



**OBJECTIF
BARREAU**

CRFPA 2022

DROIT DE LA FAMILLE

CHAPITRE I : L'ENCADREMENT DE L'ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION

Tant les techniques (**Section 1**) que les bénéficiaires (**Section 2**) ont été encadrés légalement dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation.

SECTION 1 : L'ENCADREMENT DES TECHNIQUES DE L'ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION

Certaines techniques d'assistance médicale à la procréation ont été autorisées (I) alors que d'autres ont été interdites par le législateur (II).

I. Les techniques autorisées

L'article L. 2141-1 du Code de la santé publique prévoit en son **premier alinéa** que l'assistance médicale à la procréation « *s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* ».

Deux techniques sont donc autorisées en France : l'assistance médicale à la procréation homologue ou endogène (A) et l'assistance médicale à la procréation hétérologue ou exogène (B).

A. L'assistance médicale à la procréation homologue

L'assistance médicale à la procréation (AMP) est dite homologue lorsqu'**elle est réalisée à partir des gamètes du couple** : l'enfant est donc génétiquement issu du couple lui-même.

Sont ici visées les techniques d'**insémination artificielle** ainsi que les **fécondations in vitro** (consistant à prélever un gamète chez une femme et à le féconder *in vitro* avec du sperme pour ensuite réimplanter l'embryon ainsi obtenu dans la cavité utérine).

Enfin, depuis 2011, la congélation d'ovocytes était autorisée en France pour raison médicale (article L. 2141-1 alinéa 4 du Code de la santé publique) ainsi que la stimulation ovarienne (alinéa 6).

Par la **loi du 2 août 2021**, il est possible de conserver ses gamètes (spermatozoïdes ou ovocytes) sans raison médicale. L'**article L. 2141-12** dispose en effet qu'une « *personne majeure qui répond à des conditions d'âge fixées par un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Agence de la biomédecine, peut bénéficier, après une prise en charge médicale par l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, du recueil, du prélèvement et de la conservation de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation dans les conditions prévues au présent chapitre.* »

B. L'assistance médicale à la procréation hétérologue

L'AMP est dite hétérologue lorsque les gamètes du couple ne permettent pas de concevoir un enfant ; une telle AMP nécessite donc de **faire appel aux gamètes d'une autre personne** (donneur de sperme, d'ovocyte ou d'embryon). C'est toujours cette PMA pour les couples de femmes ou la femme non mariée qui réalise la PMA seule.

Sont ici visés l'insémination artificielle avec donneur, les fécondations *in vitro* et transferts d'embryons hétérologues, la congélation de sperme ou d'ovocytes et enfin les dons d'embryons ou de gamètes.

L'article L. 2141-7 du Code de la santé publique qui prévoyait que l'AMP hétérologue était un procédé subsidiaire a été abrogé par la loi du 2 août 2021. Cela paraît évident puisqu'elle sera la norme pour les couples de femmes et les femmes seules.

À NOTER :

L'article L. 2141-5 du Code de la santé publique prévoit les dons d'embryons, dans les cas où un couple ayant eu recours à une AMP a des embryons « en stock », lesquels peuvent être donnés à un autre couple. Après avoir été informé de cette possibilité de donner ses embryons surnuméraires, le couple a un délai de réflexion de 3 mois à l'issue duquel il peut donner son **consentement** au don d'embryons par écrit (**articles L. 2141-5 et -6 du Code de la santé publique**).

La loi de programmation 2018-2022 a modifié, à compter du 25 mars 2019, l'article L. 2141-6 alinéa 2 et prévoit que le **consentement du couple est donné désormais devant notaire** (et non plus devant le juge).

De plus, le don de gamètes est prévu par l'article L. 1244-1 du Code de la santé publique, lequel prévoit qu'une tierce personne peut donner ses spermatozoïdes ou ovocytes en vue d'une AMP.

