



**University of  
Zurich** <sup>UZH</sup>

**URPP Human Reproduction  
Reloaded | H2R**



**Estelle Fragu**

**La réforme française de la bioéthique : Vers un nouveau  
modèle de reproduction ?**



H2R Working Paper 02/2022

## **Impressum**

This text may only be used for private personal use. Any reproduction or distribution, whether electronically or in print, requires the permission of the author. If the text is cited, the citation should include the full name of the author, the title, the number of the working paper and the year.

Suggested citation: Fragu, Estelle. 2022. La reforme française de la bioéthique: Vers un nouveau modèle de reproduction? URPP Human Reproduction Reloaded | H2R (University of Zurich), *Working Paper Series*, 02/2022. Zurich et Genève: Seismo, <https://doi.org/10.33058/wpuzh.2022.8891>.

© 2022. This work is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 License. (CC BY-NC-ND 4.0)

Seismo Press, Social sciences and social issues AG  
Zurich and Geneva  
[buch@seismoverlag.ch](mailto:buch@seismoverlag.ch)  
[www.seismoverlag.ch](http://www.seismoverlag.ch)

DOI 10.33058/wpuzh.2022.8891

## **H2R Working Papers Contacts and Information**

University of Zurich  
URPP Human Reproduction Reloaded | H2R  
Law Institute  
Rämistrasse 74/71  
CH-8001 Zurich  
[info@humanreproduction.uzh.ch](mailto:info@humanreproduction.uzh.ch)  
<https://www.humanreproduction.uzh.ch/en.html>

## **Editorial Board**

Andrea Büchler, Ulrike Babusiaux, Annuska Derks, Ulrike Ehlert, Tanja Krones, Brigitte Leeners, Katja Rost, Nina Jakoby (coordinator), Elena Brodeală (coordinator)

## Table des matières

<b>Introduction</b>	<b>6</b>
<b>1. Réorienter l'assistance médicale à la reproduction</b>	<b>9</b>
1.1 Réorienter les techniques	10
1.1.1 <i>L'accès aux techniques</i>	10
1.1.2 <i>La diversité des techniques</i>	18
1.2 Réorienter la filiation	23
1.2.1 <i>La filiation après une procréation médicalement assistée</i>	23
1.2.2 <i>La filiation après une gestation pour autrui</i>	27
<b>2. Assouplir la recherche</b>	<b>30</b>
2.1 Assouplir les recherches sur l'embryon	31
2.1.1 <i>Élargir les objectifs</i>	31
2.1.2 <i>Abaisser les interdits</i>	33
2.2 Assouplir les recherches sur les cellules souches	38
2.2.1 <i>Alléger la procédure</i>	38
2.2.2 <i>Alléger les techniques</i>	40
<b>Bibliographie</b>	<b>43</b>
<i>Articles</i>	43
<i>Jurisprudences et décisions</i>	43
<i>Avis et rapports</i>	44
<i>Lois, décrets, arrêtés et circulaires</i>	45
<i>Débats parlementaires</i>	45

## **La réforme française de la bioéthique : Vers un nouveau modèle de reproduction ?**

Estelle Fragu\*

*Résumé* : Dans cet article, il est question de la réforme française de la bioéthique réalisée par la loi du 2 août 2021. Cette nouvelle loi constitue une étape majeure, car elle ne s'est pas contentée d'actualiser le système existant, mais porte au contraire une nouvelle vision de la reproduction, détachée de la notion de stérilité pathologique. Le projet parental est ainsi devenu l'élément central du parcours de procréation médicalement assistée. Pour autant, il ne faudrait pas croire que la logique thérapeutique ait entièrement déserté le thème de la reproduction. Les recherches menées sur l'embryon et les cellules souches demeurent en effet guidées par une finalité médicale, mais ont été considérablement assouplies à la lumière des innovations récentes telles que la technologie CRISP-Cas9. Ces évolutions seront analysées à la lumière des précédentes lois bioéthiques de 1994, 2004 et 2011.

*Mots-clés* : auto-conservation de gamètes, bioéthique, cellules iPS, cellules souches embryonnaires, CRISP-Cas9, embryon, embryon transgénique, filiation, gestation pour autrui, procréation médicalement assistée, procréation *post-mortem*, réforme.

### **The French bioethics reform: Moving towards a new model of reproduction?**

*Abstract*: This article discusses the French bioethics reform carried out by the law of 2 August 2021. This new law constitutes a major step forward as it does not merely update the existing system, but rather introduces a new vision of reproduction, detached from the notion of pathological infertility. The parental project has thus become the core element of the medically assisted reproduction process. However, it should not be believed that the therapeutic logic has entirely deserted the topic of reproduction. Research on embryos and stem cells is still guided by a medical purpose, but has been considerably facilitated in the light of recent innovations such as CRISP-Cas9 technology. These changes will be analyzed in the light of the previous bioethics laws of 1994, 2004 and 2011.

*Keywords*: Bioethics, CRISP-Cas9, embryo, embryonic stem cells, gamete storage, induced pluripotent stem cells, medically assisted reproduction, parentage, *post-mortem* reproduction, reform, surrogacy, transgenic embryo.

### **Die französische Bioethik-Reform: Auf dem Weg zu einem neuen Reproduktionsmodell?**

*Zusammenfassung*: In diesem Beitrag wird auf die französische Reform der Bioethik eingegangen, die mit dem Gesetz vom 2. August 2021 durchgeführt wurde. Dieses

---

\* Dr. Estelle Fragu, Maître de conférences (Panthéon-Assas Université Paris) et postdoc (URPP Human Reproduction Reloaded, University of Zurich). Ce travail a été soutenu par le Pôle de recherche universitaire "Human Reproduction Reloaded" de l'Université de Zurich.

neue Gesetz stellt einen wichtigen Schritt dar, da es nicht nur das bestehende System aktualisiert hat, sondern im Gegenteil eine neue Vision der Fortpflanzung trägt, die sich von dem Begriff der pathologischen Sterilität löst. Das Elternprojekt ist somit zum zentralen Element der medizinisch unterstützten Fortpflanzung geworden. Dennoch sollte man nicht glauben, dass die therapeutische Logik das Thema der Fortpflanzung völlig verlassen hat. Die Forschung an Embryonen und Stammzellen wird nach wie vor von einem medizinischen Zweck geleitet, wurde aber durch die jüngsten Innovationen wie die CRISP-Cas9-Technologie erheblich erleichtert. Diese Entwicklungen werden vor dem Hintergrund der vorangegangenen Bioethikgesetze von 1994, 2004 und 2011 analysiert.

*Schlüsselwörter:* Abstammung, Bioethik, CRISP-Cas9, Embryo, embryonale Stammzellen, induzierte pluripotente Stammzellen, Konservierung von Keimzellen, Leihmutterchaft, Medizinisch assistierte Fortpflanzung, Fortpflanzung *post-mortem*, Reform, transgener Embryo.

## Introduction

*Les « miracles » de la science ont fait vaciller les repères traditionnels de la vie, de la mort et de la filiation; ils ont réveillé les peurs de l'eugénisme et du « meilleur des mondes »; ils ont déstabilisé les règles consensuelles de la déontologie médicale.*  
(Lipovetsky 2007: 282)

La bioéthique constitue une réponse à cette perte de repère alimentée par des peurs d'un genre nouveau. Il fallait retrouver une certaine forme de contrôle étatique sur « l'excès de vitesse des innovations techniques » (Binet 2002: X) menaçant, dans un contexte mondialisé, les représentations traditionnelles de l'humain. À cet égard, le droit doit faire preuve de prudence face à ce que l'on qualifie communément de « progrès scientifique ». En effet, l'on oublie trop souvent l'étymologie du mot progrès: emprunté au latin *progressus*, lui-même dérivé de *progredi* – avancer –, ce mot signifie essentiellement une *marche en avant*. Dans un registre militaire, il renvoie à une suite de conquêtes ou d'avantages amenant les troupes plus près de la victoire finale. C'est sans doute cette utilisation qui a rapidement conféré au progrès une connotation positive, celle d'une évolution vers un état meilleur. Pourtant, le progrès n'est rien d'autre qu'une marche qui ne doit susciter ni précipitation ni frénésie. L'écrivain britannique C. S. Lewis affirmait ainsi que, « si nous appelons tous de nos vœux le progrès, ce dernier implique de se rapprocher de l'endroit où l'on veut être » (2021: 28). Dès lors, et si le chemin a son importance, il faut également pouvoir juger de la destination. Tel a été l'objectif des différentes lois bioéthiques qui se sont succédé en France.

Si la loi du 20 décembre 1988<sup>1</sup>, dite loi Huriet, fut la première à encadrer en France la recherche biomédicale, elle se limita au domaine restreint des expérimentations organisées et pratiquées sur l'être humain. Il a fallu attendre 1994 pour que naisse un encadrement bioéthique global<sup>2</sup>: sont ainsi apparus dans le Code civil français aux articles 16 et suivants les principes de dignité de la personne humaine<sup>3</sup>, d'inviolabilité et de non-patrimonialité du corps humain, ainsi que l'obligation de recueillir préalablement à toute intervention thérapeutique le consentement de l'individu. Parallèlement, le Code de la santé publique s'est notamment enrichi du premier encadrement de l'assistance médicale à la procréation, ainsi que des principes de gratuité et d'anonymat<sup>4</sup> qui caractérisent le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain. Cependant, il n'a jamais été question de laisser les choses en l'état, comme le rappelle le Comité consultatif national d'éthique: «Sauf à courir le risque que le possible dépasse la réflexion sur le souhaitable et que la technique fasse automatiquement loi, la réflexion bioéthique doit intégrer en temps réel les avancées scientifiques, technologiques et sociétales qui affectent le domaine de la santé et des sciences de la vie» (avis n° 129: 4). La deuxième loi bioéthique du 29 juillet 1994 prévoyait ainsi dans son article 21 un mécanisme de révision périodique, imposant un nouvel examen par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur. Le délai était ambitieux, si bien que dix années ont dû s'écouler pour qu'une nouvelle réglementation bioéthique voie le jour. La loi du 6 août 2004<sup>5</sup> compléta et actualisa les lois de 1994 avec notamment la création de l'Agence de la biomédecine, l'interdiction du clonage ou encore la possibilité de procéder, de manière dérogatoire, à des recherches sur l'embryon humain. Là encore, un délai de cinq ans avait été prévu pour s'épargner la critique, déjà ancienne, de «lois fortes et fermes que les progrès de la biologie rendent caduques dans l'année qui suit la promulgation» (Bernard Jean cité par Terré 1987: 24). Le 7 juillet 2011<sup>6</sup>, le *corpus* déjà existant fut ainsi mis à jour avec particulièrement l'admission du don

- 
- 1 Loi n° 88-1138 du 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.
  - 2 Il s'agit principalement de deux lois du 29 juillet 1994, n° 94-653 relative au respect du corps humain et n° 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et des produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal. On notera également la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1994 n° 94-548 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé.
  - 3 Ce principe a cependant valeur constitutionnelle en vertu de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 (n° 94-343/344 DC, Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, §2).
  - 4 Ils se situaient initialement aux articles L665-13 et L665-14 du Code de la santé publique. On les trouve désormais aux articles L1211-4 et L1211-5 du même code.
  - 5 Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.
  - 6 Loi n° 2011-814 du 7 juil. 2011 relative à la bioéthique.

croisé d'organes et un élargissement des missions du Comité<sup>7</sup>. Plus réaliste, cette loi imposa un délai de sept ans pour un nouvel examen.

Pour respecter le délai imparti, le Comité consultatif national d'éthique a officiellement inauguré le 18 janvier 2018 les États généraux de la bioéthique avec comme interrogation liminaire: *Quel monde voulons-nous pour demain?* Pendant quatre mois, cette vaste consultation permet à chacun d'exprimer son avis, que ce soit par le biais d'un site Internet dédié, de rencontres menées par les Espaces éthiques régionaux ou d'auditions auprès d'organismes intéressés par les questions de bioéthique<sup>8</sup>. Pour renforcer cette forme de démocratie sanitaire, un Comité citoyen des États généraux fut également constitué afin de formuler un avis critique sur l'avancée des consultations et la méthode choisie. En parallèle, d'autres institutions ont également été consultées à l'instar du Conseil d'État ou de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques. Une fois l'ensemble des contributions recueillies et analysées par le Gouvernement, un projet de loi fut déposé à l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019 par la ministre des Solidarités et de la Santé. La suite révéla la lenteur qui peut caractériser la procédure législative française lorsqu'elle se trouve confrontée à un sujet aussi sensible que la bioéthique.

Le projet de loi doit en effet être approuvé à l'identique par l'Assemblée nationale et le Sénat qui l'examinent successivement. C'est ce que l'on appelle la navette parlementaire: le texte en discussion fait l'objet d'un va-et-vient pour aboutir à un accord des deux chambres du Parlement. Jusqu'en février 2021, le texte fut ainsi l'objet de nombreux remaniements en raison de divergences profondes entre les deux chambres. Pour sortir de cette impasse, la procédure prévoit la réunion d'une Commission mixte paritaire, chargée de proposer un texte de conciliation sur les dispositions « qui n'ont pas été adoptées dans les mêmes termes par l'une et l'autre assemblée »<sup>9</sup>. Malheureusement, cette Commission fut un échec, ce qui provoqua un renvoi du texte, pour une nouvelle lecture à l'Assemblée nationale. Estimant qu'aucune de ses préoccupations majeures n'avait été prise en compte<sup>10</sup>

---

7 L'article L1412-1-1 du Code de la santé publique disposait ainsi en 2011 que « tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé doit être précédé d'un débat public sous forme d'états généraux. Ceux-ci sont organisés à l'initiative du Comité consultatif national d'éthique ».

8 Neuf thèmes avaient été choisis par le CCNE: 1. la recherche sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires humaines, 2. les examens génétiques et la médecine génomique, 3. les dons et transplantations d'organes, 4. les neurosciences, 5. les données de santé, 6. l'intelligence artificielle et la robotisation, 7. la santé et l'environnement, 8. la procréation et 9. l'accompagnement de la fin de vie.

9 Cons. const., décision n° 76-74 DC du 28 déc. 1976, Loi de finance rectificative pour 1976 et notamment les articles 6, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 et 22, §4.

10 V. le texte de la question préalable n° 1 du 15 juin 2021 (Sénat nouvelle lecture) qui exprime parfaitement toute la frustration qui ressortait des débats.

malgré de larges concessions<sup>11</sup>, le Sénat adopta en juin 2021 une motion tendant à opposer la question préalable<sup>12</sup>. Cette motion interrompt la délibération et entraîne le rejet du projet de loi. Dans ce cas, la Constitution française admet la prééminence de l'Assemblée nationale, élue au suffrage universel direct, pour statuer en dernier ressort<sup>13</sup>. Le texte fut ainsi adopté définitivement le 29 juin 2021. Encore fallait-il compter avec le Conseil constitutionnel. Saisi par soixante députés<sup>14</sup>, le Conseil déclara conforme à la Constitution l'ensemble des dispositions contestées<sup>15</sup>. La loi put finalement être promulguée par le président de la République le 2 août 2021<sup>16</sup>, après plus de trois années de réflexion et de débats<sup>17</sup>.

Le détail du processus d'élaboration de cette loi révèle toute la complexité d'une réforme d'ampleur de la bioéthique. La loi de 2021 constitue en effet un tournant majeur en la matière, si bien que l'on ne peut parler de simple révision comme en 2004 et 2011. Quand ces deux lois maintenaient substantiellement l'esprit du cadre posé en 1994, celle de 2021 rompt avec des logiques que l'on jugeait encore il y a peu inébranlables. L'accès élargi à la procréation médicalement assistée ou à l'auto-conservation des gamètes montre ainsi qu'il est moins question de soins que d'accompagnement dans un projet parental. Néanmoins, il ne faudrait pas limiter les apports de la loi à ce seul domaine. Le régime juridique des recherches sur l'embryon humain a connu en effet une refonte complète. Les thèmes, moins médiatisés, du don d'éléments et produits du corps humain, de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui à l'étranger, des neurosciences, des enfants intersexes ou encore de la gouvernance bioéthique ont été également débattus. Le manque de clarté dans la structure même de la loi reflète toute la difficulté de tenter d'agencer rationnellement des points aussi différents. Pourtant, il est possible de discerner trois thèmes majeurs : la procréation médicalement assistée, le don et la recherche. La question de la reproduction, que ce soit en amont par le nouvel encadrement de la recherche sur l'embryon ou en aval par le nouveau régime de l'assistance médicale à la procréation, a ainsi monopolisé l'essentiel des débats au Parlement. Dès lors, plutôt que de présenter une simple énumération des dispositions adoptées, il semble préférable de mettre en exergue ces deux

- 
- 11 Notamment sur l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules.
- 12 Le vote ne fut guère serré : 191 voix pour (75% des suffrages exprimés), 61 voix contre et 91 abstentions.
- 13 Seuls 10% des lois sont adoptés avec le dernier mot à l'Assemblée nationale après un échec de la Commission mixte paritaire. On notera qu'une procédure identique fut suivie pour chacune des précédentes lois bioéthiques (1994, 2004 et 2011).
- 14 L'objet de la saisine était principalement les articles 20 et 23 de la loi relatifs au nouveau régime juridique des recherches sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires.
- 15 Cons. const., décision n° 2021-821 DC du 29 juil. 2021, Loi relative à la bioéthique.
- 16 Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.
- 17 Au total, l'examen du projet de loi nécessita l'examen de plusieurs milliers d'amendements dans près de 470 heures de débats.



axes majeurs de la réforme : réorienter l'assistance médicale à la reproduction (1) et assouplir la recherche (2).

