



HAL
open science

La loi de bioéthique, une grande loi famille ?

Marie Mesnil

► **To cite this version:**

Marie Mesnil. La loi de bioéthique, une grande loi famille ?. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2021, 29, pp.83-91. hal-04042222

HAL Id: hal-04042222

<https://hal.science/hal-04042222>

Submitted on 23 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.

Public Domain

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, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

La loi de bioéthique, une grande loi famille ?

La loi de bioéthique a été adoptée le 29 juin 2021 par l'Assemblée nationale à l'issue d'une troisième lecture. Cette quatrième révision des lois de bioéthique initialement adoptée en 1994 intervient tardivement au regard de la clause de révision prévue à l'article 47 de la n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique aux termes duquel « un nouvel examen d'ensemble par le Parlement [aurait dû intervenir] dans un délai maximal de sept ans après son entrée en vigueur ». Quant au processus législatif, il a été relativement long et avait débuté bien avant le dépôt du texte par le gouvernement à l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019¹ par la publication d'une série de rapports², avis³ et travaux préparatoires⁴.

Cette durée s'explique en partie par les hésitations et oppositions qui ont été suscitées par la mesure phare de ce texte de loi, à savoir l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation (AMP) aux couples de femmes et aux femmes seules non mariées. Cette évolution majeure du droit était attendue depuis de nombreuses années et avait donné lieu à des mobilisations particulièrement importantes lors de l'élaboration de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Pour autant, cette mesure a été reportée plusieurs fois jusqu'à ce qu'elle soit finalement intégrée au projet de loi de bioéthique par le gouvernement. Si les articles du projet de loi ouvrant l'AMP aux couples lesbiens ont été adoptés en première, deuxième et troisième lecture par les député-e-s, ils ont cristallisé de la part de

l'ensemble des parlementaires la majorité des débats ainsi que des oppositions, allant jusqu'à la suppression, au Sénat, des articles 1^{er} et 4 en deuxième lecture du texte et le rejet l'ensemble du texte en troisième lecture.

Au terme de ce long processus législatif, la loi de bioéthique a été déférée le 2 juillet 2021 par un groupe de plus de soixante député-e-s au Conseil constitutionnel qui a jusqu'au 2 août pour se prononcer. Les articles relatifs à l'AMP ne font pas partie des dispositions dont la constitutionnalité est mise en cause par les auteurs de la saisine.

Si l'objet initial de la loi de bioéthique est d'encadrer les évolutions scientifiques et techniques, la quatrième version du texte comprend un grand nombre de dispositions qui « résultent davantage d'une évolution des mentalités que de la progression de la connaissance scientifique »⁵. En ce sens, la loi de bioéthique est sur le point de réécrire en grande partie le droit relatif à l'AMP, s'affranchissant du cadre thérapeutique dans lequel il était pensé jusqu'à présent (I) sans pour autant réussir à adopter un prisme entièrement différent et reconnaître de véritables droits reproductifs et familiaux (II).

I. Les avancées de la loi de bioéthique en matière d'AMP

La loi de bioéthique telle qu'adoptée le 29 juin par l'Assemblée nationale prévoit d'une part l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules (A) et d'autre part, l'ouverture de l'auto-conservation de gamètes à des fins préventives (B). Ces avancées concernant les bénéficiaires de l'AMP s'accompagnent d'une évolution importante pour les personnes qui ont été conçues à partir d'un don de gamète, à savoir la possibilité d'accéder à des données non identifiantes ainsi qu'à l'identité du donneur (C).

A. La fin du paradigme thérapeutique en matière d'AMP

De l'adoption des premières lois de bioéthique en 1994 à la révision de celles-ci en 2004, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique disposait à son article 1^{er} que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple ». L'objet de l'AMP avait ensuite été supprimé afin de renforcer son cadre thérapeutique, en affirmant au même moment que survenait cette suppression que pour accéder à l'AMP « le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué » (art. L. 2141-2 du CSP).

5 - Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Rapport de la section du rapport et des études, 28 juin 2018, p. 11.

1 - Voir notre analyse du projet de loi, Marie Mesnil, « Loi de bioéthique et accès aux techniques reproductives : un changement de paradigme apparent », [Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie](#), 2019, n°24, pp. 35-47.

2 - Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Rapport de la section du rapport et des études, 28 juin 2018.

3 - CCNE, [Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation \(AMP\)](#), avis n°126, 15 juin 2017 ; CCNE, [Contribution du CCNE à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019](#), avis n°129, 18 septembre 2019.

4 - Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, NOR : SSAX1917211L, 18 juillet 2019.

La loi de bioéthique votée le 29 juin 2021 renoue avec l'affirmation selon laquelle « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental » en début d'article L. 2141-2 du Code de la santé publique et réécrit entièrement celui-ci afin d'ouvrir l'AMP aux couples lesbiens et aux femmes seules. Ainsi, ce ne sont plus seulement les couples formés d'un homme et d'une femme, infertiles, qui ont accès à l'AMP mais, désormais, « tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ». Toutes les mentions relatives à l'infertilité du couple et son caractère pathologique ou le risque de transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité, c'est-à-dire les deux situations dans lesquelles les couples hétérosexuels pouvaient accéder à l'AMP, ont disparu. Il s'agit d'une véritable rupture avec la construction de l'AMP comme répondant à une nécessité thérapeutique, celle de pallier l'infertilité des couples hétérosexuels et au contraire, l'affirmation d'une part du caractère social des projets parentaux et de l'autre de l'équivalence de ces projets parentaux. En ce sens, l'alinéa 2 de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique tel qu'adopté par la dernière loi de bioéthique dispose 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 ». Cet article réaffirme un principe de non-discrimination -qui existe déjà de manière générale- afin de soutenir, y compris dans les faits, la réforme opérée par le droit et de mettre fin à ce qui avait justement pu être présenté, notamment par le Défenseur des Droits⁶, comme une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle et la situation de famille. La remise en cause du paradigme thérapeutique sur lequel reposait l'AMP n'emporte pas pour autant le déremboursement des actes médicaux visant au diagnostic et au traitement de l'infertilité. Ces derniers sont ainsi pris en charge dans les mêmes conditions, c'est-à-dire sans participation de l'assurée, pour l'ensemble des femmes, seules ou en couple, lorsque l'AMP est réalisée dans les conditions prévues par le Code de la santé publique (art. L. 160-14, 12° et 26° du CSS nouveau).

