

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

« Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà. » : Déplorant qu'« un méridien décide de la vérité » et qu'« en peu d'années de possession les lois fondamentales changent », Pascal décrivait déjà, pour la regretter, la contingence des lois, même les plus absolues, qu'une frontière suffit à rendre non pas seulement inapplicables, mais aussi parfois inenvisageables. L'affaire qui vient d'être appelée trouve son origine dans la frontière que tracent les Pyrénées. Mme A..., a demandé en référé liberté d'ordonner que soient transmis à l'Espagne les gamètes que la France conserve de son mari décédé afin de procéder dans ce pays à une insémination dite *post mortem*. Cette requête vous confronte à une série de questions juridiques et éthiques inédites.

Les faits de l'espèce sont aussi difficiles que les questions qu'ils soulèvent. L'ensemble de ces faits, que nous allons vous détailler, sont attestés par des courriers de M. T... à ses proches, des attestations très circonstanciées de ces derniers et un testament de l'intéressé.

M. T..., ressortissant italien, et Mme A..., ressortissante espagnole, vivaient en couple, en France, lorsque le premier, né en 1984, s'est vu diagnostiquer en août 2013 un lymphome non hodgkinien. Les équipes médicales de l'hôpital Tenon, où il était traité, l'ont alors informé que tant la maladie que le traitement prescrit pour tenter de la combattre risquaient très certainement d'entraîner sa stérilité. Ils lui ont fait part de la possibilité, ouverte par l'article L. 2141-11 du code de la santé publique à toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, de bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation (AMP).

M. T... a consenti au prélèvement de ses gamètes qui ont été conservés au service de biologie de la reproduction de l'hôpital Tenon. Le traitement dont il a bénéficié, s'il a eu raison de sa fertilité, lui a permis d'obtenir une rémission de près de deux ans. Dans ce laps de temps, le couple n'a pas entamé de démarche d'AMP. Début 2015 toutefois, M. T... s'est vu diagnostiquer une leucémie aiguë myéloïde. Il est décédé quelques mois plus tard, le 9 juillet 2015.

Durant la courte période qui a séparé le début de la récurrence et le décès de M. T..., celui-ci et Mme A..., conscients de l'inéluctabilité d'une issue fatale, ont pris plusieurs décisions. Le couple a décidé que Mme A..., devenue Mme T... le 16 juin 2015, retournerait vivre en Espagne, auprès de sa famille, au décès de son mari. Les époux ont également décidé de concevoir un enfant. Ils ont

engagé des démarches pour entreprendre en France une assistance médicale à la procréation. Ils ont aussi formé ensemble le projet alternatif que Mme A... puisse bénéficier le cas échéant d'une insémination *post-mortem* avec les gamètes de M. T..., qui y a expressément consenti, possibilité qui est légalement ouverte en Espagne, avec reconnaissance de la filiation paternelle, pendant un délai d'un an à compter du décès du mari.

Au titre du projet français, une première tentative de fécondation *in vitro* a été engagée quelques semaines avant le décès, sous la responsabilité du professeur O... dont une attestation en ce sens figure au dossier. Elle n'a pas abouti.

Au titre du projet espagnol, M. T... a souhaité entreprendre des démarches pour obtenir l'exportation de paillettes de son vivant. Il n'était bien entendu plus, étant devenu stérile, en mesure d'effectuer un nouveau dépôt de gamètes en Espagne. N'étant par ailleurs plus en mesure d'écrire du fait d'une paralysie causée par la maladie, il avait pris rendez-vous avec un notaire pour remplir le formulaire nécessaire à cette opération. Selon l'attestation du notaire qui figure au dossier, le rendez-vous a été annulé en raison du décès de M. T... le jour même.

Pour des raisons qui n'apparaissent pas au dossier, les paillettes n'ont pas été détruites immédiatement après le décès de M. T..., ce qui n'est dans les faits pas totalement exceptionnel, même si la destruction immédiate est prévue par l'arrêté du 3 août 2010 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation¹. Retournée vivre en Espagne, Mme A... a demandé à l'hôpital Tenon, auquel elle produisait le consentement exprès de son mari, de procéder à l'exportation des gamètes. L'autorisation d'exporter étant soumise par l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique à autorisation délivrée par l'agence de biomédecine, celle-ci a été saisie de la demande le 24 août 2015. Elle a refusé d'y faire droit au motif que l'article L. 2141-11-1 n'autorise d'exporter les gamètes en vue d'une assistance médicale à la procréation que lorsque les conditions posées pour de telles opérations à l'article L. 2141-2 sont remplies. Or parmi ces conditions figure celle que les deux membres du couple soient vivants. Le refus de l'agence a été communiqué à Mme A... par un courrier du 26 août 2015. Mme A... a réitéré sa demande le 7 septembre 2015 sans plus de succès.

Le 23 janvier 2016, l'intéressée a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Paris, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'agence de biomédecine d'accéder à la demande d'exportation des gamètes. Elle soutenait pour l'essentiel que l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique, en ce qu'il faisait obstacle à la réalisation de son projet de grossesse dans les conditions légalement prévues en Espagne, portait une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée, protégé par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le juge des référés, faisant application de votre jurisprudence qui lui interdit, eu égard à son office, d'examiner un moyen de non compatibilité de la loi avec les engagements internationaux de la France, a estimé le moyen inopérant et a rejeté la demande, sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, par une ordonnance de tri.

C'est ce qui explique que vous connaissiez en cassation, et non en appel, du recours exercé

¹ arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, annexe § III.4.1 : « en cas de décès, il est mis fin à la conservation des gamètes ou des tissus germinaux ».

contre cette ordonnance par Mme A....

Précisons pour ne plus y revenir que la condition d'urgence est remplie : le délai ouvert pour que Mme A... bénéficie de la faculté ouverte par la loi espagnole expire le 10 juillet. Vous vous trouvez en outre dans la situation de connaître d'une atteinte potentiellement irréversible au droit fondamental invoqué : en pareille configuration, vous faites du critère d'intervention du juge du référé liberté, celui d'une atteinte manifestement illégale, un usage adapté².