## 1. Réorienter l'assistance médicale à la reproduction

La question de l'assistance médicale à la reproduction fut incontestablement la plus délicate. Sans grande surprise, beaucoup se sont affrontés sur ce qu'il convenait aujourd'hui d'appeler une famille et sur la manière de la faire évoluer. L'une des questions soumises à la consultation citoyenne par le biais des États généraux de la bioéthique était précisément sur « les valeurs et principes que nous souhaitons promouvoir et garantir ». Malgré de fortes dissensions selon le genre ou l'âge des participants, le Comité consultatif national d'éthique a pu mettre en lumière dans son rapport certains points de convergences : la légitimité du désir d'enfant, l'acceptation de la diversité des structures familiales ou encore la différence entre l'histoire biologique et l'histoire sociale (Rapport de synthèse 2018: 125). La loi du 2 août 2021 ne s'est donc pas contentée de quelques retouches ponctuelles au système déjà existant ; bien au contraire, elle propose une nouvelle vision de la reproduction.

Jusqu'alors, la procréation médicalement assistée demeurait largement calquée sur l'engendrement naturel<sup>18</sup>, que soit dans sa finalité (remédier à une infertilité pathologique ou éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité), ses conditions (un couple hétérosexuel, vivant, en âge de procréer) ou ses effets (les règles d'établissement de la filiation relèvent essentiellement du droit commun du Titre VII<sup>19</sup>). C'est une tout autre direction que prend désormais la reproduction assistée, laquelle se réoriente davantage vers le projet parental, indépendamment de toute pathologie médicalement constatée (1.1). En conséquence, il a fallu également réorienter le droit de la filiation, que ce soit en sortant des modes d'établissement classiques du Code civil ou en s'éloignant de la jurisprudence récente de la Cour de cassation (1.2).

### 1.1 Réorienter les techniques

Diriger la procréation médicalement assistée dans une nouvelle direction nécessitait des concepts puissants de nature à légitimer un bouleversement des schémas traditionnels. Les principes d'égalité, et dans une moindre mesure d'autonomie,

---

18 Bien que, depuis les années 1960, la relation sexuelle se soit progressivement détachée de la finalité procréatrice (comme en témoigne l'évolution en droit pénal de la définition du viol, qui, jusqu'à la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980, nécessitait une pénétration vaginale avec éjaculation). La sexualité n'a donc plus forcément comme but la procréation.

19 Cette expression renvoie au septième titre du livre premier du Code civil qui expose les règles de la filiation charnelle (la filiation adoptive relevant du Titre VIII). L'essentiel des règles en matière de procréation médicalement assistée se trouve quant à lui dans le Code de la santé publique.

ont ainsi rapidement émergé des débats pour faire évoluer, non seulement l'accès à la procréation médicalement assistée (1.1.1), mais également les méthodes utilisées (1.1.2). Si légitimes que puissent être ces aspirations, elles ne doivent cependant pas faire oublier que l'enjeu est véritablement de créer un enfant, ce qui justifie le maintien de certains interdits, de certaines limites opposées aux volontés individuelles.

### 1.1.1 L'accès aux techniques

Avant même d'envisager ses bénéficiaires, la loi avait pris soin de circonscrire l'objet de la procréation assistée : l'ancien article L2141-2 du Code de la santé publique lui donnait en effet pour mission de « remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ». En d'autres termes, il s'agissait de seconder une procréation qui aurait dû pouvoir se faire naturellement et sans risque. On trouvait d'ailleurs, dès 1994 et jusqu'à la révision de 2011, une référence au « processus naturel »<sup>20</sup> par opposition aux techniques de reproduction assistée. C'est pourquoi le même article précisait que « le caractère pathologique de l'infertilité devait être médicalement diagnostiqué ». Il s'agissait par ce biais d'exclure toute interprétation souple de la notion d'infertilité. Sont ainsi trompeuses les expressions « infertilité sociale », « infertilité structurelle » ou encore « infertilité naturelle » pour désigner notamment l'incapacité pour un couple de même sexe ou une femme ménopausée de procréer. De telles hypothèses ne relevant pas d'une infertilité pathologique, ces personnes ne pouvaient en aucun cas entrer dans un parcours légal de procréation assistée. Et pour peu qu'un doute subsiste encore, l'article L2141-2 poursuivait par l'énoncé des conditions relatives aux bénéficiaires : « L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ». Tout avait été pensé pour entretenir l'illusion d'une procréation charnelle du couple : le fameux système du « ni vu, ni connu » (Théry et Leroyer 2014: 150-151).

Cette évidence française<sup>21</sup> d'une pseudo-procréation charnelle s'est progressivement fissurée à mesure qu'on lui opposait l'interdiction des discriminations<sup>22</sup> ou le principe de l'autonomie personnelle. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà affirmé que « le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève également

20 Anc. art. L152-1 du Code de la santé publique, devenu L2141-1 du même code.

21 Très différente par exemple du modèle anglais.

22 Le rapport de synthèse du Comité consultatif national d'éthique après les États généraux de la bioéthique illustre trois manifestations du principe d'égalité : « Une égalité de situation – couple de femmes mariées – qui justifie une égalité de traitement légitimant l'accès aux techniques de l'AMP. Le fait que certains actes médicaux soient réservés à des individus selon leur orientation sexuelle est vécu comme une discrimination. Une égalité par rapport à la possibilité qu'ont les femmes seules ou en couple d'adopter un enfant. La suppression d'une inégalité financière entre celles qui peuvent aller à l'étranger réaliser cette AMP, et celles qui ne le peuvent pas » (2018: 122).

de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale»<sup>23</sup>. Tout en reconnaissant aux États membres une large marge d'appréciation, la Cour rappelle que les choix opérés par les législateurs nationaux ne sauraient échapper à son contrôle et invite les États membres à un « examen permanent » de la situation<sup>24</sup>. Ce fut le cas en France, avant même l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. En effet, la question d'une procréation médicalement assistée pour toutes s'était posée lors de la révision de la loi bioéthique de 2011<sup>25</sup> sans pour autant que le cap soit franchi. Si la loi du 17 mai 2013<sup>26</sup> dite du « mariage pour tous » fit un pas de plus vers la parentalité pour les couples homosexuels en leur ouvrant l'adoption de l'enfant du conjoint, elle laissa de côté la question de la conception. Quatre ans plus tard, le Comité consultatif national d'éthique relança ce débat en recommandant officiellement l'ouverture de la reproduction assistée aux couples de femmes et aux femmes seules (avis n° 126: 18-28)<sup>27</sup>. Demeurait cependant l'obstacle de la figure du père, absente par définition lorsque l'on envisage une telle ouverture. De nombreux auteurs, et même certains membres du Comité, se sont en effet opposés à « la conception planifiée d'un enfant, délibérément coupé de toute lignée paternelle » (Terré *et al.* 2018: n° 864). Il conviendrait selon eux de distinguer impérativement l'enfant déjà né de celui qui n'existe pas encore : « Beaucoup d'enfants vivent aujourd'hui en l'absence de père, non de la volonté qu'il en soit ainsi, mais du fait des aléas de la vie. En cas de décès, de rupture du couple parental, d'abandon, le père existe dans l'histoire de l'enfant, et souvent un père social ou adoptif prend le relais » (CCNE avis n°126: 49). Dès lors, les critères de reproduction assistée devraient demeurer ceux de la procréation charnelle, à savoir le couple hétérosexuel.

Ces divergences d'opinions se sont maintenues lors des débats précédant la loi bioéthique de 2021, que ce soit pendant les États généraux de la bioéthique

- 23 CEDH, 3 nov. 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, req. n° 57813/00, §82. On notera cependant que la Cour est encore loin d'imposer l'ouverture de la procréation assistée aux couples de même sexe. Ainsi, dans l'affaire *Charron et Merle-Montet c. France* (CEDH, 16 janv. 2018, req. n° 22612/15), la Cour évite de se prononcer sur le fond du litige (violation alléguée des articles 8 et 14 de la Convention) et préfère se retrancher derrière le principe de subsidiarité pour déclarer la requête irrecevable (les requérantes n'avaient pas épuisé les voies de recours internes).
- 24 CEDH, 3 nov. 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, req. n° 57813/00, §118.
- 25 Le projet de loi n° 2911 déposé en 2010 par le Gouvernement ne contenait pas une telle extension; cependant, les sénateurs en première lecture adoptèrent, contre l'avis du Gouvernement et de la commission des affaires sociales, un amendement destiné à « ouvrir l'AMP à tous les couples infertiles, qu'il s'agisse d'une infertilité médicale ou « sociale » (amendement n° 25 rect. 5 avr. 2011). Face à la résistance opposée par l'Assemblée nationale, un compromis fut trouvé et l'exigence d'une vie commune de deux ans pour les couples non mariés disparut.
- 26 Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.
- 27 On notera cependant la position divergente exprimée par onze membres du Comité, à la suite de l'avis : v. not. p. 51 « il nous est apparu que la société, et tout particulièrement les enfants, quelle que soit leur plasticité, avaient, à l'heure actuelle, un besoin pressant de sécurité et de stabilité, qu'au regard des incertitudes soulevées par l'ouverture de l'AMP à toutes les femmes, le maintien d'un statu quo apparaît un moindre risque, et qu'il paraît justifié et prudent de réserver l'IAD aux cas d'infertilité d'origine pathologique ».

ou au sein même du Parlement. Si lors des premières lectures, l'accès élargi à la procréation médicalement assistée était acquis, ses modalités firent l'objet de brûlantes discussions. Le Sénat souhaitait en effet maintenir la condition d'infertilité pour les couples hétérosexuels et refusait une prise en charge par l'assurance maladie en dehors de ce contexte. N'étant pas parvenu à un compromis avec l'Assemblée nationale, il décida en deuxième lecture de supprimer purement et simplement l'article phare du projet. Le dernier mot ayant été donné à l'Assemblée nationale, la loi de 2021 ouvre désormais la reproduction assistée à « tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou [à] toute femme non mariée »<sup>28</sup>. Dès lors, les finalités jusqu'à présent classiques de la reproduction assistée ont disparu du Code de la santé publique ; plus aucune référence n'est faite à l'infertilité pathologique du couple ou au risque de transmission d'une maladie grave. Désormais, l'accent est mis sur la notion de « projet parental »<sup>29</sup>. Ce projet peut ainsi être porté par deux nouvelles catégories de personnes<sup>30</sup> : un couple formé de deux femmes ou une femme non mariée. Cette dernière catégorie mérite quelques précisions. En effet, l'expression « femme non mariée »<sup>31</sup> ne doit pas être confondue avec celle de femme célibataire. Dès lors, il faut comprendre que la femme non mariée peut désigner aussi bien une femme célibataire qu'une femme liée par un pacte civil de solidarité (PACS) ou vivant en concubinage. En d'autres termes, la femme mariée devient la seule femme à ne pas avoir accès, seule, à la reproduction assistée ; elle devra obligatoirement recueillir le consentement de son conjoint pour intégrer un parcours de procréation médicalement assistée. De prime abord, l'exclusion semble pleinement justifiée par la présomption de paternité de l'article 312 du Code civil<sup>32</sup> : si une femme mariée pouvait accéder seule à la procréation médicalement assistée, l'enfant naîtrait pendant le mariage et serait ainsi automatiquement rattaché au mari sans que ce dernier ait pu exprimer son consentement. Il apparaît en effet difficile d'imposer au mari un lien de filiation avec un enfant dont il ne voulait pas. Cependant, il convient de relativiser ce rattachement forcé : puisque le mari n'a pas donné son consentement à la procréation médicalement assistée, il n'est pas lié par l'article 342-10 du Code civil qui « interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la

28 Cette règle est énoncée à l'article L2141-2 du Code de la santé publique.

29 Il est intéressant de noter que cette idée se trouvait déjà en 1994 à l'article L152-2 du Code de la santé publique : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple ». Elle avait ensuite été supprimée par la réforme de 2011.

30 Comme auparavant, il faut ici tenir compte du sexe juridique. Par exemple, une femme transsexuelle ayant demandé la modification de son sexe à l'état civil ne pourra pas, en tant qu'homme, pouvoir bénéficier de la procréation assistée nouvellement ouverte aux femmes non mariées. Un amendement (n° 2257) avait pourtant été déposé en ce sens le 20 septembre 2019 : « Le changement de sexe à l'état civil ne fait pas obstacle à l'accès à l'assistance médicale à la procréation ». Il a cependant été rejeté en première lecture à l'Assemblée nationale le 26 septembre 2019.

31 Qui est celle employée depuis le dépôt même du projet de loi en 2019.

32 On rappelle que cette présomption n'existe pas dans les mariages homosexuels selon l'article 6-1 du Code civil.

filiation». Ainsi, une action en contestation fondée sur l'article 332 du Code civil permettra de détruire le lien de filiation; il suffira d'apporter la preuve que le mari n'est pas le père, l'expertise biologique étant de droit en matière de filiation<sup>33</sup>. Certes, il faudra tenir compte du délai particulier de l'article 333, lequel bloque les actions en contestation lorsqu'une possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance. Néanmoins, on doute qu'un parcours de procréation médicalement assistée puisse être caché si facilement à un conjoint. La situation est quelque peu différente pour les couples non mariés: il n'existe aucun mécanisme comparable à celui de la présomption de paternité. Dès lors, si une partenaire ou une concubine décide de recourir seule à la procréation médicalement assistée, l'enfant ne sera pas automatiquement rattaché à l'autre membre du couple. Il le sera même très difficilement si le partenaire ou le concubin décidait malgré tout d'accepter l'enfant comme le sien. En effet, la reconnaissance ou la possession d'état<sup>34</sup> pourrait être facilement attaquée, toujours par le biais de l'expertise biologique. De plus, l'adoption de l'enfant du conjoint est par définition exclue. Il reviendra ainsi au notaire de s'assurer, lorsqu'il recueille le consentement à la procréation médicalement assistée de la femme non mariée, mais pacsée ou en concubinage, que cette dernière comprend les impossibilités en termes de filiation qu'un projet solitaire implique<sup>35</sup>. Le rattachement automatique – mais non définitif – de l'enfant au mari justifierait ainsi pour le législateur le sort réservé à la femme mariée<sup>36</sup>. Deux solutions, non discutées au Parlement, semblaient pourtant possibles. La première aurait été de se limiter aux femmes célibataires. En effet, lorsque la femme qui porte seule un projet parental est en couple, il est tout de même délicat d'ignorer la structure – quelle que soit sa forme, mariage, PACS, concubinage – qui accueillera *de facto* l'enfant. La seconde aurait été au contraire d'autoriser la femme mariée à avoir seule recours au parcours de procréation médicalement assistée, mais en ajoutant une hypothèse de mise à l'écart de la présomption de paternité pour les cas où le mari n'aurait pas donné son consentement<sup>37</sup>.

Si désormais l'accès à la reproduction assistée dépend avant tout d'un projet parental, il est logique que la réforme mette davantage l'accent sur le consentement, soit du couple, soit de la femme non mariée. L'article L2141-2 du Code de la santé

33 Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, n° 98-12.806.

34 Ces modes d'établissement sont d'ailleurs exclus pour les couples homosexuels.

35 Art. 342-10 du Code civil. V. sur ce point Baillon-Wirtz 2021 1274: spéc. §20.

36 Cette crainte se retrouve explicitement dans la circulaire de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (n° NOR JUSC2127286C, 21 sept. 2021).