Si la condition tenant à être un couple formé d'un homme et d'une femme a été abrogée, les autres critères relatifs aux demandeurs, à savoir « être vivant et en âge de procréer » sont maintenus mais sous une forme différente. Il est en effet précisé à l'alinéa 4 de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique que le décès d'un des membres du couple est l'une des situations qui font obstacle à l'insémination ou

au transfert des embryons⁷. En ce sens, la procréation *post mortem* reste impossible alors même qu'une femme seule, non mariée, peut accéder à l'AMP avec tiers donneur ; une femme dont le compagnon ou le mari est décédé avant la réalisation du projet parental par AMP pourra ainsi s'engager dans un autre projet mais ne pourra pas utiliser les gamètes de celui-ci ni les embryons formés à partir de ces derniers ou de ceux d'un tiers donneur. Quand aux conditions d'âges requises pour bénéficier d'une AMP, elles seront à l'avenir « 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 (Article L. 2141-2 alinéa 6 nouveau du Code de la santé publique). Si ces deux critères peuvent se retrouver en filigrane derrière la notion d' « âge de procréer »⁸, ils permettront aux juges d'opérer un contrôle plus objectif en cas de contentieux.

La mise en oeuvre de l'AMP est toujours précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec l'équipe médicale. La place de ces entretiens est néanmoins renforcée dans la mesure où c'est « après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10 » que les femmes, seules ou en couple, peuvent accéder à l'AMP. Ce sont toujours les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre qui réalisent ces entretiens mais il est désormais précisé qu'il s'agit d'un ou plusieurs médecins et d'autres professionnels de santé et que l'équipe est « composée notamment d'un psychiatre, d'un psychologue ou d'un infirmier ayant une compétence en psychiatrie, le cas échéant extérieur au centre ». Il est enfin toujours possible de faire appel à un assistant du service social, en tant que de besoin. Le contenu des entretiens vise toujours à informer les demandeurs au regard des techniques, des risques et de leurs possibilités de réussites et d'échecs et des alternatives à l'AMP telles que l'adoption. Ces entretiens ont également pour objet de vérifier la motivation des demandeurs, ce qui s'explique par le fait qu'il s'agit d'actes médicaux non thérapeutiques. Ces dispositions permettent également de différer la mise en oeuvre de l'AMP « lorsque la femme non mariée ou le couple demandeur ne remplissent pas les conditions prévues au présent titre ou 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 ». Afin de s'assurer que ce renforcement de la place de l'évaluation psychiatrique des candidats, et en particulier

6 - Défenseur des Droits, [Avis n°15-18 du 3 juillet 2015](#) relatif à l'assistance médicale à la procréation et à la gestation pour autrui, Avis au Parlement présenté dans le cadre de la Mission d'information consacrée à l'AMP et à la GPA : le droit français face aux évolutions jurisprudentielles, p. 6 : « De fait les conditions actuelles d'accès à la PMA créent une inégalité d'accès entre femmes selon leur orientation sexuelle. Il en résulte également une inégalité d'accès selon la situation de famille, une femme célibataire n'ayant pas le droit d'accéder à la PMA alors qu'elle peut s'engager seule dans un projet parental à travers l'adoption ».

7 - À propos de la procréation post mortem dans les débats relatifs à la loi de bioéthique, voir not. Lisa Carayon, « Arlésienne bioéthique : la procréation *post mortem en débats* », [Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie](#), 2020, n°25, pp. 45-50.

8 - Voir not. sur la notion d'âge de procréer, 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](#), 2018, n°18, pp. 45-50.

des candidates, seules ou en couples lesbiens, ne conduise pas à des différences de traitement basées sur l'orientation sexuelle ou le statut conjugal, il est explicitement prévu de pouvoir demander communication écrite des « motifs du report ou de refus d'une AMP ». Enfin, les entretiens visent également à informer pleinement les candidat-e-s à l'AMP avec tiers donneur « des modalités de l'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur par la personne majeure issue du don ». Ces « éléments d'information sur l'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur par la personne majeure issue du don ainsi que la liste des associations et organismes susceptibles de compléter leur information sur ce sujet. Les membres du couple ou la femme non mariée sont incités à anticiper et à créer les conditions qui leur permettront d'informer l'enfant, avant sa majorité, de ce qu'il est issu d'un don » se retrouvent également dans le dossier-guide qui leur est remis. L'AMP ne peut ensuite être mise en oeuvre qu'à l'issue d'une confirmation par écrit du consentement du couple ou de la femme non mariée à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois après la réalisation de ces entretiens. Il s'agit d'un renforcement de l'information et du consentement à l'acte médical qui détournent de leur l'objectif premier ces droits qui est le renforcement de l'autonomie décisionnelle du patient. De telles dispositions se retrouvent notamment à propos des interventions à visée esthétique ou encore de la stérilisation contraceptive.

Une autre évolution de la loi de bioéthique en matière d'AMP concerne l'autoconservation de gamètes. C'est d'ailleurs dans cette optique qu'il est prévu que « lorsqu'un recueil d'ovocytes par ponction a lieu dans le cadre d'une procédure d'assistance médicale à la procréation, il peut être proposé de réaliser dans le même temps une autoconservation ovocytaire » (alinéa 7 de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique nouveau).

B. Louverture de l'auto-conservation de gamètes à des fins préventives

Cela faisait déjà plusieurs années que la question de la conservation de gamètes à des fins de prévention de la baisse de la fertilité liée à l'âge était en débat. Comme pour l'AMP pour les couples lesbiens et les femmes seules, cette disposition fait finalement partie de la loi de bioéthique votée le 29 juin 2021⁹. Contrairement à l'AMP, cette possibilité ne remet pas en cause les dispositions pré-existantes qui permettaient uniquement la préservation à des fins médicales. Ainsi, deux régimes différents co-existeraient une fois la loi de bioéthique entrée en vigueur. D'un côté, il est toujours possible, conformément à l'article L. 2141-11 du Code de la santé publique, pour « toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément

altérée » de « bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité ». De l'autre, il sera désormais aussi possible pour une personne majeure de bénéficier « du recueil, du prélèvement et de la conservation de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation ». La mise en oeuvre d'une telle autoconservation de gamètes, en absence d'indication médicale, répond principalement à trois enjeux.

