

LA QUESTION DE L'ACCÈS DES PERSONNES HOMOSEXUELLES À L'AMP EN FRANCE. CONTEXTE JURIDIQUE, ANALYSE COMPARATISTE ET ENJEUX

Par **Karène PARIZER-KRIEF**

Voir le résumé en page 7 / See the abstract in page 7

Depuis toujours, des enfants sont nés d'un père et d'une mère dont l'un des deux était par ailleurs homosexuel. En dehors du cadre hétérosexuel, le fait d'être élevé par une personne homosexuelle (1) a été depuis longtemps rendu possible dans le cadre de l'adoption par des personnes seules en France (2), et dans d'autres pays européens (3).

C'est probables sociales et éthiques, auxquelles le droit doit faire face.

La question de l'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP) des personnes homosexuelles a été envisagée sous un angle différent, car la situation implique alors la planification de la venue au monde d'un enfant, ce qui constitue une configuration nouvelle.

En France, les conditions d'accès à l'AMP, limitées à un couple formé d'un homme et d'une femme (4) et à l'existence d'une infertilité pathologique (5), mettent un obstacle à l'accès à l'AMP des personnes homosexuelles ainsi que des femmes seules.

Cependant, si une femme homosexuelle décide de se faire inséminer, en dehors de toute intervention médicale, avec le sperme d'un homme (dans ce cas, le droit commun de la filiation sera appliqué), ou à l'étranger, avec une assistance médicale si cela y est légal (6), comme l'accouchement est le fondement de la maternité, elle sera reconnue comme la mère légale. Au contraire, le recours à une gestation pour autrui (GPA), considérée illicite en France, fait courir à l'enfant le risque de ne pas pouvoir faire établir sa filiation.

La question d'une éventuelle légalisation de la GPA, dans l'objectif d'établir une égalité procréative entre les couples de femmes et les couples d'hommes doit être dissociée de celle de l'accès à l'AMP des femmes homosexuelles ; la GPA, pratique impliquant le recours à une tierce personne, à savoir une gestatrice, n'est autorisée ni pour les couples hétérosexuels ni pour les couples homosexuels.

Cette étude s'efforcera de contextualiser la question de l'accès à l'AMP des couples de femmes à la lumière des dernières réformes législatives en France [1]; d'examiner l'encadrement normatif de cette question

(1) On estime qu'en France 200 000 personnes vivent en couple avec une personne du même sexe ; environ une personne en couple de même sexe sur dix réside (même une partie du temps seulement) avec au moins un enfant, qu'elle déclare cet enfant comme le sien, celui de son conjoint ou un enfant commun, contre 53 % des personnes en couple de sexe différent. Les configurations familiales associées sont variées : la plupart des enfants sont nés avant la formation de leur union actuelle et certains vivent en partie avec l'autre parent (G. Buisson, A. Lapinte, « Le couple dans tous ses états », Enquête et études démographiques, *Insee première*, n° 51435, février 2013).

(2) Loi n°66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption.

(3) En Allemagne, par la loi sur l'adoption (*Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften (Adoptionsgesetz)*, BGBl. I, p. 1749). du 2 juillet 1976; en Grande-Bretagne, par le §15, *Adoption Act* 1976.

(4) Art. L 2141-2, al. 2, Code de la santé publique (CSP) : « 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 ».

(5) Art. L 2141-2, al. 1, CSP : « Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué ».

(6) V. « Afflux en Belgique des candidates homosexuelles à l'insémination » (J.-P. Stroobants), *Le Monde*, 25 novembre 2005 : 70 % des demandes d'insémination avec don de sperme réalisés à l'hôpital universitaire Erasme de Bruxelles proviennent de couples de femmes françaises.

dans deux pays voisins, la Grande-Bretagne et l'Allemagne [2]; et de souligner les enjeux de cette question [3].

1. L'ÉVOLUTION DE LA QUESTION DE L'ACCÈS DES COUPLES DE FEMMES À L'AMP

Au moment de la révision de la loi de bioéthique de 2011 (7), le Sénat, contrairement à l'Assemblée nationale et contre l'avis du gouvernement et de la Commission des affaires sociales, a voté en première lecture en faveur de l'accès à tous les couples infertiles en âge de procréer et de consentir, ouvrant ainsi la porte aux couples de femmes homosexuelles (non aux femmes seules). Néanmoins, la deuxième lecture du projet de loi est revenue sur cette option et a maintenu le cadre antérieur, à savoir la limitation de l'accès à l'AMP au caractère pathologique de l'infertilité, qui doit être médicalement diagnostiqué (8), excluant ainsi l'accès à tous les couples non - hétérosexuels.

Alors qu'il avait été question un temps d'ouvrir l'accès à l'AMP aux couples de femmes dans la loi *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* de 2013 (9), le gouvernement socialiste a fait marche arrière et a décidé de limiter cette loi au mariage et à l'adoption. Cette question ne sera pas traitée non plus dans le cadre d'une loi sur la famille, initialement prévue pour la fin de l'année 2013. Par ailleurs, l'avis du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) en la matière est attendu courant 2014.