37 Deux hypothèses existent déjà à l'article 313 du Code civil: lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père ou lorsque l'enfant a été conçu pendant une période de séparation légale. La mise à l'écart de la présomption de paternité s'oppose ainsi à l'établissement du lien de filiation tout en laissant la possibilité d'un rétablissement aux articles 314 et 315 du même Code.

publique rappelle dans un alinéa distinct cette exigence, avant d'énumérer les événements qui priveront automatiquement d'effet le consentement. Parmi eux, l'on notera tout particulièrement le décès et la révocation. S'agissant du décès, le législateur continue d'interdire par ce biais la procréation *post-mortem*<sup>38</sup>. Cela a pu surprendre au vu de la récente ouverture de la reproduction assistée aux femmes non mariées. En effet, la femme ayant perdu son conjoint, partenaire ou concubin, ne pourra plus poursuivre le projet parental commun et devra ainsi entreprendre un nouveau protocole de reproduction assistée en tant que femme seule et avec don de gamètes. Cette situation ne sera guère facile à admettre, *a fortiori* en présence d'embryons cryoconservés : à la suite du décès, la femme pourra en effet décider seule<sup>39</sup> du sort des embryons, mais uniquement dans les limites de l'article L2141-4 du Code de la santé publique : accueil par un autre couple ou une autre femme, don à la recherche ou destruction. En d'autres termes, le transfert *in utero* de l'embryon demeure impossible. On comprend cependant les raisons qui ont guidé cette interdiction : d'une part, et comme le souligne dans son avis le Comité consultatif national d'éthique, « la perspective de procréation posthume pose la question du deuil, d'une souffrance qui cherche une solution [...] la question demeure de savoir si, face à l'insupportable de la perte d'un conjoint, le sujet vise d'abord à retrouver ce que la mort lui a soustrait, plutôt que de donner vie à un enfant » (avis n° 129: 128). La crainte principale demeure ainsi de donner naissance à l'enfant du deuil, l'enfant qui n'est désiré que pour remplacer l'être perdu. Cependant, ce risque n'existe-t-il pas également si une femme entame seule un parcours de procréation médicalement assistée à la suite d'un décès<sup>40</sup>, d'autant qu'aucun délai d'attente, semblable à l'ancien délai de viduité, n'est exigé en pareil cas ? Il est vrai que la décision de poursuivre ou de débiter une reproduction assistée n'est pas la même ; la tentation est peut-être plus grande d'aller au bout d'un parcours déjà entamé, *a fortiori* dans l'hypothèse d'une procréation médicalement assistée initialement endogène. En effet, certains estiment que la femme serait parfois moins encline à remplacer le compagnon décédé par un enfant qui ne porterait pas les gènes de ce dernier. Il ne serait donc pas question d'interdire l'enfant du deuil, mais de ne pas favoriser sa création en autorisant la poursuite *post-mortem* d'un protocole de reproduction assistée. D'autre part, il existe de réelles difficultés techniques en termes de filiation et de succession. En effet, comment établir la filiation d'un enfant, non encore conçu

38 L'interdiction se manifestait auparavant par l'exigence, au sein du même article, d'un couple « vivant ».

39 L'article L2141-4 du Code de la santé publique dispose en effet qu'« en cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant est consulté, le cas échéant, sur le point de savoir s'il maintient son consentement aux possibilités prévues aux mêmes 1° ou 2°, après l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part. Si le membre survivant révoque son consentement, il est mis fin à la conservation des embryons ».

40 Que ce soit d'ailleurs le décès de la personne avec laquelle elle formait un couple ou celui d'un enfant.

lors du décès de l'homme<sup>41</sup>? Comment doit-on procéder pour la désignation des héritiers si un enfant, représentant du premier ordre au sens de l'article 734 du Code civil, peut potentiellement survenir après l'ouverture de la succession<sup>42</sup>? Il avait été proposé lors des débats relatifs à la loi bioéthique de 2004 certains ajustements afin de contourner ces obstacles. Tout d'abord, seul serait concerné le transfert d'embryon et non l'utilisation *post-mortem* de sperme cryoconservé. De plus, le consentement écrit donné par l'homme à la poursuite éventuelle du projet parental postérieurement à son décès permettrait soit de valoir reconnaissance de l'enfant né du transfert des embryons du couple<sup>43</sup>, soit de ne pas écarter la présomption de paternité<sup>44</sup>. Enfin, un délai avait été envisagé afin de limiter l'impact sur le droit des successions : le transfert d'embryon ne pouvait être réalisé « qu'au minimum six mois et au maximum dix-huit mois après le décès »<sup>45</sup>. Ces modifications avaient été adoptées en première lecture par l'Assemblée nationale<sup>46</sup>,

41 La présomption de paternité ne peut jouer puisque l'enfant n'a pas été conçu et n'est pas né pendant le mariage. De plus, aucune reconnaissance ne peut établir la filiation du fait du décès (une reconnaissance prénatale suppose en effet que la grossesse ait déjà débuté).

42 On écarte ici l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* de l'article 725 du Code civil puisque l'enfant n'est pas conçu au moment de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire au jour du décès. La seule hypothèse relative aux enfants qui seraient conçus après le décès concerne le cas très particulier de la représentation du renonçant à l'article 754 du Code civil : « Les enfants du renonçant conçus avant l'ouverture de la succession dont le renonçant a été exclu rapportent à la succession de ce dernier les biens dont ils ont hérité en son lieu et place, s'ils viennent en concours avec d'autres enfants conçus après l'ouverture de la succession ».

43 Version non adoptée de l'article 311-21 du Code civil : « Le consentement par écrit donné par un homme à la poursuite éventuelle par sa concubine, postérieurement au décès de celui-ci, de leur projet parental vaut reconnaissance de l'enfant né du transfert des embryons du couple, si ceux-ci ont été conçus dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation réalisée dans les conditions prévues à l'article L2141-2 du Code de la santé publique ».

44 Version non adoptée de l'article 315 du Code civil : « La présomption de paternité n'est toutefois pas écartée lorsqu'il est établi que le décès du mari est intervenu postérieurement à un processus d'assistance médicale à la procréation ayant donné lieu à la conception d'embryons pendant la durée du mariage, que l'intéressé a donné par écrit son consentement à une gestation intervenant après son décès et que la mère a bénéficié postérieurement à celui-ci d'un transfert d'embryons, dans les conditions prévues à l'article L2141-2 du Code de la santé publique ».

45 Version non adoptée de l'article L2141-2 du Code de la santé publique : « L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou concubins et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. La dissolution du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons. Toutefois, le transfert des embryons conservés peut être réalisé à la suite du décès de l'homme dès lors que celui-ci a donné par écrit son consentement à la poursuite du processus d'assistance médicale à la procréation dans l'éventualité de son décès. Cette faculté lui est présentée lorsqu'il s'engage dans le processus ; son consentement peut être recueilli ou retiré à tout moment auprès du centre dont il relève. Le transfert d'embryons ne peut être réalisé qu'au minimum six mois et au maximum dix-huit mois après le décès. La naissance d'un ou de plusieurs enfants à la suite d'un même transfert met fin à la possibilité de réaliser un autre transfert. La femme doit bénéficier dans ce cadre d'un accompagnement personnalisé. Elle peut à tout moment exprimer, auprès du centre dont elle relève, son renoncement à la poursuite de ce transfert. Son mariage ou son remariage fait obstacle à la réalisation de ce transfert d'embryons ».

46 Texte n° 763. 22 janv. 2022. Assemblée nationale 1<sup>re</sup> lecture. Articles 18 et 18 bis.

mais furent supprimées par le Sénat. Fort du soutien infaillible du Comité<sup>47</sup>, ainsi que des exemples belge et espagnol<sup>48</sup>, de nombreux amendements furent déposés pour proposer un encadrement similaire de la procréation assistée *post-mortem*<sup>49</sup>. Tous sans exception furent rejetés. Dès lors, demeure uniquement la possibilité de demander un transfert de gamètes ou d'embryons cryoconservés en France vers un pays autorisant la procréation *post-mortem*, à condition de démontrer un lien suffisant vers ce pays<sup>50</sup>.

S'agissant de la révocation par écrit du consentement, elle met un terme au parcours de procréation assistée. La doctrine a déjà relevé une incohérence entre les articles L2141-2 du Code de la santé publique et 342-10 du Code civil (Baillon-Wirtz 2021 1274: §§ 15-17). Le premier de ces textes ne mentionne comme destinataire de la révocation que le médecin chargé de mettre en œuvre la procréation médicalement assistée, tandis que le second ajoute le notaire ayant reçu préalablement le consentement. Cela implique par la suite que le notaire informe le médecin de la révocation. Or, ce dernier n'est pas mentionné sur l'acte notarié de consentement. Que faire si le notaire ne parvient pas à joindre le médecin à temps, c'est-à-dire avant l'insémination ou le transfert d'embryon ? La filiation paternelle de l'enfant ne pourra pas dans ces conditions être établie. Deux solutions peuvent être envisagées afin d'éviter une telle situation : inciter les notaires soit, sur les conseils de Madame Baillon-Wirtz, à encourager une révocation auprès du médecin, soit à s'assurer de l'identité du médecin avant la réception de la révocation (2021 1274: § 17).

Restait enfin l'épineuse question de l'âge limite pour avoir accès à la procréation médicalement assistée. L'ancienne rédaction de l'article L2141-2 du Code de la santé publique se contentait de mentionner un couple « en âge de procréer ». Il revenait ainsi aux équipes médicales et aux juges d'interpréter cette notion. Deux types de considérations entrent alors en ligne de compte : d'une part, des considérations biologiques qui fixeraient uniquement une limite pour les femmes

47 CCNE avis nos 40, 60, 67, 113 et 129.

48 Pour la Belgique, il s'agit de la loi du 6 juillet 2007, laquelle autorise une insémination ou un transfert *post-mortem* d'embryons dans un délai de six mois à deux ans après le décès. Pour l'Espagne, il s'agit de la loi n° 14 du 26 mai 2006 qui autorise l'insémination *post-mortem* si un consentement a été exprimé du vivant du défunt, mais fixe un délai d'un an à compter du décès pour que le lien de filiation puisse être établi (s'agissant du transfert d'embryon, le consentement de l'homme est présumé).

49 La plupart mentionnent comme justification l'incohérence entre l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux femmes non mariées et le refus de la procréation *post-mortem*.

50 Le Conseil d'État s'est en effet prononcé à deux reprises sur cette question en exerçant pour la première fois un contrôle de conventionnalité *in concreto* au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale. Dans une première décision, il avait admis le transfert de gamètes vers l'Espagne, pays d'origine de l'épouse et dans lequel elle demeurait (CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848, *Madame C. A dit Gonzalez-Gomez*). Plus récemment, il a au contraire refusé une demande de transfert d'embryons vers l'Espagne, cette demande relevant du simple tourisme procréatif (CE, juge des référés, 24 janv. 2020, n° 437328).



à l'âge moyen de la ménopause (les capacités reproductives de l'homme n'étant pas affectées par l'âge<sup>51</sup>), et, d'autre part, des considérations sociales qui fixeraient une limite identique quel que soit le sexe de la personne (« est en âge de procréer celui qui est en âge de voir grandir ses enfants » Terré *et al.* 2018: n° 865). En 2017, l'Agence de la biomédecine proposa dans un avis de fixer certains seuils (ABM 2017: 22): pour la femme 43 ans (ce qui correspond à l'âge limite pour une prise en charge par l'assurance maladie) et pour l'homme 60 ans<sup>52</sup>. Le Conseil d'État fixa une limite semblable pour les hommes dans une décision de 2019<sup>53</sup>. Il s'appuya sur le « large consensus existant dans la communauté scientifique et médicale » pour fixer la limite d'âge à 59 ans. Cette limite est justifiée selon lui 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 »<sup>54</sup>. La réforme de 2021 apporte davantage de sécurité puisque l'article L2141-2 prévoit que les conditions d'âge seront fixées par décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Agence de la biomédecine<sup>55</sup>. Il semblait préférable de ne pas fixer un seuil trop rigide, mais au contraire de laisser une marge d'appréciation pour l'équipe médicale qui tiendra alors compte de la situation particulière des demandeurs ou de la méthode employée, notamment le don d'ovocyte<sup>56</sup>. Cela ne fut pas le choix du pouvoir réglementaire dans son décret d'application en date du 28 septembre 2021<sup>57</sup>. D'une part, le prélèvement ou recueil de gamètes peut être réalisé chez la femme jusqu'à 43 ans et chez l'homme jusqu'à 60 ans<sup>58</sup>. D'autre part, l'insémination artificielle, l'utilisation de gamètes ou de tissus germinaux recueillis, prélevés ou conservés, ainsi que le transfert d'embryons peuvent être réalisés chez « la femme, non mariée ou au sein du

51 Cependant, l'âge a tout de même une incidence pour les hommes; il peut ainsi augmenter certains risques de maladies génétiques rares (néoplasie endocrinienne multiple, syndrome d'Apert ou encore achondroplasie), ou favoriser l'apparition de troubles autistiques voire schizophréniques.

52 Le Conseil d'orientation rappelle en effet « qu'à l'âge de 20 ans les spermatogonies ont été obtenues après 150 divisions cellulaires alors qu'à l'âge de 50 ans elles ont préalablement été l'objet de 840 divisions. Or plus le nombre de divisions est important, plus le nombre d'erreurs dans la duplication de l'ADN augmente (mutations) » (2017: 12).

53 CE, 17 avr. 2019, n° 420468.

54 Le Conseil d'État précisa également que les dimensions biologiques et sociales ne s'appréciaient pas de la même manière: « Il y a lieu de se fonder, s'agissant de sa dimension strictement biologique, sur l'âge de l'intéressé à la date du recueil des gamètes et, s'agissant de sa dimension sociale, sur l'âge de celui-ci à la date du projet d'assistance médicale à la procréation ».

55 Le texte poursuit en énonçant deux critères: « Les risques médicaux de la procréation liés à l'âge ainsi que l'intérêt de l'enfant à naître », ce qui laisse à penser que les deux types de considérations, biologiques et physiologiques, seront prises en compte.

56 En effet, le Conseil d'orientation estime que, dans le cas de l'utilisation d'ovocytes préalablement conservés ou issus d'une donneuse, la limite peut éventuellement être repoussée à 45 ans (ABM 2017: 22). Cependant, le don d'ovocyte ne permet pas d'écarter tout risque de complication lié à l'âge de la mère.

57 Décret n° 2021-1243 du 28 sept. 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation.

58 Art. R2141-36 du Code de la santé publique.

couple, qui a vocation à porter l'enfant » jusqu'à 45 ans et chez « le membre du couple qui n'a pas vocation à porter l'enfant » jusqu'à 60 ans<sup>59</sup>.

### 1.1.2 La diversité des techniques

Élargir l'accès à la procréation médicalement assistée n'a pas été la seule ambition du législateur dans cette réforme bioéthique. Le mécanisme de révision périodique sous-entend en effet de constantes avancées scientifiques qu'il convient soit d'appréhender pour la première fois, soit d'examiner à nouveau selon les attentes de la société. La loi du 2 août 2021 constitue ainsi le bilan de ce que la société française était prête à admettre et de ce qu'elle continuait à rejeter. À cet égard, l'admission de l'auto-conservation des gamètes constitue la seconde mesure phare de la loi. Le Comité consultatif national d'éthique résumait parfaitement dans son avis de 2018 l'emprise que la biologie peut avoir sur le corps de la femme : « Il y a un décalage croissant entre la perception d'un bien-être général chez la femme, s'épanouissant à travers ses études, son statut professionnel, la création d'un couple, et son horloge biologique, immuable » (avis n° 129: 117). Cependant, l'ancienne logique thérapeutique attachée à la reproduction assistée ne permettait pas d'entendre cette problématique : la peur de ne pas avoir d'enfant à temps ne constitue pas en soi une infertilité pathologique. C'est pourquoi l'auto-conservation de gamètes n'était admise que pour les personnes dont « la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée »<sup>60</sup>. La loi du 7 juillet 2011 dépassa cette logique thérapeutique, non pas pour encourager une auto-conservation de « précaution », mais pour favoriser le don de gamètes dont la rareté ne peut être niée (particulièrement pour les ovocytes). Le mécanisme institué relevait quelque peu du « donnant donnant », sinon de l'échange : il était en effet possible pour des personnes n'ayant jamais procréé<sup>61</sup> de devenir donneur et, à cette occasion, il leur était proposé le recueil et la conservation d'une partie de leurs gamètes<sup>62</sup>. Une telle offre modifiait assurément le sentiment altruiste censé animer tout donneur et permettait de contourner l'interdiction de principe pour l'auto-conservation

59 Art. R2141-38 du Code de la santé publique. Cette nouvelle distinction selon le membre du couple qui portera l'enfant était nécessaire pour tenir compte de l'ouverture aux couples de femmes de l'assistance médicale à la procréation.