Pour le reste, trois questions ont justifié l'inscription de l'affaire au rôle de votre Assemblée : la première est celle de la possibilité pour le juge des référés de se prononcer sur un moyen dit d'inconventionnalité de la loi (nous emploierons cette formule jargonnante par facilité de langage) ; la deuxième est celle du type de contrôle, purement abstrait ou parfois également concret, que vous devez exercer sur ce type de moyen ; la troisième est celle des circonstances de l'espèce, la plus importante pour la requérante, mais que vous n'examinerez que si vous franchissez les deux premières étapes dans un sens qui le permet.

*

La première question que pose cette affaire est celle du maintien de la jurisprudence qui interdit au juge des référés administratifs d'examiner la compatibilité d'une loi avec un traité international.

Cette jurisprudence est née dans le champ du référé-suspension, par une décision *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ C...* (CE, 30 décembre 2002, n° 240430, p. 510). Cette décision, rendue aux conclusions contraires de Mattias Guyomar, constituait une inflexion de jurisprudence : par une ordonnance JRCE, 11 octobre 2001, *M. H...*, n° 238849, p. 460, le juge des référés du Conseil d'Etat avait procédé à la confrontation de dispositions législatives relatives au service civil des objecteurs de conscience avec les stipulations du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³. Ce revirement a été confirmé et précisé⁴ dans sa portée par deux ordonnances publiées au Recueil (JRCE, 21 octobre 2005, *Association Aides et autres*, p. 438 ; JRCE, 20 décembre 2005, *M...*, n° 288253, p. 586). Par une ordonnance de la même année également publiée, la jurisprudence *C...* a été étendue au champ du référé-liberté (JRCE, 9 décembre 2005, *Mme L... et autres*, n° 287777, p. 562). Elle a été constamment appliquée depuis et a été récemment confirmée par une décision *Société routière Chambard - Ministre du logement, de l'égalité des territoires et de la ruralité c/ Commune de la Sône*, qui prend tout de même le soin de préciser qu'elle n'interdit pas le contrôle des actes administratifs au regard des engagements internationaux (CE, 18 décembre 2015, n°s 389238 389277, à mentionner aux Tables)⁵.

² Ainsi que le relevaient les chroniqueurs de la récente décision *D...* citée *infra*, « en référé-liberté, plus l'atteinte à la liberté est grave, moins l'illégalité doit être manifeste pour que le juge intervienne » et « même si l'on ne peut établir ni gradation précise, ni principe général, [la jurisprudence] tend à inviter le juge du référé-liberté, auquel l'adverbe "manifestement" laisse une assez grande liberté, à être sensible, dans le maniement de ce critère, à l'importance des restrictions aux libertés qui résultent de la décision ou de l'agissement en cause devant lui. » (G. Odinet et L. Dutheillet de Lamothe, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA* 2016, p. 247).

³ Rendue, il est vrai, en matière de référé-liberté.

⁴ Sa rédaction laissait en effet douter de sa portée de principe. D'autres ordonnances ultérieures, d'ailleurs, avaient contribué à entretenir le trouble, en laissant penser, malgré un mot de « l'office du juge des référés » mais qui semblait plutôt porter sur le degré d'urgence et de gravité à atteindre pour déclencher son intervention, que celui-ci était tout prêt à confronter la loi à, en l'occurrence, la convention EDH (JRCE, 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, n° 279999, T. p.

⁵ v. aussi, dans l'intervalle, CE, juge des référés, 27 août 2012, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) et autres*, n° 361402, T. p. 911.

Encore faut-il préciser que la jurisprudence C... n° 240430 cède dans deux hypothèses. La première est celle où un juge de plein office, c'est-à-dire ne statuant pas en référé, a déjà constaté l'incompatibilité de la loi en question avec le traité invoqué. La seconde, ajoutée à l'édifice par une ordonnance I... n° 340250, est celle dans laquelle est alléguée une incompatibilité de la loi avec le droit de l'Union européenne (JRCE, 16 juin 2010, *Mme I...*, n° 340250, p. 205).

La première de ces deux exceptions suffit à nous convaincre de la fragilité juridique de l'interdiction faite au juge des référés. Comme chacun sait, la décision par laquelle un juge du fond fait droit à une exception d'inconventionnalité de la loi n'a d'autorité que relative et ne produit hors du litige aucun effet juridique qui tiendrait les autres juges du fond (CE, 3 juillet 1996, *Ministre de l'équipement c/ Société ABC Ingeneering*, p. 259). Mais voilà qu'elle emporte un tel effet pour le juge des référés, en désactivant l'écran législatif qui, dans tous les autres cas, continue de s'appliquer à lui presque trente ans après l'arrêt Nicolo.

Cette position se rapproche certes de la règle selon laquelle le juge des référés ne peut nourrir de doute sérieux sur une question qui a été tranchée par la jurisprudence⁶ : dans les deux cas, il est interdit au juge des référés d'innover. Mais l'interdiction de principe faite au juge des référés de déroger à la jurisprudence ne conduit pas à réserver à ce dernier un traitement particulier par rapport aux autres juges : il est normalement attendu d'eux tous qu'ils se conforment à la jurisprudence, qui n'a vocation à être infléchie que dans une formation de jugement au moins équivalente à celle qui l'a édictée. L'interdiction faite au juge des référés de faire primer un traité sur la loi conduit bien, en revanche, à l'amputer, eu égard à son office, d'une compétence dont tous les autres juges disposent⁷.

