixant les conditions d'intégration dans la fonction publique hospitalière des personnels des CECOS ;
- **1994, la loi n°94-654 du 29 juillet 1994** relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal du triptyque des lois de bioéthique de 1994, consacra la **hiérarchie législative des CECOS**, réaffirmée dans les deux autres lois de bioéthique de 2004 et de 2011 (loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique et loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique).

Au mercredi **premier juillet 2015**, en France métropolitaine, il existe 23 CECOS et le recours à un **don de spermatozoïdes** ne peut être pratiqué qu'à des **fins médicales** pour remédier à l'infertilité du couple receveur et **non à des fins sociétales** et uniquement en faveur d'un **couple hétérosexuel** et non en faveur d'un couple lesbien. Le **donneur**, qui devait avoir, déjà, procréé jusqu'au décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 relatif au don de gamètes, décret d'application de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, donne son **consentement**, après avoir été dûment informé des conséquences de son don, et peut procéder alors à son don selon un protocole formulé par le CECOS, garantissant de bonnes conditions sanitaires du recueil du don selon l'article L.1244-2 (L. n° 2004-800 du 6 août 2004, art.12-A-V) et (L.2011-814 du 7 juillet 2011, art. 29-II-2) °disposant que :

« Le donneur doit avoir procréé ».

(L. n°2011-814 du 7 juill. 2011, art. 29-II-1°) « *« Le consentement des donneurs et, s'ils font partie d'un couple, » celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit et peuvent être révoqués à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes ».*

Une remarque s'impose : cet article montre la nécessité d'un **consensus au sein du couple** pour le don, mais, en revanche, le consentement des enfants est passé sous silence, or s'ils sont mineurs, ce sont des personnes vulnérables. Comment ces enfants vivront-ils le fait de savoir qu'ils ont des demi-frères ou des demi-sœurs dans la nature ? Si leurs parents ne les informe pas, cela peut être, encore, plus préjudiciable avec le risque d'un **mariage consanguin**.

L'article L.1244-2 du code de la santé publique montre toute la difficulté, tout l'équilibre que le législateur doit assurer entre le couple donneur et le couple receveur

et souligne tout l'enjeu de l'assistance médicale à la procréation hétérologue avec tiers donneur et la problématique de l'accès aux origines personnelles.

En ce qui concerne le **receveur**, l'article précité dispose qu'

*« Il en est de même du **consentement** des deux membres du **couple receveur** ».*

Cette phrase « *couple receveur* » interdit *de facto* le don à une **femme seule**, mais le mot **couple** ouvrirait-il la voie à un couple lesbien ? La loi de bioéthique date de 2011 et la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 relative au mariage de personnes de même sexe n'avait pas encore été adoptée. Dans l'esprit du législateur de 1994, de 2004 et de 2011, un couple était, par essence hétérosexuel, d'autant plus qu'il s'agissait de procréation.

Par ailleurs, la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 a élargi la possibilité de don à un majeur qui n'avait pas encore procréé.

Nous verrons au niveau du don d'ovocytes (chapitre II-3-3) que le 2 mai 2014 une demande, allant dans le même sens, a été adressée à la ministre des affaires sociales et de la santé pour que les nullipares (celles qui n'ont pas encore procréé) puissent aussi donner leurs ovocytes, cellules rares et fragiles.

*« Lorsqu'il est majeur, le donneur peut **ne pas avoir procréé**. Il se voit alors proposer le recueil et la conservation d'une partie de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue d'une réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, dans les conditions prévues au titre IV du livre premier de la deuxième partie. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement du donneur ».*

Trois remarques s'imposent :

- La première concerne la « *conservation de ses tissus germinaux* », c'est un **acte invasif** à la différence du recueil des spermatozoïdes ;
- La seconde, est-ce que la future épouse ou compagne du donneur, fertile, acceptera de subir une fécondation *in vitro*, alors qu'avant ce don il y aurait pu y avoir une fécondation *in vivo* « plus romantique » selon les canadiens. A force d'élargir les possibilités de don afin de recruter plus de donneurs, ne risque-t-on pas de donner un handicap aux donneurs ? Il y a peut-être trop de libéralisme ? C'est une question difficile et nous ne permettons pas de juger mais seulement de poser la question ;
- La troisième, dans l'hypothèse, où le don d'ovocytes serait ouvert aux femmes nullipares, il serait peut-être souhaitable de leur proposer aussi

une vitrification d'une partie de leurs ovocytes tout en sachant que, dans ce cas, le bénéfice du don serait très faible puisque un traitement d'induction de l'ovulation ne conduit qu'au recueil de 10 à 15 ovocytes environ, de surcroît la nullipare préférerait probablement une fécondation *in vivo* plutôt qu'*in vitro*.

- Là encore, ce sont des questions très délicates qui ne peuvent être résolues que par les experts et les législateurs après une concertation publique.
- Nous essayons seulement d'analyser les difficultés, soulevées par les dons de gamètes.

Ensuite, une fois que le praticien a recueilli le consentement éclairé du donneur, qui doit être majeur et âgé de moins de 45 ans, le biologiste procède à des analyses de l'éjaculat avant que les gamètes ne soient congelés en paillettes.

Il n'y a aucune contrainte médicale à la différence du don d'ovocytes qui est lourd, nécessitant une induction de l'ovulation et une ponction ovocytaire sous anesthésie, ce qui explique la pénurie du don d'ovocytes.

Quant à la **responsabilité du donneur**, l'article 311-19 du code civil disposant qu' :

*« 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** »,*

elle est *de facto* exonérée, assurant ainsi la paix des familles.

Cet article 311-19 du code civil montre que le don de gamètes est indissociable de la filiation et qu'il a fallu coupler le code civil et le code de la santé publique dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Quant au dogme de l'**anonymat du don de gamètes**, qui vient d'être réaffirmé par le Conseil d'Etat dans la décision N° 372121 du jeudi 12 novembre 2015 *« en vue d'assurer un juste équilibre entre les différents intérêts en présence, à savoir ceux du donneur et de sa famille du couple receveur, de l'enfant issu du don de gamètes et de la famille de l'enfant ainsi conçu »*, (Petites affiches, ibidem), pourra-t-il persister encore longtemps ?

La loi de bioéthique 7 juillet 2011 n'a pas levé l'anonymat malgré le « lobbying » d'associations, militant pour la levée de l'anonymat.

Il faut noter que, si certains craignent une rétroactivité de la loi en cas du réexamen de la loi de bioéthique de 2011, instituant la levée de l'anonymat, il faut pour le professeur Gérard Champenois écarter l'argument selon lequel :

« *La loi puisse avoir un effet rétroactif malgré une inégalité dans le temps et une discrimination pour les enfants* ».

Quelle est la motivation du donneur ?

Altruisme ou inconscience de la jeunesse (avant les lois de bioéthique de 1994, il n'était pas nécessaire d'avoir, déjà, procréé, disposition qui a été supprimée par la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique) ou d'un couple (si le donneur est marié ou en couple, l'épouse ou la compagne doit donner son consentement) ?

Comment, quelques années plus tard, le donneur ou le couple peut-il vivre ce don et ne pas s'interroger sur la manière dont l'enfant, issu du don, sera élevé ?

Rappelons-nous le film : « *La vie est un long fleuve tranquille* » avec les familles Duquesnoy et Groseille. Est-ce cette raison qui explique la baisse de donneurs de sperme ?

L'article du journal Le Parisien sur son site internet « *On manque de donneurs de sperme* » confirme cette hypothèse, (Le Parisien : [http : www. leparisien.fr/espace-premium/air-du-temps/on-manque-de-donneurs-de-sperme-12-11-2013-307163.php](http://www.leparisien.fr/espace-premium/air-du-temps/on-manque-de-donneurs-de-sperme-12-11-2013-307163.php)).

En 2013, alors que les CECOS ont fêté leur quarantième anniversaire et que :

« *plus de 50 000 enfants sont nés sur le territoire français de 1973 à 2013 (plus de 38 000 de 1973 à 2002) grâce à plus de 9300 donneurs* », du fait d'une insémination artificielle (IAD), (http://fr.wikipedia.org/wiki/Don_de_sperme) et que certains de ces enfants sont déjà des quadras, les CECOS notent une baisse de donneurs de sperme.

En 2011, il y avait eu 358 hommes qui s'étaient présentés pour donner leur sperme contre 545 en 2009, soit une baisse d'environ 37 %. De plus, en 2011, sur les 23 137 enfants nés d'une assistance médicale à la procréation, 1307 le sont grâce aux dons de gamètes d'un tiers (essentiellement des spermatozoïdes et, à un degré bien moindre des ovocytes).

De plus, comme l'analyse le professeur Louis Bujan, président de la fédération des CECOS, au CHU (Centre hospitalier universitaire) de Toulouse, à partir de 2013, non seulement il y a « *La crainte de la levée rétroactive de l'anonymat, qui freine les*

donneurs », « *et qui n'est pas fondée* » selon le professeur Gérard Champenois, mais aussi les débats sociétaux sur le mariage pour tous.

En effet, si la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 n'a pas ouvert le droit à l'assistance médicale à la procréation, le professeur Louis Bujan se souvient que :

« *Deux ou trois hommes ont appelé pour signifier formellement qu'ils ne voulaient pas que leur sperme soit donné dans un autre contexte qu'un couple hétérosexuel* ».

Dans ce même esprit, Emmanuelle Prada-Bordenave, présidente de l'Agence de biomédecine, souligne que si la loi n'a pas « *cédé* » sur le principe français de l'anonymat, « *Cela a sans doute fait émerger un questionnement chez les donneurs, qui craignent qu'un jour l'anonymat ne puisse être levé rétroactivement* ».

Il paraît toutefois peu probable de penser que la levée de l'anonymat puisse être rétroactive, comme le souligne le Professeur Gérard Champenois.

La conséquence de la baisse de donneurs est un allongement du délai d'attente : au CECOS du CHU de Cochin, le délai est passé de douze mois, c'est-à-dire un an, à quinze mois.

De plus, il est important de noter que, depuis les lois de bioéthique de 1994, les CECOS sont complètement intégrés dans la structure hospitalo-universitaire et que les protocoles des CECOS relatifs aux recrutements des donneurs avec les examens cliniques, somatiques et psychiques, et biologiques, préalables au recueil du don de sperme, garantissent une sécurité sanitaire du don, contrairement au « don sauvage ».

Mais, si le don de gamètes en France est encadré par une législation très stricte, issu des lois de bioéthique de 1994, respectueuses de l'intérêt supérieur de l'enfant, la possibilité de disposer de cellules reproductrices mâles, spermatozoïdes, facilement accessibles puisque les organes sexuels sont externes, a incité certaines cliniques de fertilité, à l'étranger, à prendre en charge l'homoparentalité lesbienne en passant « *De l'assistance **médicale** à la procréation à l'assistance à la procréation **sociétale*** » en changeant la finalité de l'assistance médicale à la procréation qui, à l'origine, était de traiter l'infertilité d'un couple.

Pour le professeur René Frydman c'est le passage de « *La reproduction humaine, du médical au sociétal* » (La douzième journée du livre médical à l'Académie nationale de médecine, le vendredi 19 septembre 2014).

Pour le professeur Jean-Michel Warnet, comme pour le professeur Sir Robert Edwards, « le *primum movens* » de l'indication de l'assistance médicale à la procréation doit être **médicale**, c'est-à-dire de remédier à l'infertilité d'un couple.

Aussi, pour le professeur Jean-Michel Warnet, « *Toute indication de l'assistance médicale à la procréation qui ne répondrait pas à des fins médicales représenterait une violation du serment d'Hippocrate et du serment de Galien* » pour le médecin et pour le pharmacien.

Mais face aux droits à l'enfant et à l'évolution des cultures et des mœurs, nous ne devons pas méconnaître le « **détournement de l'indication** » des dons de gamètes en faveur des couples lesbiens grâce à l'insémination artificielle et des couples gays en couplant une fécondation *in vitro* (FIV) à une maternité de substitution.

Nous allons prendre deux exemples, certains Etats des Etats-Unis, où le don de gamètes à des couples homosexuels est licite, et la France, où ce don est prohibé.

§ Etats-Unis

Nous allons prendre l'exemple des **Etats-Unis** en nous référant à l'ouvrage de Mark V. Sauer, (Principles of Oocyte and Embryo Donation, Mark V. Sauer, Second Edition, Springer).

A la fin du vingtième siècle, aux Etats-Unis, (USA), l'évolution des droits des couples homosexuels gays ou lesbiens conduisit à une acceptation culturelle et sociale.

Fort de cette reconnaissance, les couples homosexuels, confiants dans la fidélité de leurs relations, ne craignirent plus de la rendre publique (« *open about their relationships* »), et ils manifestèrent en conséquence leur désir de devenir parents, mais au sein de leurs relations de couples de même sexe (« *and open about their desire to become parents within the context of a same sex relationship* »).

Comme nous l'avons déjà vu, la reproduction humaine étant sexuée, les couples homosexuels doivent, en conséquence, obligatoirement recourir aux dons de gamètes de sexe opposé et procéder à une technique de procréation assistée.

C'est dans ce contexte de libéralisme sur la côte ouest des Etats-Unis que en **1979**, en Californie à San Francisco, Sherron Mills eut l'idée d'ouvrir une clinique « The Lyon-Martin Health Center » pour les couples lesbiens ou même pour toutes les femmes qui étaient seules (« *all women who were single* ») cherchant à fonder une famille grâce aux techniques de procréation assistée (« *women seeking parenthood* »).

through reproductive assistance ») et de créer en conséquence une banque de sperme à cet effet.

Mais, en même temps, le Conseil d'administration de la clinique contrecarra cette idée en donnant des arguments éthiques sur le fondement que ce traitement était un **gâchis** des ressources médicales (don de spermatozoïdes) puisque ces femmes n'étaient pas infertiles et que ce « traitement » n'était pas dans l'intérêt supérieur des enfants qui seraient stigmatisés et qui auraient besoin à la fois d'un père et d'une mère (« *At that time the initial ethical arguments against such treatment were that a waste of medical resources because the patients were not technically infertile and that such treatment was not in the best interest of children who would be stigmatized and needed both a mother and a father* »).

Pour Dunstan, concevoir un enfant dans de telles conditions est un déni de justice (« *then deliberately to contrive its birth into a lesbian union or to a single woman would be to deny it justice* »).

En dépit de ces divergences, en **1983**, Sherron Mills quitta « The Lyon-Martin Health Center » (Le Centre de Santé Lyon-Martin Clinic) et ouvrit la première banque de sperme pour les couples lesbiens avec une offre de services d'insémination pour ces couples. D'autres cliniques de fertilité ouvrirent dans différents Etats.

Ainsi, en 2010, aux USA, un couple homosexuel sur cinq élève un enfant, qui a soit été adopté (4 % des enfants adoptés aux Etats-Unis vivent avec un parent homosexuel), qui est soit issu d'une union précédente hétérosexuelle (l'un des parents étant devenu homosexuel ou l'étant déjà avant son divorce). Cependant, un nombre croissant d'enfants sont nés du fait des techniques de procréation assistée chez des couples homosexuels dans les « cliniques de fertilité » par exemple « Circle Surrogacy » à Boston Massachusetts (MA, USA) sans faire de publicité.

L'on estime en effet qu'aux USA il y a entre 6 et 14 millions d'enfants qui vivent dans une « famille homosexuelle ».

Pour comprendre cette situation, rappelons que vingt Etats sur cinquante un Etats ont légiféré dans le domaine de la procréation assistée et de l'adoption qui en est la conséquence dans le cas de couples homosexuels « *dans un contexte juridique favorable à une bonne intégration de la différence* » (Insémination dans le cadre de l'homoparentalité, A. Delvigne, Fertilité).

Nous pouvons nous demander si cette homoparentalité gay ou lesbienne va s'amplifier avec l'adoption de la loi sur le mariage des couples de même sexe par la Cour suprême des Etats-Unis le vendredi 26 juin 2015 à Washington ?

Nous allons, maintenant, aborder le problème de l'homoparentalité lesbienne en France avec l'insémination artificielle avec tiers donneur (IAD) qui y est prohibée en France en voyant comment cette pratique peut être transgressée et quelles en sont les conséquences pour l'enfant face à son intérêt supérieur.

Pour mémoire, rappelons que, si au XIX^{ème} siècle l'homosexualité masculine était mal tolérée, dans les années 1960, les (« sixties »), en Angleterre à Liverpool, il y avait une évolution, pour preuve le directeur du groupe des « Beatles », homosexuel, était reconnu pour toute sa valeur de « manager ».

En revanche, même au dixneuvième siècle et au début du vingtième siècle, l'homosexualité féminine était mieux tolérée, pour preuve les « amours saphiques » de Lyane de Pougy. Si la maternité de substitution n'existait pas encore, nous pouvons présumer que les couples lesbiens n'auraient pas revendiqué le droit à l'insémination artificielle de crainte d'abîmer leur « corps ».

En France, l'insémination artificielle étant interdite soit pour les femmes seules, soit pour les couples lesbiens, le désir d'enfant peut être si fort que ces femmes ou ces couples, décidés à construire un **projet parental commun**, ne craignent pas de transgresser la loi et de se rendre en train ou en voiture dans un pays frontalier, comme la Belgique ou l'Espagne à Barcelone ou Valence, par exemple, où les cliniques accueillent ces « patientes » après un simple rendez-vous téléphonique pour avoir un « enfant Schengen ».

L'insémination avec donneur anonyme (IAD) se pratique chez la femme seule ou chez l'une des deux femmes, soit au cours d'un cycle spontané, soit au cours d'un cycle stimulé.

Lors du retour en France de la femme seule ou du couple lesbien, si la grossesse biologique est constatée grâce à un dosage de bêta-hCG (hormone gonadotrophine chorionique : « human Chorionic Gonadotropin »), il suffira à la femme seule ou à la compagne qui a été inséminée de s'inscrire dans un hôpital ou dans une clinique, où sa grossesse clinique sera suivie et où elle accouchera. En effet, l'obstétricien ne

demande pas à sa patiente quel a été le mode de conception de l'enfant ni où il a été conçu.

Si la femme révèle à l'obstétricien qu'elle est lesbienne ou qu'elle est seule et qu'elle a eu recours à une insémination artificielle à l'étranger, le praticien, peut être surpris, même s'il est au courant de ces dérives. Mais, en aucun cas, cette annonce du mode de conception de l'enfant relevant du secret professionnel, le praticien doit refuser à la femme la prise en charge de sa grossesse. De plus, elle pourrait invoquer le principe de non-assistance à personne en danger.

Il est, même, arrivé qu'une femme lesbienne, de surcroît ménopausée, ait, en conséquence, recours à un **double don**, (ovocyte et spermatozoïde), dans une clinique de fertilité étrangère et, de retour en France, donne, au terme des neuf mois de grossesse, naissance par césarienne à un enfant.

De plus, si le couple lesbien désire un deuxième enfant, il peut arriver que, pour la deuxième grossesse, ce soit l'autre compagne ou « parent » qui porte l'enfant, en ayant recours au même donneur de spermatozoïdes, créant ainsi des demi-frères ou des demi-sœurs ou demi-frère et demi-sœur, n'étant différents que par les ovocytes de leur mère respective. C'est ce que l'on appelle des « maternités croisées ».

Rappelons, pour mémoire et par analogie, qu'avant la loi n°75-17 relative à l'interruption volontaire de grossesse, la femme qui avait subi un avortement clandestin, arrivait, souvent, dans un état clinique sévère à l'hôpital, où elle était alors « curetée » dans le service de chirurgie, et non celui de maternité (ce qui était assez hypocrite puisqu'une femme, ayant fait une fausse-couche spontanée, (FCS), elle, était curetée dans le service de maternité) selon le principe de non-assistance à personne en danger.

Par ailleurs, le couple lesbien ou la femme seule peut, aussi, choisir de ne pas révéler sa situation au praticien.

Si la grossesse arrive à terme, le bébé « Thalys » ou « TGV » ou « Schengen » naît. C'est un « bébé européen », mais avec un don de spermatozoïdes d'un donneur nordique ou latin aux yeux bleus ou bruns...

Pour la déclaration de l'enfant à l'état civil, il n'y a aucune difficulté si ce n'est que le père est inconnu. L'enfant obtient la nationalité française, si la mère est française conformément à l'article 18 du code civil, et sa filiation biologique est établie à l'égard de la mère conformément à l'article 310-1 du code civil, la seule difficulté

ultérieure étant l'adoption ultérieure de l'enfant par le « mari » de sa mère, c'est-à-dire « *l'épouse de la mère* ».

Mais, nous pensons que la jurisprudence va évoluer favorablement, comme en témoigne l'**Avis n° 15011 du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation**, qui ne tient plus compte du mode de conception de l'enfant face à son intérêt supérieur, s'inscrivant ainsi dans la continuité de la **jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme** avec les deux arrêts du 26 juin 2014 des décisions Menesson et Labassee :

« 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 ».

En effet, les conditions de l'adoption de l'enfant sont les mêmes que le couple soit hétérosexuel ou homosexuel.

Selon le **considérant 52** de la **Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 du Conseil Constitutionnel** : *« qu'elles ne soustraient pas les couples de personnes de même sexe aux règles, conditions et contrôles institués en matière de filiation adoptive ; qu'en effet, ces dispositions ne modifient pas la règle, fixée par le premier alinéa de l'article 353-1 du code civil aux termes duquel : « Dans le cas d'adoption d'un pupille de l'Etat, « d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption » ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés ».*

Notons, toutefois, que le taux de « réussite » d'une grossesse n'étant que de 25 %, cela peut contraindre ces femmes à se rendre plusieurs fois à l'étranger.

Pour information, relatons : Le « roadtrip » (voyage par la route) belge de deux françaises du Morbihan » (Le Quotidien du Médecin, lundi 21 juillet 2014 - n° 9343). Il s'agit d'un couple lesbien d'une trentaine d'années désirant un enfant et donc se rendant au CHU de Gand en Belgique pour recourir à une insémination artificielle. L'article ne précise pas comment le choix de devenir mère s'est portée sur l'une des deux femmes ou bien si elles ont choisi de devenir mère l'une après l'autre en se faisant inséminer, lors d'un second voyage, avec les spermatozoïdes, de préférence,

issus du même donneur pour que les enfants soient demi-frère et demi-sœur, ou deux demi-frères ou deux demi-sœurs.

En fait, comme ces femmes en rendent compte, le « road trip » se révèle être le « parcours du combattant » et le couple devra réitérer plusieurs fois ce voyage :

- la première visite de la patiente est consacrée à un entretien avec la **psychologue** du service de biologie de la reproduction et à un examen clinique et biologique, la patiente ayant apporté les examens gynécologiques faits en France ;
- de retour en France, la patiente doit adresser au service de biologie de la reproduction une **lettre de motivation** et, après une **évaluation du dossier médical** de la patiente par une commission médicale, si elle est positive, cette dernière est « convoquée » pour une **insémination artificielle** avec le sperme d'un **donneur anonyme** lors d'un **cycle non stimulé** ;
- en cas d'échec d'une **première tentative**, le praticien procède à une **deuxième insémination**, cette fois sous **cycle stimulé**, (il est même proposé à la compagne de procéder à l'insémination...).
- L'article ne précise pas si l'insémination a été fructueuse ou peut-être que l'enfant n'est pas encore né...
- Le docteur Frank Vanderckhove, chef de clinique au centre de reproduction du CHU de Gand, qui prend en charge en moyenne 150 couples français chaque année, donne le bilan de ces pratiques :
- *«En moyenne sur une année, nos patientes, **toutes nationalités confondues**, subissent **2,9 inséminations** de sperme provenant de donneur anonyme. Si l'on se réfère à 2012 et 2013, la moitié des femmes qui ont eu des inséminations ont eu un enfant. Sur un seul cycle le taux de réussite est proche de 20 % »,* taux de réussite voisin de celui des fécondations *in vivo*, soit de 20 à 25 %, soit un cycle sur quatre selon le professeur André Boué, « père » du diagnostic prénatal pratiqué depuis 1973.

Certaines patientes vont cependant jusqu'à neuf inséminations et, en cas d'échec, à ce moment-là, une assistance médicale à la procréation peut éventuellement leur être proposée et pratiquée. Nous ne savons pas dans quel état sont les ovaires de ces

patientes, si elles ont eu des inductions de l'ovulation et si elles ont eu un syndrome d'hyperstimulation ovarienne...

Ces échecs répétés peuvent toutefois s'expliquer par l'**environnement anxiogène** lié aux voyages, aux rendez-vous, créant un stress permanent pouvant bloquer l'ovulation.

De plus, certains couples lesbiens souhaitent avoir un second enfant, mais souvent avec l'autre compagne pour mère. Chaque femme, à son tour, aura porté un enfant : pour le premier enfant, c'est maman 1 et maman 2 ; pour le second enfant, maman 2 devient maman 1 et maman 1 devient maman 2. C'est maman 2 qui sera la mère à l'état civil et pour laquelle la filiation de l'enfant est établie.

Est-ce « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » pour les deux enfants ?

Jusqu'à la loi du 17 mai 2013, l'adoption plénière ne pouvait avoir lieu en faveur de la compagne, seule une femme célibataire pouvant adopter. Toutefois la compagne de la mère pouvait faire un testament en faveur de l'enfant (les dispositions fiscales étant différentes), mais elle n'avait ni droits ni devoirs envers l'enfant.

Pour les couples lesbiens, le contexte a changé radicalement avec **la loi n°2013-404 du 17 mai 2013**, dite loi Taubira, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, conformément à l'article 143 (L. n° 2013-404 du 17 mai 2013, art. 1^{er}) du code civil : « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ».

A la suite de cette loi, des couples lesbiens, qui avaient déjà eu des enfants *via* l'insémination artificielle à l'étranger (celle-ci étant interdite en France), choisirent de se marier pour pouvoir introduire une **requête en adoption plénière** de l'enfant du conjoint en pensant qu'il n'y aurait aucune difficulté pour l'adoption plénière de l'enfant par l'autre conjoint du même sexe.

Or c'était sans compter sur le fait que l'adoption d'enfant par un couple homosexuel est une question sensible et ne fait pas de consensus comme en témoigne la « fermeture » de certains pays à l'adoption internationale.

C'est, donc, à partir du dépôt de requêtes de demande d'adoption plénière de l'enfant de l'une des deux conjointes par l'autre conjointe de même sexe que les difficultés apparurent.

En effet, si la loi du 17 mai 2013, en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, a eu pour effet de permettre l'adoption de l'enfant de l'un des deux conjoints par l'autre conjoint du même sexe, elle n'a pas légalisé les techniques de procréation assistée pour les couples de même sexe, créant une faille en laissant « *la loi inachevée* » selon le professeur Gérard Champenois.

Or, dans l'esprit des couples homosexuels, la loi du 17 mai 2013 ouvrant le droit au mariage pour les personnes de même sexe et le droit à l'adoption de l'enfant du conjoint ou de la conjointe, cette **adoption** doit être **automatique** quel que soit le mode de procréation, comme l'expose le professeur Gérard Champenois :

« *L'adoption et la loi du 17 mai 2013* », (Defrénois, 15 juillet 2013 n°13-14, p.731) :
« *La Cour EDH a récemment condamné l'Autriche qui avait admis l'adoption de l'enfant du compagnon pour les concubins hétérosexuels mais en excluant les concubins homosexuels. La Cour européenne y a vu une discrimination fondée sur le sexe (violation des articles 8 et 14 de la convention). Il nous paraît vraisemblable qu'elle tienne le même langage à l'égard de la France qui refuse l'IAD aux couples mariés de femmes lesbiennes tout à l'accordant aux couples hétérosexuels mariés et non mariés..., en disant en substance ceci : « vous n'étiez pas obligés d'admettre le mariage homosexuel – aucune norme supralégislative ne contraignait le législateur français – mais, puisque vous l'avez admis, vous ne pouvez pas faire produire au mariage des effets différents selon que les époux sont de sexe différent ou de même sexe (en ce sens, le nouvel article 6-1 du code civil mériterait d'être soumis à un contrôle de conventionnalité). Cette différence de traitement est une discrimination ».*

L'article 6 du code civil dispose que :

« *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

En effet, la question de l'adoption d'enfants au sein de familles homosexuelles, question sensible, divise non seulement la société mais aussi les juridictions dans leurs décisions, en se fondant, peut-être, sur la **Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013** du Conseil Constitutionnel :

45. « *Considérant ... ;*

En ce qui concerne l'adoption par des personnes de même sexe ou au sein d'un couple de personnes de même sexe : ... » ; et

52 « *Considérant, en deuxième lieu, que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de reconnaître aux couples de personnes de même sexe un « **droit à l'enfant** » ;*

Pour preuve, selon les juridictions, des **demandes d'adoption plénière** furent **prononcées** ou **refusées**, les tribunaux de grande instance rendant des jugements divergents, soit une acceptation comme à Bobigny, Lille, Marseille, Toulouse, soit un refus comme à Aix-en-Provence et à Versailles, le tribunal de grande instance (TGI) de Versailles dans sa décision n° 13/00168 du 29 avril 2014 ayant débouté madame X de sa requête au motif de « *fraude à la loi* » en se fondant sur l'arrêt de la Cour de cassation du 11 septembre 2013.

En effet, le tribunal de grande instance de Versailles, développant une analyse conforme à celle soutenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 septembre 2013, énonce dans sa décision 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** à celle-ci et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu* ».

Face à ces jugements divergents selon les juridictions, le ministère de la Justice a voulu dresser un bilan de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 dans le cadre de l'adoption d'enfant par un couple homosexuel lesbien.

Agnès Leclair dans son article du Figaro du **12 septembre 2014**, donc **antérieurement à l'avis du 22 septembre 2014** de la Cour de cassation, rend compte de ce bilan relatif à l'état des lieux de l'adoption de l'enfant « **par l'épouse de la mère** » :

« *PMA et adoption : premier bilan chiffré* »

« *Selon la Chancellerie, 281 adoptions d'enfants nés de PMA ont été accordés à des couples de femmes* »,

(**Agnès Leclair**. Le Figaro, Société, vendredi 12 septembre 2014, page 9).

En conséquence, le ministère de la Justice, voulant établir un « **premier bilan** » sur le **traitement des requêtes** déposées soit en adoption plénière, soit en adoption simple, de l'enfant de la conjointe au sein des couples de même sexe, lorsque l'enfant est né

ou supposé né d'une assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger pour les couples de femmes, « a commandé dans une **note interne datée du 5 juin** »

«*Un état des lieux de la pratique des **parquets** sur ce sujet* »

afin de disposer « d'une vision d'ensemble de la jurisprudence depuis l'entrée en vigueur de la loi ».

«*La direction des affaires civiles et du sceau a interrogé au début de l'été l'ensemble des procureurs généraux* »

Le « **bilan arrêté au 17 juillet 2014** fait état de 684 requêtes en d'adoption plénière déposées et 37 requêtes en adoption simple. A ce jour, **254** décisions ont prononcé **l'adoption plénière** et **27 l'adoption simple**. Dans **trois** procédures une **mesure d'enquête** a été ordonnée. **Neuf** décisions ont **refusé** de prononcer l'adoption et dans **deux** procédures la **Cour de cassation a été saisie pour avis** ».

«*Le ministère public a interjeté appel dans quelques procédures, mais aucune Cour d'appel n'a statué à ce jour. Ces chiffres (96 % de décisions d'adoption soit plénière soit simple) attestent de la réalité d'un mouvement dont l'opinion publique a reçu l'écho en prenant connaissance du manifeste des 343 « fraudeuses »,*

(Libération, 5 juin 2014, «*Nous réclamons l'ouverture de la PMA à toutes les femmes, sans discrimination* » - Procréation médicalement assistée pour tous !).

Ainsi, comme le relate Agnès Leclair, dans Le Figaro du 12 septembre 2014, il ressort de cette étude un bilan très positif en faveur de décisions positives sur l'adoption : «*Sur 295 décisions rendues* », (254+27+3+9+2), selon le ministère de la justice, 281 décisions ont prononcé l'adoption, dont 254 décisions d'adoption plénière et 27 décisions d'adoption simple. Il n'y eu que neuf décisions qui ont prononcé le refus de l'adoption, cinq autres procédures étant en cours.

Il apparaît, donc, que, sans compter les trois procédures en cours pour «*mesure d'enquête* », ni les deux procédures en cours pour *avis* de la Cour de cassation, «*281 décisions ont validé l'adoption d'un enfant né par PMA par la conjointe de la mère.* » «*Soit, avec 95 % de jugements favorables, une écrasante majorité* ».

Nous pouvons penser que ces articles de Libération et du Figaro, plaidant en faveur de l'intérêt supérieur de l'enfant, ont montré une évolution de la jurisprudence, annonçant l'avis du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation, véritable tsunami dans le droit de la famille ?

Comment expliquer cette «*majorité écrasante* », 95 % de décisions positives, voulant anihiler l'arrêt du 13 septembre 2013 de «*fraude à la loi* » de la Cour de cassation.

Est-ce dans l'intérêt supérieur de l'enfant ou comme l'évoque F. Dekeuwer-Défossez la « pression » de la « Cour de Strasbourg » dans son arrêt (CEDH, 19 fév. 2013, aff. 19010/07, X c/Autriche, RLDC 2013/104, n° 5090), arrêt cité également par le professeur Gérard Champenois) : « *l'aptitude équivalente des couples de même sexe et de sexes différents à élever un enfant...* ».

Par contre jusqu'au 22 septembre 2014, la **minorité de sept pour cents** (7 %) de **décisions négatives** s'explique parfaitement et s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Pour Caroline Mécary, (Caroline Mécary, avocate, Jurisprudence, AJ Famille, juin 2014, pages 368 à 369), en l'état de **droit positif**, les magistrats ont repris la jurisprudence de la Cour de cassation dans son arrêt du 13 septembre 2013, en constatant une « *fraude à la loi lorsque l'on cherche à obtenir ce que la loi française prohibe par des moyens détournés* » ou selon la **définition consacrée**, la « fraude à la loi » « *consiste à éluder une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* » (J. Vidal, Essai d'une théorie générale de fraude en droit français, Dalloz 1957, p. 351). .

Aussi, devant cette divergence de décisions, par jugement du 23 juin 2014, le tribunal de grande instance de Poitiers a saisi la Cour de cassation de la demande d'avis suivante :

« *L'accès à la procréation médicalement assistée sous forme d'un **recours à la procréation médicalement assistée**, sous forme d'une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes, dans la mesure où cette assistance ne leur est pas ouverte en France, conformément à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, est-il de nature à constituer une fraude à la loi empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère de l'enfant* » ?

« *L'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale exigent-ils au contraire de faire droit à la **demande d'adoption** formulée par l'épouse de la mère de l'enfant* » ?

Nous voyons que dans la demande d'avis, il y a deux questions totalement distinctes qui sont posées pour avis à la Cour de cassation, d'une part le **mode de conception de l'enfant** selon « *Le recours à la procréation médicalement assistée* » interdite en France pour un couple lesbien, d'autre part « *L'intérêt supérieur de l'enfant* » selon l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Peut-il exister un équilibre entre ces deux questions ?

En ce qui concerne la **première question**, « *Le recours à la procréation médicalement assistée* », jusqu'au 22 septembre 2014, la jurisprudence de la Cour de cassation dans ses différents arrêts de 2011 et de 2013 faisait référence, d'une part pour les arrêts de 2011 aux articles 16-7 et 16-9 relatifs à l'ordre public du code civil et, d'autre part pour celui de 2013 à la « *fraude à la loi* ».

Pour la **deuxième question**, l'intérêt supérieur de l'enfant était respecté *in concreto* puisqu'il était élevé par ses parents, s'il avait pu rentrer dans le « pays d'origine » de ses parents grâce à un « *document de voyage* », mais non *in abstracto*.

Mais pourquoi évoquer ce concept de « *fraude à la loi* » vis-à-vis de ces techniques de procréation, qui sont illicites à l'intérieur de nos frontières et licites hors de nos frontières, même dans l'espace Schengen ?

Le professeur B. Audit (J. Cl. Droit international, B. audit, Fasc. 535 : fraude à la loi, n° 1), définissant le concept de « *fraude à la loi* », retient « *une violation de la loi qui s'abrite derrière les règles de droit elles-mêmes et peut ainsi prétendre à une régularité formelle* ».

En effet depuis le triptyque des lois de bioéthique de 1994, l'assistance médicale à la procréation a des dispositions formelles : couple hétérosexuel en âge de procréer avec une indication médicale d'infertilité et consentant à la technique d'assistance médicale à la procréation.

Mais, rappelons-le, devant le désir d'enfant à tout prix (« *children priceless* ») des couples hétérosexuels ou homosexuels n'hésitent pas à transgresser la loi et à se rendre à l'étranger, où ces techniques sont licites ou tolérées pour avoir un enfant, au mépris de la loi ou même sans avoir conscience de leur transgression tant leur désir d'enfant et de former une famille est incommensurable.

« *Ainsi, le recours aux dispositions d'une loi étrangère permet-il de conférer une apparence de régularité à une situation créée au mépris des dispositions de la loi applicable* » (Demande d'avis N° G 14700006).

Mais devant cet enfant, créé *in vitro*, quelle position prendre ?

Suite, à la même demande d'avis,

« *Depuis l'arrêt « Princesse de Bauffremont » (Cass. Civ., 18 mars 1878, S. 1878), note J.- E. Labbé, 1, P. 193), « Le droit international privé est devenu terre d'élection de la théorie de fraude à la loi. Conflits de lois et conflits de juridictions sont ainsi confrontés à la fraude à la loi. Mais si la sanction de l'inopposabilité en est certaine,*

*la fraude suppose que soit caractérisée une intention frauduleuse dont la **preuve** est **difficile à rapporter** ».*

C'est exactement, dans cette situation que la Cour de cassation a donné son avis : **conflits de juridictions** entraînant des divergences de décision. De plus, il est très difficile, voire impossible, de **prouver l'intention frauduleuse des parents**.

Pour les futurs parents, puisqu'ils ne peuvent obtenir en France ce que la « dérive » de la technique leur permet à l'étranger, pourquoi ne pas se rendre à l'étranger ?

De plus, une remarque s'impose : cette possibilité de se rendre à l'étranger ne peut-elle être invoquée comme une **discrimination**, seuls les couples ayant les « moyens » peuvent se rendre à l'étranger soit dans le cadre d'un cadre de type « high cost », coût élevé, ou dans un cadre de type « low cost », bas coût. Cet argument pourrait être repris par les partisans du passage de l'assistance à la procréation médicale à l'assistance médicale à la procréation sociétale.

De plus, les couples peuvent raisonner par analogie : par exemple, des français souhaitant accéder à un traitement non donné en France se rendent à l'étranger où le traitement est donné. Notons, toutefois, que dans le cas d'un traitement inaccessible en France (ce qui est très rare vu la qualité du système de santé en France, en effet, ce serait plutôt l'inverse qui se produirait, des étrangers se rendant en France) une seule personne est concernée, tandis que dans le recours à une technique de procréation assistée, il y a création d'un enfant.

Est-ce explicable sur le plan psychiatrique et psychique ? Est-ce un « passage à l'acte », une déplétion en sérotonine ?

Pour la première question, posée à la Cour de cassation :

« L'accès à la procréation médicalement assistée, ... »

et pour la deuxième question posée,

« L'intérêt supérieur de l'enfant ... »,

les réponses se trouvent dans l'avis du 22 septembre de la Cour de cassation.

A la suite du rapport de Madame Rachel Le Cotty, conseiller référendaire, la Cour de cassation a rendu **l'Avis n° 15010 du 22 septembre 2014**

(Demande d'avis n° G1470006 du 23 juin 2014 par jugement du 23 juin 2014 du tribunal de grande instance de Poitiers),

à l'opposé, « à 180 degrés », de l'arrêt du 13 septembre 2013 relatif à la « *fraude à la loi* ».

La Cour de cassation

« EST d'AVIS 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 ».

Essayons d'analyser cet avis « révolutionnaire » pour l'intérêt supérieur de l'enfant.

Si cet avis n'est que consultatif et a pour but d'éclairer la juridiction, il n'en demeure pas moins que cet avis opère un revirement de 180 degrés par rapport à l'arrêt de la Cour de cassation du 13 septembre 2013 et des deux arrêts de 2011 dans lesquels était privilégié l'intérêt de l'enfant *in concreto* et non *in abstracto*.

Dans cet avis, le mode de procréation, s'il est mentionné « *sous la forme d'une insémination artificielle* », n'est plus considéré comme une « *fraude à la loi* », en revanche « *l'intérêt de l'enfant* » doit être la considération primordiale à condition que les « *conditions légales* » et les dispositions administratives de l'adoption soient réunies selon la Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 du Conseil Constitutionnel :

52. « *Considérant, ... ; qu'elles ne soustraient pas les couples de personnes de même sexe aux règles, conditions et contrôles institués en matière de filiation adoptive* » ;

Nous nous retrouvons donc dans les conditions générales de l'adoption en faisant abstraction du mode de conception de l'enfant, que celui-ci ait été conçu *in vivo* ou *in vitro*.

Par ailleurs, en privilégeant l'intérêt supérieur de l'enfant, l'avis de la Cour de cassation a été donné dans l'esprit des deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 sur « *Interdire totalement l'établissement du lien de filiation entre un père et ses enfants biologiques nés d'une gestation pour autrui à l'étranger est contraire à la Convention* ».

Cet avis est, donc, une grande avancée pour les Droits de l'enfant et suscite, immédiatement, de nombreuses interrogations.

Quelles en seront les conséquences sur la jurisprudence et sur la législation ?

L'accès aux techniques de procréation assistée sera-t-il ouvert, dans un premier temps, aux couples lesbiens et, dans un deuxième temps, aux couples gays ?

Cependant, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, il faut souhaiter que cet avis ne reste que dans le domaine de la jurisprudence et ne conduise pas le législateur à légiférer en « ouvrant » les techniques de procréation assistée (« ART ») aux couples homosexuels.

En revanche, dans le domaine de l'adoption, nous pouvons augurer que cet avis va conduire les couples à faire appel des décisions des tribunaux de grande instance.

Forts de cet avis du 22 septembre, si les Cours d'appel n'infirmes pas les jugements des tribunaux de grande instance, les couples déposeront un pourvoi en Cour de cassation et seront prêts à aller jusqu'à déposer une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Par ailleurs, lors de la révision de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, le législateur élargira-t-il l'indication de l'assistance médicale à la procréation en passant du médical au sociétal ?

Le gouvernement s'est engagé à ne pas élargir le domaine de l'assistance médicale à la procréation, en examinant, au cas par cas, les requêtes de demande d'adoption par les couples homosexuels ou d'établissement de filiation des enfants nés du fait d'une maternité de substitution, la Cour européenne des droits de l'homme respectant la marge d'appréciation des Etats membres conformément au **principe de subsidiarité**.

Mais, il est indéniable que l'avis du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation n'ait pas une grande portée sur les 394 (684-290) requêtes en adoption, restant encore à traiter ?

De plus, il y a de nouvelles requêtes en adoption depuis le 17 juillet 2014 et il faut augurer que cet avis va inciter les couples lesbiens à faire de nouvelles requêtes en adoption.

Il faut **saluer, donc, cet avis très novateur du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation** qui reconnaît la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur son mode de conception, enfant personne vulnérable qui n'a pas demandé à être créé.

Cet avis fait date dans la jurisprudence de la Cour de cassation et s'inscrit dans l'évolution positive des droits de l'enfant en droit positif.

C'est dans la continuité de cet avis que la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière, a rendu les deux arrêts n°619 et n°620 du vendredi 3 juillet 2015, concernant la transcription d'acte de naissance d'enfants de couples gays, nés à l'étranger du fait d'une maternité de substitution.

Rappelons-nous la loi de 1972 établissant l'égalité des enfants légitimes et naturels simples ou adultérins, avec la réserve successorale pour les enfants adultérins, abolie par l'ordonnance de 2005, sous l'impulsion du doyen Jean Carbonnier et gommant l'horrible nom de bâtard, fut-il royal.

En conséquence, si, en référence à l'arrêt du 13 septembre 2013 de la Cour de cassation, certaines juridictions ont donné des décisions négatives de demandes d'adoption, cet arrêt ne semble plus faire jurisprudence comme l'a montré l'avis du 22 septembre de la Cour de cassation.

En effet jusqu'au 22 septembre 2014,

« Certaines juridictions ont estimé que, lorsque des femmes recouraient à une insémination artificielle avec donneur anonyme faite à l'étranger, elles commettaient une fraude à la loi justifiant que la demande d'adoption par l'épouse de la mère soit rejetée. Pour ces juridictions, la demande d'adoption était l'ultime étape d'un processus d'ensemble destiné à contourner la loi française en matière d'AMP » (Cour de cassation, Communiqué, Avis n°G1470006 et avis n°J1470007, du lundi 22 septembre 2014).

De plus, pour certains c'était un « détournement de l'institution de l'adoption », selon l'arrêt du 31 mai 1991, (ourvoi n°90-20105), rendu par la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière.

Si l'arrêt du 13 septembre 2013 avait pu, encore, dissuader certaines femmes seules ou couples lesbiens de se rendre à l'étranger, nous pensons que cet Avis du 22 septembre 2014, soit un an après, sera susceptible de lever cet interdit.

En effet le désir d'enfant est si fort, que le tourisme procréatif semble avoir un bel avenir, voire se développer pour les couples lesbiens dans l'espace Schengen, où les gamètes sont « libres de circuler ».

En effet, même si l'enfant ne peut être adopté par la compagne de sa mère, il a cependant un état civil, une nationalité française et une filiation établie par rapport à sa mère.

Par contre, il ne peut hériter en ligne directe de la compagne de sa mère et les droits de succession seront donc plus élevés et, en cas de décès de la mère, la compagne de n'a pas de droit sur l'enfant.

C'était, donc, dans ce contexte, que, l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens (APGL) ayant dénoncé les décisions des tribunaux de grande instance

d'Aix-en-Provence et de Versailles, les tribunaux de Poitiers et d'Avignon ont saisi, pour avis sur « *la fraude à la loi invoquée par les procureurs* », la Cour de cassation. Le tribunal de grande instance d'Avignon, le 19 juin 2014, a, également, interrogé la Cour de cassation sur : « *Le fait, pour des personnes n'ayant pas accès à cette technique en France, de recourir à une insémination artificielle avec donneur anonyme est-il une fraude à la loi sur l'adoption ?* »

Dans cette logique, il y a peut-être, même, une deuxième fraude à la loi ?

En effet, bien que le mariage de couples de même sexe soit licite en France depuis la loi n° 2014-404 du 17 mai 2013, n'y aurait-il pas un **détournement de l'institution du mariage** qui n'aurait alors pour finalité que l'adoption ?

Par ailleurs, il faut aussi signaler les grands risques des inséminations « **sauvages** » ou « **artisanales** » *in vitro*, voire *in vivo*, **sans garantie sanitaire**. Aux Pays-Bas, un homme a eu 143 enfants dont il connaît les dates de naissance et qu'il réunit pour fêter les anniversaires si ces derniers sont d'accord...

En conclusion, si l'insémination artificielle avec tiers donneur (IAD) dans le cadre sécurisé des CECOS pour un couple hétérosexuel permet de remédier à l'infertilité d'origine masculine et garantit les droits de l'enfant, en particulier son intérêt supérieur et son identité, elle est beaucoup plus discutable pour un couple homosexuel lesbien.

Notons toutefois, que en cas d'infertilité d'origine masculine, le protocole de fécondation *in vitro* en passant par la technique de l'ICSI (injection intracytoplasmique de spermatozoïdes) qui consiste à sélectionner le spermatozoïde le plus vivace, est un grand progrès. En effet, il permet pour un couple hétérosexuel de rester au sein d'une assistance médicale à la procréation homologue, les parents biologiques étant alors les parents sociaux avec pour conséquence l'établissement automatique de la filiation de l'enfant et évitant également le problème de l'anonymat du donneur.

Nous allons maintenant aborder le don d'ovocytes qui permet de remédier à l'infertilité d'origine féminine, mais qui, détourné de son indication médicale pour une indication sociétale, conduit à la maternité de substitution pouvant permettre à des couples homosexuels gays de devenir parents.

II-3-3 : **Don d'ovocytes** ou « The Gift of Life », (Don de la vie, Rene Almeling).

Historiquement, si le spermatozoïde eut un « statut médical » dès **1973** pour le don et la conservation par congélation, avec la création du premier CECOS à Bicêtre par le professeur Georges David, l'ovocyte n'atteignit le statut législatif qu'en **1994** avec la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don d'organes et de cellules, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, don reconduit en 2004 lors du réexamen de la loi de bioéthique. Mais lors du deuxième réexamen de la loi qui conduisit à la **loi n°2011-814** relative à la bioéthique du 7 juillet 2011, cette dernière contribua à une grande avancée pour le don d'ovocytes car elle autorisa la conservation des ovocytes par **vitrification**.

Pourquoi ce délai de 38 ans (1973-2011) ?

Comme nous l'avons déjà vu au niveau du chapitre 1 du titre 3 de la deuxième partie, les ovocytes sont produits par les ovaires, organe interne, et ont un stock programmé dès la naissance, dont la réserve peut être évaluée par le dosage de l'hormone anti-mulérienne, (AMH), définissant le « statut ovocyttaire » de la femme, à la grande différence des spermatozoïdes produits par les testicules, organe externe, avec un stock « infini », même si le nombre et la qualité des spermatozoïdes diminuent quantitativement et qualitativement avec l'âge de l'homme.

Comme le don de spermatozoïdes, le **don d'ovocytes** a pour indication de remédier à une **infertilité** cette fois d'**origine féminine**, et non masculine, et est donc un grand espoir pour les femmes infertiles souffrant d'insuffisance ovarienne.

Mais le don d'ovocytes s'avère beaucoup plus difficile que celui de spermatozoïdes car l'**ovocyte** est une cellule **rare** et **fragile**.

Rare, du fait de l'anatomie des ovaires, il faut aller « chercher l'ovocyte » par ponction ovocyttaire ne donnant qu'après stimulation ovarienne de la femme que 10 à 14 précieux ovocytes, environ, alors qu'un éjaculat de 2 à 5 millilitres de sperme contient des dizaines de millions de spermatozoïdes.

De plus, c'est une cellule **fragile**, difficile à conserver par cryoconservation car le rapport entre le cytoplasme et le noyau est très grand, donc il fallait trouver un procédé de cryoconservation qui empêche la formation de cristaux de glace pouvant léser cette précieuse cellule reproductrice, d'où l'attente jusqu'en 2011.

C'est par ses travaux dans le domaine de l'embryologie avec le docteur Hanada, commencés dès 1986 au Japon, à Tokyo, que Masashige Kuwayama (PhD), directeur

scientifique de la « Kato Ladies'Clinic », développa en 1999 la méthode de vitrification avec le procédé ou système « Cryotop » pour les ovocytes humains et créa la première **banque d'ovocytes en 2001** (*RBMOnline –Vol 11. No 3. 2005 300-308 Reproductive BioMedecine Online ; www. rbmonline.com/Article/1827 on web 15 July 2005 ;*

RBMOnline – Vol 11. No 5. 2005 608-614 Reproductive BioMedecine Online ; www. rbmonline.com/ Article/ 1925 on web 26 September 2005).

Douze grossesses furent obtenues après 29 transferts chez des patientes de 25 à 37 ans.

En France, il a, donc, fallu attendre 2011 pour que la conservation des ovocytes par le procédé de vitrification soit autorisée par la loi relative à la bioéthique en 2011, ce qui permit, comme au Japon, de créer des banques d'ovocytes intégrées au sein des CECOS, ainsi que la naissance de bébés issus de dons d'ovocytes vitrifiés.

C'est ce qu'a expliqué le professeur Samir Hamamah, chef du service de biologie de la reproduction du Centre Hospitalier Universitaire (CHU) de Montpellier, l'ovocyte étant une cellule fragile donc plus sensible aux processus de congélation et de décongélation, « *En particulier le maintien de la structure d'un ovocyte, du fait de sa grande taille est extrêmement délicat* ». Il a donc fallu attendre les progrès des procédés de cryoconservation pour que les ovocytes puissent être conservés par **vitrification**, technique autorisée par la loi de bioéthique de 2011

Donc, jusqu'en 2011, le don d'ovocyte était très rare, les ovocytes ne pouvant être conservés, et très difficile car il fallait « *synchroniser* » la donneuse et la receveuse.

Avant 2011 puisque la vitrification, technique récente, n'était pas autorisée, il fallait dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation réaliser un « couplage » ou un « timing », c'est-à-dire faire venir en même temps la donneuse et le couple candidat à l'assistance médicale à la procréation. Il s'agissait d'un « **don synchrone** » entre une donneuse qui donnait son ovocyte, après avoir suivi un traitement d'induction de l'ovulation et subi une ponction ovocytaire sous anesthésie générale, et la receveuse qui arrivait dans le service de la biologie de la reproduction, ayant eu elle aussi un traitement hormonal pour préparer l'utérus à la « nidation », au même moment pour réaliser une fécondation *in vitro*. Il était alors difficile de maintenir l'anonymat entre la donneuse et la receveuse.

Une fois le ou les ovocytes de la donneuse recueillis, ils étaient mis en fécondation avec les spermatozoïdes du mari ou du compagnon de la receveuse et, s'il y avait eu

fécondation *in vitro*, un embryon, voire deux, était implanté (s) dans l'utérus de la receveuse à J+1 ou J+3 ou J+5 selon les protocoles.

C'est pourquoi, le procédé de **vitrification**, autorisé par la loi de 2011, a été une révolution pour la conservation des ovocytes avec pour conséquence la création de « **banque d'ovocytes** » **pour le don sous la responsabilité des CECOS**.

De plus, la vitrification des ovocytes permet à une femme de **préserver sa fertilité** avant de subir un traitement risquant de l'altérer dans des cas de cancer par exemple.

Par contre, l'**indication** ne doit être que **médicale**, et non à des **fins de convenance**, les praticiens étant garants de l'indication de vitrification.

Récemment, une campagne a été faite en faveur de la vitrification des ovocytes pour permettre à une femme le déroulement de sa carrière avant de procréer, les entreprises allant jusqu'à proposer de prendre en charge les frais médicaux de l'employée afin qu'elle termine son projet professionnel. Où est passé le secret professionnel et quelles seront les relations employeur, employée ?

En effet, il convient de dire aux femmes de ne pas procréer trop tard et que la vitrification de leurs ovocytes ne doit pas les conduire à retarder le moment de la procréation. Le dernier rapport de l'INSEE de 2013 sur la procréation précise que la France est le deuxième pays d'Europe pour la fécondité avec un indice de fécondité de 1,9, mais qu'en revanche la moyenne d'âge pour les femmes est supérieure ou égale à 28 ans et pour les hommes supérieure à 30 ans.

Rappelons-nous la phrase du professeur Maurice Lacomme, ancien « patron » du service de gynécologie-obstétrique de l'hôpital Beaudelocque, à Paris (maintenant maternité de Port-Royal) : « *les grossesses faciles des femmes de 22 à 30 ans* ».

De plus, 57 % des enfants naissent hors mariage, confirmant la séparation entre l'institution du mariage plus que millénaire et l'acte de procréation.

Pour mémoire, rappelons que les spermatozoïdes étant moins fragiles que les ovocytes, et donc pouvant être congelés avant 1994 certains hommes, devant subir un traitement chimiothérapique prenaient la précaution de faire congeler leurs spermatozoïdes pour préserver leur fertilité. S'ils guérissaient, certains demandaient avec leur épouse la restitution des paillettes de sperme pour procéder à une fécondation *in vitro*. Cette pratique étant connue du législateur de 1994, ce dernier dans la loi n° 94-654 relative au don, à l'assistance médicale à la procréation médicale à la procréation et au diagnostic prénatal prit soin de préciser que l'assistance médicale à la procréation ne s'adressait qu'à un **homme** et à une **femme**

vivant pour éviter de créer *de facto* un demi-orphelin. En effet, avant 1994, si malheureusement l'homme était décédé, quelquefois la femme demandait à ce que l'on lui restituât les paillettes de sperme de son défunt mari pour réaliser une fécondation *in vitro*. Selon les tribunaux de grande instance, les décisions n'étaient pas les mêmes : soit les paillettes étaient restituées à la veuve, soit les paillettes ne lui étaient pas restituées et détruites. En conséquence, le législateur de 1994 a tranché : la fécondation *in vitro* ne s'adresse qu'à un couple vivant.

La conservation des ovocytes par vitrification étant récente, il semble n'y ait pas eu de demande de restitution d'ovocytes vitrifiés par un époux ou un compagnon en cas de décès de l'épouse ou de la compagne, mais cette hypothèse est une **pure fiction** : la loi de bioéthique précise que l'homme et la femme doivent être vivants et, de surcroît, le mari ou le compagnon devrait avoir recours à une mère de substitution pour pratiquer une maternité de substitution, ce qui est prohibé en France (un homme ayant besoin des ovocytes et de l'utérus d'une femme pour procréer).

Les conditions requises pour l'assistance médicale à la procréation montrent que le législateur, tout en reconnaissant les progrès de la biologie de la reproduction en légiférant sur l'assistance médicale à la procréation, a garanti les droits de l'enfant (la CIDE ayant été ratifiée par la France le 20 septembre 1990 et les premières lois de bioéthique datant de 1994).

Malgré la possibilité de vitrifier les ovocytes depuis 2011, il y a un déséquilibre entre l'offre et la demande d'ovocytes.

En 2012, 422 femmes ont fait un don d'ovocytes pour près de 800 fécondations *in vitro* pour des couples et 164 enfants sont nés suite à une AMP avec don d'ovocytes.