Le premier enjeu concerne la liberté procréative. En effet, l'autoconservation de gamète vise à accroître l'autonomie procréative des femmes en leur permettant de différer le moment de leur grossesse. Toutefois, cette perspective n'est pas celle qui est adoptée par la majorité des travaux préparatoires à la loi. Au contraire, il apparaît dans les débats parlementaires une véritable crainte quant aux pressions que pourraient exercer l'employeur sur ses salariées en la matière : la liberté des femmes serait ainsi de pouvoir vivre leur maternité au moment où celle-ci est la plus indiquée socialement, c'est-à-dire relativement tôt au regard des enjeux en termes de fertilité et de risques liés à la grossesse. Afin d'éviter les pressions extérieures, il a été explicitement prévu que « les frais relatifs à la conservation des gamètes [qui sont les seuls à ne pas être pris en charge par la sécurité sociale] (...) ne peuvent être pris en charge ou compensés, de manière directe ou indirecte, par l'employeur ou par toute personne physique ou toute personne morale de droit public ou privé vis-à-vis de laquelle la personne concernée est dans une situation de dépendance économique ». De manière plus générale, l'information et le consentement sont renforcés, comme pour les autres actes médicaux non thérapeutiques. Le consentement est ainsi recueilli nécessairement par écrit et l'information concerne « les conditions, les risques et les limites de la démarche et de ses suites ». En effet la conservation de gamètes ne garantit jamais le succès d'une grossesse ultérieure¹⁰. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'autoconservation de gamètes a pu être présentée comme un leurre, qu'il convenait pas de ne pas favoriser. Pour éviter qu'un marché de l'autoconservation de gamètes ne se développe, « seuls les établissements publics de santé ou les établissements de santé privés à but non lucratif habilités à assurer le service public hospitalier peuvent, lorsqu'ils y ont été autorisés, procéder au prélèvement, au recueil et à la conservation des gamètes » et « ces activités ne peuvent être exercées dans le cadre de l'activité libérale prévue à l'article L. 6154-1 ». Toutefois, « par dérogation, si aucun organisme ou établissement de santé public ou privé à but non lucratif n'assure ces activités dans un département, le directeur général de l'agence régionale de santé peut autoriser un établissement de santé privé à but lucratif à les pratiquer, sous réserve de la garantie par celui-ci de l'absence de

9 - voir not. Marie Mesnil, « L'autoconservation de gamètes en débat », [Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie](#), 2020, n°25, pp. 27-31.

10 - Valérie Depadt, « La vitrification sociétale : la science en rempart contre l'écoulement du temps ? », [Revue Juridique Personnes et Famille](#), n°6, 1^{er} juin 2018.

facturation de dépassements des tarifs fixés par l'autorité administrative et des tarifs des honoraires prévus » par le code de la sécurité sociale.

Le deuxième enjeu est relatif à l'âge. En effet, la mise en oeuvre de l'autoconservation de gamètes est conditionnée au respect de conditions d'âge qui seront « fixées par un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Agence de la biomédecine » (art. L. 2141-12 nouveau du Code de la santé publique). Ces dispositions d'ordre réglementaire sont déterminantes aussi bien concernant la période pendant laquelle la conservation pourra intervenir que celle de leur utilisation. Une des réticences importantes qui s'exprimaient à propos de l'autoconservation de gamètes, et plus particulièrement d'ovocytes, concernaient l'âge de la maternité et les risques médicaux associés. Actuellement, l'assurance maladie interprète la condition d'être en âge de procréer pour accéder à l'AMP comme limitée à 43 ans pour

les femmes. En effet, au-delà de cet âge, les actes d'investigation et de prise en charge de l'infertilité ne sont plus remboursés par la sécurité sociale. S'il est encore possible d'accéder à l'AMP, celle-ci est payante et ses chances de succès plus faibles à moins d'avoir recours à un don d'ovocyte. Or il n'y a qu'un stock très limité d'ovocytes disponibles et des délais d'attente relativement longs. C'est d'ailleurs dans cette perspective que l'autoconservation d'ovocytes est pertinente, afin de limiter la baisse de la fertilité liée à l'âge. Dans ces conditions, il pourrait être opportun de permettre aux femmes ayant conservé leur ovocytes de recourir à l'AMP au-delà de 43 ans. Compte tenu de ces éléments, le décret sera déterminant quant aux possibilités réelles d'autoconserver ses gamètes aux fins d'une grossesse ultérieure.

Enfin, le troisième enjeu tient au devenir des gamètes conservés initialement à des fins personnelles. La personne dont les gamètes sont conservés est consultée chaque année civile et elle doit consentir par écrit à la poursuite de cette conservation. Dans l'hypothèse où elle ne souhaite pas poursuivre cette conservation ou en cas de décès, elle peut consentir à ce que ses gamètes fassent l'objet d'un don, d'une recherche ou d'une destruction. Ce choix doit être fait par écrit, soit au moment de l'autoconservation dans la perspective d'un décès, soit chaque année au moment où la personne est contactée quant à la poursuite de la conservation. Le choix doit en outre être « confirmé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois à compter de la date du premier consentement » Toutefois, « l'absence de révocation par écrit du consentement dans ce délai vaut confirmation » même si « le consentement est révocable jusqu'à l'utilisation des gamètes ou jusqu'à ce qu'il soit mis fin à leur conservation ». Dans l'hypothèse où la personne ne répondra pas pendant dix années consécutives, si elle n'a pas consenti à ce que ses gamètes soient donnés ou utilisés à des fins de recherche alors il sera mis fin à leur conservation.