Cette amputation est singulière en référé-suspension. Dans cette procédure, l'office particulier du juge, qui peut se contenter d'un doute sérieux pour suspendre quand il faut une certitude au juge du principal pour annuler, est moins de nature à borner ses pouvoirs qu'à le doter d'une large marge d'appréciation. C'est la logique de la jurisprudence *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole* (CE Sect., 29 novembre 2002, p. 421) qui assouplit en la matière le carcan de votre contrôle de cassation. L'on peut certes soutenir que la distance de ce contrôle – et l'absence de tout contrôle lorsque le JRCE est saisi en premier ressort – justifie que l'on empêche le juge livré à lui-même de se prononcer sur la loi. C'est un curieux tribut payé au droit à l'erreur que d'être privé pour se motif de la possibilité de se prononcer.

La logique peut, à première vue, sembler mieux assise en référé-liberté, où l'office du juge n'est pas de se contenter d'un doute, mais de se borner à l'évidence. Une dose de pensée magique aidant à se convaincre que la loi n'est jamais manifestement incompatible avec les engagements internationaux de la France, on peut en venir à se convaincre que le contrôle dit de conventionnalité est dépourvu d'objet en référé-liberté.

Le propre d'une pensée magique est toutefois d'être déçue. Or au cas où la croyance selon laquelle la loi ne peut que bien faire viendrait à être démentie, les conséquences de la jurisprudence *Mme L...* n° 287777 en référé-liberté seraient plus dirimantes encore que celles de la jurisprudence C... n° 240430 en référé-suspension. En référé-suspension, l'existence d'un recours au fond peut au

⁶ v. sur ce point les concl. du président Chauvaux sur CE Sect., 28 février 2001, *P... et L...* p. 111.

⁷ Nous renvoyons, sur ce point notamment, au stimulant article de Thierry-Xavier Girardot, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés ; la jurisprudence C... n° 240430 confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », AJDA 2006, p. 1875.

moins réparer l'atteinte que le juge des référés n'aura pas pu prévenir. En référé-liberté en revanche, il n'y a souvent pas de place utile pour un tel recours, alors même que sont en jeu des droits fondamentaux. Il en résulte que si la loi venait à porter aux droits et libertés fondamentaux protégés par un traité une atteinte grave et manifestement illégale qu'il y aurait extrême urgence à faire cesser, le juge des référés, alors même qu'il serait le seul recours utile, se trouverait paralysé. Et le présent litige le démontre puisque, dès lors que l'interdit législatif en cause ne laisse aucune marge d'appréciation à l'administration dans sa mise en œuvre, condamner le juge des référés à ne pas confronter la loi aux droits fondamentaux invoqués revient à lui interdire et, compte tenu de l'urgence, d'interdire à tout juge, de connaître d'une éventuelle atteinte grave et manifestement illégale à ces derniers. Outre que nous ne donnons pas cher d'une telle façon de faire si elle était passée au crible du droit au recours effectif, nous ne pouvons pas la cautionner.

Et vous ne la cautionnez d'ailleurs pas vraiment non plus, puisque chaque fois que l'enjeu est de taille, vous vous arrangez pour la contourner. L'exemple le plus spectaculaire en est votre décision d'Assemblée *Mme M...et autres* (CE Ass., 24 juin 2014, n°s 375081 375090 375091, p.), par laquelle vous avez purement et simplement, compte tenu du caractère exceptionnel des enjeux, décidé d'ignorer l'interdiction de connaître, en référé, du moyen d'incompatibilité de la loi dite Leonetti avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans votre récente décision de Section *M. D...* (CE Sect., 11 décembre 2015, n° 395009, p.), vous avez estimé à ce point inconvenant de ne pas répondre au moyen tiré de ce que la loi sur l'état d'urgence serait incompatible avec les mêmes stipulations que vous avez écarté le moyen au fond, assorti d'un « en tout état de cause ».

Au-delà même de ces décisions qui peuvent se prévaloir de n'avoir pas été rendues par un juge isolé, mais par une formation supérieure de jugement, « l'étrange survivance d'écran législatif » qu'instaure la jurisprudence *Mme L...* n° 287777 – nous empruntons la formule à Ronny Abraham⁸ – n'est, devant le juge du référé liberté ordinaire, qu'une muraille de papier. En matière de droits fondamentaux en effet, le droit de l'Union européenne, et singulièrement sa Charte, peut à peu près autant que le droit de la convention européenne. Or le droit de l'Union est utilement invocable dans bien des litiges alors que la convention ne l'est pas. L'idée que, s'agissant d'un même droit fondamental, l'office du juge des référés-liberté varie du tout au tout selon le texte que le requérant, pris par l'urgence, a songé à invoquer, double l'étrangeté de la jurisprudence d'une dose d'arbitraire qui achève, à nos yeux, de la disqualifier.

Et pour finir, priver le juge des référés que l'on appelle « liberté » de l'un des principaux corpus de droits et libertés fondamentales au regard desquels le juge administratif exerce son contrôle relève d'un tête-à-queue logique qui ne peut conduire qu'à des accidents juridictionnels⁹.

Si l'on ajoute à cela que l'article L. 523-1 du code de justice administrative prévoit un appel rapide à l'occasion duquel vous aurez tout loisir de contrer d'éventuelles erreurs des premiers juges, nous n'avons décidément aucune hésitation à vous proposer d'abandonner la jurisprudence *C...* n° 240430 au moins telle que transposée au référé-liberté.

⁸ Dont la contribution aux mélanges en l'honneur du Président Labetoulle (*Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007), intitulée « L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés administratifs », instruisait déjà, bien avant ces évolutions, le procès impitoyable de la jurisprudence *C...* n° 240430 et de ses prolongements.

⁹ V., sur ce point également, la chronique précitée de la décision *D ; ; ;* n° 395009, qui dressait d'ailleurs un parallèle entre l'abandon jugé souhaitable de la jurisprudence *C...* n° 240430 et l'idée d'un contrôle *in concreto* propre au droit de la convention ESDHLE.

Si vous nous suivez, vous devrez casser pour erreur de droit l'ordonnance attaquée et connaître de la demande de Mme A... au titre de la procédure de référé-liberté.