La loi *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* a ouvert l'accès aux couples homosexuels mariés à l'adoption. Ainsi les couples homosexuels partagent désormais le dernier privilège matrimonial en matière de filiation, à savoir la possibilité réservée aux seuls couples mariés (à part les personnes célibataires) de pouvoir demander à adopter un enfant. Cependant, le 17 mai 2013 (10), le Conseil constitutionnel a émis une réserve, à savoir que « les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du

Préambule de la Constitution de 1946 » (§53). En d'autres termes, la décision d'accorder ou de refuser l'adoption à des candidats devra respecter les mêmes critères pour les couples hétérosexuels et pour les couples homosexuels.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a pris le soin de dissocier le mariage et l'adoption par des couples homosexuels et la question de leur droit d'accès à l'AMP, en déclarant que « d'une part, les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier la portée des dispositions de l'article 16-7 du code civil aux termes desquelles : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » ; que, d'autre part, il résulte de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés; que les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe ; que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que, par suite, ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant ces différentes matières » (§44).

Cette décision du Conseil constitutionnel doit être articulée avec deux arrêts récents de la Cour de cassation, ayant porté sur la question de la filiation des enfants nés après recours à l'étranger à une convention de GPA. Il s'agissait concrètement de pouvoir transcrire les actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil français (11) : la Cour de cassation a déclaré qu'« en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ». Ce raisonnement pourrait constituer un frein net à la possibilité d'adoption par l'épouse de la mère dans le cas où cette dernière aurait eu recours à l'AMP à l'étranger, cette pratique pouvant être considéré comme une fraude. Ce raisonnement a été indirectement confirmé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 mai 2013 (12), considérant que « l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'abus lors de son application n'entache pas

(7) Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

(8) Art. L 2141-2, CSP, modifié par l'art. 33 de la loi précitée de 2011.

(9) Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

(10) Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, DC n° 2013-669, D. 2013, 1643 (Dieu), AJ fam. 2013, 332 (Chénédé), Constitutions 2013, 166 (Pourhiet), RTD civ. 2013, 579 (Hauser).

(11) Cass. Civ.1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315.

(12) Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, DC n° 2013-669.

celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques ; que le grief tiré de l'atteinte à la sécurité juridique doit, en tout état de cause, être écarté » (13).

En effet, le fait que le législateur ait choisi de ne pas ouvrir l'AMP à des couples de femmes semble avoir évité la nécessité d'instaurer une présomption de parenté, à l'instar de la présomption de paternité qui existe pour les couples hétérosexuels mariés. L'épouse de la mère ne pouvant pas reconnaître l'enfant, seule la voie de l'adoption lui reste ouverte. Mais le juge pourrait être réticent à satisfaire sa demande, car dans le cas d'un couple de femmes dont l'une a été inséminée, on ne peut pas exclure l'apparition d'une tierce personne, à savoir le père biologique ; l'adoption plénière (seulement) par l'épouse de la mère pourrait faire obstacle à l'établissement de sa paternité par le père biologique, dans le cas où ce dernier manifesterait sa volonté de s'en prévaloir. On risque de se trouver donc dans une situation embarrassante : d'abord, le juge sera contraint d'estimer le risque factuel qu'un père biologique apparaisse, cette estimation pouvant varier d'un juge à l'autre, ce qui suggérerait que l'accès à l'adoption dans de telles circonstances puisse être inégal. Ensuite, l'admission éventuelle d'une telle demande d'adoption validera de fait le recours par une femme seule à l'AMP, alors qu'une telle pratique demeure interdite par le législateur français. En d'autres termes, tant que le recours à l'AMP par des femmes seules à l'étranger peut être qualifié de fraude à la loi, ce recours étant interdit sur le sol français, l'enfant ainsi conçu ne sera jamais sûr de pouvoir voir établir juridiquement sa relation avec l'épouse de sa mère par le biais de l'adoption. Concrètement, le couple de femmes demandant l'adoption d'un enfant conçu par insémination avec donneur (IAD) à l'étranger, conscient du risque que le Procureur de la République soulève l'illicéité de cet acte, pourrait se sentir incité à dissimuler le dossier médical qui concerne ce recours.

On constate donc que la loi *ouvrant le mariage aux couples de même sexe*, qui n'a pourtant pas abordé la question de l'accès à l'AMP, a une incidence sur cette question (14). Ce contexte est propre à la France ; la question de l'accès des personnes homosexuelles à l'AMP a été différemment abordée en Grande-Bretagne et en Allemagne.

(13) V. L. Brunet, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? » (note sous Cons. Const., décision n° 2013-669 DC, 13 mai 2013), *Revue de droit sanitaire et social*, 2013, p.908.

(14) Dans ce sens, v. X. BIOY (« La loi et la bioéthique », *Revue française de droit administratif* 2013, p. 970), selon qui « Si la loi sur le mariage pour tous ne dit encore rien de la bioéthique, elle affecte certains de ses fondements : les notions de couple et de filiation ».

2. LES CADRES NORMATIFS BRITANNIQUE ET ALLEMAND DE L'ACCÈS À L'AMP DES PERSONNES HOMOSEXUELLES

Alors que l'accès des personnes homosexuelles à l'AMP a été explicitement autorisé en Grande-Bretagne, cela n'a pas été le cas en Allemagne ; le mariage gay non plus n'a pas été autorisé en Allemagne, alors qu'il l'a été récemment en Grande-Bretagne.