60 Article L2141-11 du Code de la santé publique. Cette possibilité existe depuis la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, bien que l'arrêté n° NOR MESP9920284A du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation mentionne déjà certaines règles, essentiellement pour l'auto-conservation de sperme (v. §2.6 et s.).

61 Cela avait donné naissance à la distinction entre les donneurs ayant ou non procréé, la seconde catégorie pouvant alors bénéficier d'une conservation de gamètes. La loi du 2 août 2021 supprima cette distinction de l'article L1244-2.

62 Ancien article L12244-2 du Code de la santé publique. Cependant, le décret d'application date du 13 octobre 2015 (décret n° 2015-1281 relatif au don de gamètes). Malheureusement, il est possible, spécialement dans le cas d'ovocytes, que le nombre recueilli soit insuffisant pour envisager une auto-conservation en plus du don.

des gamètes. Le sort de cette interdiction fut donc une nouvelle fois discuté, dans un contexte cependant plus favorable. En effet, le Comité s'était déjà prononcé en 2017 sur l'auto-conservation ovocytaire, un procédé qu'il avait jugé « difficile à défendre » (avis n° 126: 17) malgré certains avantages. Ainsi, « il ne faudrait pas que cette technique pallie les difficultés matérielles et se substitue à la recherche par la société de moyens permettant aux femmes, selon leur désir et leur choix de vie, de procréer naturellement et plus tôt, sans considérer comme inéluctable d'avoir à différer l'âge de la maternité » (avis n° 126: 17). Cependant, dans son avis précédant le projet de loi bioéthique de 2019, le Comité changea d'opinion pour suggérer la possibilité d'une auto-conservation ovocytaire de précaution à certaines conditions (avis n° 129: 117-118). Nul doute que ce revirement, certes encore timide, du Comité ait contribué au succès de cette mesure devant le Parlement. Désormais, deux articles encadrent précisément l'auto-conservation de gamètes: L2141-11 et L2141-12 du Code de la santé publique. Le premier de ces textes concerne l'auto-conservation pour raison médicale qui demeure proposée et intégralement prise en charge par l'assurance maladie. On notera tout de même l'ajout d'un alinéa concernant les personnes transgenres: la modification de leur sexe à l'état civil ne sera pas un obstacle pour réaliser cette procédure. Il s'agit cependant d'une victoire en demi-teinte pour cette communauté: les gamètes seront certes prélevés et conservés, mais ils ne pourront être utilisés dans le cadre d'une reproduction assistée puisque c'est le sexe juridique qui conditionne l'entrée et les modalités de ce parcours<sup>63</sup>. Le second texte encadre quant à lui l'auto-conservation en dehors de tout motif médical<sup>64</sup>. Tout d'abord, des conditions d'âge doivent être fixées par un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Agence de la biomédecine. Ce décret, intervenu en septembre 2021<sup>65</sup>, autorise le prélèvement d'ovocytes chez la femme entre 29 et 37 ans, ainsi que le recueil de spermatozoïdes chez l'homme entre 29 et 45 ans<sup>66</sup>. Ensuite, il est proposé à la personne souhaitant conserver des gamètes mâles qu'une partie de ceux recueillis fasse l'objet d'un don<sup>67</sup>. Enfin, demeurait la question du financement de ce type d'auto-conservation<sup>68</sup>. L'objectif du législateur était double. D'une part, il ne voulait pas encourager les individus à avoir recours à l'auto-conservation. En effet, la reproduction assistée, trop souvent présentée comme une « solution miracle », ne peut garantir la naissance d'un enfant, *a fortiori* si l'âge de la mère dépasse les 38 ans. En d'autres termes, il ne s'agit pas seulement de *différer* une grossesse, mais plutôt de *complexifier* une grossesse. Dès lors, et si le recueil ou

63 V. *supra* 1.1.

64 Que l'on appelle parfois *social freezing*.

65 Décret n° 2021-1243 du 28 sept. 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation.

66 Art. R2141-37 du Code de la santé publique.

67 La logique est alors inverse à celle de la précédente loi bioéthique: le don se fait à la suite d'un prélèvement pour auto-conservation et non plus l'inverse.

68 Ce problème n'avait pas échappé au Comité consultatif national d'éthique (avis n° 126: 14).

prélèvement demeure pris en charge par l'assurance maladie, la conservation des gamètes sera financée par les bénéficiaires<sup>69</sup>. D'autre part, il souhaitait éviter tout risque de pression sur les femmes de la part de leur employeur. C'est pourquoi l'article L2141-12 précise que les frais inhérents à la conservation des gamètes ne pourront 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 ». Malgré les réticences manifestées à l'égard de l'auto-conservation, demeure l'espoir d'un effet positif sur la problématique du don. En effet, la rareté des gamètes, notamment des ovocytes, ralentit bien souvent la procédure : cette situation risque encore de s'aggraver face à l'augmentation des demandes résultant de l'accès élargi à la procréation assistée. Dès lors, l'auto-conservation supprime la nécessité d'un tiers donneur et, si la procréation finit par intervenir naturellement, les gamètes pourront faire l'objet d'un don<sup>70</sup>.

Précisément, sur ce terrain du don, c'est une autre technique qui fut autorisée pour la première fois en 2021 : le double don de gamètes. Jusqu'alors, il était interdit d'avoir recours, en cas de double stérilité, maternelle et paternelle, à un don d'ovocyte et de spermatozoïde. La seule solution demeurait la procédure d'accueil d'embryon, c'est-à-dire l'accueil d'un embryon conçu dans le cadre du projet parental d'un autre couple. Il avait été jugé préférable à l'époque de maintenir un principe de lien biologique entre l'enfant et au moins un de ses parents. Cependant, l'accueil d'embryon est en pratique assez rare ; seule une vingtaine d'enfants naissent chaque année dans ce cadre. En effet, il semblerait que les couples soient réticents à utiliser le « reliquat » d'un autre projet parental. Comme l'a expliqué l'ancienne ministre de la Santé, Madame Agnès Buzyn, lors des débats parlementaires, « l'embryon donné par un couple qui n'a plus de projet parental hérite tout de même d'une histoire, alors que l'embryon issu d'un double don de gamètes commence son histoire avec le ou les parents qui souhaitent un enfant »<sup>71</sup>. En d'autres termes, les couples placés dans cette situation préfèrent créer de A à Z leur embryon, quand même ce ne serait pas avec leurs gamètes. Si l'argument peut s'entendre, il demeure étrange de laisser s'accroître le nombre d'embryons surnuméraires pour satisfaire un désir de contrôle sur la

69 Article L160-8 du Code de la sécurité sociale : « La protection sociale contre le risque et les conséquences de la maladie prévue à l'article L111-2-1 comporte : 7° La couverture des frais relatifs aux actes et traitements liés à la préservation de la fertilité et à l'assistance médicale à la procréation, à l'exception de ceux afférents à la conservation des gamètes réalisée en application de l'article L2141-12 du Code de la santé publique pour des assurés non atteints d'une pathologie altérant leur fertilité et ne relevant pas de l'article L2141-11 du même Code ».

70 La décision demeure cependant à la discrétion de l'individu ; la proposition du Comité consultatif d'instaurer « une condition d'accès à une demande d'autoconservation, sous la forme d'un consentement au don des ovocytes s'ils ne sont pas utilisés » n'a pas été retenue (avis n° 126: 15).

71 Buzyn, Agnès. ancienne ministre de la Santé, intervention au Sénat, séance du 22 janv. 2020 (1<sup>re</sup> lecture), discussion de l'amendement n° 146 rect. du 21 janv. 2020.

période précédant la conception et alléger une supposée charge symbolique. Il est vrai que la procédure d'accueil était initialement plus lourde que celle d'un simple don ; cependant, elle a été profondément simplifiée par la loi du 23 mars 2019, laquelle déjudiciairisa le recueil du consentement en la matière<sup>72</sup>. Peut-être le principe d'égalité l'a-t-il emporté sur ces considérations : en effet, le Gouvernement souhaitait ouvrir l'ensemble des techniques au nouveau public de la procréation médicalement assistée, notamment les femmes non mariées. Ces dernières, lorsqu'elles ne peuvent concevoir avec leurs propres ovocytes, n'auront donc pas à passer obligatoirement par l'accueil d'un embryon, mais pourront bénéficier d'un double don de gamètes. L'article L2141-3 du Code de la santé publique ne mentionne plus en effet la phrase selon laquelle l'embryon « ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple ».

Néanmoins, le sort des embryons surnuméraires n'est pas indifférent au législateur. En témoigne ce même article L2141-3 : lorsque l'on dispose déjà d'embryons conservés, il n'est pas possible de bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation *in vitro*, à moins que les embryons ne présentent une anomalie. Le principe, s'il tient du bon sens, a cependant posé de graves difficultés dans le cadre du « bébé-médicament », encore appelé « bébé du double espoir », autorisé depuis 2004. Pour reprendre les termes de l'Agence de la biomédecine, cette technique a pour objectif « la conception d'un enfant indemne de la maladie génétique familiale qui a atteint son aîné et est susceptible de soigner cet aîné malade de façon définitive grâce aux cellules souches du sang placentaire prélevé dans le cordon ombilical ou, plus tard, de la moelle osseuse ». Elle nécessite donc à la fois un diagnostic préimplantatoire pour vérifier si l'embryon est atteint par la maladie génétique de son aîné et un typage HLA (*Human Leukocyte Antigen*) pour s'assurer d'une compatibilité entre eux. Or, que faire si, parmi les embryons soumis à ces examens, aucun ne s'avère sain et compatible ? L'option laissée au couple n'était guère satisfaisante : soit congeler les embryons sains, ce qui bloquait toute nouvelle stimulation ovarienne, soit procéder au transfert d'un de ces embryons, par définition non compatible, dans l'utérus. La loi bioéthique de 2021 a donc souhaité assouplir l'interdiction formulée à l'article L2141-3 en excluant de son champ d'application les couples engagés dans ce processus<sup>73</sup>.

Malgré les avancées réalisées, il ne faudrait pas croire que le Parlement a entendu légaliser toutes les techniques de reproduction assistée. Deux d'entre elles demeurent à cet égard interdites. La première a suscité peu de débats : la gestation pour autrui, à titre gratuit ou onéreux, reste à ce jour interdite. On rappelle que cette interdiction provient tout d'abord de la jurisprudence de la Cour de cassa-

72 Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

73 Article L2131-4-1 du Code de la santé publique : « Le dernier alinéa de l'article L2141-3 n'est pas opposable au diagnostic préimplantatoire autorisé dans les conditions énoncées aux quatre premiers alinéas du présent article ».

tion du 31 mai 1991<sup>74</sup>, puis de l'article 16-7 du Code civil<sup>75</sup> intégré en 1994 par les premières lois bioéthiques. La seconde, plus récente, est celle de la méthode dite ROPA (Reception of Ovocytes from Partner), ou don dirigé d'ovocyte, qui permet de partager la procréation dans un couple de femmes (l'une porte l'enfant et l'autre donne son ovocyte). Il avait été proposé de valider cette technique si la femme devant impérativement porter l'enfant souffrait de stérilité<sup>76</sup>. Cela réintroduisait étrangement la condition d'infertilité que la loi, dans son ensemble, tâchait pourtant de faire disparaître. Au-delà de cette incohérence, plusieurs arguments ont été avancés pour justifier cette interdiction. Tout d'abord, cela remet en cause le principe de l'anonymat du don qui interdit le choix du donneur. Ensuite, le procédé s'approche dangereusement d'une forme de gestation pour autrui puisque, certes dans un couple, une femme porte l'enfant pour une autre. Il a donc été décidé de maintenir l'interdiction, les deux femmes demeurant liées à l'enfant par la reconnaissance conjointe anticipée établissant la filiation.

## 1.2 Réorienter la filiation

Le bouleversement des principes encadrant l'accès à la procréation médicalement assistée nécessitait une adaptation des règles permettant l'établissement du lien de filiation. Le droit français a toujours fait le choix d'accueillir les enfants issus de ces techniques sous la bannière du droit commun de la filiation. Cependant, les règles du Titre VII du Code civil, par définition censées refléter la vérité biologique, ont été écartées par le législateur en 2013 pour les couples homosexuels. L'ouverture de la reproduction assistée aux couples de femmes appelait donc un nouveau mécanisme pour établir un double lien de filiation (1.2.1). Ces réflexions étaient également l'occasion de revenir sur la jurisprudence de la Cour de cassation s'agissant de la filiation des enfants conçus par le biais d'une gestation pour autrui à l'étranger (1.2.2).

### 1.2.1 La filiation après une procréation médicalement assistée

Le législateur n'a pas souhaité en 2021 rompre avec les règles traditionnelles d'établissement de la filiation, que ce soit pour la procréation assistée avec ou sans tiers donneur. Ainsi, les modes classiques tels que la présomption de paternité ou encore la reconnaissance demeurent applicables. L'interdiction d'établir tout lien de filiation entre l'enfant et le tiers donneur est également maintenue à l'article 342-9 du Code civil. Néanmoins, cette interdiction absolue devenait de plus en

74 Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105: « Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

75 « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

76 Amendement n° 2297. 20 sept. 2019. Assemblée nationale 1<sup>re</sup> lecture (non soutenu): « En cas de nécessité pour la réussite du projet d'assistance médicale à la procréation, le don d'ovocytes d'une personne pour un transfert à son conjoint ou sa conjointe est possible ».

plus difficile à admettre face à la montée en puissance du droit à connaître ses origines dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>77</sup>. Dans l'arrêt *Gaskin contre Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, la Cour considérait déjà que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain »<sup>78</sup>, avant de formuler plus explicitement « le droit à la connaissance de ses origines »<sup>79</sup> et « le droit de connaître son ascendance »<sup>80</sup>. À titre de compromis, et à l'instar du système existant en matière d'accouchement sous X, la loi de 2021 ne revient pas sur le principe d'anonymat du don<sup>81</sup> et l'interdiction d'établir avec le donneur le lien de filiation, mais permet à l'enfant conçu par reproduction assistée avec don de gamètes d'avoir accès « à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur »<sup>82</sup>. On notera que le droit français s'est prudemment gardé d'employer le mot « droit » s'agissant de l'accès aux origines<sup>83</sup>. Dès lors, les personnes désirant effectuer un don de gamètes doivent au préalable être informées de cet accès et consentir à la communication de ces informations<sup>84</sup>. Le futur article L2143-3 du Code de la santé publique, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2022 prévoit à cet égard que le médecin devra collecter l'identité du donneur ainsi que son âge, son état général au moment du don, ses caractéristiques physiques, sa situation familiale et professionnelle, son pays de naissance et ses motivations s'agissant du don. Ces informations seront ensuite conservées par l'Agence de la biomédecine<sup>85</sup>, tandis que leur transmission sera organisée par la Commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur, placée auprès du ministre de la Santé. L'accès ne concerne par définition que les dons réalisés après l'entrée en vigueur de la loi. Cependant, le

77 On notera la résistance opérée par le Conseil d'État dans sa décision *Molénat* du 28 décembre 2017 (n° 396571) en limitant l'utilisation du contrôle de conventionnalité *in concreto* dans une affaire concernant l'anonymat du don de gamètes.

78 CEDH, 7 juil. 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83, §39.

79 CEDH, 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98, §44.

80 CEDH, 25 sept. 2012, *Godelli c. Italie*, req. n° 33783/09, §65.

81 V. article 16-8-1 du Code civil.

82 Article L2143-2 du Code de la santé publique.

83 À l'instar de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 réformant l'accouchement sous X qui était en effet « relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État » et non au droit d'accès.