*

Vous devrez alors répondre à la délicate question de savoir si les dispositions du code de la santé publique, qui interdisent de façon absolue l'exportation de gamètes lorsque les conditions mises à l'assistance médicale à la procréation par le législateur français cessent d'être remplies, constituent une ingérence dans la vie privée de Mme A... disproportionnée à l'objectif qu'elles poursuivent. Elle suppose de résoudre un point de méthode et de porter, le cas échéant, une appréciation d'espèce. Nous ne serons, sur aucun de ces deux points, aussi catégorique que dans la première partie de notre exposé, et nous plaçons plus que jamais nos propos à venir sous le sceau d'une sincère modestie.

Mme A... critique l'interdit d'exportation des gamètes à compter du décès de l'époux sous deux angles : premièrement, l'interdit législatif constituerait, par lui-même, une ingérence dans la vie privée des individus disproportionnée aux objectifs poursuivis ; deuxièmement et en tout état de cause, son application aux circonstances très particulières de son espèce emporterait des conséquences manifestement disproportionnées. A première vue, ces deux critiques n'en forment nécessairement qu'une, puisque l'interdit posé par la législation française est strict et ne laisse pas de place aux appréciations d'espèce.

Il est temps de vous présenter le dispositif législatif en cause.

L'assistance médicale à la procréation est régie, en France, par les articles L. 2141-1 à L. 2142-4 du code de la santé publique. L'article L. 2141-1 définit l'assistance médicale à la procréation : il s'agit de l'ensemble « 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. ». L'article L. 2141-2 en encadre les finalités : elle a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Ce même article fixe, en conséquence, les conditions que doivent remplir les personnes qui entendent en bénéficier : il doit s'agir d'un couple, hétérosexuel, dont les deux membres, dont le consentement est requis, sont vivants et en âge de procréer. De façon volontairement redondante, l'article précise que l'opération d'AMP ne pourra être menée à son terme en cas de séparation du couple, de révocation du consentement d'un de ses membres ou du décès de l'un d'eux. Lorsque l'un de ces événements intervient, ou que le couple renonce à son projet parental, il est mis fin, si aucun embryon n'a encore été conçu, à la conservation des gamètes. Lorsque la fécondation a déjà eu lieu, les membres du couple, ou le membre survivant, peuvent choisir de voir les embryons accueillis par un autre couple, utilisés à des fins de recherche médicale ou de thérapie cellulaire, ou simplement détruits.

Cet équilibre remonte pour l'essentiel, et en tous cas pour tout ce qui nous occupe aujourd'hui, à la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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. L'interdiction de pratiquer, en France, une opération d'assistance médicale à la procréation après la mort du père d'intention, qui comporte en réalité deux volets – interdiction de l'insémination et interdiction du transfert d'embryons après le décès – remonte donc aux origines de la législation bioéthique. La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ne l'a pas remise en cause,

encore qu'il s'en soit fallu de peu : en première lecture, des dispositions avaient été introduites autorisant le transfert d'embryons *post-mortem* ; elles n'ont finalement pas été adoptées, tandis que l'interdiction de l'insémination *post-mortem* n'a, pour sa part, pas été remise en question. L'équilibre de la loi de 2004 n'a pas été, sur ce point, modifié à l'occasion de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

Les travaux préparatoires des lois bioéthiques successives révèlent que cet interdit est fondé sur trois motifs principaux : le risque que serait susceptible de constituer, pour le développement psychologique l'enfant à naître, la circonstance qu'il ait été conçu après le décès de son père ; les difficultés qui s'attachent pour la mère au fait d'élever seule un enfant dont on a la certitude, au moment de la conception, qu'il sera orphelin ; l'effet perturbateur de la possibilité d'une conception *post-mortem* en matière de filiation et de succession¹⁰. Dès l'origine, l'interdit porte uniquement sur le fait de favoriser la naissance d'un enfant au sein d'une famille qui n'est plus un couple et non sur le fait d'engendrer un enfant à partir des gamètes d'une personne décédée, l'utilisation de gamètes d'un donneur anonyme pouvant quant à elle se poursuivre après le décès de ce dernier. Il est intimement lié à la finalité assignée aux services médicaux qui pratiquent l'assistance médicale à la procréation en France : celle de permettre à un couple, porteur d'un projet parental qui serait réalisable sans assistance n'était-ce un problème pathologique d'infertilité, de mener à bien ce projet en neutralisant exclusivement ce problème d'infertilité.

A ce dispositif imaginé pour les couples engagés dans un projet parental s'ajoute, en vertu de l'article L. 2141-11-1, une possibilité ouverte, en dehors de tout projet parental déjà formalisé, aux individus menacés d'infertilité par une pathologie ou un traitement médical invasif. La loi les autorise à bénéficier du recueil et de la conservation de leurs gamètes ou tissus germinaux (tissus ovariens et testiculaires, prélevés notamment chez les patients pré-pubères ne disposant pas de gamètes matures) en vue de la réalisation ultérieure, à leur bénéfice, d'une AMP. Il s'agit, cette fois, d'une innovation de la loi du 6 août 2004, visant à donner un cadre législatif à une pratique que certains services mettaient en œuvre dans le silence de la loi. Selon l'Inserm, une petite centaine d'enfants et quelques centaines d'adultes bénéficient de cette prestation chaque année.

Enfin, deux articles régissent les conditions d'importation ou d'exportation des embryons, tissus germinaux et gamètes. L'article L. 2141-9 dispose que « Seuls les embryons conçus avec les gamètes de l'un au moins des membres d'un couple et dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du code civil¹¹ peuvent entrer sur le territoire où s'applique le présent code ou en sortir. Ces déplacements d'embryons sont exclusivement destinés à permettre la poursuite du projet parental de ce couple ; ils sont soumis à l'autorisation de l'Agence de la biomédecine ». L'article L. 2141-11-1 dispose que « L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation ». L'autorisation, qui ne peut être sollicitée, côté français, que par un établissement habilité, est délivrée par l'Agence de biomédecine. Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-312, L. 1244-413, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-7 et L. 2141-1114 du code de la santé publique et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent être autorisés à circuler.