Chacune des techniques ici visées est **encadrée par la loi française** : celui qui donne ses gamètes doit **avoir déjà procréé** en principe (**article L. 1244-2 al. 1 du Code de la santé publique**) et le recours aux gamètes d'un même donneur **ne doit pas conduire à la naissance de plus de dix enfants** (**article L. 1244-4 du Code de la santé publique**).

Toutefois, l'article L. 1244-2 al. 3 du Code de la santé publique prévoit un tempérament, en ce sens que « *lorsqu'il est majeur, le donneur peut ne pas avoir procréé. Il se voit alors proposer le recueil et la conservation d'une partie de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, dans les conditions prévues au titre IV du livre 1er de la deuxième partie. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement du donneur* ».

En outre est posé le principe de la gratuité du don de gamètes ou d'embryons (articles 16-1 et 16-5 du Code civil et article L. 1211-4 du Code de la santé publique).

Enfin, le don de gamètes ou d'embryons doit être **anonyme** (**article 16-8 du Code civil et articles L. 1211-5 et L. 2141-6 du Code de la santé publique**). Toutefois, en cas de « *nécessité thérapeutique* », un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le donneur au bénéfice de l'enfant (art. L. 2141-6 al. 4 du Code de la santé publique).

II. Les techniques interdites

Deux techniques interdites sont ici visées : le procédé de maternité pour autrui (A) ainsi que le clonage (B).

A. La maternité pour autrui

Il existe deux procédés de maternité pour autrui, lesquels sont tous deux interdits en France : la **maternité de substitution** (une femme accepte d'être inséminée avec le sperme d'un homme en couple, elle porte l'enfant puis le remet à sa naissance au couple) et la **gestation pour autrui** (une femme accepte de porter un enfant conçu par une autre).

1) La position française relative à la maternité et gestation pour autrui

Pour la Cour de cassation, « la convention par laquelle une femme s'engage, fut-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** » (Cass. Ass. plén., 31 mai 1991).

Ainsi, les conventions de mère porteuse sont frappées de **nullité**.

Cette solution a été reprise par le législateur à l'**article 16-7 du Code civil**, lequel dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* » et réitérée par la Cour de cassation (par exemple dans **Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2014**).

N. B. En plus de la nullité de la convention en cause, un tel procédé est **pénalement sanctionné**. Le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter l'enfant en vue de leur remettre est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (**article 227-12 du Code pénal**). La substitution volontaire, la simulation ou la dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'État civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (**article 227-13 du Code pénal**).

Sur le plan civil, la nullité de la convention de mère porteuse emportait aussi **l'impossibilité du rattachement juridique de l'enfant à sa mère d'intention** (la mère dite d'intention est celle qui n'a pas porté l'enfant, mais a souhaité le projet) (**Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011**). Ainsi, même si un jugement étranger avait pu déclarer qu'un couple était parent d'un enfant conçu par contrat de gestation pour autrui, une telle convention ne pouvait pas produire d'effets en France eu égard au principe de l'indisponibilité de l'État des personnes.

De même, la reconnaissance de l'enfant effectuée par le père d'intention devait tout autant être annulée (**Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013**).

Du fait du défaut de filiation des enfants issus d'un procédé de maternité pour autrui, une **circulaire du 25 janvier 2013** de la Garde des Sceaux de l'époque a tenté d'infléchir la position des juges français en **sollicitant la délivrance de certificats de nationalité française** aux enfants issus de gestation pour autrui. Cependant, les juridictions avaient maintenu leur position de principe. Cette jurisprudence a évolué.

2) La position européenne relative à la maternité et gestation pour autrui

Deux célèbres arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ont **condamné la position française** sur la question tenant au refus de transcription demandée à l'État civil de la filiation d'enfants issus d'un procédé de maternité pour autrui (**CEDH, 26 juin 2014, Menesson c. France et Labassée c. France**). La CEDH a en effet considéré qu'un tel refus de transcription méconnaissait l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au respect de la vie privée et familiale. C'est ici le **respect de la vie privée des enfants** qui était visé.

La condamnation n'est en effet pas totale. La Cour européenne des droits de l'homme ne condamne pas la France en raison de son refus de légaliser la gestation pour le compte d'autrui. Sur cette question, elle reconnaît une marge d'appréciation.