Il est intéressant de noter une différence, très visible, entre la Grande-Bretagne et la France, à propos de l'instauration du mariage gay : ce sujet n'a pas provoqué en Grande-Bretagne autant de remous qu'en France, où la période pré-législative a été très agitée. Mais surtout, la démarche dans les deux pays a été inverse. Alors qu'en France, la reconnaissance de droits familiaux des personnes homosexuelles a commencé par le partage d'autorité parentale, puis par la question du mariage et de l'adoption, sans autoriser l'accès à l'AMP, en Grande-Bretagne, la question de l'accès à l'AMP des personnes homosexuelles a été abordée, d'une manière ou d'une autre, depuis bien longtemps, et la question du mariage gay est intervenue à la fin de ce parcours, en 2013. Cela peut être le signe de l'importance de l'autonomie procréative dans le paysage britannique mais aussi de la priorité accordée à la nécessité de faire établir un lien juridique entre les enfants et les personnes qui les élèvent, indépendamment du cadre conjugal de ces dernières, et pas forcément par le biais de l'adoption. Le regard a porté en priorité sur l'enfant et ses besoins, avant d'examiner la relation juridique entre les personnes qui se sont occupées de lui. En revanche, en France, le régime a été construit autour des adultes de même sexe, et non à partir de l'enfant : seuls les couples mariés, hétérosexuels ou homosexuels, peuvent adopter un enfant, alors que la possibilité d'être adoptés par les personnes de même sexe qui les élèvent n'est pas reconnue à tous les enfants, indépendamment de leur besoin de faire reconnaître ce lien par le droit.

En Grande-Bretagne, l'accès des femmes seules à l'AMP a été toléré par le législateur britannique en 1990 (15), celui-ci ne prévoyant aucune restriction légale d'accès à l'AMP concernant la situation matrimoniale de la femme ou son orientation sexuelle.

Lors des discussions précédant la loi de 1990, un amendement limitant l'accès à l'AMP aux couples mariés a été rejeté de justesse (16). Prenant conscience de cet équilibre délicat, le législateur britannique a jugé bon d'ajouter au critère du « *Welfare of the child* », prévu par le §13 [5], le besoin d'un père pour l'enfant (« including the need of that child for a father »).

(15) *Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990.

(16) La proposition de limiter l'accès à des couples mariés n'a été rejetée que par 61 voix contre 60 (*House of Lords, Official report*, 6 fév. 1990, col. 757).

Lors des débats précédant la révision de cette loi (avant la promulgation de la loi de 2008 (17), le gouvernement a présumé que la suppression de la clause concernant le besoin de père d'un enfant prolongerait les réformes en droit de la famille en faveur des personnes homosexuelles (principalement la possibilité d'adoption et celle de s'engager dans un Civil Partnership), ainsi qu'avec la législation en matière de non discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle (18). Cette clause paraissait être une invitation à discriminer des femmes sans partenaire masculin (19). Après de longs débats, cette clause a été modifiée par la loi de 2008 : « *including the need of that child for supportive parenting* ».

Ce changement s'intègre de façon cohérente dans l'évolution du processus d'évaluation du critère de l'intérêt de l'enfant, celui-ci devenant un « risk assessment » et non plus la recherche de parents idéaux. Le §8[11] du *Code of Practice* (20), dans sa dernière version de 2009, prend acte de ce changement : « *When considering a child's need for supportive parenting, centres should consider the following definition : Supportive parenting is a commitment to the health, well being and development of the child. It is presumed that all prospective parents will be supporting parents, in the absence of any reasonable cause for concern that either the child to be born, or any other child, may be at risk of significant harm or neglect* » (21).

(17) *Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008.

(18) *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations*, 2007.

(19) E. JACKSON, *Medical Law*, Oxford University Press, 2^{ème} éd. 2010, p. 772.

(20) Le *Code of Practice* est édité et régulièrement revu par la *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA), autorité régulatrice instaurée par la loi de 1990.

(21) D'autres dispositions sont prévues par le *Code of Practice* pour éviter toute discrimination des personnes homosexuelles : le §29[9] prévoit que « *staff at the centre must not harass or victimise patients or donors by allowing their own personal views or judgments (For instance, their views about a patient's age, disability, gender reassignment, marriage and civil partnership, pregnancy and maternity, race, religion or belief, sex or sexual orientation) to adversely affect their professional relationship with the patients or donors, or the treatment they provide or arrange. Staff should challenge colleagues if they believe that their behaviour does not comply with this guidance, or with the relevant legislative requirements* ». Le §29[13] impose à la PR (*Person Responsible*) l'obligation de porter à la connaissance du personnel la législation d'« *equality* » et d'assurer que celui-ci ne fait pas de discrimination entre ses patients. Dans les *Interpretation of mandatory requirements* (29A), on lit que : « *The law, mainly the Equality Act 2010, protects people who have a 'protected characteristic' (including centre staff, current and prospective patients, and donors) from less favourable treatment than others who do not have that characteristic. There are nine protected characteristics:*

(a) age
(b) disability
(c) gender reassignment
(d) marriage and civil partnership
(e) pregnancy and maternity
(f) race
(g) religion or belief
(h) sex
(i) sexual orientation.