¹⁰ Un encadré des rapports parlementaires en 2004 était consacré à la question des « héritiers réservataires dans un congélateur ».

¹¹ Principes fondamentaux relatifs au respect du corps

¹² « L'insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don et le mélange de spermatozoïdes sont interdits. »

¹³ « Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de dix enfants. »

¹⁴ Dispositions précitées relatives aux conditions de l'AMP en France.

Ces restrictions à la circulation des embryons, tissus germinaux et gamètes se sont sédimentées en trois temps.

Dans un premier temps, dès la loi n° 92-1477 du 31 décembre 1992 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation, le code des douanes, relayé à compter de l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 par le code de la santé publique, a soumis l'importation et l'exportation des gamètes, à l'instar des autres produits du corps humains, à autorisation. Ces dispositions visaient exclusivement les gamètes issus de donneurs anonymes en vue d'un don, puisque le recueil préventif de gamètes en vue de prévenir une infertilité n'existait pas encore. La délivrance de l'autorisation relevait de la seule appréciation du ministre chargé de la santé puis, à partir de la loi de 2004, de l'Agence de biomédecine. Elle n'était alors encadrée par aucun critère légal.

Dans un deuxième temps, la loi du 6 août 2004 s'est intéressée à la circulation internationale des embryons, qui ne faisait auparavant l'objet d'aucune restriction explicite, même si en pratique, il semble qu'ils étaient assimilés à des cellules.

Dans un troisième temps enfin, une ordonnance du 22 mai 2008¹⁵, dont l'objet était de transposer une directive imposant des normes de qualité en matière de conservation de tissus et cellules humaines¹⁶, est venue modifier le système d'autorisation prévu pour la circulation des gamètes, qui s'est ainsi trouvé séparé du régime commun aux autres produits du corps humain. Cet encadrement trouvait nécessairement à s'appliquer indifféremment, désormais, aux gamètes issus d'un don et aux gamètes et tissus germinaux dont le recueil dans le cadre d'une opération de prévention de l'infertilité avait été autorisé dans l'intervalle. Elle a également pris le parti de soumettre la délivrance des autorisations à des conditions particulièrement strictes, certaines relevant effectivement d'une dimension sanitaire (« les normes de qualité et de sécurité en vigueur »), d'autres, sans lien avec la directive, relevant d'interdits d'ordre moral (principes mentionnés au code de la santé public et au code civil). L'ordonnance a été ratifiée l'article 138 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

Il résulte de la combinaison de ces dispositions qu'en cas de recueil préventif de gamètes pour infertilité, l'exportation ne pourra pas avoir lieu après le décès de l'intéressé. C'est de cet interdit qu'a fait application l'Agence de biomédecine et dont il vous faut à présent examiner la compatibilité avec la convention.

Mme A... se prévaut de son droit au respect de sa vie privée, et non de quelque droit patrimonial sur les gamètes dont la Cour EDH a d'ailleurs expressément jugé qu'il ne pouvait pas exister (v. *Parillo c. Italie, infra*). L'interdiction posée par la loi française constitue bien une ingérence dans ce droit à la vie privée.

L'article 8, qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale, est en effet un pavillon généreux. La Cour européenne des droits de l'homme a souvent eu l'occasion de le manier en

¹⁵ Ordonnance n° 2008-480 du 22 mai 2008 transposant en matière de don de gamètes et d'assistance médicale à la procréation la directive 2004/23/ CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004

¹⁶ Directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains

matière de bioéthique. Elle y a consacré, entre autres, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables (*Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A n° 251-B), le droit au « développement personnel » (*Bensaïd c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I), ou encore le droit à l'autodétermination (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III). Des facteurs tels que l'identification, l'orientation et la vie sexuelles relèvent également de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (voir, par exemple, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 41, série A no 45 et *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, § 36, Recueil 1997-I), de même que le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (*Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, no 6339/05 § 71, *A, B et C c. Irlande [GC]*, no 25579/05, § 212, CEDH 2010 et *R.R. c. Pologne*, no 27617/04, § 181, CEDH 2011 ; *E.L.H. et P.B.H. c. Royaume-Uni*, nos 32094/96 et 32568/96, *Kalachnikov c. Russie (déc.)*, no 47095/99, CEDH 2001-XI, *Aliiev c. Ukraine*, no 41220/98, §§ 187-189, 29 avril 2003 ; *Dickson c. Royaume-Uni [GC]*, no 44362/04, § 66, CEDH 2007-V). Au plus proche du cas de figure d'espèce, dont elle n'a jamais eu à connaître, la Cour a expressément consacré le droit d'une personne à devenir parent génétique y compris en recourant à une insémination : dans une affaire *Dickson c. Royaume-Uni*, il s'agissait du droit d'un détenu de bénéficier d'une insémination artificielle pour avoir un enfant avec son épouse qui, compte tenu de son âge, aurait peu de chances de concevoir après sa libération (CEDH, *[GC]*, 29 avril 2003 ; *Dickson c. Royaume-Uni [GC]*, n° 44362/04, § 66, CEDH 2007-V) ; dans une affaire *S.H. eu autres c. Autriche [GC]*, 3 novembre 2011, n° 57813/00), était en cause le droit de deux couples à bénéficier d'une fécondation *in vitro* avec dons de gamètes ; dans l'affaire *Knecht c. Roumanie* (2 octobre 2012, n° 10048/10), était en cause, sous l'angle de la seule vie privée, le droit d'une femme à obtenir le transfert de ses embryons pour les utiliser dans le cadre d'une fécondation *in vitro*. La cour a également consacré, sous l'angle du droit à l'autodétermination, rangé sous le pavillon de la seule vie privée, le droit d'une personne à disposer d'embryons issus d'une fécondation *in vitro* à partir de ses gamètes dans le but d'en faire don à la recherche scientifique (CEDH, *[GC]*, *Parillo c. Italie*, 27 août 2015). Il est vrai qu'elle n'a jamais eu à connaître de la décision du membre survivant d'un couple de concevoir un enfant à partir des gamètes de son conjoint défunt qui y a expressément consenti. Nous n'avons pas de doute que ce droit tombe sous le pavillon englobant de l'article 8, même si nous croyons aussi, mais nous aurons l'occasion d'y revenir, qu'il y pèse moins lourd que d'autres types de droit expressément consacrés par la Cour, comme celui ouvert à toute personne de devenir parent génétique.