Aussi l'Agence de biomédecine, cherchant 900 donneuses d'ovocytes, (18 novembre 2013) a lancé un nouveau site internet : « *Le don d'ovocytes près de chez vous* » en développant l'information « *Le don d'ovocytes est une démarche intime qui nécessite d'être rassurée* ». De plus, régulièrement l'Agence de biomédecine conduit des campagnes de communication pour le don d'ovocytes : « *Les plus beaux cadeaux ne sont pas forcément les plus gros* ».

Pour donner, il suffit d'être âgée de 18 ans (majeure) à 37 ans, d'avoir déjà eu un ou plusieurs enfants (un décret « *autorisant les femmes nullipares à être donneuses* » est en cours de préparation au ministère des affaires sociales et de la santé) et être en bonne santé.

Mais essayons d'expliquer sur le plan médical et éthique les raisons de cette insuffisance de dons d'ovocytes, créant une pénurie d'ovocytes.

Sur le **plan médical**, physiologiquement, une femme ne produit qu'un seul, exceptionnellement deux, ovocyte(s) au cours du cycle menstruel. En conséquence, si une femme veut donner ses ovocytes, elle doit subir un **traitement d'induction de l'ovulation lourd** nécessitant des prélèvements de sang pour les dosages hormonaux et des examens échographiques au cours de la première partie du cycle avant de subir la ponction ovocytaire sous anesthésie générale au moment du « pic ovulatoire » pour prélever les ovocytes. Ces ovocytes seront ensuite vitrifiés, conservés dans les CECOS et donnés **anonymement** à une receveuse. De plus, ce traitement d'induction de l'ovulation peut avoir des conséquences à court et moyen terme : syndrome d'hypertension ovarienne (SHO), le cancer étant plus discuté.

Par ailleurs, or les risques médicaux pouvant survenir après l'induction de l'ovulation, la femme doit se rendre plusieurs fois dans le service de biologie de la reproduction au cours du traitement de l'induction de l'ovulation pour les examens biologiques et échographiques avant de subir la ponction ovocytaire sous anesthésie générale, ce qui semble peu compatible avec une vie professionnelle en « période de crise », même si le législateur a prévu cette situation dans la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011, l'article L. 1244-5 (loi n° 20011-814 du 7 juillet 2011) disposant que : « *La donneuse bénéficie d'une **autorisation d'absence** de son employeur pour se rendre aux examens et se soumettre aux interventions nécessaires à la stimulation ovarienne et au prélèvement ovocytaire. Lorsque la donneuse est salariée, l'autorisation est accordée dans les conditions prévues au second alinéa de l'article L. 1255-16 du code du travail* ».

Cet article montre l'impossibilité de respecter le secret professionnel dans ce cas si la donneuse révèle à son employeur la raison pour laquelle elle demande une « autorisation d'absence ». De plus, même si l'employeur doit « accorder » à son employé une « *autorisation d'absence* », qu'en pensera-t-il ? Comment la jugera-t-il ? Cette démarche « altruiste » peut être soit bien perçue par son employeur, ce qui est peu probable, soit au contraire critiquée ? Qu'en penseront ses collègues ?

Cette démarche, dans un contexte de « faible croissance », semble surréaliste et incompatible avec une vie professionnelle.

Si la donneuse est son propre patron, a-t-elle les moyens financiers de subir un tel traitement ? Rappelons que les ovocytes rares, donc précieux, ne sont pas accessibles directement à la différence des spermatozoïdes.

De plus, le **don** étant **gratuit** selon le principe de bioéthique de non-patrimonialité du corps humain, y compris pour les organes et les cellules et, ce d'autant plus que l'ovocyte est une cellule reproductrice, donc ultraprécieuse, il apparaît qu'il faut vraiment une grande motivation et un grand altruisme pour être donneuse d'ovocytes. Matthieu Ricard dans son livre : « *Plaidoyer pour l'altruisme* » (Collection Pocket, édition Nil), souligne dans l'introduction (39) l'importance de la lucidité dans la démarche de l'altruisme : « *l'altruisme doit être éclairé par la lucidité et la sagesse* ».

Sur le plan éthique, se pose le même problème que pour le don de spermatozoïdes, c'est-à-dire celui de **l'anonymat du don d'ovocytes** et de l'accès aux origines personnelles. Ai-je une petite fille ou un petit garçon dans la « nature » et combien ? Est-ce que mes enfants, puisque en ce moment les donneuses doivent déjà avoir eu des enfants, sauront qu'ils ont des demi-frères ou demi-sœurs dans la nature, et, où vivent-ils?

Cependant, le **bilan n'est pas négatif** :

il y a déjà eu plusieurs naissances en France survenues du fait d'une assistance médicale à la procréation hétérologue avec don d'ovocytes vitrifiés : la première naissance d'un enfant issu d'une vitrification, a eu lieu à Paris à Cochin le 4 mars 2012, puis, après un autre enfant à l'hôpital Jean-Verdier à Bondy, d'autres au CHU de Rennes et Lilou et Bastien en juillet et août 2013 au CHRU de Montpellier pour ne citer que quelques-uns.

La légalisation de la vitrification des ovocytes a fait entrer au sein des CECOS l'ovocyte, cette cellule rare et fragile, ultraprécieuse, permettant de constituer, à l'instar des banques de spermatozoïdes, des banques d'ovocytes dans un cadre licite permettant de pallier une infertilité d'origine féminine.

Cependant une remarque s'impose, l'**âge limite** de la femme pour être bénéficiaire d'un don d'ovocytes est de **quarante-trois ans** (le premier jour de la date anniversaire). Cet âge de 43 ans a été aligné sur celui de la prise en charge de l'assistance médicale à la procréation par l'assurance maladie, qui est aussi de quarante-trois ans. En effet, il est logique, puisque l'AMP n'est plus prise en charge, que le don d'ovocytes pour une AMP hétérologue s'arrête à quarante-trois ans.

Mais, pour certains couples, cette limite d'âge n'est pas tolérable et les incite à se rendre dans des cliniques de fertilité à l'étranger, à Barcelone, au Portugal, voire en Ukraine, par exemple, pour que la femme ait un don d'ovocytes dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation hétérologue. En effet, le don d'ovocytes entraîne *de facto* une fécondation *in vitro* (FIV) puisqu'il faut obligatoirement mettre en contact spermatozoïdes et ovocytes *in vitro*. Ensuite, s'il y a eu fécondation et si la femme a un utérus, l'embryon est implanté dans l'utérus de la femme et elle porte l'enfant.

Qu'advient-il de la filiation de l'enfant ? Le couple rentre en France, la femme peut déclarer sa grossesse (une grossesse au-delà de 43 ans n'a rien d'anormal) et, à la naissance, l'enfant aura une nationalité française et une filiation établie à l'égard de ses parents.

Trois remarques s'imposent :

la première, c'est la transgression de l'âge limite du don d'ovocytes de 43 ans par les parents, qui, *a priori*, peut ne pas être connue des services de l'Etat civil français ;

la seconde, l'enfant, lui, aura connaissance de la transgression de la norme, si son mode de conception lui est révélé, ce qui, du reste, est souhaitable (il pourrait avoir des doutes s'il ressemble peu à l'un de ses deux parents) et s'il réalise l'âge que sa mère avait à sa conception à savoir plus de 43 ans ;

la troisième est que, pour les couples lesbiens, la limite d'âge n'est pas fixée par une norme, mais par « l'horloge biologique » (la ménopause).

Donc, nous voyons que l'ovocyte est une cellule ultraprécieuse comme la bague de fiançailles, gage d'enfants à venir.

Mais la transgression ultime pour le don d'ovocytes est la maternité de substitution pour les **couples gays** qui ont « besoin » d'un ovocyte et d'un utérus.

Pour mémoire, aux Etats-Unis, le coût estimé pour une maternité de substitution de type commercial « high cost », haut coût, avec don d'ovocytes pour les parents intentionnels par l'agence peut varier entre 70 000 et 80 000 dollars, \$US, (« Gestational surrogacy **with egg donation** cost estimates for intended parents »), le coût étant plus élevé puisqu'il y a un don d'ovocytes, la donneuse devant elle, aussi, être rémunérée.

Pour la nationalité et la filiation de l'enfant, comme nous l'avons déjà mentionné au niveau de la législation comparée, l'enfant a la nationalité américaine et une filiation établie à l'égard de ses parents. Cette filiation devrait être aussi reconnue en France à

la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014, invalidant la jurisprudence antérieure de la Cour de la cassation, puisque la garde des Sceaux a dit qu'elle ne ferait pas appel de la décision, allant dans le sens de sa circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance d'un certificat de nationalité française.

En effet, le vendredi 27 juin 2014, le gouvernement a annoncé qu'il ne contesterait pas l'arrêt de la Cour européenne du 26 juin 2014 pour non-transcription des états civils des enfants nés du fait d'une gestation pour autrui à l'étranger.

« *Le gouvernement a toujours résolument défendu l'idée qu'il fallait distinguer le sort des enfants de celui du contrat illicite* » que constitue la GPA, a justifié la secrétaire d'Etat à la famille, Laurence Rossignol.

« *En distinguant les droits de l'enfant du choix des parents, la Cour conforte cette position et rend à la France sa souveraineté totale en matière d'ordre public* » (La Croix, lundi 30 juin 2014, page 3).

Cependant, des élus veulent déposer des propositions de lois au bureau de l'Assemblée nationale avec des sanctions pénales pour la gestation pour autrui, qui est déjà prohibée aux articles 16-7 et 16-9 du code civil assortis de sanctions pénales. Mais pour être efficace, il faudrait, peut-être, comme le préconise le professeur Philippe Conte renforcer le **délit d'entremise** et développer l'information en soulignant les **risques de la maternité de substitution**.

Faudrait-il faire une double incrimination, sur le modèle d'une autre forme de tourisme : le tourisme sexuel, incriminer la maternité de substitution, même, si elle est réalisée hors de France ?

Si la **maternité de substitution** en faveur de **couples gays** peut sembler être une **transgression** des techniques d'assistance médicale à la procréation, elle a, toutefois, pour certains le « mérite » de donner des enfants à des couples gays qui les désirent, veulent former une « famille » et seront probablement de bons parents, même si la « famille » est homosexuelle.

Elle peut, même, paraître presque recevable, tolérable au regard d'une transgression ultime que nous révèle Le Figaro international du 21 août 2014 dans :

« *L'affaire de Bangkok : « Another 21 surrogate banies found at Bangkok apartment* »,

([http : // www. lefigaro. fr/ international/ 2014/ 08/ 21](http://www.lefigaro.fr/international/2014/08/21)).

En effet, l'article nous apprend qu'à Bangkok, en Thaïlande, un homme d'affaires japonais a eu 21 bébés, douze petits garçons et neuf petites filles, de différentes mères porteuses et que les enfants sont « gardés » par des nounous (nurses) dans un appartement de Bangkok : l'homme d'affaires japonais dit « *qu'il souhaitait mille enfants à raison de quinze par année et, même, faire congeler ses gamètes pour assurer encore sa descendance après sa mort* ».

L'article ne précise pas quelles sont la filiation et la nationalité des enfants.

Devant cette situation surréaliste et sans qualificatif vis-à-vis des droits de l'enfant, le gouvernement de Thaïlande (article 7§2 de la CIDE°), la police de Bangkok et Interpol se sont saisis de l'affaire et ont eu confirmation par un test ADN d'empreinte génétique que le japonais était bien le père des 21 enfants...

Quelle motivation pour ce japonais ? Interrogé par Mariam Kuhunashvili du centre de fertilité « Newlife Global Network », le père japonais répondit « *qu'il voulait une famille nombreuse qui voterait pour lui pour remporter des élections au Japon et qu'il voulait rendre service à la planète en laissant derrière lui le plus d'enfants possible* » (Metro, 22/08/2014, 11 heures 09), d'autres sources émettent l'hypothèse que c'est pour obtenir des cellules souches *via* le sang de cordon ou bien du liquide amniotique pour l'industrie cosmétologique, ce qui peut paraître, peut être, plus crédible, avec cette réserve qu'il faudrait, car dans ce cas, la complicité des services d'obstétrique, où accouchent les mères de substitution.

Cela n'est pas à nous d'enquêter sur cette affaire, mais de constater seulement que dans ce scandale nous avons atteint le fond (« background »), l'abîme de la dérive de la maternité de substitution. Il n'existe pas de qualificatif possible pour décrire une telle situation. Est-ce que « *Nous avons atteint le point ultime de l'irrationnel, de la décence, de l'inhumain ...* », selon Françoise Boucheron, ancien Conservateur en chef de la Bibliothèque Interuniversitaire de Santé (BIUS), pôle Pharmacie-Biologie-Cosmétologie de l'Université Paris Descartes ?

Face à ces situations catastrophiques, il faut augurer que les pays, qui pratiquent la maternité de substitution de type « low cost », bas coût, renforceront leur législation comme l'a déjà fait l'Inde en instituant le « visa médical » pour pouvoir faire pratiquer une maternité de substitution.

Malgré ces dérives possibles du don de d'ovocytes, en conclusion, nous allons tenter de faire un bilan du don de gamètes.

II-3-4 : Bilan du don de gamètes

Il est incontestable que le bilan du don de gamètes, qui représente 5 % de l'assistance médicale à la procréation **hétérologue**, majoritairement due au don de spermatozoïdes, puis à celui du don d'ovocytes et très peu à celui du don d'embryons surnuméraires est positif car il permet à des couples infertiles de fonder une famille.

Le rapport médical et scientifique de l'Agence de la biomédecine de 2013 sur l'activité d'assistance médicale à la procréation (synthèse de presse bioéthique 29 juillet 2014) confirme, à nouveau, que les tentatives réalisées avec les **deux** membres du couple représentent 95 % des tentatives et « *dans 5 % des cas, le couple a recours à des spermatozoïdes, des ovocytes ou des embryons issus de don* ».

Concernant le nombre de « tentatives » d'assistance médicale à la procréation avec **don d'ovocytes**, 1084 tentatives ont été réalisées par 713 couples en 2012 et 933 en 2009 par 570 couples.

Est-ce que cette augmentation de « tentatives » d'assistance médicale à la procréation d'environ 14 % avec don d'ovocytes peut être due à la possibilité de vitrifier les ovocytes depuis 2011 ?

Toutefois, l'Agence de la biomédecine (ABM) note que l'activité du don d'ovocytes, même si elle augmente, est « *toujours insuffisante au regard de la demande et la situation de pénurie persiste* ».

En conséquence, comme le précise le rapport : « *le recours au don d'ovocytes dans un pays étranger s'accroît chaque année* ». Est-ce un visa pour les couples se rendant à l'étranger ou une requête au législateur pour qu'il recule l'âge limite pour le don d'ovocytes ?

Mais à partir du moment, où l'homme peut avoir accès *in vitro* aux cellules reproductrices, spermatozoïdes et ovocytes, et les « utiliser », toutes les dérives sont possibles, loin de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Nous allons prendre pour exemple le récit fait par Jeanine Salomone dans le livre qu'elle a écrit : « *Je l'ai tant voulu, Maman à 62 ans* », éditions JC Lattès, 2002. Nous ne la jugeons pas, évidemment, mais nous sommes sidérés au sens latin du terme.

Ce livre est très intéressant sur le fond car il illustre et démontre comment les progrès de la biologie de la reproduction peuvent « déréguler » l'assistance médicale à la procréation.

Les faits sont simples : Jeanine Salomone, à l'âge de 62 ans, donc ménopausée, rêve d'un enfant à « tout prix ». Le seul moyen est alors de recourir à un **double don** de gamètes, ce qui est interdit en France (article L.2141-2 du code de la santé publique). Donc elle part pour les Etats-Unis avec son frère, qui donnera ses gamètes pour qu'il y ait un lien génétique et une ressemblance et familiale. Un don d'ovocytes ayant été fait par une donneuse, son frère fait alors don de ses spermatozoïdes (la production de spermatozoïdes ne s'arrêtant pas avec l'âge), l'un pour sa sœur, qui procède à une fécondation *in vitro* sous stimulation hormonale avec les risques d'embolie pulmonaire (risque de grossesse chez une femme de 62 ans), et l'autre, par précaution, en faveur d'une mère de substitution qui porte les embryons, issus du même don de spermatozoïdes et du même don d'ovocytes.

La sœur, de retour en France, et la mère de substitution, aux Etats-Unis, mènent leur grossesse à terme et donnent naissance, la sœur à un petit garçon et la mère de substitution à une petite fille. La sœur va alors chercher la petite fille aux Etats-Unis et se retrouve mère de deux enfants auxquels elle a dédié son livre : « *A mes deux merveilles* ».

Nous ne pouvons expliquer les motivations psychologiques de la mère, cela n'est ni de notre compétence, ni du domaine de cette thèse.

Par contre sur le plan génétique, les deux enfants, la petite fille et le petit garçon, sont frère et sœur, puisque ils sont issus des mêmes dons d'ovocytes (donneuse d'ovocytes aux Etats-Unis) et de spermatozoïdes (don du frère), et n'ont aucun lien génétique avec leur mère.

Sur le plan familial, ils sont théoriquement les « neveux de leur oncle », qui sur le plan biologique est leur père.

Est-ce un inceste du frère vis-à-vis d'une part de sa sœur, même si la fécondation a eu lieu *in vitro*, et, d'autre part, de ses « neveux », qui, sur le plan biologique, sont ses enfants demi-génétiques ?

Quels repères familiaux ces enfants auront-ils, si les secrets de leur conception leur sont révélés ou s'ils l'apprennent *via* le livre de leur « mère » ?

La question est, alors, de savoir si c'est vraiment l'intérêt de l'enfant, que la mère livre ses secrets à travers un livre, relatant ces faits et le caractère incestueux de la procréation, même, si il s'agit d'une procréation *in vitro*.

Face à de telles situations, s'il semblerait, peut-être, urgent de reconnaître la filiation incestueuse, même, si les enfants ont été conçus par fécondation *in vitro*, selon le

professeur Gérard Champenois : « *Cette reconnaissance par le père serait plus pénalisante pour l'enfant en lui révélant son géniteur et non conforme à l'intérêt de l'enfant* », l'article L.310-2 du code civil disposant que :

«S'il existe entre le père et la mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ».

En effet, si le secret du caractère incestueux de la conception des enfants est levé, comment ces derniers réagiront-ils ?

Cet exemple est peut-être le seul au monde, mais il montre comment l'on peut se « servir » de gamètes comme un puzzle ou un jeu de lego.

Nous pouvons citer un autre exemple : celui d'un **couple gay**, constitué de deux hommes, A et B, pour la compréhension du schéma, ayant eu des jumeaux, chaque homme ayant donné ses spermatozoïdes, fécondés avec les ovocytes de la **même donneuse**.

Ensuite, les deux embryons, issus pour l'un de l'ovocyte de la même donneuse et du spermatozoïde du père A et pour l'autre de l'ovocyte de la même donneuse et du spermatozoïde du père B, ont été portés par la mère de substitution, qui a donné naissance à deux jumeaux.

En conséquence, les jumeaux sont, uniquement, demi-frères par la donneuse d'ovocytes, mais n'ont pas de liens génétiques entre eux *via* les deux pères, chaque jumeau n'ayant un lien génétique qu'avec son père biologique.

Cet exemple montre de plus comment les dérives de l'utilisation des techniques de reproduction assistée (ART) conduisent à détourner la nature.

Dans ce cas de désir d'enfant à tout prix, est-ce que le clonage reproductif, prohibé par la loi de bioéthique n° 94-653 relative au respect du corps humain, eût-il été préférable ?

Est-ce que les enfants chercheront à connaître l'autre moitié de leurs origines génétiques, ce qui nous conduit à traiter maintenant l'anonymat du don de gamètes.

En effet, un enfant est heureux de ressembler à ses parents et d'avoir la même voix que sa mère, si c'est une fille, ou que son père, si c'est un garçon, ou d'entendre « *vous êtes le fils ou la fille de* ».

II-3-5 : Anonymat du don de gamètes

Pour bien comprendre le problème de l'anonymat du don de gamètes face à l'intérêt supérieur de l'enfant, nous allons analyser la problématique de l'anonymat au regard de l'**article 7** de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Cet article énonce que :

1. « *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* ».
2. « *Les Etats parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait **apatride*** ».

Cet article 7 de la CIDE est la clef de voûte de l'anonymat.

En effet, en donnant un nom à l'enfant, ce dernier va avoir une filiation établie avec, en général, une nationalité et une identité.

A l'opposé, l'anonymat de **a**, privatif en latin, prive l'enfant d'un nom avec toutes les conséquences qui en découlent. Rappelons l'importance du nom pour l'enfant.

Dans l'Evangile de Saint Luc, Zaccharie, le père de saint Jean-Baptiste, précise, en écrivant sur le sable, que « *son nom est Jean* ».

Les évangélistes, Saint Luc (Lc 3, 23-38, Nouveau Testament, TOB) et saint Matthieu, dans leurs évangiles inscrivent le Christ dans une **généalogie** :

« *1 Livre des origines de Jésus Christ, fils de David, fils d'Abraham :*

« *Abraham engendra Isaac,*

Isaac engendra Jacob,

....,

Jacob engendra Joseph, l'époux de Marie de laquelle est né Jésus, que l'on appelle Christ » (Mt 1, 1-16, Nouveau Testament, TOB), ainsi par saint Joseph le Christ descend de la maison de David.

Les évangélistes, en donnant une généalogie au Christ, L'inscrivent dans le temps.

Cette notion d'**origine** trouve, également, toute son importance dans un proverbe yiddish :

« *On ne peut donner*

que deux choses à ses enfants :

des racines et des ailes » (Bébés d'hier, sous la direction de Marie-Odile Mergnac, Editions Archives & Culture, Collection Vie d'Autrefois).

C'est donc, dans ce cadre, que nous allons définir les mots « clefs » pouvant « ouvrir la porte » de la problématique de l'anonymat.

Nous définissons les mots ci-dessous selon le dictionnaire encyclopédique Larousse :
Nom (du latin, *momen, inis*) « *Mot qui dénomme une famille, qui la distingue d'une autre et qui constitue l'élément principal de l'identité de chacun de ses membres* ». Par opposition au prénom, l'on dit aussi nom de famille ou nom patronymique.

Identité : (du latin *idem* : même), comme il existe plusieurs formes d'identités, par exemple les « *identités remarquables* » en mathématiques, nous nous attacherons au sens de l'**identité juridique** d'une personne humaine.

« *Ensemble des données de fait et de droit qui permettent d'individualiser quelqu'un* » (date et lieu de naissance, filiations paternelle et maternelle, taille, couleur des yeux : données nécessaires pour établir une carte nationale d'identité ou un passeport) « *qui font qu'une personne est bien telle personne déterminée* ».

Notons que chez les jumeaux homozygotes (issus du même œuf) seules les empreintes digitales les distinguent, ils ont les mêmes empreintes génétiques.

En conséquence, les tests génétiques ne peuvent être utilisés pour les différencier soit dans le domaine civil, soit dans le domaine pénal.

Nationalité : c'est « *l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un Etat* ».

A l'opposé, nous avons :

Anonyme : (du grec, de *a* privatif et *ōnoma*, atos: nom)

« *Se dit de quelqu'un dont on ignore le nom, qu'on n'a pas pu identifier* ».

Anonymat : « *Etat de quelqu'un qui reste anonyme* ».

Nous allons voir, maintenant, comment les mentalités ont évolué et pourquoi maintenant la levée de l'anonymat est demandée dans le cadre des dons de gamètes.

II-3-5-1 : Genèse de la problématique de l'anonymat du don de gamètes

Pourquoi 42 ans après les premiers dons de spermatozoïdes, avec la création des CECOS en 1973, et 21 ans après les premiers dons d'ovocytes, avec les lois de bioéthique de 1994, se pose le problème de la **levée de l'anonymat**, principe fondateur de la bioéthique en ce qui concerne le don, qu'il soit d'organes ou de gamètes, principe réaffirmé par les réexamens de la loi relative à la bioéthique en 2004 et en 2011 ?

Il faut comprendre que : « *Dans le cadre institutionnel, plus de 50 000 enfants sont nés sur le **territoire français** de 1973 à 2013 (plus de 38 000 de 1973 à 2002) grâce à plus de 9300 donneurs* » ([http : //fr.wikipedia.org/wiki/Don_de_sperme](http://fr.wikipedia.org/wiki/Don_de_sperme)).

En France, donc, certains de ces enfants, nés principalement d'un don de spermatozoïdes et, à un degré moindre, d'un don d'ovocytes, sont devenus, maintenant, des adultes majeurs, des « quadras », voire des trentenaires, et qu'au niveau mondial, ils sont plusieurs millions à être nés d'un don de gamètes en parallèle au développement des techniques de procréation assistée.

Si le secret du mode de conception leur a été révélé, se pose immédiatement pour certains le droit à l'accès à son ascendance (« *Access to ancestry* » selon Alice Diver, « *A Law of Blood-ties-The Right to Access Genetic Ancestry* », Springer, page 2).

Ce droit à l'**accès des origines** s'inscrit dans un droit subjectif de « droit à » et d'une société égalitaire avec l'évolution de la **notion d'identité** et de société égalitaire, ne supportant plus la discrimination.

Ce qui était admis en 1973 avec les CECOS et en 1994 avec le triptyque des lois de bioéthique ne l'est plus en 2014, rappelons que la levée ou non de l'anonymat du don de gamètes a été l'un des enjeux du réexamen de la loi de bioéthique de 2011 qui l'a maintenu.

Nous pouvons nous interroger sur le choix de l'anonymat par le professeur Georges David et ses collègues en 1973, anonymat maintenu par la loi de bioéthique de 2011, même si d'autres pays européens ou d'autres continents l'ont levé.

Il est évident que, pour le couple donneur comme pour le couple receveur, le maintien de l'anonymat est une garantie : il n'y aura pas d'interactions entre les deux familles et le donneur ou la donneuse n'a pas de responsabilité vis-à-vis de l'enfant.

Les intérêts des couples donneurs et receveurs sont convergents.

Mais pour l'enfant, c'est le contraire : son intérêt est à 180 degrés de celui de ses parents, à moins que ses parents ne lui aient pas révélé le secret de sa conception, ce

qui est déconseillé par les pédopsychiatres, et qu'il ne s'étonne pas de ne pas ressembler à l'un de ses deux parents.

De facto, l'enfant est privé de la connaissance de la moitié de ses origines, c'est-à-dire de la moitié de son « **ADN** », **acide désoxyribonucléique**, « molécule primordiale de la génétique, celle qui porte l'information héréditaire au sein des chromosomes » (Biologie moléculaire du gène, sixième édition, James Watson, Tania Baker, Stephen bell, Alexander Gann, Michael Levine, richard Losick, Pearson, page 8 et suivantes).

Si la molécule d'ADN était connue, il fallait déterminer sa structure.

« A la fin des années 1940 et au début des années 1950, plusieurs équipes aux Etats-Unis et en Europe engagèrent de sérieux efforts en ce sens dans un esprit de compétition et de collaboration tout à la fois ».

La **structure en double hélice** fut établie par la méthode de diffraction des rayons X sur des cristaux d'ADN, en 1953 dans le laboratoire Cavendish à Cambridge, par James Watson et Francis Crick, qui reçurent tous deux le prix Nobel de physiologie et de médecine le 31 octobre 1962. Il s'agit donc de « **deux chaînes polynucléotidiques qui s'enroulent l'une autour de l'autre pour former une double hélice régulière** » les deux brins étant complémentaires.

La structure de l'ADN est composé de séquences de **nucléotides**, constitués chacun d'un groupe : le **5'phosphate**, lié à un sucre, le **2'désoxyribose**, lui-même lié à une **base azotée**.

Il y a quatre bases azotées, regroupées en deux classes, celle des **purines**, l'**adénine** (A) et la **guanine** (G), et celle des **pyrimidines**, la cytosine (C) et la thymine (T).

Ces bases sont complémentaires, c'est-à-dire qu'elles donnent la structure en double hélice de l'ADN, une base purique est toujours en face d'une base pyrimidique, formant les couples adénine / thymine, guanine /cytosine.

Cette structure de l'ADN en double hélice se traduit pour un enfant, issu d'un don de gamètes, pour le professeur Jean-Michel Warnet à un enfant réduit à une « *simple hélice* » sur le plan psychologique, mais non sur le plan génétique. C'est cette moitié de l'ADN inconnue que l'enfant recherche dans sa quête à ses origines.

L'ADN est porteur de l'information génétique dans le **génotype** qui s'exprime en donnant le **phénotype** en interaction avec l'environnement *via* l'épigénétique.

Nous avons vu que lors de la vie *in utero*, il y a des modifications dans la fonction de l'expression du gène (la séquence de l'ADN n'est pas modifiée) par des mécanismes

épigénétiques, créant même l'**épigénotype** en interaction avec l'environnement maternel.

Pour Maria-Elena Torres-Padilla (Generating different epigenotypes, Reproductive BioMedicine Online, 2013 27, 624-628, Elsevier), la définition actuelle de l'épigénétique fait référence aux changements dans la fonction du gène qui ne modifie pas la séquence du DNA : l'épigénétique est comme une information « imposée » à l'ADN (« DNA ») (ou même totalement indépendante de lui) et strictement « parlante », faisant référence aux changements dans la fonction du gène lors de la mitose ou de la méiose :

(« In its current definition, epigenetics refers to the changes in gene function that do not alter the DNA sequence : as information « imposed » on the DNA (or even totally independent of it) and strictly speaking, it refers to the changes in gene function that are inherited mitotically and/or meiotically »).

En termes simples, l'épigénotype peut être considéré comme un pont entre le génotype et le phénotype (*«In simple terms, the epigenotype can be envisioned as the bridge between the genotype and the phenotype »*). L'épigénétique est un peu le chef d'orchestre de l'expression du gène dans le phénotype.

L'épigénétique peut être considérée comme la responsable de l'organisation des fonctions de la cellule (*« that may more related to the « **housekeeping** » functions of a cell »*).

L'épigénétique serait considérée comme la contribution non génétique du phénotype : (*« The epigenotype should therefore be seen as the non-genetic contributin to the phenotype »*).

En résumé, l'épigénétique est très importante car elle est sensible à l'environnement maternel, donc dans la maternité de substitution, il y a l'empreinte de la mère de substitution, donnant un « enfant hybride ».

Par ailleurs, les progrès de la biologie de la reproduction ont fait irruption dans le droit en créant le terme de « **biologisation du droit** » « *qui est la saisie de l'ordre juridique par le biologique* » (Raïssa Maillard, Autonomie, Dignité de la Personne ou Non-Domination : Le problème de l'Identité dans la Gestation pour Autrui, L'identité juridique de la personne humaine, l'Harmattan) ou par ce qu'il est convenu d'appeler « *la maîtrise biotechnologique de la vie humaine* » selon la formule de

C. Labrusse-Riou (Dans le droit saisi par la biologie, des juristes au laboratoire, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996).

Rappelons-nous la « pyramide de la bioéthique » de la science à l'éthique et de l'éthique au droit.

Quelle sera la norme juridique dans le domaine du maintien ou non du principe de l'anonymat du don de gamètes, **conflit d'intérêt** entre le donneur, le couple receveur et l'enfant face à l'intérêt supérieur de l'enfant ?

Le concept de filiation a pris une **dimension dualiste** :

la première consistant à une **conception statutaire**, établie par la norme juridique pour l'intérêt supérieur de l'enfant, selon la Convention internationale des droits de l'enfant, CIDE, et pour le respect de la vie privée, selon l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, CESDH, du couple donneur et du couple receveur,

la seconde faisant référence à une **conception identitaire**, fondée sur le biologique, concernant l'enfant dans la quête de ses origines.

Pour la « paix des familles » et de l'intégration de l'enfant, (à qui les parents ont révélé son mode de conception) au sein de la famille, le **maintien de l'anonymat** est préférable, mais il peut être discutable face à deux risques, le premier l'accès à des données d'ordre médical, qui peut être levé *via* les CECOS, et le deuxième très important, le risque d'un mariage incestueux entre un demi-frère et une demi-sœur.

Malheureusement, à ce jour, nous n'avons pas de données statistiques relatives au nombre de mariages de personnes, nées d'un don, pour évaluer la probabilité d'épouser son demi-frère ou sa demi-sœur.

Si dans l'Égypte des pharaons, le pharaon épousait, en fonction des phases de la lune, sa sœur ou sa demi-sœur pour « préserver » la pureté de la race, rappelons, que l'apparition de nombreuses pathologies d'origine génétique, conduisit ces dynasties à abandonner ces pratiques et lorsque Jules César, général romain, eut un fils, Césarion, avec Cléopâtre, la dynastie fut régénérée.

En conséquence, il devient impératif que, dans le cadre institutionnel des CECOS, même, si l'anonymat du don est maintenu, les parents informent leur enfant de son mode de conception et que, plus tard, s'il y a une perspective d'union entre deux personnes, issues d'un don, elles connaissent quel est le CECOS à l'origine du don et l'interrogent sur la provenance du don afin d'éviter toute consanguinité et risque d'inceste.

A la lumière de ces données, il apparaît que le **maintien de l'anonymat du don de gamètes** est dans l'**intérêt du donneur** et dans **celui du receveur**, la paix des familles, mais à 180 degrés de l'**intérêt de l'enfant**.

En conséquence, dans le cadre d'un **projet matrimonial ou de vie commune**, il est impératif que, si les deux membres du futur couple sont issus d'un don, ils s'informent auprès des CECOS de l'origine de leur don ce que le **Conseil d'Etat** vient d'affirmer dans la **Décision N°372121 du jeudi 12 novembre 2015** :

« Considérant, ... ; qu'à cet égard, les dispositions de l'article L. 1244-6 selon lesquelles un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique doivent s'entendre comme ne faisant pas obstacle à ce que de telles informations soient obtenues à des fins de prévention, en particulier dans le cas d'un couple de personnes issues l'une et l'autre d'un don de gamètes ».

En revanche pour un **don d'organes**, cœur, poumons, rein, ou autres organes, tissus ou cellules diploïdes, le maintien de l'anonymat est tout à fait souhaitable, le receveur n'ayant pas de « dette » vis-à-vis du donneur vivant ou de la famille, s'il s'agit d'un donneur décédé.

Poursuivant notre analyse sur la problématique de l'anonymat du don de gamètes, nous allons étudier, maintenant, la notion de **données à caractère personnel**.

II-3-5-2 : Analyse de « données à caractère personnel »

L'importance du respect de la vie privée selon l'article 8 de la CESDH a conduit le législateur dans le cadre du développement de l'informatique face aux atteintes possibles des libertés publiques ou individuelles à légiférer dans ce domaine.

Le fruit de cette réflexion a été la **loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés**.

L'article 2 stipule que *« La présente loi s'applique aux traitements automatisés de données à caractère personnel, ainsi qu'aux traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers, ... ».*

Pour faire respecter cette loi, le législateur a prévu d'instituer à l'article 11 la **Commission nationale de l'informatique et des libertés** qui *« est une autorité administrative indépendante ».*

C'est dans ce cadre qu'il faut replacer le rôle des CECOS dans l'enregistrement des données à caractère personnel, qui de plus sont **sensibles** car étant des données personnelles, à **caractère médical**, des donneurs de gamètes et des receveurs de gamètes qui donnent leur consentement éclairé.

Les CECOS enregistrent des « *informations nominatives au sens de la loi informatique et liberté* ». « *Sont réputées nominatives au sens de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale* » ([http : // www. marche-public. Fr/Terminologie/Entrees/information-no...](http://www.marche-public.fr/Terminologie/Entrees/information-no...)).

De plus dans ce cadre, nous voyons difficilement comment la rétroactivité de la loi pourrait s'appliquer, si une nouvelle loi, levant l'anonymat, était promulguée.

Cette loi protège donc les couples donneurs ainsi que les couples receveurs.

Par contre, comment les enfants peuvent-ils accéder à ces informations protégées par le secret médical ?

Alice Diver dans son livre « A Law of Blood-Ties –The Right to Access Genetic Ancestry, Springer, page 2, écrit que : « Les connections génétiques, bien qu'ayant beaucoup de signification socio-culturelle et psychologique, pèsent peu pour la plupart du temps en termes de droits, lois et politiques » (« *Genetic connections, despite having much socio-cultural and psylogical signifiante, remain almost weightless in terms of rights, laws and policies* »).

Il est évident que l'anonymat donne la paix des familles, aussi bien qu'elles soient donneuses que receveuses. En cette période de crise, nous pourrions imaginer qu'un enfant, devenu adulte et en situation difficile, soit tenté de se tourner vers son géniteur, s'il est nanti, ou bien se manifeste lors de la succession de son géniteur avec ses demi-frères ou demi-sœurs. Ce n'est, toutefois, pour l'instant, qu'une fiction puisque le principe de l'anonymat du don de gamètes a été maintenu dans la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

Toutefois, comme le législateur l'a prévu dans le code civil et le code de la santé publique, il est important que l'enfant puisse avoir accès aux « *données non identifiantes de nature médicale* », selon les termes du Conseil d'Etat, *via* un praticien, en particulier, dans le domaine des risques génétiques à **titre préventif**.

Il est vrai que, en principe, le problème de l'établissement d'un « arbre génétique transgénérationnel » ne doit pas se poser par essence puisque, selon les protocoles (« check list ») pour les dons de gamètes, le donneur ou la donneuse subit des examens cliniques et médicaux et qu'il est effectué un caryotype sur les prélèvements biologiques du donneur ou de la donneuse.

En effet, les CECOS opèrent des contrôles très stricts (« screening »).

Rappelons que pour la recherche du virus de l'immunodéficience humaine (HIV), même, si, dans un premier temps, le résultat de l'analyse sérologique s'avère négatif, il est procédé dans un deuxième temps, après le temps d'incubation théorique, à une deuxième analyse et ce n'est qu'après deux résultats négatifs que le don est validé.

Pour montrer l'importance du diagnostic génétique transgénérationnel, rappelons que, dans le cadre de la **médecine prédictive**, au moment où un couple à « risques », c'est-à-dire qu'il a une probabilité d'avoir un enfant atteint d'une maladie d'origine génétique, décide de procréer, ce dernier doit pouvoir faire établir un arbre génétique transgénérationnel grâce à des tests génétiques effectués par chaque membre du couple, voire, même, par les différents membres des deux familles.

Citons deux exemples, nous montrant l'importance du diagnostic génétique.

L'« **anémie méditerranéenne** », hémopathie génotypique due à une mutation d'un gène contrôlant la synthèse de l'hémoglobine, est une **anémie** érythroblastique, **hypochrome**, microcytaire, originaire des steppes glacées de la Haute Asie non palustres. Avec les migrations asiatiques en Europe et le développement de l'empire de Byzance en Méditerranée, cette anémie se propagea dans le bassin méditerranéen, particulièrement en Grèce et en Italie dans la plaine du Pô, la Sicile et la Sardaigne.

Aux Etats-Unis en 1932, cette anémie ayant été diagnostiquée chez des enfants chinois, Wipple et Bradford donnèrent à cette hémopathie le nom générique de thalassémie, nom évocateur de *thalassa*, mer en grec (.....) et *haïma*, sang en grec (.....) (La thalassémie bêta zéro eurasiatique et les migrations mongoles, L.C. Brumpt et J.F. Pays, Communication présentée à la séance du 2è février 1988 de la Société d'Histoire de la Médecine).

Le Dictionnaire *illustré* des termes de médecine (31^e édition, 2012, Maloine) définit la thalassémie comme le « *Terme sous lequel on groupe un certain nombre d'anémies infantiles héréditaires, transmises selon le mode autosomique récessif ayant en commun un certains caractères hématologiques : ce sont des anémies hypochromes hypesidérémiques (excès de fer) dues à un défaut de synthèse aboutissant à une*

répartition anormale, dans la molécule d'hémoglobine, des différentes chaînes polypeptidiques dont les structures sont normales. Le plus souvent, la chaîne bêta (.....) est en quantité insuffisante, d'où le nom de bêta-thalassémie (..... thalassémie) donnée à cette anémie dans laquelle existe aussi une quantité excessive d'hémoglobine F (ou fœtale) ».

Il existe donc plusieurs formes de thalassémie, la *thalassemia major* ou anémie de Cooley, représentant l'anémie à l'état homozygote, et la *thalassemia minor*, représentant l'anémie à l'état hétérozygote.

C'est précisément lorsque de futurs **parents hétérozygotes** sont atteints d'une thalassémie mineure que le diagnostic génétique prend toute sa valeur.

En Sicile et en Sardaigne, de grands progrès ont été réalisés pour faire régresser la thalassémie en incitant les couples désireux de concevoir un enfant à recourir à un test génétique en dépit du risque de découvrir que chaque membre du couple était hétérozygote. Si tel est le cas, c'est aux futurs parents de décider s'ils prennent le risque ou non de concevoir un enfant.

Voyons, maintenant, un autre exemple.

La **maladie de Tay-Sachs**, nommée ainsi d'après l'ophtalmologue anglais

Tay Warren qui, le premier en 1881, décrit la **tache rouge sur la rétine de l'œil** du sujet atteint, et le neurologue américain Bernard Sachs de l'hôpital du Mont Sinaï (« Mount Sinaï Hospital ») à New-York (USA), qui, en 1887, décrit les modifications cellulaires liées à la maladie neurodégénérative à transmission autosomale récessive, due à l'absence de l'enzyme hexosaminidase A sur le chromosome 15 (il existe une variante sur le chromosome 5) (maladie de Tay-Sachs-Wikipédia, [http : //fr. xikipedia ;org/wiki/maladie-de-Tay-Sachs](http://fr.wikipedia.org/wiki/maladie-de-Tay-Sachs)).

Le dictionnaire *illustré* des termes de médecine définit la **maladie de Tay-Sachs**, en anglais « Tay-Sachs disease ») dans sa forme infantile très grave, synonyme de « *Gangliosidose à GM2 de type 1* » ainsi : « *Forme infantile de l'idiotie amaurotique familiale due à la surcharge du système nerveux central en monosialo-ganglioside GM2 par déficit en hexaminidase A ; elle débute vers l'âge de 5 mois. Elle est caractérisée par une déchéance intellectuelle progressive, un relâchement musculaire avec crises spasmodiques et exagération des réflexes, puis une rigidité décérébrée, une cécité et une hypersensibilité de l'ouïe. L'examen oculaire montre une tache rouge cerise sur la macula, avec ou sans atrophie optique. La maladie se termine par la mort dans la cachexie vers l'âge de 2 ou 3 ans* ».

Il existe deux autres formes de la maladie la forme juvénile et la forme adulte.

Bernard Sachs avait constaté qu'il existait une prévalence plus élevée dans la population juive originaire d'Europe centrale et orientale, Askénaze, due aux mariages consanguins.

C'est pourquoi, maintenant, dans ce cadre à New-York, il y a une forte diminution de la maladie « Tay-Sachs » dans la communauté juive askénaze grâce au diagnostic génétique préventif chez les membres des couples souhaitant concevoir un enfant.

Ces exemples nous montrent l'importance d'avoir accès aux « **données non identifiantes de nature médicale** » dans le cadre de la **médecine préventive** ou **curative** et la nécessité de recourir à des dons de gamètes dans des établissements spécialisés, CECOS ou banques de gamètes, ayant un statut officiel, et de ne pas recourir à des inséminations sauvages, ce qui est irresponsable vis-à-vis de l'enfant à naître.

Le problème de l'anonymat du don de gamètes pourrait, également, malheureusement se poser lors de « **L'Identification des Victimes de Catastrophe** » (Colloque, Institut de Criminologie et de droit Pénal de Paris, Université Panthéon-Assas : Paris II, jeudi 12 novembre 2015, Président : Professeur Philippe Conte).

Selon le Médecin Chef des Services, Directeur de l'Enseignement et de la Recherche au Pôle Judiciaire de la Gendarmerie Nationale, Yves Schuliar, lors de catastrophes d'origine naturelle ou d'origine humaine, voire d'attentats tristement d'actualité, les victimes sont identifiées selon une « *procédure judiciaire d'identification des personnes décédées* » par empreintes génétiques avec des « *protocoles très stricts* ».

Selon l'**article A38 du code de procédure pénale**, modifié par

« **Arrêté du 10 août 2015 fixant la liste des segments d'ADN** sur lesquels portent les **analyses génétiques** pratiquées aux fins d'utilisation du fichier national automatisé des empreintes génétiques », l'analyse de l'ADN destinée à l'identification génétique ne porte que sur la partie de l'ADN « non codant ».

Les marqueurs de segments d'ADN ou « *locus* » à analyser sont déterminés selon une nomenclature internationale, l'analyse du marqueur, « *amélogénine* », détermine s'il s'agit soit d'un homme, soit d'une femme, excluant ainsi 50 % de résultats.

Si douloureusement le corps est abîmé, l'on analysera des « données *antemortem* » et, s'il faut se tourner vers les parents pour l'identification en dressant un arbre génétique,

nous imaginons la douleur « supplémentaire » des parents si l'un des deux est issu d'un don de gamètes.

En résumé, si l'enfant n'a pas connaissance de toutes les données personnelles de son géniteur ou de sa génitrice, le législateur a prévu qu'il ait « *accès aux données non identifiantes de nature médicale* » selon le terme du **Conseil d'Etat dans son Avis n°362981 du 13 juin 2013** sur l'anonymat du don de gamètes, consacrant ainsi un équilibre, fragile certes, entre les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) et l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) des Nations-unies relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant.

En effet, les intérêts, d'une part de la famille du donneur ou de la donneuse et de la famille du receveur ou de la receveuse, bénéficiaire du don, et, d'autre part, ceux de l'enfant sont diamétralement opposés.

C'est dans cet esprit que le Conseil d'Etat (section du contentieux, 10^e et 9^e sous-sections réunies), statuant sur le rapport de la 10^{ème} sous-section de la section du contentieux, a donné cet avis sur l'anonymat du don de gamètes :

Avis n° 362981 du 13 juin 2013

(JORF n° 0140 du 19 juin 2013 page 10204 texte n°217) en examinant s'il y a **incompatibilité** ou **compatibilité** entre les dispositions de l'article 16-8 du code civil et les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cet avis n° 362981 du 13 juin 2013 a été donné par le Conseil d'Etat à la suite d'une requête faite auprès du tribunal administratif de Montreuil par une requérante qui demandait à avoir accès à des informations permettant d'identifier son géniteur, voire même avoir accès au nom du donneur à l'origine de sa conception, en raison d'une **discrimination fondée sur sa naissance** grâce à un don de gamètes à l'Assistance publique/ Hôpitaux de Paris (AP/HP).

Le tribunal administratif de Montreuil ayant rejeté la demande de la requérante (TA Mo 14 juin 2012, G. c/AP/HP, req. N°1009924, JCP Adm. 2012, n° 28, p.39°), la requérante fit appel de la première décision auprès du tribunal administratif de Paris qui, dans un jugement en appel en date du 21 septembre 2012, décida de surseoir à statuer et transmit donc l'affaire au Conseil d'Etat, conformément aux dispositions de l'article L.113-1 du code de la justice administrative, « *deux questions*

de droit nouvelles présentant des difficultés sérieuses et susceptibles de se poser dans de nombreux litiges ».

C'est, donc, suite à l'arrêt rendu par la Cour d'appel administrative de Paris, que le Conseil d'Etat donna l'**Avis n°362981 du 13 juin 2013** relatif au maintien ou non de l'anonymat.

La question était de savoir si le Conseil d'Etat s'inscrirait dans la prolongation de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique qui, malgré des opinions dissidentes, avait maintenu le principe de l'anonymat du don de gamètes ou bien introduirait-il une nouvelle jurisprudence ?

Le maintien de l'anonymat du don de gamètes était-il compatible ou incompatible avec les articles 8 et 14 de la CESDH au regard des articles 3 et 7 de la CIDE ?

Le Conseil d'Etat rend l'avis suivant :

1. « Aux termes de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,...

2. ...

3. ...

4 « *Au nombre des principes fondamentaux de la bioéthique mentionnés à l'article L.2141-1 du code de la santé publique figurent ceux, énoncés à l'article 16-8 du code civil selon lesquels « **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 de receveur ni le receveur celle du donneur. En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci** ».* ...

*« Sur les règles d'accès aux données non identifiantes de nature médicale et leur **compatibilité** avec les articles 8 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » :*

5 « *L'accès aux **données non identifiantes de nature médicale** est soumis à l'ensemble des règles précitées, qui ont pour objet de protéger **l'identité du donneur et du receveur** ».*

6 ...

7 « *En ce qui concerne la **discrimination** fondée sur la naissance qui serait créée entre les enfants issus d'un don de gamètes et les autres enfants, au regard des articles 8 et 14 de la convention, l'article 14 interdit, dans la jouissance des droits et*

*libertés reconnus dans la convention, de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des **situations comparables**.*

*Toutefois, l'enfant issu d'un don de gamètes ne se trouve dans une situation analogue, et par suite comparable, ni à celle des enfants du donneur de gamètes, ni à celle des enfants du couple receveur. En outre, il n'existe pas, pour ces autres enfants, un droit à l'accès à des données non identifiantes de nature médicale. Par conséquent, **aucune discrimination**, au sens de ces stipulations, ne frappe l'**enfant issu d'un don de gamètes** en matière d'accès à de telles données.*

*Sur les règles d'accès aux données permettant d'**identifier l'auteur d'un don de gamètes et leur compatibilité avec l'article 8** de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » :*

8. « Pour l'application de cet article, la **marge d'appréciation** dont dispose l'Etat en vue d'assurer un **juste équilibre entre intérêts concurrents** dépend de différents facteurs. Lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe – ce qui est le cas en matière de procréation assistée – que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, cette **marge d'appréciation** est plus large ».

9. « En application de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les règles applicables en matière de procréation médicale assistée doivent prendre en compte les **différents intérêts privés** en cause, à savoir ceux du **donneur et de sa famille, du couple receveur, de l'enfant issu du don de gamètes** et de la famille de l'enfant ainsi conçu. Dans ce cadre, la règle de l'**anonymat du donneur de gamètes** répond, tout d'abord, à l'objectif de **préservation de la vie privée du donneur et de sa famille**. En ce qui concerne le **couple receveur**, la règle de l'anonymat répond, tout d'abord, à l'objectif de **préservation de la vie privée du donneur et de sa famille**. En ce qui concerne le **couple receveur**, la règle de l'anonymat répond à l'objectif de **respect de la vie familiale, au sein de la famille légale de l'enfant, conçu à partir de gamètes issues de ce don**, étant toutefois précisé que, s'agissant du receveur, cette règle de l'anonymat ne saurait, en tout état de cause, être constitutive d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

10. « S'agissant de la **personne issue d'un don de gamètes**, même si la règle de l'anonymat s'oppose à la satisfaction de certaines demandes d'information, cette règle, 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 cette personne ».

11. Ainsi qu'il résulte notamment des récents débats sur la loi du 7 juillet 2011, plusieurs considérations d'intérêt général 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, ... ».

12. Il résulte de ce qui précède que, en interdisant la divulgation de toute information sur les données personnelles d'un donneur de gamètes, le législateur a établi un **juste équilibre entre les intérêts en présence et que, dès lors, cette interdiction n'est pas incompatible avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** ».

Le présent avis sera notifié au tribunal administratif de Paris, à M. A., au Premier ministre, à la garde des Sceaux, ministre de la justice, à la ministre des affaires sociales et de la santé et à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris ».

Trois remarques s'imposent :

- la première sur le fond, le Conseil d'Etat, dans la continuité de son rapport sur la révision de la loi de bioéthique de 2004, qui a conduit à la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, a réaffirmé le maintien de l'anonymat du don de gamètes en montrant que « *le législateur a établi un juste équilibre entre les intérêts en présence et que dès lors, cette interdiction n'est pas incompatible avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (Considérant 5 de l'Avis du 12 novembre 2015). Il y a, donc, compatibilité entre le principe de l'anonymat et les articles 8 et 14 garantis par la CESDH.
- la seconde, la notification de l'avis à l'AP/HP de Paris montre bien que les CECOS, à l'origine du don de gamètes, sont intégrés au sein de l'hôpital depuis le triptyque des lois de bioéthique de 1994.

- la troisième, le Conseil d'Etat vient, à nouveau, de **réaffirmer la compatibilité des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et la règle de l'anonymat des donneurs de gamètes** dans sa **décision N° 372121 du 12 novembre 2015** :

5 « *Considérant, que si ces données ne sont accessibles qu'au **médecin** et non à la **personne elle-même**, la **conciliation des intérêts** en cause ainsi opérée et la **différence de traitement** entre le médecin et toute autre personne relèvent de la **marge d'appréciation** que les stipulations précitées de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales réservent au **législateur national**...* ».

Ce « Considérant 5 » de l'Avis du Conseil d'Etat du 12 novembre 2015 est très important car il montre que la France, en gardant une large marge d'appréciation, respecte, ainsi, le principe de bioéthique de l'anonymat du don, face à certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, pour le professeur Laurence Brunet, le principe de l'anonymat, est un enjeu pour les Etats membres du Conseil de l'Europe au regard de la Convention européenne des droits de l'homme :

« *Là où, hier, le droit se préoccupait de l'**identification des individus** à des fins politiques et sociales, aujourd'hui, il se soucie du **sentiment d'identité de la personne** et de son **épanouissement personnel** » :*

(L. Brunet, « *Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité* », in Androl. (2010) 20 : 92-102, p. 92, DOI 10. 1007/s12610-010-0063-6, Springer).

Etant donné qu'il n'y a pas de consensus au sein des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe sur la levée ou non du principe de l'anonymat du don de gamètes, il est, donc, très important que le Conseil d'Etat ait réaffirmé le maintien du principe de l'anonymat, tout en permettant d'accéder à des « *informations médicales non identifiantes* », le risque étant que ces données restent inaccessibles, en particulier, dans la « banalisation » du don de gamètes, ovocytes ou spermatozoïdes dans le cadre des dérives des techniques de reproduction assistée (« Art Technology Reproductive ». : « ART »).

Nous allons voir, maintenant, quelle est la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou la « *Strasbourg Jurisprudence* » selon Alice Diver.

II-3-5-3 : « **Analyse des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine de l'accès aux origines et de l'anonymat** ».

Nous allons prendre pour modèle, en raisonnant par analogie, les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme concernant des requérants ou requérantes, nés d'un **accouchement sous X** ou qui sont des pupilles de l'Etat qui veulent connaître leurs origines pour pouvoir **se construire une généalogie et une identité**.

Cette nécessité de connaître ses origines n'est pas spécifique à la France et se retrouve, quel que soit le pays, comme en témoigne l'affaire concernant Joana Rose née à Reading en 1972 au Royaume-Uni d'une insémination artificielle avec donneur avant que le « Human Fertilisation and Embryology Act » de 1990 ne soit promulgué. Dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel administrative de Londres, Monsieur le juge rapportait que Madame Rose dans ses recherches sur ses origines génétiques disait qu'elle sentait que ces parentés génétiques étaient très importantes pour elle, socialement, émotionnellement et même spirituellement :

« I feel that these genetic connections are very important to me, socially, emotionally, and even spiritually ».

Il n'était pas exagéré de croire qu'une information non identifiante l'aiderait pleinement dans la réalisation d'elle-même ou de son identité et répondrait aux questions qu'elle se posait depuis longtemps :

« I believe it to be no exaggeration that non-identifying information will assist me in forming a fuller sense of self or identity and answer questions that I have been asking for a long time », (Rose & Anor v Secretary of State for Health Human Fertilisation and Embryology Authority, Court of Appeal-Administrative Court,

Home (/), Case Law ([http : // case-law.vlex.co.uk](http://case-law.vlex.co.uk)).

A la lumière de cette nécessité de connaître ses origines, nous allons maintenant analyser les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, qui font évoluer le droit national en dépit de la marge d'appréciation des Etats-membres.

Avant de traiter les arrêts relatifs à l'accouchement sous X et fondés sur la violation ou non de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, nous

examinerons les deux derniers arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Mennesson c. France* (requête n°65192/11, CEDH 185, 2014) et *Labassee c. France* (requête n° 65941/11) du 26 juin 2014 qui sont relatifs à la **maternité de substitution**. Quels sont les principaux faits ?

Il s'agit de deux couples hétérosexuels dont les deux femmes respectives étant infertiles, eurent recours à la maternité de substitution aux Etats-Unis dans des Etats, où la maternité de substitution est licite (Californie pour les Menesson et Minnesota pour les Labassee). Pour les deux couples, il y eut un don d'ovocytes de deux donneuses différentes, fécondés avec les spermatozoïdes des époux respectifs, puis implantation des embryons dans l'utérus de chaque mère de substitution.

Remarquons que pour l'enfant, le recours à la maternité de substitution entraîne une « mère au cube » (mère donneuse d'ovocytes, mère de substitution et mère sociale).

Aux Etats-Unis, le don de gamètes n'étant ni gratuit, ni anonyme, le problème de l'accès aux origines ne se posait pas pour ces enfants concernés dans les deux arrêts précités.

Les « producteurs », donneurs d'ovocytes et de spermatozoïdes, impliquent des processus physiques très différents, mais les femmes et les hommes qui s'impliquent à être donneurs ont tous une considération très similaire : la plupart d'entre eux sont attirés par la perspective d'être rémunérés : « *Producing eggs and sperm involve very different physical processes, but the women and men who apply to be donors are very similar in one regard : most are drawn in by the prospect of being paid* »

(The Medical Market Sex Cells For Eggs and Sperm, Rene Almeling, University of California Press Berkeley Los Angeles London).

En revanche, si les enfants étaient américains avec un père biologique et une mère sociale après la procédure d'adoption des enfants, se posait alors la transcription de l'acte de naissance des enfants sur les registres d'état civil français et l'établissement de leur filiation puisque la maternité de substitution est prohibée en France. C'était donc l'objet des requêtes des deux couples auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le jeudi 26 juin 2014, la Cour Européenne des droits de l'homme rendit deux arrêts de chambre, devenus définitifs, contraires à la jurisprudence de la Cour de cassation selon sa formule de « *fraude à la loi* » concernant la maternité de substitution, « *Interdire totalement l'établissement du lien de filiation entre un père et ses enfants*

biologiques nés d'une gestation pour autrui à l'étranger est contraire à la Convention » .

