



HAL
open science

Les conditions d'âges pour accéder à l'AMP, révélateur des normes sociales, juridiques et médicales quant à la maternité

Marie Mesnil

► To cite this version:

Marie Mesnil. Les conditions d'âges pour accéder à l'AMP, révélateur des normes sociales, juridiques et médicales quant à la maternité. *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2022, 35, pp.86-94. hal-03988967

HAL Id: hal-03988967

<https://hal.science/hal-03988967v1>

Submitted on 6 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Marie Mesnil

Maîtresse de conférences en droit privé à l'Université de Rennes 1, rattachée à l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE), UMR CNRS 6262, associée à l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

Les conditions d'âges pour accéder à l'AMP, révélateur des normes sociales, juridiques et médicales quant à la maternité

Jusqu'à la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, l'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP) était réservé aux couples formés d'un homme et d'une femme, vivant et en âge de procréer¹. Désormais, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique vise « tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ». Cette extension des bénéficiaires de l'AMP ne s'accompagne pas d'une remise en cause de l'ensemble des autres conditions d'accès². La procréation *post mortem* reste interdite³ dans la mesure où il est toujours prévu que le décès d'un des membres du couple fasse obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons. Quant aux conditions d'âge requises pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation », elles sont maintenant « fixées par décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Agence de la biomédecine. Elles prennent en compte les risques médicaux de la procréation liés à l'âge ainsi que l'intérêt de l'enfant à naître » (art. L. 2141-2 CSP).

Cet article propose de réfléchir aux normes procréatives liés au bon âge de la maternité et d'en faire un révélateur de la manière dont est envisagé le recours à l'assistance médicale à la procréation aujourd'hui⁴.

Pour parvenir à cet objectif, trois textes feront l'objet d'une analyse approfondie, à savoir l'avis rendu par le conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine le 14 juin 2021⁵, le décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation ainsi qu'un extrait du document d'information produit par les Centre d'Études et de Conservation du Sperme Humain (CECOS) de l'Assistance Publique – Hôpitaux de Paris (AP-HP) et destiné aux candidat·e·s à l'AMP.

Il s'agira alors de montrer que la définition par le pouvoir réglementaire des conditions d'âge requises pour bénéficier d'une AMP ne met pas entièrement fin aux incertitudes et aux stéréotypes de genre qui pouvaient auparavant s'exprimer⁶.

Tant que l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique mentionnait l'âge de procréer, il revenait à l'équipe clinico-biologique d'apprécier si les deux membres du couple remplissaient bien cette condition pour pouvoir accéder à une AMP⁷. Toutefois, la question de l'accès est distincte de celle de la prise en charge financière. En effet, pour l'assurance maladie, les actes du chapitre de la classification commune des actes médicaux relatifs à l'AMP ne peuvent pas être facturés au-delà du 43^{ème} anniversaire de la femme. L'âge de l'homme du couple était -et demeure-, quant à lui, indifférent à la prise en charge financière et restait ainsi à la libre appréciation des équipes médicales. Plusieurs affaires ont été portées devant

1 - Marie Mesnil, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Helbing Lichtenhahn, coll. Neuchâteloise : Monographies et thèses, 2018.

2 - Laurence Brunet, « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus. Splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ Famille*, 2021, p. 522.

3 - Lisa Carayon, « Arlésienne bioéthique. La procréation post mortem en débats », *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, 2020, n°25, pp. 45-50.

4 - À propos des normes procréatives en matière d'IVG, voir en particulier Michèle Ferrand et Nathalie Bajos, « L'interruption volontaire de grossesse et la recomposition des normes procréatives », *Sociétés contemporaines*, 2006, n° 61, p. 91.

5 - Agence de la biomédecine, *Réflexions sur l'âge de procréer, Avis du Conseil d'Orientation de l'Agence de la biomédecine*, 14 juin 2021.

6 - Marie Mesnil, « Quand le droit conforte la norme sociale relative au bon âge de la maternité : les limites à l'accès des femmes aux techniques reproductives », *Journal de droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, N° 18, 2018, pp. 45-50.

7 - Voir not. Ilana Löwy, « L'âge limite de la maternité : corps, biomédecine et politique », *Mouvements*, 2009/3, p. 102 s. ; Lois Raschel, « L'âge de procréer », *Gaz. Pal.* 3 janv. 2009, n° 3, p. 14 s. et Jean-René Binet, « Quel âge pour accéder à l'assistance médicale à la procréation ? », *Dr. fam.*, 2017, p. 63.