Néanmoins, nous avons la certitude que l'impossibilité organisée par le code de la santé publique de bénéficier en France d'une insémination *post-mortem* n'est pas incompatible avec l'article 8 de la convention.

La Cour européenne reconnaît, en matière de bioéthique, une large marge d'appréciation aux Etats parties. La justification de cette marge d'appréciation réside dans l'absence de consensus, parmi les parties signataires, sur les questions soumises à la Cour, elle-même justifiée par la difficulté de ces questions et de leur inévitable coloration morale, ce dont la Cour déduit que « les autorités de l'Etat, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays [, sont] en principe mieux placées que le juge international » pour les résoudre. En contrepartie la Cour part du principe que, cette branche du droit étant nécessairement très évolutive, le centre de gravité des zones de consensus international est susceptible de se déplacer, et avec lui le curseur des exigences qu'elle fait découler de la convention¹⁷.

Or aucun consensus n'existe en matière d'interdiction de l'insémination *post-mortem* parmi

¹⁷ CEDH, 2002-I, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC]*, n° 28957/95, § 74, et *Stafford c. Royaume-Uni [GC]*, n° 46295/99, § 68, CEDH 2002-IV.

les Etats membres du Conseil de l'Europe. Pour ne prendre que quelques exemples, l'insémination *post-mortem* est, ainsi, autorisée au Royaume-Uni, en Belgique, en Espagne, aux Pays-Bas et en Grèce. Elle est en revanche prohibée en Allemagne, au Danemark, en Finlande, en Italie, au Portugal et en Suisse. La diversité est la même s'agissant de la question, proche, du transfert *post-mortem* d'embryons, qui est autorisé dans tous les pays que nous avons cités qui permettent l'insémination *post-mortem*, mais également au Portugal qui prohibe pourtant cette dernière. Au surplus, même dans les pays où l'insémination *post-mortem* est autorisée, l'encadrement de cette pratique est variable d'un Etat à l'autre, à cette constance près que tous la subordonnent à un accord exprès donné de son vivant par le défunt. Pour le reste, si le Royaume-Uni, les Pays-Bas et la Grèce permettent l'opération dans le délai de cryoconservation, en général fixé à cinq ans, d'autres Etats, comme la Belgique, encadrent l'opération par un délai particulier, pour éviter qu'elle se réalise trop tard après le décès (il s'agit d'éviter que l'assistance médicale à la procréation serve à autre chose qu'à un projet parental donné) ou trop tôt après celui-ci (afin d'assurer que la décision de la femme de poursuivre le projet parental ne soit pas prise pendant la période de deuil). Par ailleurs, seule l'Espagne règle par les textes la question de la filiation paternelle de l'enfant à naître, qui est acquise si l'insémination ou le transfert d'embryons *post mortem* ont lieu moins de douze mois après le décès ; dans les autres Etats, la question de la filiation doit être réglée par décision judiciaire.

Le fait que la Cour reconnaisse aux Etats membres une large marge d'appréciation ne signifie pas qu'elle renonce à tout contrôle de la proportionnalité des atteintes portées dans le cadre de cette marge au droit à la vie privée. Mais, pour autant que l'on puisse systématiser son raisonnement, il semble qu'elle considère alors ces atteintes acceptables lorsque deux conditions sont remplies : si la législation présente des gages de sérieux quant à la prise en compte, en conscience, lors de son élaboration, des intérêts divergents susceptibles d'être en cause (CEDH GC, *Parillo c/ Italie*, précité, § 188 et 197 ; v. a contrario, *SH et autres c. Autriche*, précitée, § 117-118) ; si la législation est cohérente, c'est-à-dire que les atteintes qu'elles portent à la vie privée ne sont pas discriminatoires ou dépourvues de rapport avec les enjeux bioéthiques délicats, sources de la marge d'appréciation reconnue par la cour, qui ont conduit à l'édicter (v. CEDH, *Evans c/ RU*, précité ; v. surtout, a contrario, CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, pointant l'incohérence de la loi italienne qui interdit aux couples l'accès au diagnostic préimplantatoire d'une pathologie génétique tout en autorisant l'avortement thérapeutique lorsque le fœtus est affecté par la pathologie).

L'interdiction posée en France de toute insémination *post-mortem* remplit ces conditions. Elle est issue de lois bioéthiques dont l'édiction a été précédée d'une large concertation au plan national et qui font d'ailleurs l'objet de réexamens périodiques approfondis. Elle pose un interdit dépourvu d'équivoque, en pleine adéquation avec l'objectif assigné en France à l'assistance médicale à la procréation. Il est difficile de contester la cohérence, dans le cadre d'un modèle qui choisit de ne résoudre par l'AMP que les difficultés d'infertilité pathologiques d'un couple, d'une règle consistant à rendre impossible l'usage des gamètes lorsque le couple, du fait de la mort d'un de ses membres, ne serait plus en mesure de concevoir indépendamment même du problème d'infertilité. Cette interdiction ne nous semble donc poser aucune difficulté en principe, tant du moins que persiste une absence de consensus en sens inverse au sein du Conseil de l'Europe, au regard de l'article 8 de la convention.