Si le problème de l'accès aux origines ne se posait pas pour les jumelles Menesson et pour Juliette Labassee, en revanche dans les cas de **don anonyme** de gamètes, le problème de l'**accès aux origines** est le problème de fond dans les Etats, où le don de gamètes est gratuit ou dans l'accouchement sous X que nous allons traiter maintenant. En effet, il est important de pouvoir raisonner par **analogie** au plan européen sur le problème de l'accès aux origines personnelles, voire de l'anonymat, puisque, comme nous l'avons vu, il y a un tourisme procréatif transfrontalier et qu'il est urgent sur le plan européen de réguler les dérives des techniques de reproduction assistée (« Assisted Reproductive Technologies » « ART »).

Nous allons analyser les arrêts par ordre chronologique.

Le premier arrêt, **arrêt Gaskin c. Royaume-Uni**, concerne l'accès aux **informations** concernant une personne qui connaît l'identité de ses géniteurs, ayant été conçue *in vivo* par un couple hétérologue.

L'arrêt Gaskin c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989 (requête n°10454/83) concerne un requérant, Monsieur Graham Gaskin, citoyen britannique, né le 2 décembre 1959 à Liverpool et pris en charge par la ville de Liverpool après le décès de sa mère le premier septembre 1960 en vertu de l'article 1 de la loi de 1948 sur les enfants (« Children Act 1948 ») avec l'accord de son père.

En conséquence, il fut confié à des familles d'accueil successives, à l'exception de cinq périodes où il vécut avec son père.

A sa majorité (18 ans), il voulut avoir accès aux dossiers personnels de l'aide à l'enfance des services sociaux de Liverpool le concernant, en raison des mauvais traitements subis dans les familles d'accueil. Il saisit, donc, la municipalité de Liverpool.

Devant les refus de la ville de Liverpool, le requérant saisit la Haute Cour (« High Court ») qui tint audience le 22 février 1980 et conclut en ces termes :

*« La nécessité, pour le bon fonctionnement du service d'aide à l'enfance, de préserver le caractère confidentiel des documents pertinents ne m'inspire aucun doute. Il s'agit d'un service très important devant lequel les **intérêts de l'individu**, eux aussi très importants, me semblent **devoir s'incliner**. J'estime hors de doute que l'intérêt général sera mieux servi si je **refuse la communication**, ce que je fais ».*

Devant ce refus de la Haute Cour, le requérant attaqua cette décision devant la Cour d'Appel (« **Court of Appeal** »), qui non seulement la confirma le 27 juin 1980 à l'unanimité. De plus, la Cour d'Appel non seulement rejeta le recours, mais encore **n'autorisa pas** Monsieur Graham Gaskin à saisir la **Chambre des Lords** (Gaskin v. Liverpool City Council, WLR 1980, vol. 1, p. 1549).

C'est dans ce type d'exemple que le mécanisme de recours devant la Cour européenne prend toute sa dimension et sa grandeur en particulier d'avoir à cette époque la possibilité pour une personne à titre individuel de saisir la Commission européenne des droits de l'homme (avant le premier novembre 1998, date d'entrée en vigueur du protocole n° 11 à la Convention, article 5 §2).

L'affaire a donc été déférée à la Cour européenne des droits de l'homme par le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ainsi que par la Commission européenne des droits de l'homme, les 8 et 14 mars 1988 (la Commission existait encore en 1988).

La Cour en séance plénière

« Dit, par onze voix contre six, qu'il y a eu **violation de l'article 8** (art. 8) » ;

« Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 (art. 10) » ;

« Dit, par neuf voix contre huit, que le Royaume-Uni doit verser au requérant 5 000 livres sterling pour préjudice moral et, pour frais et dépens, 11 000 livres sterling... ».

Cet arrêt montre comment la Cour européenne des droits de l'homme garantit la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, arrêt peut-être fondé sur la jurisprudence de l'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003.

Ce dernier arrêt est un arrêt *princeps* pour le droit à l'accès aux origines personnelles, s'inscrivant dans la **loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat** avec l'institution du Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP) et consacrant l'importance du maintien de l'**accouchement sous X**.

En effet, selon l'article L. 326 du code civil (L.93-22 du 8 janvier 1993),

« *Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé* ».

Rappelons l'importance du maintien de l'accouchement sous X.

Au dix-septième siècle, saint Vincent de Paul introduisit l'usage du « **tour** », sorte de tourniquet placé dans le mur d'un hospice où les mères pouvaient déposer leur nouveau-né, certes avec une douleur extrême, en sonnant une cloche. A ce signal de l'autre côté du mur, quelqu'un faisait tourner le tour et recueillait l'enfant.

A Paris, c'était l'hôpital Saint Vincent de Paul ou des enfants assistés.

En effet, si l'accouchement sous X est évidemment très douloureux pour la mère pour laquelle ce n'est que la solution ultime, il faut rappeler que l'accouchement sous X évite des infanticides.

Seuls la France, l'Italie et le Luxembourg ont maintenu l'accouchement sous X malgré de nombreuses pressions. Etudions maintenant les différents arrêts.

Arrêt Odièvre c. France du 13 février 2003 (Requête n°42326 /98)

A l'origine de l'affaire se trouve une requête de Madame Pascale Odièvre, la requérante, alléguant « *que le **secret de sa naissance** et l'impossibilité qui en résultait pour elle de connaître ses origines constituaient une violation de ses droits garantis par l'article 8 de la Convention et une discrimination contraire à l'article 14* ».

Madame Pascale Odièvre, née le 23 mars 1965 confiée à la DASS (Direction de l'action sanitaire et sociale) fut « *immatriculée* » au nombre des pupilles de la nation, puis adoptée en forme plénière le 10 janvier 1969 par Monsieur et Madame Odièvre dont elle porte le nom.

Le 27 janvier 1998, la requérante présenta une requête devant le tribunal de grande instance de Paris qui, le 2 février 1998, la renvoya devant le tribunal administratif de Paris (requête faite avant l'adoption de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat).

Le 12 mars 1998, la requérante avait saisi la Commission européenne des droits de l'homme. La requête a été transmise à la Cour le premier novembre 1998, date d'entrée en vigueur du protocole n° 11 à la Convention (article 5§2 dudit protocole).

Dans cette requête, l'intérêt de l'enfant d'accéder à ses origines est opposé à celui de sa mère qui veut garder le secret.

Mais nous pouvons aussi inverser le raisonnement en faisant remarquer que si la mère en état de détresse n'avait pas choisi la solution de l'accouchement sous X, l'enfant ne serait peut-être pas né. En 1969, la loi n°75-17 relative à l'interruption volontaire de grossesse n'existait pas. Existe-t-il une corrélation depuis 1975 entre le nombre d'interruption volontaire de grossesse et le nombre d'accouchements sous X ?

Dans son arrêt de Grande Chambre, par dix voix contre sept, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 ni de l'article 14.

Il est important de rapporter l'opinion concordante de M. le juge Ress, à laquelle se rallie Monsieur le juge Kuris, qui **consacre l'accouchement sous X** :

*« L'Etat peut faire prévaloir, dans ces situations de détresse de la mère, l'intérêt de celle-ci sur le droit de l'individu à connaître ses origines. L'introduction d'un système où l'anonymat, c'est-à-dire le secret, sera levé sur décision d'une commission peut avoir des effets néfastes pour tout le système et pour la protection de la vie. L'individu qui cherche à lever le **secret à tout prix**, même contre la volonté expresse de sa mère naturelle, doit se poser la question de savoir si sa naissance aurait lieu sans le système d'accouchement anonyme. Sur un tel souci peut se fonder légitimement le choix de l'Etat d'introduire et de soutenir un tel système ».*

A la lumière de cette opinion, il faut saluer le courage de ces femmes qui mènent à terme leur grossesse et n'ont d'autres recours que d'accoucher sous X avec tout le traumatisme que cela représente.

Par ailleurs, l'Etat français a cherché un équilibre avec la loi du 22 janvier 2002 en permettant à l'enfant d'avoir accès à ses origines, mais avec le consentement de la mère qui peut laisser une enveloppe avec des indications concernant sa naissance.

Mais cela reste des situations très douloureuses.

Voyons s'il y a une évolution de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

L'arrêt Gadelli c. Italie du 18 mars 2013 concerne une petite fille, née à Trieste le 28 mars 1943 et abandonnée par sa mère à la naissance à la suite d'un accouchement sous X de sa mère (en Italie l'accouchement sous X est autorisé).

Après avoir été adoptée en adoption simple par la famille Galli, elle chercha à connaître ses origines auprès des autorités de Trieste, puis introduisit une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour par six voix contre une conclut à une violation de l'article 8 et condamna l'Italie.

Une remarque s'impose : par cet arrêt la Cour reconnaît, à nouveau, l'accouchement sous X comme dans l'arrêt Odièvre c. France, qui est la référence, mais en contrepartie reconnaît aussi le droit de l'enfant à avoir accès à ses origines en condamnant l'Italie pour violation de l'article 8 de la Convention.

L'émergence d'un droit d'accès aux données à caractère personnelle progresse avec **l'arrêt Mikulic c. Croatie du 4 septembre 2002**.

Enfin, la nécessité de maintenir l'accouchement sous X est prouvée dans **l'arrêt Kearns c. France du 10 avril 2008**.

La requérante est une irlandaise mariée, née en 1966 en Irlande et résidente à Dublin, venue accoucher sous X au centre hospitalier de Seclin dans le Nord d'une petite fille, née le 18 février 2002, fruit d'une relation extraconjugale, d'où la nécessité de venir en France puisque l'accouchement sous X n'existe pas en Irlande.

Après que les services sociaux lui aient expliqué, après traduction, la procédure de l'accouchement sous X en lui communiquant les informations, la requérante donna son consentement à l'adoption le 19 février 2002, le formulaire précisant que l'adoption ne serait définitive qu'après un délai de deux mois et que pendant ce délai l'enfant pouvait lui être rendu.

Passé le délai de deux mois, la requérante se présenta les 25 et 26 juillet 2002 auprès de la maternité de l'hôpital et des services sociaux français pour demander la restitution de l'enfant qui avait été adopté. La requérante saisit le tribunal de grande instance pour faire prononcer la **nullité de l'acte d'abandon**.

Par un jugement du 31 octobre 2002, le tribunal rejeta les demandes de la requérante, jugement infirmé par un arrêt de la Cour d'Appel de Douai.

Le préfet du Nord forma un pourvoi en cassation. La Cour de cassation cassa et annula toutes les dispositions de la Cour d'appel de Douai.

Après une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour conclut qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Ainsi, la petite irlandaise vit des jours heureux avec ses parents adoptifs français.

Demandera-t-elle un jour l'accès à ses origines et parlera-t-elle mieux le français que l'anglais ?

Sur le fond, cet arrêt montre la nécessité de maintenir l'accouchement sous X dans certains Etats de l'Union européenne.

Cet arrêt a-t-il fait jurisprudence pour la Cour d'appel de Rennes dans son arrêt du 25 novembre 2014, n° 14/04384, au terme duquel : « ... ; *la Cour d'appel de Rennes rejette la demande d'un père tendant à l'annulation de l'arrêté ayant admis son fils, déjà placé en vue de l'adoption au moment où le tribunal a été saisi, en qualité de pupille de l'Etat* » (Pascale Salvage-Gerest, AJ Famille, décembre 2014, n° 12, p. 693-694) ?

Par ailleurs, si le droit à l'accès à ses origines est légitime, il semble dangereux d'accéder à toutes les données identifiantes, un équilibre se trouvant avec l'avis n° 362981 du Conseil d'Etat du 13 juin 2013 avec les données non identifiantes de nature médicale, et réaffirmé dans la Décision N°372121 du jeudi 12 novembre 2015, donnant, ainsi, un équilibre entre la famille adoptive ou receveuse d'un don de gamètes et l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines ou « *dans le cas d'un couple de personnes issues l'une et l'autre de dons de gamètes* ».

II- 4 (Titre 4) : De la filiation

II-4-1 : Historique de la filiation

Comme nous l'avons vu dans la première partie de notre thèse, depuis des millénaires en occident la filiation était fondée sur les deux adages latins : *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (le père est celui que les justes noces démontrent ou désignent) et *mater semper certa est* (la mère est toujours certaine), ce qui se traduit qu'il ne peut y avoir de doute sur celle qui accouche. Nous étions loin de la maternité de substitution où la femme qui accouche ne fait que porter l'enfant.

Ces deux adages latins étaient les deux piliers de l'établissement de la filiation, comme Saint Pierre et Saint Paul sont les deux piliers de l'Eglise, basé sur la **présomption de paternité** au sein du mariage, ce qui explique que l'adultère était fortement réprimé, pouvant aller jusqu'à la répudiation de la femme par référence au devoir de fidélité de l'épouse, sous-entendu qu'elle seule devait être fidèle.

Cependant cette présomption de paternité pouvait, aussi, être favorable à la femme. Au **dix neuvième siècle** par exemple, dans « Le Rouge et le Noir » de Stendhal (Henry Beyle né à Grenoble le 23 janvier 1783-1842) en 1830, la maîtresse « idéale » est la femme mariée, le mari acceptant généralement du fait de son consentement au mariage tous les enfants à venir du mariage selon l'adage latin *plerumque fit* (la plupart du temps). Cet adage latin est un « *raccourci de l'expression latine ex eo quod plerumque fit (à partir de ce qui se produit généralement), justifiant l'existence des présomptions légales fondées sur la vraisemblance découlant de l'ordre normal des choses. Volontiers utilisé pour souligner le comportement social le plus répandu* », (Lexique juridique des expressions latines 6^e édition Henri Roland, LexisNexis).

Au **vingtième siècle**, dans le cadre de la loi de bioéthique n° 94-653 relative au respect du corps humain, le législateur a tenu compte de la possibilité que la **filiation biologique ne soit pas corrélée automatiquement à la filiation civile**. En effet, l'article 16-11 du code civil énonce qu'en matière civile l'établissement de la filiation par les tests génétiques nécessite l'ordonnance d'un juge :

L'article 16-11 du code civil dispose que :

« *L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :*

« 1° *Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ;*

...

En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, ... ».

Cette disposition est faite dans l'intérêt supérieur de l'enfant. S'il est bien inséré au sein d'une famille, pourquoi l'en séparer ? Lorsque les groupes sanguins, système ABO et Rhésus, ont été découverts, les banques de sang ont eu de nombreuses surprises en déterminant les groupes sanguins des parents et ceux des enfants, mais sans les révéler aux pères présomptifs pour la paix des familles et l'intérêt des enfants.

Nous devons, toutefois, être prudents dans l'**interprétation des groupes sanguins**, compte-tenu des progrès réalisés dans les domaines de la biologie moléculaire, couplés à ceux de la génétique, démontrant l'existence, certes rare, mais importante quant à ses conséquences de l'existence d'un **microchimérisme** chez l'homme.

Aux Etats-Unis :

Dès **1998**, Lee Nelson, professeur à l'université de Washington à Seattle (USA), montrait que : « *Nous avons trouvé des niveaux élevés de microchimérisme fœtal chez des femmes atteintes d'une maladie auto-immune rare et grave, la sclérodermie* ».

« *En génétique, une **chimère** est un organisme, animal en général, formé de deux (ou plus) **populations de cellules génétiquement distinctes*** » ([https : fr. wikipedia.org/wiki/Chimere_ \(genetique\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Chimere_(genetique))).

Ainsi, si ce chimérisme existe, préférentiellement, dans le règne animal, il peut, donc, être, aussi, présent chez l'homme.

Les travaux de Lee Nelson ont été corrolés avec ceux de Barry Starr, généticien à l'université de Stanford (USA, Californie)

([http : //passeurdes sciences.blog.lemonde.fr/2015/11/01/lhomme-dont-le-fils-était-de-lui-sans-letre/](http://passeurdes sciences.blog.lemonde.fr/2015/11/01/lhomme-dont-le-fils-était-de-lui-sans-letre/)) :

« *How can a man who was never born father a son? When the ghost of his genes lives on in the DNA of his brother, genetics researchers have found.* » (Comment un homme ne peut-il être le fils de son père? Quand le fantôme de ses gènes vit dans l'ADN de son frère, les chercheurs l'ont trouvé).

Puis, l'équipe d'Amy Boddy (université de l'Arizona) a dressé un bilan des recherches sur ce thème (revue BioEssays, 28 août 2015) :

« *Où il apparaît que ces cellules fœtales sont des Janus, dotés d'une face bénéfique et d'une face maléfique* ».

« *Présent chez tout le monde* ».

En **France**, Florence Rosier (« *Nous sommes tous des chimères* » in : Le Monde Science et Techno, 07. 09. 2015 à 17h12) a montré que :

« *Présentes en faibles quantités, ces cellules étrangères ont été acquises naturellement lors de la grossesse. Certaines proviennent de notre mère biologique. D'autres sont issues des fœtus que les mères ont portés. D'autres enfin, plus rarement, émanent de nos frères ou sœurs aînés, voire d'un jumeau parfois ignoré* ».

Il s'agit de l'un des deux embryons qui, ne s'étant pas développé, n'est, donc, jamais né et qui n'a pu être l'oncle ou la tante de l'enfant), ce que traduit Didier Doukhan : « *Génétique. Je suis le père et l'oncle de mon fils, qui suis-je ?* » (Le Quotidien du pharmacien, n°3213 / lundi 2 novembre 2015, p. 1).

Enfin, Nathalie Lambert de l'Inserm (université d'Aix-Marseille) souligne que : « *Le placenta n'est pas une barrière hermétique* », laissant, ainsi, passer des cellules du **fœtus vers sa mère et inversement** ...

Pourquoi, nous sommes-nous intéressés à ce sujet de microchimérisme qui, *a priori*, pourrait paraître hors sujet, mais qui, en fait, s'inscrit dans notre sujet de thèse ?

En effet, dans le cas de l'**assistance médicale à la procréation**, à ses débuts, il était implanté plusieurs embryons pour se « donner plus de chance » d'avoir une grossesse, certains embryons ne se développant pas ou étant « réduits », c'est-à-dire,

détruits, sous couvert de la loi n° 75-17, pour éviter des grossesses de haut rang dangereuses pour la mère et l'enfant. Mais, dans ce cas, les embryons non développés ou réduits pouvaient signer leur existence en transférant leurs cellules aux embryons survivants ou à la mère *via* la barrière placentaire.

Maintenant, selon les protocoles et le consentement des parents, il n'est implanté qu'un embryon, voire deux embryons. Mais, si l'un des deux ne se développe pas, il peut laisser ses cellules. De plus, s'il y a plusieurs tentatives de fécondation *in vitro*, nous pouvons penser que la femme pourra avoir plusieurs cellules différentes de son génome, hypothèse qui peut se réaliser, également, *in vivo*, si la femme a plusieurs grossesses.

Que se passe-t-il, alors, dans le cas de la **maternité de substitution** ?

Bien qu'il n'y ait pas de lien génétique entre la mère de substitution, qui n'est que gestatrice, et l'enfant, qui a un patrimoine génétique différent de celui de la mère de substitution, nous pouvons penser qu'il y a une migration cellulaire de part et d'autre de la barrière placentaire, la mère de substitution donnant des cellules à l'enfant et vice-versa, signant, ainsi, à vie, sa présence chez l'enfant, car il s'établit une tolérance immunitaire, propre à la grossesse, et les cellules perdurent chez l'enfant, devenu adulte.

En conclusion, il est important de savoir que la présence d'un « microchimérisme » chez l'homme, la femme ou l'enfant, issu de l'embryogénèse, peut éclairer l'interprétation d'un groupe sanguin ou HLA, voire d'un test ADN de paternité.

Hormis ces exceptions, dans quel contexte, nous trouvons-nous aujourd'hui ?

Pour bien le comprendre, revenons, des siècles en arrière, en Grèce.

Jean-Pierre Vernant dans (« *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : clarification et réflexions* », Yves Lequette et Denis Mazeaud, Editions Panthéon Assas Colloques, page 13 et suivantes) « rappelle que, à Athènes, le père qui avait à l'époque autorité pour marier sa fille, prononçait comme engagement d'épousaille la formule suivante : *Je te donne cette fille en vue d'un **labour producteur d'enfants légitimes*** ». Cette formule peut nous paraître de nos jours d'un réalisme à la Zola, voire d'un surréalisme (Thérèse Raquin). Mais, si de nos jours les termes sont plus amènes, rappelons que pour le doyen Jean Carbonnier « *le cœur* » ou « *l'essence* »

même du mariage est la présomption de paternité, donc sous-entendu le mariage doit avoir pour effet d'avoir des enfants, lesquels ne peuvent être que de l'époux.

Ce principe de **présomption de paternité** demeure de nos jours l'un des grands principes de l'établissement de la filiation même si d'autres modes d'établissement de la filiation existent comme celui de la **volonté** dans l'adoption ou dans l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.

Reprenons les grandes étapes de la fin du vingtième siècle et de ce début du troisième millénaire qui ont abouti à une **révolution dans l'institution plurimillénaire du mariage** avec la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

En effet, si les couples homosexuels ont selon l'**article 143 du code civil** :

« *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de **même sexe*** » le droit de se marier, qui est la **deuxième étape** après la **première étape**, celle du Pacte civil de solidarité (Pacs), institué en 1999, la **troisième étape** va se révéler lors de la constitution de la **famille**, qui est l'un des **effets du mariage** de ces nouveaux couples, qui dans la **loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe** ne peut être, selon le chapitre II, qu'**adoptive**, (Chapitre II : Dispositions Relatives à la Filiation Adoptive et au Maintien des Liens avec l'Enfant », le législateur dans sa sagesse ayant, probablement, tenu compte de la nécessité de l'altérité sexuelle pour avoir ses propres enfants, « own genetic children »).

C'est dans ce cadre, c'est-à-dire le devenir de la famille homosexuelle du XXI^{ème} siècle qu'Irène Théry et Anne-Marie Leroyer ont remis en avril 2014 à la ministre déléguée chargée de la famille, Dominique Bertinotti, ministère des Affaires sociales et de la Santé, leur **rapport** sur :

« *Filiation origines parentalité Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* », publié à la Documentation française et chez Odile Jacob.

Au niveau du chapitre 1 relatif à : « *De l'ordre matrimonial au démariage, un autre récit du **changement familial*** », du rapport précité, page 39, Irène Théry et Anne-Marie Leroyer abordent les conséquences de cette réforme :

« Car avec l'**homoparentalité**, c'est désormais de façon plus générale sur les **liens entre parents et enfants** que se concentrent toutes les **inquiétudes**, tous les débats sur la famille ».

En effet, si le XXème siècle a subi une **évolution législative très positive** avec l'**égalité des statuts des enfants légitimes ou naturels**, le XXI ème siècle est à l'**aube des conséquences** de la **révolution législative de la loi du 17 mai 2013**, en ce qui concerne la **famille**, comme le soulignent, à nouveau, Irène Théry et Anne-Marie Leroyer, « *Mais en réalité, l'idée qu'un enfant puisse avoir deux parents de même sexe n'a pas créé le problème : elle l'a révélé* », rapport précité, page 39.

Dans ce contexte, rappelons, à nouveau, la **chronologie de cette évolution législative**, en redonnant les grandes dates :

1967 avec la loi Lucien Neuwirth relative à la régulation des naissances,

1972 avec, sous l'instigation du doyen Jean Carbonnier, la loi de 1972, posant l'**égalité** entre **enfants légitimes** et **enfants naturels** simples ou enfants naturels adultérins avec la réserve successorale pour les enfants naturels adultérins, abolie dans l'ordonnance de 2005,

1975 avec la loi de 1975, dite loi Veil, relative à l'interruption volontaire de grossesse.

Désormais, la procréation « *quand on veut* » (en raison de la légalisation de la contraception) peut se faire en dehors du mariage qui n'est plus le cadre institutionnel obligatoire pour avoir des enfants, ces derniers ayant les mêmes statuts qu'ils soient légitimes ou naturels avec la loi de 1972.

Quant aux parents, même s'ils ne sont pas mariés, la **loi n° 93-22**, dite loi Nisand, relative à l'autorité parentale conjointe, prolongement de la loi Malhuret de **1987**, leur confère l'autorité parentale partagée, donc le mariage n'est plus nécessaire, même si ce propos peut choquer certaines personnes.

Cohabitent donc en « toute sérénité » les familles « nucléaires », les familles en unions libres, les familles recomposées et les familles monoparentales qui, heureusement, ne sont plus stigmatisées avec les termes de « fille mère » et de « bâtard » pour l'enfant.

Mais en **1978**, dans ce nouvel univers juridique du droit de la famille, où sont conçus les enfants **dans** ou **hors** mariages, mais toujours **in vivo**, il va y avoir une nouvelle révolution dans le domaine de la biologie de la reproduction avec la

naissance de Louise Brown, conçue *in vitro* grâce aux travaux du professeur Sir Robert Edwards en Grande Bretagne.

S'ouvre, alors, une **nouvelle ère**, celle où la possibilité d'avoir des enfants n'est plus seulement l'apanage des couples fertiles. En effet, dans le cas de l'assistance médicale à la procréation, l'assistance médicale à la procréation **homologue** traitant l'infertilité soit d'origine masculine soit d'origine féminine représente 95 % des cas d'assistance médicale à la procréation tandis que l'assistance médicale à la procréation **hétérologue** avec tiers donneur ne représente que 5 % des assistances médicales à la procréation, les dons de gamètes étant majoritairement des dons de spermatozoïdes et minoritairement des dons d'ovocytes avec très peu de don d'embryons.

Dans ce contexte, les techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP) mises en œuvre à des fins strictement médicales chez des couples hétérosexuels, permettant de « créer la vie *in vitro* » selon le conseiller à la Cour de cassation, Jean Michaud, et suscitant en conséquence des problèmes éthiques et juridiques, vont être immédiatement encadrées sur le plan juridique par le triptyque des lois de bioéthique de 1994, en assurant une filiation à l'enfant en conformité avec la Convention internationale des droits de l'enfant, ratifiée par la France le 20 septembre 1990.

En effet, la **possibilité de créer la vie *in vitro* est un immense progrès pour l'humanité** « *Puisque la Vie, nécessitant carbone, hydrogène et oxygène, peut se définir comme la possibilité d'une reproduction ou d'une multiplication* », (selon les astrophysiciens du Centre national d'études spatiales (CNES), interrogés lors du journal de 20 heures par David Pujadas, le jeudi 13 novembre 2014 dans le cadre de la mission Rosetta au sujet de l'atterrissage du robot Philae sur la comète 67P/Churyumov-Gerasimenko le mercredi 12 novembre 2014 à 15h 34m 54s UTC).

En parallèle au développement des techniques d'assistance médicale à la procréation chez les couples hétérosexuels mariés ou pacsés ou concubins pour lesquels le mariage ne s'avérait plus nécessaire pour procréer et établir la filiation de l'enfant, les couples homosexuels, en revanche, revendiquaient le droit au mariage, en redéfinissant le mariage recentré non plus sur la procréation, mais sur le couple composé d'époux ou d'épouses de même sexe, le « *triomphe de l'individu* » selon Irène Théry et Anne-Marie Leroyer, (rapport précité page 38), s'inscrivant ainsi dans le droit à.

Dans cette hypothèse, les **couples homosexuels** arguaient d'une **discrimination** par rapport aux couples hétérosexuels, qui seuls pouvaient se marier.

La **séparation entre le mariage et la procréation était définitivement consommée** et, en conséquence, « instituée » par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, dite loi Taubira.

Selon Yves Lequette précité,

« ..., le **mariage a changé de sens**. D'acte attribuant au mari les enfants nés de la femme et fondant une famille, il est devenu un simple **statut du couple**, coupé de la filiation, à **reconnaissance sociale** ».

C'est donc dans ce contexte que la réforme du mariage a conduit à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe avec la loi du 17 mai 2013, instituant le **droit au mariage** des personnes de même sexe et le **droit à l'adoption**.

Mais « *cette loi reste inachevée* » selon le professeur Gérard Champenois ou « *au milieu du gué* » selon le professeur Hugues Fulchiron.

En effet, dans un deuxième temps de la réforme sur le mariage, le droit à l'adoption ne satisfaisant pas complètement les couples homosexuels, revendiquent les **effets du mariage**, c'est-à-dire le droit d'avoir leurs propres enfants, « own genetic children », en fait dans le cadre des couples homosexuels, cela ne peut être que des **demi-enfants génétiques**, « half genetic children » en raison de l'altérité sexuelle.

Oserions-nous dire alors, sans être iconoclaste mais réaliste, que le législateur a fait **l'économie du droit à l'accès** aux techniques d'assistance médicale à la **procréation** en faveur des époux de même sexe, soit par un manque de consensus parlementaire aussi bien à l'Assemblée nationale qu'au Sénat au moment de l'adoption du projet de loi ou par peur des réactions de certains mouvements de nos concitoyens (« La manif pour tous » par exemple), soit, nous l'espérons, pour respecter l'intérêt supérieur de l'enfant.

Cependant, si le **droit à l'adoption de l'enfant** était une grande avancée, pour certains couples homosexuels, il ne l'était pas pour d'autres, d'où la pérennisation de la maternité de substitution ou gestation pour autrui ou son acronyme GPA pour les couples gays ou hétérosexuels dont la femme n'a plus d'utérus et de l'insémination artificielle (IAD) pour les couples lesbiens, au cours d'un « tourisme procréatif ».

Puisque la question de l'ouverture des couples homosexuels lesbiens et gays aux techniques de procréation assistée en France n'est toujours pas résolue et fait l'objet

de nombreux débats aussi bien dans la majorité que dans l'opposition, nous allons examiner le **cadre juridique et jurisprudentiel** en France, encadrant les **dérives** des techniques de procréation assistée.

En effet, les couples hétérosexuels ou homosexuels qui, portés par leur désir d'enfant, se sont rendus à l'étranger dans un pays où les techniques de procréation assistée sont licites, se heurtent à leur retour à la législation française et aux difficultés, concernant l'établissement de la filiation de l'enfant.

II-4-2 : **Problématique de l'établissement de la filiation** des enfants nés du fait de techniques de procréation assistée à l'**étranger**

Examinons le **cadre jurisprudentiel** qui a conduit au **cadre législatif** avec **l'interdiction la gestation pour autrui** ou GPA, qui a été inscrite dans le code civil.

Bien que ce soit une « lapalissade », l'ouverture des techniques de procréation assistée aux couples homosexuels, question très délicate et très sensible, ne se serait pas posée si les travaux du Professeur Sir Robert Edwards n'avaient pas conduit à la fécondation *in vitro*, permettant de créer la vie hors du corps humain, c'est-à-dire un enfant.

De plus, avec la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, qui a été votée et promulguée, la maternité de substitution risque une inflation avec les couples homosexuels nouvellement mariés, désirant des enfants, mais non par la voie de l'adoption.

Mais les faits étant là, il faut analyser les situations au niveau de la France et voir quelles sont les conséquences pour la filiation de l'enfant.

Sur le **plan juridique**, l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation à des fins non médicales, en particulier la maternité de substitution ou gestation pour autrui, GPA, fait l'objet en droit français d'une **interdiction**, qui trouve sa source dans la **jurisprudence** de la **Cour de cassation** et du **Conseil d'Etat**, avec les **articles 16-7 et 16-9 du code civil**, issus de la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, loi dite de bioéthique.

Analysons, donc, la jurisprudence d'une part de la Cour de cassation, d'autre part du Conseil d'Etat.

Jurisprudence de la Cour de cassation :

Avant le triptyque des lois de bioéthique de 1994

1989 : Dans l'arrêt « Alma Mater », (Cass. civ. I, 13 décembre 1989, 88-15655, Bull. civ. I n°387, D. 1990, p. 273, rapp. J. Massip ; JCP G 1990, II, 21526, note iaux°), la Cour de cassation « *a jugé nulle, en raison de l'illicéité de son objet, la constitution de l'association Alma Mater dont l'objet était de favoriser la conclusion et l'exécution de **conventions de mères porteuses*** » (Conclusions de Monsieur Xavier Domino, rapporteur public, concernant l'avis du 12 décembre 2014 du Conseil d'Etat).

1991 : Dans l'arrêt relatif aux **principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes**, (Cass. Ass. Plén. 31 mai 1991, 90-2015, Bull. AP n°4, rapp. Y. Chartier : D. 1991, p. 417), la Cour de cassation, réunie dans sa formation la plus solennelle, l'Assemblée plénière, en présence du professeur Jean Bernard, invité en tant qu'*amicus curiae*, « *a jugé, à l'occasion d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, impossible de prononcer une **adoption plénière** par la mère d'intention dans le cas où l'enfant est né après un **contrat de GPA**, au motif que le processus d'ensemble dont cette adoption était l'aboutissement contrevient au principe d'ordre public de **l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes*** ». Ainsi, la Cour de cassation en avait déduit que l'enfant né dans de telles conditions ne pouvait faire l'objet d'une adoption plénière par la femme qui l'avait recueilli à sa naissance, une telle adoption n'étant que l'**ultime phase du processus d'ensemble**, qui constituait un **détournement de l'institution de l'adoption**.

Une remarque s'impose vis-à-vis de ces deux arrêts : jusqu'à l'interdiction de la maternité de substitution en 1994, la « **mère porteuse** » pouvait être à la fois **génitrice** (elle concevait l'enfant en donnant son ovocyte) et **gestatrice** (elle portait l'enfant). Maintenant, dans la maternité de substitution, la mère de substitution ne fait que « porter » l'enfant, l'ovocyte provenant soit de la mère intentionnelle, soit d'une donneuse d'ovocytes, ce qui donne, dans ce dernier cas, à l'enfant trois mères : la mère donneuse d'ovocytes, la mère de substitution qui porte l'enfant et qui le met au monde et la mère intentionnelle qui l'élèvera.

Trois ans plus tard, ces deux arrêts de la Cour de cassation ont été les fondements des articles **16-7** et **16-9** de la loi de bioéthique du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, insérés dans le **code civil**, et ayant pour conséquence l'**interdiction de la gestation pour autrui**.

1994 : Le législateur pose l'interdiction de la maternité de substitution ou gestation pour autrui en France ou gestation pour autrui, GPA.

L'**article 16-7** de ce code dispose que :

*« Toute **convention** portant sur la procréation ou la **gestation pour le compte d'autrui** est nulle »* et

l'**article 16-9** de ce même code précise que :

*« Les dispositions du présent chapitre sont d'**ordre public** ».*

C'est le grand **principe de nullité d'ordre public** des conventions de maternité de substitution, même si les conventions sont rédigées par d'éminents juristes avec toutes les clauses possibles et inimaginables, mais le risque zéro n'existe pas...

*« La **création de ces articles** a conduit la Cour de cassation à **modifier** légèrement la **formulation de son attendu de principe** et à énoncer que « la maternité pour autrui, dont le **caractère illicite** se déduit des **principes généraux du code civil** et aujourd'hui de son **article 16-7**, réalise un détournement de l'institution de l'adoption ». « Dans **tous les arrêts** qu'elle a rendus par la suite et qui portaient sur cette question, elle a réaffirmé le **principe de prohibition de la gestation pour autrui** » (Rapport du 18 mai 2015 du rapporteur, Monsieur Christophe Soulard, page 12).*

Le législateur a assorti ces deux articles du code civil de **sanctions pénales**.

L'**article 227-12** du code pénal dispose :

*« Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à **abandonner un enfant** né ou à naître est puni d'un **an d'emprisonnement** et de **7 500 euros d'amende** ».*

*« Le fait, dans un **but lucratif**, de **s'entremettre** entre une **personne désireuse d'adopter un enfant** et un **parent désireux d'abandonner un enfant** né ou à naître est puni d'un **an d'emprisonnement** et de **15 000 euros d'amende** ».*

*« Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de **s'entremettre** entre une personne ou un **couple désireux d'accueillir un enfant** et une **femme acceptant de porter en elle cet enfant** en vue de leur remettre ». « Lorsque ces faits ont été commis à **titre habituel** ou dans un **but lucratif**, les **peines** sont **portées au double** ».*

*« La **tentative** des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des **mêmes peines** ».*

L'**article 227-13** du même code prévoit que :

« La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

« La tentative est punie des mêmes peines ».

De plus, l'**article 511-2 du code pénal**, modifié par Ordonnance 2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2002 dispose que :

« Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ».

« Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son **entremise** pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui ».

« Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un **pays étranger** ».

Cette incrimination pourrait s'inscrire dans le cas d'un « distributeur » étranger, vendant des échantillons de sperme cryopréservés, provenant de banques de sperme. Après une commande, *via* internet, d'une femme célibataire ou d'un couple lesbien, désirant un enfant, le distributeur fait parvenir à la « cliente » l'échantillon de gamètes et la « future mère », après avoir pratiqué « le test de prédiction de l'ovulation » procède, elle-même, à sa propre insémination intra-utérine (IIU) au moyen d'une « insémination sauvage »,
(http://www.conceptia.ca/index.php?option=com_content&view=arti...).

Mais, si le distributeur est situé dans un pays, comme le Canada, où il est autorisé par « Santé Canada », en l'absence de la double incrimination, la sanction ne pourra s'appliquer. Nous atteignons dans ce cas une dérive maximum des techniques de procréation assistée. De plus, il est difficile de contrôler les paquets, émanant du commerce numérique comme le trafic de médicaments.

En effet, ces dispositions, comme le souligne le Professeur Philippe Conte, sont difficilement applicables car au moins l'un des faits constitutifs de l'infraction doit être commis sur le territoire français ; il faudrait donc une **double incrimination** entre la France et le pays où se rend le couple, comme dans le cas du tourisme sexuel. Or, connaissant l'interdiction de la loi française, les couples choisissent de « *frauder la loi* » et de se rendre à l'étranger dans un Etat, où le régime de la maternité de substitution est licite.

C'est pourquoi la mesure pénale la plus efficace, selon le professeur Philippe Conte, est le « **délit d'entremise** », d'une part pour les agences de fertilités, venant en France faire la promotion de leurs services en matière de maternité de substitution et, d'autre part pour les établissements français qui les accueilleraient.

Toutefois, une remarque s'impose : selon le rapport de l'Académie nationale de médecine, il pourrait être retenu « l'indication médicale » de la maternité de substitution pour la femme d'un couple hétérosexuel, dans le cas où la femme n'a plus d'utérus, soit de naissance soit à la suite d'une hystérectomie, et pour laquelle le seul moyen de procréer est de recourir à la maternité de substitution dans l'attente d'une greffe d'utérus ou transplantation utérine, qui est encore très peu pratiquée car posant des problèmes éthiques et relevant d'une intervention chirurgicale lourde. D'autres indications médicales ont, également, été retenues par l'Académie nationale de médecine.

Après le tryptique des lois de bioéthique de 1994

et

*Avant les deux arrêts de Cour européenne des droits de l'homme
du 26 juin 2014*

C'est, donc, dans ce **contexte de prohibition**, conscients ou inconscients d'une « fraude à la loi » selon l'adage latin *fraus omnia corrumpit* (la fraude corrompt tout) et malgré les mécanismes civils et pénaux de dissuasion que les couples désireux d'un enfant à tout prix, « children priceless », n'hésitent, cependant, pas à se rendre à l'étranger au cours d'un « tourisme procréatif » dans des pays où ces techniques sont soit légales, soit tolérées sans se préoccuper des problèmes, qui n'apparaîtront qu'à la naissance de l'enfant et, lors de son retour en France, et, encore, si celui-ci peut disposer d'un « *document de voyage* » selon le terme du Conseil d'Etat.

Est-ce que ce droit à l'enfant peut s'expliquer comme un « *droit individuel à l'engendrement* » selon le professeur Hugues Fulchiron (Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2014, var. 2), où, dans un contexte de « crise économique », **l'enfant a une valeur incommensurable ?**

En fait, de tout temps l'enfant a toujours été précieux ; mais si les couples ne pouvaient avoir d'enfants, ils l'acceptaient.

Nous allons, donc, poursuivre l'analyse de la jurisprudence après 1994.

2003 : La Cour de cassation juge contraire, selon le **principe d'ordre public**, à l'institution de l'**adoption** qu'un enfant né d'une GPA soit adopté par la **mère**

d'intention afin d'établir un lien de filiation avec l'enfant (Cass. 1^{ère} civ. 9 décembre 2003 n°01-03.927, Bull. n° 252).

2008 : La Cour de cassation a jugé que le **ministère public** pouvait agir pour **défendre l'ordre public** et contester la **transcription à l'état-civil** de Nantes les actes de naissance dressés à l'étranger d'enfants nés de GPA (affaire Menesson, Cass. civ. I, 17 décembre 2008, 07-20468, Bull. civ. n°289).

2011 : Dans trois arrêts du 6 avril 2011, la Cour de cassation a justifié le **refus de la transcription d'un acte de naissance** établi en exécution d'une **décision étrangère contraire à l'ordre public international français**, (articles 16-7 et 16-9 du code civil), en considérant l'intérêt supérieur de l'enfant *in concreto* et *non in abstracto*, garanti par l'article 8 de la CEDH, (Cass. civ. I, 6 avril 2011 : pourvois n° 09-17130, Bull. n°70, n°09-66486, Bull. n°71 et n° 10-19053, Bull. Civ. I n° 72), (Menesson II).

« 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, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ».

2013 : Dans deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation justifie, à nouveau, le refus de la transcription de l'acte de naissance, mais cette fois *« au motif que la naissance est l'aboutissement d'une gestation pour autrui, en fraude à la loi française »*, (Cass. civ. I, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.315, publié au bulletin ; Cass. civ. I, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30. 138, publié au bulletin). Voyons, en parallèle, quelles ont été les décisions du Conseil d'Etat.

Jurisprudence du Conseil d'Etat :

Avant le triptyque des lois de bioéthique de 1994

1988 : Le Conseil d'Etat, dès 1988, statuant en contentieux, dans la **Décision** de l'Assemblée N° **80936 du 22 janvier 1988**, publié au recueil Lebon, dans l'affaire de

l'association « *Les Cigognes* » en Alsace, a été selon le rapporteur public, Monsieur Xavier Domino, « *la première juridiction suprême française à juger qu'était illicite l'objet d'une association visant le recours à des mères porteuses* ».

Après le triptyque des lois de bioéthique de 1994

et

Avant les deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014

2011 : Le Conseil d'Etat, en précurseur et déjà conscient qu'il fallait **séparer l'intérêt supérieur de l'enfant de son mode de procréation**, dans la

Décision n° 348778 du 4 mai 2011 :

« a confirmé une ordonnance de référé de première instance qui avait enjoint de délivrer un document de voyage permettant à des enfants nés de GPA d'entrer en France en se fondant sur l'article 47 du code civil ».

2013 : Dans la **Décision n° 362981 du 13 juin 2013**, le Conseil d'Etat, statuant en contentieux, a posé le problème des « *données non identifiantes de nature médicale* » et de l'anonymat du don de gamètes.

Ces décisions du Conseil d'Etat étaient-elles les prémices aux :

deux arrêts du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme

dans l'affaire *Menesson c. France* et l'affaire *Labassee c. France*, qui ont fait évoluer la jurisprudence aussi bien de la Cour de cassation que celle du Conseil d'Etat, qui a été le premier à prendre conscience de l'intérêt supérieur de l'enfant *in abstracto* dans la Décision du 4 mai 2011 ?

Parallèlement à ce renversement de la jurisprudence, depuis la loi du 17 mai 2013, 7 000 couples homosexuels se sont mariés en 2013, surtout des couples hommes, et, au 16 février 2015, ils étaient 17 000 couples homosexuels à avoir convolé en justes noces. Notons, toutefois, que certains ont déjà divorcé, le premier divorce ayant été prononcé le 29 octobre 2013, soit six mois après la promulgation de la loi. En effet, la loi du 17 mai 2013 n'est pas un visa d'indissolubilité du mariage et, selon le

Conseiller d'Etat, Denis Rapone : « *Il n'y a pas de raison pour que les couples hétérosexuels ne divorcent pas plus que les autres* », sous-entendu les couples homosexuels, le divorce n'étant pas l'apanage des couples hétérosexuels.

Or, il est important de souligner que les **couples homosexuels divorcent** aussi, car si ces couples homosexuels, nouvellement mariés, ont déjà **adopté des enfants**, se pose immédiatement le problème de la **garde des enfants**.

Il faut, donc, avec beaucoup de sérénité examiner ce nouveau statut des couples homosexuels face à l'intérêt supérieur de l'enfant.

En effet, il s'avère impossible sur le plan juridique (constitutionnel), politique et social d'abroger la loi, ce qui serait alors discriminatoire : « *... il n'y a aucun doute chez les juristes, on ne peut en France ni démarier ni désadopter* » (« Abroger la loi Taubira ? Chronique de Luc Ferry, Le Figaro, jeudi 20 novembre 2014, page 19).

Quels sont, dans ce contexte, les **conséquences sur la jurisprudence** de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat des **deux arrêts de chambre** de la Cour européenne des droits de l'homme du **26 juin 2014**, devenus des « **arrêts définitifs** », selon l'article 42, « *conformément aux dispositions de l'article 44, paragraphe 2* » de la Convention ?

Article 44

Arrêts définitifs

1. « *L'arrêt de la Grande Chambre est définitif* ».
2. « *L'arrêt d'une chambre devient définitif*
 - a) *lorsque les parties déclarent qu'elles ne demanderont pas le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre ; ou*
 - b) *trois mois après la date de l'arrêt, si le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre n'a pas été demandé ; ou*
 - c) *lorsque le collège de la Grande Chambre rejette la demande de renvoi formulée en application de l'article 43* »
3. « *L'arrêt définitif est publié* ».

En effet, la garde des Sceaux n'a pas selon l'article 43 de la Convention demandé le « *Renvoi devant la Grande Chambre* », selon l'article 43.

Article 43

Renvoi devant la Grande Chambre

1. « *Dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une chambre, toute partie à l'affaire peut, dans des cas exceptionnels, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre* ».
2. « *Un collège de cinq juges de la Grande Chambre accepte la demande si l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses protocoles, ou encore une question grave de caractère général* ».

Jusqu'aux deux arrêts de chambre du jeudi **26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme**, dans les affaires *Menesson c. France* (requête n° 65192/11) et *Labassee c. France* (requête n° 65941/11) :

« *Interdire totalement l'établissement du lien de filiation entre un père et ses enfants biologiques nés d'une gestation pour autrui à l'étranger est contraire à la convention* », il était impossible à un **couple hétérosexuel**, ayant eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger, d'**établir la filiation de l'enfant à l'égard du père biologique** ce qui, déjà, selon le professeur Gérard Champenois « *était contestable car non logique sur le plan biologique* ».

C'était, donc, jusqu'à ces deux arrêts du 26 juin 2014, le grand débat entre la **prohibition** française de la **maternité de substitution**, fondée sur le respect de l'ordre public et le principe d'indisponibilité du corps humain, et l'**applicabilité directe** en France de la **Convention internationale des droits de l'enfant**, Convention de New York des Nations-unies, dans l'applicabilité de l'article 3 paragraphe 1 relatif à l'**intérêt supérieur de l'enfant**.

Ainsi, ces deux arrêts ont remis en cause « *directement la construction jurisprudentielle qu'avait élaborée la Cour de cassation à partir de l'article 16-7 du code civil* », selon le rapporteur public, Monsieur Xavier Domino, de la **Décision N° 355052 du 12 décembre 2014 du Conseil d'Etat**.

Historiquement, c'est dans la **continuité du principe d'indisponibilité du corps humain de l'arrêt *princeps* du 31 mai 1991** de la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière, que la Cour a rendu d'autres arrêts et, même, avec un

durcissement dans l'arrêt du 13 septembre 2013 relatif à la « *fraude à la loi* » en n'admettant aucun détournement de cette interdiction de caractère d'ordre public.

En effet, la prohibition de la maternité de substitution en France est d'ordre civil et pénal, trouvant son fondement dans l'arrêt du 31 mai 1991 de la Cour de cassation jugeant que « *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** ».*

Sur le **plan législatif**, ce principe a été intégré dans la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain dans les articles 16-7 et 16-9 du code civil. L'article 16-7 du code civil dispose que :

« *Toute **convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle** »* et l'article L.16-9 du code précité précise que :

« *Les dispositions du présent chapitre sont **d'ordre public** ».*

C'est le grand principe de **nullité absolue d'ordre public** des conventions de maternité de substitution, même, si la Convention de maternité de substitution internationale (CMSI) est rédigée par d'éminents juristes avec toutes les clauses possibles.

Mais face à ce blocus de la prohibition de la maternité de substitution, la Cour européenne des droits de l'Homme, la « Cour de Strasbourg », dans les deux arrêts du 26 juin 2014, en reconnaissant l'obligation d'établir une filiation pour l'enfant, fait **prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant sur son mode de conception** et devient le socle d'une **nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation**.

Ce sont deux arrêts novateurs et révolutionnaires dans le domaine de la maternité de substitution en ce sens qu'ils ne suivent pas la jurisprudence des précédents arrêts de la Cour de cassation, en particulier celui du 6 avril 2013 de la Cour de cassation relatif à une « *fraude à la loi* ».

Ces arrêts, à « 180 degrés » des précédents arrêts de la Cour de cassation, instituent le **clivage** entre d'une part le **mode de conception de l'enfant**, qui est contraire à l'ordre public (articles 16-7 et 16-9 du code civil), et, d'autre part l'**intérêt supérieur de l'enfant** et son droit à avoir une filiation et une nationalité (articles 3§1 et 7 de la CIDE).

Notons, selon Monsieur Xavier Domino précité, que dans ce clivage entre le mode de conception de l'enfant et la Convention, le « *constat de violation* » de l'article 8 de la CEDH ne concerne que les droits de l'enfant, de plus :

« *En premier lieu, la méconnaissance identifiée par la Cour se limite aux droits des enfants* ». «... *que l'interdiction de la GPA n'est en rien contraire à la Convention et que la **dissuasion du recours à la GPA à l'étranger** doit passer par des dispositions juridiques concernant les **parents** et non les enfants* », reconnaissant ainsi une part de souveraineté aux Etats-membres du Conseil de l'Europe en fonction de leur marge d'appréciation, en l'occurrence la France.

Nous allons, donc, voir quelles sont les conséquences de cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sur la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'Etat, la prohibition de la maternité de substitution étant toujours inscrite dans le droit positif français.

Conséquences de la jurisprudence de la CEDH

Après les deux arrêts du 26 juin 2014

Jurisprudence de la Cour de cassation :

2014 :

C'est dans la continuité de ces deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et pour se mettre en « *adéquation* », selon le Premier président de la Cour de cassation, Monsieur Bertrand Louvel, avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la **Cour de cassation** a donné l'**Avis du 22 septembre 2014** en faveur de l'**adoption de l'enfant de la conjointe** dans un **couple lesbien**, l'enfant de la conjointe ayant été conçu par insémination artificielle à l'étranger.

Dans ce cadre, le Premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, interviewé par la journaliste, Paule Gonzalès, du Figaro, sur :

« *Le rôle de la Cour de cassation par rapport à la Cour européenne des droits de l'homme* », (Le Figaro, jeudi 23 octobre 2014, Société, page 8), répond :

« Mais nous allons aussi chercher une **adéquation** plus grande entre notre niveau de contrôle et celui qu'exerce la **Cour européenne des droits de l'homme qui va beaucoup plus loin que nous**. Le rejet de certains pourvois débouche parfois sur une condamnation de la France par la Cour de Strasbourg. La Cour de Strasbourg a fait entrer dans le sien des questions comme la **proportionnalité** des décisions au regard des circonstances de chaque affaire. Ce **principe est nouveau** dans notre tradition, mais nous ne pouvons l'ignorer, car il fait désormais partie du droit que nous devons **appliquer** ».

Donc, l'**avis du 22 septembre de 2014** de la Cour de cassation est une grande avancée : **l'obligation d'établir une filiation à l'égard de l'enfant devient une priorité par rapport à son mode de conception**, l'intérêt supérieur de l'enfant « effaçant » en quelque sorte son mode de conception.

Est-ce pour autant, dans un premier temps, un blanc-seing pour l'ouverture de l'insémination artificielle aux couples lesbiens, et, dans un deuxième temps, à la maternité de substitution pour les couples gays ?

Puis, la journaliste, continuant son interview sur :

« Cette logique permet aussi d'éviter que Strasbourg dise le droit pour la France » ?
et le Premier président de répondre :

« C'est tout à fait juste. La Cour de cassation est confrontée à une question de raison d'être. Dans le cas où son contrôle n'est pas considéré par Strasbourg comme suffisamment efficient, la question de sa justification se pose et c'est à cela que nous devons répondre ».

Ainsi, l'avis du 22 septembre 2014 s'inscrit non seulement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais peut, aussi, être interprété comme un « paratonnerre » évitant à l'Etat de légiférer, *de lege feranda*, la France préférant **résoudre chaque affaire au cas par cas**.

La Cour de cassation, en inflanchissant sa jurisprudence, montre que **l'intérêt supérieur de l'enfant** doit prévaloir sur son **mode de conception** dans le cas des **couples lesbiens** et est, même, précurseur puisque, rappelons-le, les arrêts Menesson et Labassee ne concernent que des **couples hétérosexuels**.

L'Avis du 22 septembre 2014 montrait, déjà, une évolution très importante, mais qui allait atteindre son apogée en faveur des enfants de **couples gays** en 2015.

2015 :

La Cour de cassation a été saisie de deux affaires similaires, concernant la **transcription des actes de naissance, dressés en pays étranger**, en l'occurrence la Russie, sur les **registres de l'état civil français** de deux enfants de deux **couples gays**, ayant eu recours à la maternité de substitution, les deux affaires dépendant de la compétence du tribunal de Grande instance de Nantes (le service national d'état civil se situe à Nantes, ce qui explique que le parquet nantais soit compétent dans ce domaine pour tout le territoire) et de la Cour d'appel de Rennes.

Avant le vendredi 3 juillet 2015, la question, le « suspense », était de savoir si la Cour de cassation allait suivre la jurisprudence des arrêts du 6 avril 2011, pour lesquels : « *En refusant de donner effet à la violation délibérée de l'article 16-7 du code civil, la première chambre a souhaité **préserver cet interdit*** », ces arrêts ayant, même, été durcis avec l'arrêt du 13 septembre 2013, relatif à la « *fraude à la loi* », ou bien : « *En fermant les yeux sur son contournement, l'assemblée plénière déciderait de son **abandon*** ».

« *Les **hauts magistrats sont libres**. Ils seront également **responsables*** ».

(François Chénéde :

« *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* » in Recueil Dalloz – 4 juin 2015 – n° 20, pages 1172 à 1177).

Mais, rappelons que dans l'avis du 22 septembre 2014, la Cour de cassation avait, déjà, infléchi la jurisprudence en suivant celle de la Cour européenne avec les arrêts *Mennesson* et *Labassee* en privilégiant l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3§1 de la CIDE) et le droit à avoir une identité (article 7§1 de la CIDE).

Le **vendredi 3 juillet 2015**, la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière, a rendu **deux arrêts**.

Dans la première affaire, **arrêt n° 619 du 3 juillet 2015** (pourvoi n°14-21.323), selon le **rapport** établi par Monsieur le rapporteur, Christophe Soulard :

« *Le procureur de la République s'est **opposé à la demande de transcription** au motif qu'un certain nombre de circonstances faisaient apparaître que l'enfant était né à la suite d'une **gestation pour autrui*** ».

« *Par jugement du **17 janvier 2013**, le tribunal a débouté M.X...de sa demande* ».

« Par arrêt du **14 avril 2014**, la **Cour d'appel de Rennes** a confirmé le jugement... ».
« Le **21 juillet 2014**, M.X... a formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt ».
« Par ordonnance du **23 janvier 2015**, le Premier Président de la Cour de cassation a ordonné le renvoi de l'examen de ce pourvoi devant l'**Assemblée plénière** ».

Le **3 juillet 2015**, la **Cour de cassation**, siégeant en **Assemblée plénière**, a rendu l'**arrêt n° 619** :

« Vu l'article 47 du code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

PAR CES MOTIFS :

« **CASSE et ANNULE**, mais seulement en ce qu'il rejette la **demande de transcription de l'acte de naissance de K. X...**, l'**arrêt rendu le 15 avril 2014**, entre les parties, par la **Cour d'appel de Rennes** ;...les renvoie devant la **Cour d'appel de Paris** ».

La cassation **partielle** a été fondée uniquement sur l'**article 47 du code civil** qui dispose que : « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent (L. n°2006-1376 du 14 novembre 2006, art. 7)* » , le cas échéant après toute vérifications utiles, » que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

Dans cet arrêt n° 619 du 3 juillet 2015, tout à fait novateur, compte-tenu que l'intérêt supérieur de l'enfant est considéré cette fois-ci *in abstracto* et *non in concreto*, comme dans les précédents arrêts de la Cour de cassation, fondés d'une part, en **2011**, sur les principes d'indisponibilité du corps humain et, d'autre part, en **2013**, de fraude à la loi, la Cour par ses motifs dans l'**arrêt n° 619 du 3 juillet 2015** :

« **Casse et annule**, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de transcription de l'acte de naissance de K. X..., l'**arrêt rendu le 15 avril 2014**, entre les parties, par la **Cour d'appel de Rennes** ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait de droit, les renvoie devant la **Cour d'appel de Paris** ; ».

Nous constatons, cependant, que la procédure civile n'est pas, encore, terminée puisque l'acte de naissance russe mentionne non seulement le père biologique, mais aussi la mère de substitution, qui est russe, comme mère, selon l'adage latin *mater semper certa est*, puisqu'elle a mis l'enfant au monde, mais, qui, en fait, n'est que porteuse et sans lien génétique avec l'enfant, la maternité de substitution ayant nécessité un don d'ovocyte avant de procéder à la fécondation *in vitro*.