le juge à propos de l'âge de procréer des hommes. En l'espèce, il s'agissait de deux hommes, âgés de 69 et 68 ans, qui avaient sollicité de l'Agence de la biomédecine (ABM) l'autorisation d'exporter à l'étranger leurs spermatozoïdes conservés en France. L'ABM refuse l'exportation des gamètes dans la mesure où ils ne sont plus en âge de procréer au sens de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. Dans un premier temps, le juge administratif estime que la décision ne peut être prise de manière abstraite uniquement au regard de l'année de naissance et doit être fondée sur « l'ensemble des éléments propres à la situation personnelle [des] bénéficiaire[s] »⁸. Au soutien de son appel, l'ABM fait valoir l'intérêt supérieur de l'enfant à naître et les risques génétiques et sociaux pour l'enfant. La Cour d'appel de Versailles annule les jugements rendus en « considérant qu'il ressort des pièces du dossier, notamment de différentes études médicales [...] que, si un homme peut parfois être père à un âge très avancé, une telle paternité accroît le risque de mutations génétiques à l'origine de troubles mentaux pour l'enfant, tels que la schizophrénie ou l'autisme ; que la commission nationale de médecine et biologie de la reproduction a préconisé en juillet 2004, pour des raisons associant l'efficacité des techniques d'AMP et l'intérêt de l'enfant, de ne pas accéder à une telle demande lorsque l'âge de l'homme est supérieur à 59 ans révolus ; [...] qu'en fonction des connaissances scientifiques ainsi disponibles, un homme peut être regardé comme étant « en âge de procréer », au sens de l'art. L. 2141-2 CSP, jusqu'à un âge d'environ 59 ans, au-delà duquel les capacités procréatives de l'homme sont généralement altérées »⁹. Le recours formé devant le Conseil d'État a été rejeté. Pour le Conseil d'État, « en ce qui concerne l'homme du couple, la condition relative à l'âge de procréer, qui revêt, pour le législateur, une dimension à la fois biologique et sociale, est justifiée par des considérations tenant à l'intérêt de l'enfant, à l'efficacité des techniques mises en œuvre et aux limites dans lesquelles la solidarité nationale doit prendre en charge le traitement médical de l'infertilité »¹⁰.

Ces décisions font écho aux délibérations du Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine à propos de l'âge de procréer, datant de 2017, et qui « est favorable à une limite de « l'âge pour procréer » dans les différentes situations d'AMP :

- âge de la femme : 43 ans avec, dans le cas de l'utilisation d'ovocytes préalablement conservés ou de donneuse, une discussion au cas par cas entre 43 et 45 ans

- âge de l'homme : procréation intra-conjugale ou avec don de spermatozoïdes : 60 ans »¹¹.

Les débats relatifs à la condition tenant à être en âge de procréer concernent principalement la borne supérieure mais il est également possible de s'interroger à propos de la borne inférieure. Autrement dit, à partir de quel âge peut-on demander à bénéficier d'une AMP ? Si la condition relative à l'âge de procréer a été supprimée dans la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, c'est notamment parce que cette condition « n'aurait pas particulièrement été adaptée à la situation des femmes seules. L'âge de procréation ne constitue pas un critère suffisamment discriminant pour exclure les femmes mineures »¹².

Le décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation définit à la suite de la loi du 2 août 2021 les conditions d'âge pour bénéficier d'une AMP. Ces conditions d'âge visent l'âge maximum et aucun âge minimum n'est fixé pour bénéficier d'une AMP. Il est en outre intéressant de constater que les âges fixés, en 2017 par l'Agence de la biomédecine, sont en grande partie repris par le pouvoir réglementaire en 2021. Pour bénéficier d'un prélèvement d'ovocytes, en vue d'une assistance médicale à la procréation, il convient d'être âgé de moins de 43 ans et pour bénéficier du recueil de spermatozoïdes de moins de 60 ans (art. R. 2141-36 CSP). Ensuite, « l'insémination artificielle, l'utilisation de gamètes ou de tissus germinaux recueillis, prélevés ou conservés à des fins d'assistance médicale à la procréation en application des articles L. 2141-2, L. 2141-11 et L. 2141-12, ainsi que le transfert d'embryons mentionné à l'article L. 2141-1, peuvent être réalisés :

8 - TA Montreuil, 14 févr. 2017, n°s 1606724 et 1606644, D. 2017. 511, obs. A. Mirkovic ; *ibid.* 2018. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2017. 161, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Dr. fam. 2017, n° 5, p. 63-64, note J.-R. Binet.

9 - CAA Versailles, 5 mars 2018, n° 17VE00824, D. 2018. 564, obs. M. C. de Montecler ; AJDA 2018. 471 ; D. 2019. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2018. 234, obs. J. Houssier ; *ibid.* 198, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Dr. fam. 2018, n° 6, p. 66, note J.-R. Binet.

10 - CE, 10^e et 9^e ch., 17 avr. 2019, n° 420468, Lebon ; AJDA 2019. 901 ; D. 2019. 944 ; AJ fam. 2019. 309, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Dr. fam. 2019. 39, obs. M. Lamarche ; RTD Civ. 2019. 557, obs. A.-M. Leroyer.

11 - Conseil d'orientation ayant pour mission d'examiner la politique médicale et scientifique de l'Agence de la biomédecine au regard des questions éthiques, *L'âge de procréer*, 8 juin 2017.

12 - Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, 14 sept. 2019, À propos de l'art. 1^{er}, §. II A 1 d.

1° Jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire chez la femme, non mariée ou au sein du couple, qui a vocation à porter l'enfant ;

2° Jusqu'à son soixantième anniversaire chez le membre du couple qui n'a pas vocation à porter l'enfant » (art. R. 2141-38 CSP).

Ces dispositions réglementaires en substituant un âge limite à la condition ancienne tenant à « être en âge de procréer » conduisent à limiter l'accès à l'AMP. Tel est le cas d'une femme, âgée de plus de 45 ans, qui avait préalablement autoconservé ses ovocytes. Prenant connaissance de l'évolution législative, elle a demandé à l'ABM d'autoriser l'exportation de ses ovocytes aux fins d'assistance médicale à la procréation en Espagne. Une telle demande lui a été refusée par l'ABM, le 11 août 2022. Elle a alors saisi la justice administrative en référé : le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil a jugé le refus d'exportation conforme au droit français et aux normes européennes, le 8 septembre 2022, et cette décision a été confirmée en cause d'appel par le Conseil d'Etat, le 27 octobre 2022¹³.

Ces dispositions réglementaires reprennent surtout l'avis rendu par l'ABM le 14 juin 2021. Notons que le conseil d'orientation s'est interrogé, à la suite des parlementaires, « sur la pertinence de proposer un âge minimal pour les femmes seules qui souhaitent bénéficier d'un don de spermatozoïdes ». L'âge de procréer prend ainsi un sens particulier pour les femmes seules, pour lesquelles l'accès à la PMA n'est pas perçu comme un droit procréatif, mais comme une nécessité liée à l'âge de constituer, à défaut d'avoir construit une vie de couple, une famille par AMP. Dans cette perspective, la maternité solo est pensée comme un choix par défaut et l'accès à l'AMP ne devrait pas être possible trop tôt. Pour autant, l'accès à l'AMP ne peut pas non plus être trop tardif, comme en témoignent les âges fixés par le pouvoir réglementaire et l'interprétation des textes faites par les professionnels. Les femmes se retrouvent ainsi prises en étau : ni trop jeunes, ni trop vieilles et en tout état de cause, pour avoir vocation à porter un enfant, il convient d'être une femme au sens de l'état civil.

L'analyse des textes préparatoires, normatifs et informatifs met en lumière des représentations très normées du bon âge de la maternité et une restriction des possibilités de mener une grossesse aux seules femmes à l'état civil. Autrement dit, derrière les conditions d'âge apparaît la volonté de réserver l'accès à l'AMP aux femmes ni trop jeunes **(1)**, ni trop vieilles **(2)** et de limiter ce bénéfice aux seules femmes à l'état civil **(3)**.

1. Le bon âge de la maternité : des femmes pas trop jeunes

De manière générale, il existe une certaine réserve à l'égard des maternités trop précoces, notamment adolescentes, justifiant un accès facilité aux contraceptifs et à l'IVG **(1.1.)**. Les débats relatifs à l'extension de l'AMP avec tiers donneur aux femmes seules montrent que ce n'est pas uniquement l'âge qui pose difficulté mais aussi la configuration familiale, avec une défiance à l'égard de la monoparentalité **(1.2.)**.

1.2. Le bon âge de la maternité à l'aune de la gratuité de la contraception des jeunes

Les maternités précoces, comme les maternités tardives, sont appréhendées à travers deux échelles de temps : « le temps biologique, principalement relayé par la médecine, relatif à la physiologie des femmes (et des hommes), qui fixe les potentialités et les limites de la procréation, et le temps des normes, lesquelles guident, prescrivent ou stigmatisent les comportements reproductifs »¹⁴. D'un point de vue biologique d'abord, les maternités précoces peuvent présenter des risques sur lesquels les médecins ont beaucoup insisté dans les années 1980, en particulier les risques accrus de prématurité et les taux élevés de mortalité¹⁵. D'un point de vue social ensuite, les grossesses précoces et en particulier chez les adolescentes sont perçues comme à risques ; elles peuvent en effet être « synonyme d'isolement social, de difficultés psychoaffectives ou socio-émotionnelles, de conditions de vie et d'hygiène défailantes, d'inadaptation sociale, de dislocation des liens familiaux et scolaires, de monoparentalité, d'incapacité professionnelle, de problème de logement, d'absence de ressources financières, ou encore de maltraitance et d'infanticide »¹⁶.

13 - CE, 27 oct. 2022, n°467726.

14 - Laure Mogueur et al. « Les maternités dites tardives en France : enjeu de santé publique ou dissidence sociale ? », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 30, no. 1, 2011, pp. 12-27.

15 - Charlotte Le Van, « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *Adolescence*, vol. 241, n° 1, 2006, pp. 225-234.

16 - *Ibidem*.