Précisons que l'interdiction de réaliser une insémination *post-mortem* en France ne pose pas de problème de compatibilité avec la convention y compris en tant qu'elle trouve à s'appliquer en France à des non nationaux. Si la CEDH n'est pas restée insensible à la question de la mobilité internationale, et s'il a parfois pu être soutenu que l'article 8 était de nature à favoriser une

portabilité des droits des personnes au sein de l'espace conventionnel, il nous semble en tout état de cause qu'une telle portabilité est indifférente, dans la logique de la Cour, au facteur de la nationalité. Bien au contraire, la logique de la convention veut plutôt que soient protégés par les droits qu'elle garantit l'ensemble des personnes résidant sur le territoire des Etats parties indépendamment de leur nationalité, y compris dans les domaines où c'est la nationalité qui détermine, en principe, la loi applicable à l'intéressé. Le juge judiciaire a, par exemple, poussé assez loin cette logique en reconnaissant à un transsexuel argentin résidant en France, alors pourtant qu'il se déduit de l'article 3 du code civil que l'état des personnes est régi par la loi personnelle et que la loi argentine l'interdit, la possibilité de modifier la mention du sexe sur les documents officiels détenus en France, au nom du droit au respect de la vie privée protégé par la convention. Ce n'est pas non plus du tout une logique de nationalité qui irrigue les cas dans lesquels la Cour européenne a, par le truchement de ce qu'il est coutume de qualifier de « méthode de la reconnaissance », condamné un Etat partie pour n'avoir pas tenu compte d'une situation constituée à l'étranger en méconnaissance de sa loi nationale : si elle a imposé au Luxembourg de reconnaître l'adoption prononcée à l'étranger d'un enfant par une femme célibataire alors que cet Etat réserve l'adoption aux couples mariés, au motif que la mère et l'enfant avaient vécu ensemble depuis le jugement d'adoption, c'est sans considération pour la nationalité de la mère, ressortissante luxembourgeoise (CEDH, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* – 76240/01) ; même raisonnement pour la condamnation du refus de la Grèce de reconnaître l'adoption, prononcée aux Etats-Unis, par un moine grec, de son neveu (CEDH, 28.11.2011, *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*, n° 56759/08).

Nous ne croyons pas non plus que la soumission d'étrangers résidant en France à cet interdit national sur le sol français soit potentiellement porteuse de conflits de normes avec les lois étrangères régissant leur situation personnelle. Nous n'avons pas grand doute, et les auteurs de droit international public comme privé s'y accordent largement¹⁸, que les lois régissant l'organisation du service public de la santé et les activités qu'il proposent, avec pour corolaire l'encadrement de l'accès des individus à des actes médicaux tels que l'avortement ou l'assistance médicale à la procréation, relèvent de la catégorie des lois de police. Or ces lois, en vertu de l'article 3 du code civil, « obligent tous ceux qui habitent le territoire ». A supposer même qu'on l'on entende dénier cette qualification et qu'on estime se trouver, parce qu'on touche au droit de disposer de son corps, face à une pure question d'état des personnes, ce qui est douteux, nous pensons en tout état de cause que les dispositions du code de la santé publique prohibant l'interdiction de l'insémination *post-mortem* par les services médicaux français véhiculent une dimension d'ordre public qui les conduirait à évincer sur le sol national la loi étrangère contraire désignée par la règle de conflit.

Plus délicate est la question de la compatibilité avec l'article 8 de l'interdiction absolue d'exporter des gamètes en vue d'un usage non conforme aux seuls principes français. Nous ne traiterons que la question des interdits d'ordre moral, les interdits de sécurité sanitaire, imposés au demeurant par des directives communautaires, n'étant guère de nature, eu égard à la finalité poursuivie, à portée aux droits des personnes qu'elles protègent, des atteintes disproportionnées.

Vous n'avez pas à connaître aujourd'hui des restrictions apportées à l'importation des embryons et gamètes par les articles L. 2141-9 et L. 2141-11-1 du code de la santé publique. Nous dirons simplement que, dans pareil cas, l'entrée sur le territoire des tissus, embryons et gamètes est destinée à la réalisation, par les services médicaux français, à partir de ces éléments, d'activités d'assistance médicale à la procréation. L'interdiction d'importer est donc un pur corolaire de l'interdiction de faire en France, exclusivement destinée à ce que cette seconde ne soit pas

¹⁸ V. not. Muriel Josselin-Gall, *Répertoire de droit international*, bioéthique, § 33 et s. ; Myriam Hunter-Henin, « Droit des personnes et droits de l'homme : combinaison ou confrontation ? » *Rev. crit. DIP* 2006. 743.

contournée.

Vous n'avez pas non plus à connaître de l'encadrement prévu par l'article L. 2141-9 du code de la santé publique pour l'exportation des embryons. Mais pour en dire un mot, nous ne pensons pas qu'elle porte en germe la moindre difficulté. La présence, sur le sol français, d'un embryon conservé en milieu médical résulte nécessairement, c'est l'équilibre législatif national qui le veut, de la réalisation au profit d'un couple d'un acte d'AMP consenti dans le cadre d'un projet de conception donné. Ce projet de conception n'est engagé, en France, que sous des conditions strictes, parmi lesquelles figure celle que les deux membres du couple soient vivants au moment de l'implantation. L'acte d'AMP qui conduit à la conception de l'embryon est donc une prestation conditionnelle. C'est parce que les deux membres du couple s'engagent à respecter ces conditions légales, dont l'article L. 2141-10 prévoit qu'ils sont dûment informés, que les services médicaux français acceptent de le réaliser. De ce fait, toute exportation d'embryon à fins d'usage non conforme aux règles posées à l'AMP en France constitue nécessairement un contournement volontaire de la loi. Ce risque de contournement, dont les travaux parlementaires montrent que le législateur l'avait clairement à l'esprit, est loin d'être fictif : compte tenu de l'expérience acquise par la France en matière d'AMP, il existe un intérêt objectif à faire concevoir un embryon en France, quitte à poursuivre les étapes moins délicates du processus de conception dans un pays aux techniques moins assurées qui autorise d'autres usages, y compris, pour prendre un exemple extrême mais envisagé par le législateur, le commerce d'embryons¹⁹.