De même, la Cour européenne ne condamne pas pour atteinte à la vie privée des parents, reconnaissant là aussi une marge d'appréciation.

La France est condamnée **pour atteinte à la vie privée des enfants** qui se trouvent privés de leur lien de filiation, composante essentielle du droit au respect de la vie privée ainsi que de leurs droits de succession... La Cour de cassation insiste alors sur le fait que l'atteinte est particulièrement marquée concernant le père d'intention dès lors que ce dernier est le père biologique.

La Cour européenne a depuis multiplié les condamnations de la France sur ce fondement (**CEDH, 21 juillet 2016, Foulon et Bouvet c/ France ; CEDH, 19 janvier 2017, Laborie c/ France**).

3) La position française revue à l'aune de sa condamnation par la CEDH

Le Conseil d'État a rapidement repris la position européenne, tout en rappelant tout de même l'illicéité des conventions de gestation pour autrui : « *la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française* » (**CE, 12 décembre 2014, n° 367324 et n° 366710** par exemple).

La Cour de cassation a ensuite revu sa position dans deux arrêts rendus le 3 juillet 2015 (**Cass. Ass. plén., 3 juillet 2015**) : la transcription à l'État civil français d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère a été admise. **La filiation paternelle a donc été établie** dans les deux espèces soumises à la haute juridiction.

La motivation de la Cour de cassation était la suivante : « l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et les faits déclarés correspondaient à la réalité ».

La transcription sur les registres français des actes de naissance établis à l'étranger **ne sera pas automatique** ; elle est subordonnée au respect des conditions posées à l'**article 47 du Code civil**.

La régularité de l'acte et l'absence de falsification ne posent dans ces affaires, aucun problème. Reste la question de la correspondance entre les faits et la réalité.

Que faut-il entendre par réalité ?

La Cour de cassation l'entend comme la réalité biologique.

Ainsi, à l'**égard du père biologique**, la transcription est acceptée (**Ass. Plén. 3 juillet 2015 ; Civ. 1^{re}, 5 juillet 2015**).

Demeure, ensuite, la question du parent d'intention : la mère ou l'autre père. Pour le parent d'intention, la transcription était refusée (**Civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, Civ. 1^{re}, 29 novembre 2017**). La réalité du lien maternel demeurerait l'accouchement selon le droit français. À défaut de lien biologique, on peut d'ailleurs constater que la Cour européenne des droits de l'homme avait refusé de condamner les États n'octroyant pas de droits aux parents d'intention (**CEDH, 24 janvier 2017, Paradisio et Campanelli c/ Italie**).

La Cour de cassation allait alors trouver une autre issue pour l'établissement du lien avec le parent d'intention : celle de l'adoption. Ainsi, la jurisprudence avait pu décider par deux arrêts **que le père d'intention ou la mère d'intention pouvaient adopter l'enfant de son conjoint (Civ. 1^{re}, 5 juillet 2017)**.

Mais la jurisprudence de la Cour de cassation allait encore évoluer.

À NOTER :

La loi du 18 novembre 2016 a instauré une nouvelle procédure de réexamen devant une cour spéciale de la Cour de cassation, appelée Cour de réexamen, suite à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme concernant les affaires civiles relatives à l'État des personnes.

Sur ce fondement, la famille *Mennesson* a obtenu que sa demande de transcription soit réexaminée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (**Cour de réexamen, 16 février 2018**).

La Cour de cassation a alors adressé une demande d'avis consultatif à la CEDH (A.P., 5 octobre 2018, n° 10-19053) sur la question de la mère d'intention. La cour interroge la CEDH sur la marge d'interprétation des États quant au sort réservé à la mère d'intention et notamment sur le fait de savoir si l'autorisation d'adoption de l'enfant du père biologique par la mère d'intention suffit à respecter l'article 8 de la CESDH. La cour interroge également sur le fait de savoir s'il y a lieu de distinguer alors que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. En attente de la réponse de la CEDH, la Cour de cassation sursoit à statuer sur cette question.