Pour éviter les maternités précoces, les pouvoirs publics ont aménagé un accès gratuit aux contraceptifs pour les jeunes femmes. Alors que le dispositif ne visait initialement que les mineures, la prise en charge à 100 % par l'assurance maladie a été étendue aux assurées âgées de moins de 26 ans, depuis le 1^{er} janvier 2022 :

« a) Pour les frais relatifs à une consultation annuelle du médecin ou de la sage-femme donnant lieu à la prescription d'un contraceptif ou d'examen de biologie médicale en vue d'une prescription contraceptive et pour les frais relatifs à une consultation de suivi par un médecin ou une sage-femme la première année d'accès à la contraception ;

b) Pour les frais relatifs aux examens de biologie médicale comportant un dosage du cholestérol total et des triglycérides et une glycémie à jeun, réalisés en vue d'une prescription contraceptive et dans la limite d'une fois par an ;

c) Pour les frais d'acquisition des spécialités pharmaceutiques à visée contraceptive inscrites sur la liste des spécialités remboursables prévue au premier alinéa de l'article [L. 162-17](#) ainsi que des dispositifs médicaux à visée contraceptive inscrits sur la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article [L. 165-1](#) ;

d) Pour les frais relatifs aux actes du médecin ou de la sage-femme donnant lieu à la pose, au changement ou au retrait d'un contraceptif » (art. R160-17 du CSS).

Il s'agit ainsi d'appréhender l'accès à l'ensemble des actes biologiques et médicaux ainsi qu'aux prescriptions pharmaceutiques permettant la prise d'un contraceptif.

De même, l'accès à l'interruption volontaire de grossesse est accessible aux personnes mineures non émancipées, avec « le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal ». Elles peuvent toutefois également souhaiter garder le secret à l'égard des titulaires de l'autorité parentale ou de leur représentant légal, et accéder à l'IVG en se faisant accompagner par une personne majeure de leur choix (art. L. 2212-7 CSP).

Dans son volet négatif, la liberté de procréer -qui est alors la liberté de ne pas procréer- se trouve renforcée lorsque les femmes sont jeunes, afin de limiter les grossesses adolescentes et précoces.

1.2. Le bon âge de la maternité apprécié à l'aune de la monoparentalité

En revanche, dans son volet positif, la liberté procréative ne vise pas spécifiquement les jeunes femmes. L'accès à l'AMP n'est pas soumis à une borne d'âge inférieure par le pouvoir réglementaire. Pour autant, le conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine s'est interrogé à propos des femmes seules en particulier :

« Le groupe de travail s'est interrogé sur la pertinence de proposer un âge minimal pour les femmes seules qui souhaitent bénéficier d'un don de spermatozoïdes : il lui est apparu important de ne pas proposer ce don de gamètes à des femmes trop jeunes, notamment dans les cas où elles pourraient, en l'absence a priori de problèmes de fertilité, devenir mères sans le recours à une AMP. L'âge moyen des femmes lors de leur première grossesse avoisine les 29 ans selon les dernières données de l'INSEE dont on dispose (2018) ; cet âge est apparu au groupe de travail comme une donnée sociologique objective sur laquelle s'appuyer, et il propose de fixer à 29 ans la borne inférieure pour bénéficier d'un don de spermatozoïdes chez les femmes seules. Cette limite apparaît représenter un juste équilibre entre l'autonomie de la femme et la responsabilité médicale et collective qui limitera les actes médicaux inutiles et les ressources mises en œuvre »¹⁷.

Derrière ces formulations apparaît l'idée de subsidiarité : le recours à l'AMP devrait intervenir en dernier recours si les femmes ne peuvent pas « devenir mères sans le recours à une AMP ». Il nous semble qu'il convient de comprendre que les femmes seules demandant à bénéficier d'un don de spermatozoïdes pourraient ou devraient, selon le conseil d'orientation de l'ABM, attendre d'avoir plus de 29 ans pour voir si elles n'ont pas d'ici-là trouvé un partenaire avec lequel procréer. Cela présuppose que les femmes seules sont hétérosexuelles, comme la limitation de l'accès à l'AMP aux femmes seules non mariées¹⁸, et qu'il est préférable de construire une famille autour d'un couple parental.

17 - Agence de la biomédecine, [Réflexions sur l'âge de procréer, Avis du Conseil d'Orientation de l'Agence de la biomédecine](#), 14 juin 2021.

18 - Marie Mesnil, « Les femmes non mariées et l'AMP avec tiers donneur, révélateur des reconfigurations opérées par la loi de bioéthique », *AJ Famille*, 2021, p. 538.

Autrement dit, la monoparentalité est perçue comme une forme de vulnérabilité et il semble moins souhaitable pour un enfant d'avoir un seul parent plutôt que deux. Avant de mettre en œuvre l'AMP, l'équipe clinico-biologique doit « vérifier la motivation des deux membres du couple ou de la femme non mariée ». Il est enfin possible que l'accès à l'AMP avec tiers donneur soit refusé « lorsque ce médecin, après concertation au sein de l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire à la femme non mariée ou au couple demandeur, dans l'intérêt de l'enfant à naître ». Il est alors possible de demander à ce que les motifs du report ou du refus d'une assistance médicale à la procréation soient communiqués par écrit afin de vérifier qu'ils ne sont pas discriminatoires. En effet, le seul fait d'être une femme seule ou d'être un couple de femmes ne peut justifier un report ou un refus. En ce sens, il a d'ailleurs été explicitement ajouté à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique que « cet accès ne peut faire l'objet d'aucune différence de traitement, notamment au regard du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle des demandeurs ».