Equality law applies to both NHS and private centres, as employers and providers to the public of goods, facilities or services (paid for or free of charge) »

Concrètement, sous la loi de 1990, la partenaire féminine d'une femme ayant procédé à une insémination avec donneur (IAD) ne pouvait pas être considérée comme parent de cet enfant depuis la naissance, comme c'était le cas pour des couples hétérosexuels, mariés ou non. La partenaire féminine pouvait institutionnaliser sa relation avec l'enfant par un *Parental Responsibility Order* (22) ou par un jugement d'adoption (23).

La possibilité de parenté légale de deux personnes de même sexe depuis la naissance de l'enfant conçu par AMP a été établie en 2008 (24) : désormais une égalité est instaurée entre des couples homosexuels et des couples hétérosexuels non mariés, les deux catégories de couples pouvant être considérées comme parents légaux. Une seule différence existe, d'ordre terminologique : alors que le partenaire masculin de la mère est reconnu comme « père » (*father*), une partenaire féminine ne peut être reconnue « mère » (*mother*). Si l'enfant est élevé par deux femmes, celle qui l'a mis au monde sera considérée comme « *mother* », et sa partenaire comme un deuxième parent légal, un « parent ». Si les femmes sont liées entre elles par un Civil Partnership, la parenté de la partenaire sera reconnue dès la naissance (25), comme pour les hommes - maris de la mère, sauf si la partenaire de la mère indique explicitement qu'elle ne consent pas à cet acte médical. Pour les femmes qui ne sont pas liées par une tel partenariat, les « *agreed female parenthood conditions* » peuvent être appliquées (26) conformément aux « *agreed fatherhood conditions* » pour des couples hétérosexuels non mariés (27).

En ce qui concerne la GPA, selon le §54[2] de la loi de 2008, un *Parental Order* (mécanisme visant à transférer les droits parentaux aux parents intentionnels) peut être demandé par deux personnes qui doivent être (a) des époux, (b) des *Civil Partners*, ou (c) deux personnes vivant dans une communauté de vie dans une relation stable de famille, et qui ne sont pas « *within prohibited degrees of relationship in relation to each other* ». Avant l'instauration de cette possibilité, sous la loi de 1990 (28), seuls les couples mariés pou-

(22) Depuis l'entrée en vigueur du *Civil Partnership Act* 2004, les partenaires civils ont le droit de partager la responsabilité parentale et peuvent demander des *Residence Orders*.

(23) L'*Adoption and children Act* 2002 a reconnu le droit à un couple de même sexe d'adopter un enfant, alors qu'auparavant seuls les couples mariés ou des personnes seules jouissaient de ce droit.

(24) *Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008.

(25) §42[1] de la loi de 2008.

(26) §44[1] de la loi de 2008.

(27) À condition que les femmes ne soient pas « *within prohibited degrees of relationship in relation to each other* » (§44(1)(e) de la loi de 2008), comme par exemple, deux sœurs.

(28) §30 de la loi de 1990.

vaient demander un *Parental Order*, ce qui excluait les couples homosexuels.

Le nombre de *Parental Orders*, stable entre 1995 et 2007 (entre 35 et 50), a été de 73 en 2008 et en 2009, 75 en 2011, puis de 133 en 2011 (29), ce qui suggère le nombre croissant de demandes de la part des couples homosexuels, sans qu'on puisse pour autant les chiffrer (30).

Le *National Health Service* (NHS) a intégré ces réformes dans ses *Guidelines* pour y inclure les couples de même sexe, désormais sujets à la même évaluation du risque et ayant droit aux mêmes prestations que les couples hétérosexuels.

On constate que le fait de dissocier les possibilités de reconnaissance juridique du lien existant entre l'enfant et les personnes qui l'élèvent du statut conjugal de ces dernières n'est pas propre à la Grande-Bretagne, pays de *Common Law*, tradition juridique réputée pour son pragmatisme et sa souplesse. D'autres configurations juridiques peuvent aboutir à ce résultat, comme un contexte d'absence de conditions légales d'accès à l'AMP et d'ouverture de l'adoption par des personnes homosexuelles sous certaines conditions. Prenons le cas de l'Allemagne. Alors que la question du mariage gay n'a pas été à l'ordre du jour et que le législateur n'a pas autorisé le recours à l'AMP à des personnes homosexuelles, le lien entre l'enfant ainsi né et les personnes qui les élèvent peut être juridiquement établi :

La loi sur la protection de l'embryon de 1990 (31), de nature pénale, porte sur différents aspects de l'AMP, sans pour autant poser des conditions légales d'accès comme en France.

Elle n'interdit pas l'accès à l'AMP de personnes homosexuelles.

En ce qui concerne les couples hétérosexuels, en l'absence de disposition légale, les directives de l'Ordre fédéral des médecins, dont les dernières datent de 2006 (32), ont recommandé d'appliquer les techniques d'AMP aux couples mariés, sous condition du respect de l'intérêt de l'enfant, et ont affirmé que les couples non mariés devraient, préalablement à l'accès aux médecins, avoir eu un entretien avec la commis-

sion déléguée par la chambre de l'Ordre fédéral des médecins (ces commissions pouvant avoir des attitudes diverses). Mais en réalité, cela dépend de l'attitude de chaque médecin (33). Pour les dons de sperme plus particulièrement, selon les *Richtlinien* de 2006, une femme non mariée doit être soumise à une évaluation de l'équipe médicale qui s'assure qu'elle et son compagnon, qui doit être un homme non marié, vivent dans une communauté de vie stable (34) et que l'homme a l'intention de reconnaître sa paternité à l'égard de l'enfant ainsi conçu (35). Ainsi, l'équipe médicale effectue un contrôle social (situation qui ressemble à la situation française avant la loi de 2011, qui a supprimé toute référence à la vérification de communauté de vie).