La **CEDH a rendu son avis consultatif le 10 avril 2019**. La cour considère que si le droit au respect de la vie privée de l'enfant nécessite d'établir un lien de filiation avec la mère d'intention lorsque l'enfant a un lien biologique avec le père, les juges français peuvent établir ce lien de filiation par la voie de l'adoption de l'enfant par la mère d'intention. La CEDH n'impose en revanche pas que ce lien de filiation soit établi **par transcription** des actes de naissance délivrés dans le pays de réalisation de la GPA pour la mère.

La cour aurait pu se satisfaire de cette validation de sa jurisprudence par la CEDH et en rester là. Pourtant, pour les enfants nés d'une GPA à l'étranger, **la transcription intégrale** de l'État civil de l'enfant a été admise par la Cour de cassation. D'abord, **par un arrêt d'AP du 4 octobre 2019, n° 10-19053**, toujours dans l'affaire *Mennesson*, la cour avait admis la transcription intégrale de l'État civil. Les faits et les circonstances particulières de l'espèce avaient fait penser à certains qu'il ne s'agissait pas d'une décision pérenne.

Mais des arrêts rendus par la 1^{re} ch. civile le 18 décembre 2019 et le 18 nov. 2020 avaient confirmé cette transcription intégrale de l'État civil de l'enfant né à l'étranger d'une GPA tant à l'égard du père que de la mère (qui n'a donc pourtant pas accouché). Cela signifie que l'on transcrit à la fois sa filiation paternelle biologique et celle du parent d'intention (du père ou de la mère), à condition que l'acte soit régulier, exempt de fraude et non falsifié (même si la future loi bioéthique semble vouloir revenir sur cette possibilité de transcription intégrale).

Un arrêt rendu le même jour a permis la transcription intégrale pour l'enfant né de deux femmes par PMA.

Ainsi, même si la gestation pour le compte d'autrui demeurerait interdite en France et passible de poursuites pénales, les couples ayant eu recours à cette technique de procréation à l'étranger pouvaient faire établir leur lien de filiation par **une transcription intégrale de l'acte d'État civil de l'enfant à l'égard des deux parents (père biologique et parent d'intention)**.

Une nouvelle étape est intervenue **avec la loi bioéthique du 2 août 2021 qui a réaffirmé la volonté du législateur français d'interdire la GPA en France**. Désormais, l'article 47 du Code civil modifié dispose que la réalité des faits de l'acte dressé à l'étranger est appréciée « **au regard de la loi française** » (donc au regard de l'art. 16-7 qui prohibe la GPA et qui considère que la mère est la femme qui accouche). Ainsi, cette disposition a été adoptée très clairement par le législateur (cf. discours de E. Dupond-Moretti) pour mettre un terme à la jurisprudence qui acceptait de transposer intégralement l'État civil de l'enfant né d'une GPA à l'étranger. Cette position est d'ailleurs conforme aux exigences de la CEDH (cf. avis consultatif du 10 avril 2019 précité).

Pour conclure que dire dans un cas pratique ?

Si le sujet porte sur une GPA réalisée à l'étranger :

- Il faut d'abord rappeler l'interdiction en France (art. 16-7), mais la possibilité de réaliser cela à l'étranger.
- Il faut ensuite envisager la question de la filiation de l'enfant né de cette GPA à l'étranger : si l'État où elle a été réalisée l'autorise bien évidemment.
- Il faut citer les arrêts Civ. 1^{re}, 5 juillet 2017 permettant la transcription de l'acte non falsifié et régulier pour le père biologique et l'adoption pour le parent d'intention.
- Il est possible alors de citer dans un second temps la jurisprudence ayant permis la transcription intégrale de l'acte à l'égard des deux parents (notamment A.P., 4 octobre 2019) en ajoutant immédiatement **que désormais, depuis la loi bioéthique entrée en vigueur le 4 août 2021, la modification de l'article 47 du C. civ. indique qu'on en revient à la jurisprudence avant octobre 2019**.
- On conclut donc à une transcription uniquement pour le père biologique et une adoption pour la mère d'intention ou l'autre père d'intention, ce qui est conforme au droit à la vie privée de l'enfant selon l'avis consultatif de la CEDH du 10 avril 2019.
- Notons que l'adoption par le parent d'intention est désormais possible même s'il n'est pas marié avec le parent biologique de l'enfant depuis la loi du 21 février 2022 (cf. *supra*).