L'autoconservation de gamètes peut permettre de répondre à une partie des enjeux liés aux dons. En ce qui concerne les ovocytes, la situation de pénurie est

déjà présente tandis qu'elle est redoutée concernant les spermatozoïdes du fait de l'augmentation de la demande et du changement de régime quant « à l'accès des personnes conçues par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur ». En parallèle de ces avancées en matière procréative qui permettent aux femmes d'accéder à l'AMP indépendamment de leur statut conjugal et de leur orientation sexuelle et d'autoconserver leurs ovocytes à des fins préventives, la loi de bioéthique reconnaît et sécurise les droits des enfants nés d'une AMP avec tiers donneur.

C. La reconnaissance de nouveaux droits aux personnes issues du don

L'article 5 de la loi de bioéthique adoptée par l'Assemblée nationale le 29 juin 2021 prévoit un « accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur » (chapitre III du titre IV du livre Ier de la deuxième partie du Code de la santé publique)¹¹. Ces dispositions s'appliquent à l'égard de toutes les personnes qui ont donné leurs gamètes à des tiers dans le cadre de l'AMP : il peut ainsi s'agir de personnes dont les gamètes ont été recueillis pour le don directement ou pour l'autoconservation et qui ont fait l'objet d'un don ensuite ou encore « du couple, du membre survivant ou de la femme non mariée ayant consenti à ce qu'un ou plusieurs de ses embryons soient accueillis par un autre couple ou une autre femme ». Lorsqu'il s'agit d'un couple, le consentement de ce dernier « s'entend du consentement exprès de chacun de ses membres » (art. L. 2143-1 du nouveau Code de la santé publique).

Ainsi, il est désormais reconnu à l'article L. 2143-2 du Code de la santé publique tel qu'adopté par la loi de bioéthique que « toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur définies à l'article L. 2143-3 ». Il s'agit ainsi de « l'identité des personnes souhaitant procéder au don de gamètes ou proposer leur embryon à l'accueil ainsi que les données non identifiantes suivantes : 1° Leur âge ; 2° Leur état général tel qu'elles le décrivent au moment du don ; 3° Leurs caractéristiques physiques ; 4° Leur situation familiale et professionnelle ; 5° Leur pays de naissance ; 6° Les motivations de leur don, rédigées par leurs soins ». Pour pouvoir procéder à un don de gamètes ou proposer des embryons à l'accueil, il sera désormais indispensable que les personnes consentent expressément à la communication de ces données et de leur identité.

Les données relatives aux donneurs ainsi que celles relatives aux enfants nés à la suite d'un don d'un tiers donneur ainsi que l'identité de la personne ou du couple receveur sont conservées par l'Agence de la biomédecine qui en assure le traitement « dans des conditions garantissant

11 - Anne Debet, « Droit à la connaissance des origines des enfants nés d'un don », [Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance maladie](#), 2020, n°25, pp. 32-45.

strictement leur sécurité, leur intégrité et leur confidentialité, pour une durée limitée et adéquate tenant compte des nécessités résultant de l'usage auquel ces données sont destinées, fixée par un décret en Conseil d'État pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, qui ne peut être supérieure à cent vingt ans ».

Concrètement, la personne qui, à sa majorité, souhaite accéder aux données non identifiantes relatives au tiers donneur ou à l'identité du tiers donneur devra s'adresser à une commission spécifique dédiée à l'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur. Ce Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, placé auprès du ministre en charge de la santé, est composé d'un magistrat de l'ordre judiciaire, qui la préside, d'un membre de la juridiction administrative, de quatre représentants du ministre de la justice et des ministres chargés de l'action sociale et de la santé, de quatre personnalités qualifiées choisies en raison de leurs connaissances ou de leur expérience dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation ou des sciences humaines et sociales et de six représentants d'associations dont l'objet relève du champ d'intervention de la commission. Plusieurs fonctions lui sont dévolues : il s'agit d'abord de faire droit aux demandes d'accès à l'identité et à des données non identifiantes relatives aux tiers donneurs et pour cela, elle peut demander à l'Agence de la biomédecine la communication des données non identifiantes et de l'identité des tiers donneurs mais aussi « recueillir et d'enregistrer l'accord des tiers donneurs qui n'étaient pas soumis aux dispositions du présent chapitre au moment de leur don » et qui se manifesteraient d'eux-mêmes et pour les autres, elle peut les recontacter afin de solliciter et de recueillir leur consentement à la communication de leurs données non identifiantes et de leur identité.

Ce dispositif est novateur en ce qu'il permet aux personnes conçues par don de gamètes d'obtenir, à leur majorité, des informations relatives à leur donneur ainsi que l'identité de ce dernier. Il s'agit d'une modification majeure de la manière dont l'AMP avec tiers donneur avait jusqu'ici été pensée. C'est d'ailleurs dans cette optique qu'il est ajouté un article 16-8-1 au code civil qui dispose à son alinéa 2 que « Le principe d'anonymat du don ne fait pas obstacle à l'accès de la personne majeure née d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, sur sa demande, à des données non identifiantes ou à l'identité du tiers donneur, dans les conditions prévues au chapitre III du titre IV du livre 1^{er} de la deuxième partie du code de la santé publique ». Il s'agissait d'une revendication forte de personnes issues d'un don de gamètes qui emporte un changement de paradigme avec la reconnaissance d'un droit d'accès à ses origines personnelles en cas de conception par AMP avec tiers donneur : ce droit s'applique non seulement pour l'avenir mais pourra également être mis en oeuvre si les personnes qui ont procédé à un don de gamètes avant l'entrée en vigueur de la loi y consentent.

Un dispositif de droit transitoire est également prévu afin d'assurer la continuité des activités d'AMP avec tiers

donneur : « à compter d'une date fixée par décret, ne peuvent être utilisés pour une tentative d'assistance médicale à la procréation que les gamètes et les embryons proposés à l'accueil pour lesquels les donneurs ont consenti à la transmission de leurs données non identifiantes et à la communication de leur identité en cas de demande des personnes nées de leur don ». Cette date sera déterminante car elle doit permettre de reconstituer des stocks de gamètes suffisants tout en limitant dans le temps le report de l'entrée en vigueur de ce droit à la communication de l'identité et de données non identifiantes relatives au tiers donneur.