Quant à l'accès des couples homosexuels, cette question a été abordée dans les commentaires de ces directives de l'Ordre fédéral des médecins en disposant qu'afin de garantir une relation stable avec les deux parents, l'insémination des femmes seules ou lesbiennes est interdite (36).

Cependant, en l'absence de jurisprudence en la matière, et surtout en raison du caractère non contraignant des commentaires des directives de l'Ordre fédéral des médecins (37), il semble que l'ordre des médecins de Hambourg et celui de Berlin laissent leurs membres pratiquer des actes d'AMP en faveur de couples de femmes liées par un partenariat (38) : l'Ordre des médecins de Hambourg a adopté des dispositions prévoyant que les couples non mariés engagés dans un partenariat stable peuvent y recourir après délibération d'une commission *ad hoc* de l'ordre ; l'Ordre des médecins de Berlin n'a pas adopté de recommandation en matière d'AMP, laissant à chaque médecin sa libre appréciation.

Il faut toutefois noter que, de fait, en dehors de ces cas spécifiques, et malgré l'absence d'interdiction légale, peu de cliniques fournissent leurs services aux femmes homosexuelles, en particulier en raison de l'absence de protection du donneur de sperme contre une action en constatation de paternité (39). Bien

(29) M. Crawshaw, E. Blyth, O. Van Den Akker, « The changing profile of surrogacy in the UK - Implications for national and international policy and practice », *Journal of Social Welfare and Family Law*, sept. 2012, vol.34, n° 3, pp. 267-277.

(30) *Ibid.* Cette étude se fonde sur des données fournies par la *Child and Family Court Advisory and Support Service*, autorité publique auprès des tribunaux de famille, qui est chargée de l'évaluation du bien-être de l'enfant; celle-ci ne fournit pas d'information sur le sexe des parents, leur statut matrimonial, le pays du recours aux prestations médicales, le pays d'origine et la nationalité de la gestatrice, ou la provenance des gamètes utilisées.

(31) *Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG)*, BGBl, 1990, I, 2746 (loi du 13 décembre 1990 sur la protection de l'embryon humain).

(32) « Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion », 17 février 2006, *Deutsches Ärzteblatt*, 2006, A- 1392-1403, cahier n° 20.

(33) Günther, Taupitz, Kaiser, *Embryonenschutzgesetz. Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einföhrung*, Kohlhammer, 2008, p. 114.

(34) « in einer festgefühten Partnerschaft zusammenlebt ».

(35) « dieser Mann die Vaterschaft an dem so gezeugten Kind anerkennen wird ».

(36) « Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion », 17 février 2006, *précité*, commentaires du §3.1.1.

(37) Le caractère non contraignant a été confirmé dans le préambule de ces commentaires.

(38) Sénat, Rapport de législation comparée, LC 229, *Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité*, nov. 2012, p. 19.

(39) Alors qu'en France et en Grande-Bretagne le législateur a prévu que les donneurs de gamètes ne peuvent être reconnus comme parents légaux des enfants ainsi conçus, tel n'est pas le cas en Allemagne.

entendu, cela n'empêche pas les inséminations « artisanales », en dehors de toute intervention médicale.

En ce qui concerne la reconnaissance juridique du lien avec l'enfant ainsi né, la loi sur le partenariat de vie de 2001 (40) a permis l'octroi d'un droit de décision sur les affaires quotidiennes à l'autre partenaire pendant cette union : cette loi n'a pas autorisé les couples homosexuels à adopter des enfants, mais a prévu un droit de décision dans la vie courante de l'enfant en faveur de la personne homosexuelle, lorsque son partenaire exerce seul l'autorité parentale (41). Si dans une famille homoparentale le parent biologique décède, la garde des enfants n'est pas confiée au partenaire, même si un partenariat enregistré a été conclu ; les parents « sociaux » n'ont que la « petite » responsabilité partagée, c'est-à-dire uniquement en ce qui concerne les choses de la vie quotidienne de l'enfant et ce, sous la condition de l'accord du parent qui a la pleine responsabilité de l'enfant.

Cette loi a été amendée en 2004 (42), afin de permettre au partenaire enregistré d'adopter les enfants biologiques de l'autre (43) sous certaines conditions, telles que l'accord de l'enfant et celui des deux parents biologiques. Il est incontestable que le fait qu'un partenaire ait la possibilité d'adopter les enfants biologiques de l'autre, présente un grand intérêt lorsque l'enfant a été conçu par AMP et qu'il n'y a pas de second parent (44).

Bien que l'adoption conjointe soit prohibée en Allemagne, un partenaire enregistré aura prochainement la possibilité d'adopter les enfants ayant été eux-mêmes adoptés par son partenaire auparavant (« adoption successive ») (45).

(40) *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften : Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz-LPartG)*, BGBl I, 266. La loi du 16 février 2001 mettant fin à la discrimination des concubinages homosexuels et instituant le partenariat de vie enregistré a mis en place une union civile entre deux personnes de même sexe, cette institution n'étant pas accessible aux couples hétérosexuels non mariés. Cette loi a conféré aux couples homosexuels les mêmes droits civils et sociaux dont disposent les couples hétérosexuels mariés.