Peut-être, sans oser toutefois contredire les magistrats de la Haute juridiction, eût-il été préférable de ne conserver que la proposition de Monsieur le Procureur général, J. C. Marin, qui préconisait de ne retenir dans la transcription de l'acte de naissance que le père biologique sous couvert d'une expertise génétique, c'est-à-dire d'un test ADN, discutable selon le professeur Gérard Champenois pour lequel : « *l'établissement de la filiation est fondé sur le principe de présomption* », selon l'**article 310-1 du code civil** (Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005) qui dispose que : « *La filiation est également 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.*

Elle peut aussi l'être par jugement dans les conditions prévues au chapitre III du présent titre ».

En conséquence, la mère de substitution doit, donc, faire un désaveu de maternité si l'autre membre du couple commanditaire, l'époux, marié avec celui qui a un lien biologique avec l'enfant, c'est-à-dire le père, veut adopter l'enfant...

De plus, maintenant la Russie n'autorise plus la maternité de substitution pour les couples gays.

Dans la seconde affaire, **arrêt n° 620 du 3 juillet 2015** (pourvoi n° 15-50.002), il s'agit, également, d'une maternité de substitution, la petite fille étant née à Russie.

En effet, selon le rapport du rapporteur, Monsieur Christophe Soulard :

« *Le procureur de la République s'est opposé à la demande de transcription au motif qu'un certain nombre de circonstances faisaient apparaître que l'enfant était né à la suite d'une gestation pour autrui* ».

En première instance, « *Par jugement du 17 janvier 2013, le tribunal a débouté M. Y...de l'ensemble de ses demandes au motif que la naissance était l'aboutissement*

d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour autrui contraire à l'ordre public français ».

Mais, à la grande surprise et à la différence de la première affaire, au deuxième degré : « *Par arrêt du 16 décembre 2014, la Cour d'appel de Rennes a **infirmé** le jugement et **ordonné la transcription** sur les registres du service central d'état civil de Nantes de l'acte de naissance établi à Moscou le 7 juin 2011 ».*

Comment expliquer ce revirement de la Cour d'appel de Rennes ?

Faut-il trouver la solution dans le fait qu'entre ces deux arrêts (14 avril 2014 et 16 décembre 2014), il s'est écoulé neuf mois et deux jours, et que la jurisprudence a évolué d'une façon exponentielle : les deux arrêts du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme, l'Avis du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation et la Décision du Conseil d'Etat du 12 décembre 2014 ?

En toute logique, le Procureur général près la Cour d'appel de Rennes « *s'est régulièrement pourvu contre cet arrêt et a adressé, le 26 janvier 2015 au greffe de la Cour de cassation, un mémoire à l'appui de son pourvoi ».*

Par ordonnance du **29 janvier 2015**, le Premier Président de la Cour de cassation a ordonné le renvoi de l'examen de ce pourvoi devant l'Assemblée plénière.

Le **3 juillet 2015**, la **Cour de cassation**, siégeant en **Assemblée plénière**, toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant, a rendu **l'arrêt n° 620**.

« Mais attendu qu'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 de gestation pour autrui conclue entre M. Y... et Mme A ... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé ; »

PAR CES MOTIFS :

« REJETTE le pourvoi ».

Donc, la Cour de cassation dans ces deux arrêts poursuit l'évolution de sa jurisprudence en confirmant la prépondérance de « *l'intérêt supérieur de l'enfant* »

sur toute autre considération, tant législative que jurisprudentielle, sur son mode de conception.

Ces arrêts représentent un tel revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'ils ont suscité de nombreux commentaires.

Après le vendredi 3 juillet 2015 :

Le professeur Marie-Anne Frison-Roche dans « *Comprendre la Cour de cassation [A propos des deux arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 sur la maternité de substitution (dites GPA)]* (in Petites affiches – 8 octobre 2015 – N° 201, pages 4 et 5) commente ainsi les deux arrêts.

« *L'arrêt n° 619, Dominique X c. le procureur général près la cour d'appel de Rennes et a. prononce en quelques lignes une **cassation** en visant l'article 47 du Code civil relatif aux **conditions formelles** de la transcription sur l'état civil français des états civils établis à l'étranger, l'article 7 du décret du 3 août 1962 sur l'état civil et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaissant à chacun le droit au respect de sa vie privée* ».

« *L'arrêt n° 620, M. le procureur général près la cour d'appel de Rennes c/ Patrice Y, est encore plus bref. Il prononce un **rejet** après un un attendu résumant les faits en un paragraphe, un attendu synthétisant les griefs du moyen en deux paragraphes, et fonde le rejet sur un paragraphe : « 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. Y. et Mme X ne **faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance** ».*

Même, si cet arrêt est « *bref* » et qu' « *Il apparaît que les arrêts du 3 juillet 2015 ne sont admissibles que s'ils sont des arrêts d'espèce* », selon le professeur Marie-Anne Frison-Roche (Petites affiches – 8 octobre 2015 – N° 201, page 12), du fait que ce soit des **arrêts de la Cour de cassation**, siégeant en **Assemblée plénière**, nous pensons qu'ils s'inscriront dans les « Grands arrêts de la Cour de cassation » et

auront une grande portée sur la jurisprudence à venir, en devenant des **arrêts de principe, le vendredi 3 juillet 2015 devenant une date historique.**

En effet, presque un quart de siècle plus tard, (1991 – 2015, 24 ans), les principes d'indisponibilité du corps humain et de nullité absolue d'ordre public de la convention de gestation pour autrui, n'ayant pas été invoqués, s'effacent devant l'**intérêt supérieur de l'enfant**, qui devient un principe *princeps*, occultant le mode de conception de l'enfant.

Avec beaucoup de diplomatie et de sagesse, les hauts magistrats, conscients de leur responsabilité vis-à-vis de l'enfant, n'évoquent pas l'**article 18** relatif à la **nationalité française**, disposant que : « (L. n° 73-42 du 9 janv. 1973) *Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français. – (C. nat., art.17)* », ni l'**article 310-1** relatif à la **filiation** du code précité afin de ne pas soulever le problème de fond qu'est la filiation de l'enfant et risquant, alors, que l'intérêt supérieur de l'enfant ne soit plus la priorité.

Le professeur Jean Hauser résume la situation :

« Curieusement, si l'on s'en tient à ce qui est dit dans les arrêts, on trouvera peu de substance, alors pourtant qu'il s'agit d'un arrêt de l'Assemblée plénière. Exclues les joutes de principe, ... circulez, il n'y a rien à voir, c'est seulement un problème concernant l'article 47 du code civil, l'état civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 ... » in « Personnes Etat civil, Etat civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez y a rien à voir ! », RTDCiv. – 3- juillet-septembre 2015, pages 581 à 583).

Il faut, ainsi, saluer la sagesse et le courage des hauts magistrats de la Cour de cassation, qui, par ces deux arrêts du 3 juillet 2015, ont **priviliégié l'intérêt supérieur de l'enfant**, en lui donnant une filiation biologique et en cessant qu'il ne soit considéré comme un « fantômes de la République » ou « stateless » (sans nationalité), selon Nicolas Sauvage, ce que traduit le professeur Sylvain Bollée :

« Appelée à trancher un débat qui s'était considérablement polarisé, l'assemblée plénière de la Cour de cassation ne pouvait espérer que sa position rallie tous les suffrages. Les deux arrêts qu'elle a rendus, le 3 juillet dernier (D. 2015. Actu. 1438), ne devraient cependant épouvanter que les partisans de la ligne la plus dure, qui était aussi la plus contestable », (Sylvain Bollée : « Gestation pour autrui : la voie du compromis » in : Recueil Dalloz, Editorial – 16 juillet 2015 – n° 26).

Mais, notons que, ce qui est très important, dans ces deux arrêts, la **prohibition de la maternité de substitution**, à laquelle la Cour de cassation s'est toujours opposée, **n'a pas été remise en cause, position, également, maintenue par la Cour européenne des droits de l'homme** dans les arrêts Mennesson et Labassee du 26 juin 2014.

En conséquence, comme le souligne le professeur Sylvain Bollée précité, (*ibidem*) :
« *Il serait sage que la **jurisprudence en reste là**, car aussi longtemps que la **gestation pour autrui** demeurera **interdite en France**, la possibilité d'établir partiellement la filiation représentera le **moins mauvais compromis possible** ».*

Ainsi, par un « mécanisme » de « *fondamentalisation du droit* », « *mais qu'il serait plus juste de qualifier de « juridiciation » des droits fondamentaux* », selon les termes du professeur François Chénéde, (François Chénéde, « *Brèves remarques sur la « fondamentalisation » du droit de la famille* » in : RDA – 41 à 44 - Octobre 2015), les juges sont arrivés à « concilier » l'intérêt supérieur de l'enfant, principe fondamental face à une pratique, prohibée par la législation en France, la maternité de substitution.

Prohibition de la maternité de substitution.

Si l'article L. 227-12 précité du code pénal prohibe la maternité de substitution, il s'avère qu'il est difficilement applicable du fait qu'en droit international français, les sanctions pénales ne s'appliquent que pour des faits, soit perpétrés en France, soit perpétrés dans un Etat étranger dont la législation les prohibe, aussi, comme la France.

En conséquence, dans le cadre du « tourisme sexuel », où les parents intentionnels choisissent de se rendre dans un pays, où la maternité de substitution est licite, il est impossible d'incriminer soit la mère de substitution, soit les parents intentionnels, ce qui, de surplus, serait très pénalisant pour l'enfant.

De plus, notons que dans les Etats qui ont légiféré sur la maternité de substitution, la philosophie de ces lois est de protéger d'une part la mère de substitution et, d'autre part de protéger l'enfant en mettant les parents intentionnels face à leur responsabilité.

En conséquence, si le couple dans le cadre d'une maternité de substitution de type « high cost », haut coût, se rend aux Etats-Unis dans un Etat, où la maternité de substitution est légale, comme la Californie ou le Massachusetts, l'applicabilité des règles pénales françaises se trouve neutralisée. Le seul problème, qui demeure et non des moindres, est celui de l'établissement de la filiation de l'enfant à son retour en France, où il rentre dans le « pays d'origine de ses parents » en tant que citoyen américain avec un passeport américain. C'est peut-être, en se fondant sur ces considérations, que les « juges de Strasbourg » ont rendu leur arrêt relatif à l'établissement de la filiation de l'enfant le 26 juin 2014.

En effet, si l'enfant est, certes, américain, n'étant pas français il ne pourra passer certains concours, sauf à titre étranger, ou accéder à certaines fonctions publiques, par exemple...

C'est pourquoi face aux **risques du « triptyque de la maternité de substitution »** (mère de substitution, enfant et parents intentionnels), le professeur Philippe Conte préconise le « **délit d'entremise** » aussi bien pour les agences de fertilité, qui viennent faire de la publicité pour la maternité de substitution et proposer leurs services, que pour les établissements, qui les accueillent. C'est la raison pour laquelle l'hôtel Lutétia à Paris avait refusé en février 2014 d'accueillir une agence de fertilité, en apprenant l'objet de la demande de réunion de l'agence de fertilité.

Par contre, il est très difficile d'empêcher l'information relative aux agences de fertilité *via* les sites internet puisque, selon le Conseiller d'Etat, Denis Rapone, « *l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) est responsable du contenant, mais non du contenu* ».

Jurisprudence du Conseil d'Etat :

2014 : Le **Conseil d'Etat** dans la **Décision n° 355052 du 12 décembre 2014** a rejeté les requêtes contre la **circulaire du 25 janvier 2013 de la garde des Sceaux** relative à la « *délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés de la gestation pour le compte d'autrui à l'étranger* » selon les considérants :

11. «... *la circulaire attaquée n'est entachée d'aucun excès de pouvoir* » ;

14. « ... ne sont pas fondés à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la circulaire attaquée ; ».

2015 : Le Conseil d'Etat dans la **Décision N° 372121 du 12 novembre 2015** réaffirme la **compatibilité de l'article 8** de la **Convention européenne des droits de l'homme** et du **maintien de l'anonymat du don de gamètes** :

*« Considérant, en premier lieu, qu'en définissant, aux articles L. 1244-6 et L. 1131-1-2 du code de la santé publique, l'accès aux **données non identifiantes**, le législateur a entendu assurer la protection de la santé des **personnes issues d'un don de gamètes**, tout en garantissant le **respect des droits et libertés d'autrui** ; qu'à cet égard, les dispositions de l'article L.1244-6 selon lesquelles un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique doivent s'entendre comme ne faisant pas obstacle à ce que de telles **informations** soient obtenues à des fins de prévention, en particulier dans le cas d'un **couple de personnes issues l'une et l'autre de dons de gamètes** ; ».*

En résumé, le tableau n°II, ci-dessous, montre l'arsenal jurisprudentiel, *post* 26 juin 2014, d'une part de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat et, d'autre part de la Cour européenne des droits de l'homme, permettant de donner une filiation et une nationalité française aux enfants, nés du fait d'une GPA à l'étranger :

Tableau II relatif à l'arsenal jurisprudentiel de l'établissement de la filiation et de la nationalité des enfants, nés des « ART » à l'étranger.

2011 (4 mai) : **Conseil d'Etat** : Délivrance d'un « **document de voyage** » à un enfant, né du fait d'une GPA à l'étranger.

2013 (25 janvier) : **Ministère de la Justice** : **circulaire** de la garde des Sceaux relatif à la délivrance d'un **certificat de nationalité française**, à un enfant né du fait d'une GPA à l'étranger.

2013 (13 juin) : **Conseil d'Etat** : Avis n°362981 : « *Données non identifiantes de nature médicale* ».

2014 (26 juin) : Deux arrêts de la **CEDH** : établissement de la filiation d'un enfant, né du fait d'une GPA, chez deux **couples hétérosexuels**.

2014 (22 septembre) : Cour de cassation : **adoption** de l'enfant de la conjointe, né du fait d'une insémination artificielle avec tiers donneur (IAD) à l'étranger chez un **couple lesbien**.

2014 (12 décembre) : Conseil d'Etat : « *annulation pour excès de pouvoir de la circulaire attaquée* », (circulaire de la garde des Sceaux du 25 janvier 2013).

2015 (3 juillet) : Cour de cassation, Assemblée plénière, arrêts n° 619 et n° 620 relatif à l'inscription à l'état civil d'un enfant, né du fait d'une GPA à l'étranger chez un **couple gay**.

2015 (jeudi 12 novembre 2015) : Conseil d'Etat : Maintien de l'anonymat du don de gamètes au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Après cette analyse de l'**arsenal jurisprudentiel et législatif, civil et pénal**, face aux dérives des indications, non plus médicales mais sociétales, de la maternité de substitution, nous allons voir quelles sont les **possibilités d'établissement de la filiation de l'enfant**, conçu par des techniques de procréation à l'**étranger**, pour les couples hétérosexuels et pour les couples homosexuels.

Mais avant, il nous faut remarquer que dans la jurisprudence de la CEDH, puis dans celle de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, ce clivage entre mode de procréation et filiation de l'enfant s'inscrit dans le titre de notre thèse :

« *De la filiation face aux nouvelles techniques de procréation au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant* », dans laquelle nous étudions la compatibilité ou l'incompatibilité des techniques de reproduction assistée face à l'établissement de la filiation de l'enfant au regard de son intérêt supérieur, montrant ainsi toute l'importance et l'actualité du sujet.

Pour les **couples hétérosexuels**, la circulaire Taubira du 25 janvier 2013 relative au certificat de nationalité française et l'arrêt du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme pourront, nous l'espérons dans l'intérêt supérieur de l'enfant, permettre de résoudre l'établissement de la **filiation bilinéaire** d'autant plus que l'un des deux parents est le parent biologique et de nationalité française en vertu des articles 18 et 310-1 du code civil.

Pour les **couples lesbiens**, l'avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014, « *validant les adoptions d'enfants nés de PMA à l'étranger* », s'il permet l'adoption plénière de l'enfant de la conjointe, rend l'établissement de la filiation possible, si les **conditions administratives**, propres à toute procédure relative à l'adoption, sont requises, le problème de l'anonymat du don de gamètes et de celui de l'accès aux origines demeurant présent.

Pour les **couples gays**, il semble que la **Cour européenne des droits de l'homme** ne soit pas encore prête à rendre pour les couples gays un **arrêt** analogue à celui du **26 juin 2014** relatif à un couple hétérosexuel, reconnaissant ainsi aux Etats membres une large marge d'appréciation dans ce domaine.

En effet, pour les couples gays, non seulement il faut un don d'ovocytes, mais il faut, aussi, d'une façon pragmatique et sans porter atteinte à la dignité de la mère de substitution, une femme qui porte l'enfant et en assure la gestation au sein de l'utérus, ce qui ouvre, en plus, des problèmes de l'**anonymat** du don d'ovocytes, celui des **risques** de la **maternité de substitution**.

Mais, dans les deux **arrêts du 3 juillet 2015**, la **Cour de cassation** a devancé la Cour européenne des droits de l'homme pour les couples gays.

Face à cette évolution libérale de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, dans un **premier temps**, faudrait-il libéraliser l'assistance médicale à la procréation en faveur des **couples lesbiens**, en détournant l'assistance médicale à la procréation de son indication médicale à des fins sociétales ?

Rappelons que c'est la jurisprudence de la Cour de cassation, qui avait, avec les avis du CCNE et différents rapports, été à l'origine du triptyque des lois de bioéthique de 1994. Hors, dans ce cas il ne s'agissait pas de libéraliser ces pratiques de bioéthique tels que l'assistance médicale à la procréation, le diagnostic prénatal ou les transplantations d'organes, sans être exhaustif, mais au contraire de les encadrer pour « *assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » selon la Décision n° 94-343-344 du 27 juillet 1994 du Conseil Constitutionnel, relative au contrôle de constitutionnalité des deux lois de bioéthique du 29 juillet 1994, loi n° 94-653 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 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, suite à la saisine, le

29 juin 1994, du Conseil Constitutionnel par le Président de l'Assemblée nationale, Monsieur Philippe Seguin.

Nous pensons que ce serait s'engouffrer dans un **problème d'anonymat et d'accès aux origines** sans fin, car même si deux femmes peuvent se marier, elles ne peuvent concevoir sans avoir accès à un don de gamètes du fait de l'altérité sexuelle et que la filiation est bilinéaire par essence, même si la loi du 17 mai 2013 « *permet pour la première fois en droit français l'établissement des liens de filiation à l'égard de deux parents de même sexe* » (Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français, La Revue des droits de l'Homme, Actualités Droits-Libertés, juin 2014, page 2).

Nous arrivons, ainsi, à une **famille homoparentale**, qui doit être respectée et non stigmatisée dans l'intérêt supérieur des enfants, avec une **filiation monolinéaire**, puisque la deuxième filiation est occultée par l'anonymat du don.

Dans ce cadre, nous allons examiner le **rapport d'Irène Théry et d'Anne-Marie Leroyer**, fait à la demande de la ministre déléguée chargée de la famille le 4 octobre 2013, Dominique Bertinotti, sur :

« *Filiation, origines, parentalité* », rendu public en avril 2014 et publié aux éditions Odile Jacob en septembre 2014 sous le titre :

*« Filiation origines parentalité
Le droit face aux nouvelles valeurs
de responsabilité générationnelle ».*

Ce rapport comprend deux livres,

Le Livre I : « *Réflexion prospective sur la filiation* » et

Le Livre II : « *Accès aux Origines et Parentalité.*

Propositions pour une Loi Famille ».

Le titre du rapport :

« *Filiation **Origines** Parentalité* » évoque le **temps présent** avec le problème de fond qu'est le don de gamètes dans l'assistance médicale à la procréation avec ses conséquences sur l'accès aux origines.

Sur ce problème, Irène Théry et Anne-Marie Leroyer proposent une « *rénovation* » en abandonnant « *une pseudo-procréation charnelle du couple receveur et assumer un*

un nouveau principe de Responsabilité en distinguant les droits et les devoirs des trois protagonistes du don : parents, donneurs, et surtout enfants et plus largement personnes nées de don » en donnant le « droit d'accès aux origines » » (rapport page 186), ce qui est novateur puisque dans la législation actuelle les articles 311-19 et 311-20 du code civil excluent toute responsabilité vis-à-vis de l'auteur du don.

Le sous-titre du rapport :

*« Le droit face aux nouvelles valeurs de **responsabilité générationnelle** » évoque le **temps futur**. En effet il s'agit de la responsabilité de l'Etat, voire des praticiens au regard des serments d'Hippocrate et de Galien, vis-à-vis des futures générations.*

Pouvons-nous, par une simple réforme de la filiation, faire abstraction du mode de reproduction sexuée de l'être humain qui existe depuis le début de la création de l'homme et de la femme, Adam et Eve, c'est-à-dire de l'humanité ?

Le rôle du père est si important dans la filiation qu'autrefois, lorsqu'il était inconnu, l'enfant pouvait être celui « du péché », expression horrible qui, heureusement, de nos jours a disparu.

*Dans le **Livre I**, le terme don de gamètes est remplacé par celui de « *don d'engendrement* » en conférant un **rôle à l'auteur du don**, le « tiers donneur », le **géniteur**, qui normalement dans l'éthique des CECOS reste anonyme et qui, selon l'article 311-19 du code civil, est dénué de toute responsabilité envers l'enfant.*

Est-ce un don d'engendrement ou plutôt un « don d'inconscience », à la grande différence des dons d'organes, issus de donneurs vivants ou décédés, pour sauver des vies ? Comment un homme ou une femme peut-il vivre en sachant qu'il ou qu'elle a des enfants dans la nature jusqu'à dix, puisque il ne peut y avoir que jusqu'à dix dons, issus du même donneur, selon la procédure des CECOS ?

*De plus, au niveau du chapitre 7 du Livre I, les auteures du rapport proposent selon la même philosophie du rôle du donneur que, dans le cas d'une assistance médicale à la procréation « *avec don d'engendrement* », c'est-à-dire hétérologue, le recueil du consentement éclairé donné en la forme d'un acte authentique *ad valitatem* devant un notaire ou un juge se fasse sous la forme d'une « *Déclaration commune **anticipée de filiation*** » et qu'elle soit « *transmise à l'officier d'état civil sur communication de l'un ou /et l'autre des parents et portée en marge sur l'acte intégral d'état civil de naissance de l'enfant* ».*

Cependant, cette « *déclaration commune anticipée de filiation* », si elle conforte la double filiation de l'enfant à la fois biologique et sociale, sous-entendant assistance médicale à la procréation hétérologue, risque d'être perçue comme révélatrice d'informations relatives au mode de conception de l'enfant ce qui paraît difficile au regard du **respect du secret médical**, même si l'acte intégral d'état civil ne serait accessible qu'à certaines personnes, en particulier à l'enfant et aux ascendants. Il s'agirait donc d'établir une filiation *sui generis*, et non plus sur la base de la volonté, même si le recueil du consentement éclairé est donné au préalable par un acte authentique devant un juge ou un notaire.

En effet, dans le rapport il est préconisé un **troisième mode d'établissement de filiation**, selon le modèle « *sui generis* » pour les enfants nés du fait d'une assistance médicale à la procréation, calqué jusqu'à présent sur celui de la filiation classique.

Cependant, il nous semble, peut-être, préférable de conserver le modèle actuel de droit commun, basé sur la filiation charnelle, avec la levée du **secret de mode de conception**, qui incombe aux parents, comme dans l'adoption, et comme le préconise le Comité consultatif national d'éthique.

En effet, le mode de conception de l'enfant relevant du secret médical, il apparaît souhaitable qu'il ne soit pas mentionné sur l'acte intégral d'état civil, fût-il en marge de l'acte et n'étant, seulement, accessible qu'à l'intéressé et à ses ascendants.

Même s'il est préconisé qu'il ne soit demandé que l'**extrait de naissance** pour l'obtention de certaines pièces, ce qui du reste peut changer au cours du temps, comme le montre, maintenant, l'obtention d'une carte nationale d'identité pour laquelle il faut fournir l'**acte intégral** de naissance, le risque est, peut-être, trop grand, à moins qu'il ne soit inscrit comme une dérogation du secret médical au titre du « *secret partagé* » et ne soit pas considéré comme une violation du secret médical.

Rappelons qu'en milieu pénitentiaire, dans l'intérêt de la santé de la personne détenue, le secret médical peut quelquefois être « *partagé* », mais ce n'est qu'exceptionnel.

De plus, l'une des dispositions du livre I propose d'**ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux couples lesbiens** afin de mieux contrôler les dons de gamètes, en l'occurrence de spermatozoïdes, *via* les CECOS pour éviter les **dons sauvages** et avoir une **meilleure traçabilité des dons**. C'est une disposition, qui, si nous pouvons

considérer qu'elle pourrait s'inscrire dans l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mesure, où il y aurait une traçabilité du don, doit, dans l'hypothèse, où elle serait intégrée dans la future loi, être prise en consensus avec les CECOS, en notant que, compte-tenu de la pénurie des dons, les CECOS devraient privilégier les dons pour l'indication médicale et non sociétale.

De plus, notons que l'ouverture des techniques d'assistance médicale à la procréation aux couples lesbiens pourrait être le premier palier pour, dans un **deuxième temps**, l'ouverture de la maternité de substitution à des couples gays, revendiquant, alors, une discrimination à leur égard.

Dans ces deux hypothèses, où les techniques de procréation assistée seraient ouvertes aux couples lesbiens et aux couples gays, ne risquons-nous pas d'établir une autre discrimination vis-à-vis des enfants, alors que la loi de 1972 a institué l'égalité des enfants avec la réserve successorale pour les enfants naturels adultérins, abolie par l'ordonnance de 2005 ?

Cet argument peut, cependant, être contré par des études, montrant qu'il existe, déjà, des enfants élevés par des couples homosexuels lesbiens ou gays du fait d'une adoption ou du fait d'être nés de techniques de procréation assistée, pratiquées à l'étranger, et qu'ils ne souffrent pas de cette situation alors que, même, chez des couples hétérosexuels, des enfants peuvent subir des violences et être placés dans des familles d'accueil.

Mais, en fait, c'est une question de fond très difficile et très délicate qui dépasse le débat de la légalisation ou non des techniques de procréation assistée.

C'est un problème d'ordre anthropologique, politique, religieux, social, sans être exhaustif, avec des conséquences transgénérationnelles, au-delà même de la ligne directrice qui doit être l'intérêt supérieur de l'enfant et l'établissement de sa filiation.

Par ailleurs, le **livre II** du rapport est consacré à l'**accès aux origines personnelles** pour les dons de gamètes sur le modèle de l'accouchement sous X avec un **élargissement du domaine de compétence** du Conseil national de l'accès aux origines personnelles (CNAOP).

Le projet de « loi abordant les nouvelles protections, les nouvelles sécurités et les nouveaux droits pour les enfants » n'ayant pas encore été adopté, comment résoudre, à ce jour, l'**établissement des liens de filiation entre l'enfant et les parents intentionnels en France**, où les techniques de procréation assistée, pratiquées à des fins non médicales, sont prohibées ?

II-4-2-1- Au niveau national : la France

Pour les **couples lesbiens**, il semble que le droit à l'adoption institué par la loi du 17 mai 2013 pour les couples homosexuels, couplé à l'avis du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation, permette d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de la conjointe. L'enfant est un « petit européen », si la mère s'est rendue soit en Belgique, soit en Espagne dans l'espace de libre circulation Schengen pour pratiquer une insémination avec tiers donneur (IAD).

En revanche pour les **couples hétérosexuels ou gays** ayant recours à la maternité de substitution à l'étranger, le problème est déjà plus compliqué puisqu'il y a intervention d'un tiers avec la mère de substitution. De plus, les solutions sont différentes selon que les couples sont hétérosexuels ou gays.

Pour les **couples hétérosexuels**, ils peuvent se prévaloir de l'arrêt du 26 juin de la Cour européenne des droits de l'homme sur :

« Interdire totalement l'établissement du lien de filiation entre un père et ses enfants biologiques nés d'une gestation pour autrui à l'étranger est contraire à la Convention ».

Pour les **couples gays**, ils peuvent, maintenant, se prévaloir des arrêts de la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière, du 3 juillet 2015.

Notons, cependant, que dans certains pays où la maternité de substitution est légalisée, elle est fermée aux couples gays comme en Inde. Mais, cependant, il ne faut pas oublier l'intérêt supérieur de l'enfant (CIDE, article 3, §1) et son droit à avoir une identité et une nationalité (CIDE, article 7).

II-4-2-2- Au niveau international : la Conférence de La Haye de droit international privé

Devons-nous nous orienter vers un **instrument de coopération internationale**, du type **Convention de La Haye du 29 mai 1993** sur la **protection** des enfants et la **coopération** en matière d'adoption internationale, ou au contraire sur le **principe de reconnaissance** en « validant » des situations, créées à l'étranger dans des pays où l'accès aux techniques de procréation assistée pour les couples hétérosexuels ou homosexuels gays ou lesbiens sont licites ?

La première hypothèse, celle d'un **instrument international** institué par la Conférence de La Haye de droit international privé (HccH) en coopération avec le Conseil de l'Europe et la Commission internationale de l'état civil (CIEC), est la voie royale car elle témoignerait d'un **consensus international**.

La **Conférence de La Haye** œuvre en ce sens et, en **avril 2011**, le **Conseil** sur les affaires générales et la politique de la Conférence « *a réservé un bon accueil au rapport établi en mars 2011 par le **Bureau Permanent*** » conformément au mandat qui lui a été confié sur les :

« *Questions de droit international privé concernant le **statut des enfants**, notamment celles résultant des **accords de maternité de substitution** à caractère **international*** ».

Le rapport montre que : « *Dans de nombreux Etats de **tradition civiliste**, la filiation juridique d'un enfant né dans un autre Etat est déterminée par l'application des règles internes de droit international privé applicables, le plus souvent celles qui concernent la **reconnaissance*** ».

En revanche, « *Dans de nombreux Etats de « **common law** », la question de la filiation juridique d'un enfant né dans un autre Etat est abordée sous un angle foncièrement différent. Dans ces Etats, la filiation est une question de **fait** plus qu'une question de droit* ».

Monsieur Christophe Soulard, rapporteur du rapport du 18 mai 2015, concernant les deux arrêts du 3 juillet 2015 rendus par la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière, rappelle que, dans le rapport établi en 2011 :

« *Le bureau permanent faisait valoir qu'un futur instrument général pourrait par exemple contenir :*

- *des règles uniformes relatives à la compétence des tribunaux et autres autorités pour rendre des décisions en matière de filiation juridique d'effet général (c'est-à-dire erga omnes) ;*
- *des **règles uniformes** pour la **loi applicable** ;*
- *les règles correspondantes en ce qui concerne la **reconnaissance** et l'**exécution** de telles décisions ;*
- *des règles uniformes pour la loi applicable à l'**établissement de la filiation juridique de plein droit** ou par contrat ;*
- *des principes en matière de loi applicable ou de reconnaissance concernant l'établissement de la filiation par **reconnaissance volontaire** ».*

La France étant un pays de tradition civiliste, nous retiendrons la thèse de la **reconnaissance**, qui, dans l'attente d'une Convention internationale, paraît la plus pragmatique en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

Pour les couples gays, si la France s'opposait à la reconnaissance, elle pourrait adopter la procédure de « **l'accommodement** », apparaissant alors comme une « **voie médiane** » selon le professeur Hugues Fulchiron. « *Telle est la voie que la France avait tenté de suivre dans les arrêts du 17 septembre 2013 en admettant que même si elle ne pouvait être inscrite sur les actes français de l'état civil, l'enfant disposait de la filiation établie à l'étranger : l'enfant pouvait donc se voir délivrer un titre de séjour provisoire pour rentrer en France, et, si l'un des parents était français, il pouvait obtenir, malgré les soupçons de GPA, un certificat de nationalité. La situation de l'enfant est donc marquée par la précarité, mais il ne se retrouve pas hors la loi* ».

Donc, pour des couples gays, la seule solution est de se rendre dans des Etats, où la maternité de substitution n'est pas interdite aux couples gays, comme certains Etats des Etats-Unis, et, où l'enfant a la nationalité américaine et un passeport américain, les parents espérant une procédure d' « accomodement », à défaut de reconnaissance à leur retour en France.

Mais, si telle était la situation avant les deux arrêts du 3 juillet 2015 de la Cour de cassation, qui a fait prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant sur son mode de conception, nous pouvons augurer et nous le souhaitons, que la transcription de l'acte de naissance de l'enfant et l'établissement de sa filiation biologique à l'égard de son père seront possibles.

En conclusion, pourquoi, selon le rapport « Théry Leroyer », revenir sur la modalité d'établissement du lien de filiation de droit commun dans le cas de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur selon la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, tenant compte du **caractère dualiste de la filiation**, le problème de fond demeurant le problème de l'accès aux origines et au fait que l'enfant aura 50 % de génome inconnu ?

Cependant sans faire l'apologie de la maternité de substitution, mais face à cette évolution d'un phénomène mondial de la maternité de substitution, dans l'attente d'« *un instrument de coopération internationale* » selon Hugues Fulchiron (Journal de droit international, (Clunet) n°2, Avril 2014, var.2, page 1), *via* la Conférence de La Haye, et d'un instrument européen, *via* le Conseil de l'Europe, il faut préserver l'intérêt supérieur de l'enfant en établissant sa filiation sur le fondement de la reconnaissance, voire de la procédure de l'accomodement ou de « *l'adaptation* » selon le Professeur Jean-Michel Warnet ou de la « *voie du compromis* » selon le professeur Sylvain Bollée, en trouvant une solution adéquate dans chaque cas concret en regard des droits de l'enfant, l'enfant devant avoir une filiation et une identité et une nationalité selon l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

II-4-2-3- Au niveau européen :

Conseil de l'Europe :

L'Assemblée parlementaire du **Conseil de l'Europe** s'est aussi penchée sur le thème de la maternité de substitution et a rédigé un projet de « *Recommandation sur les **droits** et le **statut juridique des enfants** et sur la **responsabilité parentale*** » qui à ce jour n'est toujours pas adopté par le Comité des ministres en raison du manque de consensus des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe.

C'est en effet le mot **responsabilité** qui doit être l'axe directeur du développement des techniques de procréation assistée avec les problématiques de l'**anonymat** du don de gamètes et les **risques** de la maternité de substitution.

Union européenne :

Le Département de la politique des Droits de l'homme et des affaires constitutionnelles du Parlement européen, en 2013, a demandé au professeur Laurence Brunet et à d'autres auteurs une étude comparative sur les régimes de maternité de substitution dans les Etats membres de l'Union européenne :

*« A comparative Study on the Regime of
Surrogacy in EU Member States »*

L'étude offre une vue d'ensemble des politiques concernant la maternité de substitution au niveau européen et international. Après un examen des lois existant dans certains Etats-membres, elle détermine quelles sont les obligations au regard de la **Convention européenne des droits de l'homme**, qui est le référentiel pour le Conseil de l'Europe et l'Union européenne.

En conclusion, il apparaît la nécessité pour les **enfants** d'avoir des **parents légalement définis** et un **statut civique**.

Cette conclusion rejoint la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat pour lesquels l'**intérêt supérieur** de l'**enfant** est un **dénominateur commun**.

Mais face aux problèmes d'établissement de la filiation, de l'anonymat du don de gamètes et des risques de la maternité de substitution existent-ils des alternatives ?

Ce sera l'objet du titre 5 relatif aux :

« Perspectives d'avenir des techniques de procréation assistée ».

« Assisted Reproductive Technologies »

II-5 : Deuxième partie- Titre 5 (II-5) : Perspectives d'avenir des techniques de reproduction assistée (« Assisted Reproductive Technologies » : « ART »).

Nous aborderons cette dernière partie, peut-être surréaliste, sous trois angles, la première la **transplantation d'utérus** (TU) « *Transplantation utérine : la vraie révolution médicale de l'année 2014 ?* » selon (T. Gautier, P.Piver et Y. Aubard, La Lettre du Gynécologue, n°393, novembre-décembre 2014), la seconde avec l'**ectogenèse** de ektos (.....) en grec au dhors et genesis (.....) en grec naissance sous la forme d'un **utérus artificiel** et la troisième les **cellules souches**.

II-5-1: Transplantation d'utérus (TU)

Si l'**utérus n'est pas un organe vital**, c'est cependant un organe extrêmement important puisque c'est le premier « **berceau** » de l'enfant au cours de la gestation de l'enfant par la mère.

Dès le début du vingtième siècle, Alexis Carrel, chirurgien et biologiste, qui reçut le prix Nobel de médecine et de physiologie en 1912, fut un pionnier de la chirurgie cardiaque avec la possibilité de suturer les vaisseaux, qui reçut sa consécration avec la première transplantation cardiaque, réalisée par le professeur Christan Barnard, le 3 décembre 1967 au Cap en Afrique du Sud.

Puis d'autres greffes suivirent, celle du foie en 1970, celle du rein, celle du bras à Lyon en 1998 et celle du visage à Amiens, ces greffes pouvant être réalisées grâce au couplage des progrès de la chirurgie et de la découverte des médicaments immunosuppresseurs, en particulier la cyclosporine.

C'est dans ce **contexte historique** que l'équipe étrangère suédoise du professeur Mats Brännström à Göteborg obtient en **2014** la naissance d'un enfant après greffe d'utérus à partir d'une **donneuse vivante**, suivie par deux équipes françaises, l'une à Limoges avec le professeur Tristan Gautier et le docteur Pascal Pivert, « *travaillant* » sur « *femmes décédées* » tandis que le professeur René Frydman et le professeur Jean-Marc Ayoubi, à l'hôpital Foch de Suresnes, comme le rapporte le Quotidien du Médecin « *se rallient au choix des donneuses vivantes, comme les Suédois* » :
« *Un rapport présenté à l'Académie.*

La France s'interroge sur la greffe d'utérus », (Dr Irène Drogou, Le Quotidien du Médecin, Médecine et Santé publique, jeudi 18 juin 2015-n°9421, p. 7).

En effet, si l'utérus n'est pas un organe vital, du fait qu'il permette à un embryon, puis à un fœtus de s'y développer, suscite comme toute transplantation d'organes des problèmes d'ordre éthique et juridique, mais avec une composante spécifique, le fait qu'elle conduise à la naissance d'un enfant.

En conséquence, l'Académie nationale de médecine se pencha sur le sujet et ses travaux, sous la direction du professeur Roger Henrion, aboutirent au rapport :

« **La transplantation utérine** », rapport de l'Académie nationale de médecine du 23 juin 2015, les professeurs Roger henrion et Jacques Milliez étant rapporteurs, au nom d'un groupe de travail des Commissions X (Reproduction et développement) et XVII (Ethique et droit).

Initialement, des **transplantations utérines** ont été pratiquées avec succès chez l'**animal** (chèvre, chienne, lapine, rate, souris, truie et primates), soit **synégéniques** de sun (.....) en grec, préposition avec, et genesis (.....) en grec, nom commun, naissance, origine, descendance, de la même espèce, soit **allogéniques** de allos (.....) en grec, autre et genesis (.....) en grec naissance, origine, descendance, d'espèce **différente** (Dictionnaire Grec Français, Anatole Bailly, Correspondant de l'Institut, Professeur au Lycée d'Orléans, Rédigé avec le concours de E. Egger, Edition revue par L. Séchan et P. Chantraine, Professeurs à la Faculté des Lettres de Paris, Hachette Paris, 26^e édition), puis chez des **femmes n'ayant pas d'utérus de naissance** (« agénésies utérines » touchant 1 / 4 500 filles à la naissance, soit 80 nouveaux cas par an pour des femmes en âge de procréer, ce qui correspond à 160 000 cas en Europe dont 14 000 cas en France ainsi qu'au Royaume-Uni) ou ayant subi une **hystérectomie d'hémostase** pour hémorragie de la délivrance (dans ce cas, en principe, la femme a, déjà, eu un enfant à moins que, malheureusement, il n'ait pas été viable ou qu'il n'ait pas survécu et qu'elle en veuille un autre) ou une hystérectomie à la suite de fibromes utérins malins ou non. Ainsi, dans le cadre d'une étude, soutenue par l'**Agence de la biomédecine** du **1^{er} août 2012** au **31 juillet 2013**, le docteur Pascal Piver et ses collaborateurs dans le service de Gynécologie-Obstétrique du professeur Yves Aubard au CHU Dupuytren de Limoges en coordination avec les autres services (Service d'Anatomo-Pathologie,

Service de Chirurgie vasculaire et Transplantation, Service de Pharmacologie, Toxicologie et Pharmacovigilance) se sont penchés sur la **faisabilité** de réaliser des transplantations d'utérus chez la femme désireuse d'avoir un enfant : « *live birth after uterine transplantation* ».

Une première transplantation d'utérus humain avait, déjà, été pratiquée à Djeda en Arabie Saoudite au début du troisième millénaire en **2 002** chez une **receveuse de 26 ans**, ayant eu une hystérectomie d'hémostase à l'âge de 20 ans pour une hémorragie de la délivrance. La **donneuse vivante** de 46 ans ayant subi une hystérectomie pour des **kystes ovariens non cancéreux**, son utérus restait, encore, fonctionnel.

Malheureusement, « *Ce fut un échec* ». « *La receveuse fut traitée par cyclosporine, ce qui n'a pas empêché la survenue d'un rejet au 9^e jour. Un sérum anti-lymphocytes, propre à juguler les réactions immunitaires indésirables fut administré. Mais, au 99^e jour, l'ablation de l'utérus greffé s'imposa car les vaisseaux utérins étaient thrombosés et l'utérus nécrosé* », (rapport de l'Académie nationale de médecine précité).

Dans la greffe d'utérus, les deux problématiques majeures sont d'une part de **trouver** une **donneuse** vivante ou décédée, « fournissant » le **greffon**, de le prélever et, ensuite, de le transplanter chez la **receveuse** ou **hôte** au cours d'une intervention chirurgicale délicate, et de **prévenir** et de traiter le **rejet de la greffe** puisqu'il s'agit automatiquement d'une **allogreffe**. En effet, les antigènes des allogreffes qui constituent les cibles principales du rejet sont des protéines codées dans le **complexe majeur d'histocompatibilité (CMH)**, constitué par le complexe des antigènes humains (« **Human Leukocyte Antigen** ») : (« HLA »).

Ainsi, malgré l'administration à la receveuse, en l'occurrence cette patiente d'Arabie saoudite, de médicaments **immunosuppresseurs**, ciclosporine par exemple, « *dont l'objectif principal est d'inhiber l'activation et les fonctions effectrices des lymphocytes T* » (Les bases de l'immunologie fondamentale et clinique, Abul K. Abbas, Andrew H. Lichman, Shiv Pillai, Traduction de la 4^e édition anglaise, Pr Pierre L. Masson, Elsevier Masson, page 182), il y eut un **rejet de la greffe** et la grossesse ne dépassa pas 99 jours, donc un enfant non viable, né par césarienne.

En **août 2 011**, le docteur Özkan en Turquie réalisa une allotransplantation utérine chez une receveuse de 23 ans atteinte du syndrome de Mayer-Rokitansky-Kürster-Hauser (MRKH) ou malformations utérines avec des ovaires fonctionnels.

Il fallut attendre **2012** pour que le professeur Mats Brännström de l'université de Göteborg, en Suède, propose l'essai clinique d'étude de transplantation utérine : « **The uterus transplant project** » à neuf **patientes receveuses consentantes** ayant choisi leurs **donneuses**, vivantes, elles, aussi, **consentantes** et parentes dans la plupart des cas. Le professeur Mats Brännström suivit le protocole chirurgical « IDEAL » (« Innovation, Développement, Exploration Assesement, Long-term study »), Innovation, Développement, Evaluation de la Découverte, sur une étude à long terme (Brännström M., Johannesson L, Bokström H et al. Livebirth after uterus transplantation, Lancet 2014 ; pii : S0140-6736 (14) 61728-1).

Quels furent les résultats ? Sur les 9 receveuses, 7 menèrent à bien leur grossesse, les deux autres patientes ayant eu pour l'une une nécrose utérine et pour l'autre une infection.

En France, l'équipe du professeur Y. Aubard avec les docteurs P.Piver et Y. Aubard au Centre Hospitalo-Universitaire de Limoges dans le cadre du « programme enfance » se prépare, elle aussi, à réaliser des transplantations d'utérus soit à partir de donneuse vivante, soit à partir de donneuse en état de mort encéphalique, le prélèvement d'utérus pouvant se faire dans le cadre d'une procédure de prélèvement multi-organe.

La fécondation est réalisée par fécondation *in vitro*.

A ce jour en France, le bilan est de trois naissances vivantes, 9 transplantations dont 7 réussies.

En résumé, nous voyons que la transplantation d'utérus, encadrée par la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, donc sous le régime général des transplantations d'organes, peut-être un grand espoir pour une femme, qui n'a pas d'utérus soit de naissance ou qui n'en a plus soit à la suite d'une hystérectomie, afin qu'elle puisse **porter son propre enfant** sans avoir recours à la maternité de substitution qui, rappelons-le, est prohibée en France comme le stipulent les articles 16-7 et 16-9 du code civil.

Cependant, il persiste les deux difficultés majeures déjà évoquées.

La première difficulté consiste à trouver soit une **donneuse vivante apparentée ou non** avec le recueil de son **consentement** éclairé, soit une **donneuse décédée** avec le recueil du consentement de sa **famille**, point qui doit être souligné, même si la loi de

bioéthique ne stipule que le **consentement présumé** de la personne décédée et, même, si le consentement de la famille n'est plus obligatoire.

En effet, le « corps », après prélèvement des différents organes, doit être rendu « *digne* » à la famille, (le corps doit subir une chirurgie restauratrice), afin que la famille puisse, selon le professeur Henri Kreiss, « *lui rendre un dernier hommage* ». Quant à la donneuse apparentée, il a été évoqué le choix d'une **sœur**, mais encore faut-il que sa décision soit mûrie et qu'elle n'ait pas de regret ultérieur. En effet, soit elle a déjà eu des enfants et n'en désire plus, soit elle n'en a pas eu et n'en désire pas...

Le choix de la **mère** de la receveuse comme donneuse a, aussi, été évoqué. Mais, est-il souhaitable que la « grand-mère » porte son petit fils ou sa petite fille ?

Quant à la deuxième difficulté concernant la **receveuse**, le problème est de savoir comment cette dernière supportera-t-elle le traitement immunosuppresseur ? En effet, la transplantation d'utérus fait supporter à la mère **deux allogènes**, celui de l'enfant et celui de la donneuse, comme dans la maternité de substitution.

Mais la **grande différence entre la transplantation d'utérus et la maternité de substitution** réside dans le fait que la **receveuse porte son propre enfant** et qu'il n'y a pas l'influence de l'épigénétique de la mère se substitution, ce qui est un progrès incommensurable, et, de surcroît, la transplantation d'utérus est légale en France, relevant du régime général des transplantations depuis le triptyque des lois de bioéthique de 1994. Ainsi, il n'y a pas de problème pour l'établissement de la filiation de l'enfant, les parents biologiques étant les parents sociaux.

Nous pouvons nous demander alors pourquoi la greffe d'utérus n'est pas plus répandue ? La raison réside, peut être, dans le fait que « *c'est une greffe éphémère, le temps pour une femme de mener 1 ou 2 grossesses* » ?

Il nous semble que la réponse soit due à plusieurs raisons, la première, c'est la **pénurie de greffon**, mais c'est une constatation d'ordre général pour toute transplantation d'organe, cependant pour une donneuse vivante en âge de procréer, il faut qu'elle soit sûre de ne plus vouloir d'enfant, si elle en a déjà eu, ou, si elle n'en a pas encore eu qu'elle n'en désirera pas plus tard, l'**hystérectomie étant irréversible**, la seconde est le problème de l'**histocompatibilité des greffons**, la troisième est due à la difficulté de trouver une donneuse vivante qui accepte de subir une hystérectomie s'il n'y a pas d'indication gynécologique, ou décédée et, enfin, la quatrième sans être exhaustif est la difficulté du prélèvement d'utérus chez la donneuse, suivi de la

transplantation chez la receveuse, l'intervention chirurgicale étant de l'ordre de 10 heures, « *comportant des risques opératoires importants* ».

En effet, le prélèvement d'utérus est délicat et doit être réalisé avec « *la préservation vasculaire iliaque et utérine* », l'utérus ayant une vascularisation importante avec un lacis veineux. Il faut, également, conserver les ligaments, pédicules, qui soutiennent l'utérus.

« *En cours de grossesse, le traitement immunosuppresseur n'entraîne pas davantage de malformation et de morts-nés. Les grossesses sont néanmoins à risque avec une forte augmentation de l'hypertension artérielle (HTA) (30 %), de la prématurité (50 %) et du retard de croissance intra-utérin* ».

En conséquence, cette transplantation utérine doit être faite par des équipes spécialisées suivant des protocoles, formulés par des recommandations pour ces chirurgies innovantes.

De plus, la durée de l'intervention, transplantation, est de l'ordre de dix heures.

Aussi, ce type de chirurgie implique un choix pour le chef du service de Gynécologie-Obstétrique et des moyens.

Pour le professeur Y. Aubard et son équipe, le prélèvement d'utérus (PU) :

« *Le PU peut s'intégrer sans difficultés au sein d'un PMO* ». (Prélèvement médical d'organe : PMO). « *Cette technique a l'avantage de préserver l'intégralité de la vascularisation utérine* » (14^{ème} Journée de l'Assistance Médicale à la Procréation de l'Hôpital Américain de Paris).

Il faut donc **développer les transplantations d'utérus** à l'instar des transplantations d'autres organes et inciter l'**Agence de la biomédecine** à faire une **campagne en faveur du don d'utérus**, même si l'hystérectomie de la donneuse est une intervention chirurgicale délicate.

Il faut, certes, que le praticien informe le couple des difficultés des transplantations d'utérus, qu'il recueille le consentement libre, exprès et éclairé de la donneuse et de la receveuse, pour qu'en cas d'échec la receveuse, face à son désir d'utérus, de grossesse et d'enfant, n'ait pas des troubles psychiques.

Mais cette remarque peut s'appliquer à tout « transplanté ». Comment un « greffé cœur-poumon » peut-il vivre un rejet de sa greffe ? C'est pourquoi avant de pratiquer la transplantation d'utérus, la future receveuse a un bilan préopératoire, biologique, clinique et **psychologique**.

De plus, il faut noter que le prélèvement de l'utérus chez la donneuse par le « préleveur » doit être fait selon le protocole du professeur Mats Brännström.

« *La conservation de **pédicules vasculaires de longueur suffisante** lors de l'hystérectomie de la femme donneuse vivante ou décédée est importante pour pratiquer ensuite l'**anastomose** sur les vaisseaux iliaques de la receveuse* »,

(« Quel avenir pour l'ectogenèse et la transplantation d'utérus ? Jean-Claude Challier, médecine thérapeutique et Médecine de la reproduction Gynécologie Endocrinologie, volume 15n numéro 1, mois janvier-février-mars 2013, pages 39 à 47).

Mais, rappelons que la transplantation d'utérus relève d'une chirurgie lourde, pratiquée, seulement, par quelques équipes, et qu'elle ne doit être faite qu'en suivant des protocoles stricts et avec l'autorisation de l'Agence de la biomédecine.

Aussi, face à ces difficultés et à la pénurie d'utérus, des couples hétérosexuels préféreront, peut-être, avoir recours à la maternité de substitution à l'étranger dans un pays, où elle est licite, d'autant plus de l'évolution positive de la jurisprudence en faveur de l'intérêt supérieur de l'enfant, le mode de conception de l'enfant « disparaissant ».

Toutefois, si la **transplantation d'utérus** chez une **femme** s'inscrit dans un futur réalisable et dans l'intérêt supérieur de l'enfant, notons que la **greffe d'utérus** chez un **transsexuel**, à l'origine homme et opéré pour « devenir une femme », portant et mettant au monde, ainsi, l'enfant de son père, (il donne son spermatozoïde), ou même chez un **homme**, représenterait « *La débauche technologique* », selon Nelly Achour-Frydman, la technologie reculant les frontières. (« *Toutes enceintes !* », Documentaire. Société. Fra. 2015. Réal. ; Véronique Préault. Inédit. Nelly Achour-Frydman et Israël Nisand, France 5, 20 heures 40, mardi 1^{er} décembre 2015).

En effet, selon le professeur Israël Nisand, « *Dans l'abdomen d'un homme, il y a des ligaments et des vaisseaux, donc, la possibilité de greffer un utérus, la voie d'entrée ayant été faite chez un transsexuel opéré et, chez un homme, il suffit de créer une fistule abdominale* ». Donc, même, si techniquement c'est faisable, face à la « *pression de la demande* », selon Nelly Achour-Frydman, il faut « *se poser, réfléchir, savoir dire non* », même, si certains peuvent se prévaloir de « *l'autonomie de la personne* ».

Face à ce dilemme et ce désir d'enfant, pour un couple gay et, même hétérosexuel, il faut privilégier la « *GPA encadrée* » selon Nelly Achour-frydman ou « *éthique* » selon Israël Nisand, la mère de substitution n'étant qu'une « *nounou prénatale* » avant que l'enfant n'ait sa « *nounou post-natale* ».

Quant à « l'utérus artificiel », que nous allons traiter, maintenant, de façon à être le plus exhaustif possible, il relève, encore, de l'utopie.

II-5-2 : **Utérus artificiel** :

Nous avons vu que, dans une fécondation *in vitro*, il ne faut pas dépasser le stade du sixième jour pour réimplanter l'embryon dans l'utérus au stade de blastocyste, sinon l'embryon, au lieu de se développer, s'atrophie.

Jusqu'à présent, en cas de prématurité la prise en charge d'un prématuré dans un service de **néonatalogie** ne semble pouvoir se faire qu'à partir de 24 semaines d'aménorrhée (absence de règles), soit 26 semaines de grossesse, c'est-à-dire d'un fœtus de 6 mois avec tous les risques de prématurité, le **poids de naissance** étant aussi un facteur important.

Cette « limite » pour l'instant de la néonatalogie s'inscrit dans l'étude faite dans le service de Gynécologie-obstétrique de la maternité de Port-Royal à Paris, comme le relate l'article du Figaro du jeudi 29 janvier 2015 pour les

« *Grands prématurés : la survie s'améliore* » (Le Figaro, jeudi 29 janvier 2015 Sciences, page 11).

En effet, « *L'étude Epipage, portée par une équipe Inserm-Université Paris-descartes, entend évaluer la **survie** et le **devenir** des bébés nés entre la 22^e et la 34^e semaine d'aménorrhée. Sept mille prématurés ont été inclus, nés entre avril et novembre 2011 dans 25 régions de France* », « *Soit quasiment tous ceux nés à cette période* », précise le professeur François Goffinet, obstétricien et chef du service de la maternité de l'hôpital Port-Royal (Assistance publique/Hôpitaux de Paris : AP/HP). « *Ils ont été répartis en trois catégories : **extrêmement prématurés** pour ceux nés avant la fin du 6^e mois de grossesse, **grands prématurés** avant la fin du 7^e mois, **modérément prématurés** jusqu'au début du 8^e mois de grossesse* ». De plus, « *Les chances du bébé augmentent très nettement quand l'accouchement a lieu après la 25^e semaine d'aménorrhée, et chaque semaine de plus passée dans le ventre (utérus) de*

la mère améliore la survie : 31 % des bébés nés après 24 semaines survivent, 59 % à 25 semaines, 75 % à 26 semaines, 94 % au-delà de 27 semaines et 99 % après 32 semaines ». « *Le taux d'enfants sortis de l'hôpital sans avoir développé une pathologie grave monte lui aussi très vite, passant de 12 % des prématurés extrêmes (nés à 24 semaines d'aménorrhée), à 97 % chez ceux nés à 32 ou 34 semaines* ».

Bien que cette thèse ne soit pas une thèse de pédiatrie, il nous a paru important de souligner à la fois les **risques de la prématurité** et les progrès de la néonatalogie puisque « 8 000 à 8 500 enfants vivants naissent avant le 7^e mois de grossesse chaque année en France, soit 1 % du total des naissances ».

En effet, dans l'hypothèse d'une **naissance avant terme d'un enfant dans le cas d'une maternité de substitution** et d'une prise en charge du prématuré dans un service de néonatalogie, s'il s'avère que ce dernier ait des séquelles, est-ce que les parents intentionnels accepteront de « prendre » l'enfant ?

De plus, Charlotte Bouvard, fondatrice de SOS PREMA, montre que « *Le premier lien entre le prématuré et ses parents est primordial* » (Le Figaro du jeudi 29 janvier 2015). C'est l'une des raisons pour lesquelles, les services s'ouvrent aux familles en intégrant les parents « *comme partenaires de soins* ».

Dans le cas de la maternité de substitution, est-ce que ce sera la mère de substitution qui viendra voir l'enfant ou bien est-ce que ce sera les parents intentionnels ?

Donc, l'utérus artificiel consisterait chez la femme à **court-circuiter tous les stades du développement embryonnaire** jusqu'à trois mois, puis du **développement fœtal** à partir de trois mois jusqu'à six mois en faisant abstraction du rôle du **placenta** qui est très important.

Il faut se féliciter que, même, si des travaux sur le maintien en survie de fœtus d'animaux ont pu être réalisés : « *De 1987 à 1998, Yoshinori Kuwabara et son équipe à l'université de Tokyo ont publié leurs travaux sur le maintien en survie de fœtus de chèvre dans un utérus artificiel* » (Médecine de la reproduction gynécologie Endocrinologie, volume 15, numéro 1, mois janvier-février-mars, page 40), les équipes de **chercheurs ne soient pas arrivées à créer un utérus artificiel** pour l'embryon par coculture d'embryon et de cellules endométriales et pour le fœtus humain au moyen d'une circulation extracorporelle, la grossesse étant un moment privilégié et fondamental de relations entre la mère et son enfant.