2. Le bon âge de la maternité : des femmes pas trop vieilles

Les maternités tardives font aussi l'objet d'une attention particulière, comme le révèlent la question de l'autoconservation de gamètes (2.1) et l'interprétation que font certains CECOS de la limite d'âge fixée par le pouvoir réglementaire (2.2).

2.1. Le bon âge de la maternité à l'aune de l'autoconservation de gamètes

La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique ouvre non seulement l'accès à l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules non mariées mais elle permet également l'autoconservation de gamètes sans motif médical¹⁹. Cette nouvelle possibilité est ouverte à toute « personne majeure qui répond à des conditions d'âge fixées par un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Agence de la biomédecine » (art. L. 2141-12 CSP). Le décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 modifié fixe la période pendant laquelle le recueil ou le prélèvement de gamètes en vue d'une conservation à son bénéfice est possible.

Selon l'article R. 2141-37 du Code de la santé publique, « les conditions d'âge requises par l'article L. 2141-12 pour bénéficier de l'autoconservation de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation sont fixées ainsi qu'il suit :

1° Le prélèvement d'ovocytes peut être réalisé chez une personne à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son trente-septième anniversaire ;

2° Le recueil de spermatozoïdes peut être réalisé chez une personne à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire ».

L'avis de l'ABM est intéressant en ce qu'il souligne de manière assez flagrante les enjeux. D'abord, il s'agit d'enjeux liés au sexe²⁰. Il est ainsi mis en exergue que « Si les hommes pourront théoriquement y avoir accès, ce sont les femmes qui ont paru au groupe de travail les plus susceptibles d'y recourir, compte tenu de la baisse de la fertilité avec l'âge à laquelle elles sont exposées, dans un temps plus restreint que ces derniers. C'est donc à leur sujet que les échanges et discussions ont été les plus nourris ».

Ensuite, il s'agit d'enjeux liés à l'opportunité de l'autoconservation de gamètes. Il est ainsi discuté à nouveau de l'intérêt de ne pas recourir à une autoconservation ovocytaire pour rien. En ce sens, « il est apparu important au groupe de ne pas proposer cette autoconservation à des femmes trop jeunes, dans la mesure où celles-ci auront des chances non négligeables de devenir mères sans avoir recours à leurs ovocytes cryoconservés, cet acte médical de ponction ovocytaire et de cryoconservation devenant de ce fait inutile pour elles-mêmes ».

Une fois qu'ont été fixés les âges de l'autoconservation, il s'agit d'envisager les âges de l'usage des gamètes. Les limites fixées sont en fait celles de l'AMP en général, à savoir 45 ans chez la femme, non mariée ou au sein du couple, qui a vocation à porter l'enfant et 60 ans pour l'autre membre du couple. Ces limites d'âge, pourtant très proches de celles qui existaient auparavant, semblent faire l'objet d'une interprétation restrictive par certains CECOS.

19 - Marie Mesnil, « L'autoconservation de gamètes : nouvelle donne ou nouveaux dons ? », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, vol. 206, n° 3, mars 2022, pp. 399-404.

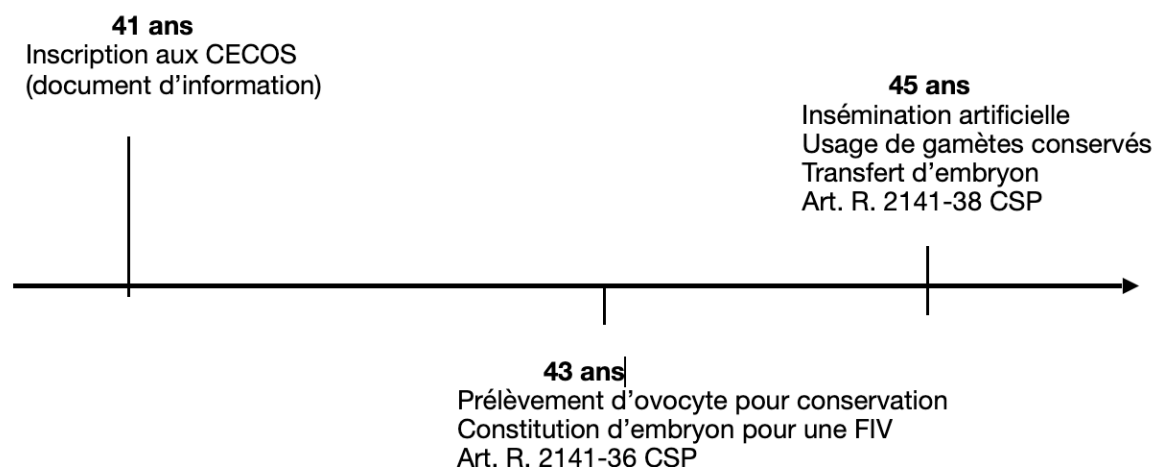
20 - Marie Mesnil, « Des ovocytes sous contrôle. Regards franco-suisses sur l'encadrement juridique du don et de l'autoconservation d'ovocytes », *Nouvelles Questions Féministes*, 2020, vol. 39, n°2.