Un certain nombre de questions restent toutefois irrésolues : le fait de solliciter la commission suppose de savoir que l'on a été conçu par don de gamètes ou d'envisager cela comme une possibilité. Or, cette information appartient aux parents qui sont non seulement informés avant la mise en oeuvre de l'AMP « des modalités de l'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur par la personne majeure issue du don » mais également « incités à anticiper et à créer les conditions qui leur permettront d'informer l'enfant, avant sa majorité, de ce qu'il est issu d'un don » (article L. 2141-10 du nouveau Code de la santé publique). Plusieurs éléments concourent à la possibilité de maintenir le secret autour du recours au don de gamètes et notamment la procédure d'appariement qui consiste pour les médecins à choisir un donneur dont les caractéristiques physiques sont proches du parent infertile. S'il a pu être proposé de donner le choix aux candidats à l'AMP de refuser une telle procédure, la disposition n'a finalement pas été retenue dans le cadre de la loi de bioéthique. Des auteurs ont également envisagés de lier la question de la connaissance des origines avec la filiation, utilisant cette dernière comme marqueur du recours à un don de gamètes¹². Cette confusion entre les origines biologiques et la filiation se retrouve dans la loi de bioéthique au sujet de la filiation des couples lesbiens.

II. Les limites de la loi de bioéthique en termes de droits reproductifs et familiaux

Depuis la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, les revendications en matière d'AMP concernaient aussi bien le droit à la connaissance des origines que l'ouverture de l'AMP à toutes les femmes, seules ou en couple lesbiens. Ces deux enjeux, pourtant très différents, ont été très fortement imbriqués : il a en effet été proposé de créer une nouvelle modalité d'établissement de la filiation qui témoignerait du recours au don de gamètes. Ce droit spécial de la filiation a été retenu par le législateur pour établir la filiation de la femme du couple qui ne porte pas l'enfant. La création d'une nouvelle modalité d'établissement de la filiation inédite pose un certain nombre de difficultés (A). Il ne s'agit pas de la seule limite du texte en matière d'AMP : en effet, les débats parlementaires ont mis en lumière les

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

réticences importantes à penser l'AMP en dehors du cadre pré-existant, refusant aux femmes lesbiennes d'utiliser les ovocytes de leur compagne et aux personnes trans' de se voir consacrer des droits reproductifs et familiaux (B). À ces limites théoriques s'ajoutent des inquiétudes pratiques quant à la mise en oeuvre effective de l'AMP en France (C).

A. La création d'un droit spécial de la filiation pour les couples lesbiens

Depuis la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, il est possible d'établir la filiation à l'égard de deux parents de même sexe par le biais des procédures d'adoption. C'est en particulier la procédure d'adoption de l'enfant de la conjointe qui est utilisée par les couples lesbiens en cas de recours à l'AMP à l'étranger : la femme qui accouche est de ce fait la mère tandis que l'autre femme, co-autrice du projet parental, doit être mariée avec la mère et introduire une demande d'adoption devant le juge. Faute d'une telle démarche, elle resterait une mère non statutaire, c'est-à-dire non reconnue par le droit. L'ouverture de l'AMP aux couples lesbiens a conduit à s'interroger sur les modalités possibles d'établissement de la filiation. Le maintien du recours à la procédure d'adoption de l'enfant de la conjointe n'a pas été envisagé, sauf par le Sénat en première lecture, car il s'agit d'une procédure longue, intrusive et source d'insécurité pour ces familles.

D'autres options étaient alors possibles : l'extension du dispositif dont bénéficie depuis les lois de bioéthique de 1994 les couples hétérosexuels ou la création d'une nouvelle modalité d'établissement de la filiation, reconnaissance conjointe anticipée permettant d'établir de manière identique et solidaire la filiation des enfants conçus par don d'engendrement¹³. Cette nouvelle modalité d'établissement de la filiation permet de répondre à trois enjeux différents : en effet, en témoignant du recours aux forces procréatives d'un tiers, cela permet aux personnes conçues par don de gamètes d'en avoir connaissance, cela permet également de penser la filiation des couples lesbiens ayant recours à une AMP avec tiers donneurs aussi bien que la filiation des parents dont les enfants ont été conçu par gestation pour autrui (GPA) et enfin, cela permet de répondre aux personnes qui ne souhaitent pas que l'on mente aux enfants, en ne faisant pas passer les parents pour les géniteurs ou la gestatrice des enfants. La reconnaissance conjointe ne répond pourtant en définitive à aucun de ces enjeux. En effet, les enfants qui consulteraient leur acte de naissance pourraient comprendre qu'ils ont été conçus par don de gamètes mais n'auraient alors aucun accès à leurs origines personnelles ; seule la reconnaissance d'un droit à la connaissance des origines tel qu'envisagé par l'article 5 de la loi de bioéthique permet une telle information. Quant à la simplification de la reconnaissance de la filiation des enfants conçus par GPA à l'étranger, elle n'a été envisagée que par une minorité

de parlementaires¹⁴. Au contraire, l'article 7 de la loi de bioéthique vise à compléter à l'article 47 du Code civil afin de préciser que l'acte de naissance d'un enfant conçu par GPA à l'étranger ne fait foi que dans la mesure où les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité et « celle-ci est appréciée au regard de la loi française ». Or cette dernière ne reconnaît pas les parentés d'intention, sauf à l'égard du géniteur. Le second parent, qu'il s'agisse d'une femme ou d'un homme, ne peut ainsi voir sa filiation transcrite en droit français. Le troisième enjeu auquel la reconnaissance conjointe anticipée répond est l'extension de l'AMP aux couples de femmes. Il apparaît toutefois que cette mesure ne nécessite pas la création d'un tel mode de filiation, inédit et stigmatisant. En effet, les couples de femmes sont les seuls qui ne pourront pas cacher le mode de conception à l'enfant et pour lesquels la mention du recours au don de gamètes est inutile, sauf à vouloir marquer, symboliquement, sur l'acte de naissance la nécessité de la différence des sexes dans la conception d'un enfant.