Dans cet esprit, citons Henri Atlan au chapitre VIII p. 117 : « *Un enfant de l'ectogenèse ?* » de son livre : « *L'Uterus Artificiel* » :

« *Plusieurs questions concernent l'enfant. Tout d'abord, avant même qu'il ne naisse, qu'en sera-t-il de son développement intra-utérin du fait de l'absence de relations normales entre la mère et le fœtus ?* »

Examinons, maintenant, la problématique de la **totipotence** des **cellules souches**.

II-5-3 : **Induction des cellules souches en gamètes**

De nos jours des équipes de chercheurs ont des programmes sur la **dérivation** de cellules souches embryonnaires (**cellules hES**) ou sur l'**induction** de cellules souches pluripotentes humaines (**cellules hiPS**) en **cellules germinales**, en particulier des spermatozoïdes, pour court-circuiter les dons de gamètes *via* les CECOS.

Toutefois, si ces techniques permettraient de produire des gamètes par culture de ces cellules *in vitro* en se substituant aux CECOS existant depuis 1973, elles ne résoudreiraient pas le problème de l'anonymat et de l'accès aux origines.

Quelle serait la source des cellules souches embryonnaires (cellules hES), les **embryons surnuméraires** utilisés pour la **recherche** à la suite de l'abandon de projet parental, voire même des embryons, issus d'une interruption volontaire de grossesse, avec le consentement de la femme?

En revanche, il serait souhaitable que les responsables de la politique de santé, *via* l'Agence de la biomédecine, préconisent dans les maternités la possibilité pour les femmes de conserver le **sang de cordon de leur enfant** en le faisant congeler dans des banques *ad hoc* de l'Etablissement français du sang (EFS).

En effet, le sang de cordon riche en cellules souches embryonnaires représente pour l'enfant un trésor incommensurable, lui permettant, peut être, un jour, si besoin est, de « réparer », dans le cadre de la **médecine régénérative** de demain, l'un de ses organes déficient en induisant la **différenciation de ces cellules souches embryonnaires** en tous types de tissu : cardiaque, hépatique, musculaire, neurologique, osseux ..., voire de produire des cellules germinales en cas d'infertilité sans qu'il n'y ait le problème de l'anonymat du don, donc d'accès aux origines.

Si à ce jour, cet objectif relève encore du domaine de la recherche, en revanche, dans les services d'hématologie, des greffes allogéniques de sang de cordon sont pratiquées avec succès comme le montre Jacques Caen :

« *Le sang de cordon a montré son efficacité dans le traitement des **maladies hématologiques**, grâce à sa richesse en cellules souches hématopoïétiques* »

(« *Les cellules souches du cordon et du placenta : de la recherche aux applications thérapeutiques* », Jacques Caen, Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine, 2010, Tome 194, N° 1, p. 141-152).

Aussi, à la question « *Faut-il conserver le sang du cordon ombilical en prévision d'une **maladie dégénérative** ?* » ([http : //www.lefigaro.fr/sante/2010/05/16/01004-20100516ARTFIG00240-faut-il-conserver-le-san...](http://www.lefigaro.fr/sante/2010/05/16/01004-20100516ARTFIG00240-faut-il-conserver-le-san...)), deuxième étape de la recherche sur les cellules souches embryonnaires, l'hématologue Luc Douai a deux réponses.

Il répond positivement pour le traitement des maladies du sang ; en effet, l'injection de cellules souches embryonnaires est une alternative à la greffe de moelle osseuse, pour traiter les maladies du sang, leucémies, lymphomes, maladies génétiques ou déficiences immunitaires.

Dans ce cadre, des **greffes allogéniques**, grâce à un don anonyme et gratuit de sang de cordon prélevé avec le consentement de la mère, sont réalisées dans les services de d'hématologie. Il existe des couplages au niveau des Centres hospitaliers universitaires (CHU) entre les services de maternité et ceux d'hématologie.

Par contre la différenciation des cellules souches embryonnaires est encore du domaine de la recherche. Souhaitons que les succès ne se fassent pas attendre et que la différenciation de cellules souches remplace les prothèses.

Cette recherche est si importante, qu'à la Présidence du Sénat a été enregistrée une « *Proposition de Loi tendant à promouvoir et organiser la collecte, la conservation et la recherche relative au cordon ombilical* », le 19 février 2010.

D'une façon pragmatique, à l'heure actuelle, les perspectives d'avenir résident d'une part dans le développement de la **transplantation d'utérus**, qui soulignons-le, rentre dans le cadre des transplantations d'organes, donc d'une chirurgie lourde, posant des problèmes d'ordre éthique, et d'autre part dans la généralisation de la **conservation du sang de cordon**, deux dispositions, en parfait accord avec l'intérêt supérieur de l'enfant, celui-ci ayant une filiation biologique et sociale.

Notons que dans l'intérêt de l'enfant, au cours de sa vie future d'adulte, et dans le cadre de la **médecine régénérative**, qui sera la médecine de ce troisième millénaire, il faut souhaiter que les banques de sang de cordon se développent afin que les enfants, qui naîtront dans les prochaines décennies, aient dès leur naissance leur patrimoine de cellules souches totipotentes, capables de remplacer des organes déficients sans problèmes d'histocompatibilité et de greffons rares.

In fine après avoir analysé les risques, mais aussi les perspectives d'avenir liées au développement des techniques de procréation assistée (« ART »), il nous semble venu le moment d'aborder la **conclusion** de notre thèse sur :

« De la filiation face aux nouvelles techniques de procréation au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant ».

Si, à l'origine, le sujet de notre thèse est pluridisciplinaire relatif à la biologie de la reproduction et au droit international civil privé dans le cadre du droit de la famille et, plus particulièrement, du droit de la filiation, dont l'objectif *princeps est* de savoir si l'**intérêt supérieur de l'enfant**, selon l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, est **compatible** avec les **techniques de procréation assistée** (« ART »), nos recherches nous ont conduit à une progression et à une évolution de notre réflexion.

Ainsi, au cours de notre thèse, de nombreuses questions se sont greffées autour de ce sujet novateur et en pleine mouvance sous les feux de l'actualité, non seulement nationale mais aussi européenne et internationale, ce qui nous a permis d'élargir le champ de notre recherche pour rester objectif face à l'**intérêt supérieur de l'enfant**.

Conclusion

Conclusion

Selon le plan de notre thèse, qui est dichotomique du grec dichotomeo (.....), couper en deux, nous allons traiter notre conclusion en deux parties correspondant aux deux parties de notre thèse, la première partie de la conclusion sera relative à la **compatibilité des techniques de procréation assistée et de l'intérêt supérieur de l'enfant**, et la seconde partie de la conclusion aura trait à examiner le **développement et l'évolution** des techniques de procréation (« ART ») au regard de **l'intérêt supérieur de l'enfant**.

Première partie : Compatibilité des techniques d'Assistance médicale à la procréation et intérêt supérieur de l'enfant en France

L'assistance médicale à la procréation (AMP) telle qu'elle est pratiquée en France dans le cadre du triptyque des lois de bioéthique de 1994, puis des lois de bioéthique de 2004 et de 2011, est-elle compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant ?

Notons que, dans cette optique, l'assistance médicale à la procréation est très encadrée en France et fait l'objet d'une veille continue de la part des institutions, en particulier du Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, comme en témoigne le **Décret n° 2015-150 du 10 février 2015** fixant les **critères de compétence des praticiens** exerçant au sein de « *structures autorisées à exercer des activités d'assistance médicale à la procréation* » ainsi que de l'Agence de la biomédecine.

Il y a lieu de distinguer deux cas, celui de l'AMP homologue et celui de l'AMP hétérologue.

AMP homologue

Dans le cas de l'**AMP homologue**, les parents biologiques sont les parents sociaux, en conséquence la filiation de l'enfant est assurée, les seuls problèmes, qui pourraient se poser, sont les incidents, voire les accidents, signalés dans le cadre de « l'AMP-vigilance » de l'Agence de la biomédecine (nous n'osons évoquer le risque d'une erreur lors du transfert intra-utérin des embryons, à l'exemple d'une erreur de « bracelet de naissance » pour l'enfant, nouveau-né), mais les « centres de FIV » sont

« *autorisés* » et ont des praticiens « *agréés par l'Agence de la biomédecine* » et du personnel très « *professionnel* », très bien formé.

Rappelons-nous que les reines de France accouchaient en public pour montrer qu'il n'y avait pas eu de substitution de nouveau-né.

Quant à « *la peur des femmes d'aller à la maternité de l'hôpital pour accoucher* », mon collègue, Jean-Michel Delacotte, rapporte que « *longtemps, à la campagne, les femmes préféraient accoucher chez elles car elles étaient bien sûres que c'était leur propre enfant* ».

Donc l'AMP homologue est compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant, en notant toutefois que le **mode de conception** de l'enfant doit lui être révélé le plus tôt possible et qu'il demeure le problème des **embryons surnuméraires** si plusieurs embryons ont été conçus à moins que les parents n'aient pas donné leur consentement à la congélation ou, maintenant, à la vitrification des embryons non implantés.

Notons, en revanche que, depuis la loi de bioéthique de 2011, les futurs parents peuvent donner leur consentement à la **vitrification des ovocytes** non fécondés de la femme, soit en vue d'une grossesse ultérieure, soit en vue d'un don d'ovocytes, qui, rappelons-le, est insuffisant à ce jour.

Cependant, il faut s'interroger pour savoir s'il faut sans cesse « modifier » les protocoles d'assistance médicale à la procréation pour obtenir des taux de succès de fécondation *in vitro* supérieurs à ceux des fécondations *in vivo* (en principe, 25 %, un cycle sur quatre *in vivo*), par exemple allonger le temps de culture *in vitro* des embryons avant de les implanter dans l'utérus, ou reporter le transfert intra-utérin au cycle suivant de la femme à la faveur d'un cycle naturel et « nonsubstitué », voire n'implanter que des embryons vitrifiés et non frais, tout congeler « Freeze all » selon le thème de la 2^{ème} session de la 15^{ème} Journée sur l'Assistance Médicale à la Procréation de l'Hôpital Américain de Paris le 28 novembre 2014.

Maintenant, la plupart des protocoles de fécondation *in vitro* préconisent de n'implanter qu'**un seul** embryon à J+6 pour s'assurer de la viabilité de l'embryon, mais pas au-delà de J+6, car à J+7, comme nous l'avons déjà mentionné, l'embryon s'atrophie au lieu de se développer. C'est la politique de l'embryon unique.

De plus, pourquoi choisir de n'implanter qu'un seul embryon et non pas deux comme auparavant ? Il y a deux raisons à cela, la première est d'éviter des grossesses gémeillaires à plus haut risques et la seconde est due à la possibilité depuis 2011 de vitrifier les embryons, leur assurant une bonne conservation dans 80 % des cas avec

possibilité de réimplanter un nouvel embryon en cas d'échec de la première fécondation *in vitro* ou bien si le couple désire un second enfant.

« La politique du **transfert unique** porte ses fruits.

En 20 ans, les bébés nés d'une FIV se portent de mieux en mieux » (Damien Coulomb Le Quotidien du Médecin Jeudi 22 janvier 2015 n° 9380 Médecine & Santé publique).

De plus, notons que l'indication de vitrification des ovocytes, légalisée depuis 2011, doit être uniquement médicale et non sociétale à des fins de convenance personnelle.

Devant ces progrès de l'assistance médicale à la procréation, nous pouvons nous interroger pour savoir si « Y a-t-il encore une place pour la chirurgie ? » (16^{ème} journée sur l'Assistance Médicale à la Procréation de l'Hôpital Américain de Paris).

La réponse peut se faire en fonction de l'âge de la patiente :

En première intention, chez une femme jeune, on peut tenter la « chirurgie tubaire » par coelioscopie, mais, chez une femme plus âgée, il faut, dès le départ, « passer en FIV ».

AMP hétérologue

Dans le cas de l'**assistance médicale à la procréation hétérologue**, il y a intervention d'un **tiers**, soit l'un des deux parents n'est pas le parent biologique dans le cas d'un don de gamètes (spermatozoïdes ou ovocytes), soit les deux parents ne sont pas les parents biologiques dans le cas de don ou « d'accueil » d'embryons.

En conséquence pour garantir une filiation à l'enfant à sa naissance, les futurs parents sociaux doivent avant de commencer le protocole de fécondation *in vitro* donner leur consentement éclairé à la fécondation *in vitro* par un acte authentique devant un juge ou un notaire.

Dans ce cas, le problème majeur, excepté les incidents mentionnés dans le cadre de l'AMP-vigilance, est le problème de l'**anonymat du don** et de celui de l'**accès aux origines** pour l'enfant.

En effet, si en France, le principe de l'anonymat du don de gamètes a été réaffirmé lors des réexamens des lois de bioéthique en 2004 et en 2011 ainsi que par le Conseil d'Etat dans ses deux décisions du 13 juin 2013 et du 12 novembre 2015, combien de temps encore la France pourra-t-elle maintenir cet anonymat face à la Convention internationale des droits de l'enfant, dite Convention de New York, dont l'**article 7** en son paragraphe 1 dispose qu'« a été jugé **d'effet direct** par la Cour de cassation »

(Edouard Crépey, *rfda*, septembre-octobre 2013, N°5, p. 1051 à 1058) et face à la Cour européenne des droits de l'homme ?

En effet, selon Edouard Crépey précité : « *Il reste que, même lorsqu'elle reconnaît une **ample marge d'appréciation** aux Etats parties, la Cour juge que le cadre juridique « doit (...) permettre une prise en compte suffisante des divers intérêts en jeu » et, s'il fallait finalement risquer un pronostic, nous sommes portés, pour notre part, à considérer qu'elle jugerait, le moment venu, que la législation française sur l'anonymat du don de gamètes, par son caractère absolu, n'assure pas une **conciliation équilibrée** entre les différents intérêts en présence... ».*

Pour preuve, l'arrêt du vendredi 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires Labassee et Menesson c. France montre qu'il peut s'opérer un revirement total à 180 degrés de la jurisprudence de la Cour.

Toutefois, il nous semble que le maintien de l'anonymat, garanti par l'article 8, relatif à la vie privée, de la Convention européenne des droits de l'homme préserve non seulement le donneur mais aussi le receveur.

En effet, si le principe du maintien de l'anonymat de don de gamètes a pour fondement de préserver la paix de la familles du donneur et celle de la famille du receveur, comment concilier ce principe avec l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant disposant pour celui-ci le droit de « *dans la mesure du possible de connaître ses parents et d'être élevé par eux* » à moins que le terme « *dans la mesure du possible* » ne soit un visa pour l'anonymat du don et que, l'assistance médicale à la procréation simulant une fiction totale, le donneur ne soit pas considéré comme un père génétique ?

De plus, nous voyons que si le maintien de l'anonymat du don de gamètes s'avère déjà très difficile en France, qu'advient-il dans le cas de la maternité de substitution pratiquée à l'étranger ?

En conclusion de cette première partie, à condition que les futurs parents aient été informés et aient donné leur consentement éclairé et libre pour une fécondation *in vitro*, **l'intérêt supérieur de l'enfant est compatible avec les techniques d'assistance médicale à la procréation**, pratiquées dans le cadre des lois de bioéthique et dans des établissements agréés, la filiation de l'enfant étant garantie.

En effet, c'est un immense progrès grâce aux progrès de la biologie de la reproduction et de la thérapeutique de pouvoir remédier à l'**infertilité** des couples

désirant des enfants en, soulignons-le, respectant les droits **de** l'enfant et non les droits **à** l'enfant.

Si l'assistance médicale à la procréation, qui est maintenant dans son « deuxième siècle » de pratique, avait été connue avant 1978 avec la naissance de Louise Joy Brown, le cours de l'histoire eut, peut-être, été changé...

Jusqu'à présent dans la première partie de notre conclusion, nous avons examiné les techniques d'assistance médicale à la procréation en France dans le cadre régalién des lois de bioéthique respectueuses des droits **de** l'enfant.

Nous allons, maintenant, dans la deuxième partie de notre conclusion, examiner face **au développement du recours aux techniques de procréation assistée, (« ART »)**, pratiquées **à l'étranger**, voir quels sont les **risques de dérive** et quelles en sont les conséquences pour les enfants de ressortissants français s'étant rendus à l'étranger dans le cadre d'un « tourisme procréatif ».

En conséquence, nous nous interrogerons pour savoir, si face à ces dérives possibles, l'intérêt supérieur de l'enfant peut-il être préservé ?

Deuxième partie : Le développement du recours aux techniques de procréation assistée (« ART ») : les risques de dérive à l'étranger.

Il est indéniable que, si avant les techniques de procréation *in vitro*, des couples infertiles acceptaient de ne pas avoir d'enfants et pouvaient choisir d'adopter des enfants sous la forme de l'adoption simple ou plénière nationale ou internationale, de nos jours des couples fertiles, mais ne pouvant procréer soit du fait d'une absence d'utérus chez la femme pour un couple hétérosexuel, soit du fait de l'altérité sexuelle chez un couple homosexuel lesbien ou gay, l'évolution de la société fait que certains couples n'acceptent plus cette impossibilité de procréer en postulant un **droit à l'enfant**, en passant d'un **droit de** à un **droit à**.

En France, l'assistance médicale à la procréation ayant une indication strictement médicale, ces couples n'hésitent, donc, pas au cours d'un « tourisme procréatif » à se rendre à l'étranger pour avoir recours à ces techniques de procréation « détournées » de leur indication médicale sous la forme d'une insémination artificielle (IAD) pour un couple lesbien et sous la forme d'une maternité de substitution pour un couple gay, dans des Etats où ces pratiques sont encadrées et réglementées, conscients ou

non conscients d'une « **fraude à la loi** », selon le Conseiller d'Etat Denis Rapone, pour avoir un enfant au prix incommensurable (« children priceless »).

Rappelons que « *L'arrêt fondateur de la théorie de la fraude à la loi en droit international privé est l'arrêt **Princesse de Beauffremont**, du nom de la princesse qui, en 1875, avait établi son domicile en Saxe-Altembourg et obtenu la nationalité de cet Etat afin d'échapper à la loi française prohibant le divorce* » (Cour de cassation, Demande d'avis n° J1470007, page 36, Civ., 18 mars 1878, S. 78. I. note Labbé).

Pour B.Audit « *La notion de fraude à la loi est invoquée avec une particulière fréquence en **droit international privé** parce qu'une personne soumise à une loi qui la contraire peut être tentée de se placer sous l'empire d'une loi étrangère plus complaisante : ...*

L'intervention d'une loi, fût-elle étrangère, conduit à parler de fraude à la loi pour faire échec à ce comportement » (J. Cl. Droit international, Fasc. 535 : Fraude à la loi, Date de la dernière mise à jour : 17 Janvier 2008, spéc. n°2).

La France se trouve donc face à un dilemme, face à une « situation cornélienne », d'une part la **nullité d'ordre public d'une convention de gestation pour le compte d'autrui**, fût-elle licite à l'étranger, aux termes de l'article 16-7 du code civil, figurant au chapitre II, intitulé « Du respect du corps humain » du titre premier du livre premier de ce code : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est **nulle*** », ces dispositions présentant, en vertu de l'article 16-9 du même code, un caractère d'**ordre public** et d'autre part l'**intérêt supérieur de l'enfant**, c'est-à-dire son droit à avoir une nationalité française ce qui va lui conférer des droits et des devoirs et une filiation à l'égard de ses parents, la France ayant ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant des Nations-unies en septembre 1990.

Quelle est alors la balance entre le respect de l'ordre public, « fraudé » par les parents et l'intérêt supérieur de l'enfant, personne vulnérable, qui a été créé *in vitro* à la « demande » de ses parents, terme montrant le désir et la démarche des parents pour avoir cet enfant, même, s'il est « l'objet » du contrat ?

Nous allons donc analyser, à nouveau, les conséquences de ce tourisme procréatif au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant en voyant quelle est l'**évolution chronologique** des décisions de la **jurisprudence** de la Cour européenne des droits

de l'homme (arrêts), de la Cour de cassation (arrêts et avis) et du Conseil d'Etat (avis) relative à l'établissement de sa **filiation**.

Dans ses trois arrêts du **6 avril 2011** (pourvois n° 369, n° 370 et n° 371) et celui du **13 avril 2013**, dans lequel la Cour de cassation évoque la « *notion de fraude à la loi* » en stigmatisant, encore plus, les parents, l'intérêt supérieur de l'enfant est considéré par le juge *in concreto* et non *in abstracto* avec pour conséquence pour les parents l'impossibilité de faire transcrire l'acte de naissance étranger de l'enfant sur les registres d'état civil français. En effet, le juge considère que l'intérêt supérieur de l'enfant est respecté *in concreto* puisqu'il vit avec ses parents, même s'il ne l'est pas *in abstracto* puisque sa filiation, malgré l'article 18 du code civil en vertu duquel « *Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français* », ne peut être établie, le privant ainsi de l'établissement d'un état civil français, de ses droits civiques, de la possibilité de passer des concours de la fonction publique et d'une fiscalité relative aux enfants..

Toutefois, dans son article sur : « *Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à une vie de famille* » (Avis de Marc Domingo, Gaz. Pal. mercredi 11 mai- jeudi 12 mai 2011, N° 131 à 132, p. 13 à 22), l'Avocat général près de la Cour de cassation Marc Domingo, dans le cadre de l'établissement de la filiation des enfants nés du fait d'une maternité de substitution,

«... pose alors la question de savoir si notre **ordre public international**, même de proximité, peut tenir en échec le droit à une vie familiale **au sens de l'article 8 Conv. EDH** ou si, bien au contraire, un tel ordre public, dont les effets doivent s'apprécier de manière concrète tout comme ceux des droits ou décisions étrangères qu'il a pour objet d'écarter, ne doit pas s'effacer pour **permettre à la norme conventionnelle d'être respectée** ». Cette analyse était alors prémonitoire de l'arrêt du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, si ces arrêts de 2011 et de 2013 semblent intangibles, une prise de conscience de l'intérêt supérieur de l'enfant va conduire à une évolution de la jurisprudence aussi bien au niveau de la Cour de cassation qu'au niveau du Conseil d'Etat, peut-être sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme avec l'arrêt du 26 juin 2014.

Notons, cependant, que le Conseil d'Etat fut le premier, dès le **4 mai 2011** dans sa décision n° 348778 (Mentionné dans les tables du recueil Lebon) à prendre conscience des difficultés des parents pour « *ramener* » de « *l'Etat de naissance* »,

selon les termes de la Conférence de La Haye de Droit International Privé, leur enfant dans leur pays d'origine, « *Etat d'accueil* », en l'occurrence la France, en demandant au Consulat du pays où l'enfant était né, de délivrer un **document de voyage** à l'enfant afin d'assurer son rapatriement dans le pays d'origine de ses parents.

En effet, le Conseil d'Etat dans sa décision considère que : « *le juge des référés, qui n'a pas enjoint à l'administration de délivrer un passeport aux enfants en cause, mais seulement un **document de voyage** leur permettant d'entrer sur le **territoire national** ce qui peut prendre la forme du laissez-passer prévu par le décret du 30 décembre 2004 relatif aux attributions des chefs de poste consulaire en matière de **titres de voyage** - s'est ainsi borné à prendre une **mesure provisoire**, conformément à son office, sans empiéter sur les compétences réservées par la loi à l'autorité judiciaire ;... ».*

Ainsi, l'enfant peut partir de l' « **Etat de naissance de l'enfant** » (« *Etat dans lequel la mère proteuse donne naissance à l'enfant, où la question de la **filiation juridique** de l'enfant se pose initialement* ») pour rentrer dans l' « **Etat d'accueil** » (« *Etat de résidence des parents d'intention dans lequel ils souhaitent retourner avec l'enfant après la naissance* ») de ses parents, selon les termes de la Conférence de La Haye de Droit International Privé (« Opportunité et Possibilité de Poursuivre les Travaux menés dans le cadre du Projet Filiation / Maternité de substitution », Bureau Permanent Affaires Générales et Politique, Doc. Pré. N° 3 B).

De plus, dans l'évolution de cette jurisprudence, en droit positif apparaît une date clef, le 17 mai 2013, avec la **loi n°2013-404 du 17 mai 2013** ouvrant le mariage aux couples de même sexe, l'article 143 du code civil disposant que : « *Le **mariage** est contracté par deux personnes de sexe différent ou de **même sexe*** » et le **droit à l'adoption**.

Une réflexion s'impose immédiatement : le législateur dans cette loi du 17 mai a-t-il été trop frileux en s'arrêtant pour ces couples au droit à l'adoption ou au contraire a-t-il été prudent ?

Nous opterons pour la deuxième hypothèse, c'est-à-dire la **prudence** et l'intérêt supérieur de l'enfant.

En effet, en résistant aux pressions et aux « lobbies », le législateur, même si la loi n'a pas été jusqu'à sa finalité en ne produisant pas tous les effets du mariage, c'est-à-dire la possibilité d'avoir ses enfants demi-génétiques (« half genetic children») pour les couples homosexuels, a été d'une **grande lucidité en maintenant la prohibition**

de ces techniques en France, très protectrice dans le domaine de la bioéthique depuis 1994, avec le triptyque des lois de bioéthique de 1994, qui a servi de matrice à la Convention sur la protection des droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe, adoptée par le Conseil des ministres en novembre 1996, ouverte à la signature le 4 avril 1997 à Oviedo en Espagne et ratifiée par la France en 2004.

En revanche, les partisans de l'élargissement de la loi en « l'ouvrant » aux techniques de procréation assistée, insémination artificielle pour les couples lesbiens et maternité de substitution pour les couples gays, argueront que cette loi incite au « tourisme procréatif ».

En effet, malgré ce **droit à l'adoption**, le **tourisme procréatif persiste**.

Quelle en est la raison ? Est-ce due à la **baisse des adoptions internationales** comme l'écrit Béatrice Biondi, Présidente de l'Agence française de l'adoption (AFA) dans son article (Le Figaro, samedi 3-dimanche 4 janvier 2015, page 2) :

« L'adoption à l'étranger s'effondre. De nombreux pays durcissent les contrôles. Les enfants recueillis en France sont plus âgés et souvent malades » ?

L'auteur donne des chiffres alarmants : *« près de 4 000 enfants en 2003, 3 504 en 2010 et 935 enfants au premier décembre 2 014 et peut-être 1 000, 1 100 selon les dernières projections du Quai d'Orsay. Si l'on arrive à 1 050 adoptions internationales au 31 décembre 2014, il s'agira d'une baisse de 22 % par rapport à 2 013 (1 343 enfants adoptés en 2 013 sous la forme de l'adoption internationale) ».*

Toutefois, Agnès Leclair notait que 11 enfants étaient arrivés en provenance de la République Démocratique du Congo et que « 300 » étaient encore en attente (Figaro du 30/11/2015).

Comment expliquer cette baisse ?

De nombreux Etats comme la Russie ou le Vietnam n'acceptent que « *les seuls dossiers présentés par les Organismes agréés pour l'adoption (OAA) ou l'Agence française de l'adoption (AFA) qui accompagnent les parents dans leur démarche et sécurisent le processus* ».

En Afrique, de nombreux Etats ont signé la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale de la Conférence de La Haye de Droit International Privé (« Hague Conference on Private International Law », « HccH »).

Or, « *La Convention de La Haye donne la priorité au maintien de l'enfant délaissé dans son entourage familial ou, à défaut, à l'adoption nationale* ».

Pour le docteur Pierre Lévy-Soussan pédopsychiatre auteur de : (« Destins de l'Adoption Conseils d'un pédopsychiatre expert de l'adoption », Le livre de Poche, Fayard, 2010) « *C'est très positif car l'adoption internationale devient plus éthique* ». C'est, aussi, un point très positif pour l'**adoption nationale**, représentant 800 pupilles de l'Etat adoptés chaque année, qui pourrait ainsi se développer et éviter que les enfants n'aillent de familles d'accueil en familles d'accueil, si gentilles soient-elles, et trouvent un **foyer stable**.

Donc, si pour les couples hétérosexuels, l'adoption s'avère plus difficile qu'autrefois, pour les couples homosexuels, elle le sera encore plus difficile d'autant que certains pays refusent de « donner » un enfant à un couple homosexuel.

Il convient, donc, à ce stade d'analyser les conséquences de cette loi du 17 mai 2013 et de voir que, si face à la possibilité pour des couples de détourner à l'étranger l'indication d'assistance médicale à la procréation, l'intérêt supérieur de l'enfant est toutefois garanti à travers la jurisprudence.

Au niveau de la **Cour de cassation** :

Dans les **arrêts de 2011** et dans celui du **13 avril 2013**, les magistrats ne considèrent l'intérêt supérieur de l'enfant que sur le plan *in concreto*, et non *in abstracto*, en convergence donc avec l'intérêt des parents, c'est-à-dire celui d'avoir une vie familiale avec leur enfant.

Cependant, dès le **25 janvier 2013** une évolution de la jurisprudence en faveur de l'intérêt supérieur de l'enfant considéré *in abstracto* apparaît avec la **circulaire** n° CIV/02/13 – NOR JUSC 1301528 C de la garde des sceaux, ministre de la justice, concernant la délivrance au pôle de la nationalité française de « **Certificat de nationalité française** » (CNF) aux enfants, nés à l'étranger du fait de techniques de procréation assistée, mesure « accueillie » de façon inégale selon les partisans ou les détracteurs de ces pratiques.

Ainsi, les opposants à ces pratiques (l'association Juristes pour l'enfance, la fédération des familles de l'Ain, ...) déposent des requêtes auprès du **Conseil d'Etat** afin « *d'annuler pour excès de pouvoir la circulaire... de la garde des sceaux, ministre de la justice* ».

Le **12 décembre 2014**, le **Conseil d'Etat**, statuant en contentieux, d'une part, **consacre l'intérêt supérieur de l'enfant** dans sa **décision**, comprenant 15 considérants, en particulier, au niveau du considérant 11 « *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'elle 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 judiciaire, lorsque sa filiation avec un français est établie ; ... » et, d'autre part, **valide** la circulaire de la garde des sceaux au niveau du considérant 12 « que la circulaire attaquée ne méconnaît ni le **principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine** contre toute forme d'asservissement et de dégradation, ... ».

Cette circulaire, permettant à l'enfant de se voir délivrer un certificat de nationalité française, est donc un premier palier vers l'établissement de sa filiation et marque une **première scission entre l'intérêt supérieur de l'enfant et celui des parents**.

Notons, toutefois, comme l'a rappelé le rapporteur public dans ses conclusions, que cette décision du Conseil d'Etat du 12 décembre 2014 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 relevant du **juge judiciaire** et non administratif.

Il faut noter, également, que cette circulaire du 25 janvier 2013 n'a pas infléchi la Cour de cassation dans son arrêt du 13 avril 2013 relatif à « la fraude à la loi », témoignant de l'indépendance de la Justice.

Cependant, la prise de conscience de l'intérêt supérieur de l'enfant considéré *in abstracto* progresse.

Au niveau de la **Cour européenne des droits de l'homme** :

Dans l'arrêt *Menesson c. France* (requête n° 65192/11) et dans l'arrêt *Labassée c. France* (requête n°65941/11) du **jeudi 26 juin 2014**, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme interprètent l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en **scindant d'une part l'intérêt de l'enfant et celui des parents** en montrant qu'ils peuvent être diamétralement opposés.

En conséquence, l'arrêt *Menesson c. France* (requête n° 65192/11) et l'arrêt *Labassée c. France* (requête n°65941 /11) du 26 juin 2014 : CEDH 185(2014°) sont le reflet de cette nouvelle approche de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ces deux affaires concernent le refus de reconnaître en droit français une filiation légalement établie aux Etats-Unis pour des petites filles, nées du fait d'une maternité de substitution, les couples, c'est-à-dire les parents, ayant eu recours à cette méthode.

Ces arrêts du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme, s'inscrivant, peut-être, dans une tradition de « *common law* » (loi commune), système décentralisé et empirique (il faut donner une filiation à l'enfant qui est là) et, non plus de droit romain centralisé et rationnel, selon feu le bâtonnier Edgar Pettiti « *depuis l'entrée des pays d'Europe centrale dans le Conseil de l'Europe* », sont devenus des **arrêts fondateurs** pour l'interprétation *in abstracto* et non plus *in concreto* de l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Pour la première fois, il y a une **scission entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les intérêts des parents**. Si les parents « *ont fraudé* » à la loi française en pratiquant des modes de conception tels que la maternité de substitution, prohibée en France mais licite dans certains Etats des Etats-Unis, comme la Californie, l'enfant ne doit pas en subir les conséquences et a droit à une nationalité française et à ce que sa filiation soit établie à l'égard de ses parents intentionnels de nationalité française.

Dans un autre domaine de la filiation, rappelons-nous la loi du 3 janvier 1972 sous l'instigation du doyen Jean Carbonnier, posant le principe d'égalité entre enfants légitimes et enfants naturels, sous la réserve successorale pour les enfants naturels adultérins, abolie avec l'ordonnance de 2005.

Avec cet arrêt du 26 juin 2014, comme à la fin du vingtième siècle et, surtout, à partir de la loi « Neuwirth » de 1967 relative au contrôle des naissances, où il y avait eu séparation entre l'institution du mariage et la procréation, il y a séparation entre le mode de procréation de l'enfant et l'établissement de sa filiation.

Nous assistons ainsi à un **bipolarisme** entre les intérêts de l'enfant et ceux des parents, peu importe le mode de conception de l'enfant, il doit y avoir égalité entre les enfants sur le plan de la filiation quel que soit le mode de conception pour ne pas le priver de droits (accès aux concours de la fonction publique, droits successoraux, ...).

C'est le principe d'égalité de filiation qui doit prévaloir sur le mode de conception.

Ce bipolarisme est clairement énoncé dans les deux arrêts du 26 juin 2014.

Dans l'arrêt *Menesson c. France*, la Cour « *Dit 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 de famille* », c'est-à-dire les **parents**, Dominique et Sylvie Menesson, c'est l'interprétation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant qui vit avec ses parents.

En revanche, la Cour « *Dit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des **troisième et quatrième requérantes** au respect de leur vie privée* », c'est-à-dire les enfants, les **jumelles Valentina et Fiorella Menesson**, nées en l'an 2000 en Californie (USA), c'est donc l'interprétation *in abstracto* de l'intérêt supérieur de l'enfant avec l'établissement de sa filiation.

Enfin, la Cour « *Dit qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré de l'article 14 combiné avec l'article 8* », même si la filiation n'a pas été établie en France, les petites filles ne sont pas discriminées.

En conséquence, la France doit reconnaître la filiation des enfants nés d'une mère de substitution à l'étranger. Il ne doit plus être tenu compte d'une convention de gestation, fût-elle de nullité d'ordre public, l'intérêt supérieur de l'enfant primant sur l'ordre public alors que jusqu'à cette date du 26 juin 2014, c'était l'ordre public qui prévalait.

Cet arrêt est définitif puisque la garde des sceaux, ministre de la justice, n'a pas interjeté appel contre ces deux arrêts malgré des demandes de certains parlementaires en ce sens.

Cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du jeudi 26 juin 2014 a, semble-t-il, ouvert la voie à l'**Avis n° 15011 du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation**, opérant, également, un **revirement** à « 180 degrés » de la **jurisprudence** de ses arrêts de 2011 et, en particulier, de celui du 22 avril 2013 relatif à la notion de « *fraude à la loi* ».

La Cour de cassation est d'avis 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* ».

Dans la continuité de cette jurisprudence, dans une affaire, concernant la gestation pour autrui en Russie, le vendredi 19 juin 2015, le Procureur général près la Cour de cassation, Jean-Claude Marin, a recommandé à la Cour d'inscrire à l'état civil les enfants nés à l'étranger de gestation pour autrui (GPA) sous réserve de l'établissement d'une filiation biologique *via* une expertise génétique :

« *La retranscription automatique de l'acte de naissance étranger sur l'acte civil français reviendrait à une reconnaissance automatique de la gestation pour autrui* », la Cour a rendu sa décision le vendredi 3 juillet 2015 dans les deux arrêts n° 619 et

n° 620, confirmant la possibilité de transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres de l'état civil français avec, encore, des procédures civiles à venir.

Cette réserve du Procureur général J.C. Marin, concernant le lien biologique, est pleinement justifiée : pour preuve l'affaire Campanelli-Paradiso en Italie dans laquelle les parents n'avaient aucun lien biologique avec l'enfant et pour laquelle l'Italie a déposé une requête en Grande Chambre.

Nous voyons ainsi s'établir un **consensus de la jurisprudence** de la « Cour de Strasbourg », la Cour européenne des droits de l'homme, du « Quai de l'Horloge », la Cour de cassation, et du « Palais Royal », le Conseil d'Etat, pour l'**intérêt supérieur de l'enfant** qui n'est pas responsable de son mode de procréation et qui ne doit pas en subir les conséquences, en particulier, au niveau de l'établissement de sa filiation et de sa nationalité, « *l'intérêt supérieur étant supérieur y compris à la loi* » selon le professeur Gérard Champenois.

C'est dans cet esprit qu'il faut interpréter « the best », même, si en anglais best signifie meilleur et non supérieur. Il s'agit, donc, de trouver la meilleure solution, compte-tenu de la situation créée par la naissance de l'enfant ou en citant l'académicien André Roussin dans sa comédie : « *Lorsque l'enfant paraît* ».

Par analogie, l'intérêt supérieur de l'enfant, « the best interest », doit aussi être une préoccupation *princeps* dans les procédures de divorce en apprenant aux parents « *l'art de divorcer* » d'une « *façon élégante* » ou de *se séparer* pour le bon équilibre des enfants qui doivent s'adapter à cette nouvelle situation.

Pour mémoire, rappelons que depuis le troisième millénaire, l'an 2000, nous assistons à une harmonisation de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, en particulier, dans le cadre du recueil du consentement éclairé des patients, la Cour de cassation statuant vis-à-vis des praticiens et le Conseil d'Etat vis-à-vis des établissements hospitaliers.

Toutefois, ce n'est pas pour autant qu'il faille autoriser ces pratiques en France.

Il semble en effet préférable de **laisser la législation française en l'état du droit positif actuel** et de s'en remettre pour les problèmes d'établissement de la nationalité française et de filiation de l'enfant aux hautes juridictions, Cour de cassation et Conseil d'Etat ainsi qu'à la Cour européenne des droits de l'homme comme en témoigne le dernier arrêt non définitif Paradiso et Campanelli c. Italie du 27 janvier 2015 de la Cour de Strasbourg qui a condamné l'Italie pour avoir retiré à un couple

l'enfant « acheté » en Russie et rendu l'arrêt en faveur de l'intérêt supérieur de l'enfant suivant la jurisprudence des arrêts *Mennesson c. France* et *Labassee c. France* du 26 juin 2014.

Par ces motifs, la Cour

1 « *Déclare, à l'unanimité, la requête recevable quant au grief soulevé par les requérants en leur nom et tiré de l'article 8 de la Convention au sujet des mesures adoptées à l'égard de l'enfant et irrecevable pour le surplus* » ;

2 « *Dit, par cinq voix contre deux, qu'il y a eu **violation de l'article 8** de la Convention* » ;

Ces arrêts montrent l'importance que la Cour de Strasbourg porte à l'intérêt supérieur de l'enfant mais avec le risque d'une perte d'indépendance des juridictions des Cours des Etats-membres comme le soulignent les juges Guido Raimondi et Robert Spano dans l'opinion **en partie dissidente** commune qu'ils donnent :

« *A notre avis, il n'y a aucune raison de remettre en jeu l'évaluation faite par les juges italiens. La majorité substitue sa propre évaluation à celle des autorités nationales, **mettant à mal le principe de subsidiarité** et la doctrine de la **quatrième instance*** ». L'Italie a fait appel de la décision de la Cour européenne devant la Grande Chambre.

Cependant, même, si des solutions peuvent être trouvées pour l'établissement de la filiation de l'enfant dans le cas de couple hétérosexuel et de couple lesbien, il nous faut, à nouveau, réfléchir pour savoir si c'est vraiment **l'intérêt supérieur de l'enfant de naître** du fait des techniques de procréation assistée, en particulier de la **maternité de substitution**, en satisfaisant le désir d'enfants des parents intentionnels, même, si la jurisprudence a évolué positivement pour la transcription des actes de naissance, établis à l'étranger, des enfants des couples gays, nés du fait de la maternité de substitution, avec les deux arrêts n°619 et n°620 de la Cour de cassation du vendredi 3 juillet 2015.

Etant donné l'évolution de la jurisprudence, d'une part, de la Cour européenne des droits de l'homme permettant à un couple hétérosexuel l'établissement de la filiation de l'enfant, né du fait d'une gestation pour autrui à l'étranger et, d'autre part, de la Cour de cassation permettant, également, à un couple lesbien marié l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère de l'enfant, né d'une insémination artificielle à l'étranger, notre **réflexion** portera principalement sur la **maternité de substitution**

aussi bien pour un couple hétérosexuel, dont la femme ne peut procréer, même, si dans ce cas le problème de la filiation est résolu depuis l'arrêt du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme, que pour un couple gay, même, si les deux arrêts du vendredi 3 juillet 2015 de la Cour de cassation ont privilégié l'intérêt supérieur de l'enfant.

En effet, sur le plan de la **biologie de la reproduction** et de l'**immunologie**, en faisant abstraction du modèle familial, couple hétérosexuel ou homosexuel, est-ce qu'il existe une différence sur le plan de la procréation entre une **insémination artificielle** avec **don de spermatozoïdes (IAD)** pour un couple hétérosexuel et pour un couple lesbien homosexuel ?

Dans les deux cas, couple hétérosexuel et couple lesbien, se posent le problème de l'**anonymat du don de gamètes** et de celui de l'**accès aux origines** pour l'enfant. Les « puristes » vous répondront que pour un couple hétérosexuel le don de spermatozoïdes se fait *via* un CECOS, donc dans des conditions de sécurité et de transparence, tandis que pour un couple lesbien le don a lieu dans un pays, où le don à des couples lesbiens est licite ou toléré et, qu'il sera ainsi, probablement, difficile d'avoir accès aux origines, sans évoquer le « don sauvage ».

Dans les deux cas cependant, il s'agira d'une grossesse semi-allogénique, la femme donnant son ovocyte, l'autre allogène venant du don de spermatozoïde.

Mais cette similitude est-elle une raison suffisante pour légaliser l'insémination artificielle pour les couples lesbiens en France ? Il semble préférable, sous couvert de l'avis du 12 décembre 2014 du Conseil d'Etat, de ne pas libéraliser l'insémination artificielle en faveur des couples lesbiens, pouvant conduire dans une seconde étape à la légalisation de la maternité de substitution qui, elle est une procédure beaucoup plus lourde de conséquences, en faisant intervenir un tiers, la mère de substitution, totalement étrangère à l'enfant avec le paradoxe de lui laisser, cependant, ses empreintes à l'enfant *via* l'épigénétique et l'immunologie ?

Si dans l'insémination artificielle, sur le plan immunologique de la grossesse, en particulier sur le plan de la **tolérance materno-fœtale**, il n'y a pas de différence entre la femme d'un couple hétérosexuel et celle d'un couple lesbien, puisque dans les deux cas la femme a « fourni » son ovocyte, et qu'en conséquence il n'y a donc qu'**un allogène**, le spermatozoïde, dans la **maternité de substitution** en général, il y **deux allogènes**, l'embryon ayant été conçu avec un spermatozoïde du père intentionnel, qui est aussi le père biologique, et un don d'ovocyte ce qui est le cas d'un couple gay, ou

l'ovocyte de la mère intentionnelle, qui est dans ce cas aussi la mère biologique si elle n'a plus d'utérus mais encore des ovaires, la mère de substitution n'étant que gestative et non gestatrice, l'**embryon** est totalement **étranger à la mère**.

Ainsi, sur le plan immunitaire, c'est un allogène supplémentaire que les **lymphocytes T régulateurs**, les « **Tregs** », devront réguler pour maintenir la « tolérance materno-fœtale active durant la grossesse et assurer la survie du fœtus » (Immunologie de la grossesse, 24, Cécile Contin-Bordes et coll. pages 166 à 170, Immunologie fondamentale et immunopathologie, Elsevier Masson).

Nous voyons donc qu'il existe de **très grandes différences** entre procéder à une **insémination artificielle avec tiers donneur** (IAD) pour un couple lesbien et à une **maternité de substitution** pour un couple hétérosexuel, même si le problème de l'établissement de la filiation est résolu dans ce cas, et pour un couple gay.

En conséquence, nous allons voir s'il pourrait y avoir compatibilité entre la maternité de substitution et l'intérêt supérieur de l'enfant.

En premier lieu, nous avons vu que la maternité de substitution en plein essor donnait lieu à un commerce du bébé, « **baby business** », terme choisi par Deborah L. Spar, ou à un « **marché de la maternité** » (titre choisi par SciencesPo Paris pour un colloque Dalloz le mercredi 3 décembre 2014) *via* les agences de fertilité.

Au terme de notre réflexion, nous nous interrogeons pour savoir si nous pouvons continuer à utiliser ces deux termes ?

En effet, le terme **commerce** est noble et digne. Rappelons-nous dans l'antiquité, le commerce en méditerranée avec les phéniciens à Tyr et à Sidon.

Quant au terme **marché**, « *Si le terme est omniprésent dans la littérature économique, il n'est qu'exceptionnellement défini par les auteurs, qui laissent entendre que le terme est à comprendre dans son sens le plus trivial, à savoir **lieu de rencontre** entre les **agents économiques** soucieux de vendre ou d'**acheter** des biens ou des **services*** » (Dictionnaire d'économie et de sciences sociales 3^e édition, sous la direction d'Alain Bruno et Christian Ellebbode, Ellipses, page 327).

Si nous analysons les termes de cette définition du marché et l'appliquons au terme d'« agence de fertilité », nous voyons que le « **lieu de rencontre** », ce sont les « agences de fertilité » dans les pays où la maternité de substitution est licite comme certains Etats des Etats-Unis dans le cas de la maternité de substitution à caractère commercial de type « high cost », ou l'Inde dans le cas de la maternité de

substitution, également à caractère commercial mais de type « low cost », les « **agents économiques** », ce sont les protagonistes, c'est-à-dire, les responsables de l'agence, les juristes qui sont en relation avec les parents intentionnels et la mère de substitution pour rédiger la convention ou le contrat de maternité de substitution, éventuellement, la donneuse d'ovocytes, la mère de substitution qui n'est qu'un « moyen » pour obtenir un « produit », l'enfant, et les praticiens, psychiatres qui examineront les motivations des parents intentionnels et de la mère de substitution et les obstétriciens qui réaliseront la fécondation *in vitro* et l'implantation de l'embryon chez la mère de substitution. Comment concilier, alors, cette activité pour des praticiens exerçant des professions libérales et respecter le serment d'Hippocrate pour les médecins et le serment de Galien pour les pharmaciens ? Les parents intentionnels, loin de les juger, vont « **acheter** » des « **services** », c'est-à-dire la possibilité de recourir à une maternité de substitution avec la mère de substitution pour avoir cet objet tant désiré, l'enfant.

Pouvons-nous alors garder ces termes de commerce ou de marché, même, dans le cas de la maternité de substitution de type altruiste, non commercial ?

Oserions-nous plutôt le terme de **trafic** « *commerce illicite, clandestin et honteux* » (Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, page 10 340).

En fait, la définition du mot trafic montre que les qualificatifs, **illicite** et **clandestin**, sont inappropriés pour la maternité de substitution. En effet, dans certains pays la maternité de substitution est licite avec un *corpus* de lois, de règlements et de recommandations, ni clandestine avec les agences de fertilité « vendant leurs services », la maternité de substitution, dans les « cliniques de fertilité » et faisant, même, de la publicité *via* internet.

Cependant, il serait tentant de retenir pour certains pays, comme l'Inde, le qualificatif de « **honteux** », mais en le remplaçant dans le contexte de l'Inde si beau et si grand pays avec ses contrastes, l'Inde des maradjahs, des palais et celle des pauvres, voire des lépreux traités soit dans des léproseries, soit chez eux selon la forme de la lèpre due au bacille de Hansen, découvert en 1873 par le norvégien Armauer Hansen, la classe moyenne, « middle class », n'étant encore qu'émergente, le terme est inapproprié.

En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, en Inde si la femme accepte d'être mère de substitution, c'est pour le bien-être de sa famille, et il ne faut surtout pas la juger. La mère de substitution doit se « cacher » le temps de sa grossesse sinon elle serait

traitée de paria. Dans ce contexte, les maisons des mères de substitution, « house of surrogate mother », peuvent, peut-être, trouver leur justification en protégeant les femmes des regards et des jugements réprobateurs des habitants de leurs villages et en leur assurant une bonne nourriture et de bons soins durant leur grossesse afin de pouvoir « donner » un enfant en bonne santé, (« *to be in good health* »), à la naissance.

C'est donc dans ce contexte que l'Inde a légiféré dans le domaine de la maternité de substitution pour protéger, d'une part, la mère de substitution afin qu'elle ne soit pas traitée de paria après sa grossesse ni stigmatisée, et, d'autre part, l'enfant en instituant un visa médical pour la maternité de substitution en mettant les parents intentionnels face à leurs responsabilités. Il est indéniable que les pays qui ont légiféré dans le domaine de la maternité de substitution ont fait une œuvre importante en abordant les problèmes relatifs au triptyque de la maternité de substitution, parents intentionnels, mère de substitution et enfant, en évitant des maternités de substitution sauvages et en établissant une traçabilité.

Il s'agit d'une micro-économie locale dans un contexte de macro-économie mondiale. En conclusion, quel terme choisir pour qualifier la maternité de substitution ?

Il nous semble que le terme de commerce de bébé, « **Baby business** », de Deborah L. Spar soit le plus approprié et le plus **respectueux pour un enfant**, même si paradoxalement la définition de marché pourrait correspondre à l'activité de la maternité de substitution, mais cependant avec des termes indignes pour la « création » d'un enfant. Aussi, est-ce dans ce même esprit que nous excluons le qualificatif « honteux » trop péjoratif pour la mère de substitution.

Ayant ainsi ciblé la maternité de substitution dans le cadre du **commerce du bébé** au **niveau international**, mais non extérieur pour la France puisque la maternité de substitution y est prohibée, nous allons examiner si ce commerce est compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant ou non.

Dans un premier temps, nous avons vu que sur le plan de la jurisprudence, la **filiation** de l'enfant pouvait être établie pour un couple hétérosexuel recourant à une maternité de substitution et pour un couple lesbien recourant à une insémination artificielle avec tiers donneur, ainsi que pour un couple gay depuis les arrêts du vendredi 3 juillet 2015 de la Cour de cassation.

Mais, si l'établissement de la filiation de l'enfant dans le cadre de la transgression des lois de bioéthique concernant l'assistance médicale à la procréation est un problème majeur, nous ne devons pas dans un **deuxième temps** occulter les risques de la maternité de substitution et nous devons **communiquer sur ces risques au niveau international, européen et national**.

Sur le plan de l'immunologie, nous avons vu que dans une « grossesse naturelle », il n'y a qu'**un allogène**, le spermatozoïde du père, la mère donnant son ovocyte, il s'agit donc d'une grossesse **semi-allogénique**, tandis que, dans la **maternité de substitution**, l'embryon, conçu avec l'ovocyte, soit de la femme d'un couple hétérosexuel, soit d'une donneuse d'ovocyte, et le spermatozoïde du père biologique, est totalement étranger à la mère de substitution, qui ne fait qu'assurer la gestation de l'enfant, il y a donc **deux allogènes**, la grossesse est totalement allogénique.

Or, « *Il est clairement démontré que l'utérus n'est pas un site immunologiquement neutre, préservé des cellules immunitaires maternelles. En effet, des contacts étroits entre les cellules embryonnaires et le système immunitaire s'établissent très précocement dès la quatrième semaine de gestation. Le système immunitaire maternel produit des anticorps dirigés contre les allo-antigènes fœtaux et notamment les antigènes HLA de classe I et les antigènes plaquettaires paternels. Ces anticorps sont capables d'activer le complément* » (Immunologie fondamentale et immunopathologie Immunologie de la grossesse 24, Cécile Contin-Bordes et coll. page 166).

Donc, sur le plan immunologique nous sommes dans une situation totalement inédite : le système immunitaire maternel doit produire des **anticorps dirigés contre les deux allo-antigènes fœtaux, paternels et maternels**.

En effet, « *La grossesse nécessite cependant l'induction d'une tolérance à l'interface materno-fœtale qui résulte d'un équilibre complexe régulant les mécanismes de reconnaissance du fœtus par le système immunitaire maternel, et mettant en jeu de nombreux effecteurs cellulaires et moléculaires* » (cf. supra).

En effet, selon Maria Grazia Ruocco, (« Regulatory T-cells in pregnancy : historical perspective, state of the art, and burning questions », *frontiers in Immunology*, august 2014/Volume 5/Article 389, p. 1 à10) « *Since 1953, pregnancy has been viewed as « Nature allograft », the maternal immune system being in direct contact with a semi-allogenic organism, deeply engrafted and invasive, without, however, any sign of rejection* » (Depuis 1953, la grossesse a été considérée comme une « allogreffe

naturelle », le système immunitaire maternel étant en contact direct avec un organisme semi-allogénique, profondément greffé et invasif, sans, cependant, aucun signe de rejet).

En conséquence, dans le cas de la **maternité de substitution**, il y a une situation inédite, le **système immunitaire maternel devant faire face à une double reconnaissance**.

Les détracteurs de la maternité de substitution argueront qu'il pourra y avoir des conséquences sur le plan immunologique pour l'enfant tandis que les partisans de la maternité de substitution diront que c'est ce qui se produit dans une transplantation d'utérus qui, lui, est totalement étranger à l'embryon conçu avec les gamètes des parents.

Comment expliquer alors que des grossesses aillent jusqu'à leur terme ?

« Le succès de la grossesse dépend de multiples facteurs, et non pas uniquement de la seule tolérance du système immunitaire maternel vis-à-vis des antigènes fœtaux hérités du patrimoine paternel. Bien qu'allogéniques, les cellules trophoblastiques fœtales et les cellules de l'immunité maternelle interagissent à leurs bénéfices réciproques ».

(cf. supra). Dans la maternité de substitution, il y a un double héritage, paternel avec le spermatozoïde et maternel avec le don d'ovocyte, l'allogène de la mère de substitution étant totalement étranger à l'embryon.

Aussi, au siècle du **principe de précaution**, nous pouvons nous interroger pour savoir si des générations futures peuvent naître du fait d'une maternité de substitution.

Si nous proscrivons la maternité de substitution, ne risquons-nous pas d'abandonner aussi la transplantation d'utérus, technique difficile mais prometteuse ?

Faudrait-il, alors, faire une dérogation immunologique pour cette méthode ?

En effet, dans ce cas la femme porte son propre enfant, le seul tiers étant la « donneuse ». Par contre, pour une donneuse vivante apparentée, la problématique pourrait venir des relations futures entre la femme et la donneuse.

Si au plan de l'immunologie, il y a une « réponse adaptative » selon Chantal Burelout, pour les risques nous devons nous ancrer sur le **principe de précaution** pour les générations futures.

Rappelons le Principe 1 : *« Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en*

harmonie avec la nature » de la **Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de l'assemblée générale des Nations Unies du 12 août 1992**.

Rappelons que, selon le professeur Marguerite Canedos-Paris, « *La Charte de l'environnement, adoptée par le Parlement en 2004 et intégrée au Préambule de la Constitution par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, semble avoir changé la donne puisqu'en consacrant le principe de précaution en son article 5, elle vient lui conférer **valeur constitutionnelle*** » (« *Des nouvelles du principe de précaution* », r f d a., septembre – octobre 2013, N° 5, p. 1061 à 1081).

Aussi, si nous nous référons à ce principe et si nous le respectons dans l'intérêt supérieur de l'enfant, nous devons le mettre en pratique avec l'adage latin *mater semper certa est* (la mère est toujours certaine) ce qui, de plus, donnerait un fondement au développement de la transplantation d'utérus et une base pour prohiber sur un plan international la maternité de substitution en rendant sa liberté à la mère de substitution et en prévenant pour l'enfant des risques à court, moyen et long terme.

En conséquence dans un **troisième temps** dans le cadre du **principe de précaution**, nous devons agir en **amont**, en coordination avec les Nations-Unies, la Conférence de Droit International Privé de La Haye, le Conseil de l'Europe, l'Union européenne au moment où la « *Belgique réfléchit à légaliser la maternité de substitution* » (Le Figaro, mardi 24 février 2015, page 8), la Commission Internationale de l'Etat Civil et la France, pour **informer** les couples, candidats à un tourisme procréatif, parents intentionnels potentiels, des **risques** de la maternité de substitution, même si l'enfant peut bénéficier d'une filiation lors de son retour en France, peut-être sous la forme d'une « *convention internationale faisant évoluer le droit français et les droits résistants à la GPA* » selon le professeur Gérard Champenois.

En effet, s'il est difficile de 'lister » tous les risques, sans être exhaustif, nous devons faire « la chasse aux risques » selon le Professeur Jean-Michel Warnet dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

En effet, selon Le Figaro du lundi 23 février 2015, le professeur Philippe Deruelle dans son article : « *Pourquoi les 1 000 premiers jours de vie sont-ils si importants pour la santé future ?* » indique que : « *Les 1 000 premiers jours correspondent à la période qui va de la conception aux deux ans de l'enfant. Au cours de cette période, l'enfant est particulièrement vulnérable non seulement en raison de sa fragilité naturelle et de sa dépendance aux adultes mais aussi parce que l'environnement qui l'entoure, et parfois l'agresse, va influencer sa santé future.* »

« Pendant cette période, l'expression de notre patrimoine génétique est extrêmement influencée par l'environnement. Ces modifications ne touchent pas directement les gènes eux-mêmes mais les éléments qui contrôlent leur expression, l'épigénétique ».