Tout cela, évidemment, à condition que la Cour de cassation accepte de suivre cette interprétation de l'article 47 du C. civ...

B. Le clonage

Les **articles 16-4 alinéa 3 du Code civil et L. 2151-3 du Code de la santé publique** prohibent le clonage humain, que celui-ci soit reproductif ou thérapeutique. Est *a fortiori* visé le clonage à visée eugénique.

Le clonage reproductif est en effet un **crime contre l'espèce humaine** et est donc susceptible de **sanctions** (30 ans de réclusion criminelle et 7 500 000 euros d'amende). Si commis en bande organisée, la réclusion criminelle à perpétuité est encourue (**articles 214-2 et 214-3 du Code pénal**).

SECTION 2 : L'ENCADREMENT DES BENEFICIAIRES DE L'ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION

La loi réservait l'AMP aux couples hétérosexuels. Toutefois, depuis la loi du 2 août 2021, l'AMP est ouverte à tous les couples et même aux femmes non mariées (I). Il faut néanmoins que les deux membres soient vivants (II), répondent à des conditions d'âge (III) et que les membres du couple soient consentants (IV).

I. Un couple ou une femme non mariée

Depuis la loi du 2 août 2021, l'**article L. 2141-2 du Code de la santé publique** ouvre le recours à l'AMP. Peuvent donc avoir recours à l'AMP :

- Un couple constitué d'un homme et d'une femme
- Un couple de femmes
- Une femme seule non mariée

L'alinéa 2 de l'article L. 2141-2 prend le soin de préciser que « *cet accès ne peut faire l'objet d'aucune différence de traitement, notamment au regard du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle des demandeurs.* »

Ainsi, seules les femmes mariées ne peuvent pas avoir recours à une AMP sans l'accord de leur conjoint ou de leur conjointe. Pour les femmes liées par un PACS ou en concubinage, c'est en revanche possible. Il ne faut donc pas considérer que la notion de « femme non mariée » est synonyme de « femme célibataire ».

Le couple n'a pas à être marié ni pacsé pour demander le bénéfice d'une AMP, mais le couple doit exister au jour de l'AMP (font ainsi obstacle à l'AMP le dépôt d'une requête en divorce ou l'introduction d'une demande en séparation de corps par exemple). Si aucune durée du couple n'est désormais exigée par la loi, il faudra quand même que les deux personnes soient ; soit mariées, soit liées par un PACS, soit en concubinage, ce qui impose dans sa définition même une certaine stabilité¹. Ainsi, l'**article L. 2141-2, al. 4, 5^e** prévoit que la cessation de la communauté de vie fait obstacle à l'insémination ou au transfert d'embryons.

À NOTER :

Avant la loi du 2 août 2021, l'AMP était effectuée à l'étranger par les couples de femmes ou les femmes seules face à l'ancienne interdiction d'y avoir recours. Celle-ci pouvait alors produire des effets en France, à la condition que l'AMP ait été licite dans le pays où elle avait été effectuée (**Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2010**).

À ce titre, l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère était autorisée (**Cass. Avis, 22 septembre 2014**).

Par la suite, un arrêt rendu par la **1^{re} ch. civile le 18 décembre 2019** avait même autorisé la transcription intégrale de l'État civil.

Depuis la loi du 2 août 2021, celle-ci étant autorisée aux couples de femmes et aux femmes non mariées, la question des effets de l'AMP réalisée à l'étranger ne se posera que pour les AMP réalisées totalement avant l'entrée en vigueur de la loi ou celles qui ont été commencées avant, mais pour lesquelles le transfert d'embryons a eu lieu après son entrée en vigueur. La loi nouvelle prévoit alors leurs effets (cf. infra : chap. II sur la filiation).