2.2. Le bon âge de la maternité ré-interprété par certains CECOS

Dans un document d'information adressé aux candidat-e-s à l'AMP par les CECOS de l'AP-HP, il est indiqué :

« Par ailleurs, selon les résultats d'études internationales, les taux de grossesse sont extrêmement faibles à partir de l'âge de 42 ans chez la femme. **C'est pourquoi les différents centres d'AMP et CECOS de l'AP-HP ont décidé de ne pas démarrer de prise en charge en don à partir du 42^{ème} anniversaire de la femme (inscription en don jusqu'à l'âge de 41 ans inclus) ».**

Ces éléments font suite à une présentation des conditions d'âge fixées par le pouvoir réglementaire, à un rappel de la nécessité de procéder à une évaluation médicale des candidate-s à l'AMP et au « délai d'attribution des paillettes de spermatozoïdes [qui] est de 6 mois minimum ». La présentation laisse ainsi penser que l'évaluation médicale n'a pas besoin d'être individuelle et qu'elle est effectuée *a priori* et *in abstracto* pour toutes les femmes, au regard des études internationales qui démontrent un taux de grossesse extrêmement faible à partir de 42 ans chez la femme. Or, l'évaluation médicale doit être individuelle et les CECOS n'ont pas le pouvoir de fixer, de manière générale, d'autres limites d'âge que celles définies par le pouvoir réglementaire pour accéder à une AMP avec tiers donneur.



Au regard des possibilités juridiques et techniques offertes, la limite d'âge de 41 ans n'est aucunement justifiée. D'après les dispositions réglementaires, les femmes peuvent se voir prélever des ovocytes jusqu'à 43 ans dans le cadre d'une AMP et les embryons constitués par FIV peuvent être transférés jusqu'à 45 ans. L'insémination artificielle avec tiers donneur peut être mise en œuvre jusqu'à 45 ans également ; ce qui, au regard des délais d'attente mentionnés, supposerait d'accepter les femmes jusqu'à 44 ans et demi en envisageant une seule tentative d'insémination. Il est enfin possible d'utiliser, jusqu'à 45 ans, les ovocytes cryoconservés de la femme ou de recourir à un double don voire à un accueil d'embryon. Ces possibilités juridiques ne semblent pas être envisagées dans le document d'information.

Pour restreindre l'accès aux femmes dès 42 ans, « des études internationales » sont invoquées, sans qu'elles ne soient précisément référencées. Dès lors il est impossible d'en discuter le bien fondé et de discuter des résultats obtenus en fonction des techniques utilisées (fécondation *in vitro*, insémination avec ou sans don d'ovocytes ou des ovocytes cryoconservés ou encore accueil d'embryon). En tout état de cause, il apparaît que les chances de succès de l'AMP ne font pas partie de ses critères de mise en œuvre. L'équipe clinico-biologique doit certes « informer complètement, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les deux membres du couple ou la femme non mariée des possibilités de réussite ou d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, de leurs effets secondaires et de leurs risques à court et à long termes ainsi que de leur pénibilité et des contraintes qu'elles peuvent entraîner » (art. L. 2141-10 CSP). Il appartient ensuite au couple ou à la femme non mariée d'apprécier l'opportunité de renoncer à la mise en œuvre de l'AMP ou éventuellement, de se rendre à l'étranger pour bénéficier plus rapidement qu'en France d'un don de gamètes.

Enfin, la restriction ne vise que les femmes et ne peut donc être justifiée par le délai d'attente. Il s'agit bien d'une appréciation des chances de succès de la grossesse et aucunement de la prise en compte des délais d'attente pour bénéficier d'un don de spermatozoïdes. Dans cette dernière hypothèse, il conviendrait de mentionner également l'âge de l'autre membre du couple, en limitant l'accès aux femmes en couple avec une personne proche de la limite d'âge de 60 ans.

Alors que la loi renvoie au pouvoir réglementaire le soin de définir les âges d'accès à l'AMP, il apparaît que certains CECOS ont élaboré leurs propres règles et refusent les femmes au-dessus de 41 ans, sans considération pour les différentes options possibles et sans évaluation médicale individuelle. Il s'agit de pratiques contraires au droit, qui ne devraient pas prospérer. La présentation de ces éléments montre également que le pouvoir réglementaire aurait pu fixer un âge limite pour s'inscrire dans un parcours d'AMP plutôt que de bénéficier des techniques, laissant ainsi davantage de marge de manœuvre aux candidat·e·s à l'AMP ainsi qu'aux CECOS pour mettre en œuvre les techniques d'AMP²¹.