(41) §9[1], *Lebenspartnerschaftsgesetz*.

(42) *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts* (BGBl, 2004, I, n° 69, p. 3396), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

(43) §9[7], *Lebenspartnerschaftsgesetz*.

(44) V. F. Furkel, *Les États généraux du mariage, l'évolution de la conjugalité*, Actes du colloque de Toulouse du 21 juin 2007, C. Neirinck (dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 234.

(45) V. l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale (BVerG, 19 fév. 2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09), déclarant que la non autorisation des « adoptives successives » pour des couples homosexuels enregistrés, c'est-à-dire le fait de ne pas pouvoir adopter l'enfant adopté de son partenaire, devrait être abolie d'ici fin juin 2014, car cela porte atteinte d'une part, au droit au développement de la personnalité des enfants, et d'autre part, au droit à un traitement égal par la loi, prévu par le §3[1] de la Loi fondamentale : celui des enfants par rapport aux enfants adoptés par des couples mariés, et celui des partenaires homosexuels par rapport au droit à l'« adoption successive » des couples mariés.

La question de l'établissement d'un lien juridique entre l'enfant et les personnes homosexuelles qui l'élève nous emmène à examiner l'enjeu d'une éventuelle autorisation d'accès à l'AMP.

3. L'ENJEU DE LA QUESTION DE L'ACCÈS DES PERSONNES HOMOSEXUELLES À L'AMP

L'accès à l'AMP des personnes homosexuelles est d'une grande pertinence pour la définition du champ de l'AMP en général, car il a une incidence majeure sur de nombreuses questions plus générales, les unes étant liées aux autres, qu'on reprendra brièvement : 1°. La conception de la Nature et de la différence des sexes dans le régime de l'AMP.

L'admission de l'homoparentalité confirme l'abandon de l'idée de normativité de la Nature, en faveur de l'émergence des facteurs culturels dans l'organisation sociale, et plus particulièrement celui du « scientisme ». Selon Alain Supiot (46), le phénomène du « scientisme », prend la place de la religion, pour interpréter les droits de l'homme par des dogmes de la biologie ou de l'économie, présentée comme les vraies lois intangibles du comportement humain. Ce « scientisme » serait, avec le messianisme (le fait de traiter les droits de l'Homme comme un texte révélé par les sociétés « développées » aux sociétés « en voie de développement ») et le communautarisme (au contraire, le fait de considérer que les droits de l'Homme sont un décalogue révélé à l'Occident et à lui seul), la troisième figure du fondamentalisme occidental. Pour Alain Supiot, l'argumentation en faveur de l'homoparentalité en est un exemple, en ce qu'elle s'oriente, concernant l'enfant, plus fréquemment vers des raisons d'ordre sociologique, psychologique et biologique que vers le principe de l'égalité de l'enfant vis-à-vis des autres, à savoir le droit d'avoir un père et une mère. « ... Les partisans de l'homoparentalité qui, s'agissant de l'enfant, quittent le terrain des droits de l'Homme pour se situer sur celui de la Science. Sur ce terrain, l'enfant n'a pas à être abordé comme sujet de droit et son cas peut être traité de façon « objective » (objet du désir du couple homosexuel ou objet de connaissance psychologique) et réglé par cette simple formule : 'il n'y a aucun argument scientifique sérieux contre l'homoparentalité' ».

Pour les militants en faveur de cet accès, l'égalité et la non-discrimination sont à la fois la justification et le but à atteindre. Ainsi, l'égalité entre les différentes formes de sexualité valoriserait une approche relationnelle.

Dans le contexte de l'AMP en général, la prise de distance avec la Nature se traduit par une rupture avec

(46) A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 286.

l'apparence, fondée sur la présomption d'une relation sexuelle féconde (47).

Reconnaître l'homoparentalité en général porterait une atteinte symbolique à la filiation bisexuée, comme cela est le cas en Grande-Bretagne, où deux parents de même sexe peuvent s'inscrire dans l'acte de naissance de l'enfant, sans mention de filiation maternelle ou paternelle.

Comme on l'a vu, parmi les trois systèmes juridiques, seul le dispositif français limite explicitement l'accès à l'AMP à des couples formés d'hommes et de femmes, excluant ainsi les femmes seules et les personnes homosexuelles.

2°. La filiation, la parenté et la possibilité de pluriparentalité. Le débat sur l'homoparentalité en général pose la question de la procréation dans un cadre politique. Pour les militants de la cause homoparentale, l'AMP au sein d'un couple hétérosexuel ne revêt aucune finalité thérapeutique, car elle ne guérit personne de sa stérilité (48). Pour Daniel Borrillo, la notion de stérilité du couple n'a aucune base scientifique, car seuls les individus peuvent être stériles, et non pas les couples (49). Ce débat permet de constater la transformation des rapports aux fictions juridiques et à l'organisation légale, par une prise de distance avec la Nature : cette prise de liberté par rapport à son propre corps, dès lors que la finalité thérapeutique n'est plus pertinente, n'est limitée que par une logique égalitaire, et non plus par celle de la Nature, force extérieure. La question de l'existence d'une éventuelle discrimination entre les droits procréatifs des personnes hétérosexuelles et ceux des personnes homosexuelles se pose alors.