II. Un couple dont les deux membres sont vivants

L'**article L. 2141-2 alinéa 4, 1^e** précise que le décès d'un des membres du couple fait obstacle à l'AMP. Les deux membres du couple doivent donc être vivants au moment de l'AMP : l'**insémination post mortem** n'apparaît donc pas possible. Il en va de même du **transfert post mortem d'embryons**, lequel est interdit en France.

→ **Exemple : Cass. civ. 1^{re}, 9 janvier 1996** : L'AMP « ne peut avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant dans une famille constituée, ce qui exclut le recours à un procédé de FIV ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissous par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape du processus, n'ait été réalisée ».

Néanmoins, le Conseil d'État a apporté une **importante atténuation à ce principe**, ordonnant qu'il soit procédé à l'exportation de gamètes vers l'Espagne dans le cas où une requérante contestait le refus de l'administration française d'exporter vers l'Espagne les gamètes de son mari défunt afin qu'elle puisse y procéder à une insémination *post mortem* (**CE, 31 mai 2016, n° 396848**). Le Conseil d'État s'était ici fondé sur les **circonstances très particulières** de l'espèce pour admettre l'exportation des gamètes.

L'insémination *post mortem* reste donc interdite en France, mais si elle est possible dans le pays dans lequel vit l'épouse survivante, alors le juge français peut accepter, sous réserve de circonstances particulières, que les gamètes de l'époux défunt y soient envoyés pour que la veuve procède à une insémination *post mortem*. Il ne faut toutefois pas qu'il s'agisse ici d'un détournement de l'interdiction française de l'insémination *post mortem* : un véritable **contrôle in concreto** sera donc mis en œuvre à ce titre.

¹ Malgré ce que peut en dire la circulaire du 21 sept. 2021.

III. La condition d'âge

L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique prévoyait que le couple sollicitant une AMP devait être « *en âge de procréer* ».

Désormais, depuis la loi du 2 août 2021, le même article prévoit que « *les conditions d'âge requises pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation sont fixées par décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Agence de la biomédecine. Elles prennent en compte les risques médicaux de la procréation liés à l'âge ainsi que l'intérêt de l'enfant à naître.* »

La loi française interdit donc les maternités précoces ou tardives, comme celles-ci sont pourtant admises dans d'autres pays à l'instar de l'Espagne.

Le décret du 28 septembre 2021 a précisé ces limites d'âge.

Ainsi, d'abord, selon l'article R. 2141-36, il est possible d'opérer un prélèvement ou un recueil des gamètes jusqu'à 43 ans pour la femme et 60 ans pour l'homme.

Ensuite, et surtout, l'article R. 2141-38 prévoit que l'âge limite **pour être inséminée ou avoir un transfert d'embryons est de 45 ans pour la femme qui porte l'enfant et de 60 ans pour l'autre membre du couple** (pour le père ou la mère qui ne porte pas l'enfant).

Le décret va dans le sens de la jurisprudence qui, en l'absence de dispositions légales, avait fixé à 59 ans l'âge limite pour avoir recours à une AMP pour un homme (cf. arrêt de la **Cour administrative d'appel de Versailles du 5 mars 2018** qui avait pu estimer que la référence à « l'âge de procréer » impliquait environ **59 ans** comme âge limite pour les hommes. Idem pour le CE qui avait décidé que la limite d'âge était fixée « *en principe à 59 ans sur la base du large consensus existant dans la communauté scientifique et médicale* » : **Conseil d'État, 17 avril 2019, n° 420468 et 420469**).

IV. Un consentement

Chacun des membres du couple ou la femme non mariée ayant recours à l'AMP doit donner son **consentement par écrit** et il peut le révoquer, par écrit, avant la mise en œuvre de l'AMP (**article L. 2141-2 alinéa 3 du Code de la santé publique**).