84 Le Sénat estimait que cette levée de l'anonymat et « l'irruption » d'un enfant dans la vie du donneur risquait d'avoir des conséquences sur son couple. En d'autres termes, le don de gamètes ne constituerait pas, dans ses effets, une démarche purement personnelle. C'est pourquoi il avait réintroduit en première lecture l'exigence d'un consentement du conjoint ou du partenaire pour procéder à un don de gamètes. Le projet de loi initial avait en effet supprimé ce double consentement à la suite de nombreuses demandes en ce sens (v. not. question n° 19007. 23 avr. 2019. Assemblée nationale, laquelle fut ensuite retirée le 29 juin 2021 lorsque l'Assemblée nationale adopta définitivement le projet de loi en lecture définitive). L'Assemblée nationale ayant le dernier mot en cas de divergence entre les deux chambres du Parlement, l'article L1244-2 n'exige plus aujourd'hui qu'un seul consentement, celui du donneur, par ailleurs informé des nouveaux droits des enfants issus d'une procréation assistée.

85 Futur article L2143-4 du Code de la santé publique.

futur article L2143-6 5° et 6° du Code de la santé publique prévoit malgré tout la possibilité d'une transmission sous réserve du consentement exprès du donneur : la commission est en effet compétente, soit pour contacter les donneurs dans les cas où un enfant se serait manifesté auprès d'elle, soit pour recueillir le consentement des donneurs qui en feraient spontanément la demande.

La connaissance de ses origines n'était pas, à proprement parler, liée à la problématique de l'accès à la procréation médicalement assistée ; cette demande révèle un besoin profond d'identité du fait de l'existence même d'un tiers donneur<sup>86</sup>. Cependant, l'élargissement des bénéficiaires de la reproduction assistée a nécessité un certain remaniement des modes d'établissement de la filiation, indépendamment de la technique employée. S'agissant de la femme non mariée, la filiation sera établie sans difficulté particulière par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant suivant l'article 311-25 du Code civil. S'agissant des couples de femmes, la situation était autrement plus complexe, notamment pour la femme n'ayant pas donné naissance à l'enfant et ne pouvant ainsi bénéficier de l'article 311-25. Il fallait donc réfléchir à un moyen de rattacher l'enfant à la femme non gestatrice. À son égard, l'adoption n'aurait été possible qu'en cas de couple marié, ce qui n'est pas une condition pour l'accès à la reproduction assistée<sup>87</sup>. Dès lors, il fallait prendre position entre le maintien du droit commun ou la création d'un mode d'établissement *sui generis*. La première option s'avérait tout à la fois délicate et inutile. Délicate, car cela supposait de revenir sur la mise à l'écart du Titre VII pour les couples homosexuels<sup>88</sup> afin de leur ouvrir la reconnaissance, la possession d'état, voire, par souci d'égalité, la présomption, non plus de paternité, mais de co-parenté ou de co-maternité. Inutile, car le droit commun avait été choisi pour donner l'apparence d'une procréation charnelle, ce qui est impossible par définition dans le cas d'un couple de femmes. La loi du 2 août 2021 a donc fait le choix d'un nouveau mode d'établissement du lien de filiation, spécifique à cette hypothèse : l'acte de reconnaissance conjointe, également appelé la reconnaissance conjointe anticipée<sup>89</sup>. L'article 342-11 du Code civil dispose ainsi que « lors du recueil du consentement prévu à l'article 342-10, le couple de femmes reconnaît conjointement l'enfant. 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

86 Il est certes plus difficile de faire abstraction, c'est-à-dire de cacher aux enfants la procédure dans le cas d'un couple de femmes ou d'une femme non mariée.

87 Le Sénat, en première lecture, avait cependant proposé cette voie en retenant une procédure d'adoption accélérée ouverte à tous les couples.

88 Article 6-1 du Code civil : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus aux chapitres I à IV du titre VII du livre I du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ».

89 Le projet de loi de 2019 mentionnait quant à lui une déclaration anticipée de volonté.



de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance». Cet acte doit avant tout être distingué de la reconnaissance existant déjà à l'article 316 du Code civil et qui demeure « par essence un acte unilatéral, strictement personnel, qui trouve sa source dans le caractère divisible de la filiation, alors que le premier repose sur deux volontés conjuguées et se rapproche de l'acte conjonctif » (Baillon-Wirtz 1273: §32). On notera cependant que la reconnaissance conjointe anticipée n'établit le lien de filiation qu'à l'égard de la femme non gestatrice ; l'appellation peut en effet suggérer, à tort, une indivisibilité de la filiation, ce qui a été refusé lors des débats parlementaires pour préserver la définition classique de la mère fondée sur l'accouchement. Cet acte n'en demeure pas moins des plus singuliers puisque la manifestation de volonté qu'il renferme concerne un enfant qui, par définition, n'existe pas encore et peut-être n'existera jamais. En effet, la reconnaissance conjointe est reçue par le notaire lors du recueil de consentement à la procréation médicalement assistée ; en d'autres termes, la procédure n'a pas encore commencé<sup>90</sup> et ne sera pas forcément couronnée de succès. Elle constitue à cet égard un acte de pure anticipation<sup>91</sup> sur lequel il est impossible de revenir à moins de révoquer son consentement à la procréation médicalement assistée. En effet, l'article 342-13 du Code civil prévoit une action en responsabilité à l'encontre de la femme qui ferait obstacle à la remise de la reconnaissance conjointe à l'officier de l'état civil. De plus, cette dernière peut être communiquée « par le procureur de la République à la demande de l'enfant majeur, de son représentant légal s'il est mineur ou de toute personne ayant intérêt à agir en justice »<sup>92</sup>. L'objectif est ainsi de sécuriser en amont la filiation de l'enfant. Cependant, la loi ne précise pas le jour où prendra effet la reconnaissance : à la date de l'acte, de la naissance ou de la remise à l'officier de l'état civil ? Considérant la force attachée à la remise par l'article 342-13, l'on peut considérer que l'acte prendra effet à cette date, mais que la filiation remontera à la naissance de l'enfant par l'effet déclaratif traditionnellement attaché aux actes en matière de filiation.

Demeure enfin la question des enfants nés d'une procréation médicalement assistée à l'étranger, avant ou après l'entrée en vigueur de la loi de 2021. S'agissant des enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi, il était fréquent que des couples de femmes tentent de contourner l'interdiction française et, pour ce faire, se tournent vers des pays bénéficiant d'une législation plus souple en la

---

90 Certains auteurs soulignent le risque que des couples établissent une telle reconnaissance conjointe et aient ensuite recours à une AAP (assistance amicale à la procréation) dans laquelle le donneur est connu. Ce dernier pourrait être tenté de vouloir établir un lien de filiation avec l'enfant, la vérité biologique primant en dehors d'une procédure légale de reproduction assistée (Baillon-Wirtz 1275: §17).

91 À ne pas confondre avec la reconnaissance prénatale qui suppose un enfant déjà conçu.

92 Ces dispositions font écho à celles qui existaient déjà pour les couples hétérosexuels au début de ce même article 342-13 : « Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. En outre, sa paternité est judiciairement déclarée ».

matière. À leur retour en France, la filiation était établie à l'égard de la femme ayant porté l'enfant par le jeu de l'article 311-25 du Code civil, mais de toute évidence rien n'était prévu pour l'autre femme. Les couples de femmes mariés avaient alors tenté d'utiliser le mécanisme de l'adoption de l'enfant du conjoint. Écartant la fraude, la Cour de cassation, dans un avis du 22 septembre 2014, avait déjà considéré que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »<sup>93</sup>. Cependant, ce type d'adoption permettant exceptionnellement de maintenir le lien de filiation d'origine n'est ouvert qu'aux couples mariés. C'est pourquoi le législateur décida en 2021 d'une mesure destinée à « sauver » les couples n'ayant pas anticipé la modification de la législation française. Ainsi, pendant trois ans à compter de la publication de la loi, ces couples ont la possibilité d'établir « une reconnaissance conjointe de l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard de la femme qui a accouché »<sup>94</sup>. On notera tout de même que la reconnaissance demeure conjointe, ce qui suppose donc le consentement de la femme gestatrice<sup>95</sup>; en cas de conflit dans le couple, voire de séparation, on ne pourra passer outre cette exigence de consentement<sup>96</sup>. Une fois la reconnaissance établie devant notaire, elle sera ensuite inscrite en marge de l'acte de naissance de l'enfant sur instruction du procureur de la République, lequel devra vérifier que le cadre légal de cette mesure de sauvetage a bien été respecté. Il devra notamment vérifier que le couple a bien eu recours à une procédure de reproduction assistée à l'étranger avant la modification de la législation<sup>97</sup>. S'agissant des enfants nés après l'entrée en vigueur de la loi, on pourrait *a priori* se demander pourquoi des couples persisteraient à aller à l'étranger dans le seul but d'avoir recours à une procréation médicalement assistée. Pourtant, la loi française comporte toujours des contraintes, que ce soit en termes d'accès (limites d'âge) ou de techniques (interdiction de la méthode ROPA). Dès lors, le risque d'un tourisme procréatif persiste en la matière. Reste à savoir si l'avis rendu en 2014 par la Cour de cassation continuera de s'appliquer dans le contexte d'une législation française considérablement assouplie depuis 2021. Le retour à une

93 Cass. avis du 22 sept. 2014, n° 14-70.006 (TGI de Poitiers, 23 juin 2014) et n° 14-70.007 (TGI d'Avignon, 19 juin 2014).

94 Article 6 IV de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

95 Étrangement, la loi ne prévoit pas le consentement de l'enfant, même de plus de 13 ans. Cependant, la reconnaissance classique de l'article 316 du Code civil ne suppose pas non plus le consentement de ce dernier.

96 Il ne s'agit pas ici d'un oubli, mais bien d'un choix délibéré de législateur de réserver cette possibilité aux couples manifestant un accord (circulaire de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, n° NOR JUSC2127286C, 21 sept. 2021, fiche n° 2, p. 2).

97 Il faut donc tenir compte de la date, soit de l'insémination artificielle, soit du transfert d'embryon.

certaine sévérité n'est pas improbable, à l'instar de celle retenue par le législateur en matière de gestation pour autrui.

### 1.2.2 *La filiation après une gestation pour autrui*

L'interdiction en France de la gestation pour autrui n'a pas été remise en cause par la loi du 2 août 2021. Cependant, la question de la filiation des enfants nés à l'étranger de cette pratique fut revisitée dans un sens différent de la jurisprudence jusque-là établie par la Cour de cassation. La Cour s'était tout d'abord montrée inflexible s'agissant de la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention. Dès 2011, elle refusait ainsi la transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance étranger, lequel désignait comme père le père biologique et comme mère la mère d'intention<sup>98</sup>. Elle considéra en effet qu'il « est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ». Soucieuse du regard de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, elle avait cependant souligné que les enfants pouvaient toujours bénéficier de la filiation que leur reconnaît leur acte de naissance étranger et vivre en France avec le couple, ce qui excluait toute violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme garantissant la vie privée et familiale<sup>99</sup>. La même année, elle refusa également l'établissement de la filiation par possession d'état et de ce fait la transcription de l'acte de notoriété reconnaissant cette possession<sup>100</sup>. La Cour de cassation confirma par deux fois le refus de transcription de l'acte de naissance étranger en 2013<sup>101</sup> et 2014<sup>102</sup>, mais en faisant évoluer le fondement de sa décision, de la contrariété à l'ordre public international français vers la fraude à la loi française. Ce fondement lui permit également

98 Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 09-66.486 et n° 10-19.053. La date n'est guère innocente, car le lendemain même le Sénat rejetait les amendements proposant la légalisation de la gestation pour autrui dans le cadre de la révision des lois bioéthiques.

99 On notera sur cette question la circulaire du 25 janvier 2013 (n° NOR JUSC1301528C) de la garde des Sceaux facilitant la délivrance d'un certificat de nationalité française pour les enfants issus d'une gestation pour autrui : « L'attention de la chancellerie a été appelée sur les conditions de délivrance des certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger de français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. Vous veillerez, dans l'hypothèse où de telles demandes seraient formées, et sous réserve que les autres conditions soient remplies, à ce qu'il soit fait droit à celles-ci dès lors que le lien de filiation avec un français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 ». Cette circulaire fut jugée conforme par le Conseil d'État (CE, 12 sept. 2014, n° 365779, *Association Juristes pour l'enfance et autres*).

100 Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 09-17.130.

101 Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n° 12-30.138, n° 12-18.315.

102 Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, n° 13-50.005.

d'annuler la reconnaissance établie par le père biologique<sup>103</sup>. Quant à l'adoption, l'arrêt initial de 1991 avait déjà interdit ce biais. Toutes les portes étaient donc fermées, même au père biologique. L'on connaît toute l'importance que la Cour européenne des droits de l'homme attache au droit à l'identité et plus largement au respect de la vie privée et familiale; la condamnation du système prétorien français n'était donc qu'une question de temps. Ce fut chose faite le 26 juin 2014 avec l'arrêt *Mennesson contre France*<sup>104</sup>. Si la Cour européenne ne reconnaît pas une violation du droit à mener une vie familiale normale, elle retient une violation du droit au respect de la vie privée. Elle relève en effet une contradiction dans la position française, car, « sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, [cet État] leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique »; de cette contradiction, elle déduit une « atteinte à leur identité au sein de la société française »<sup>105</sup>. En d'autres termes, la Cour ne sanctionne pas la France pour son refus de légaliser la gestation pour autrui, mais pour son intransigeance s'agissant de la filiation. Cependant, le raisonnement de la Cour, fondé sur l'attitude contradictoire des autorités françaises, n'a pas reçu une approbation unanime. En effet, « une contradiction suppose une incompatibilité entre deux positions, deux réactions. La France ne reconnaît pas le couple d'intention comme les parents de l'enfant, mais le fait qu'ils ont été désignés comme tels par un État étranger. Comment nier cette désignation une fois l'acte de naissance dressé? Néanmoins, reconnaître que l'on a désigné (l'établissement d'un acte de naissance étranger) ne signifie pas reconnaître ce que l'on a désigné (la qualité de père et mère de l'enfant). Dès lors, la position française ne souffre d'aucune contradiction » (Fragu 2015: 512). Les effets de cette jurisprudence européenne n'ont guère tardé à retentir en droit français. Le 3 juillet 2015, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, décida en effet d'autoriser la transcription partielle de l'acte de naissance étranger si ce dernier correspond à la vérité biologique, c'est-à-dire s'il désigne comme père de l'enfant le père biologique<sup>106</sup>. Demeurait toutefois la question de la mère d'intention: l'adoption lui fut ouverte par un arrêt de 2017, mais la transcription demeurait refusée<sup>107</sup>. Prudente, la Cour de cassation interrogea tout de même la Cour européenne sur ce compromis à l'égard de la mère d'intention<sup>108</sup>. La Cour de Strasbourg, tout en refusant d'imposer la trans-

103 Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n° 12-18.315. On rappelle que l'article 336 du Code civil permet au ministère public de contester la filiation paternelle « si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi ».

104 CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n° 65192/11, Labassée c. France, req. n° 65941/11.

105 CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n° 65192/11, §96.

106 Ass. plén., 3 juil. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002.

107 Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juill. 2017, n° 16-16.901 et n° 16-50.025. S'agissant de l'adoption par le père d'intention, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2020, n° 19-15.739.

108 Ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053: « La question qui se pose est, d'abord, de savoir si, en refusant de transcrire l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français s'agissant de la mère d'intention, alors que la transcription a été admise pour le père biologique de l'enfant, un État-partie méconnaît l'article 8 de la Convention à l'égard tant de la mère d'intention que des enfants

cription intégrale de l'acte de naissance, accepta l'adoption « à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>109</sup>. La procédure envisagée étant limitée aux couples mariés et marquée par une lenteur indéniable, les deux conditions posées par la Cour européenne semblaient loin d'être remplies. La Cour de cassation décida ainsi d'admettre la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger, du moment que ce dernier est régulier, exempt de fraude et établi conformément au droit de l'État étranger concerné<sup>110</sup>.