La parenté homosexuelle s'inscrit dans un mouvement général d'affirmation de la pluralité des configurations domestiques – car la procréation et la parentalité se disjoignent (50).

Ainsi, la reformulation du §13[5] de la loi britannique de 1990 en 2008, passant du besoin d'un père à celui de « supportive parenting » témoigne de cette évolution. Face à l'émergence des familles recomposées, des séparations, des gardes alternées, et d'autres formes de vie familiale, la réalité éducative de certains enfants, élevés par plusieurs personnes est juridiquement reconnue, ainsi que les compétences des beaux-parents.

3°. La question, très débattue, de l'intérêt de l'enfant. La position selon laquelle l'homosexualité de l'un des

parents est contraire à l'intérêt de l'enfant semble aujourd'hui dépassée. La question de l'intérêt de l'enfant élevé dans un contexte homoparental a souvent été présentée comme étant d'ordre objectif et indépendante des positions morales. En l'occurrence, il revêt une triple dimension. Premièrement, celle de la question du besoin de stabilité et de reconnaissance des droits de l'enfant, à l'instar des autres enfants, aussi bien pour lui que vis-à-vis de son entourage. « C'est précisément au nom de l'intérêt de l'enfant que l'État devrait reconnaître aux familles homoparentales les mêmes droits et exiger les mêmes obligations qu'aux familles « hétéroparentales », comme il l'a fait dans le passé pour les couples concubinaires ou les mères célibataires » (51). Les enfants élevés dans des foyers homoparentaux vont bien, mais pourraient aller mieux si les relations familiales étaient socialement et légalement reconnues (52). Élever un enfant dans un foyer homoparental et dans une société homophobe est radicalement contraire à son intérêt ; la société, au lieu de dire que l'homoparentalité est trop compliquée pour être institutionnalisée, devrait aider et mettre à la disposition des couples homosexuels les moyens pour y arriver (53).

Deuxièmement, celle de l'influence du fait d'être élevé par des parents de même sexe sur l'enfant. Ceux qui sont opposés à l'homoparentalité avancent le besoin des enfants de deux parents de sexe différent pour pouvoir se développer (54). *A contrario*, ceux qui sont en faveur de la reconnaissance juridique de l'homoparentalité invoquent des études scientifiques (55) selon lesquelles les enfants élevés par des parents homosexuels sont tout aussi épanouis que ceux élevés par des parents hétérosexuels, le point important étant que l'enfant soit élevé par un couple constitué de deux personnes (56), et qu'ils aient aussi dans leur entourage des repères du sexe opposé.

Enfin, selon la sociologue Irène Théry (57), le fait qu'un régime d'AMP adopte ou non le principe

(51) D. Borrillo, *Le droit des sexualités*, Presses universitaires de France, 2009, p. 71.

(52) G. Pennings, « Evaluating the welfare of the child in same-sex families », *Human Reproduction*, 2011, 26(7), pp. 1609-1615.

(53) *Ibid.*

(54) S. Biblarz, « (How) does the sexual orientation of parents matter ? », *American Social Review*, 2001, 66, pp. 159-183.

(55) Anderssen, Amlie, Ytteroy, « Outcomes for children with lesbian or gay parents. A review of studies from 1978 to 2000 », *Scan. Jour. Psy.*, 2002, 43, pp. 335-351.

(56) S. Golombok ; « New families, old values : considerations regarding the welfare of the child », *Human Reproduction*, 1998, 13, pp. 2342-2347 ; C. Murray, S. Golombok, « Solo Mothers and their Donor Insemination Infants : Follow-up at age 2 Years », *Human Reproduction*, 2005, 20, pp. 1655-1660 ; C. Patterson, « Children of lesbian and gay parents », *Child Development*, 1992, 63, pp. 1025-1042 ; v. aussi la position de l'Académie Américaine de pédiatrie.

(57) I. Théry, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, éd. de l'EHESS, 2010.

(47) M. Iacub, *Le crime était presque sexuel - et autres essais de casuistique juridique*, Champs, Flammarion, 2003.

(48) M. Gross, S. Guillemarre, L. Mathieu, C. Mecary, *Homosexualité, mariage et filiation : pour en finir avec les discriminations*, éd. Syllepse, 2005 ; D. Borrillo, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009.

(49) D. Borrillo, *Bioéthique*, Dalloz, 2011, coll. À savoir, pp. 68-69.

(50) M. Gross (dir.), *Homoparentalités, état des lieux*, Ramonville- St Agne, Eres, 2005.

d'anonymat a des conséquences sur l'admission de l'homoparentalité ; car si on ne fait pas de place au tiers donneur, on considèrera toujours l'homoparentalité comme une usurpation du modèle un homme – une femme. Une logique de complémentarité et non de rivalité pourrait faciliter l'acceptation du don, de l'homoparentalité et de la pluriparentalité en général. Inversement, le fait d'ouvrir l'accès à l'AMP aux couples de femmes encouragera une demande de levée d'anonymat de la part de leurs enfants, privés de père légal. Notons que parmi les trois pays, seulement la France applique le principe de l'anonymat du don de gamètes, ce principe étant traditionnellement présenté comme l'un des piliers du modèle bioéthique (avec les principes de la gratuité et du consentement) ; ce principe n'existe pas dans les dispositifs allemand (58) et britannique (59) de l'AMP.