Il aurait été au contraire possible d'étendre le dispositif existant actuellement pour les couples hétérosexuels. Cela consiste à sécuriser la filiation de l'enfant conçu par don en interdisant d'un côté l'établissement de la filiation à l'égard des tiers donneurs et en pouvant, de l'autre, forcer l'établissement de la filiation à l'égard de l'homme, co-auteur du projet parental. En dehors de cette situation de conflit, ce dernier établit sa filiation volontairement en recourant aux modes classiques d'établissement de la filiation paternelle, soit par présomption de paternité s'il est marié avec la femme, soit par reconnaissance. L'extension de ce dispositif aux couples lesbiens a été refusé au nom de la vraisemblance biologique, selon laquelle « le sens de la présomption et de la reconnaissance étant de refléter une vérité biologique »¹⁵. Cette affirmation est toutefois directement contredite par la possibilité pour un homme d'établir sa filiation selon ces modes d'établissement de la filiation alors que l'enfant a été conçu par don de spermatozoïdes.

Le mode d'établissement de la filiation créé par la loi de bioéthique, à l'article 6, a été dénommé reconnaissance conjointe. Elle doit être faite par les deux femmes lors du recueil du consentement au don devant notaire. En effet, selon l'article 342-10 du Code civil modifié par la loi de bioéthique, « les couples ou la femme non mariée qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent donner préalablement leur consentement à un notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ainsi que des conditions dans lesquelles l'enfant pourra, s'il le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes et à l'identité de ce tiers donneur ». Alors que « le couple de femmes reconnaît conjointement

13 - Irène Théry et Anne-Marie Leroyer, *Filiations, origines et parentalité - le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, 2014.

14 - Voir en ce sens, Ana Zelcevic-Duhamel, « Les évolutions du droit suscitées par la GPA », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, 2020, n°25, pp. 51-54.

15 - Conseil d'Etat, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, 28 juin 2018, p. 61.

l'enfant », selon l'alinéa 1^{er} de l'article 342-11 du Code civil créé, il est précisé ensuite à l'alinéa suivant que « la filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25. Elle est établie, à l'égard de l'autre femme, par la reconnaissance conjointe prévue au premier alinéa du présent article. Celle-ci est remise par l'une des deux femmes ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance ». Il s'agit d'une des premières difficultés : la reconnaissance doit être faite de manière conjointe mais ne produit ensuite des effets qu'à l'égard de la femme qui n'accouche pas de l'enfant. D'autres incertitudes existent à propos de cette reconnaissance conjointe qui intervient avant même la conception d'un enfant : produit-elle des effets limités dans le temps ? Est-ce qu'elle concernera uniquement le premier enfant ? Quid en cas de naissance multiple ? Qu'en est-il également de la possibilité pour la femme qui porte l'enfant de demander le secret si son nom est indiqué dans la reconnaissance conjointe ? En effet, il est aujourd'hui prévu à l'article 62 du Code civil que « l'acte de reconnaissance énonce les prénoms, nom, date de naissance ou, à défaut, âge, lieu de naissance et domicile de l'auteur de la reconnaissance. Il indique les date et lieu de naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant ou, à défaut, tous renseignements utiles sur la naissance, sous réserve des dispositions de l'article 326 ». Ce dernier prévoit justement que lors de l'accouchement, la femme puisse « demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ».

L'objet de la loi de bioéthique n'est pas de réformer le droit de la filiation. Il aurait été plus simple et plus efficace de ne pas créer une nouvelle modalité d'établissement de la filiation, très incertaine et au contraire, de permettre à la femme qui ne porte pas l'enfant de reconnaître celui-ci, une fois qu'il est conçu ou né, dans les mêmes conditions que le ferait un homme. S'il s'avère que l'enfant n'est pas issu de l'AMP et qu'il existe un géniteur qui peut avoir prétention à devenir père, celui-ci peut contester la filiation en prouvant que l'enfant n'est pas issu de l'AMP avec tiers donneur. Cette éventualité existe en effet à l'article 342-10 alinéa 2 du Code civil : « Le consentement donné à une assistance médicale à la procréation interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation ou que le consentement a été privé d'effet ».

Enfin, la reconnaissance pourrait être ouverte aux couples « de femmes [qui ont] eu recours à une assistance médicale à la procréation à l'étranger avant la publication de la présente loi » dès lorsque « la filiation[de l'enfant] n'est établie qu'à l'égard de la femme qui a accouché. Cette reconnaissance établit la filiation à l'égard de l'autre femme ». Ce dispositif de droit transitoire a été créé par la loi de bioéthique pour « rattraper » les situations passées dans lesquelles la filiation n'a pas pu être établie à l'égard de la femme qui n'a pas porté l'enfant, notamment du fait d'une rupture ou de l'absence de mariage. Ainsi, pendant trois ans à compter de la publication de la loi de bioéthique, il sera possible pour les mères non

statutaires d'établir leur filiation à l'égard de l'enfant conçu par AMP. Cette reconnaissance est toutefois soumise à l'accord de la mère puisqu'elle doit être conjointe dans sa rédaction même si elle n'établit ensuite la filiation qu'à l'égard de la femme qui n'avait pas encore le statut de mère.

La création d'un droit spécial de la filiation, à côté du titre VII relatif à la filiation et du titre VIII relatif à l'adoption, interroge, tant quant à son opportunité que sa mise en oeuvre pratique. Cela illustre les réticences importantes qui existent à reconnaître de véritables droits reproductifs et familiaux en dehors d'un cadre hétéronormatif.