Le consentement doit donc être donné à l'équipe médicale.

Ce consentement doit également être donné devant notaire en cas d'AMP avec l'intervention d'un tiers donneur selon **le nouvel article 342-10 du Code civil** (issu de la loi du 2 août 2021) et L. 2141-6 al. 2. L'article poursuit en précisant que le notaire « *les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ainsi que des conditions dans lesquelles l'enfant pourra, s'il le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes et à l'identité de ce tiers donneur.* »

Ce consentement donné devant notaire n'est pas une nouveauté, la loi de programmation 2018-2022 du 23 mars 2019 publiée au JO le 24 mars 2019 l'avait déjà imposé en supprimant le possible d'un consentement donné devant juge.

À NOTER :

Le consentement devient caduc « *en cas de décès, d'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, de signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de l'insémination ou du transfert d'embryon. Il est également privé d'effet lorsque l'un des membres du couple le révoque, par écrit et avant la réalisation de l'assistance médicale à la procréation, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette insémination ou ce transfert ou du notaire qui l'a reçu* » (**article 342-10 alinéa 3 du Code civil**).

Enfin, selon une circulaire du 21 septembre 2021, ce consentement doit être donné par acte authentique.

CHAPITRE II : LA FILIATION DE L'ENFANT ISSU D'UNE ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION

En cas d'assistance médicale à la procréation homologue, la question du lien de filiation ne se pose pas puisque l'enfant est biologiquement issu du couple ayant eu recours à un tel procédé. Les règles de la filiation de droit commun s'appliquent donc dans ce cadre.

→ **Exemple : Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 2016** : « L'établissement judiciaire de la filiation à la suite d'une procréation médicalement assistée sans tiers donneur **obéit aux règles générales** édictées par les articles 327 et suivants du Code civil ».

C'est donc en cas d'assistance médicale à la procréation hétérologue que la question de la filiation de l'enfant issu de ce procédé va se poser. L'assistance médicale à la procréation exclut tout lien de filiation entre l'enfant et le donneur (**Section 1**), mais elle crée un lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention (**Section 2**).

SECTION 1 : L'ABSENCE DE TOUT LIEN DE FILIATION ENTRE L'ENFANT ET LE DONNEUR

L'article 342-9 du Code civil prévoit que « en cas d'assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation.

Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur ».

Aucune action en établissement de la filiation avec le donneur ne peut être engagée, ni aucune action en recherche de paternité.

De même, les parents légaux ne peuvent pas se retourner contre le donneur (**article 342-9, alinéa 2**).

L'article L. 1211-5 du Code de la santé publique dispose que « le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. »

Pour autant, la loi bioéthique du 2 août 2021 énonce un droit à l'accès à ses origines. En effet, une fois majeure, l'enfant issu d'une AMP avec donneur pourra avoir accès aux informations non identifiantes du donneur et même à son identité si ce dernier a souhaité l'indiquer. Ainsi, l'article L. 2143-2 et s. du Code de la santé publique : « Toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur définies à l'article L. 2143-3. Les personnes qui souhaitent procéder à un don de gamètes ou proposer leur embryon à l'accueil **consentent expressément et au préalable à la communication de ces données et de leur identité, dans les conditions prévues au premier alinéa du présent article. En cas de refus, ces personnes ne peuvent procéder à ce don ou proposer cet accueil ».**

<p>N. B. : La condition relative à l'anonymat du donneur de gamètes avait pourtant été jugée conforme aux articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CE, 12 novembre 2015, n° 372121).</p>
--

SECTION 2 : L'EXISTENCE D'UN LIEN DE FILIATION ENTRE L'ENFANT ET SES PARENTS D'INTENTION

Dans le cadre d'une AMP avec tiers donneur, la filiation n'est pas fondée sur le lien biologique, mais sur la volonté du parent d'intention.

I. L'établissement du lien de filiation en cas de don de sperme

- La mère qui a porté l'enfant est la mère biologique de l'enfant : s'applique donc le droit commun de la filiation (**article 311-25 du Code civil**).