L'importance du rôle de l'épigénétique, montrée par le professeur Philippe Deruelle, si elle peut « justifier » la place des « house of surrogate » en Inde afin d'assurer une bonne grossesse et une bonne alimentation à la mère de substitution, confirme les risques de la maternité de substitution.

Par analogie, avec le livre de F. L. Bryan : « *L'analyse des risques : Prévenir et maîtriser les maladies d'origine alimentaire* » (OMS 1994, vi, 78), qui montrait que l'analyse des risques comprenait « *trois étapes : le **recensement** des dangers, l'**évaluation des risques** correspondants et la détermination des opérations au niveau desquelles on peut agir efficacement* », nous pouvons nous interroger pour savoir si nous pouvons appliquer ce schéma aux risques de la maternité de substitution ?

Pour le recensement des dangers obstétricaux, concernant la mère de substitution, il est très difficile d'être exhaustif, le professeur Jean Thoyer-Rosat, gynécologue-obstétricien des Hôpitaux de Paris, disant : « *qu'en obstétrique, il peut y avoir beaucoup de casse* ».

Quant aux parents intentionnels et à l'enfant, nous sommes dans le domaine de l'inconnue la plus totale, même si des Etats, à leur décharge, ont tenté de réguler la maternité de substitution dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

En conséquence, l'évaluation des risques ainsi que leur gestion est très difficile.

Le seul moyen opérationnel, que nous ayons, est l'**information des risques**

Nous pouvons, également, aussi nous interroger sur la **valeur** des critères du **consentement éclairé**, en particulier, le consentement est-il vraiment **libre** ?

Dans le cas d'une maternité de substitution de type « low cost », la mère de substitution a besoin de subsides et quant aux parents intentionnels leur désir d'enfant à tout prix, « priceless », est si fort qu'ils sont prêts à tout pour avoir cet enfant, même, s'il s'agit de « frauder la loi », donc, la mère de substitution ainsi que les parents intentionnels donneront leur consentement.

Hors, en cas d'accident, hystérectomie d'hémostase, par exemple, pour la mère de substitution ou refus des parents intentionnels de « prendre l'enfant » pour une raison X ou Y, par exemple, quelle sera la **responsabilité** des praticiens, des juristes, de

l'agence et de la clinique de fertilité ? Est-ce qu'il y aura une demande de **dommages et intérêts** ?

Citons le serment de Galien :

« *De ne jamais oublier ma **responsabilité** et mes devoirs envers le malade et sa **dignité humaine**.* »

Par analogie, dans le cas « *d'un traitement dangereux comme la radiothérapie ou une opération chirurgicale* », l'importance de l'**information** ainsi que celle du **consentement éclairé** est soulignée, dès 1931, dans un arrêt de la Cour de cassation du 12 mars 1931 (Paris, 12 mars 1931, Gaz. Pal. 1931, 1590) : « *...le praticien commet une faute, non seulement, s'il n'a pas au préalable, recueilli le consentement du malade, mais s'il a omis de le **prévenir des risques** qu'il courait du danger de l'opération, si, en un mot, le malade n'a pas donné son accord en toute connaissance de cause* ». Si le terme d'information n'apparaît pas dans l'arrêt, il est cependant mentionné avec le terme « *prévenir* », de plus, il apparaît, déjà, la notion de « *risques* ».

Citons le serment d'Hippocrate :

« *J'**informerai** les patients des décisions envisagées, de leurs raisons et de leurs conséquences* ».

Donc, quand il s'agit de créer *de novo*, de nouveau, un être humain, nous pouvons augurer de l'immense difficulté de régler le litige, sans compter le *pretium doloris* (le prix de la douleur).

De surcroît, au niveau de la France, nous devons surveiller, voire « *bloquer* », les sites internet proposant un « *e. baby* » selon le Conseiller d'Etat Denis Rapone et empêcher que des établissements n'accueillent des agences de fertilité au regard du « *délit d'entremise* » selon le professeur Philippe Conte.

Si la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon », prévoit des sanctions d'ordre administratif, civil et pénal eu égard à l'information du « consommateur », comment ne pas **informer les parents intentionnels** quand il s'agit de créer *in vitro* un enfant, qui serait, alors, « *ramené à un objet de consommation* », selon le magistrat, Catherine Pautrat ?

De plus, en cas de don de gamète, l'enfant est réduit à une « *simple hélice* » selon le professeur Jean-michel Warnet.

Nous avons une **responsabilité** vis-à-vis des **générations futures** et nous n'avons pas le droit de transgresser l'indication médicale d'infertilité de l'assistance médicale à la procréation à des fins sociétales en passant du droit **de** au droit **à**.

Comme l'a dit, le Président des Etats-Unis, Barack Obama, lors de l'ouverture de la COP21, (21^{ème} Conférence des Nations-Unies sur le climat de Paris), le lundi 30 novembre 2015 au Bourget :

« *Il est de notre devoir de bâtir un monde digne de nos enfants* », (Le Figaro, mardi 1^{er} décembre 2015, page 2)

et de citer le Prince de Galles :

« *En modifiant le climat, nous devenons les architectes de notre propre destruction* ».

En paraphrasant le Prince Charles avec tout le respect qui lui est dû :

N'agissons pas, ainsi, envers les générations futures.

Enfin, de citer le Président de la République, Jacques Chirac, en Afrique du Sud en 2005 :

« *Nous ne pourrons pas dire que nous ne savions pas* ».

Aussi, il faut se féliciter que le législateur n'ait pas légalisé dans la **loi n°2013-404 du 17 mai 2013**, « ouvrant » le mariage aux couples de personnes de même sexe, l'accès aux techniques de procréation assistée pour les couples de même sexe, laissant aux magistrats le soin de régler, ponctuellement, au cas par cas, le problème de la filiation de l'enfant.

Dans cet esprit nous citerons Monsieur Xavier Domino, rapporteur public, pour la décision du Conseil d'Etat du 12 décembre 2014 : « *Préfaçant la réédition des cours de contentieux administratif du président Raymond Odent, le président Renaud Denoix de Saint Marc disait que l'état d'esprit du bon juge était, à ses yeux, « fait de modestie, de pragmatisme et de sagesse* ». « *Nous formons, pour conclure, le vœu que ces trois termes puissent inspirer, non pas seulement votre office au moment où vous vous prononcerez sur ces affaires, mais aussi l'esprit de ceux qui liront la décision que vous rendrez* ».

Ainsi, le président Renaud Denoix de Saint Marc annonçait le revirement de la jurisprudence relative à l'établissement de la filiation de l'enfant né du fait d'une maternité de substitution en faisant confiance aux juges, ce qui a été prouvé par la jurisprudence non seulement de la Cour européenne des Droits de l'homme mais aussi

au niveau des hautes juridictions du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

De surcroît, rappelons que la nature doit être respectée et que nous n'avons pas le droit de détourner le sens de la grossesse qui consiste pour une femme à **porter son propre enfant**, ce qui lui confèrera une filiation maternelle, à l'exception de l'accouchement sous X, et une filiation paternelle si le père le reconnaît en le déclarant à l'état civil.

Respectons l'adage latin *mater semper certa est* et l'intérêt supérieur de l'enfant *in abstracto* et *in concreto* selon l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ainsi que le serment d'Hippocrate pour les médecins et celui de Galien pour les pharmaciens.

En conséquence, ce revirement à 180 degrés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat montre sur :

la **forme**, la nécessité du couplage des progrès de la biologie de la reproduction avec le respect de la Convention internationale des droits de l'enfant dans l'intérêt supérieur de l'enfant et de sa filiation,

le **fond**, la nécessité d'accompagner ce couplage d'un nouveau protocole additionnel.

Ainsi, pour que ces recommandations soient effectives, nous nous proposons de les traduire (*en toute modestie*) par un **instrument international onusien**, sous la forme d'un projet, (« draft »), de quatrième protocole additionnel à la Convention internationale des droits de l'enfant des Nations-Unies, *via* le Comité des droits de l'enfant des Nations-unies.

**PROJET DU QUATRIEME PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA
CONVENTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ENFANT « AT
THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD » DES
NATIONS-UNIES DU 20 NOVEMBRE 1989 RELATIF A LA
PROHIBITION DE LA MATERNITE DE SUBSTITUTION**

Préambule

Les Etats parties à la présente Convention

Considérant la **Déclaration de Genève** de la **Société des Nations de 1924**, instrument fondateur des droits de l'enfant, et la **Déclaration des droits de l'enfant des Nations-unies de 1959**, en particulier, les articles 2 et 3 de la Déclaration précitée, stipulant pour l'article 2 : « *Le droit à une intention particulière pour son développement physique, mental et social* » et pour l'article 3 : « *Le droit à un nom et à une nationalité* », prémices de l'article 3§1 de la **Convention internationale des droits de l'enfant des Nations-unies de 1989** relatif à : « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » ou « *the best interests of the child* » et de l'article 7 de la Convention précitée : « *le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité* » ou : « *the right from birth to a name, the right to acquire a nationality* »

et les trois protocoles à la Convention :

- Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les **conflits armés**, 2000,
- Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la **vente d'enfants**, la **prostitution** des enfants et la **pornographie** mettant en scène des enfants, 2000,
- Protocole facultatif à la Convention des droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de **communication**, 2011, (signé le 20 novembre 2014 par la France pour le 25^{ème} anniversaire de la Convention).

Reconnaissant les **imminents travaux** du Comité des droits de l'enfant des Nations-Unies, de la Conférence de La Haye de droit international privé, de la Commission International de l'Etat Civil, du Conseil de l'Europe et de la Cour européenne des droits de l'homme, de l'Union européenne, du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, du Comité consultatif national d'éthique sans être exhaustif,

Reconnaissant l'**urgence** de traiter, dans « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » ou « *in* » « *the best interests of the child* », selon l'article 3§1 de la Convention internationale

des droits de l'enfant ou « Convention on the rights of the Child » ainsi que l'article 7 de la Convention précitée, le problème de l'établissement de la **filiation** des enfants nés du fait d'une maternité de substitution à l'étranger, des **risques du triptyque de la maternité de substitution** : mère de substitution, enfant et parents intentionnels, du problème de l'**anonymat** du **don de gamètes** et de celui de l'accès aux **origines** ainsi que de la **responsabilité** des acteurs de la maternité de substitution et de celle des Etats parties à la Convention vis-à-vis des **générations futures** dans le cadre de l'**environnement de l'enfant** au cours de sa **vie in utero**, nous proposons (« Have agreed as follows ») :

Article 1

Donner une **filiation**, un **état civil** et une **nationalité** à l'enfant né du fait d'une insémination artificielle ou d'un transfert d'embryon *via* une fécondation *in vitro* chez un couple lesbien ou d'une maternité de substitution chez un couple hétérosexuel ou chez un couple gay, compte tenu de la **jurisprudence** de la **Cour européenne des droits de l'homme** (arrêts Menesson et Labassee c. France du jeudi 26 juin 2014), de l'avis du 22 septembre 2014, de la recommandation du 19 juin 2015 du Procureur général près la **Cour de cassation** et de l'arrêt du 3 juillet de la Cour de cassation ainsi que de l'avis du vendredi 14 décembre 2014 du **Conseil d'Etat**.

Article 2

Informer les **parents intentionnels** sur le fait que, même, si le problème de la filiation peut être résolu au cas par cas, l'autre problème majeur reste l'**anonymat** du **don de gamètes**, privant l'enfant *de facto* de la connaissance de la **moitié de ses origines**, même si des informations partielles peuvent lui être communiquées avec des conséquences sur le plan génétique et sur celui de la généalogie, l'enfant étant un « demi-génétique », (« half genetic children »), risquant d'être **discriminé** et ce contrairement à l'**article 14** de la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** du Conseil de l'Europe, (« European Convention on Human Rights »), du 4 novembre 1950 à Rome.

Article 3

Informer, *via* tous les moyens de **communication** du XXIème siècle, (campagnes, medias, ...), des **risques** de la maternité de substitution en coopération avec le Comité des droits de l'enfant des Nations-unies, la Conférence de La Haye de droit international privé, (HCCH), la Commission Internationale de l'Etat Civil, le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que les ministères des Affaires étrangères et de l'Intérieur des Etats parties à la Convention.

Article 4

Incriminer la publicité, (réunions d'information par les agences de fertilité, par exemple), sur la maternité de substitution comme un **délit d'entremise**.

Article 5

Surveiller les **sites internet** proposant, dans le cadre du commerce de bébé, (« baby business »), les services des cliniques de fertilité permettant de créer un « e. baby », selon le Conseiller d'Etat, Denis Rapone.

Article 6

Au **XXI ème siècle**, troisième millénaire, les Etats parties à la Convention ainsi que les « parents intentionnels » doivent respecter le **principe de précaution** et n'ont pas le droit de voir créer *in vitro* des « enfants-hybrides », personnes vulnérables.

Article 7

Les Etats parties à la Convention doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir à l'enfant sa **dignité** en assurant leur **responsabilité** vis-à-vis des **générations futures**.

Notons que ce projet de protocole s'inscrit dans un manifeste sous forme de :

« TRIBUNE *Nous sommes unis pour demander aux gouvernements des nations du monde ainsi qu'aux leaders de la communauté internationale de travailler à l'arrêt immédiat de la GPA* »,

(Site : www.stopsurrogacynow.com

http://www.liberation.fr/societe/2015/05/11/pour-l-arret-immédiat-de-la-gestation-pour-autrui_13069)

Bibliographie

Bibliographie

Ouvrages français

Abbas (Abul K.), Litchman (Andrew H.) Pillai (Shiv), Traduction de la quatrième édition anglaise par le professeur Pierre L. Masson « *Les bases de l'immunologie fondamentale et clinique* ». Edition Elsevier Masson, 2013. ISBN : 978-2-294-72488-6 www.elsevier-masson.fr

Atlan (Henri) « *L'uterus artificiel* ». Edition du Seuil, (Collection La Librairie du XXI^e siècle), 2005. ISBN : 978-2-02-079978-2.

Baillon-Wirtz (Nathalie), Honhon (Yves), Le Boursicot (Marie-Christine), Meier-Bourdeau (Alice), Omarjee (Imram), Pons-Brunetti (Clotilde).

« *L'enfant sujet de droits, Filiation, Patrimoine, Protection* ».

(Collection Lamy Axe Droit), Lamy, 2010. ISBN : 978-2-7212-1332-7.

Barneoud (Lise) « *La Procréation Assistée? : comprendre vite et mieux* ».

Editions Belin. www.editions-belin.com, www.cite-sciences.fr, 2013.

Belrhomari (Nadia). « *Génome Humain, Espèce Humaine et Droit* », préface de Teboul (Gérard), ouvrage publié avec le concours de l'Université Paris-Est. L'Harmattan, 2013. ISBN : 978-2-343-01114-1.

Bellivier (Florence) Noiville (Christine), Introduction par Labrusse-Riou (Catherine).

« *Traité des contrats, Contrats et Vivant* ». L.G.D.J, 2006. ISBN : 2.275.02631.2.

Bénabent (Alain). « *Droit des Obligations* ».

Domat droit privé, 13^e édition, Montchrestien Lextenso éditions, 2012.

ISBN : 978-2-7076-1767-5, www.lextenso-editions.fr

Bouvier (Françoise). « *Maternités et libertés : avortement, contraception, statut de l'Embryon* ». L'Harmattan, 2013. ISBN : 978-2-296-96156-2.

Bryan (F.L.). « *L'analyse des risques : Prévenir et maîtriser les maladies d'origine alimentaire* ». Genève : OMS, 1994, vi, 78. ISBN : 924 2544 33 7.

Capitant (H.), Terré (F) / Lequette Y. « *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* ». Tome 1, Introduction : « *Personnes-Famille-Biens-Régimes matrimoniaux-Successions* ». 12^e édition. Dalloz, 2007. ISBN : 978-2-247-06892-0.

Carbonnier (Jean). « *Droit et passion du droit sous la Ve République* ».

Champs essais, Flammarion, 1996. ISBN : 978-2-0812-1886-4.

Carbonnier (Jean). « *Flexible droit Pour une sociologie du droit sans rigueur* ».

10^e édition. LGDJ. (Collection Anthologie du droit), 2014.

www.lextenso-edition.fr ISBN : 978-2-275-04201-5

Champenois (Marie-Pierre et Gérard). « *La preuve judiciaire de la maternité : quelques aspects de son évolution depuis la loi n°72-3 du 3 janvier 1972* », in « L'Avenir du droit » : Mélanges en hommage à François Terré », pages 486 à 508. Dalloz-Presses Universitaires de France-Editions du Juris-Classeur, 1999.

Cohen (Daniel). « *Homo Economicus, Prophète (égaré) des Temps nouveaux* ». Edition Albin-Michel, 2012. ISBN : 978-2-226-24029-3.

Crône (Richard), Revillard (Mariel), Gelot (Bertrand).

« *L'Adoption : aspects internes et internationaux* ». Préface de Georges Daublou. Defrénois, 2006. ISBN : 2-85623-054-7

Curien (Nicolas), Maxwell (Winston). « La neutralité d'Internet ».

(Collection Repères), Editions La Découverte, 2011. ISBN : 978-2-7071-6715-6.

Dadoune (Jean-Pierre) et Hanoune (Jacques). « *L'avenir de la reproduction* » in Médecine Thérapeutique, MT, volume 15-2013, numéro 1, mois janvier, février mars 2013, société de médecine de la reproduction. John Libbey Eurotext.

www.jle.com. ISSN : 1774-640X.

Denizeau (Charlotte). « *Droit des libertés fondamentales* ».

3^e édition, Vuibert, 2013. ISBN : 978-2-311-40023-6.

Dickès (Jean-Pierre). « *L'ultime transgression : refaçonner l'homme* », préface de Jeanne Smits. Deuxième édition, Editions de Chiré. www.chire.fr, 2012.

Fabre-Magnan (Muriel). « *La gestation pour autrui : fictions et réalité* »,

Fayard, 2013. ISBN : 978-2-21367-769-9

Fenouillet (Dominique). « *Droit de la Famille* ».

Cours Dalloz, 3^e édition, 2013. ISBN : 978-2-247-10989-0. www.editions-dalloz.fr

Fenouillet (Dominique). « *La filiation plénière, un modèle en quête d'identité* », in « L'Avenir du droit » : Mélanges en hommage à François Terré, pages 509 à 554.

Dalloz-Presses Universitaires de France-Editions Juris-Classeur, 1999.

Formery (Simon-Louis). « *La Constitution Commentée Article par Article* ».

Les Fondamentaux, 4^e édition, Hachette, 1998.

Foucrier (Jean) Bassez (Guillaume). « *Reproduction et Embryologie* ».

UE2, 1^{re} Année Santé, EdiScience, 2010. ISBN : 978-2-10-059844-1. www.dunod.com

Fournier (Véronique). « *Le bazar bioéthique : quand les histoires de vie bouleversent la morale publique : le monde comme il va* ».

Une collection de sciences humaines, sociales et politiques dirigée par Michel Wieviorka, éditions Robert Laffont, 2010. ISBN 978-2-221-11-505-3.

Gaumont-Prat (Hélène). « *Bioéthique et Droit l'assistance médicale à la procréation* ». (Essentiel), Les Etudes Hospitalières, 2011. ISBN : 978-2-84874-184-0.

Gendron (Bruno). « *L'essentiel de la micro-économie* ». 4^e édition, (Collection Les Carrés), Gualino Lextenso éditions. www. lextenso-editions.fr, 2014.

Hugo (Victor). « *Les Orientales et les Feuilles d'automne* ». *nrf*, (Collection Poésie), Gallimard, 1981. ISBN : 978-2-07-032206-0.

Jouët (Josiane) et Rieffel (Rémy). « *S'informer à l'ère numérique* ». Presses Universitaires de Rennes (PUR), 2013. ISBN : 978-2-7535-2858-1.

Korczak (Janusz), Commissaire aux Droits de l'Homme. « *Le droit de l'enfant au respect* ». Editions du Conseil de l'Europe, 2009. ISBN : 978-92-871-6674-6. [http : // book.coe.int](http://book.coe.int)

Lansac (Jacques) Guerif (Fabrice), Barthélémy (C.), Barrière (P.), Bouchot (O.), Colombel (A.), Couet (M.L.), Gouneaud (J.), Griveau (J.F.), Jean (M.), Le Lannou (D.), Marret (H.), Mirallié (S.), Royère (D.). « *AMP l'Assistance Médicale à la Procréation* ». Masson, 2005. ISBN : 9782294048388.

Lequette (Yves). « *De la « proximité » au « fait accompli »* in Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer. p. 481 à 518 LGDJ Lextenso éditions, 2015. ISBN : 978-2-275044703-4

Leroyer (A. M.). « *Réflexions sur la qualification de donations indirectes soumises au rapport* » in Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, *liber amicorum*, le livre des ami. Defrénois – 2012, p. 523.

Leveneur (L.). « *Intérêts et limites du mandat de protection future* » in Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, *liber amicorum*, le livre des amis. Defrénois – 2012, p. 571

Lévy (Jean-Philippe), Castaldo (André). « *Histoire du droit civil* ». (Précis Dalloz. Série Droit Privé), 2^e édition, Dalloz, 2010. ISBN : 978-2-247-08567-5. www. editions-dalloz. fr

Lévy-Soussan (Pierre). « *Destins de l'adoption : conseils d'un pédopsychiatre expert de l'adoption* ». Livre de Poche, impr. 2014, cop. 2010. ISBN : 978-2-253-17683-1. www. livredepoche.com

Liebault (Jean). « *Trois livres des maladies et infirmités des femmes* ». Rouen : chez Jean Berthelin, 1649.

En ligne : <http://biusante.parisdescartes.fr/histmed/medica/cote?39790>.

Louyot (Alain). « *Histoire de l'adoption de Moïse à Madonna* ». FB François Bourin Editeur, 2012. ISBN : 978-2-84941-339. www.bourin-editeur.fr

Malaurie (Philippe). Aynès (Laurent) Fulchiron (Hugues).

« *La Famille* ». 3^e édition, Defrénois : Lextenso-éditions, 2009. (Collection Droit civil). ISBN : 978-2-85623-140-1. www.lextenso-editions.fr

Mantz (Jean-Marie). « *L'Éthique médicale en questions : 100 situations d'actualité* ». Médecine Sciences Publications, Lavoisier. www.editions.lavoisier.fr, 2013.

Massip (Jacques). « *Le nouveau droit de filiation* ». Defrénois, DL 2006. ISBN : 2-85623-084-9. www.defrefois.fr

Mattei (Jean-François) Nisand (Israël) « *Où va l'humanité ?* ». Editions les Liens qui libèrent, 2013. ISBN : 979-10-209-0060-9

Mehl (Dominique). « *Les lois de l'enfantement : procréation et politique en France (1982-2011)* ». SciencesPo Les Presses, 2011. ISBN : 978-2-7246-1230-1.

Maupassant (Guy, de). « *Une vie : l'humble vérité* ». Préface de Henri Mitterand. Librairie Générale Française, 1983. 1^{re} publication LGF. ISBN : 978-2-253-00424-0.

Meyer-Bisch (Patrice) et al. « *L'enfant témoin et sujet : les droits culturels de l'enfant* ». (Collection interdisciplinaire), Schulthess Editions Romandes, 2012. ISBN : 978-3-7255-6521-4.

Oberdorff (Henri). « *Droits de l'homme et libertés fondamentales* ».

Manuel 4^e édition, LGDJ Lextenso éditions, 2013. ISBN : 978-2-275-03875-9.

www.lextenso-editions.fr

Ormesson (Jean, d') de l'Académie française « *Un jour je m'en irai sans avoir tout dit* ». Editions Robert Laffont, 2013. ISBN 978-2-221-13833-5.

Pagnol (Marcel) de l'Académie française « *Fanny* ».

(Collection Fortunio), Editions de Fallois, 2004. ISBN : 978-2-87706-514-6.

Pagnol (Marcel) de l'Académie française « *La Fille du Puisatier* ».

(Collection Fortunio), Editions de Fallois, 2005. ISBN : 978-2-87706-519-1.

Pauvert (Bertrand) et Latour (Xavier). « *Libertés Publiques et Droits fondamentaux* ». 4^e édition, Studyrama, 2013. (*Panorama du droit*) ISBN : 978-2-7590-1893-2.

Pecker (Docteur André), Roulland (Henri). « L'accouchement au cours des siècles ». Les Editions Roger Dacosta, 1958, exemplaire n° 1446 sur 2000 exemplaires tirés.

Pichard (Marc), préface de Michelle Gobert. « *Le droit à : étude de législation française* ». Economica, 2006. ISBN : 2-7178-5236-0.

Pierce (Benjamin A.). « *L'essentiel de la génétique* », traduction de l'édition américaine par Raymond Cunin. Edition De Boeck, 2012.

Renault-Brahinsky (Corinne). « *L'essentiel du Droit des personnes 2013-2014* ». 7^e édition, (Collection Les Carrés), Gualino Lextenso éditions, 2013.
ISBN : 978-2-297-03202-5, www.lextenso-editions.fr

Ricard (Matthieu) « *Plaidoyer pour l'altruisme La Force de la bienveillance* ». Nil éditions, Paris, 2013. Pocket. ISBN : 978-2-266-24934-8.

Robert (Jacques) « *Des êtres et des choses* ». Editions Panthéon-Assas, 2014, (Collection Essais). ISBN 979-10-90429-52-9. ISSN 2261-7825

Rossignol (J.L.). « *Génétique* ». 4^e édition, Masson, 1992. ISBN : 2-225-82569-6.

Roussin (André). « *Lorsque l'enfant paraît* ». Librairie Théatrale, 1980.

Siffrein-Blanc (Caroline), préface d'Emmanuel Putman. « *La Parenté en Droit Civil Français Etude critique* ». Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2009.

Tacheix (Thierry). « *L'essentiel de la macro-économie* ». 7^e édition, (Collection Les Carrés), Gualino Lextenso éditions, 2014.
ISBN : 978-2-297-03938-3. www.lextenso-editions.fr

Terré (François). « *L'Avenir du Droit* » : Mélanges en hommage à François Terré. Dalloz-Presses Universitaires de France, Editions du Juris-Classeur, 1999

Testart (Jacques). « *Faire des enfants demain* ». Edition du Seuil, 2014.
ISBN : 978-2-02-115702-4

Théry (Irène) Leroyer (Anne-Marie). Rapport sur « *Filiation Origines Parentalité Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* ». Editions Odile Jacob, 2014. ISBN : 978-2-7381-3177-5. www.odilejacob.fr

Valentin (Claude). « *La fabrique de l'enfant Des lumières et des ombres* », avant-propos du professeur Marcel Rufo. Les Editions du Cerf, Paris 2009.
ISBN : 9 782204 085212.

Vial (Géraldine). « *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille* », préface de Pierre Murat. (Nouvelle Bibliothèque de thèses), Dalloz, 2008. ISBN :978-2-247-07889-9.

Ouvrages étrangers

Almeling (Rene). « *Sex Cells : The Medical Market for Eggs and Sperm* ».

University of California Press, Berkeley, 2011. www.ucpress.edu

Cahn (Naomi R.). « *Test Tubes Families : why the Fertility Market Needs Legal Regulation* ». New York University Press, January, 2009. ISBN : 978-0-8147-1682-3.

Cahn (Naomi R.). « *The New Kinship Constructing Donor-Conceived Families* ». New York University Press, New York and London, January, 2013.

ISBN : 978-0-8147-7203-4.

Carson (Rachel). « *Printemps silencieux* » ; traduction de "Silent spring" par Jean-François Gravrand (Plon, 1963), révisée par Baptiste Lanaspèze ; introduction d'Al Gore. 4^e édition, Editions Wildproject, DL 2014, cop. 2009: (Collection Domaine sauvage). ISBN : 978-2-918-490-272.

Colborn (Theo), Dumanoski (Dianne), and Peterson Myers (John), foreword by Vice President Al Gore in « *Our Stolen Future, Are We Threatening Our Fertility, Intelligence, and Survival?- A Scientific Detective Story* ». A Plume Book, Science / Current Affairs www.penguin.com , 1997. ISBN : 978-0-452-27414-3.

Crockin (Susan L.), J.D. , and Howard W. (Jones), Jr. , M.D.

« *Legal Conceptions, The Evolving Law and Policy of Assisted Reproductive Technologies* ». The John Hopkins University Press, Baltimore, 2009.

ISBN 13 : 978- 0-8018-9388-9, ISBN 10 : 978- 8018-9388-7. www.press.jhu.edu

Diver (Alice). « *A Law of Blood –Ties – The Right to Access Genetic Ancestry* ». Editions Springer, 2014. ISBN : 978–3–319–01070–0

Golombok (Susanna Graham) “et al. “Regulating Reproductive Donation”.

Martin Richards, University of Cambridge. July 2012. ISBN : 9780521189934

Richards (Martin), Pennings (Guido) Appleby (John B.). « *Reproductive Donation Practice, Policy and Bioethics* ». Cambridge University Press, 2012. www.cambridge.org. ISBN : 978-0-521-18993-4.

Sauer (Mark V.). « *Principles of Oocyte and Embryo Donation* »

Editions Springer, Second Edition, 2013. ISBN 978–14471–2391–0, springer.com

Spar (Debora L.). « *The Baby Business : how money, science, and politics drive the commerce of conception* ». Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, (USA), 2006.).

Trimmings (Katarina) and Beaumont (Paul) (edited by). “*International surrogacy arrangements : legal regulation at the international level*”. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, (Studies in Private international Law). ISBN : 978-1-84946-280-8. www.hartpub.co.uk

Twine (France Windance) « *Outsourcing the Womb Race : class and gestational surrogacy in a global market* ». University of California, Santa Barbara, (USA). Routledge : Taylor & Francis Group, 2015, 2nd edition.

Van Rensselaer Potter. « *Bridge to the future* ». Editions Prentice-Hall Inc. 1971;

Zimmerman (Andrew W.), Connors (Susan L.). “*Maternal influences on Fetal Neurodevelopment Clinical and Research Aspects*”. Editions Springer, 2010.

ISBN : 978 – 1 -60327 – 920 – 8

Ouvrages collectifs, études ou articles sous la direction de :

Aïdan (Géraldine) et Debaets (Emilie) (sous la direction de) :

« *L’identité juridique de la personne humaine, Logiques Juridiques* ».

L’Harmattan, 2013. ISBN : 978-2-343-00513-3.

David (Georges), Henrion (Roger), Jouannet (Pierre) et Bergoignan-Esper (Claudine) (sous la direction de) : « *Rapport de l’Académie nationale de Médecine sur La gestation pour autrui* ». Médecine Sciences Publications Lavoisier, 2011.

ISBN : 9782257204493.

Becchi (Egle) et de Julia (Dominique) (sous la direction de) :

« *Histoire de l’enfance en occident de l’Antiquité au XVIIe siècle* »,

Tome 1, Egle Becchi, Franz Bierlaire, Jeroen J.H. Dekker, Eugenio Garin, Michael Goodich, Dominique Julia, Christiane Klapisch-zuber, Jacques Le brun, Michel Manson, Jean-Pierre Néraudau.

Editions du Seuil, 1998. ISBN : 2-02-066493-3. www. seuil. com et

Becchi (Egle) et de Julia (Dominique) (sous la direction de) :

« *Histoire de l’enfance en Occident du XVIIIe siècle à nos jours* »,

Tome 2, Jean-Pierre Bardet, Egle Becchi, Serge Chassagne, Carlo A. Corsini, Hans-Heino Ewers, Olivier faron, Dominique Julia, Jean-Noël Luc, Giovanni Scibilia, Monique Vial. Editions du Seuil, 1998. ISBN : 2-02-066492-5. www. seuil. com

Brunet (Laurence) (sous la direction de) :

« *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States* ».

Study 2013 pour le Parlement européen.

Feuillet-Liger (Brigitte) (sous la direction de) :

« *Procréation médicalement assistée et anonymat Panorama international* ».

Collection Droit, Bioéthique et Société, Editions Bruylant, 2008.

ISBN : 978-2-8027-2689-0. [www. ; be](http://www.bruylant.be)

Gallus (Nicole) (sous la direction de) :

« *Droit des familles, genre et sexualité* » : colloque organisé par le Centre de droit privé-Unité de Droit familial de l'Université libre de Bruxelles, Christophe Adam, Daniel Borrillo et collaborateurs. Editions L.G.D. J, Anthemis, 2012.

Gayon (Jean) Wunenburger (Jean-Jacques) (sous la direction de) ; préface de Pierre Legendre : « *Le Paradigme de la filiation* ». Editions l'Harmattan, 1995.

(Collection Conversciences). ISBN : 2-7384-3040-6.

Jouannet (Pierre) et Paley-Vincent (Catherine) (sous la direction de) :

« *L'Embryon, le fœtus, l'enfant : assistance médicale à la procréation (AMP) et lois de bioéthique : une réflexion transdisciplinaire médicale, juridique, éthique et patrimoniale* ». Institut du droit de la famille et du patrimoine, Editions ESKA, 2009.

ISBN : 978-2-7472-1494-0. <http://www.eska.fr>

Georges David (sous la direction de) ; et alii : « *La gestation pour autrui* ».

Académie nationale de médecine : Médecine Sciences Publications Lavoisier, 2011.

ISBN : 978-2-257-20449-3. ISSN : 1954-0019.

Jouët (Josiane) et Rieffel (Rémy) (sous la direction de) :

« *S'informer à l'ère numérique* ». Presses Universitaires de Rennes (PUR) :

Réseau des Universités Ouest Atlantique, 2013. ISBN : 978-2-7535-2858-1.

www.pur-editions.fr

Khaïat (Lucette) et Marchal (Cécile) (sous la direction de) :

« *La maîtrise de la vie : les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit* ». Editions Erès, 2012. www.editions-eres.com.

Leben (Charles) et Verhoeven (Joe) (sous la direction de) : « *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire* ». Editions Panthéon Assas, 2002. (Collection Droit international et relations internationales). ISBN : 2-913397-21-2.

Leborgne (Anne), de Putman (Emmanuel) et d'Egea (Vincent) (sous la direction de) : « *La Convention de New-York sur les droits de l'Enfant* ». Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, équipe de Pierre Kayser, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2012.

Lequette (Yves) et Mazeaud (Denis) (sous la direction de) :

« *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe* ».

Editions Panthéon-Assas, 2014. ISBN : 979-10-90429-40-6.

Marais (Astrid) (sous la direction de) : « *La procréation pour tous ?* ».

(Collection Thèmes et commentaires. Actes), Paris : Dalloz, 2015. ISBN : 978-2-247-15242-1.

Mergnac (Marie-Odile) (sous la direction de) : « *Bébés d'hier* ».

Editions Archives & Culture, 2004. (Collection Vie d'autrefois). ISBN : 2-911665-81-3

Mirkovic (Aude) (sous la direction de) :

« *Le don de gamètes* ». Actes du colloque organisé par le Centre Léon Duguit de l'Université d'Evry le 13 décembre 2012 et actualisés au 1^{er} février 2014.

Bruxelles : Editions Bruylant, 2014. (Collection Droit, Bioéthique et Société).
www.bruylant.be ; www.stradalex.com. ISBN : 978-2-8027-4386-6.

Murat (Pierre) (sous la direction de) : « *Droit de la famille* », 6^e Edition, Dalloz, 2013. (Collection Dalloz Action). ISBN : 978-2-247-11476-4, www.editions-dalloz.fr

Gold (Francis), Choutet (Patrick) et Burfin (Emmanuelle) (coordination) : « *Repères et situations éthiques en médecine* ». Ellipses, 1996. (Collection Sciences humaines en médecine). ISBN : 2-7298-4673-5.

Centre français de droit comparé :

« *Homoparentalité : approche comparative* » : [table ronde, Paris, 17 novembre 2011] / [organisée par le Centre français de droit comparé] ; [textes réunis par Emmanuelle Bouvier de Rubia et Aliette Voinnesson]. Société de législation comparée, 2012. (Collection Colloques, volume 8). ISBN : 978-2-36517-010-9.

La Documentation française

Collection Problèmes politiques et sociaux

Bougrab (Jeannette), Deschavanne (Eric), Thompson (Caroline), préface de Férry (Luc) « *L'homoparentalité, Réflexion sur le mariage et l'adoption* ».

Conseil d'analyse de la société, Note N°6-Février 2007, La Documentation française.

Corpart (Isabelle) « *Filiations : nouveaux enjeux* ».

N° 914. Juillet 2005, La Documentation française.

Neirinck (Claire) « *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit* ».

N° 961. Juin 2009, La Documentation française.

« *Regards sur l'actualité : Lois de bioéthique : réexamen, enjeux et débats* ».

N° 356 Décembre 2009, La Documentation Française.

« *Les études du Conseil d'Etat : La révision des lois de bioéthique* ».

La Documentation française, 2009. ISBN : 978-2-11007712-7.

Collection Etudes et recherches

Borillo (Daniel) Formond (Thomas). « *Homosexualité et discrimination en droit privé* ». La Documentation française, 2007. ISBN 978-2-11-006848-4.

Collection Questions internationales

« *L'espace : un enjeu terrestre* », N° 67 Mai-juin 2014. La Documentation française.

Recueil LEBON : Recueil des décisions du Conseil d'Etat

N° 6 / 2012, N° 3-4 / 2014, publié sous le haut patronage du Conseil d'Etat,

Collection Lebon, Panhard, Chalvon-Demersay, Dalloz.

Presse Universitaire Française (PUF)

Damon (Julien). « *Les familles recomposées* ». PUF, 2012. (Que sais-je ? ; 3937),
www.quesais-je.com

France. Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé : « *La Bioéthique, pour quoi faire ?* » / par les membres du CCNE pour le 30^e anniversaire du CCNE (1983-2013). PUF, 2013. ISBN : 978-2-13-0611906-

Bertrand (André) et Piette-Coudol (Thierry). « *Internet et le droit* ». 2^{ème} édition. PUF, 2000. (Que sais-je ? ; 3504).

Chaumont (Charles) et Lafay (Frédérique). « *L'ONU* ». 16^{ème} édition. PUF, 2000. (Que sais-je ? ; 748).

Dufour (Arnaud). « *Internet* ». 11^{ème} édition. PUF, 2012. (Que sais-je ? ; 3073).

Dictionnaires

« *Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse* » (**GDEL**), tomes 1 à 10. Librairie Larousse, 1982-1985.

Académie nationale de pharmacie (France). « *Dictionnaire des Sciences Pharmaceutiques & Biologiques* ». Deuxième édition revue et corrigée. Editions Louis Pariente, 2001. [Dernière édition imprimée].

Académie nationale de pharmacie (France). « Dictionnaire des Sciences Pharmaceutiques & Biologiques ». Nouvelle édition en ligne. Académie nationale de pharmacie, 2015-.... Mise à jour en continu : <http://dictionnaire.acadpharm.org>.

Bailly (Anatole). « *Dictionnaire Grec Français* » ; rédigé avec le concours de E. Egger. Edition revue par L. Séchan et P. Chantraine. Librairie Hachette, 1981, cop. 1950.

Gaffiot (Félix). « *Dictionnaire illustré Latin Français* ». Librairie Hachette, 1980, cop. 1934.

« *Dictionnaire Anglais-Français = Harrap's unabridged dictionary, English-French* ». 2nd édition, 2007.

Lecourt (Dominique) (sous la direction de) : « *Dictionnaire de la pensée médicale* ». Presses Universitaires de France, 2004.

Bruno (Alain) et Elleboode (Christian) (sous la direction de) : « *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales* ». 3^e édition. Edition Ellipses, 2014.

« *Dictionnaire illustré des termes de médecine Garnier-Delamare* »
/ par Marcel Garnier, Valéry Delamare, Jean Delamare, Thérèse Delamare.
31^{ème} édition. Editions Maloine, 2012. ISBN : 978-2-224-03257-9.

Roland (Henri) : « *Lexique juridique des expressions latines* ». 6^e édition. LexisNexis, 2014. ISBN : 9782711020935.

Daumesnil (Elisabeth) : « *Les 100 citations et locutions pour ne pas perdre son latin* ». Le Figaro littéraire, août 2015. ISBN : 978-2-8105-0738-2.

« *Encyclopaedia Universalis* », *Corpus*, 12. Paris, Encyclopaedia Universalis, 2002.

Encyclopédie en ligne : « *Wikipedia* ».

Article Risque : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Risque>.

Bible : Nouveau Testament, TOB (Traduction Œcuménique Biblique),
Les Editions du Cerf-Société Biblique Française.

Aide-mémoire :

Borrillo (Daniel). « *Bioéthique* ». Editions Dalloz, 2011. ISBN 978-247-08936-9.

Conseil de l'Europe : « *La Convention européenne des droits de l'Homme* ». Texte intégral de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales à jour des protocoles additionnels en vigueur au 25 avril 2012. Nouvelle édition présentée par Franck Moderne. Editions Dalloz, 2012.

Royal (Ségolène). « *Les droits des enfants* ». Editions Dalloz, 2007.
ISBN : 978-2-247-07259.

Codes :

Code civil, Code de l'environnement, Code pénal, Code de la santé publique.

Romans :

Gans (Valérie). « *L'enfant des nuages* ». Editions Payot, 2009. www.payot-rivages.fr. ISBN : 978-2-228-90416-2.

Gans (Valérie). « *Des Fleurs et des Epines* ». Première édition mars 2015, Editions Jean-Claude Lattès. ISBN : 978-267096-4587-4.

Kermalvezen (Audrey). « *Mes origines : une affaire d'Etat* », préface du professeur Israël Nisand. (Collection Essais-Documents). Editions Max Milo, 2014.
www.maxmilo.com, ISBN : 978-2-31500-507-9.

Levine (Sarah), Melton (Aimée). « *Lorsqu'on n'a que l'amour...* » ; traduit de l'anglais (américain) par Laurence Decréau. Flammarion, 2015. ISBN : 978-2-0813-4838-7.

Salomone (Jeanine). « *Je l'ai tant voulu : maman à 62 ans* ». Edition JC Lattès, 2002. ISBN : 2-7096-2340-4.

Séguir (Comtesse, de), née Rostopchine. « *Un bon petit diable* ». Hachette, 1865.
www.bibliotheque-rose.com ISBN : 978-2-01-201213-4.

Mémoires

Camuzet (Emilie). « *La convention de gestation pour autrui : une illégalité française injustifiée* » sous la direction du professeur Xavier Labbée.

Université de Lille 2, Faculté des sciences juridiques, politiques et économiques et de gestion : Droit et Santé. Ecole Doctorale n° 74. Année universitaire 2005-2006.

Mémoire en ligne

Kubiak (Sylwia). « *Les aspects juridiques de la gestation pour autrui en droit comparé : international, européen, Pologne, France et Grande-Bretagne* » ; sous la direction de M. le Docteur Pierre-Henri Brechat.

Université Paris 8, Vincennes-Saint-Denis U.F.R. Droit-Science-Politique, Master 2, Droit de la Santé, Année universitaire 2008/2009. Mémoire en ligne.

Thèses d'exercice

Thèses pour l'obtention du Diplôme d'Etat de Docteur en Pharmacie.

Université Paris Descartes, Faculté des Sciences Pharmaceutiques et Biologiques.

Discipline : Bioéthique.

Thème : Assistance Médicale à la procréation

Simonet, Françoise. « *L'Assistance Médicale à la Procréation* ».

Université Paris Descartes. 21 mars 1995.

Cohen-Guez, Carole.

« *Considérations bioéthiques sur les grossesses multiples : la réduction embryonnaire* ». Université Paris Descartes. 28 juin 1996.

Eekman, Anne-Sophie.

« *Filiation en cas de Procréation Médicalement Assistée* ».

Université Paris Descartes. 3 juillet 1997.

Journo, Philippe.

« *L'Assistance Médicale à la Procréation : science, éthique et droit* ».

Université Paris Descartes. 22 octobre 1997.

Hudry, Isabelle.

« *Assistance Médicale à la Procréation : évolution et législation. Le cas particulier de l'Injection Intra Cytoplasmique d'un Spermatozoïde : quelques problèmes éthiques* ». Université Paris Descartes. 4 mars 1998.

Thème : Diagnostic prénatal et diagnostic préimplantatoire

Sedrati, Myriam. « *Le Diagnostic Prénatal* ».

Université Paris Descartes. 14 mars 1995.

Païs-Becher, Carole. « *Le Diagnostic Préimplantatoire* ».

Université Paris Descartes. 17 juin 1996.

Thème : le génome

Jarrige, Catherine. « *Le décryptage du génome humain* ».

Université Paris Descartes, 1998.

Guéry, Christel. « *Génome humain et Bioéthique* ».

Université Paris Descartes. 4 septembre 2003.

Thème : rapports entre la Bioéthique et les Droits de l'Homme

Rondier, Véronique. « *Le Consentement* ».

Université Paris Descartes. 15 mai 1997.

Wibaux, Marie-Laure. « *Le Secret Professionnel* ».

Université Paris Descartes. 23 novembre 1998.

Barjolle, Cécile, épouse Estival.

« *L'interruption Volontaire de la Grossesse : De la Dépenalisation à la Prévention* ».

Université Paris Descartes. 9 juin 1999.

Thème : Vulnérables : Enfants

Castro, Nathalie. « *De la Protection de l'Enfance en Danger* ».

Université Paris Descartes. 15 février 1999.

Thème : Santé publique en Milieu Pénitentiaire

Benneteau-Desgrois, épouse Marceau, Marie-Sophie.

« *Toxicomanie : Aspects Réglementaires*

Problèmes posés à la femme enceinte en milieu hospitalier et en milieu pénitentiaire ». Université Paris Descartes. Vendredi 6 février 1998.

Dike, Valérie.

« *Prise en charge par l'administration pénitentiaire d'une femme détenue enceinte* ».

Université Paris Descartes. 2001.

Thèse pour l'obtention du Diplôme d'Etat de Docteur en Médecine.

Bujan, Louis. « *Contribution à l'épidémiologie de la fertilité masculine : étude rétrospective d'une population d'hommes inféconds* ».

Université Toulouse III-Paul Sabatier. 1985.

Auditions

Audition de feu **Dominique Baudis,** Défenseur des droits :

« *Sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* »

Commission des lois de l'Assemblée nationale

Jeudi 13 décembre 2012

Audition de **Dean Spielmann,** Président de la Cour européenne des droits de l'homme devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, Paris 17 juin 2015

Colloques

Institut international des droits de l'enfant (IDE) (ONU) :

« *Enfan'phare 2009* » « *Célébration du 20^{ème} anniversaire de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant* », « *20 ans de la Convention des droits de l'enfant* », 20-21 novembre 2009, Centre d'Expositions et de Réunions (CERM), Martigny, Suisse.

Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université

Lille II : « *Les filiations par greffe Adoption et Procréation Médicalement Assistée* ».

Avant-propos de Françoise Dekeuwer-Défossez,

Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé Université de Lille II, L. G. D. J. 1996, ISBN : 2-275-01594-9,

Colloque du GDRI (Groupements de Recherche Internationale) :

« *Socio-anthropologie des Judaïsmes* »

« *Genre, familles, et transmission en contexte juif contemporain* »

« *Gender, Families, and Transmission in Contemporary Jewish Context* »

The Van Leer Jerusalem, Israël, 2-3-4 juin 2015 et l'Institut & Centre de Recherche Français. Actualités de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS)

<http://actualites.ehess.fr/nouvelle6691.html>

<http://actualites.ehess.fr>

Congrès, forum

XVIIIe Congrès international de droit comparé sur la gestation pour autrui

« *Surrogate motherhood* », Washington D.C., 25-31 juillet 2010.

VIIe journée d'étude francophone (07 ; 1993 ; Paris) sous le parrainage du

professeur J.G. Juif ; Association Médicale Bahá'íe : « *Relation Mère-Enfant* ».

Editions l'Harmattan, 1999.

Ecole Européenne d'Eté de Droit de la Santé et Ethique Biomédicale, Conférence Internationale, VIIIe Forum des Jeunes Chercheurs : « *Aspects Légaux et*

Ethiques du Commencement de la Vie » sous la coordination d'Anne-Marie Duguet, Bordeaux, Editions Les Etudes Hospitalières (LEH), 2015. ISBN : 978-2-84874-587-9

Séances et séminaires

Collège des Bernardins

« *Histoire de l'évolution terminologique du mot « filiation »* ».

Séance du 18 décembre 2012, Professeur Anne-Marie Leroyer.

« *Les conditions contemporaines de la filiation et de l'affiliation* »

« *Le séminaire a débuté par l'intervention d'Anne-Marie Leroyer qui est revenue aux origines du terme filiation* ».

Responsables du séminaire : Monsieur Jacques Arènes, psychologue, psychanalyste, Maître de conférences à l'Institut catholique de Lille et le Père Richard Escudier, Vicaire épiscopal du diocèse de Paris pour l'oecuménisme..

Collège des Bernardins, 16 octobre 2013, 75005 Paris.

Périodiques

Articles :

Selon notre méthode dichotomique que nous avons pratiquée pour notre thèse, nous séparerons d'une part les articles relatifs à la biologie de la reproduction et d'autre part ceux relatifs au droit.

Articles relatifs à la biologie de la reproduction :

Les articles sont référencés par noms d'**auteurs**.

Akker (Olga B. A., van den). "*Psychosocial aspects of surrogate motherhood*".

Human Reproduction Update, 2007, vol. 13, N° 1, pp.53-62

Amber Osborne-Majnik, PhD , Qi Fu, MD and Robert H. Lane, MD, MS, "*Epigenetic mechanisms in Fetal Origins of Health and Disease*".

Clinical Obstetrics and Gynecology, volume 56 / Number 3 / September 2013, p. 622-632, www.clinicalobgyn.com

Annamalai (Jayshree), Namasivayam (Vasudevan) : "*Endocrine disrupting chemicals in the atmosphere : Their effects on humans and wildlife*".

Environment International 76 (2015) 78-97, <http://dx.doi.org/10.1016/j.envint.2014.12.006>

Antoine (J. M.) : "*Assistance Médicale à la Procréation post-mortem* »

« *Posthumous assisted reproductive technologies* ». Gynécologie Obstétrique Fertilité, 1297-9589, août 2012-vol. 40- Numéro spécial, p 20 à 23, Elsevier Masson
www.sciencedirect.com, www.em-consulte.com

Barouki (Robert) : « *Vulnérabilité fœtale et toxicité personnalisée Fetal vulnerability and personalized toxicology* ».

Revue de Médecine de la Reproduction, Gynécologie Endocrinologie 2013 ; 15 (1) : 106-10

Belaïsch-Allart (Joëlle). "Assistance Médicale à la Procréation : bilan et perspectives". L'Internat de Paris, septembre 2014, n°77, pages 23 à 25.

Besnier (Jean-Michel) : « *Ce que cache le désir d'immortalité* ». L'œil du philosophe La Recherche N°504 – octobre 2015, 87

Brindsen (Peter R.). « *Gestational surrogacy* ». Human Reproduction Update, 2003, Vol. N° 9, pp 483-491.

Bujan (L.), Le Lannou (D.), Kunstmann (J. M.). « *Anonymat du don de gamètes* ». Gynécologie Obstétrique Fertilité, 1297-9589, août 2012-Vol 40-Numéro spécial, p.8 à 15, Elsevier Masson, , SciVerse ScienceDirect, [www.em-consulte](http://www.em-consulte.com). Com

Bujan (Louis). "Menaces chimiques sur la reproduction masculine, *Chemical risks for male reproduction* ». mt Médecine de la Reproduction, Gynécologie Endocrinologie 2013 ; 15 (1) : 64-77.

Brunet (Laurence) : « *Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité* ». Andrologie, 2010, vol. 20, Issue I, pages 92 à 102.

Challier (Jean-Claude). « *Quel avenir pour l'ectogenèse et la transplantation d'utérus ? Future of artificial womb and uterine graft* ». mt Médecine de la Reproduction, Gynécologie Endocrinologie 2013; 15 (1) : 39-47.

Chowdhury (Shimul) et coll. « *Maternal DNA Hypomethylation and Congenital Hearth Defects* ». Birth Defects Research (Part A) : clinical and Molecular Teratology 91 : 69-76 (2011), copyright 2011 Wiley-Liss, Inc.°

Dadoune (Jean-Pierre). "Cellules souches et gamètes *Stem cells gametes* ». Mt Médecine de la Reproduction Gynécologie Endocrinologie 2013 ; 15 (1) : 4-16

David (D), Soulé (M), Mayaux (MJ), Guimard-moscato (ML), Czyglik (F), Levy (A), Cahen (F), Bissery (J), Noel (J), Schwartz (D) :
 " *Donor artificial insemination. Psychological survey of 830 couples*".
 J Gynecol Obstet Biol Reprod (Paris) 1988; 17 (1) : 67-74
[http : //www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3351207](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3351207)

Davies Michael J. More Vivienne M. et coll. :
 " *Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects*".
 N. Engl. J. Med. 2012, 366, 19, 1803-1813.

Decanter (Christine) : « *Grossesse et fertilité* ». Le Quotidien du Médecin, lundi 23 juin 2014, n°9337, 8, [www. lequotidiendumedecin. fr](http://www.lequotidiendumedecin.fr)

Delaporte (François) et **Delaporte** (Cécilia). « Fécondation artificielle ». Dictionnaire de la Pensée Médicale, pages 481 à 488, Presses Universitaires de France

Duffy (Deirdre A.) et coll. : « *Obstetrical complications in gestational carrier pregnancies* ». Fertility and Sterility, March 2005, Vol. 83, N° 3, p. 749 à 754.

Empereire (Jean-Claude). « *Propriétés et intérêt clinique des isoformes de la FSH FSH isoforms : Properties and clinical significance* ». mt Médecine de la Reproduction, Gynécologie Endocrinologie 2011 ; 13(1) : 49-60.

Gautier (T.) **Piver** (P.) **Aubard** (Y). « *Transplantation utérine : la vraie révolution médicale de l'année 2014 ? Uterus transplantation, the medical revolution in 2014 ?* La lettre du gynécologue n°393, novembre-décembre 2014.

Gautier (Tristan) : « *La greffe utérine Vers un essai clinique en France* ». Le Quotidien du Médecin, Médecine & Santé publique, lundi 8 juin 2015 – n° 9418, page 4.

Giraud (Anne-Sophie) : « *L'embryon humain en AMP, éléments pour une approche relationnelle* ». EFG Revue Internationale Enfances Familles Générations, 2014, N°21, p. 48-69 efg.inrs.ca

Grynberg M. : « *Préservation de la fertilité et cancer du sein* ». Gynécologie & Obstétrique pratique, N° 275, Mai 2015, pages 1 à 4, www.gynecologie-pratique.com

Guivarc'h-Levêque (A) : « *Déclenchement de l'ovulation par les agonistes GnRH* ». Gynécologie & Obstétrique Pratique, N°278, octobre 2015, pages 3 et 4.

Hamamah (Samir). « *La grossesse à trois génomes Un enfant, trois parents* ». Le Quotidien du Médecin, Médecine & Santé publique, lundi 8 juin 2015 – n° 9418, page 4

Henrion (Roger). « *Assistance médicale à la procréation en prison* ». Rapport 12-10. Au nom du groupe de travail au sein des Commissions X et XVII (Reproduction et développement –Ethique et droit). Bull. Acad. Natle Méd., 2012, 196, n°7, 1397-1421, séance du 23 octobre 2012.

Henrion (Roger). « *La gestation pour autrui pour les personnes de même sexe Le débat doit être serein* ». Académie nationale de médecine, La Revue du Praticien, Tribune, vol. 64, Décembre 2014, page 1 340 à 1 341.

Koel (Muriel). « *Stress Comment il modifie notre cerveau* ».

Kumar (Sunil) and Mishra (Vineet V). “Review : Toxicants in reproductive fluid and in vitro fertilization (IVF) outcome”.

Toxicology and Industrial Health, 26 (8) 503-511.

Lecompte (Emilie). « L’avenir du chromosome Y
Human sex chromosomes evolution : is the Y disappearing ? ».

mt Médecine de la Reproduction, Gynécologie Endocrinologie 2013; 15 (1) : 78-86.

Le Coz (Pierre) : « Faut-il rémunérer le don d’ovocytes ?
« La gratuité protège les femmes les plus précaires ».

La Recherche, idées, Juin 2015, N° 500, pages 86-87

Leroux (Maurice). « La grossesse pour autrui, la CEDH et la France ».

L’internat de Paris, Septembre 2015, n° 81, p. 9 à 13.

Leuillet Patrick. « Homoparentalité L’avenir psychoaffectif et la sexualité des enfants élevés » « hors normes ». Huitièmes Assises françaises de Sexologie et de Santé sexuelle, Congrès hebdo, Le Quotidien du Médecin, lundi 18 mai 2015 – n° 9412, page 12

Martin-Boyce (A), David (G), Schwartz (D). “Genitourinary infection, smoking and alcohol in the male”. Rev Epidemiol Sante publique 1977 Sep 23; 25 (3) : 209 -16
[http : //www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/618022](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/618022)

McGraw (Serge), Habib (A), Shojaei (Saadi), and Robert (Claude).

“Meeting the methodological challenges in molecular mapping of the embryonic epigenome”. Molecular Human Reproduction, 2013 Vol. 19, N°12, p. 809-827

Merviel (Philippe) et coll. “Préservation de la fertilité pour raisons médicales”
Revue de l’internat de Paris, n°77, pages 34 à 36

Merviel (Philippe). « Protocoles en cas de mauvaise réponse ».

D’après la communication de P. Merviel.