B. Les difficultés à penser l'AMP en dehors de l'hétéronormativité

L'hétéronormativité désigne le fait que l'hétérosexualité soit implicitement considérée comme une norme dans la société. De manière la plus évidente, l'exclusion de toutes les femmes de l'accès à l'AMP lorsqu'elles ne sont pas en couple avec un homme est un exemple de l'hétéronormativité du droit de l'AMP. Il ne faudrait toutefois pas penser qu'en ouvrant l'AMP aux couples lesbiens et aux femmes seules, le droit rompt radicalement avec sa manière d'appréhender les individus : en plus de la création d'un mode de filiation dérogatoire et spécifique pour les couples lesbiens, la loi de bioéthique peine à penser les personnes autrement qu'hétérosexuelles ou cisgenres. Ainsi, les femmes seules ne peuvent accéder à l'AMP que si elles ne sont pas mariées afin d'éviter que leur mari ne deviennent père par le jeu de la présomption de paternité¹⁶. Cette préoccupation ressort nettement des débats parlementaires alors qu'il n'existe pas de présomption équivalente pour les couples lesbiens mariés, ce qui supposerait de permettre aux femmes mariées à une autre femme d'accéder à titre de personne seule à l'AMP. Par ailleurs, la présomption de paternité peut être écartée en ne mentionnant pas le nom du mari dans l'acte de naissance de l'enfant.

L'hétéronormativité de la loi de bioéthique se manifeste également par l'absence de possibilité de mettre en oeuvre les techniques d'AMP en prenant en compte les spécificités des personnes trans' et/ou des couples lesbiens. Les couples lesbiens ainsi que les personnes trans' pourraient en effet utiliser les gamètes disponibles au sein de leur couple avant de recourir à ceux d'un tiers donneur. Il pourrait par exemple être nécessaire de recourir aux ovocytes de la femme qui ne porte pas l'enfant au sein du couple lesbien ou de l'homme trans du couple si la fécondation ne fonctionne pas avec ceux de la femme qui le porte. Au sein des couples lesbiens, cette technique est désignée sous le terme de ROPA pour réception des ovocytes de la partenaire et peut intervenir par nécessité médicale ou par choix. Les parlementaires n'ont retenu aucune de ces deux options. Concernant les personnes trans', il s'agit aussi de leur permettre d'utiliser

16 - Voir notre analyse, Marie Mesnil, « Ce que les femmes mariées nous apprennent du projet de loi bioéthique », [Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2020, n°26](#), pp. 66-69.

leurs forces procréatives, y compris les gamètes qui ont pu être autoconservés préalablement au parcours de transition¹⁷. En effet, depuis l'adoption de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle, le changement de la mention du sexe à l'état civil n'implique plus aucun critère médical alors qu'il était nécessaire auparavant de justifier à la fois de la réalité du syndrome transsexuel et du caractère irréversible de la transformation physique. À rebours de la jurisprudence qui était attentatoire aux droits des personnes trans', la loi du 18 novembre 2016 précise à l'alinéa 3 de l'article 61-6 du Code civil que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande ». Les personnes trans' peuvent par conséquent changer la mention de leur sexe à l'état civil et conserver leurs capacités procréatives : autrement dit, des hommes trans' peuvent vouloir porter un enfant et avoir besoin, de la même manière qu'une femme cis, de bénéficier d'un don de sperme qu'ils soient seul ou en couple, avec un homme ou une femme. Lors des débats parlementaires, il a été clairement affirmé que le sexe dont il est question dans les articles du Code de la Santé publique est celui de l'état civil. Seuls les hommes trans' en couple avec une femme peuvent ainsi accéder à l'AMP, comme cela est déjà le cas actuellement ; ils ne sont toutefois pas directement les bénéficiaires du don de spermatozoïdes et seules leurs compagnes sont amenées à être enceintes. La question des droits familiaux et reproductifs des personnes trans' dépasse le champ de la loi de bioéthique¹⁸. En effet, la principale raison pour ne pas permettre aux personnes trans' de devenir parent à partir de leurs forces procréatives lorsque cela implique de recourir à une AMP est la filiation. En l'état actuel du droit, il n'est pas prévu que les modalités d'établissement de la filiation maternelle ou paternelle puissent s'appliquer à une personne trans' tout en respectant son identité de genre. La Cour de cassation a été amenée à se prononcer dans une affaire concernant la filiation d'un enfant conçu charnellement par une femme trans et son épouse. Aux termes de la décision rendue le 16 septembre 2020, la Cour de cassation juge que « c'est sans encourir les griefs du moyen que la cour d'appel a constaté l'impossibilité d'établissement d'une double filiation de nature maternelle pour l'enfant D..., en présence d'un refus de l'adoption intra-conjugale, et rejeté la demande de transcription, sur les registres de l'état civil, de la reconnaissance de maternité de Mme X... à l'égard de l'enfant »¹⁹. Il est en effet impossible en l'état du droit français d'établir deux filiations maternelles à l'égard d'un même enfant, hors adoption et lorsque la loi de bioéthique sera promulguée, hors reconnaissance conjointe.

La filiation des personnes trans' pose principalement des enjeux de deux natures différentes. D'un côté, il s'agit de réfléchir, comme le fait la Cour de cassation, à la manière d'établir la filiation d'une personne impliquée charnellement dans la conception d'un enfant tout en assurant une cohérence au regard de son sexe à l'état civil. De l'autre, il s'agit de permettre à des parentés de même sexe d'être établis selon les dispositions du titre VII du Code civil. Pour cela, il serait possible de ne plus se figurer les deux branches de la filiation comme des représentations du masculin et du féminin mais comme l'incarnation de deux fondements différents à la parenté, qui ne doivent pas se contredire. Autrement dit, il peut y avoir deux parents de même sexe à la condition qu'ils n'aient pas participé de la même manière au projet parental : l'un a porté l'enfant, l'autre a fourni ses gamètes ou a consenti au recours à un tiers donneur.

La loi de bioéthique remet en cause le paradigme thérapeutique sur lequel reposait l'AMP sans pour autant proposer une approche différente de celle existante ; il ne s'agit ainsi pas d'une véritable affirmation de droits familiaux et reproductifs à tou-te-s. En outre, il est probable que la mise en oeuvre de ces nouvelles dispositions ne soit pas évidente, compte tenu des moyens limités dont disposent les établissements et du faible nombre de donneurs de gamètes.