C'est ce dernier rebondissement que le législateur français était amené à examiner dans le cadre de la loi bioéthique de 2021, bien que le projet de loi initial ait été muet sur la question. Fallait-il consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation, renonçant ainsi à toute possibilité de condamner un contournement évident de l'interdiction française de la gestation pour autrui, ou revenir à une position plus ferme en la matière ? Le Sénat choisit la seconde voie en proposant par deux fois d'introduire un article 47-1 dans le Code civil : « Tout acte de l'état civil ou jugement étranger, à l'exception des jugements d'adoption, établissant ou faisant apparaître la filiation d'un enfant né à l'issue d'une convention de gestation pour le compte d'autrui ne peut être transcrit sur les registres en ce qu'il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu'il mentionne deux pères. Les dispositions du premier alinéa ne font pas obstacle à la transcription partielle de cet acte ou de ce jugement, ni à l'établissement d'un second lien de filiation dans les conditions du titre VIII du présent livre si celles-ci sont réunies ». L'Assemblée nationale décida d'une formule moins explicite ajoutée à la fin de l'article 47 : aussi l'acte étranger fait-il foi, à moins qu'il ne corresponde pas à la réalité, laquelle « est appréciée au regard de la loi française ». La formule nécessitera sans doute quelque interprétation de la Cour de cassation, mais, en France, la réalité correspond encore à la vérité biologique pour le père et à l'accouchement pour la mère. Dès lors, la personne qui n'est pas liée biologiquement à l'enfant ou qui n'a pas accouché devra passer par la procédure d'adoption, pour tant qu'elle lui soit ouverte.

La loi du 2 août 2021 bouleverse indéniablement la question de la reproduction en France dans un souci de liberté et d'égalité entre les personnes. À cet égard, il n'est pas anodin de rappeler que l'élargissement de l'accès à la procréa-

---

nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. À cet égard, la Cour de cassation s'interroge sur le point de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. Enfin, se pose la question de savoir si la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, qui constitue une voie permettant d'établir la filiation à son égard, suffit à répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention ».

109 CEDH, 10 avr. 2019, avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, n° P16-2018-001.

110 Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2019, n° 18-12.327. V. déjà pour une transcription intégrale de l'acte d'état civil étranger au vu des faits de la cause, Ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053.

tion médicalement assistée n'a entraîné aucune distinction sur le terrain de sa prise en charge par l'assurance maladie. La rareté des gamètes, principalement des ovocytes, ralentissait déjà considérablement la reproduction assistée pour les couples hétérosexuels ; face au nombre croissant de demandes qu'entraînera le nouvel élargissement, la problématique de la recherche n'en devient que plus essentielle. C'est donc sans surprise que la loi tente par tous les moyens d'assouplir les règles limitant les recherches sur l'embryon et les cellules souches.

## 2. Assouplir la recherche

Bien que moins accessible au profane, le thème de la recherche provoque systématiquement d'intenses débats lorsqu'il s'agit d'alléger les contraintes posées en la matière. Il est vrai que l'embryon s'intègre difficilement dans la *summa divisio* du droit civil entre les personnes et les choses : « Humain d'un côté, mais pas assez humain de l'autre, il se [situe] dans une zone étrange et ambiguë » (Edelman 1995: 205). Tout d'abord interdites par les premières lois bioéthiques de 1994<sup>111</sup>, ces recherches furent pour la première fois autorisées de manière temporaire et dérogatoire en 2004. Le principe d'interdiction fut maintenu lors de la révision intervenue en 2011, mais céda deux années plus tard pour laisser la place à un régime d'autorisation<sup>112</sup> par l'Agence de la biomédecine. Cette libéralisation progressive des recherches constitue pour certains une des raisons du retard de la France dans ce domaine (rapport n° 2243: 253-254). L'objectif du Gouvernement était donc de rattraper ce retard en introduisant dans la loi trois avancées scientifiques : « la dérivation de lignées de cellules souches embryonnaires, le développement des cellules souches induites, dites IPS (*Induced Pluripotent Stem cells*), et le développement de techniques de modification ciblée du génome » (rapport n° 2243: 24).

Ces évolutions ont conduit le Parlement à dissocier les recherches sur l'embryon (2.1) de celles sur les cellules souches (2.2) pour leur appliquer désormais un régime distinct. En effet, ces deux types de recherches relevaient auparavant du même article, lequel imposait de ce fait un degré identique de contrainte.

### 2.1 Assouplir les recherches sur l'embryon

Les recherches sur l'embryon demeurent à ce jour les plus encadrées par la loi. Le législateur a ainsi souhaité maintenir l'exigence d'une autorisation à l'article L2151-5 du Code de la santé publique. Néanmoins, le régime applicable à ces

111 Anc. art. L152-8 du Code de la santé publique : « Toute expérimentation sur l'embryon est interdite ».

112 Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

recherches n'est guère demeuré inchangé. Tout d'abord, les conditions d'obtention de l'autorisation ont été modifiées afin d'élargir les finalités possibles pour un protocole de recherche (2.1.1). Ensuite, de nombreux interdits ont été levés ou à tout le moins ébranlés (2.1.2).

### 2.1.1 Élargir les objectifs

Le protocole de recherche conduit sur un embryon humain soumis à autorisation est encadré par l'article L2151-5 du Code de la santé publique. Ce protocole doit remplir un certain nombre de conditions, s'agissant notamment de la pertinence scientifique de la recherche, de la nécessité de recourir à des embryons humains ou encore du respect des principes éthiques fondamentaux. Demeure cependant la question de la finalité poursuivie par la recherche embryonnaire, limite que les lois précédentes avaient déjà considérablement assouplie. En effet, la loi de 2004 – la première à avoir autorisé les recherches sur l'embryon – imposait la perspective de « progrès thérapeutiques majeurs »; celle de 2011 exigeait que la recherche fût susceptible de permettre « des progrès médicaux majeurs »; celle de 2013 enfin se contentait d'une « finalité médicale ». Ni le Gouvernement ni l'Assemblée nationale ne souhaitaient modifier cette partie de l'article. Étrangement, ce fut le Sénat, pourtant davantage conservateur, qui modifia par deux fois<sup>113</sup> le projet de loi pour ajouter une seconde finalité : « la connaissance de la biologie humaine ». Il estimait en effet que la recherche fondamentale, autorisée par la loi, ne permettait pas d'« anticiper avec précision les résultats de la recherche et les applications médicales qui pourraient en être tirées » (rapport n° 237: 17). Le biologiste et neurophysiologiste Marc Peschanski était notamment intervenu pour défendre ce point de vue : « demander à des chercheurs en biologie d'avoir une finalité médicale revient à leur demander d'abandonner des pans entiers de la recherche fondamentale, ou de mentir. [...] Depuis des années, cette finalité médicale oblige les chercheurs à écrire des choses sur lesquelles ils n'ont aucune certitude. Nos opposants nous attaquent sur des présentations ne pouvant être solides puisque les résultats de nos recherches sont toujours des paris faits par les scientifiques » (rapport n° 237: 362-363)<sup>114</sup>. L'argumentation finit par convaincre l'Assemblée nationale qui adopta cette nouvelle finalité en lecture définitive.

Cependant, un tel élargissement fut encore débattu, cette fois devant le Conseil constitutionnel. Saisi par soixante députés, inquiets d'éventuelles dérives eugéniques qu'autoriserait une finalité autre que médicale, le Conseil

---

113 Amendement n° COM-193. 2 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (adopté); amendement n° COM-60. 14 janv. 2021. Sénat 2<sup>e</sup> lecture (adopté).

114 Cette difficulté à formuler la finalité médicale dans les protocoles de recherche entraîne selon l'Agence de la biomédecine un coût financier non négligeable qu'elle estime à 800 000 €. En effet, les autorisations délivrées par l'Agence sont systématiquement attaquées devant les juridictions administratives. L'élargissement des finalités permettrait ainsi de sécuriser juridiquement les recherches menées sur l'embryon (rapport n° 237: 181).

dut se prononcer sur cette question<sup>115</sup>. Il estima dans sa décision que l'élargissement litigieux ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle. D'une part, il considéra que toute recherche sur l'embryon humain demeure soumise à l'interdiction des pratiques eugéniques énoncée à l'article 16-4 du Code civil et rappelée à l'article L2151-5 du Code de la santé publique. Cette interdiction, qui participe à la protection du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, constitue ainsi une garantie suffisante contre les dérives redoutées. D'autre part, il n'est pas évident que « la connaissance de la biologie humaine » soit si éloignée de la finalité médicale. En effet, le Conseil considère que, par ce biais, « le législateur a entendu permettre que de telles recherches puissent être entreprises y compris lorsqu'elles ne présentent pas un intérêt *médical* immédiat »<sup>116</sup>. Ce faisant, le Conseil réintroduit la finalité médicale sous l'angle d'un progrès futur éventuel<sup>117</sup>. Si l'élargissement s'en trouve *de facto* relativisé, il n'en va pas de même s'agissant des autres modifications apportées au régime des recherches sur l'embryon.

### 2.1.2 Abaisser les interdits

Certaines interdictions n'ont pas été remises en cause par la loi de 2021. Il en va ainsi de l'obligation énoncée à l'article L2151-5 du Code de la santé publique d'utiliser uniquement des embryons « conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation qui ne font plus l'objet d'un projet parental et qui sont proposés à la recherche ». En d'autres termes, il est toujours interdit de créer *in vitro* des embryons spécifiquement pour la recherche<sup>118</sup>. On notera que la loi a cependant précisé la durée de conservation des embryons donnés à la recherche, mais qui n'ont jamais été inclus dans un protocole. En effet, un délai de conservation de cinq ans était uniquement fixé dans trois hypothèses : l'embryon qui a été proposé à l'accueil par un autre couple, l'embryon pour lequel on ne sait pas si le projet parental est maintenu et enfin l'embryon pour lequel le couple est en désaccord sur son devenir. Désormais, l'article L2141-4 VI du Code de la santé publique fixe le même délai de conservation pour l'embryon non intégré à un protocole de recherche ; il sera donc détruit au bout de cinq ans<sup>119</sup>.

Le législateur a néanmoins modifié un autre délai, beaucoup plus important en pratique : la durée maximale de culture des embryons. Jusqu'à présent, aucune limite n'avait été prévue en droit français. Ce vide n'a pas empêché le Comité consultatif national d'éthique de se saisir de la question au moyen de

115 Cons. const., décision n° 2021-821 DC, 29 juil. 2021, *Loi relative à la bioéthique*.

116 Cons. const., décision n° 2021-821 DC, 29 juil. 2021, *Loi relative à la bioéthique*, § 13, nous soulignons.

117 Cependant, le Conseil ne fait pas usage ici de la technique de la réserve d'interprétation qui conditionne la constitutionnalité d'un texte à l'interprétation qu'il donne dans sa décision.

118 Art. L2151-2 du Code de la santé publique.

119 Il était en effet étrange que cet unique cas de figure soit laissé sans délai, d'autant plus que les besoins en matière de recherches sont largement couverts par le nombre d'embryons proposés par des couples chaque année (ABM 2018: 58).



différents avis rendus sur ce thème. De manière constante, le Comité mentionne comme frontière possible le stade de l'implantation, lequel correspond à une limite de sept jours après la fécondation (avis n° 8: 11). Toutefois, cette frontière ne doit pas être interprétée comme « un argument aux partisans de la réification de l'embryon aux premiers stades de son développement ». En effet, le Comité affirme régulièrement son « attachement à l'idée selon laquelle l'embryon humain doit, dès sa formation, bénéficier du respect lié à sa qualité » (avis n° 67: 6)<sup>120</sup>, c'est-à-dire « une personne humaine potentielle » (avis n° 1: 1). Cette limite des sept jours s'était imposée en pratique, moins d'un point de vue éthique que pour des raisons pratiques ; en effet, pendant longtemps, les techniques de culture ne permettaient pas de dépasser ce stade (ABM 2018: 59). Ce n'est qu'à partir de 2016 que ces obstacles techniques ont été levés, relançant de ce fait le débat sur une prolongation du délai de culture. Le projet de loi initial, s'inspirant d'un certain consensus à l'international, proposa une nouvelle limite fixée à quatorze jours après la fécondation. Cela correspond cette fois au stade de l'individualité, puisque la formation de jumeaux n'est plus possible après cette date, mais également à celui de la gastrulation qui aboutit à la formation de la ligne primitive, c'est-à-dire l'ébauche du système nerveux central. Les deux chambres du Parlement acceptèrent sans discussion d'inscrire dans la loi cette limite des quatorze jours ; seul le Sénat évoqua en première lecture la possibilité, à titre dérogatoire, de poursuivre le développement *in vitro* des embryons jusqu'au vingt et unième jour « dans le cadre de protocoles de recherche spécifiquement dédiés à l'étude des mécanismes de développement embryonnaire au stade de la gastrulation »<sup>121</sup>. Le Sénat espérait devancer par ce biais les pays réfléchissant déjà à repousser la limite des quatorze jours<sup>122</sup>. Néanmoins, cette proposition ne fut pas retenue, l'article L2151-5 se contentant de la limite de principe.

La loi du 2 août 2021 est également revenue sur un interdit jusque là emblématique s'agissant des recherches sur l'embryon. Depuis la réforme de 2011, l'article L2151-2 du Code de la santé publique prohibait en effet « la création d'embryons transgéniques ou chimériques ». Avant d'entrer dans le détail de l'évolution de cet article, il apparaît nécessaire de préciser les procédés alors interdits. Malheureusement, il n'existe pas de définition clairement posée pour ces deux termes ; on s'appuiera sur celles données par le député Jean Léonetti en 2011. Tandis que le terme chimère désigne « des organismes contenant des

120 V. Également CCNE avis n° 112: 10.

121 Amendement n° COM-195. 2 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (adopté).

122 Amendement n° COM-195. 2 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (adopté) : « Une meilleure compréhension des étapes du développement embryonnaire entre le 14e et le 21e jour, qui concernent la période dite de gastrulation, présente un intérêt scientifique majeur, au regard de l'enjeu du contrôle de la différenciation des cellules souches embryonnaires humaines et des retombées médicales qui peuvent en découler. Plusieurs pays, dont le Royaume-Uni, s'interrogent désormais sur la pertinence d'une durée de développement d'embryons *in vitro* fixée à 14 jours et pourraient prochainement la réviser à la hausse ».

cellules d'origine différente, mais sans mélange des matériels génétiques», l'expression d'embryon transgénique désigne quant à elle « des embryons dans le génome desquels une ou plusieurs séquences d'ADN exogène, c'est-à-dire n'appartenant pas à l'embryon lui-même, ont été ajoutées » (rapport n° 3403: 113-114). S'agissant des embryons chimériques, la volonté du législateur en 2011 était d'interdire l'insertion de matériel biologique d'origine animale dans un embryon humain, mais de laisser l'inverse possible (CE Étude 2018: 186-187). En d'autres termes, l'interdiction de créer des embryons chimériques n'avait pas vocation à s'appliquer aux recherches réalisées sur l'embryon animal. C'est pourquoi la loi de 2021 a entendu clarifier ce point en modifiant l'article L2151-2, lequel dispose désormais que « la modification d'un embryon humain par adjonction de cellules provenant d'autres espèces est interdite ». Le Sénat s'était pourtant fortement opposé à ce qu'il considérait comme le franchissement d'« une ligne rouge sans poser de garde-fou crédible » (rapport n° 280: 12). Le Comité consultatif national d'éthique s'était également inquiété des conséquences de l'insertion de cellules pluripotentes humaines dans un embryon animal avec l'espoir de produire des organes humains (xénogreffes)<sup>123</sup>. S'il concède que cette question ne relève pas à proprement parler du régime des recherches sur l'embryon, le Comité appelle de ses vœux un encadrement « en particulier si les embryons chimériques sont transférés chez des femelles et donnent naissance à des animaux chimères avec le risque, chez le gros animal, que les cellules humaines se développent et induisent certaines caractéristiques humaines (morphologiques, neurologiques) » (avis n° 129: 57). La Commission spéciale du Sénat avait dans ce sens proposé deux mesures destinées à encadrer « l'insertion de cellules souches pluripotentes induites dans un embryon animal dans le but de son transfert chez la femelle, sans possibilité de parturition » : la fin de la gestation dans un délai approuvé par l'Agence de la biomédecine et la fixation d'un seuil<sup>124</sup> pour la contribution des cellules d'origine humaine au développement de l'embryon animal<sup>125</sup>. Face à une telle opposition, il n'est guère surprenant que la saisine du Conseil constitutionnel ait également porté sur cette question. Les députés requérants estimaient que la nouvelle formulation interdisant uniquement la modification d'un embryon humain par adjonction de cellules provenant d'autres espèces porterait atteinte à la distinction entre l'homme et l'animal et « méconnaîtrait l'objectif de valeur

123 Un autre avantage espéré des expériences impliquant la création d'embryons chimériques réside dans l'étude du phénomène de pluripotence au sein des cellules souches.

124 À l'heure actuelle, ce taux demeure extrêmement bas en pratique, le nombre de cellules humaines capables de se développer dans un embryon animal étant lié à la distance entre les espèces. Le taux le plus élevé réalisé est aujourd'hui de 4 % de cellules humaines dans un embryon de souris, l'embryon ayant survécu 17 jours (Zhixing *et al.* 2020).