Gynécologie obstétrique & fertilité, 35 (2007) 6 – 8, Elsevier Masson,
[www. sciencedirect.com](http://www.sciencedirect.com) <http://france.elsevier.com/direct/GIOBFE/>

A . A. **Miliki** 1, 4, M. D. Hinkley 1, F. C. Grumet 2 and U. Chitkara 3, in

“Concurrent IVF and spontaneous conception resulting in a quadruplet pregnancy”,

“Author Affiliations : 1 Department of Gynecology and Obstetrics, 2 Department of Pathology and 3 Department of Gynecology and Obstetrics, Stanford University, Stanford, CA 94305 USA

Hum. Reprod. (2001) 16 (11) : 2324-2326. doi : 10. 1093 / humrep/ 16. 11. 2324

[http : // humrep. oxfordjournals. org / content / 16 / 11 / 2324. long](http://humrep.oxfordjournals.org/content/16/11/2324.long)

Nelissen (Ewka C.M.) and coll. “*Epigenetics and the placenta*”.
Human Reproduction Update, 2011, vol. 17, N° 3, p. 397-417.

Nisand (Israël). « *IVG* » : “*Nous ne voulons plus d’un monde considérant les femmes irresponsables*”, entretien avec le docteur Brigitte Martin, Le Quotidien du Médecin, Médecine & Santé publique, lundi 8 juin 2015 – n° 9418, page 4.

Noualhat (Laure). « *Qui sera l’enfant de demain ? Qui seront ses parents ? Depuis 1978, les limites économiques et technologiques ont été sans cesse repoussées. La législation, quant à elle, reste très frileuse. Enquête* ».
Terra eco, juin 2015, pages 41-49.

Pasquier (M.), Massin (N.) : “*Implantation : comment améliorer la réceptivité utérine? Le point de vue du clinicien* ». Unité d’AMP, Centre hospitalier intercommunal, Créteil, Gynécologie Obstétrique, jeudi 30/04/2015.

Pellicier (Antonio) : « *Faut-il rémunérer le don d’ovocytes ?*
« *Le dédommagement ne suffit pas, il faut aussi garantir l’anonymat* ». La Recherche, idées, Juin 2015, N° 500, pages 86-87

Poirot (Catherine) Prades (Marie) : « *Futurs itinéraires d’un ovaire congelé*
Future routes of a frozen ovary ». *Journal de Médecine de la Reproduction, Gynécologie Endocrinologie* 2013 ; 15(1) : 17-22.

Puping Liang & altri « *CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes*”. *Protein & Cell, Research Article, Protein Cell*
DOI 10. 1007/s 13238-0153-5

Reilly (Dan R.). “*Surrogate pregnancy : a guide for Canadian prenatal health-care providers*”. *CMAJ* February 13, 200,. 176 (4) 483

Rosenblatt (J.). « *Quel avenir pour le diagnostic prénatal ?* »
Réalités en Gynécologie-Obstétrique, février 2015, 175, pages 28 à 32.

Ruocco (Maria Grazia), Chaouat (Gérard), Florez (Laura), Bensussan (Armand) and Klatzmann (David). « *Regulatory T-cells in pregnancy : historical perspective, state of the art, and burning questions*”.
frontiers in Immunology, August 2014/ Volume 5 / Article 389, p. 1 à 10

Schwartz (D). “*The concept of fecundability in the etiologic, diagnostic and therapeutic approach to infertility*”.
J GynecolObstet Biol Reprod (Paris) 1980; 9 (6) : 607-12
<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/7462565>

Serafini (Paulo). « *Outcome and follow-up of children born after IVF-surrogacy* ».

Human Reproduction Update, 2001, Vol. 7, N° 1, p. 23-27

Spira (A), Mayaux (MJ), **Schwartz (D)**, Jouannet (P), Czyglick (F), David (G).

“*Methodological approach of a retrospective on 484 fertile and 2768 infertile men*”.

Rev Epidemiol Sante Publique 1980 Apr 30; 28 (1) : 13-20

<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/7465908>

Sureau (Claude). “*D’une loi, à l’autre* » « *In law, the other* ».

Gynécologie Obstétrique Fertilité, 1297_9589 Août 2012, Vol. 40, Numéro Spécial, p.1, Elsevier Masson.

Théry (Irène). « *En France, une seule mère est acceptée, celle qui accouche* ».

(propos recueillis par Laure Noualhat). Terra eco, juin 2015, pages 50-53.

Vana (Liliane) : « *Les lois noahides* ».

http : www.cairn.info/revue-pardes-2012-2-page-211.htm

Warning (J C°), MacCracken (S A) and Morris (JM).

« *A balancing act : mechanism by which the fetus avoids rejection by the maternal immune system*”. Reproduction, (2011) 141 715-724.

Zegers-Hochschild (F.) and coll. “*The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organisation (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009*”.

Human Reproduction, 2009 vol. 24, N° 11, p. 2683-2687

Articles relatifs à la biologie de la reproduction en ligne “online” :

Articles de Reproductive Biomedecine Online sur le site général d’**Elsevier** :

www. sciencedirect.com et, particulièrement,

sur le site : www. rbmonline. com

Les articles sont donnés par ordre chronologique.

Maria-Elena **Torres-Padilla** : « *Generating different epigenotypes* »

Reproductive Biomedecine Online (2013) 27, 624-628

www. rbmonline. com

Michelle **M Denomme**, Melissa RW Mann : “*Maternal control of genomic imprint maintenance*”

Reproductive Biomedecine Online (2013) 27, 629-636

www. rbmonline. com

Nisha **Padmanabhan**, Erica D Watson : « *Lessons from the one-carbon metabolism : passing it along to the next generation*”

Reproductive Biomecine Online (2013) 27, 637-643

www.rbmonline.com

Daniel **R Brison**, Stephen A Roberts, Susan J Kimber : « *How should we assess the safety of IVF technologies?* »

Reproductive Biomecine Online (2013) 27, 710-721

www.rbmonline.com

Susan **L Crockin** : « *Growing families in a shrinking world : legal and ethical challenges in cross-border surrogacy* »

Reproductive Biomedecine Online (2013) 27, 733-741

www.rbmonline.com

Willem **Ombelet** : « *Is global access to infertility care realistic ? The Walking Egg Project* »

Reproductive Biomedecine Online (2014) 28, 267-272

www.rbmonline.com

Sur le site : **Google Search** :

« *Cellules souches embryonnaires (ES) humaines* »

https://www.google.fr/search?q=cellules+souches+embryonnaires&ie=utf-8&gws_rd=cr&ei=XoQaVd2ZlIgap3oCYBg

« *Cellules souches du cordon ombilical* »

<https://www.google.fr/search?h10=fr&oe=UTF-8&ie=UTF-8&doma...>

« *Human iPS Cell-Derived Cardiomyocytes* »

<http://www.axiogenesis.com/products/human-cardiomyocytes.html?>

Site du **Figaro** :

« *Pourquoi conserver le sang du cordon ombilical du bébé?* », Delphine Chayet

<http://sante.lefigaro.fr/actualite/2011/01/30/10707-pourquoi-conserv...>

« *Faut-il conserver le sang de cordon ombilical en prévision d'une maladie dégénérative ?* » Luc Douai

<http://www.lefigaro.fr/sante/2010/05/16/011004-20100516ARTFIG00240-faut-il-conserver-le-san...>

Articles relatifs au droit

Les articles sont référencés par **périodiques** en fonction de l'ordre alphabétique et chronologique dans chaque revue.

Revue *Droit de la famille* : N° 1 – janvier 2013 : Couple – Enfant – Patrimoine

Neirinck (Claire) : « *Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ?* ».

Droit de la famille, janvier 2013, N° 1, dossier n° 2, pages 10 à 12, LexisNexis

Paricard (Sophie) : « *Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé* ».

Droit de la famille, janvier 2013, N° 1, dossier n° 8, pages 28 à 31, LexisNexis

Neirinck (Claire) : « *La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi* ».

Droit de la famille, mars 2013, N° 3, comm. 42, LexisNexis

Revue *AJ Famille, Actualité Juridique Famille*

Chénéde (François) : Filiation

« *Non-reconnaissance des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : après la mère, le père ; après l'ordre public, la fraude* ».

AJ Famille, Actualité Juridique Famille, octobre 2013, n° 10, pages 579 à 582, Dalloz

Dionisi-Peyrusse (Amélie) :

Actualités de la Bioéthique : « *Refus de l'Adoption d'un Enfant conçu par PMA* ».

AJ Famille, Actualité Juridique Famille, mai 2014, n° 5, p. 267, Dalloz

Dionisi-Peyrusse (Amélie) : Actualités de la bioéthique : « *GPA* » « *PMA et GPA* »

AJ Famille Juillet-Août 2015, pages 364 et 365.

Granet-Lambrechts (Frédérique) :

« *Etat civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui*

Panorama du droit positif dans quelques Etats européens ».

AJ Famille, Actualité Juridique Famille, mai 2014, n°5, pages 300 à 305, Dalloz

Mécary (Caroline) : « *Adoption plénière de l'enfant du conjoint au sein d'un couple de femmes* ». AJ Famille, Actualité Juridique Famille, juin 2014, n° 6, pages 368 à 369, Dalloz

Salvage-Gerest (Pascale) : « *L'intérêt de l'enfant né « sous X » fait échec au droit de son père de contester son admission en qualité de pupille de l'Etat* ».

AJ Famille, décembre 2014, n° 12, p. 693 à 694

Recueil Dalloz

Avout (Louis, d') : « *La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexion d'actualité* ». Recueil Dalloz, 6 septembre 2012, n° 30 / 7523^e, p. 1973 à 1974

Bollée (Sylvain) : « *Gestation pour autrui : la voie du compromis* ».

Recueil Dalloz Editorial - 16 juillet 2015 - n° 26

Chénéde (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* ». Recueil Dalloz – 4 juin 2015 – n°20, pages 1172 à 1177).

Fulchiron (Hugues) et Bidaud-Garon (Christine) :

« *A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse* ». Recueil Dalloz, 17 octobre 2013, n° 35 / 7572^e, pages 2349 à 2357

Millet (Florence) : « *La voie d'une homoparentalité bien ordonnée : retour aux fondamentaux de la filiation* ».

Recueil Dalloz- n°30 / 7523^e, pages 1975 à 1979.

RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil Dalloz

Granet-Lambrechts (Frédérique) : « *Contestations tardives : le temps en droit de la filiation* ». RTDCiv. Avril-juin 2015, pages 367 à 368.

Hauser (Jean) : « *Etat civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli !* ». RTDCiv. Juillet-septembre 2014, pages à 618.

Hauser (Jean) : « *Etat civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez y a rien à voir !* ». RTDCiv. – 3 – juillet-septembre 2015, pages 581 à 583.

Marguénaud (Jean-Pierre) : « *La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui* ».

RTDCiv. Octobre – décembre 2014, pages 835 à 839.

Recueil Lebon : Recueil des décisions du Conseil d'Etat,

Collection Lebon, Panhard, Chalvon-Demersay,

Publié sous le haut patronage du Conseil d'Etat

Recueil Lebon N° 6 /12 –Tables 2011

Recueil Lebon N° 3-4 /2014

Gazette du Palais (G. Pal.) :

Domingo (Marc) : « *Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à une vie de famille* ».

Gazette du Palais, n° 131 – 132- 11 – 12 mai 2011, Jurisprudence, p. 13 à 22, Edition spécialisée, Lextenso Editions

Actualités du droit Lamy – 2013,

<http://actualitesdudroit.lamy.fr>:

Marraud des Grottes (Gaëlle) : « *Mère porteuse : la légalisation de la fraude à la loi* ». 30/01/2013,

<http://actualitesdudroit.lamy.fr/Default.aspx?TabId=88&articleTyp>

Revue Française de Droit Administratif : r f d a

Bioy (Xavier) : « *La loi et la bioéthique* ».

r f d a, septembre - octobre 2013, N° 5, p. 970 à 978, Dalloz

Canedo-Paris (Marguerite) : « *Des nouvelles du principe de précaution* ».

« *A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Assemblée, 12 avril 2013,*

Association coordination interrégionale Stop THT et autres, n° 342409 ».

r f d a, septembre – octobre 2013, N°5, p. 1061 à 1081, Dalloz

Crépey (Edouard) : « *Anonymat du donneur et respect de la vie privée* »

r f d a, septembre – octobre 2013, N° 5, p. 1051 à 1058, Dalloz

Delvolvé (Pierre) : « *La loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe et le droit public* ». r f d a, septembre – octobre 2013, N° 5, p. 923 à 926, Dalloz

Glenard (Guillaume) : « *Les vingt ans de l'arrêt*

Commune de Morsang-sur-Orge

A propos de la dignité de la personne humaine ».

Colloque organisé le 27 mai 2015 par Thibault Leleu, maître de conférences à l'Université d'Artois, membre du Centre droit, éthique et procédures.

Rfda, septembre-octobre 2015, p. 869 à 875

Zadig (Jean-Jacques) : « *La loi et la liberté de conscience* ».

r f d a, septembre – octobre 2013, N° 5, p. 957 à 969

Revue Générale du Droit : RGD

Doucet (Myriam) : « *La France contrainte de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant issu d'une GPA* ».

<http://www.revuegeneraledudroit.eu:blog/2014/09/15/la-france-cont...>

Revue Juridique Personnes et Famille :

Le Boursicot (Marie-Christine) : « *La légalisation de la GPA ne résout pas tous les problèmes posés par ces familles d'un nouveau type* ».

Revue Juridique Personnes et Famille, mai 2014, numéro 5, pages 17 à 19, Lamy

Corpart (Isabelle) : « *Bis repetita : pas de transcription de l'acte de naissance d'un enfant issu d'une GPA* ».

Revue Juridique Personnes et Famille, mai 2014, numéro 5, page 21, Lamy

Droit et cultures : revue internationale interdisciplinaire

Delaisi de Parceval (Geneviève) : « *Secret et anonymat dans l'assistance médicale à la procréation avec donneurs de gamètes, ou le dogme de l'anonymat à la française* », « *Secret and anonymity in medical assistance to procreation with gamete donors or the anonymity dogma « à la française* ».

p.197-208, <http://droitcultures.revues.org/930>

Revue Parlementaire :

Le Fur (Marc) : « *La bioéthique en question* »,

La Revue Parlementaire n° 931 : Tribune

RUDH :

Errera (Roger) : « *L'application de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE) et l'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) sur les droits de l'enfant dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* ».

Doctrine, RUDH 2005/p. 329

La Semaine Juridique. Edition Générale :

Binet (J.R.) : « *Circulaire Taubira – Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes* ».

La Semaine Juridique Edition générale, 11 février 2013, n° 7, 161, LexisNexis

Mathey (Nicolas) : « *Circulaire Taubira. Entre illusions et contradictions* ».

La semaine Juridique Edition générale, 11 février 2013, n° 7, 162, LexisNexis

Mirkovic (Aude) : « *Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences de recours à la GPA à l'étranger* ».

La Semaine Juridique Edition Générale, 23 septembre 2013, N° 39, pages 1731 à 1734, LexisNexis

Petites affiches :

Batteur (Annick) : « *L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe* »,

Numéro spécial « *Loi du 17 mai 2013 : évolution ou révolution ? (A propos de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe)* » sous la direction scientifique du professeur Annick Batteur,

4 juillet 2013, Numéro 133, Lextensoéditions

« **Droits de l'enfant** : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle » par le Centre de Recherches Droits et Perspectives du droit (EA 4487) – L'ERADP de l'université de Lille Nord de France (UDSL)

(1^{re} partie), N° 9, Numéro 160, 12 août 2013,

(2^e partie), N° 9, Numéros 161-162, 13-14 août 2013,

(3^e partie), N° 9, Numéros 163-164, 15-16 août 2013

(Suite et fin), N° 9, Numéro 165, 19 août 2013,

Les Petites Affiches Lextensoéditions

Cochelard (Pauline) et **Depasse** (Laure) : « *La Gestation pour Autrui* :

Les Grandes Problématiques Juridiques en France ».

Petites affiches – 16 octobre 2015 – N° 207, pages 12 à 15

Denoël (Carmen) et **Trébuchet** (Gautier) : « *Les Limites imposées à la Recherche Médicale* ». Petites affiches – 16 octobre 2015 – N° 207, pages 16 à 20.

Frison-Roche (Marie-Anne)

« *Maternité de substitution (Gestation pour autrui – GPA)* »

« *Comprendre la Cour de cassation* »

(A propos des deux arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 sur la pratique des maternités de substitution (dites GPA) ». Petites Affiches, 8 octobre 2015, N° 201, pages 4 à 5.

Frison-Roche (Marie-Anne). « *Maternité de substitution (Gestation pour autrui – GPA)*

I. « *La compréhension des arrêts du 3 juillet 2015 par leur lecture littérale* ».

Petites affiches – 8 octobre 2015 – N° 201, pages 6 à 9.

II. « *La compréhension des arrêts du 3 juillet 2015 par leur lecture politique* ».

Petites Affiches, 8 octobre 2015, N° 201, pages 10 à 13.

III. « *La compréhension des arrêts du 3 juillet 2015 par le souvenir du jeu de l'audience* ». Petites Affiches, 8 octobre 2015, N° 201, pages 14 à 20.

Haoulia (Naïma) : « *Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant* »,

Petites affiches, 11 octobre 2013, Numéro 204, pages 7 à 14, Lextensoéditions

Petites affiches, 10 juillet 2015 – N° 137, page 2 : Brève actualité.

« *Une GPA ne justifie pas, à elle seule, le refus de transcrire à l'état civil l'acte de naissance étranger d'un enfant ayant un parent français* » (Source : communiqué de la Cour de cassation du 3 juillet 2015, numéros 14-21323 et 15-50002).

« *Mission de l'amicus curiae et office du juge* », CE, 6 mai 2015, n° 375036, B. et a. Actualité Droit Public, petites affiches – 10 juillet 2015 – N° 137, page 7.

Prieur (Stéphane) : Jurisprudence Bioéthique « *La Cour Européenne des Droits de l'Homme Confrontée à la Légalité du Don d'Embryons à la Recherche Scientifique* ».

Petites affiches, 20 novembre 2015 – N° 232, pages 7 à 14.

Petites affiches. Brève Actualité : « *Le Conseil d'Etat confirme que la règle de l'anonymat des donneurs de gamètes n'est pas incompatible avec la Convention EDH* ». Petites affiches, 18 novembre 2015 – N°230, page 2.

Journal de droit international :

Fulchiron (Hugues) : « *La lutte contre le tourisme international : vers un instrument de coopération internationale ?* », Journal de droit international, n° 2, avril 2014, pages 1 à 24, LexisNexis.

Association jeunesse et droit : **Journal du droit des jeunes**

Verdier (Pierre) : « *Le nouveau droit de la filiation* »,

Journal du droit des jeunes, 2005/7 N° 247, pages 25 à 30,

[http : //www.cairn.info./revue-journal-du-droit-des-jeunes-2005-7-page-25.htm](http://www.cairn.info./revue-journal-du-droit-des-jeunes-2005-7-page-25.htm)

Articles en **ligne** : « Online »

Revue de droit d'Assas (RDA) :

Champenois (Gérard) : II. « *Droit des régimes matrimoniaux* »,

RDA N° 10, numéro spécial, « *Le changement du droit* », fév. 2015, p.126 - 131

www.u-paris2.fr

Chénéde (François) : « *Brèves remarques sur la « fondamentalisation » du droit de la famille* », RDA, N° 11, octobre 2015, 41 à 44.

Leroyer (Anne-Marie) : « *Les changements du droit de la famille* », RDA, n° 10, numéro spécial, « *Le changement du droit* », fév. 2015, p. 59 – 66

www.u-paris2.fr

Libchaber (Rémy), « *I. Sources du droit Les transformations dans les sources du droit* », www.u-paris2.fr
RDA n° 10, numéro spécial, fév. 2015, p. 7 – 29

Revue des Droits de l'Homme (RDH) : Actualités Droits-Libertés

Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF)
Université Paris Ouest Nanterre-La Défense
[http : // revdh. revues. org](http://revdh.revues.org)

Lengrand (Claire) et **Planchard** (Anaïs) : « *Vers un renforcement en France du statut juridique de l'enfant issu d'une GPA effectuée à l'étranger ? Gestation pour autrui (Conseil d'Etat)* », Actualités Droits-Libertés, 2015 février,
URL : <http://revdh.revues.org/1054>

Le Petit Juriste

Fait par les Etudiants pour les Etudiants

Pereira-Engel (Evane) : « *Procréation médicalement assistée (PMA) et Adoption* »
« *Le Triomphe de l'Intérêt de l'Enfant sur la Fraude à la Loi* ».
Juillet-Août 2015, page 17. LexisNexis. www.lepetitjuriste.fr

Le Guide juridique

Brocas (Elsa) et **Dufau** (Karine)

Don d'organes « *En parler pour provoquer une réflexion* »,
Le Guide juridique médecins, n°41 oct. –nov. - déc. 2015, pages 24 à 25.

La Revue de droit du Centre de droit de l'Université de Georgetown

(Washington, D. C.)

Naomi **Cahn** in « *The New Kinship* », Volume 100 – Issue 2 Georgetown Law Journal, p. 367-429, <http://georgetownlawjournal.org/articles/the-new-kinship-2/>

Jouannet (Pierre) : « *Procréer grâce à un don de sperme : accueillir et transmettre sans gêne* »

La Revue des Droits de l'Homme, 3/ 2 013, mis en ligne le 26 novembre 2 013,

URL : <http://revdh.revues.org/200>

Marguet (Laurie) et Mesnil (Marie) : « *Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français*

Filiations, origines et parentalité » **Rapport Théry et Leroyer.**

En ligne, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 06 juin 2014 :

Document accessible en ligne sur : <http://revdh.revues.org/834>

Preuss-Laussinotte (Sylvia) : « *Droit à la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)* » :

<http://revdh.org/2008/01/13/droit-a-la-vie-privee-et-familiale-art-8-...>

Revue générale du droit :

Corpart (Isabelle) : « *Entrée en vigueur de la circulaire Taubira relative à la délivrance des certificats de nationalité française* »

<http://revuegeneraledudroit.blog.lemonde.fr/2013/02/13/entree-en-vigueur-de-la-circulaire-taubira-relative-a-la-delivrance-des-certificats-de-nationalite-francaise/>

Revue Internationale EFG Enfances Familles Générations

Giraud (Anne-Sophie) :

<http://revdh.org/2008/01/13/droit-a-la-vie-privee-et-familiale-art-8->

« *L'embryon humain en AMP, éléments pour une approche relationnelle* »

2014, N° 21, p. 48-69

Zenit Le monde vu de Rome

« *Europe : limitation de l'accès à la PMA aux couples hétérosexuels* »

« *Pas de « discrimination » française à l'adoption* »

<http://www.zenit.org/fr/articles/europe-limitation-de-l-acces-a-la-pma-aux-couples-heterosexuels>

« *Qu'est-ce que la Convention internationale des droits de l'enfant ?*

<http://www.defenseurdesenfants.fr/cide.php>

« *La recherche des origines appliquée à la pratique de la gestation pour autrui* »

Géraldine Mathieu, <http://academia.edu/>

<http://unamur.Academia.edu/G%C3%A9raldineMathieu>

http://www.academia.edu/4394340/La_recherche_des_origines_app...

Lefebvre - Theilard (A.): « *Approche historique d'un grand concept juridique : la filiation* », Sartoniana. Sarton chair of the History of Sciences, University of Gent, 20 (2007), p. 111-130, <http://www.sartonchair.ugent.be/file/238>

Institutions et Instituts :

ARCEP : Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

Les cahiers de l'ARCEP, n° 3 août-septembre-octobre 2010

Institut International des Droits de l'Enfant (IDE) :

Zermatten (Jean) : « Working report » 3-2003

Institut de Criminologie et de droit pénal de Paris :

Essais de philosophie pénale et de criminologie, volume 11 :

Incriminer et Protéger, 2014, Dalloz ISBN : 978-2-247-12760-3

Quotidien : Articles de journaux

Le Figaro

Agnès Leclair. « *Adoption : un tiers des enfants a un profil atypique* »

« *L'agence française à l'adoption propose une procédure pour mieux préparer les parents* ». Le Figaro, Société, vendredi 16 octobre 2009, p. 9.

Alexandra Henrion et Alain Privat. « *Alerte à la conscience scientifique* ».

Le Figaro, débats & opinions, samedi 9-dimanche 10 avril 2011, page 16.

Stéphane Kovacs. « *GPA : le grand flou judiciaire européen* »

« *Un avocat général de la Cour de justice de l'UE pense qu'une Britannique ayant eu un enfant grâce à une mère porteuse a droit à un congé de maternité. Ce que refuse l'un de ses collègues dans un autre dossier* ».

Le Figaro, Société, mardi 8 octobre 2013, page 10.

Stéphane Kovacs. « *Procréation assistée et gestation pour autrui, mode d'emploi* »,

Le Figaro, Société, 12/2012

Soline Roy. « *Un bébé né 24 jours après son jumeau* ». Le Figaro, Sciences, samedi 14-dimanche 15 juin 2014, p. 13.

S.R. « *Placenta, sac amniotique : qui partage quoi ?* ».

Le Figaro, Sciences, samedi 14-dimanche 15 juin 2014, p. 13.

« *La France condamnée pour son refus de reconnaître les enfants nés d'une GPA* »

« *La loi devra s'adapter à cette décision de la Cour européenne, en l'absence de recours* », Le Figaro, Société, vendredi 27 juin 2014, page 8.

Vincent Tremolet de Villers. « *Arnold Munnich* » :

« *Je redoute l'inhumanité potentielle de la génétique* ».

Le Figaro, Champs Libres Débats, jeudi 3 juillet 2014, p. 16.

Stéphane Kovacs. « *La GPA continue de diviser la gauche* »

« *L'Elysée est sommé de se prononcer par les deux camps, alors que le député UMP Jean Leonetti relance le débat* ». Le Figaro, Société, jeudi 24 juillet 2014, p. 6.

Myriam Szeger, pédopsychiatre. « *Ces enfants auront à subir tous les problèmes liés à l'abandon à la naissance* ». Le Figaro, Société, jeudi 24 juillet 2014, page 6.

Angélique Négroni. « *Le gouvernement prêt à reconnaître les enfants nés de mère porteuse* ». « *Pour Laurence Rossignol, secrétaire d'Etat à la Famille, les enfants issus de GPA à l'étranger doivent bénéficier « de la même sécurité juridique que les autres* ». Le Figaro, Société, jeudi 7 août 2014, p. 8.

Emile Lopes avec **Paul de Coustin.** « *Gamy, le bébé qui sème le malaise sur la GPA* ». Le Figaro, Société, jeudi 7 août 2014, p. 8.

Alexia Kefalas. « *En Grèce, un nouveau marché s'est développé en quelques années* ». Le Figaro, société, jeudi 7 août 2014, p. 9.

Diane de Fortanier. « *Winter : « Un abandon d'enfant programmé* ».

Le Figaro, Société, jeudi 7 août 2014, p. 9.

P.D.C. « *Comment la jurisprudence européenne a contraint les tribunaux français* »

Le Figaro, Société, jeudi 7 août 2014, p. 9.

Agnès Leclair. « *Les anti-GPA de « gauche » reçus à la famille*

Laurence Rossignol rencontre des signataires de l'appel lancé en juillet dans Libération ». Le Figaro, Société, vendredi 5 septembre 2014, p. 9.

Catherine Tasca, sénatrice PS des Yvelines, propos recueillis par **A.L.**

« *Un ventre n'est pas un contenant* ». Le Figaro, Société, vendredi 5 septembre 2014 page 9.

Arthur Berdah et Agnès Leclair. « *Un couple autorisé à garder un bébé acheté* ».

« *Né en 2013, l'enfant avait été vendu par sa mère pour quelques milliers d'euros à un couple de Meurthe-et-Moselle* ». Le Figaro, Société, samedi 6-dimanche septembre 2014, page 10.

Agnès Leclair. « *PMA et adoption : premier bilan chiffré* »

« *Selon la Chancellerie, 281 enfants nés de PMA ont été accordés à des couples de femmes* ». Le Figaro, Société, vendredi 12 septembre 2014, p. 9.

Agnès Leclair. « *Adoption : premiers agréments pour les couples homosexuels* »
« *Un groupe gay et lesbien dénonce des discriminations et la Manif pour tous craint la création de « quotas »*. Le Figaro, Société, lundi 22 septembre 2014, p. 13.

A.L. « *PMA à l'étranger : un avis très attendu* ». Le Figaro, Société, lundi 22 septembre 2014, p. 13.

Cardinal Angelo Scola, archevêque de Milan, **Cardinal Christoph Schönborn**, archevêque de Vienne. « *PMA, GPA : Français, l'Europe vous regarde !* », Le Figaro, Champs Libres Débats, lundi 29 septembre 2014, p. 22.

Yves Thérard. « *L'engrenage Taubira* » « *Le mariage homosexuel conduit inévitablement à la PMA et à la GPA* ». Le Figaro week-end, éditorial, samedi-dimanche 5 octobre 2014, p. 1.

Stéphane Kovacs. « *La Manif pour tous repart à l'offensive* »
« *Débat autour de la GPA, coupes dans les prestations familiales : le mouvement table sur une forte mobilisation pour son défilé parisien dimanche* », Le Figaro, l'Événement, samedi 4-dimanche 5 octobre 2014, p.2.

Agnès Leclair. « *Comment le gouvernement veut contrer l'essor de la GPA* ». Le Figaro, l'Événement, samedi 4-dimanche 5 octobre 2014, p. 3.

Stéphane Kovacs. « *Mobilisation de masse pour la défense de la famille* »
« *Un an et demi après le vote de la loi Taubira, ses opposants ont encore fait dimanche une démonstration de force* ». Le Figaro, l'Événement, lundi 6 octobre 2014, p. 4.

Luc Ferry. « *PMA, GPA : quels arguments ?* ». Le Figaro, samedi 18-dimanche 19 octobre 2014, Opinions, Champs libres, page 17.

Paule Gonzalès. Interview de Bertrand Louvel, Premier Président de la Cour de cassation, par Paule Gonzalès : « *L'affaire des écoutes nous a heurtés au point le plus sensible* ». Le Figaro, Société, jeudi 23 octobre 2014, page 8.

Agnès Leclair. Interview de **Béatrice Biondi**, Présidente de l'Agence française de l'adoption (AFA) par Agnès Leclair sur : « *L'adoption à l'étranger s'effondre. De nombreux pays durcissent les contrôles. Les enfants recueillis sont plus âgés et souvent malades* »,

Le Figaro, samedi 3 janvier-dimanche 4 janvier 2015, page 2.

Soline Roy. « *Un test pour dépister soi-même l'infertilité masculine...et après ?* »

Le Figaro, Sciences, mardi 10 février 2015, p. 9.

Philippe Deruelle, Professeur de gynécologie-obstétrique au CHRU et à l'université de Lille. « *Pourquoi les « 1000 premiers jours » de vie sont-ils si importants* ».

Le Figaro, Questions-Réponses Santé, lundi 23 février 2015, p. 11.

Stéphane Kovacs. « *GPA : la Belgique réfléchit à légaliser la maternité de substitution* ». Le Figaro, mardi 24 février 2015, p. 8.

Agnès Leclair. « *La résidence alternée s'invite en politique* ».

Le Figaro, Société, vendredi 27 février 2015, p. 10.

« *PMA Des mères au tribunal* ». Le Figaro, 9 mars 2015.

Agnès Leclair. « *IVG : des députés PS veulent assouplir la loi* »

« *Deux amendements au projet de loi proposent de supprimer la clause de conscience et le délai de réflexion* ». Le Figaro, Société, mercredi 18 mars 2015, p. 9.

Thomas Cavallé. « *FIV : le moment idéal pour implanter l'embryon* »

« *Un nouveau test pourrait éviter à de nombreuses femmes des échecs répétés lors de fécondation in vitro* ».

Le Figaro, Sciences, samedi 21-dimanche 22 mars 2015, p.13.

Agnès Leclair. « *Dons d'organes : l'amendement qui inquiète* »

« *Il propose de renforcer le consentement présumé au don d'organes en se passant de l'avis des proches du défunt* ». Le Figaro, Société, lundi 23 mars 2015, p. 12.

« *Pourquoi conserver le sang du cordon ombilical du bébé* ».

[http : //sante. Lefigaro fr/actualite/2011/01/30/10707-pourquoi-conserv...](http://sante.lefigaro.fr/actualite/2011/01/30/10707-pourquoi-conserv...)

Valérie Boyer. « *GPA : non au proxénétisme procréatif !* ».

Le Figaro, Champs Libres, lundi 13 avril 2015, p. 18.

Jean-Marie Guénois. « *Ambassade du Vatican : le choix cornélien du pape François* ». Le Figaro, Champs Libres, vendredi 24 avril 2015, page 15.

Aude Rambaud et Cyrille Vanlerberghe.

« *Des scientifiques chinois modifient génétiquement des embryons humains* »

« *Les altérations de l'ADN pourraient se transmettre à la descendance, ce qui pose de graves problèmes éthiques* ».

Le Figaro, Sciences, samedi 25 – dimanche 26 avril 2015, page 11.

Philippe Gélie. « *La Cour suprême, arbitre de la démocratie américaine* ».

« *Jamais un plus immense pouvoir n'a été constitué chez aucun peuple* » (Alexis de Tocqueville, « *De la Démocratie en Amérique* »).

Le Figaro, Champs libres, Opinions, mardi 28 avril 2015, p. 15.

Pauline Fréour. « *Des spermatozoïdes créés en laboratoire* »

« *Des chercheurs français affirment avoir, pour la première fois, obtenu la formation de gamètes d'hommes in vitro* ». Le Figaro, Sciences, vendredi 8 mai 2015, page 8.

Soline Roy. « *Professeur Israël Nisand* » :

« *Cela ne me pose pas de problème éthique* », propos recueillis par Soline Roy.

Le Figaro, Sciences, vendredi 8 mai 2015, p. 8.

Professeur Christian Hervé. « *Faut-il autoriser les recherches sur l'embryon ?* ».

Le Figaro, lundi 11 mai 2015, Questions - Réponses Santé, page 11.

Agnès Leclair. « *Les pro-GPA remportent une victoire judiciaire* »

« *Pour les opposants, l'inscription d'enfants à l'état civil, décidée par le tribunal de Nantes, ouvre la voie à une reconnaissance* ».

Le Figaro, samedi 16 – dimanche 17 mai 2015, Société, page 9.

Stéphane Kovacs et Agnès Leclair.

« *Gestation pour autrui : le gouvernement sous pression* »

« *Confronté à des décisions de justice contradictoires, l'exécutif, mal à l'aise et divisé sur la question, peine à réagir. Mais pro et anti-GPA se mobilisent et exigent des réponses* ».

« *Le Défenseur des droits presse Christiane Taubira d'agir* ».

Le Figaro, mardi 19 mai 2015, Société, page 9.

Laurence Rossignol dans le studio du Figaro pour « Le Talk » :

« *Il faut arbitrer entre notre interdiction et ces enfants qui sont là* ».

Le Figaro, mardi 19 mai 2015, Société, page 9.

Valérie Boyer, députée de Marseille,

« *Punir le recours à une mère porteuse en France ou à l'étranger* », propos recueillis par S.K. Le Figaro, Société, mardi 19 mai 2015, p. 9.

Agnès Leclair. « *GPA : vers la reconnaissance des pères à l'état civil* »

« *Le procureur général de la Cour de cassation* » (près la Cour de cassation)

« *recommande de transcrire la filiation paternelle des enfants nés de GPA* ».

Le Figaro, mercredi 20 mai 2015, Société, page 8.

Eric Zemmour. « *La GPA autorisée dans les faits* ».

Les insolences d'Eric Zemmour, Le Figaro Magazine, 22 mai 2015.

Laurence Rossignol, au « Grand Jury RTL-LCI-Le Figaro » : « *Ne pas capituler face à la GPA* ». Le Figaro, Société, lundi 25 mai 2015, p. 7.

Stéphane Kovacs. « *GPA : quand Fabius débloque un dossier* ».

Le Figaro, Société, lundi 1^{er} juin 2015, p. 15.

Pascale Senk. « Comment l'arrivée de bébé impacte la famille ».

Le Figaro, Santé Psychologie, lundi 1^{er} juin 2015, p. 14.

Jean-Marie Guénois. « *Le numéro 2 du Vatican joue l'apaisement à Paris* ».

Le Figaro, Société, jeudi 4 juin 2015, p. 9.

Agnès Leclair. « *Ces femmes qui gèlent leur désir d'enfant en Espagne* ».

Le Figaro, Champs Libres, Enquête, samedi 6 - dimanche 7 juin 2015, p. 15.

Soline Roy. « *Le projet fou d'une greffe de tête* ».

Le Figaro, Sciences, samedi 13 – dimanche 14 juin 2015, page 12.

Pauline Fréour. « *Réveiller les ovaires pour allonger la fertilité* »

« *Une injection de cellules souches a permis à une femme atteinte d'insuffisance ovarienne d'être enceinte* ».

Le Figaro, Sciences, samedi 13 – dimanche 14 juin 2015, page 12.

Agnès Leclair. « *GPA : une proposition qui mécontente tout le monde* »

« *La Cour de cassation pourrait reconnaître, via un test ADN, la filiation paternelle des enfants nés à l'étranger. Décision le 3 juillet* ».

Le Figaro, Société, samedi 20 – dimanche 21 juin 2015, page 7.

Docteur **Frédéric Chiche**, gynécologue-accoucheur.

« *Le terme de GPA éthique est un oxymore marketing* ».

Le Figaro, Société, samedi- 20- dimanche 21 juin 2015, page7.

A.L. « *Le gouvernement et la gauche sont divisés* ».

Le Figaro, Société, samedi – 20 – dimanche 21 juin 2015, p.7.

Angélique Négroni. « *PMA pour tous* » : « *bataille en vue à la CEDH* ».

« *Les juges de Strasbourg sont saisis par un couple de femmes dont l'une souffre d'infertilité médicale* ». Le Figaro, Société, mercredi 24 juin 2015, p. 10.

Damien Mascret. « *Obésité, le rôle clé de l'intestin grêle.*

Le Figaro, Sciences, jeudi 25 juin 2015, page 9.

Agnès Leclair. « *Les craintes et les ignorances des Français sur la PMA* ».

Le Figaro, Société, mardi 30 juin 2015, page 10.

Diane Jeantet. « *Le Mexique, eldorado de la GPA* ».

Le Figaro, Champs Libres, mercredi 1^{er} juillet 2015, page 14.

Agnès Leclair. « *Ouverture de la PMA : un nouveau round s'annonce* »

« Le Défenseur des droits, favorable à la procréation médicale assistée pour tous, demande au législateur de « s'emparer » du sujet ».

Le Figaro, Société, jeudi 2 juillet 2015, p. 9.

Agnès Leclair. *« Les enfants nés de GPA inscrits à l'état civil »*

« La Cour de cassation reconnaît le lien de filiation entre les pères biologiques et les enfants nés de mère porteuse ».

Le Figaro, Société, samedi 4-dimanche 5 juillet 2015, p.10.

Christine Boutin. *« La droite en appelle au législateur ».*

Le Figaro, Société, samedi-dimanche 5 juillet 2015, p. 10.

Alix Van Pée. *« Les Françaises pourront désormais accoucher plus naturellement »*

« Les maisons de naissance, alternative à l'hôpital ou à l'accouchement à domicile, verront le jour dès janvier ». Le Figaro, Société, mercredi 12 août 2015, page 8.

Laurence de Charrette. *« Principe de précaution ».*

Le Figaro, Editorial, mardi 25 août 2015, première page.

Agnès Leclair et Pauline Renoir. *« L'essor des pères solos ».*

Le Figaro, Société, mercredi 26 août 2015, page 10.

Stéphane Kovacs. *« Les juges de Tours créent le « sexe neutre »*

« Un « homme » marié de 64 ans a obtenu du TGI de pouvoir modifier ainsi son acte de naissance ». Le Figaro, Société, jeudi 15 octobre 2015, page 10.

Agnès Leclair. *« Don de gamètes : des nouvelles règles qui font débat*

Les personnes sans enfants pourront donner leurs gamètes et en faire conserver une partie pour eux ». Le Figaro, Société, vendredi 16 octobre, page 9.

Pascale Senk. *« Quand nos enfants divorcent... ».*

Le Figaro, Santé Psychologie, lundi 19 octobre 2015, page 14.

Nicole Prieur. *« Le risque de ruptures en chaîne est très fort ».* Le Figaro, Santé Psychologie, lundi 19 octobre 2015, page 14.

Delphine de Mallevoüe. *« Les pères plus impliqués auprès de leurs enfants*

L'Insee dévoile une radiographie très détaillée du quotidien des Français et son évolution depuis les années 1970 ».

Le Figaro, Société, jeudi 29 octobre 2015, page 8.

Agnès Leclair. *« Alerte sur la baisse des naissances ».*

Le Figaro, Société, jeudi 5 novembre 2015, page 8.

Soline Roy. *« Identification des morts : l'insoutenable attente »*

« La reconnaissance d'une victime de catastrophe doit répondre à une procédure rigoureuse et très codifiée ».

Le Figaro, « *Les Attentats de Paris* », mardi 17 novembre 2015, page 12.

Docteur **Chantal Durand**. « *Comment l'IRM fœtale peut-elle aider au pronostic ?* »

Le Figaro, Questions-Réponses Santé, lundi 23 novembre 2015, page 13.

Agnès Leclair. « *Adoption : la RDC autorise des départs*

Après plus de deux ans d'attente, onze enfants venus de la République démocratique du Congo sont arrivés à Paris. Près de 300 attendent encore ».

Le Figaro, Société, lundi 30 novembre 2015, page 15.

Marielle Court. « *COP21 : un marathon à l'issue incertaine* »

« Les belles déclarations des 150 chefs d'Etat et de gouvernement ne suffiront pas à garantir le succès des rudes négociations à venir ».

Le Figaro, L'Événement COP21, mardi 1^{er} décembre 2015, pages 2 et 3.

Le Figaro en ligne

Éléonore de Vulpillières. « *GPA à l'étranger : quand les juges valident une pratique interdite par la loi* ». <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2015/07/03/310003-20150703ARTFIG00292-gpa-a-...>

La Croix :

Flore Thomasset. « *Quand les juges jugent la loi* »

« Cour européenne des droits de l'homme, Cour de cassation, Conseil d'Etat...les hautes juridictions nationales ou européennes mettent en question des lois votées par le Parlement ». La Croix, lundi 30 juin 2014, p. 1.

« Les juges face aux législateurs », La Croix, lundi 30 juin 2014, p. 2

Flore Thomasset. « *Sur la GPA, des élus français envisagent une nouvelle loi* »,

La Croix, lundi 30 juin 2014, p. 3.

« Deux ans après, le « mariage pour tous » s'est inscrit dans le paysage »

La Croix, Événement, jeudi 23 avril 2015, p. 2, d'après l'Insee.

Céline Hoyeau. « *Génération Pape François* »

« Julien Pointillart Avocat des personnes homosexuelles dans l'Eglise ».

La Croix, jeudi 21 mai 2015, Événement, page 3.

Le Monde :

Gaëlle Dupont. « *Le gouvernement poussé à clarifier sa position sur la GPA* »

« *Pétition, proposition de loi, manifestation... Malgré des convergences de fond, les anti-gestation pour autrui avancent en ordre dispersé* ».

Le Monde, France, mercredi 17 septembre 2014, p. 8.

Gaëlle Dupont. « *Le Conseil d'Etat valide l'attribution de la nationalité française aux enfants nés après GPA à l'étranger* », Gaëlle Dupont, Le Monde, vendredi 12 décembre 2014.

Julia Pascual. « *Le don d'ovules étendu aux femmes sans enfants Un décret de la loi de bioéthique permet aux donneuses de conserver des gamètes pour elle-même* ». Le Monde, samedi 17 octobre 2015, page 16.

Le Monde en ligne

Melissa Pinto. « *Lutte contre le recours à une mère porteuse : dépôt à l'AN* »
« *Une proposition de loi visant à lutter contre le recours à une mère porteuse a été déposée le 8 avril 2015 à l'Assemblée nationale* », LegalNews 2015 – Melissa Pinto,
<http://www.lemondedudroit.fr/droit-a-particuliers/droit-de-la-famille/203419-lutte-contre-le-recours-a-une-mere-porteuse-depot-a-lan.html>

Les Echos :

Jean-Marc Vittori. « *Le vrai problème avec le principe de précaution* ». par Jean-Les Echos, idées & débats, Vendredi 27 et samedi 28 février 2015.

Libération en ligne :

« *GPA : abolissons le trafic des mères* ». Tribune « *Nous dénonçons une entreprise de promotion du baby business sans consultation de la société civile* ». http://www.liberation.fr/debats/2015/03/24/gpa-abolissons-le-traffic-des-meres_1227299.

« *Pour l'arrêt immédiat de la gestation pour autrui* », 11 mai 2015,

Tribune « *Nous sommes unis pour demander aux gouvernements des nations du monde ainsi qu'aux leaders de la communauté internationale de travailler ensemble à l'arrêt de la GPA* », http://www.liberation.fr/societe/2015/05/11/pour-l-arret-immediat-de-la-gestation-pour-autrui_1306937

Tribune **Geneviève Delaisi de Parceval**, psychanalyste.

« *N'ayez pas peur de la GPA, bientôt la greffe d'utérus* »,

http://www.liberation.fr/debats/2015/05/12/n-ayez-pas-peur-de-la-gpa-bientot-la-greffe-d-uterus_1308021

Stéphanie Hennette Vauchez. « *Quelques évidences vraies ou fausses sur la GPA* ».

<http://doyoulaw.blogs.liberation.fr/2015/07/16/le-pere-est-donc-le-pere-vraies-et-fausses-evidences-dans-le-debat-sur-la-gpa/>

Journal du Dimanche : JDD

Marc Peschanski. « *La recherche sur l'embryon divise Bioéthique*
L'examen du projet de loi s'ouvre mardi au Sénat ».

JDD 3 avril 2011, Société, page 11.

Daily Mail Online

Jaya Narain pour le Daily Mail.

« *US lesbian mother who wanted blonde baby sues clinic after giving birth to mixed-race girl* ».

<http://www.dailymail.co.uk/news/article-3224650/Lesbian-mother>

Périodiques

Le Point en ligne

« *Conflit de pères : et l'enfant dans l'histoire ?* »

<http://www.lepoint.fr/actualites-societe/2008-06-16/conflit-de-per...>

Anne-Marie Leroyer. GPA : « *L'Etat doit prendre ses responsabilités* », interview.
d'Anne-Marie Leroyer, rapporteur de la mission Filiation, origines, parentalité,
« *explique pourquoi le statu quo n'est pas tenable* ».

http : www.lepoint.fr/societe/gpa-1-etat-doit-prendre-ses-responsabil...

Valeurs Actuelles

Aude Mirkovic. « *Le droit à l'enfant, ça n'existe pas* ».

Valeurs actuelles, Société, 2 au 8 octobre 2014, N°4062, p. 30 à 32.

Laurent Dandrieu. « *L'effrayant business des bébés* ».

Valeurs actuelles, Société, 2 au 8 octobre 2014, N° 4062, N° 4062, p. 32.

« *Les enfants nés à l'étranger de mères porteuses pourront être français* »,

Valeurs actuelles, vendredi 12 décembre 2014,

<http://www.valeursactuelles.com/societe/les-enfants-nes-a-letranger-de-meres-porteuses-pourront-etre-francais-49649>

Le Quotidien du Médecin

Damien Coulomb. « *La politique du transfert unique porte ses fruits*
En 20 ans, les bébés nés d'une FIV se portent de mieux en mieux »,
Le Quotidien du médecin, Médecine & Santé publique, jeudi 22 janvier 2015, n°9380,
page 19.

Docteur **Irène Drogou.** « *Du bon usage de la réserve ovarienne* »
« *L'AMP Médicale en Débat Face au recul de l'âge de la première grossesse*
L'autoconservation ovocytaire, une solution ? ».
Le Quotidien du Médecin, lundi 30 mars 2015, n° 9399, p. 2.

Docteur **Irène Drogou.** « *Un rapport présenté à l'Académie*
La France s'interroge sur la greffe d'utérus ». Le Quotidien du médecin, Médecine &
Santé publique, jeudi 18 juin 2015 - n° 9421, page 7.

Coline Garré. « *Pour augmenter le nombre de donneuses d'ovocytes, la tentation de*
la rémunération ». Le Quotidien du Médecin, lundi 30 mars 2015, n° 9399, p. 3.
Lequotidiendumedecin. fr

Docteur **Patrick Leuillet.** « *Homoparentalité*
L'avenir psychoaffectif et la sexualité des enfants élevés hors normes ». Le Quotidien
du Médecin, Congrès hebdo, lundi 18 mai 2015 – n° 9412, page 12.

Docteur **Tristan Gautier.** « *La greffe utérine vers un essai clinique en France* ». Le
Quotidien du Médecin, Médecine & Santé publique, lundi 8 juin 2015, page 4.

Professeur **Samir Hamamah.** « *La grossesse à trois génomes Un enfant, trois*
parents ».
Le Quotidien du Médecin, Médecine & Santé publique, lundi 8 juin 2015- n°9418,
page 4.

Professeur **Israël Nisand.**
« *IVG : « Nous ne voulons plus d'un monde considérant les femmes irresponsables* ».
Le Quotidien du Médecin, Médecine & Santé publique, lundi 8 juin 2015 – n° 9418,
page 4.

Benoît Thelliez. « *Procréation assistée (PMA) La tentation de l'étranger* ».
Le Quotidien du Médecin, lundi 6 juillet 2015 - n°9426, page 10.

Damien Coulomb. « *Suspension des recherches sur les cellules souches Les*
chercheurs « agacés » par les succès de la fondation Lejeune ».
Le Quotidien du Médecin, jeudi 9 juillet 2015-n°9427, page 6.

Hélia Hakimi-Prévot. « *Assistance médicale à la procréation*
Accompagner les parents favorise l'épanouissement des enfants ».

Le Quotidien du Médecin, jeudi 17 septembre 2015 – n°9443

Le Quotidien du Pharmacien

Marie Bonte. « *Le DP oublié du DMP* ». Le Quotidien du pharmacien, jeudi 29 octobre 2015, pages 2 et 3.

Didier Doukhan. « *Génétique. Je suis le père et l'oncle de mon fils, qui suis-je ?* »

Le Quotidien du pharmacien, lundi 2 novembre 2015, page 1.

D.D. « *Ethique médicale à l'australienne. Peut-on choisir le sexe de bébé ?* ».

Le Quotidien du pharmacien, n° 3198/ Jeudi 10 septembre 2015, p 1.

www.lequotidiendupharmacien.fr

Magazines et interviews

Le Figaro Magazine

Eric Zemmour. « *La GPA autorisée dans les faits* ».

Les insolences d'Eric zemmour, Le Figaro Magazine, 22 mai 2015.

Elle Magazine

Isabelle Duriez. Fertilité : « *Elles ont congelé leurs ovocytes* ».

Elle, 5 septembre 2014, pages 91 à 94, www. elle. Fr

Dorothée Werner. Interview de **Geneviève Delaisi de Parceval.**

« *Faire un enfant avec des médecins et des donneurs, c'est complexe !* ».

« *Une loi famille version light* ».

« *Le dossier repris par la nouvelle secrétaire d'Etat Laurence Rossignol est sérieusement allégé. Apaisement ou recul* »?

Elle Magazine, info, 12 septembre 2014, p. 108 à 110. www. elle. Fr

France-Inter : interview radiophonique de **Lucas Lomenech** par Léa Salamé le 2 juin 2015 à 7 heures 50(émission7-9) (sur la GPA : «*la leçon de vie* »).

Revue italienne : « Tempi »

Anno 18-Numero 12-28 Marzo 2012 :

« *Matrimoni gay* » : Mariage gay

Anno 18 - Numero 12 – 28 Marzo 2012

« *Chi Diffende Gli Innocenti ?* »

« *I « diritti umani » estesi al capriccio gay hanno un costo. E lo pagano I bambini* » :

« *Qui défend les innocents?* »

Les droits humains étendus au caprice gay ont un coût. Et ce sont les enfants qui le payent ». Temp, Anno 18 - Numero 12- 28 Marzo 2012 - p. 3

Décisions de jurisprudence : France

Les arrêts et les avis sont classés par ordre chronologique

Tribunal de Grande Instance (TGI) :

TGI Créteil, 1^{er} août 1984 (Jurisdata n° 1984, p. 703)

TGI Toulouse, 26 mars 1991 (Jurisdata n° 1991-046226, JCP G 1992, II, 21180)

Cour d'appel :

Cour d'appel de Rennes : arrêt du 25 novembre 2014, n° 14/ 04384

Cour de cassation (C. Cass.) :

<https://www.courdecassation.fr/jurisprudence>

Arrêt du **12 mars 1931** (Gaz. Pal. 1931, 1 590)

« **Arrêt Teyssier** » (contre un pourvoi de la Cour d'Appel de Bordeaux)

du **28 janvier 1942** (chambre des requêtes), Gaz. Pal. 1942, I, p. 177-178

Arrêt du **23 octobre 1942**, Cass. crim. ,

« **Arrêt Benjamin** » du **vendredi 7 avril 2006**, N° de pourvoi : 05-11285

Publié au bulletin

Arrêt du **13 décembre 1989**, Cass. civ. I, 13 décembre 1989, 88-15655,

Bull. civ. I n° 387, D. 1990, p. 273, rapp. J. Massip

Arrêt du **31 mai 1991** : Cass. Ass. Plén. 31 mai 1991, N° de pourvoi : 90-20105,

Assemblée plénière. (JCP 1991 – II 21752).

Arrêt n°511 du 13 mars 2007 (pourvoi n°05-16-627) Première Chambre civile

Affaire Mennesson :

Arrêt n° 369 du **6 avril 2011** (pourvoi n° 09-66.486), Première chambre civile (Cass.

Civ. I, 6 avril 2011, Pourvoi N° 09-66.486, Bull. civ. 2011, NPP-PI, n°71)

Demandeur(s) : M. X... ? Mme Y..., agissant tous deux tant en leur **nom personnel** qu'en qualité de **représentants légaux de leur enfant mineur Z...**

Défendeur(s) : Procureur général près la Cour d'appel de Paris

Président : M. Charruault

Rapporteur : Mme Monéger, conseiller

Avocat général : M. Domingo, avocat général

Avocat(s) : SCP Potier de la Varde et Buck-Lament

Rejet du pourvoi

Arrêt n° 370 du 6 avril 2011 (pourvoi n°10-19 053), Première chambre civile

(Cass. Civ., 6 avril 2011, 10-19.053, Bul.civ. I n°72)

Demandeur(s) : M. X. ..., Mme Y...agissant en qualité de représentants légaux de leurs enfants mineurs Z...et A...X...

Défendeur (s) : Procureur général près la Cour d'appel de Paris

Président : M. Charruault

Rapporteur : Mme Dreifuss-Netter, Conseiller, Pourvoi rejeté

Arrêt n° 371 du 6 avril 2011 (pourvoi n° 09-17.130) Première chambre civile

(Bull. civ. 2011, NPP-PI, n° 70)

Demandeurs : M.X. ..., pris tant en son nom personnel qu'en représentant légal de sa fille mineure Y. ..., Mme Z... et Mme A..., prise en qualité d'administratrice *ad hoc* de l'enfant Y...

Président : M. Charruault

Rapporteur : Mme Dreifuss-Netter, conseiller

Avocat général : Mme Petit, Premier avocat général

Avocat(s) : SCP Gadiou et Chevalier

Rejette le pourvoi

Arrêt n° 1092 du **13 septembre 2013** (pourvois n° 12-18.315) Première chambre civile (Cass. Civ. I, 13 septembre 2013, 12-18.315, Bulletin des publications officielles N° 12-30 138, 1091), ECLI : FR : CCASS : C101092°

Arrêt n° 281 du 19 mars 2014 (13-50. 005) Première chambre civile

ECLI : FR : CCASS : 2014 : C100281

Demandeur (s) : Le procureur général près la Cour d'appel de Rennes

Défendeur(s) : M. Alexandre X... ; Mme Sneha Y...

Président : M. Savatier, conseiller le plus ancien faisant fonction de président

Rapporteur : Mme Le Cotty, conseiller référendaire

Avocat général : M. Jean

Rejet du pourvoi

Avis n° 15011 du 22 septembre 2014 (Demande d'avis n° G 14-70006)

ECLI : FR : CCASS : 2014 : AV15010

Demande d'avis n° J1470007

Président : M. Louvel, Premier Président

Rapporteur : Mme Le Cotty

Avocat général : M. Sarcelet

Publication : Bulletin 2014, Avis n°6.

Arrêt n° 619 du 3 juillet 2015 (pourvoi n°14-21-323),

Assemblée plénière - ECLI : FR : CCASS : 2015 : AP00619

Etat civil

Cassation partielle

Rapport de M. Soulard

Avis de M. Marin

Arrêt n° 620 du 3 juillet 2015 (pourvoi n°15-50.002),

Assemblée plénière - ECLI : FR : CCASS : 2015 : AP00620

Etat civil

Rejet

Rapport de M. Soulard

Avis de M. Marin

Conseil d'Etat : (CE)

Décision N° 80936, A, du 22 janvier 1988,

Publié au recueil Lebon,

(Association « Les Cigognes »).

Décision N° 136727 du 27 octobre 1995,

Publié au recueil Lebon

(« *Lancer de nain* »).