3. Le bon âge de la maternité biologique : des femmes au sens de l'état civil

En définissant les conditions d'âge requises pour accéder à l'AMP, le décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 montre que la maternité s'entend au sens biologique **(3.1.)** et que la grossesse n'est envisageable que chez une femme au sens de l'état civil **(3.2.)**.

3.1. Le bon âge de la maternité entendue au sens biologique

Les limites d'âge dont il est question jusqu'à présent ne concernent pas toutes les femmes qui recourent à une AMP avec tiers donneur mais uniquement la femme sur laquelle les ovocytes vont être prélevés et/ou celle qui aura vocation à porter l'enfant. Autrement dit, la maternité est ici entendue au sens biologique, comme génétique et/ou gestationnelle. Au sein d'un couple de femmes, celle qui n'a pas vocation à porter l'enfant est envisagée comme l'autre membre du couple, au même titre que les hommes. Pour le conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, « cet âge limite supérieur de 60 ans pour le père doit aussi être, selon le groupe de travail, l'âge maximal que doit avoir la femme non-génitrice au sein d'un couple de femmes engagé dans une assistance médicale à la procréation »²².

L'on pourrait s'interroger sur le fait qu'au sein d'un couple de femmes, la femme génitrice ne soit pas nécessairement la femme gestatrice. Il s'agit alors d'envisager la pratique de la réception des ovocytes de la partenaire (ROPA) qui consiste à ce qu'une femme mène la grossesse d'un embryon constitué à partir d'un ovocyte de sa compagne²³. Cette pratique n'a pas été explicitement interdite par la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique. Lors des débats parlementaires, il a été tour à tour proposé de l'autoriser et de l'interdire mais aucun des amendements proposés n'a été adopté. Le gouvernement s'est, quant à lui, montré hostile à une telle pratique au regard de son caractère invasif : en effet, il est nécessaire de réaliser une stimulation hormonale et une ponction ovocytaire pour pouvoir constituer par fécondation *in vitro* un embryon avec les ovocytes de la femme qui n'a pas vocation à mener la grossesse. Ces procédés médicaux sont toutefois exactement identiques à ceux mis en œuvre pour réaliser un don d'ovocytes ou autoconserver, à des fins préventives, ses propres ovocytes. Or, ces deux pratiques sont autorisées : l'autoconservation d'ovocytes est permise sans motif médical depuis la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique tandis que le don d'ovocyte est encouragé compte tenu de la pénurie structurelle qui existe. Cet ancrage biologique de la maternité fait écho à l'exclusion des personnes trans' de l'AMP, qui a été explicitée à travers la définition des conditions d'âges pour bénéficier d'une AMP.

3.2. Le bon âge de la maternité des femmes entendues au sens de l'état civil

Le décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 a fixé, dans un premier temps, les âges pour recourir à une autoconservation de gamètes en associant le type de gamète -spermatozoïdes ou ovocytes- au sexe de la personne -homme ou femme. Par exemple, l'article R. 2141-37 du Code de la santé publique prévoyait :

« Les conditions d'âge requises par l'article L. 2141-12 pour bénéficier de l'autoconservation de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation sont fixées ainsi qu'il suit :

1° Le prélèvement d'ovocytes peut être réalisé chez une femme à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son trente-septième anniversaire ;

2° Le recueil de spermatozoïdes peut être réalisé chez un homme à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire ».

21 - Cela permettrait également d'envisager l'exportation des gamètes à l'étranger, comme le met en exergue le récent contentieux devant le juge administratif, voir en part. CE, 27 octobre 2022, n° 467727.

22 - Agence de la biomédecine, [Réflexions sur l'âge de procréer, Avis du Conseil d'Orientation de l'Agence de la biomédecine](#), 14 juin 2021.

23 - Marie Mesnil, « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *Revue de droit sanitaire et social*, 2021, p. 790.

S'il convient d'entendre les termes d'homme et de femme au sens de l'état civil, cela signifiait par conséquent que les personnes qui avaient changé de mention de sexe à l'état civil ne pouvaient plus autoconserver leurs gamètes. En effet, les ovocytes auraient dû être prélevés chez des hommes et les spermatozoïdes recueillis auprès de femmes. Une telle exclusion paraissait en décalage avec la volonté du législateur, qui, à propos de l'autoconservation de gamètes pour motifs médicaux prévue à l'article L. 2141-12 du Code de la santé publique, a fait ajouter un alinéa selon lequel « La modification de la mention du sexe à l'état civil ne fait pas obstacle à l'application du présent article ».