125 Texte de la commission n° 238. 8 janv. 2020. Sénat, 1<sup>re</sup> lecture, art. 15. La Commission souhaitait en effet interdire la modification d'un embryon animal par adjonction de cellules souches embryonnaires humaines, mais laissait la possibilité d'une modification par adjonction de cellules souches pluripotentes induites d'origine humaine. Ce compromis ne fut pas entériné en séance publique.

constitutionnelle de protection de l'environnement, le principe de précaution, la diversité biologique garantie par le cinquième alinéa du Préambule de la Charte de l'environnement ainsi que le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine»<sup>126</sup>. Le Conseil estima cependant que les différentes garanties mentionnées à l'article L2151-5 du Code de la santé publique suffisaient à assurer la constitutionnalité de la disposition attaquée. On peut cependant regretter, à l'instar de Madame Élise Roumeau, la motivation quelque peu laconique du Conseil, notamment sur le principe de précaution (2021: §10).

La question des embryons transgéniques fut paradoxalement moins débattue. Leur interdiction n'a pas été simplement reformulée ou remaniée; le projet de loi initial proposait sa disparition complète. En 2011, lorsque l'interdiction fut formulée pour la première fois dans le Code de la santé publique, le législateur souhaitait renforcer l'article 16-4 du Code civil, selon lequel « nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine ». En effet, le député Jean Léonetti soulignait l'insuffisance de cet article : « dans la mesure où l'embryon est utilisé dans un travail de recherche et donc détruit à un stade très précoce de son existence, il n'est pas ici question d'une quelconque perpétuation des éventuelles modifications génétiques effectuées sur l'embryon » (rapport n° 3403: 114). L'incertitude est d'autant plus évidente si l'on considère le dernier alinéa de cet article : « *Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne* » (nous soulignons)<sup>127</sup>. La prohibition des embryons transgéniques avait cependant donné naissance à une situation qualifiée d'« asymétrique » et d'incohérente par le Conseil d'État en 2018 (étude: 159), particulièrement depuis la découverte en 2012 de la technologie CRISP-Cas9<sup>128</sup>. De façon schématique, cette technique fonctionne à la manière de ciseaux permettant de cibler une séquence spécifique de l'ADN, de la couper pour enfin la remplacer par un nouveau fragment d'ADN. Puisque seuls étaient interdits les embryons transgéniques, il était possible de supprimer ou d'inactiver une séquence d'ADN, tandis que son remplacement ou l'insertion d'une nouvelle séquence demeurait prohibée. L'Assemblée nationale avait ainsi de nouveau rappelé le retard accumulé par la France<sup>129</sup> puisqu'« aucune recherche sur des cellules souches somatiques

126 Cons. const., décision n° 2021-821 DC, 29 juil. 2021, *Loi relative à la bioéthique*, §27.

127 La convention d'Oviedo pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine de 1997 contient une disposition similaire. Son article 13 dispose en effet qu'« une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance ».

128 *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*, ce qui signifie des séquences identiques qui se répètent régulièrement dans le génome.

129 Alors même que l'une des scientifiques à l'origine de l'invention du CRISP-Cas9 est une microbiologiste et généticienne française, Madame Emmanuelle Charpentier, lauréate avec Madame Jennifer Doudna du prix Nobel de chimie 2020.

recourant à la technique du ciseau moléculaire Crispr-Cas9 ne peut être conduite en France alors même que la convention d'Oviedo ne s'y oppose pas» (rapport n° 2243: 285). Le Conseil d'État avait donc jugé nécessaire une clarification de l'interdit en envisageant deux scénarios : soit élargir l'interdit existant en prohibant toute atteinte à l'intégrité du génome de l'embryon, soit assouplir cet interdit en autorisant l'édition génique des embryons dans la mesure où ces derniers ne peuvent par la suite être implantés à des fins de gestation (étude: 160). En deuxième lecture, le Sénat s'était prononcé en faveur du premier scénario; il avait ainsi suggéré une réécriture de l'article L2151-2 interdisant « toute intervention ayant pour objet de modifier le génome d'un embryon humain ». C'est toutefois le second scénario qui s'est imposé, sans résistance du Conseil constitutionnel. L'interdiction d'implanter les embryons ayant fait l'objet de recherches<sup>130</sup> constitue selon lui une garantie suffisante eu égard au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine<sup>131</sup>.

On rappellera cependant que des recherches peuvent être menées sur un embryon lors d'une assistance médicale à la procréation. Dans ce cas, l'embryon a, par définition, vocation à être implanté<sup>132</sup>. C'est pourquoi la loi de 2021 créa un nouvel article L2141-3-1 dans le Code de la santé publique précisant que, dans ce cas, aucune intervention ayant pour objet de modifier le génome de l'embryon ne peut être entreprise. Sur ce point, encore faut-il s'entendre sur ce que l'on entend par le terme de génome. Le 9 mai 2016, l'Agence de la biomédecine avait autorisé un protocole de recherche destiné notamment à étudier les conséquences d'un dysfonctionnement mitochondrial sur le développement embryo-foetal humain<sup>133</sup>. Ce protocole lançait ainsi des recherches sur ce que l'on appelle communément la « FIV à trois personnes », déjà possible dans certains pays<sup>134</sup> et qui permet d'éviter la transmission d'une maladie génétique des mitochondries de la femme d'un couple. Cette technique particulière de fécondation *in vitro* implique de remplacer le cytoplasme défaillant par du cytoplasme sain issu d'une donneuse<sup>135</sup>.

130 Article L2151-5 du Code de la santé publique.

131 Cons. const., décision n° 2021-821 DC, 29 juil. 2021, Loi relative à la bioéthique, §§ 32-35. On notera cependant qu'il n'existe pas de principe à valeur constitutionnelle de protection du patrimoine génétique de l'humanité (Cons. const., décision n° 94-343/344 DC, 27 juil. 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, §11).

132 Cette possibilité est prévue à l'avant-dernier alinéa de l'article L2141-3 du Code de la santé publique, sous réserve du consentement donné par le couple ou la femme non mariée.

133 Décision du 9 mai 2016 portant autorisation de protocole de recherche sur l'embryon en application des dispositions de l'article L.2151-5 du Code de la santé publique (n° NOR: AFSB16274265). Les embryons ne faisaient plus l'objet d'un projet parental et n'étaient donc pas destinés à être implantés.

134 Le premier bébé issu de cette technique est né en 2016 grâce à une équipe médicale conduite par le Dr. John Zhang, du Centre New Hope fertility à New York. Cependant, la procédure a eu lieu au Mexique, car les États-Unis n'autorisent pas encore la FIV à trois personnes.

135 Ce remplacement peut être réalisé avant (*Maternal spindle transfer*) ou après la fécondation (*Pronuclear transfer*).

Le patrimoine génétique de la future mère, présent dans le noyau, est alors en partie conservé et transmis à l'enfant. S'agit-il alors d'un embryon transgénique, c'est-à-dire a-t-on procédé à une modification du génome ? Si l'on considère que seul importe l'ADN nucléaire, la réponse est négative. Si au contraire, l'on tient compte de l'ADN extranucléaire mitochondrial, il y a bien une modification du génome de l'enfant. Le tribunal administratif de Montreuil avait été saisi de cette question par une fondation désirant annuler l'autorisation donnée par l'Agence de la biomédecine en 2016. Il considéra que « la transgénèse, ou modification du génome, implique nécessairement l'insertion dans l'ADN d'une séquence d'ADN étrangère, dite « ADN recombinant », provenant d'un autre génome » ; dès lors, « le projet autorisé n'a ni pour objet ni pour effet de transférer des gènes étrangers dans l'ADN nucléaire des embryons utilisés »<sup>136</sup>. En d'autres termes, il ne s'agissait pas d'embryons transgéniques. Dans cette même affaire, la Cour d'appel administrative de Versailles estima au contraire qu'il n'était pas possible de faire abstraction de l'ADN mitochondrial dans la définition des embryons transgéniques et décida d'annuler l'autorisation de recherche<sup>137</sup>. Si aujourd'hui la création de tels embryons n'est plus sanctionnée par la loi, demeure l'interdiction de l'article L2141-3-1 concernant la recherche sur des embryons destinés à être implantés. Si l'interprétation donnée par la Cour d'appel administrative de Versailles devait se maintenir, cela signifierait que les recherches sur la FIV à trois personnes seraient possibles, mais que cette technique ne pourrait pas être proposée aux femmes placées dans cette situation, l'implantation de l'embryon modifié demeurant impossible. Il est dommage que la loi de 2021 ne se soit pas penchée plus en détail sur les définitions employées alors que des recherches étaient précisément en cours sur ce thème.

## 2.2 Assouplir les recherches sur les cellules souches

L'une des revendications principales formulées par les chercheurs était de sortir le régime applicable aux cellules souches de celui relatif à l'embryon. Le second étant par définition le plus contraignant, ils espéraient que la dissociation des deux régimes entraînerait un certain allègement, notamment en termes de procédure (2.2.1). La réforme était également l'occasion d'introduire dans le Code de la santé publique la diversité des cellules souches en séparant cette fois les cellules souches embryonnaires des cellules souches pluripotentes induites humaines. On assiste ainsi désormais à une véritable gradation en termes de techniques autorisées (2.2.2).

---

136 TA Montreuil, 21 juin 2017, n° 1610385.

137 CAA Versailles, 7 déc. 2021, n° 17VE02468. Le Conseil d'État ne s'est pas encore prononcé dans cette affaire.

### 2.2.1 Alléger la procédure

Les recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires étaient régies avant la réforme par le même article L2151-5 du Code de la santé publique. En effet, le législateur avait tenu compte en 2004 du processus permettant d'obtenir des cellules souches embryonnaires. Ces dernières sont prélevées sur des embryons au stade du blastocyste, c'est-à-dire entre cinq et sept jours après la fécondation. Plus précisément, elles sont dérivées d'une partie spécifique du blastocyste, la masse cellulaire interne<sup>138</sup>. Ce processus de dérivation conduit ainsi à la destruction de l'embryon, et justifiait alors un encadrement juridique identique à celui des recherches sur l'embryon. La loi du 4 août 2021 a cependant choisi de les dissocier, principalement pour deux raisons. D'un point de vue pratique, il est possible de séparer le processus de dérivation proprement dit des recherches qui seront ensuite réalisées sur les cellules souches embryonnaires. En d'autres termes, l'obtention de ces cellules peut recevoir un encadrement juridique spécifique, distinct de celui appliqué par la suite aux recherches. D'un point de vue éthique, les recherches sur les cellules souches embryonnaires ne « conduisent pas au même questionnement » (projet de loi n° 2187: exposé des motifs). Pour le comprendre, il est nécessaire d'explicitier la différence entre les cellules souches totipotentes et pluripotentes. Les premières sont présentes au stade antérieur au blastocyste et ont la capacité de se différencier en tous les types de cellules qui forment l'embryon, mais également le placenta et le cordon ombilical. Les secondes peuvent toujours se différencier en n'importe quel tissu de l'embryon, mais ne pourront pas créer les annexes nécessaires au développement d'un nouvel embryon. C'est pourquoi le Comité consultatif national d'éthique considère que les cellules souches embryonnaires « n'ont rien du caractère symbolique de < personne potentielle > attribué à l'embryon » (avis n° 129: 52). Cette différence de nature autoriserait donc un régime juridique distinct.

Cette double justification, pratique et éthique, se retrouve dans la nouvelle réglementation du Code de la santé publique. Les recherches sur l'embryon demeurent soumises à un régime d'autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine. Il en va de même du processus d'obtention des cellules souches embryonnaires. En effet, l'article L2151-6 II impose deux possibilités d'obtention : d'une part, des cellules souches embryonnaires dérivées d'embryons, ce qui implique obligatoirement un protocole de recherche sur l'embryon autorisé par l'Agence de la biomédecine, et d'autre part, des cellules souches embryonnaires importées, ce qui nécessite également une autorisation de ce même établissement public administratif<sup>139</sup>. Le véritable apport de la loi de 2021 réside donc dans le régime applicable aux recherches proprement dites. Ces dernières sont simplement

138 La couche externe de cellules du blastocyste (trophectoderme) permettra quant à elle de former le placenta.

139 Art. L2151-8 du Code de la santé publique.

soumises à une déclaration préalable auprès de l'Agence de la biomédecine. Le contrôle de ces recherches se réalise donc *a posteriori* avec de nouveaux pouvoirs confiés au directeur général de l'Agence. Ce dernier dispose tout d'abord d'un pouvoir d'opposition si la recherche ne satisfait pas aux différentes conditions rappelées par l'article L2151-6 III<sup>140</sup>. Pour les recherches les plus sensibles<sup>141</sup>, l'opposition nécessitera au préalable l'avis public du conseil d'orientation de l'Agence. Ce n'est qu'à l'expiration du délai d'opposition – lequel doit encore être fixé par le pouvoir réglementaire – que les recherches pourront commencer. Ensuite, le directeur de l'Agence conserve la capacité de suspendre ou d'interdire à tout moment des recherches qui ne respecteraient plus les exigences imposées par la loi. Ce passage de l'autorisation à la simple déclaration traduit ainsi la différence de nature entre l'embryon et les cellules souches embryonnaires, que renforce encore l'article L2151-6 II. En effet, il est formellement interdit d'utiliser les gamètes obtenus à partir de cellules souches embryonnaires pour féconder un autre gamète et concevoir un embryon.

Une procédure similaire a également été mise en place s'agissant des cellules souches pluripotentes induites humaines, dites cellules iPS<sup>142</sup>. Pour la première fois, le Code de la santé publique leur consacre un texte spécifique, l'article L2151-7. Ces cellules possèdent les mêmes caractéristiques que les cellules souches embryonnaires, notamment la pluripotence, mais ne proviennent pas d'un embryon. Elles sont en effet obtenues par une reprogrammation de cellules adultes différenciées – d'où le terme « induites » – par exemple de cellules sanguines ou épithéliales<sup>143</sup>. Dès lors, les « enjeux éthiques ne tiennent pas à la source des cellules, mais à leur potentiel » (Mesnil 2020: 82). La recherche sur les cellules iPS relève ainsi des règles classiques concernant l'utilisation d'éléments du corps humain et la recherche impliquant la personne humaine. Cependant l'article L2151-7 prévoit une procédure particulière de déclaration préalable dans trois

140 « Le directeur général de l'Agence de la biomédecine s'oppose, dans un délai fixé par voie réglementaire, à la réalisation du protocole de recherche mentionné au I du présent article si la recherche fondamentale ou appliquée ne s'inscrit pas dans une finalité médicale ou ne vise pas à améliorer la connaissance de la biologie humaine, si la pertinence scientifique de la recherche n'est pas établie, si le protocole ou ses conditions de mise en œuvre ne respectent pas les principes fondamentaux énoncés aux articles 16 à 16-8 du Code civil ou les principes éthiques énoncés au présent titre et au titre Ier du livre II de la première partie du présent code ou en l'absence des autorisations mentionnées au II du présent article ».

141 Conformément à l'article L2151-6 III, il s'agit des recherches ayant pour objet « la différenciation des cellules souches embryonnaires en gamètes, l'obtention de modèles de développement embryonnaire *in vitro* ou l'insertion de ces cellules dans un embryon animal dans le but de son transfert chez la femelle ».

142 *Induced Pluripotent Stem cells*.

143 Le procédé a été découvert par le professeur Shinya Yamanaka en 2006, sur la base des travaux de John B. Gurdon sur le caractère réversible de la différenciation des cellules en 1962. Ces travaux leur valurent le prix Nobel de médecine en 2012.

hypotheses<sup>144</sup> : un protocole ayant pour objet « la différenciation de ces cellules en gamètes, l'obtention de modèles de développement embryonnaire *in vitro* ou l'insertion de ces cellules dans un embryon animal dans le but de son transfert chez la femelle ». Le directeur de l'Agence de la biomédecine dispose également de pouvoirs d'opposition et de contrôle *a posteriori* identiques à ceux en matière de recherches sur les cellules souches embryonnaires. Les enjeux éthiques liés à l'utilisation de cellules iPS dans le domaine reproductif n'ont donc pas été laissés sans réponse au stade de la procédure.