Il en va ainsi également de la femme qui a eu recours à une AMP seule, sa maternité passe par sa désignation dans l'acte de naissance de l'enfant (art. 311-25)

- S'agissant du père, sa filiation avec l'enfant est en principe calquée sur les **règles de droit commun de la filiation** (présomption de paternité, reconnaissance ou possession d'État).

Toutefois, **si le père refuse d'établir volontairement sa filiation alors qu'il avait consenti à l'AMP, l'article 342-13 du Code civil** prévoit qu'il peut voir sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant engagée sur le fondement de l'article 1240 du Code civil.

De plus, « *sa paternité est judiciairement déclarée* » (**article 342-13, alinéa 2 du Code civil**). Le père ne pourra donc pas refuser de voir sa filiation à l'égard de l'enfant établie.

- Enfin, s'agissant du **couple de femmes** ayant eu recours à l'AMP, l'établissement de la filiation passe selon **l'article 342-11** par une reconnaissance préalable conjointe devant notaire. Cette reconnaissance doit se faire au même moment et s'ajoute à l'acte de consentement que doit déjà recueillir le notaire.

La femme qui porte l'enfant, est ensuite mère par la désignation de son nom dans l'acte de naissance (art. 311-25).

L'autre mère est mère grâce à la reconnaissance conjointe qui est remise à l'officier d'État civil qui l'indique dans l'acte de naissance (art. 342-11 du C. civ.). Précisons que « *la femme qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, fait obstacle à la remise à l'officier de l'État civil de la reconnaissance conjointe mentionnée à l'article 342-10 engage sa responsabilité* » (art. 342-13 al. 3).

Le législateur a prévu des dispositions transitoires pour les femmes qui auraient eu recours à une AMP à l'étranger avant la loi du 2 août 2021 (art. 6, IV de la loi bioéthique). Ainsi, ces femmes ont jusqu'au 4 août 2024 pour faire une reconnaissance conjointe devant notaire, *a posteriori* donc. La mère d'intention sera donc inscrite sur l'acte de naissance de l'enfant grâce à cette reconnaissance conjointe postérieure. Pour bénéficier de ce droit transitoire :

- Il faut procéder à la reconnaissance conjointe avant le 4 août 2024
- Que la reconnaissance soit conjointe : ce qui implique que celle qui a accouché y consente, ce qui peut parfois ne plus être le cas dans le cadre d'une séparation houleuse
- Que le processus d'AMP ait été entrepris avant le 3 août 2021, date de publication de la loi. L'insémination ou le transfert doivent donc avoir été faits avant le 3 août 2021, peu importe la date de naissance de l'enfant.

Ainsi, pour les femmes ayant démarré le processus d'AMP avant le 3 août 2021, **mais pour lesquelles le transfert d'embryons ou l'insémination n'a eu lieu qu'après le 3 août 2021**, ce droit transitoire n'est pas ouvert, comme l'indique la **circulaire du 21 septembre 2021**. Elles ne peuvent pas procéder à une reconnaissance conjointe *a posteriori*. Pour elles, on en revient alors à la jurisprudence antérieure. La mère qui accouche établit sa filiation par le biais de l'article 311-25 et l'autre mère devra adopter l'enfant, ce qu'énonce clairement **une réponse ministérielle du ministère de la Justice du 15 février 2022** sur cette question (réponse n° 42897).

II. L'établissement du lien de filiation en cas de don d'ovocytes

Ici, c'est le père qui est le père biologique de l'enfant : sa paternité est donc établie suivant les règles de droit commun de la filiation.

Concernant la filiation maternelle, il convient de noter que même si la mère d'intention n'est pas la génitrice de l'enfant, c'est elle qui lui a donné naissance. L'accouchement lui donne donc la qualité de mère légale (**article 311-25 du Code civil**).

S'agissant de l'autre mère, dans le cadre d'un couple de femmes, c'est la même technique de reconnaissance conjointe devant notaire qui lui permettra d'établir sa maternité.