Un recours pour excès de pouvoir a été introduit devant le Conseil d'État à l'encontre de ce décret, à l'occasion duquel une question prioritaire de constitutionnalité a été posée à propos de l'exclusion des hommes de l'accès à l'AMP. L'association à l'origine de la requête, le GIAPS²⁴, faisait ainsi valoir une atteinte à plusieurs droits et libertés garantis par la Constitution et en particulier au principe d'égalité entre les sexes protégés par l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946. Pour le Conseil constitutionnel, « il ressort des travaux préparatoires que, en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu permettre l'égal accès des femmes à l'assistance médicale à la procréation, sans distinction liée à leur statut matrimonial ou à leur orientation sexuelle. Ce faisant, il a estimé, dans l'exercice de sa compétence, que la différence de situation entre les hommes et les femmes, au regard des règles de l'état civil, pouvait justifier une différence de traitement, en rapport avec l'objet de la loi, quant aux conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, d'une telle différence de situation » (C. Const., 8 juillet 2022, décision n° 2022-1003 QPC, cons. 8)²⁵.

Alors que le recours n'a toujours pas été tranché par le Conseil d'état, les dispositions réglementaires ont été modifiées par le décret n° 2022-1187 du 25 août 2022 relatif à l'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur pris en application de l'article 5 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique et portant modification des dispositions relatives à l'assistance médicale à la procréation. Désormais, ce ne sont plus des hommes ou des femmes qui sont visées mais des personnes, à l'exception de l'article R. 2141-38 du Code de la santé publique qui définit l'âge de « la femme qui a vocation à porter l'enfant » pour bénéficier d'une insémination ou d'un transfert d'embryon. Autrement dit, les gamètes peuvent être prélevés chez des personnes, indépendamment de leur sexe et de leur changement de mention de sexe à l'état civil. L'âge qu'il convient de prendre en compte n'est d'ailleurs pas celui de la personne, considérée au regard de son sexe à l'état civil, mais bien l'âge de la personne en fonction du type de ressources biologiques à conserver (ovocytes ou spermatozoïdes). Toutefois, la grossesse ne peut être mise en œuvre que sur une femme à l'état civil, ce qui confirme l'exclusion des hommes de l'accès à l'AMP. Ils ne peuvent pas accéder à une AMP, seuls ou s'ils sont en couple avec un homme, et s'ils sont en couple avec une femme, c'est nécessairement la femme qui a vocation à porter l'enfant. Il est toujours possible d'interroger la conformité de cet état du droit français au regard des droits et libertés protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits et de libertés fondamentales. Les personnes trans' doivent en effet choisir entre leur identité sexuée, à savoir changer de mention de sexe à l'état civil, et leurs droits reproductifs et familiaux, à savoir accéder à une AMP avec tiers donneur. Cette question devra d'abord être tranchée par le Conseil d'État, puis elle pourra l'être éventuellement, à l'occasion d'un recours individuel, par la suite par la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette question ne représente qu'une partie des difficultés qui se posent pour les personnes trans' à la suite de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^{ème} siècle qui permet de demander à changer de mention de sexe à l'état civil sans avoir suivi de traitement médical ou subi d'opération chirurgicale ou de stérilisation. Des hommes ont des organes sexuels et reproducteurs dits féminins et des femmes ont des organes sexuels et reproducteurs dits masculins, ils peuvent procréer charnellement mais ils ont également des besoins en termes de santé sexuelle et reproductive qui sont mal appréhendés par le droit, qui tend à définir les droits procréatifs uniquement comme des droits des femmes... La question de l'établissement d'une filiation postérieurement au jugement de modification de la mention de sexe à l'état civil n'est pas non plus résolue²⁶.

24 - L'autrice signale faire partie de cette association et avoir participé, bénévolement, aux recours devant le Conseil d'État ainsi qu'à la rédaction des écrits devant le Conseil constitutionnel.

25 - Marie Mesnil et Sophie Paricard, « L'assistance médicale à la procréation pour les hommes trans : une exclusion conforme à la Constitution », *AJ Famille*, 2022, p. 435.

26 - Marie Mesnil, « Quel genre pour la parenté trans ? Les trois lectures de l'identité sexuée », pp. 201-224 in Marie-Xavière Catto, Julie Malzaleigue-Labaste et Laurence Brunet, *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Editions Mare et Martin, coll. de l'ISJPS, vol. 63, 2021.

En définitive, la présentation des conditions d'âges requises pour accéder à l'AMP montre que le droit ne rompt pas avec son état antérieur. La maternité reste entendue au sens biologique, de maternité génétique et gestationnelle, excluant les hommes -y compris ceux qui pourraient mener une grossesse- de cette définition et les injonctions sociales, les règles juridiques et les pratiques professionnelles continuent à définir ce qui constitue le bon âge de la maternité : ni trop jeunes, ni trop vieilles, les femmes pour être de bonnes mères doivent être nécessairement cisgenres, elles sont supposées être hétérosexuelles et il est préférable qu'elles soient en couple. La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique a certes ouvert de nouvelles perspectives, en matière d'AMP et d'autoconservation de gamètes. Pour autant, il ne s'agit aucunement de véritables droits procréatifs : le contrôle social et médical sur le corps des femmes et leur fertilité reste très présent et les personnes trans' sont en partie exclues du bénéfice de ces dispositions.

Marie Mesnil