### 2.2.2 Alléger les techniques

Le régime juridique applicable aux cellules souches embryonnaires a subi de nombreuses modifications, en partie liées aux remaniements du régime des recherches sur l'embryon. En effet, si ces dernières peuvent désormais viser à améliorer la connaissance de la biologie humaine<sup>145</sup>, il est logique qu'il en aille de même s'agissant des recherches sur les cellules souches embryonnaires, ce que confirme l'article L2151-6 II du Code de la santé publique. De même, la suppression contestée à l'article L2151-2 du même Code de la prohibition des embryons chimériques permet désormais sans ambiguïté d'insérer ces cellules ou des cellules iPS dans un embryon animal<sup>146</sup>. On notera cependant une différence nouvelle concernant la nécessité de recourir à des cellules souches embryonnaires. Auparavant, l'article L2151-5 mentionnait parmi les conditions d'obtention de l'autorisation le fait que la recherche en question ne puisse être menée « sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ». Si cette condition est demeurée inchangée pour les recherches sur l'embryon, elle a disparu s'agissant de celles menées sur des cellules souches embryonnaires. Là encore, il faut y voir la traduction juridique de la différence de nature prônée par la réforme entre l'embryon et les cellules souches embryonnaires. De plus, le maintien de cette condition aurait pu être perçu comme l'obligation d'utiliser systématiquement des cellules iPS. En effet, ces dernières soulèvent moins de problèmes éthiques puisque, tout en ayant les mêmes propriétés que les cellules souches embryonnaires, elles ne nécessitent pas la destruction de l'embryon. Cependant, il n'est pas encore possible à l'heure actuelle d'utiliser des cellules iPS comme système de référence. Comme le souligne la Directrice générale de l'Agence de la biomédecine, « les conséquences des anomalies génétiques et des modifications épigénétiques (multiples et différentes pour chaque lignée) créées par le processus de reprogrammation lui-même et le processus de différenciation des cellules iPS sont encore mal appréciées » (ABM 2021). Ainsi, « une des plus grandes difficultés actuelles est l'extrême hétérogénéité

144 L'objectif était notamment de ne pas surcharger l'Agence de la biomédecine (v. rapport n° 2243: 271-272).

145 V. *supra* 2.1.1.

146 Sous réserve, s'agissant des cellules IPS, d'une déclaration préalable auprès de l'Agence de la biomédecine (v. *supra* 2.1.2).



des lignées d'iPS, aggravée par la diversité des techniques de reprogrammation, des conditions de culture et des cellules somatiques d'origine (induisant une « mémoire épigénétique » persistante). Les CSEh sont, par comparaison, beaucoup plus homogènes, toutes issues de la masse interne du blastocyste, et spontanément pluripotentes, sans la nécessité d'induire des modifications génétiques ou épigénétiques, pour leur conférer cette pluripotence » (ABM 2021). En d'autres termes, les cellules souches embryonnaires constituent toujours le standard de la pluripotence, ou, comme le formule le Professeur Pierre Savatier, « les premières constituent l'original et les secondes n'en sont que la copie imparfaite » (rapport n° 237: p. 186).

On remarque également une différence entre les articles L2151-6 et L2151-7. Le premier précise en effet que « les gamètes obtenus à partir de cellules souches embryonnaires ne peuvent servir en aucune façon à féconder un autre gamète, issu du même procédé ou recueilli par don, pour concevoir un embryon ». Cette interdiction n'a pas été reprise dans l'article L2151-7 consacré aux cellules iPS. Faudrait-il y voir une différence de régime dans le sens d'un allègement en faveur de la recherche sur les cellules iPS? Les enjeux éthiques sont sur ce point identiques et ne permettent pas de fonder une telle distinction. Il s'agit plus probablement d'une concession faite par l'Assemblée nationale au Sénat. Ce dernier avait en effet ajouté cette formulation en première lecture pour les deux types de cellules souches, embryonnaires et iPS<sup>147</sup>. Les sénateurs considéraient qu'il était nécessaire de décliner dans ces deux textes l'interdiction de l'article L2151-2 selon laquelle la conception *in vitro* d'embryon humain à des fins de recherche est interdite. Ils redoutaient également qu'au-delà de la recherche, « la création de gamètes artificiels servirait également l'industrie de la procréation »<sup>148</sup>, notamment pour développer des techniques de procréation médicalement assistée. Sur le premier point, l'Assemblée nationale considéra que la formulation, loin de renforcer l'interdiction générale, entraînait au contraire une certaine confusion (rapport n° 3181: 110 et 114) résultant des termes « issu du même procédé ». S'agit-il du procédé global ou spécifique de différenciation? S'il s'agit du second, cela signifierait par exemple qu'il serait possible de féconder un gamète issu d'une différenciation de cellules souches embryonnaires avec un gamète issu d'une autre différenciation, notamment une différenciation de cellules iPS. Il était ainsi plus sage de s'en tenir à l'article L2151-2. Cependant, face à la volonté du Sénat de maintenir cette interdiction s'agissant des cellules souches embryonnaires, l'Assemblée nationale céda, si bien que la formulation se retrouve désormais à l'article L2151-6 sans avoir été clarifiée. Sur le second point, il est lié à l'un des espoirs de la recherche sur les cellules iPS : la possibilité de créer, à partir de leurs propres cellules, des

147 Respectivement amendement n° 135 rect. *quater*. 21 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (adopté) et amendement n° 84 rect. *quater*. 22 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (adopté).

148 Amendement n° 84 rect. *quater*. 22 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (adopté).

gamètes – ovocytes ou spermatozoïdes – pour des personnes qui n’en auraient pas ou plus. Dans cette hypothèse, encore lointaine, il ne s’agirait pas de concevoir des embryons à des fins de recherche, mais des embryons destinés à être implantés dans le cadre d’une assistance médicale à la procréation. L’article L2141-3-1 du Code de la santé publique ne s’y opposera pas puisqu’il n’interdit que la modification du génome des gamètes ou de l’embryon. Il est dommage que cette question n’ait pas été réellement discutée par le Parlement.

\*\*\*

Partisan d’un droit à un héritage génétique non modifié, Habermas considérait que « lorsque les images religieuses et métaphysiques du monde virent leur force universelle d’obligation perdre l’essentiel de sa puissance, nous ne sommes pas tous devenus, après le passage à un pluralisme toléré des visions du monde, ni des cyniques froids ni des relativistes pour qui tout se vaut, parce que nous avons tenu ferme – parce que nous avons voulu tenir ferme – à la binarité des jugements moraux, justes ou faux » (Habermas 2015 : chap. II-VII). En matière de bioéthique, cette binarité ne demeure que le temps d’une loi, qui, par définition, sera rapidement remplacée par une autre. Le juste et le faux ont perdu leur absolu, leur permanence. La question essentielle est davantage de savoir ce sur quoi l’on veut, encore et pour un temps, tenir ferme.

## Bibliographie

### Ouvrages

- Binet, Jean-René. 2002. *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*. Paris: PUF.
- Fragu, Estelle. 2015. *Des bonnes mœurs à l’autonomie personnelle. Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*. PhD dissertation, Panthéon-Assas Université Paris, France.
- Habermas, Jürgen. /2015 [2001]. *L’avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?* Paris: Gallimard Kindle.
- Lewis, Clive Staples. /2021 [1952]. *Mere Christianity*. HarperOne. Édition du Kindle.
- Lipovetsky, Gilles. /2007 [1992]. *Le crépuscule du devoir*. Paris: Gallimard.
- Terré, François. 1987. *L’Enfant de l’esclave*. Paris: Flammarion.
- Terré François, Dominique Fenouillet et Charlotte Goldie-Genicon. 2018. *Droit civil, la famille*. Paris: Dalloz.
- Irène Théry et Anne-Marie Leroyer (dir.). 2014. *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*. Paris: Odile Jacob.

### Articles

- Baillon-Wirtz, Nathalie. 2021. Le notaire et l’assistance médicale à la procréation : les incidences de la loi bioéthique sur la pratique notariale. *JCP N* n° 35: 1273.
- Baillon-Wirtz, Nathalie. 2021. Le consentement devant notaire à l’assistance médicale à la procréation avec tiers donneur. *JCP N* n° 35: 1274.

- Baillon-Wirtz, Nathalie. 2021. L'acte de reconnaissance conjointe de l'enfant. *JCP N* n° 35: 1275.
- Edelman, Bernard. 1995. Le Conseil constitutionnel et l'embryon. *Dalloz* n° 27: 205-210.
- Hu Zhixing, Hanqin Li, Houbo Jiang, Yong Ren, Xinyang Yu, Jingxin Qiu, Aimee B Stablewski, Boyang Zhang, Michael J Buck et Jian Feng. 2020. Transient inhibition of mTOR in human pluripotent stem cells enables robust formation of mouse-human chimeric embryos. *Science Advances* 6(20), <https://www.science.org/doi/10.1126/sciadv.aaz0298> (21.03.2022).
- Mesnil, Marie. 2021. Les recherches sur l'embryon, les cellules souches embryonnaires et les cellules pluripotentes induites : un encadrement en pleine évolution. *JDSAM* 1 n° 25: 77-83.
- Roumeau, Élise. 2021. L'embryon comme objet d'expérimentation de retour devant le juge constitutionnel. *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, <http://journals.openedition.org/revdh/13047> (21.03.2022).

### *Jurisprudences et décisions*

- Cons. const., décision n° 76-74 DC du 28 déc. 1976, Loi de finance rectificative pour 1976 et notamment les articles 6, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 et 22.
- Cons. const., décision n° 94-343/344 DC du 27 juil. 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.
- Cons. const., décision n° 2021-821 DC du 29 juil. 2021, Loi relative à la bioéthique.
- CEDH, 7 juil. 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. n° 10454/83.
- CEDH, 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98.
- CEDH, 3 nov. 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, req. n° 57813/00.
- CEDH, 25 sept. 2012, *Godelli c. Italie*, req. n° 33783/09.
- CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n° 65192/11, *Labassée c. France*, req. n° 65941/11.
- CEDH, 16 janv. 2018, *Charron et Merle-Montet c. France*, req. n° 22612/15.
- Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, n° 98-12.806.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 09-66.486, n° 10-19.053, n° 09-17.130.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n° 12-30.138, n° 12-18.315.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, n° 13-50.005.
- Ass. plén., 3 juil. 2015, n° 14-21.323, n° 15-50.002.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juill. 2017, n° 16-16.901, n° 16-50.025.
- Ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053.
- Ass. Plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2019, n° 18-12.327.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2020, n° 19-15.739.
- CE, 12 sept. 2014, n° 365779, *Association Juristes pour l'enfance et autres*.
- CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848, *Madame C. A.*
- CE, 28 déc. 2017, n° 396571, *Molénat*.
- CE, 17 avr. 2019, n° 420468.
- CE, juge des référés, 24 janv. 2020, n° 437328.
- TA Montreuil, 21 juin 2017, n° 1610385.
- CAA Versailles, 7 déc. 2021, n° 17VE02468.

ABM, décision du 9 mai 2016 portant autorisation de protocole de recherche sur l'embryon en application des dispositions de l'article L2151-5 du Code de la santé publique, n° NOR : AFSB1627426S.

ABM, décision du 15 juin 2021 portant renouvellement d'autorisation de protocole de recherche sur les cellules souches embryonnaires humaines en application des dispositions de l'article L2151-5 du Code de la santé publique, n° NOR : SSAB2123843S.

### *Avis et rapports*

ABM Conseil d'orientation. 2017. L'âge de procréer. [https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/2017-co-18\\_age\\_de\\_procre\\_er\\_version\\_finale\\_14\\_juin\\_2017.pdf](https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/2017-co-18_age_de_procre_er_version_finale_14_juin_2017.pdf) (21.03.2022).

ABM. 2018. Rapport sur l'application de la loi de bioéthique. [https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport\\_complet\\_lbe\\_2017\\_vde\\_f\\_12-01-2018.pdf](https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport_complet_lbe_2017_vde_f_12-01-2018.pdf) (21.03.2022).

Cass. avis du 22 sept. 2014, n° 14-70.006, n° 14-70.007.

CCNE, 22 mai 1984, avis n° 1 « Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques ».

CCNE, 15 déc. 1986, avis n° 8 « Avis relatif aux recherches et utilisation des embryons humains *in vitro* à des fins médicales et scientifiques ».

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

CCNE, 25 juin 1998, avis n° 60 « Avis sur le réexamen des lois de bioéthique ».

CCNE, 27 janv. 2000, avis n° 67 « Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique ».

CCNE, 21 oct. 2010, avis n° 112 « Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain *in vitro* ».

CCNE, 10 févr. 2011, n° 113 « La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple ».

CCNE, 15 juin 2017, avis n° 126 « Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) ».

CCNE, 18 sept. 2018, avis n° 129 « Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019 ».

CCNE. 2018. Rapport de synthèse du Comité consultatif national d'éthique et Opinions du Comité citoyen. EDP Sciences.

CE. 2018. Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? Étude à la demande du Premier ministre. <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/revision-de-la-loi-de-bioethique-queelles-options-pour-demain> (21.03.2022).

CEDH, 10 avr. 2019, avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, n° P16-2018-001.

### *Lois, décrets, arrêtés et circulaires*

Loi n° 80-1041 du 23 déc. 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

Loi n° 88-1138 du 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

Loi n° 94-548 du 1<sup>er</sup> juil. 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé.

Loi n° 94-653 du 29 juil. 1994 relative au respect du corps humain.

Loi n° 94-654 du 29 juil. 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et des produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal.

Loi n° 2002-93 du 22 janv. 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

- Loi n° 2011-814 du 7 juil. 2011 relative à la bioéthique.
- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.
- Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.
- Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.
- Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.
- Décret n° 2015-1281 du 13 oct. 2015 relatif au don de gamètes.
- Décret n° 2021-1243 du 28 sept. 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation.
- Arrêté n° NOR MESP9920284A du 12 janv. 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation.
- Circulaire n° NOR JUSC1301528C du 25 janv. 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger.
- Circulaire n° NOR JUSC2127286C du 21 sept. 2021 de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

### *Débats parlementaires*

- <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pj119-063.html>
- [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/bioethique\\_2](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/bioethique_2)
- Amendement n° 25 rect. 5 avr. 2011. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (adopté).
- Amendement n° COM-193. 2 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (adopté).
- Amendement n° COM-195. 2 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (adopté).
- Amendement n° COM-60. 14 janv. 2021. Sénat 2<sup>e</sup> lecture (adopté).
- Amendement n° 84 rect. *quater*. 22 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (adopté).
- Amendement n° 135 rect. *quater*. 21 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (adopté).
- Amendement n° 146 rect. 21 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture (tombé).
- Amendement n° 2257. 20 sept. 2019. Assemblée nationale 1<sup>re</sup> lecture (rejeté).
- Amendement n° 2297. 20 sept. 2019. Assemblée nationale 1<sup>re</sup> lecture (non soutenu).
- Question n° 19007. 23 avr. 2019. Assemblée nationale (retirée).
- Question préalable n° 1. 15 juin 2021. Sénat nouvelle lecture (adoptée).
- Projet de loi n° 2911. 20 oct. 2010. Déposé à l'Assemblée nationale par la ministre de la Santé et des Sports.
- Projet de loi n° 2187. 24 juil. 2019. Déposé à l'Assemblée nationale par la ministre des Solidarités et de la Santé.
- Rapport n° 3403. 11 mai 2011. Léonetti Jean (Assemblée nationale, fait au nom de la commission spéciale).
- Rapport n° 2243. 14 sept. 2019. Touraine, Jean-Louis, Coralie Dubost, Hervé Saulignac, Philippe Berta, Jean-François Eliaou et Laëtitia Romeiro Dias (Assemblée nationale, fait au nom de la commission spéciale).
- Rapport n° 237. 8 janv. 2020. Imbert, Corinne, Muriel Jourda, Olivier Henno et Bernard Jomier (Sénat, fait au nom de la commission spéciale).
- Rapport n° 3181. 3 juil. 2020. Dubost, Coralie, Hervé Saulignac, Jean-Louis Touraine, Philippe Berta, Jean-François Eliaou et Laëtitia Romeiro Dias (Assemblée nationale, fait au nom de la commission spéciale).

Rapport n° 280. 19 janv. 2021. Henno, Olivier, Corinne Imbert, Bernard Jomier et Muriel Jourda (Sénat, fait au nom de la commission spéciale).

Séance. 22 janv. 2020. Sénat 1<sup>re</sup> lecture.

Texte n° 763. 22 janv. 2022. Assemblée nationale 1<sup>re</sup> lecture.

Texte de la commission n° 238. 8 janv. 2020. Sénat, 1<sup>re</sup> lecture.



H2R Working Paper 02/2022