4°. L'éternelle question de l'alignement du droit sur le fait. L'argument de l'impossibilité d'empêcher la création de familles homoparentales (60) a été avancé pour admettre l'accès à l'AMP aux personnes homosexuelles ; d'autant plus que certains pays voisins étant plus tolérants, cette différence incite certaines personnes à recourir à l'AMP, ce qui discrimine de fait les personnes n'ayant pas les moyens financiers de le faire. L'alignement sur les situations de fait, ainsi que celui sur les normes (ou l'absence de normes) étrangères semble aller dans un sens toujours plus permissif.

L'institutionnalisation de certaines situations pose alors la question de sa neutralité, car celle-ci peut sembler encourageante et même, dans une société démocratique, faite sous la pression de certaines minorités qui imposent leur volonté à la majorité.

La pression exercée par les associations militant pour la reconnaissance de l'homoparentalité en général, et pour l'accès à l'AMP des personnes homosexuelles en particulier, peut être considérée comme s'inscrivant

dans un phénomène d'ordre plus général, à savoir l'émergence de l'autonomie et de l'encouragement de l'épanouissement personnel, mais aussi le fait que, dans la société démocratique contemporaine, les minorités peuvent revendiquer des droits à condition de ne pas en retirer à la majorité. Le doyen Carbonnier appelait cela « effet Assidius » : « On appelle ainsi, en sociologie de la législation, du mot sur lequel s'ouvre une célèbre constitution de Justinien, le phénomène par lequel le législateur est porté à légiférer sous l'aiguillon des réclamations dont les catégories intéressées l'assaillent (...). L'effet Assidius donne visiblement une prime aux tendances réformistes, ceux qui se plaignent du droit positif faisant beaucoup plus de bruit que la masse qui le trouve bon. C'est, pourtant, de cette manière qu'on légifère souvent dans le droit de la famille » (61).

L'enjeu de la question de la possibilité d'adoption de l'enfant conçu par AMP dépasse la question de l'accès des couples de femmes à l'AMP, celle-ci pouvant s'inscrire dans ce phénomène législatif général. Il ne s'agit pas uniquement d'une question politique des droits des personnes homosexuelles, car, comme on l'a vu, le fait que le législateur français ait ouvert aux couples homosexuels la possibilité d'accéder au mariage et à l'adoption a d'ores et déjà une incidence sur la question de l'accès à l'AMP, et, par ricochet, sur l'enfant ainsi conçu.

Selon certaines publications (62), il semble que le Tribunal de grande instance de Lille ait autorisé l'adoption plénière de deux enfants par un couple de femmes. En l'espèce, les enfants étaient issus d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, et le Procureur de la République n'avait pas soulevé l'illicéité de ce type de recours à l'AMP.

Cette décision ne faisant pas jurisprudence, une position plus claire est nécessaire. Il faudra donc attendre la prochaine révision législative, qui pourrait résoudre cette question par l'ouverture de l'AMP à des femmes célibataires ou à des couples de femmes ou, plus probablement, un arrêt de la Cour de cassation, dont la jurisprudence devrait éliminer les doutes sur la situation actuelle. ■

(58) L'Allemagne est l'un des seuls pays au monde où le principe de l'anonymat du don de sperme, seul don de gamètes autorisé, n'a jamais été instauré (de nombreux pays occidentaux ont adopté ce principe pour l'abroger ensuite). Le besoin de l'enfant à connaître ses origines a été reconnu par la Cour constitutionnelle fédérale le 31 janvier 1989 (BVerfG, 1 BvL 17/87), sur le fondement du droit à l'épanouissement personnel stipulé par la Loi fondamentale.

(59) En Grande-Bretagne, la loi de 1990 n'a pas instauré une obligation de respect d'anonymat du don de gamètes, mais ce principe a été souvent pratiqué. La HFEA, par souci de respect de l'intérêt de l'enfant, a introduit des régulations (HFEA, *Disclosure of Donor Information Regulations* 2004, SI 2004/1511, 14 juin 2004) pour instaurer deux régimes : d'une part, pour les dons postérieurs au 1^{er} avril 2005, la liste inclurait le nom du donneur, ses prénoms, sa date et son lieu de naissance, son apparence, ainsi que son adresse postale au moment du don ; d'autre part, concernant les dons antérieurs au 1^{er} avril 2005, cette liste inclurait uniquement des éléments non identifiants.

(60) Cet argument est fréquent dans la doctrine britannique, avançant le souci de pousser certaines pratiques à la clandestinité, v. M. Warnock, *Making Babies. Is there a right to have children?*, Oxford University Press, 2002 ; M. Freeman, « Does Surrogacy Have a Future After Brazier? », *Medical Law Review*, 1999, 7, pp. 1-20 ; E. JACKSON, *Medical Law*, précité, p. 772.

(61) J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 6^{ème} éd., 1988, p. 201.

(62) « Première adoption des enfants du conjoint dans une famille homoparentale », *Le Monde*, 18 oct. 2013 ; « Adoption par des couples homosexuels : pour la première fois, la justice autorise une femme à adopter les enfants de sa conjointe », *Le Huffington Post*, 18 oct. 2013 ; « L'adoption, c'est fait ! », APGL, 18 oct. 2013, <http://www.apgl.fr/article/item/385-l-adoption-c-est-fait>.