C. Les difficultés pratiques à la mise en oeuvre des dispositions relatives à l'AMP

Un grand nombre d'inconnues demeurent actuellement à propos de la loi de bioéthique. La première incertitude concerne le contrôle de constitutionnalité qui va être réalisé par le Conseil constitutionnel. En effet, juste après son adoption définitive par l'Assemblée nationale le 29 juin 2021, un groupe d'une soixantaine de députés a déféré la loi de bioéthique devant le Conseil constitutionnel. Aucun grief ne concerne toutefois les dispositions relatives à l'AMP. Les sages de la rue de Montpellier disposent d'un délai d'un mois à compter du 2 juillet 2021 pour se prononcer et peuvent se saisir eux-mêmes de certaines des dispositions du texte. Même si le dispositif en matière de filiation pour les couples lesbiens nous apparaît particulièrement peu intelligible alors que les dispositions en matière de filiation relèvent de la seule compétence du législateur, il est peu probable que le Conseil constitutionnel censure les dispositions en matière de filiation à la suite d'une AMP avec tiers donneur réalisée par un couple lesbien, mesure phare du texte.

Ce n'est donc pas tant au Conseil constitutionnel qu'aux faits que la loi de bioéthique risque de se heurter. Un certain nombre de dispositions législatives nécessite l'intervention du pouvoir réglementaire pour rentrer effectivement en vigueur : en matière d'AMP, les conditions d'âge pour y accéder et la composition de l'équipe clinicobiologique doivent être fixées par décrets en Conseil d'État ; il en va de même pour les conditions d'âge pour bénéficier d'une autoconservation de gamètes. Ces dispositions sont déterminantes puisque l'objet de l'autoconservation

17 - Défenseur des droits, *Décision MSP-2015-009 relative au recueil et la conservation de gamètes des personnes transsexuelles en parcours de transition*, 22 octobre 2015.

18 - Voir en ce sens, Marie Mesnil, « Quel genre pour la parenté trans ? Les trois lectures de l'identité sexuée », 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.

19 - Cass. 1^{ère} Civ., 16 septembre 2020, n°18-50.080 et 19-11.251, §26.

ovocytaire est précisément de prévenir la baisse de fertilité liée à l'âge et que l'AMP permet en partie de répondre à celle-ci. L'étude d'impact au projet de loi proposait les bornes qui pourraient être fixées concernant le recueil : « la limite d'âge inférieure d'accès à la mesure est fixée à 32 ans et sera étendue aux hommes. Pour garantir la qualité des gamètes prélevés ou recueillis, un âge supérieur est également retenu : celui des donneurs de gamètes soit 37 ans pour les femmes et 45 ans pour les hommes ». Concernant ensuite l'usage des gamètes cryoconservés, il est proposé, « dans un souci de cohérence d'ensemble, (...) de faire correspondre la limite d'âge d'utilisation des ovocytes conservés avec celle de la prise en charge par l'assurance maladie de l'assistance médicale à la procréation, soit jusqu'au 43^e anniversaire de la femme. Pour les hommes, l'âge de 59 ans sera retenu (il correspond également à l'âge limite en assistance médicale à la procréation) ». Ces dispositions n'ont pour autant aucune valeur et c'est bien le décret qui définira les deux intervalles d'âge, déterminant ainsi la véritable portée de la possibilité d'autoconserver ses gamètes. Concernant le droit d'accès à ses origines pour les personnes conçues à partir d'un don d'un tiers donneur, les modalités de traitement des données relatives aux tiers donneurs mais aussi à celles des personnes issues des dons et des receveurs ainsi que les modalités de leur communication et consultation sont à définir par décret. C'est également un décret qui doit déterminer la date d'entrée en vigueur du nouveau régime relatif aux gamètes et celle de la fin de l'utilisation des gamètes pour lesquels les donneurs n'ont pas consenti à la transmission de leurs données non identifiantes et à la communication de leur identité en cas de demande des personnes nées de leur don. Pour les autres, il sera mis fin à leur conservation.

Outre les dispositions réglementaires, les dispositions relatives à l'AMP contenues par la loi de bioéthique devront également pouvoir être mises en oeuvre par les centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains (CECOS). Pour cela, ces derniers devront non seulement disposer de moyens financiers et humains suffisants mais encore des gamètes nécessaires aux projets parentaux. Or, ces gamètes devront également respecter le nouveau régime et permettre l'accès à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur. Il est impossible de savoir quel sera l'impact exact de ce changement de régime sur le nombre de donneurs mais il est certain que le stock devra être reconstitué en grande partie, même si certains donneurs accepteront d'enrichir leur don passé de ces nouvelles données. Les conditions matérielles de réalisation de l'ensemble des projets parentaux permettront de faire de la loi de bioéthique un texte ouvrant l'AMP à un plus grand nombre de femmes. Dans le cas contraire, les femmes seules, en couple avec une femme mais aussi en couple avec un homme devront se rendre à l'étranger pour contourner des délais d'attente trop importants. Dans ces conditions, il sera toutefois possible de voir ces soins, autorisés en France et réalisés selon des modalités proches, pris en charge par l'assurance maladie.

En définitive, le changement de paradigme opéré par la loi de bioéthique en matière d'AMP est très réduit : si le modèle thérapeutique est abandonné en matière d'AMP, la dichotomie entre autoconservation de gamètes pour raison médicale et pour raison sociétale demeure. De même, les évolutions envisagées restent limitées et seules les femmes, en couple lesbien ou seules lorsqu'elles ne sont pas mariées peuvent accéder à l'AMP avec tiers donneur. Les personnes trans' ainsi que toutes les pratiques nouvelles telles que la ROPA ont été sciemment exclues du giron du texte, pour des raisons tenant principalement à la filiation. La filiation est en effet pensée comme la continuité de la reproduction et c'est pourquoi les couples lesbiens bénéficieront d'une nouvelle modalité d'établissement de la filiation dont l'objectif principal est de signifier le recours à un tiers donneur, inscrivant la différence des sexes dans l'acte de naissance de l'enfant. La loi de bioéthique n'est ainsi pas la grande loi famille qui avait été évoquée par François Hollande lorsqu'il était Président de la République, il s'agit au contraire d'un texte qui préserve les hiérarchies entre les familles, en les reconfigurant.

Marie Mesnil