M. Denoix de Saint Marc, président

Melle Laigneau, rapporteur

M. Frydman, commissaire du gouvernement

Décision N° 181899 du 5 janvier 2000, « Recueil du consentement »

Mentionné au Recueil Lebon

M. Chauvaux, commissaire du gouvernement

Décision N° 348778 du mercredi 4 mai 2011 : « *Refus de délivrance d'un laissez-passer pour l'entrée sur le territoire français d'enfants nés à l'étranger, au regard des incertitudes quant à l'identité et à la volonté exactes de la mère des enfants en cause* », mentionnée dans les tables du Recueil Lebon :

p. 1080 : « *Refus de délivrance d'un laissez-passer pour l'entrée sur le territoire français d'enfants nés à l'étranger, au regard des incertitudes quant à l'identité et la volonté exactes de la mère des enfants en cause* »

p. 1289 : Ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et européennes c. Morin (Juge des référés) p. 1302

M. Jacques Arrighi de Casanova, rapporteur

Avis N° 362981 du 13 juin 2013, (JORF du 19 juin 2013, p. 10204)

NOR : CETX1315489V

ECLI : « non disponible », c'est-à-dire que « *le texte ne dispose pas d'ECLI* »

Recueil Lebon N° 3-4 / 2014 : Décisions de Mai à Août 2013, p. 157 :

(13 juin 2013. – Avis. -10° / 9° sous-sect.réunies. -362981-M. M...-

MM. Bart, rapp. ; Crépey, rapp. publ.)

Décision n°355052 du vendredi 12 décembre 2014

CE, 12 décembre 2014

Association Juristes pour l'enfance et autres

Nos 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861

Séance du 28 novembre 2014 – Lecture du 12 décembre 2014

Conclusions : M. Xavier Domino, rapporteur public :

Décision N° 360958 du mardi 23 décembre 2014,

ECLI : FR : CESSR : 2014 : 360958. 20141223,

Mentionné dans les tables Lebon,

Conclusions : Madame Maud Vialettes, rapporteur public

Décision N° 375036 du mercredi 6 mai 2015

ECLI : FR : CESSR : 2015 : 375036. 20150506

Publié au recueil Lebon

Décision N°372121 du jeudi 12 novembre 2015

ECLI : FR : CESSR : 2015 : 372121. 20151112

Publié au recueil Lebon

Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)

La base de données « HUDOC » donne accès à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), (arrêts de Grande Chambre et de Chambre).

La liste des arrêts est donnée par ordre alphabétique.

<http://www.echr.coe.int/Pages//home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=fra>

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.a...>

La liste des **affaires** ou « **case** » est donnée par ordre alphabétique.

Affaire Dickson c. Royaume-Uni / v. the United Kingdom, Grande Chambre (GC), requête n°/no 44362/04, Court : Grande Chambre, du 4 décembre 2007, CEDH/ECHR 2007- XIII

Affaire Evans c. Royaume-uni, the United Kingdom (GC), requête n°/no. 6339/05, Court : Grande Chambre, 10 avril 2 007, CEDH/ECHR 2007 – IV

Affaire Fabris c. France, Grande Chambre (GC), requête n° 16574/08, Court : Grande Chambre, 7 février 2013

Affaire Gas et Dubois c. France, requête n° 25951/07, Court (cinquième section), 15 mars 2012

Affaire Godelli c. Italie, requête n° 33 783/09, Court (seconde section), 25 septembre 2012

Affaire Christine Goodwin c. Royaume-Uni, requête n° 28957/95, Court : Grande Chambre, 11 juillet 2002

Affaire Kearns c. France (req. n° 35991/04), Court (troisième section) 10 janvier 2008, arrêt définitif : 19 avril 2008, (JCP 2008. I. 167 p. 28)

Affaire Labassée c. France, requête n°64941/11, Court (cinquième section) 26 juin 2014, arrêt définitif 26 septembre 2014

Affaire Mazurek c. France, req. n° 34406/97, Court (troisième section) 1^{er} février 2000, arrêt définitif 1^{er} mai 2000 (GACEDH 3^e édition, collection Thémis, PUF, 2005, n° 51)

Affaire Menesson c. France, requête n° 65192 /11, Court (cinquième section), 26 juin 2014, arrêt définitif 26 septembre 2 014

Affaire Mikulic c. Croatie, requête n°53176/99, Court (cinquième section) 7 février 2002, arrêt définitif le 4 septembre 2 002

Affaire Odièvre c. France, requête n° 42326/98, Court : Grande Chambre 13 février 2003, (D. 2 003. 739 ; JCP 2003. II . 10049)

Affaire Paradiso et Campanelli c. Italie, requête 25358/12, Court (seconde section) 27 janvier 2015, demande de renvoi devant la Grande Chambre en cours

Affaire Parrillo c. Italie, requête n°46470/11, arrêt de Grande Chambre du 27 août 2015

Affaire R.R. c. Pologne, requête n° 27617/04, Court (quatrième section) 26 mai 2011, arrêt définitif 28 novembre 2011

Affaire Schalk et Kopf c. Autriche, requête n° 30141/04, Court (cinquième section), 24 juin 2010

Affaire S. H. et autres c. Autriche, requête n° 57813/00, Court : Grande Chambre 3 novembre 2011

Affaire Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, requête n°76240/01, Court (première section) 28 juin 2007, arrêt définitif 28 septembre 2007

Affaire X et autres c. Autriche, requête n° 19010/07, Court Grande Chambre 19 février 2013

Cour de Justice de l'Union Européenne : (CJUE)

Affaire C-34/10 : Arrêt du 18 octobre 2011 sur la « *Non brevetabilité de l'embryon humain* ».

Instruments émanant des institutions

Sur le **plan international** :

Organisation des Nations-Unies (ONU)

Ouvrage :

« *Droits de l'Homme*

Recueil d'instruments internationaux »,

Centre pour les droits de l'homme Genève, Publication des Nations-Unies, New York, 1988, ISBN : 92-1-254072-4.

- Instruments internationaux des Nations-Unies :
- « *Déclaration universelle des droits de l'homme* », (DUDH),
- Adoptée et proclamée par l'Assemblée générale dans sa résolution
- 217 A (III) des 58 Etats membres, constituant alors les Nations-Unies, le 10 décembre 1948, à Paris.

- « *Déclaration des droits de l'enfant* »,
 - Adoptée et proclamée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations-Unies adoptée et proclamée dans sa résolution 1386 (XIV) du 20 novembre 1959, à New-York.
 - « *Convention internationale des droits de l'enfant* », (CIDE),
 - Adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nation-Unies et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44 /25 du 20 novembre 1989, à New-York.
 - Entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément à l'article 49.
 - « *International Convention on the rights of the child* ».
- « *Charte des Nations Unies* ;
- « *Statut de la Cour Internationale de Justice de La Haye* ».

Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus

Adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 2076 (LXII) du 13 mai 1957 et 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957.

« *Jean Zermatten défenseur des droits de l'enfant à l'ONU* »,

27 décembre 2008, URL : [http : //www. swissinfo. ch/fre/politique_suisse](http://www.swissinfo.ch/fre/politique_suisse)

[/Jean_Zermatten_defenseur_des_droits_des_enfants_a_l'ONU. html ?cid=7109338](http://www.swissinfo.ch/fre/politique_suisse/Jean_Zermatten_defenseur_des_droits_des_enfants_a_l'ONU.html?cid=7109338)

« *Histoire des droits de l'enfant Des droits de l'homme aux droits de l'enfant* »

[http : //www. droitsenfant. com/histoire.htm](http://www.droitsenfant.com/histoire.htm)

Institut International des Droits de l'Enfant

Jean Zermatten.

« *L'Intérêt Supérieur de l'Enfant De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique* ».

« Working report » 3-2003.

UNESCO

- « *Déclaration universelle sur le génome humain*
 - *et les droits de l'homme* »,
- Adoptée à l'unanimité et par acclamation par la Conférence générale de l'UNESCO lors de sa 29^e session le 11 novembre 1997 à Paris.

- « *Déclaration internationale sur les **données génétiques humaines*** », Adoptée à l'unanimité par acclamation par la Conférence générale de l'UNESCO lors de sa 32^e session le 16 octobre 2003, à Paris.
- « *Déclaration universelle sur la **bioéthique** et les droits de l'homme* », Adoptée par acclamation par la Conférence générale de l'UNESCO lors de sa 33^e session, le 19 octobre 2005 à Paris.

-

Conférence de La Haye de Droit International Privé : (HCCH) ou « Hague Conference on Private International Law » (Hcch).

L'instrument *princeps* de la Conférence de La Haye est relatif à l'**adoption internationale** sous forme d'une Convention :

- « *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* » (publiée au Journal officiel de la République française, JORF, du 13 septembre 1998 par décret n° 98-815 du 11 septembre 1998 et entrée en vigueur en France le 1^{er} octobre 1998).

Mais, face au développement de la **maternité de substitution** et des problèmes posés par les **conventions internationales de maternité de substitution** (CMSI) et de l'**établissement de la filiation de l'enfant**, né du fait d'une maternité de substitution, dès **2011**, le Bureau Permanent (BP) a élaboré des documents de travail, («draft») sous forme de notes, rapports et études, préparatoires à une Convention internationale relative à la maternité de substitution dans la perspective d'un consensus des différents Etats parties à la Conférence, en coopération avec le Conseil de l'Europe et la Commission internationale de l'Etat Civil (CIEC).

Ce sont les documents suivants.

11 mars 2011 : **Note** établie par le **Bureau Permanent**, (BP), sous la forme du *document préliminaire N° 11 de mars 2011* à l'intention du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence :

« *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des **accords de maternité de substitution à caractère international*** »,

« *Private international law issues surrounding the **status of children**, including issues arising from **international surrogacy agreements** »;*

10 mars 2012 : Rapport établi par le Bureau Permanent, sous la forme du document préliminaire N°10 de 10 mars 2012 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence :

« *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international* »,

« *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements* »;

Mars 2 014 : Etude, établie par le Bureau Permanent sous la forme du document préliminaire N°3 C de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence :

« *Etude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international* »,

« *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements* »;

Février 2015 : Note de mise à jour, établie par le Bureau Permanent sous la forme du document préliminaire N° 3A de février 2015 à l'attention du Conseil de mars 2015 sur les affaires générales et la politique de la Conférence :

« *Le projet Filiation / Maternité de substitution : Note de mise à jour* »,

« *The Parentage / Surrogacy : an updating note* ».

L'Organisation de Coopération et de Développement Economiques : (OCDE),

« Organization for Economic Cooperation and Development »: ("OECD")

« *Un avenir à haut risque* »,

l'Observateur de l'OCDE N° 235, décembre 2 002

« *Risques futurs : Les risques émergents du XXIe siècle :*

Vers un programme d'action »

([http : // www. observateurocde. org/ news/archivestory. Php/aid/752](http://www.observateurocde.org/news/archivestory.php/aid/752) : risques-futur.html).

Recommandation, sur : « *The governance of clinical trials* » décembre 2012.

Commission Internationale de l'Etat Civil, (CIEC)

Professeur Frédérique Granet et Madame Chantal Nast, Secrétaire Générale adjointe de la CIEC *in* note de synthèse sur :

« *La Maternité de Substitution et l'Etat Civil de l'Enfant* »,

Jacques Massip, Frits Hondius et Chantal Nast *in*

« *Commission Internationale de l'Etat Civil* » (CIEC), texte mis à jour le 15 juin 2014, publié par les éditions Kluwer Law International (The Hague-London-Boston) dans l'Encyclopédie des organisations intergouvernementales et dans l'Encyclopédie sur le Droit de la famille et des Successions.

[http : //www. ciec1.org/](http://www.ciec1.org/)

Service Social International (« International Social Service » : « ISS »)

« *Au carrefour entre l'abandon et la maternité de substitution à caractère international- protéger à leur source les droits de l'enfant* ».

Bulletin mensuel, septembre 2 012, N° 09 / 2 012, [www : iss-ssi.org](http://www.iss-ssi.org)

Sur le **plan européen**

Conseil de l'Europe :

« *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (CESDH) : Rome, 1950

« *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 », (STE N° 164), adoptée par le Comité des ministres en novembre 1996 et ouverte à la signature à Oviedo (Espagne) le 4 avril 1997.

Recommandation n° R (84) du Comité des ministres aux Etats Membres sur les responsabilités parentales.

Recommandation : Rec (2006) 19 du Comité des ministres aux Etats membres relative aux politiques visant à soutenir une parentalité positive.

Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux Etats membres sur les Règles pénitentiaires européennes, adoptée par le Comité des Ministres le 11 janvier 2006, lors de la 952^e réunion des Délégués des Ministres.

Projet de « *Recommandation sur les Droits et le Statut juridique des enfants et les Responsabilités Parentales* » : CJ – FA – GT3.

Union Européenne : UE

Cour de Justice de l'Union Européenne : (CJUE)

Affaire C-34/10, Arrêt du 18 octobre 2011, concernant la « *Non brevetabilité de l'embryon* », la Directive 98/44 CE du Parlement et du Conseil du 6 juillet 1998

relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, ne définissant pas la brevetabilité de l'embryon.

Parlement européen :

« *Le régime applicable à la maternité de substitution au sein des Etats membres de l'UE* » : Synthèse 2013. Parlement européen, Direction générale des politiques internes, Département Thématique Droits des citoyens et affaires constitutionnelles.

« *Résolution du Parlement européen du 17 décembre 2015 sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière (2015/229(INI)).* »

Sur le plan national : France

Lois et textes réglementaires (décret, arrêté, circulaire) :

Nous choisissons de donner les références des lois et des textes réglementaires en fonction des thèmes traités dans notre thèse selon l'ordre chronologique.

Filiation et droits de l'enfant :

Loi n° 72 - 3 du 3 janvier 1972 sur la filiation

Version consolidée au 23 février 2015

Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité

Décret n° 62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil

Titre II : Dispositions concernant la publicité des actes.

Article 9, modifié par Décret n°2011-167 du 10 février 2011 - art. 2

Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales

NOR : JUSX9100195L

ELI : Non disponible

Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité

NOR : JUSX9803236L

ELI : Non disponible

Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins JORF p. 19279

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

Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale

NOR : JUSX0104902L

Version consolidée du 23 février 2015

Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

NOR : JUSX0500068R

Version consolidée le 23 février 2015

Décret n° 2006-640 du 1^{er} juin 2006 pris pour l'application de l'ordonnance

2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et relatif au livret de famille et à la procédure en matière de filiation

NOR : JUSC0620318D

ELI : [http://legifrance.gouv.fr/eli/decret/2006:6/1/2006-640/jo/texte](http://legifrance.gouv.fr/eli/decret/2006/6/1/2006-640/jo/texte)

Arrêté du 1^{er} juin 2006 fixant le modèle du livret de famille

NOR : JUSC0620319A

Version consolidée du 23 février 2015

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

NOR : JUSX05000201L

Version consolidée du 23 février 2015.

Proposition de Loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant,

Texte adopté n° 371 « *Petite loi* » par l'Assemblée nationale en première lecture le 27 juin 2014.

Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux **communications électroniques** et aux services de communication audiovisuel

Décision n° 2009-577 : **DC n° 2009-577 du 3 mars 2009** du Conseil Constitutionnel

NOR : CSCX0905180S

ELI : Non disponible

Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la **diffusion** et la **protection** de la **création** sur **internet**, dite loi « HADOPI ».

Loi organique n° 2011- 333 du 29 mars 2011 relative au **Défenseur des droits**

Décision n° 2011-626 **DC du 29 mars 2011** du Conseil constitutionnel

NOR : CSCL1108867S

ELI : Non disponible

Audition de Dominique Baudis, Défenseur des droits, sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

Commission des Lois de l'Assemblée nationale Jeudi 13 décembre 2012

Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'**environnement**, dite loi « **Barnier** »

NOR : ENVX9400049LELI : non disponible

Bioéthique :

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**

JO n° 182 du 7 août 2013 (rectificatif paru au JO n° 238 du 12 octobre 2013)

Décret n° 2015-155 du 11 février 2015 relatif à la **recherche sur l'embryon** et les **cellules souches embryonnaires** et à la recherche biomédicale en assistance médicale à la procréation

Triptyque des lois de bioéthique :

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

NOR : RESX9200045L

Version consolidée au 20 février 2015

Décision du Conseil Constitutionnel : DC N°94-343-344 du 27 juillet 1994

NOR : CSCX9400340S

ELI : non disponible

JORF n°174 du 29 juillet 1994 page 11024

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

NOR : JUSX9400024L, Version consolidée au 20 février 2015

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

NOR : SPSX9400032L

Version consolidée au 20 février 2015

Réexamen des lois de bioéthique :

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

NOR : SANX0100053L

Version consolidée au 200 février 2015

Projet de loi relatif à la bioéthique, n° 2911, déposé le 20 octobre 2010 au Parlement

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

NOR : ETSX1117652L

ELI : [http : // legifrance. gouv. fr / eli / loi / 2011 : 7/7/ 2011-814 / jo /texte](http://legifrance.gouv.fr/eli/loi/2011/7/7/2011-814/jo/texte)

Décret n° 2013-527 du 20 juin 2013 relatif aux conditions de mise en œuvre de l'**information** de la **parentèle** dans le cadre d'un examen des **caractéristiques génétiques** à finalité médicale

Arrêté du 20 juin 2013 fixant le **modèle de lettre** adressée par le médecin aux **membres de la famille potentiellement concernés** en application de l'article

R. 1131-2062 du code de la santé publique

Décret n°2015-150 du 10 février 2015 fixant les critères de **compétence** des praticiens exerçant au sein de **structures autorisées** pour pratiquer des activités d'**assistance médicale à la procréation**

Arrêté du 13 février 2015 fixant les **conditions de formation et d'expérience** des **praticiens** exerçant les activités d'assistance médicale à la procréation mentionnée à l'article L.2141-1 du code de la santé publique

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, NOR : AFSP1514918A, JORF 3 juillet 2015, texte 19 sur 111

Décision du 17 juillet 2015 de la directrice générale de l'**Agence de la biomédecine** portant **refus d'autorisation** d'une technique visant à améliorer l'efficacité, la reproductibilité et la sécurité des procédés biologiques d'assistance médicale à la procréation (article L. 2141-1 du code de la santé publique).

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

NOR : AFSP1513121D

JORF n°0239 du 15 octobre 2015 page 19108 texte n°27

Autres lois du domaine de la gynécologie-obstétrique et de la santé :

Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances, dite « loi Neuwirth »

Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, dite « loi Veil »

Réexamen de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975

Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse
Proposition de Loi N° 306 tendant à **promouvoir** et **organiser** la **collecte**, la **conservation** et la **recherche** relative au **cordon ombilical**

Sénat, Session ordinaire de 2009-2010, Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 février 2010

Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique

Circulaire du 8 décembre 1994 relative à la prise en charge sanitaire des détenus et à leur protection sociale

NOR : SPSH9403796C

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux **droits des malades** et à la qualité du système de santé, dite loi Kouchner,

NOR : MESX0100092L, Version consolidée au 23 février 2015

Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires,

NOR : SASX0822640L

Projet de Loi de modernisation de notre système de santé, texte adopté n° 505 « *Petite loi* » par l'Assemblée nationale en première lecture le 14 avril 2015

Lois portant sur l'évolution des couples :

En prémice de la loi du 17 mai 2013, la

Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au **pacte civil de solidarité**

JORF 1- novembre 1999, page 16959

Avant-Projet de Loi visant à **ouvrir** le mariage et l'adoption aux couples de même sexe

Exposé des Motifs

www.lavie.fr/ccomplements/2012/09/22/31072_1348297551_expose_motifs.pdf

Décision **n° 2013 -669 DC du 17 mai 2013** du Conseil constitutionnel

NOR : CSCL1312500S

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

NOR : JUSC1236338L

ELI : <http://legifrance.gouv.fr/eli/loi/2013/5/17/2013-404/jo/texte>

Décret n° 2013 -429 du 24 mai 2013 portant **application** de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et **modifiant** diverses dispositions relatives à **l'état civil** et du code de procédure civile

Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (disposition du Code civil)

NOR : JUSC1312445C

Circulaire n° CIV / 02 / 13 –NOR JUSC 1301528 C du 25 janvier 2013 de la garde des sceaux, ministre de la justice

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à consommation, dite « loi Hamon »

Arrêté du 10 août 2015 fixant la liste des **segments d'ADN** sur lesquels portent les **analyses génétiques** pratiquées aux fins d'utilisation du **fichier national automatisé des empreintes génétiques**

Article 1 :

Les dispositions de l'article A. 38 du code de procédure pénale sont rempacées par les dispositions suivantes : ...

Institutions:

Académie nationale de médecine (ANM) :

Bibliothèque de l'ANM : « *Fonds CECOS (Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme), inventaire* ».

Rapport 12-10 sur « *L'Assistance médicale à la procréation en prison* »

Au nom d'un groupe de travail au sein des Commissions X (Reproduction et développement) et XVII (Ethique et Droit), Roger Henrion : « *Assistance médicale à la procréation en prison = Assisted reproductive technology in prison* ».

Bull. Acad. Natle Méd., 2012, 196, n°7, 1397-1421, séance du 23 octobre 2012.

Rapport sur « *La transplantation utérine* », le 23 juin 2015, **Roger Henrion, Jacques Milliez** (Rapporteurs), Au nom d'un groupe de travail des Commissions X (Reproduction et développement) et XVII (Ethique et Droit) : « *La transplantation utérine* »

www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/.../Transpl-uterus-C.pdf

<https://www.google.fr/search?q=rapport+sur+la+greffe+d'uterus+ : +>

Académie des Sciences et Lettres de Montpellier

Bidault-Lamboley (Annie). « *La famille aujourd'hui. La famille demain* ».

Séance du 24 novembre 2014, Académie des Sciences et des Lettres de Montpellier, Tome 45, pages 305 à 324.

Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé :

CCNE, créé par décret présidentiel du 23 février 1983 :

Avis N° 3 : « Avis sur les problèmes éthiques nés des **techniques de procréation artificielle** » du 23 octobre 1984

Avis N° 5 : « Avis sur les problèmes posés par le **diagnostic prénatal et périnatal** », 1985

Avis N° 58 : « Avis sur le « **Consentement éclairé et information** des personnes qui se prêtent à des actes de soins ou de recherche », 1998

Avis N° 60 sur le « **Réexamen** des lois de bioéthique » du 25 juin 1998

Avis N° 70 sur le « Consentement en faveur d'un **tiers** » du 13 décembre 2 001

Avis N° 72 sur « L'extension du **diagnostic préimplantatoire** », juillet 2 002

Avis N° 75 sur « Questions éthiques soulevées par le développement de l'**ICSI** » du 12 décembre 2 002

N° 77 sur les « Problèmes éthiques posés par les collections de matériel biologique et les données d'information associées : « **biobanques** », « biothèques » du 20 mars 2003

Avis N° 90 sur « Accès aux **origines, anonymat et secret** de la filiation »

N° 94 sur « La santé et la médecine en **prison** » du 13 décembre 2 006

N° 97 sur « Questions éthiques posées par la délivrance de l'**information génétique néonatale** à l'occasion du dépistage de maladies génétiques » du 10 mai 2007

N° 104 sur « Le **dossier médical personnel** (DMP) et l'informatisation des données de santé » du juin 2 008

Avis N° 107 sur « Les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténataux : le **diagnostic prénatal** (DPN) et le **diagnostic préimplantatoire** (DPI) » du 15 octobre 2 009

N° 112 sur « Une réflexion éthique sur la recherche sur les **cellules d'origine embryonnaire humaine**, et la recherche sur l'embryon *in vitro* » du 21 octobre 2 010

Avis N° 113 sur « La demande d'Assistance médicale à la procréation après le **décès** de l'homme faisant partie du couple » du 10 février 2011

Agence de la biomédecine :

Rapport annuel relatif à ses activités : 2012

Rapport annuel relatif à ses activités : 2013

Don d'ovocytes, www.dondovocytes.fr

Don de spermatozoïdes, www.dondespermatozoides.fr

« *Marisol Touraine aux **Journées de l'ABM** : PMA, don d'organes et recherche sur les cellules souches embryonnaires* », synthèse de presse bioéthique :

« *La Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes a ouvert les Journées de l'Agence de la biomédecine ces 28 et 29 mai 2015 pour ses 10 ans* »,

<http://www.genethique.org/fr/pour-les-10-ans-de-biomedecine-marisol-touraine-fixe-les-objectifs-63290.html.VWycgUbtnfZ>

Journées, entretien, conférence concernant la biologie de la reproduction ainsi que des problèmes éthiques et juridiques :

7ème Journée de Médecine et de Biologie de la Reproduction de l'hôpital Saint Antoine Révision des lois de bioéthique, **vendredi 9 juin 2 000**

Journées sur l'Assistance Médicale à la Procréation de l'Hôpital Américain de Paris :

11 ème Journées sur l'Assistance Médicale à la Procréation de l'Hôpital Américain de Paris, Jeudi 18 & Vendredi 19 Novembre **2010**, présidée par Didier Dewailly

12 ème Journées sur l'AMP, présidée par le professeur Paul Barrière, Actualités en AMP, Jeudi 24 & Vendredi 25 Novembre **2011**

13 ème Journée sur l'AMP, présidée par le professeur Jean-Marie Antoine le vendredi 23 novembre **2012**

14ème Journée sur l'AMP, présidée par le professeur Israël Nisand, le vendredi 6 décembre **2013**

15 ème Journée sur l'AMP, présidée par le professeur René Frydman, le vendredi 28 novembre **2014**

16ème Journée sur l'Assistance Médicale à la Procréation

20 novembre 2015 - Hôpital Américain

Journées Jean Cohen : Gynécologie Obstétrique et Reproduction

Pavillon Dauphine, Paris, Vendredi 29 Novembre 2013 et Samedi **30 Novembre 2013**

VIIe journée d'étude francophone de l'Association Médicale Bah aie :

« *Relation Mère-Enfant* », sous le parrainage du Professeur J. G. Juif,

Editions l'Harmattan, ISBN : 2-7384-7884-0.

Université Paris-Descartes (Paris V) :

Entretien de l'**Institut de droit et santé (IDS)** animé par Anne Laude et Marie Mesnil :

« *La gestation pour autrui trans-frontière dans les pays de l'Union Européenne* »

15 octobre **2013** par Madame Laurence Brunet

Institut des Sciences Politiques de Paris (SciencesPo) :

« *La Maternité face au Marché* », sous la direction scientifique de Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Jo Bonnet, mercredi 3 décembre **2014**

Université Panthéon-Assas (Paris II) :

Laboratoire de sociologie juridique, Conférence de Droit sur :

« *L'assistance médicale à la procréation, Perspectives d'avenir* »,

Direction scientifique : Professeur Dominique Fenouillet, lundi 25 novembre **2013**

Institut de criminologie et de droit pénal de Paris :

Colloque sur :

« *Les pratiques religieuses et le corps : circoncision, excision et infibulation* »,

Conclusion par le professeur Philippe Conte,

lundi 2 décembre **2013**

Table Ronde sur :

« *La sanction dans la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite loi Hamon* »,

Propos introductifs par le Professeur Philippe Conte, le 17 mars **2015**

Table Ronde sur :

« *La notion de bien : regards d'un civiliste sur la notion de bien en matière pénale et d'un pénaliste sur la notion de bien en matière civile* »,

Propos introductifs par le Professeur Philippe Conte, 28 mai 2015

Colloque sur :

« L'Identification des Victimes de Catastrophe »,

Matinée : Président : Professeur Philippe Conte

Après-midi : Président

Jeudi 12 novembre 2015 : Président : Yves Schullar, Médecin Chef des Services,
Directeur de L'enseignement et de la Recherche au **Pôle Judiciaire de la
Gendarmerie Nationale**

Textes internationaux, concernant la **maternité de substitution**

Royaume-Uni (“United KingdomUK”) :

“Surrogacy Arrangements Act 1985”

“Human Fertilisation and Embryology Act 1990”

“Human Fertilisation and Embryology Act 2008”

Inde (« India ») : Draft

The Assisted Reproductive Technologies (Regulation)

Bill- 2010,

Ministry of Health & Family Welfare Govt. of India, New Delhi,

Indian Council of Medical Research, New Delhi

Le Visa Médical (“Medical Visa”)

Centre de demande de visa pour l'Inde

« VF Services » (« UK ») « Limited », 42-44 rue de Paradis, 75 010 Paris

Index

Index des noms propres

A

Abraham (*Bible*), 84, 206

Ariès, Philippe, 86

Ayoubi, Jean-Marc, 376

B

Barnier, François, 66, 252, 253, 468

Baudis, Dominique, 73, 468

Beaumont, Paul, 47, 54, 207, 211, 218, 222, 236, 240, 256

Boucheron, Françoise, 316

Brännström, Mats, 376, 378, 381

Brown, Louise Joy, 29, 31, 32, 33, 34, 37, 82, 105, 106, 109, 111, 124, 166, 201, 227, 236, 288, 346, 391

Burelout, Chantal, 408

C

Cahn, Naomi R., 63

Carbonnier, Jean, 34, 37, 65, 107, 189, 197, 305, 344, 345, 399

Castaldo, André, 86

Champenois, Gérard, 33, 38, 40, 45, 49, 78, 120, 165, 291, 292, 299, 301, 318, 347, 357, 363, 401, 409, 420

Chevrat, Marie-Hélène, 30

Colborn, Theo, 122

Condorcet, Nicolas de Caritat, marquis de, 87

Connors, Susan L., 261, 264

Conte, Philippe, 42, 315, 352, 353, 365, 411, 474, 475

Crick, Francis, 66, 322

D

David, Georges, 106, 111, 156, 285, 286, 287, 288, 307, 322

Delacotte, Jean-Michel, 389

Denoix de Saint Marc, Renaud, 411

Diver, Alice, 77, 321, 326, 333

Dupuy-Olivier, Anaïs, 286

E

Edwards, Robert, 29, 31, 43, 77, 80, 109, 111, 209, 236, 288, 293, 346, 348

F

Fabre-Magnan, Muriel, 63, 194

Fenouillet, Dominique, 49, 203, 474

Fleming, Alexander, 107

Frydman, René, 32, 46, 47, 75, 80, 111, 112, 134, 137, 251, 293, 376

Fulchiron, Hugues, 160, 347, 353, 373, 374

G

Galien, 293, 369, 404, 412

Guillat, Jean-Claude, 77, 191

H

Henrion, Roger, 50, 51, 376

Hippocrate, 293, 369, 404, 412

I

Isaac (*Bible*), 24, 84, 206

J

Jean-Baptiste (Saint), 24, 319

Jebb, Eglantyne, 25, 26, 95, 104

Johnson, Martin, 42

K

Korczak, Janusz, 27, 98, 104, 105, 420

L

Leroyer, Anne-Marie, 35, 50, 52, 204, 244, 345, 347, 369, 454

Lévy, Jean-Philippe, 86

Liebault, Jean, 24

Locke, John, 87

M

Marin, Jean-Claude, 400

Mc. Ornick, Katharina, 28

Mégerlin, Francis, 63

Mézard, Jacques, 70

Michaud, Jean, 30, 81, 145, 146, 247, 346

Michel, Jean-Pierre, 56

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de, 37

N

Nast, Chantal, 34, 42, 93, 465

Neuwirth, Lucien, 28, 35, 106, 107, 109, 183, 195, 345, 399, 470

O

Odent, Raymond, 411

Ormesson, Jean d', 65

Osborne-Majnik, Amber, 74, 432

P

Pagnol, Marcel, 88, 89

Pancoast, Willam, 286

Papernik, Emile, 32

Paul (Saint), 340

Pincus, Gregory, 28, 29, 183

Pivert, Pascal, 376

Proust, Marcel, 46

R

Rapone, Denis, 47, 49, 54, 62, 63, 73, 191, 194, 196, 199, 217, 356, 365, 392, 411, 415

Rousseau, Jean-Jacques, 87

S

Sanger, Margaret, 28

Sauvage, Nicolas, 47, 48

Schwartz, Daniel, 286

Ségur, Comtesse de, 84

Senèze, Jean, 32, 124

Spar, Deborah L., 63, 202, 205, 218, 404, 406

Spielmann, Dean, 35, 41, 93, 94

Steptoe, Patrick, 29, 31, 33, 40, 80, 111, 209, 288

T

Testart, Jacques, 80, 111

Théry, Irène, 36, 50, 51, 55, 204, 345, 347, 368, 369, 374, 422, 427, 437, 444

Thoyer-Rosat, Jean, 250, 410

Toubon, Jacques, 74, 102

Trimmings, Katarina, 47, 207, 211, 218, 222, 236, 240

V

Veil, Simone, 184

W

Warnet, Jean-Michel, 46, 66, 191, 293, 323, 374, 409

Watson, James, 66, 322

Z

Zermatten, Jean, 99, 101, 104, 463

Zimmerman, Andrew W., 261, 264

Index thématique

A

Acide désoxyribonucléique (ADN), 64, 66, 143, 163, 266, 267, 268, 269, 281, 315, 322, 323, 363, 451, 453

Acte authentique, 38, 127, 131, 135, 163, 165, 242, 371

Adoption, 28, 33, 37, 39, 49, 53, 56, 57, 59, 70, 73, 86, 91, 101, 104, 131, 132, 148, 149, 159, 160, 164, 167, 194, 198, 199, 201, 203, 204, 210, 213, 220, 229, 230, 231, 233, 237, 238, 239, 246, 247, 248, 265, 273, 274, 295, 297, 299, 300, 301, 302, 304, 305, 306, 335, 337, 339, 340, 344, 347, 348, 349, 354, 359, 368, 369, 372, 374, 394, 397, 398, 402, 404, 422, 428, 441, 444, 447, 448, 449, 450, 465, 473

Anonymat, 158, 319, 321, 442

Arrêts de la Cour de cassation, 48, 51, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 67, 68, 70, 75, 81, 101, 102, 142, 145, 146, 148, 163, 196, 203, 222, 247, 248, 249, 276, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 335, 339, 346, 349, 350, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 361, 362, 364, 367, 368, 369, 374, 378, 392, 395, 396, 399, 400, 402, 403, 404, 412, 413, 414, 415, 416, 444, 450, 452, 453, 454, 459

Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 34, 35, 41, 55, 67, 68, 70, 93, 102, 103, 151, 159, 166, 175, 193, 198, 249, 276, 299, 304, 305, 314, 333, 334, 335, 336, 339, 355, 357, 359, 360, 367, 368, 369, 374, 378, 392, 395, 396, 400, 402, 403, 404, 413, 414, 415, 416, 417, 448, 454, 462

Assistance médicale à la procréation (AMP), 44, 169, 281, 390, 475

Assisted Reproductive Technologies (ART), 44, 48, 76, 100, 182, 183, 202, 216, 227, 248, 249, 335, 378, 425, 477

Avis de la Cour de cassation, 51, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 67, 68, 70, 75, 81, 101, 102, 142, 145, 146, 148, 163, 196, 203, 222, 247, 248, 249, 276, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 335, 339, 346, 349, 350, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 361, 362, 364, 367, 368, 369, 374, 378, 392, 395, 396, 399, 400, 402, 403, 404, 412, 413, 414, 415, 416, 444, 450, 452, 453, 454, 459

Avis du Conseil d'État, 49, 53, 61, 67, 68, 70, 94, 102, 118, 141, 148, 249, 276, 327, 329, 330, 332, 333, 340, 349, 353, 354, 355, 358, 359, 367, 368, 369, 378, 395, 396, 399, 400, 402, 403, 405, 413, 414, 415, 416, 428, 442, 444, 446, 454, 455, 461

B

Baby business, 408

C

Cellules souches, 440

Centres d'Etudes et de Conservation des Oeufs et du Sperme (CECOS), 40, 106, 111, 131, 144, 156, 157, 158, 163, 169, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 292, 293, 307, 308, 309, 311, 313, 321, 322, 324, 325, 326, 327, 329, 332, 371, 372, 385, 386, 404, 473

Certificat de nationalité française, 399

children, 43, 47, 54, 60, 61, 70, 100, 113, 124, 160, 183, 191, 193, 202, 205, 210, 225, 229, 236, 255, 262, 269, 270, 294, 303, 344, 347, 394, 397, 416, 466

Commission Internationale de l'Etat Civil, 42, 69, 93, 108, 411, 417, 467

Conception, 128, 425

Conférence de Droit International Privé de La Haye (HccH), 68, 374, 398, 411, 465

Conseil d'État, 49, 53, 61, 67, 68, 70, 94, 102, 118, 141, 148, 249, 276, 327, 329, 330, 332, 333, 340, 349, 353, 354, 355, 358, 359, 367, 368, 369, 378, 395, 396, 399, 400, 402, 403, 405, 413, 414, 415, 416, 428, 442, 444, 446, 454, 455, 461

Consentement, 165, 474

Conservation, 154

Contraception, 420

Convention de La Haye, 374, 398, 465

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 93, 193, 324, 329, 330, 336, 416, 468

Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), 25, 27, 32, 33, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 53, 54, 55, 59, 60, 61, 62, 66, 70, 71, 72, 73, 75, 78, 80, 81, 82, 83, 87, 88, 97, 98, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 131, 136, 138, 145, 158, 162, 165, 166, 169, 179, 191, 192, 193, 194, 195, 197, 198, 199, 203, 218, 220, 230, 233, 239, 265, 272, 274, 276, 302, 311, 315, 319, 324, 329, 330, 346, 357, 359, 368, 374, 377, 387, 388, 392, 393, 395, 400, 414, 415, 416, 447, 464

Cour de cassation, 48, 51, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 67, 68, 70, 75, 81, 101, 102, 142, 145, 146, 148, 163, 196, 203, 222, 247, 248, 249, 276, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 335, 339, 346, 349, 350, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 361, 362, 364, 367, 368, 369, 374, 378, 392, 395, 396, 399, 400, 402, 403, 404, 412, 413, 414, 415, 416, 444, 450, 452, 453, 454, 459

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), 35, 41, 55, 67, 68, 70, 93, 102, 151, 159, 166, 174, 175, 193, 198, 249, 276, 301, 304, 305, 314, 333, 334, 335, 336,

339, 354, 355, 356, 357, 359, 360, 367, 368, 369, 374, 378, 392, 395, 396, 400, 402, 403, 404, 414, 415, 416, 417, 444, 447, 453, 454, 462

D

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 1^{er} août 1992, 410

Déclaration des droits de l'enfant, 26, 27, 44, 80, 82, 95, 97, 98, 104, 105, 106, 197, 415, 464

Défenseur des droits (institution), 73, 74, 102, 452, 453, 470

Diagnostic prénatal (DPN), 139, 153, 167, 369, 475

Don d'ovocytes, 307, 475

Don de gamètes, 76, 155, 182, 281

Don de spermatozoïdes, 286, 475

Droits **de** l'enfant, 27, 43, 100, 104, 109, 197, 444

E

e. baby, 77, 413, 417

Embryon, 420, 426

Enfant, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 130, 131, 132, 135, 136, 137, 138, 139, 141, 142, 143, 144, 145, 150, 151, 152, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 179, 180, 182, 183, 184, 186, 187, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 283, 285, 287, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 311, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 331, 332, 334, 337, 338, 339, 340, 341, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 362, 363, 364, 366, 367, 368, 369, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 420, 422, 423,

424, 428, 430, 436, 437, 440, 441, 443, 444, 445, 446, 448, 449, 452, 456, 457, 458, 459, 465, 466, 467, 469

filiation, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 50, 51, 52, 53, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 80, 81, 82, 85, 88, 89, 94, 95, 100, 101, 102, 106, 107, 108, 109, 110, 118, 127, 130, 131, 134, 135, 136, 144, 145, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 179, 182, 194, 197, 202, 203, 204, 210, 214, 219, 220, 221, 229, 233, 234, 235, 236, 239, 240, 241, 246, 248, 249, 272, 273, 274, 276, 281, 286, 291, 297, 298, 304, 305, 306, 307, 313, 314, 315, 318, 319, 324, 332, 335, 340, 341, 344, 346, 347, 348, 354, 357, 358, 359, 360, 363, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 378, 382, 387, 390, 392, 393, 395, 396, 397, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 408, 411, 413, 414, 416, 421, 440, 441, 445, 447, 452, 453, 466, 469, 470, 474

Enfant à tout prix

children priceless, 47, 54, 60, 61, 72, 150, 164, 183, 189, 202, 203, 208, 251, 262, 272, 303, 319, 338, 353, 394, 412, 428

Environnement, 252

État civil, 60, 69, 313, 441

États-Unis d'Amérique (*United States of America*), 67, 91, 92, 97, 122, 209, 216, 218, 219, 294, 295, 328, 401, 425

F

Fécondation *in vitro* (FIV), 32, 111, 116, 126, 127, 130, 135, 147, 154, 166, 168, 170, 251, 293, 313, 390, 392, 451, 456

Fertilité, 295, 438, 458

Fertilization

fécondation, 29, 30, 31, 32, 37, 40, 46, 52, 106, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 122, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 137, 139, 147, 149, 150, 160, 164, 167, 168, 198, 207, 219, 250, 251, 255, 261, 266, 269, 270, 285, 290, 293, 307, 309, 310, 313, 317, 318, 348, 362, 384, 391, 392, 393, 406, 416, 451

Filiation, 36, 43, 50, 68, 69, 160, 204, 244, 345, 370, 396, 397, 420, 423, 424, 426, 429, 431, 441, 442, 456, 467, 469

Fœtus, 426

Fraude à la loi, 395

G

Gestation pour autrui (GPA), 14, 37, 47, 55, 60, 62, 63, 65, 66, 67, 77, 78, 110, 191, 233, 273, 276, 277, 279, 281, 314, 348, 349, 350, 354, 355, 359, 367, 368, 376, 402, 411, 417, 430, 443, 444, 446, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 458

Grande-Bretagne

maternité de substitution, 29, 37, 47, 49, 51, 55, 62, 63, 66, 67, 68, 71, 72, 74, 76, 77, 78, 82, 94, 104, 108, 110, 141, 142, 152, 191, 199, 201, 202, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 217, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279, 280, 293, 295, 305, 307, 310, 314, 315, 316, 324, 334, 335, 340, 348, 349, 350, 353, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 366, 367, 368, 369, 374, 375, 376, 377, 378, 381, 382, 384, 385, 393, 394, 398, 400, 401, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 415, 416, 417, 450, 466, 467, 468, 477

Grèce

maternité de substitution, 37, 47, 49, 51, 55, 62, 63, 66, 67, 68, 71, 72, 74, 76, 77, 78, 82, 94, 104, 108, 110, 141, 142, 152, 191, 199, 201, 202, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 217, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279, 280, 293, 295, 305, 307, 310, 314, 315, 316, 324, 334, 335, 340, 348, 349, 350, 353, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 366, 367, 368, 369, 374, 375, 376, 377, 378, 381, 382, 384, 385, 393, 394, 398, 400, 401, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 415, 416, 417, 450, 466, 467, 468, 477

I

Immunologie, 405, 409

Inde

maternité de substitution, 37, 47, 49, 51, 55, 62, 63, 66, 67, 68, 71, 72, 74, 76, 77, 78, 82, 94, 104, 108, 110, 141, 142, 152, 191, 199, 201, 202, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 217, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259,

260, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279, 280, 293, 295, 305, 307, 310, 314, 315, 316, 324, 334, 335, 340, 348, 349, 350, 353, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 366, 367, 368, 369, 374, 375, 376, 377, 378, 381, 382, 384, 385, 393, 394, 398, 400, 401, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 415, 416, 417, 450, 466, 467, 468, 477

Induction de l'ovulation, 115, 116

Infertilité, 269

Injection intra-cytoplasmique de spermatozoïde (ICSI), 112, 116, 125, 126, 130, 135, 154, 168, 307, 474

Insémination artificielle avec tiers donneur (IAD), 47, 119, 127, 235, 242, 286, 292, 295, 296, 299, 307, 348, 368, 374, 394, 404, 405

Insémination artificielle intraconjugale (IAC), 119, 127

Israël, 84, 191, 213, 216, 218, 221, 244, 245, 246, 423, 430, 451, 457, 476

IVF clinic

Clinique pour fécondation *in vitro*, 31

J

Jurisprudence, 301, 333, 349, 355, 359, 367, 442

Jurisprudence de la Cour de cassation, 48, 51, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 67, 68, 70, 75, 81, 101, 102, 142, 145, 146, 148, 163, 196, 203, 222, 247, 248, 249, 276, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 335, 339, 346, 349, 350, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 361, 362, 364, 367, 368, 369, 374, 378, 392, 395, 396, 399, 400, 402, 403, 404, 412, 413, 414, 415, 416, 444, 450, 452, 453, 454, 459

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 35, 41, 55, 67, 68, 70, 93, 102, 151, 159, 166, 175, 193, 198, 249, 276, 304, 305, 314, 333, 334, 335, 336, 339, 355, 357, 359, 360, 367, 368, 369, 374, 378, 392, 395, 396, 400, 402, 403, 404, 414, 415, 416, 417, 454, 462

Jurisprudence du Conseil d'Etat, 49, 53, 61, 67, 68, 70, 94, 102, 118, 141, 148, 249, 276, 327, 329, 330, 332, 333, 340, 349, 353, 354, 355, 358, 359, 367, 368, 369, 378, 395, 396, 399, 400, 402, 403, 405, 413, 414, 415, 416, 428, 442, 444, 446, 454, 455, 461

M

Marché, 476

Mariage, 36, 55, 440, 458

Maternité de substitution, 68, 69, 397, 467

Mère de substitution, 243, 255, 262

O

Origines, 370, 424

P

Principe de précaution, 453

Projet parental, 150

R

Risques, 251, 260, 262, 467

Royaume-Uni (*United Kingdom*), 29, 31, 32, 80, 87, 106, 107, 109, 111, 143, 144, 174, 175, 198, 209, 213, 216, 218, 232, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 244, 246, 256, 260, 267, 273, 333, 335, 336, 379, 462, 463, 477

T

Tay-Sachs, 328, 329

Test-tubes babies

tubes à essais bébés (pour la fécondation *in vitro*), 29

Transplantation d'utérus (TU), 378

U

UNESCO, 66, 96, 140, 146, 465

Utérus artificiel, 383

V

Vitrification, 155

Table des matières

<i>Avertissement</i>	2
<i>Remerciements</i>	3
<i>Préface</i>	8
<i>Principales abréviations</i>	11
<i>Introduction</i>	25
<i>Partie 1</i>	81
Première partie (I) : De la conciliation des techniques de procréation assistée et du respect de « l'intérêt supérieur de l'enfant » au niveau national : France	82
Titre 1(I-1) : Les grandes étapes de l'historique des droits de l'enfant	84
I-1-1 : La Préhistoire	85
I-1-2 : L'Antiquité.....	86
I-1-3 : Le Moyen-Age :	88
I-1-4 : La Renaissance : XVI ème siècle	88
I-1-5 : Les temps modernes : XVII ème et XVIII ème siècles	89
I-1-6 : Le XIXème siècle :	90
I-1-7 : Le XX ème siècle :	92
I-1-7-1 : Avant « mai 68 »	92
I-1-7-2 : Après « mai 68 »	109
I-1-8 : XXIème siècle : le troisième millénaire	110
Titre 2 (I-2) : Biologie de la reproduction et assistance médicale à la procréation : AMP	112
I-2-1 : Chronologie des différentes étapes de la fécondation <i>in vitro</i>	113
I-2-2 : Rappel physiologique de l'axe hypothalamo-hypophysaire ou complexe hypothalamo-hypophysaire.	115
I-2-2-1 : Induction de l'ovulation.	117
I-2-2-2 : L' assistance médicale à la procréation (AMP) : Définition, indications et conditions :	120
I-2-2-3 : Epidémiologie du couple infertile :	123
I-2-2-4 : Définition de la fertilité , de la fécondité :	125
I-2-2-5 : Bilan d'infertilité du couple : de l'interrogatoire à l'orientation thérapeutique :	126
I-2-2-6 : Protocoles de l'assistance médicale à la procréation (AMP) :	129
I-2-2-6-1 : <i>In vivo</i> : « <i>l'insémination artificielle</i> » (Art. L.2141-1 du code de la santé publique) : l'insémination intra-utérine : IIU :	129
I-2-2-6-2 : <i>in vitro</i> : « L'assistance médicale à la procréation » : les différentes phases de la fécondation in vitro : FIV	130

I-2-2-6-2-1 : Première phase : Conception (Premier et deuxième jours) :.....	130
I-2-2-6-2-2 : Deuxième phase : Transfert intra-utérin des embryons :	131
I-2-2-6-2-3 : Troisième phase : Congélation des embryons surnuméraires	132
I-2-2-7 : Agence de la biomédecine :.....	134
I-2-2-7-1 : AMP-vigilance : Pôle Sécurité-Qualité :.....	135
I-2-2-8 : Quelques chiffres clés de l'AMP :	136
I-2-2-9 : Santé des enfants nés après AMP :	137
I-2-2-10 : Les autoconservations :.....	138
I-2-2-11 : Bilan des résultats d'AMP , répondant à l'indication d'infertilité :.....	138
I-2-3 : Couplage de l'assistance médicale à la procréation et du diagnostic préimplantatoire	139
I-3 Titre 3 : Problèmes Ethiques de l'Assistance Médicale à la Procréation (AMP).....	142
I-3-1 : Genèse de la bioéthique	142
I-3-2 : Problèmes éthiques communs à l'AMP homologue et à l'AMP hétérologue.....	150
I-3-2-1 : Recueil du consentement éclairé du couple	150
I-3-2-2 : Projet parental du couple	153
I-3-2-3 : Statut de l'embryon : objet ou sujet ?	153
I-3-2-4 : Implantation des embryons après un « tri » embryonnaire.....	154
I-3-2-5 : Suivi de la grossesse : grossesse de « haut rang » : GHR.....	155
I-3-2-6 : Santé de la mère	156
I-3-2-7 : Santé de l'enfant à naître	156
I-3-2-8 : Conservation des embryons surnuméraires.....	156
I-3-2-9 : Vitriification	157
I-3-2-10 : Age du père et de la mère.....	158
I-3-3 : Problèmes éthiques spécifiques à l' AMP hétérologue	158
I-3-3-1 : Don de gamètes et d'embryons.....	158
I-3-3-2 : Anonymat du don de gamètes.....	161
I-3-3-3 : Secret de la conception	162
I-3-3-4 : Filiation : reconnaissance préalable en filiation : dualité des statuts de donneur ou de donneuse et des parents.	162
I-3-3-5 : Bilan des résultats d'AMP , répondant à l'indication d'infertilité (cf.paragraphe I-2-2-2-8-)	169
I-3-4 : Deuxième indication de l'AMP :.....	170
I-3-5 : AMP pour un « bébé médicament ».....	171
I-3-6 : AMP post-mortem : avis N° 113 du Comité consultatif national d'éthique du 10 février 2011 sur : « La demande d'Assistance médicale à la procréation après décès de l'homme faisant partie du couple ».....	172
I-3-7 : AMP en milieu carcéral	173
Partie 2	185

Deuxième partie (II) : Le développement du recours aux techniques de reproduction assistée (« ART ») : les risques de dérive..... 186

II-1 : Titre 1 de la deuxième partie (II-1) : L'évolution des techniques de reproduction assistée (« Assisted Reproductive Technologies » : « ART »)	187
(II-1-1-): Problématiques des droits à l'enfant et non des droits de l'enfant	187
II-1-1-1 : Du déni d'Enfant à l'Enfant au prix incommensurable : (« children priceless »)	187
II-1-1-2 : Genèse des droits à l'enfant	193
II-1-1-3 : Liberté individuelle et autonomie	198
II-1-2 : L'économie numérique dans le cadre du commerce électronique du « e.baby »	204
II-1-2-1 : Genèse de la déviante des techniques de reproduction assistée :	206
II-1-2-2 : Les cliniques de fertilité : (« fertility agence »)	209
II-1-2-2-1 : Genèse de la maternité de substitution :	210
II-1-2-2-2 : Problématique de la maternité de substitution.....	211
II-1-2-2-3 : Typologie des clients de ces agences ou de ces cliniques de fertilité ? ...	213
II-1-2-2-4 : Législation comparée :	222
II-1-2-2-4-1 : « Surrogacy-Friendly Jurisdictions » : pays où le commerce de la maternité de substitution est légal	222
II-1-2-2-4-1-1 : Etats-Unis d'Amérique :	222
(United States of America : USA)	222
II-1-2-2-4-1-2 : Inde :	226
(India).....	226
II-1-2-2-4-2 -Nous allons, maintenant, étudier deux pays de l'Union européenne, le Royaume-Uni et la Grèce , où la maternité de substitution est réglementée, mais a un caractère altruiste	238
II-1-2-2-4-2-1 : Royaume-Uni	240
II-1-2-2-4-2-2 : Grèce	243
II-1-2-2-4-2-3- : Israël	249
II-1-2-2-4-2-3 : « Anti-Surrogacy Jurisdictions »	251
II-2 Titre 2 : Analyse des risques des Techniques de Reproduction Assistée (« Assisted Reproductive Technologies » « ART »).....	254
(II-2-1) : Analyse de la notion de risque	255
II-2-2 : Analyse des risques obstétricaux et psychiques pour la mère de substitution :	258
II-2-2-1 : Risques somatiques de la maternité de substitution :	264
II-2-2-2 : Risques psychiques :	266
II-2-3 : Analyse des risques pour l'enfant :	270
II-2-4 : Analyse des risques pour les parents intentionnels ?.....	274
II-2-5 : Bilan des risques de la maternité de substitution	275
II-2-6 : Compatibilité ou incompatibilité de maternité de substitution et de l'intérêt supérieur de l'enfant	278

II-3 : Titre 3 (II-3) : Don de gamètes et anonymat du don	286
II-3-1 : Genèse du don de gamètes	289
II-3-2 : Don de spermatozoïdes	291
II-3-3 : Don d’ovocytes ou « The Gift of Life », (Don de la vie, Rene Almeling).....	319
II-3-4 : Bilan du don de gamètes	328
II-3-5 : Anonymat du don de gamètes	331
II-3-5-1 : Genèse de la problématique de l’anonymat du don de gamètes	332
II-3-5-2 : Analyse de « données à caractère personnel »	337
II- 4 (Titre 4) : De la filiation.....	354
II-4-1 : Historique de la filiation	354
II-4-2 : Problématique de l’établissement de la filiation des enfants nés du fait de techniques de procréation assistée à l’étranger	362
II-4-2-1- Au niveau national : la France	390
II-4-2-2- Au niveau international : la Conférence de La Haye de droit international privé	391
II-4-2-3- Au niveau européen :	393
II-5 : Deuxième partie- Titre 5 (II-5) : Perspectives d’avenir des techniques de reproduction assistée (« Assisted Reproductive Technologies » : « ART »).....	395
II-5-1: Transplantation d’utérus (TU).....	395
II-5-2 : Utérus artificiel :	402
II-5-3 : Induction des cellules souches en gamètes	404
Conclusion	407
Bibliographie	437
Index	501
Index des noms propres	502
Index thématique	506
Table des matières	513



Résumé :

Cette thèse de caractère pluridisciplinaire traite des progrès de la biologie de la reproduction dans le domaine de l'infertilité face à la Convention internationale des droits **de** l'enfant (CIDE) des Nations-unies.

La première partie montre que, en France, il y a **conciliation** entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'assistance médicale à la procréation, encadrée par le triptyque des lois de bioéthique de 1994.

La deuxième partie traite des **dérives** de ces techniques pratiquées à des fins sociétales et non médicales. Des parents intentionnels désireux d'un « enfant à tout prix », puisque la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe n'a pas « ouvert » le droit à l'accès de ces techniques de reproduction assistée, se rendent au cours d'un « tourisme procréatif » dans un pays où la maternité de substitution ou gestation pour autrui (GPA) est licite et ont un enfant grâce à une mère de substitution, qui assure la gestation de l'embryon, puis du fœtus *via* une fécondation *in vitro*.

Mais lors du retour en France de l'enfant, eu égard aux articles 16-7 et 16-9 du code civil, se pose le problème de la filiation de l'enfant sans compter sur les risques de la maternité de substitution, d'où l'incompatibilité des techniques de reproduction assistée à des fins sociétales avec la Convention internationale des droits **de** l'enfant, l'adage latin *mater semper certa est* étant la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Descripteurs :

Acte de naissance, Assistance médicale à la procréation (AMP), techniques de reproduction assistée (« ART »), fécondation *in vitro*, embryon, fœtus, don de gamètes, Convention internationale des droits de l'enfant, intérêt supérieur de l'enfant, filiation, consentement éclairé, gestation pour autrui, maternité de substitution, mère de substitution, accès aux origines, tourisme procréatif, risques, épigénétique, responsabilité

Title and Abstract :

This thesis has a pluridisciplinary approach and deals with the improvements of biology of reproduction in the field of infertility regarding the International Convention on the Rights of the Child of the United Nations (ICRCUN).

The first part shows, that in France, there is **conciliation** between the best interests of the child and the medical assistance to procreation, legalised by the triptych of the bioethics law of 1994.

The second part deals with the **drifts** of those practices used for societal ends and not medical.

Intended parents willing to have "a child at all costs", as the law n° 2013-404 of May 17, 2013 allowing the marriage to couples of the same sex has not "allowed" the right to have access to those technics of assisted reproduction, do "procreative tourism" and go to a country in which the surrogate maternity or gestational surrogacy (GS) is legal and have a child thanks to surrogate mother who ensures the gestation of the embryo, and the foetus through an *in vitro* fertilization (IVF).

However, back to France, according to articles 16-7 and 16-9 of the Civil Code, the issue of the filiation of the child arises, without counting on the risks of the surrogate maternity, hence the incompatibility of the methods of assisted reproduction to societal purposes with the International on Rights **of** the child, the Latin proverb *mater semper certa est* being the guarantee of the best interest of the child.

Keywords :

Birth certificate, medical assistance to procreation, technics of assisted reproduction, *in vitro* fertilization (IVF), embryo, foetus, gamete donation, International convention on the rights of the child, child's best interest, filiation, informed consent, gestational surrogacy, surrogacy maternity, surrogate mother, access to the origins, procreative tourism, risks, epigenetics, responsibility.

| Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.