En revanche, nous ne parvenons pas à nous départir pas d'une gêne relative à l'encadrement, posé par l'article L. 2141-11-1, de l'exportation de gamètes recueillis dans le cadre très particulier d'une opération de prévention de la stérilité.

Contrairement aux autres actes d'AMP permis par le code de la santé publique, le recueil de gamètes ou tissus germinaux à fin de préserver la fertilité d'une personne dont la prise en charge médicale est susceptible de l'altérer n'est pas une prestation strictement finalisée. Elle ne saurait d'ailleurs l'être dans la mesure où, dans bien des cas, les bénéficiaires sont de jeunes adultes, voire des enfants, dont il n'est pas imaginable qu'ils s'inscrivent dans la perspective d'un projet parental déterminé. Les travaux parlementaires sur la loi de 2004 sont formels sur ce point. Les conservations de gamètes ainsi permises y sont décrites comme « des conservations à long terme », au bénéfice éventuellement de « personnes célibataires, voire même d'adolescents qui ne rentrent donc pas dans le cadre de la demande parentale d'un couple, seul aujourd'hui autorisé à recourir à une AMP ». L'opération est à ce point tournée vers l'avenir et vers un avenir incertain qu'elle peut être réalisée en anticipation de progrès techniques futurs : le législateur a ainsi entendu permettre la conservation de tissus ovariens tout en relevant qu'au moment de l'adoption de la loi, les techniques d'utilisation de ces follicules primordiaux n'étaient pas encore au point. Dans ces conditions et en toute logique, le code de la santé publique, qui exige que le patient, ou l'un des titulaires de l'autorité parentale s'il est mineur, consente au recueil des gamètes ou tissus, ne va bien évidemment pas jusqu'à exiger un consentement aux caractéristiques du projet parental futur.

Il est donc dans l'économie même de ce dispositif d'induire, entre le recueil préventif des gamètes ou tissus et un éventuel projet parental, un écoulement du temps, une évolution des circonstances personnelles, un développement des trajectoires y compris géographiques, potentiellement d'une ampleur telle qu'il nous semble impossible d'émettre avec certitude, au stade

¹⁹ C'est notamment la volonté de prévenir le commerce international d'embryons qui a conduit à réserver le franchissement de la frontière aux seuls embryons conçus avec les gamètes de l'un au moins des membres du couple, excluant de la possibilité d'exportation un couple tiers ayant obtenu l'autorisation d'accueillir les embryons.

d'un contrôle *in abstracto* de l'article L. 2141-11-1, le diagnostic qu'il n'emportera par construction jamais d'atteinte excessive aux droits à la vie privée des intéressés. Prenons l'exemple d'une adolescente dont les gamètes sont recueillis, en France où elle réside par choix de ses parents et avec le consentement de ces derniers, avant la réalisation d'un traitement invasif qui assurera sa survie, mais la rendra infertile. Imaginons ensuite que cette adolescente, partie vivre en Belgique pour des raisons sans lien aucun avec un quelconque projet parental, y développe, à l'âge adulte, une relation homosexuelle. Nous ne sommes absolument pas certaine que la CEDH, compte tenu du poids qu'elle accorde au droit à devenir parent génétique, à la circonstance qu'elle n'admet, pour l'interdiction de certaines pratiques, leur proportionnalité qu'à condition qu'elle ne fasse pas obstacle à la possibilité pour les intéressés d'en bénéficier ailleurs (v., pour l'interdiction de l'avortement en Irlande, *A, B et C c/ Irlande* précité § 239 ; pour l'interdiction par l'Autriche de l'insémination par le sperme d'un donneur anonyme : *SH c/ Autriche*, précité), et de l'importance qu'elle accorde à la reconnaissance du fait accompli, s'accommode de ce que, dès lors que les gamètes existent, la France puisse faire obstacle à ce que l'intéressée, dont la vie privée s'est toute entière construite en Belgique et qui n'a que fortuitement consenti au lieu du recueil, ne puisse pas les récupérer au motif que son projet parental n'est pas conforme aux prévisions de la loi française. Il ne s'agit que d'un exemple. Mais nous croyons qu'il révèle le propre du régime du recueil préventif, à savoir qu'il est qu'il est impossible d'imaginer par avance toutes les situations dont il sera donné à l'agence de biomédecine de connaître à l'occasion de sollicitations ultérieures en vue d'exportations.

C'est à ce stade que se pose la question de savoir quelle doit être, au vu de ce que l'on vient de dire, votre méthode de contrôle pour traiter cette information. Et qu'entre en scène la distinction prétendument cardinale entre le contrôle concret que pratique la Cour EDH, qui rappelle que « sa tâche ne consiste pas à contrôler *in abstracto* la loi et la pratique pertinentes, mais à rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant a enfreint la Convention » (Cour EDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c./ France*, n° 32265/10), et un contrôle abstrait plus conforme à vos habitudes.

Vous pouvez d'abord décider que, dans le doute, il ne vous appartient pas d'anticiper d'éventuelles prises de positions de la Cour sur des situations concrètes. Estimant que rien ne permet d'affirmer avec certitude que l'interdiction d'exporter est, prise dans sa généralité, incompatible avec la convention, vous en déduiriez que la loi française passe avec succès le stade du contrôle abstrait de la norme et qu'il vous revient donc de l'appliquer sans autre forme de contrôle aux situations d'espèce jusqu'à preuve du contraire.

Cette position est défendable. A titre personnel, nous ne la partageons pas.

D'abord, parce que le principe de subsidiarité qui a vocation à jouer dans la mise en œuvre de la convention implique que vous n'attendiez pas, par principe, qu'une condamnation intervienne à Strasbourg pour tirer les conséquences d'une inconventionnalité que vous auriez détectée. Il en va non pas seulement de la préoccupation de ne pas exposer la France à des condamnations, mais aussi de l'assise de votre rôle de juge de droit commun de la compatibilité de la loi avec la convention. Ce rôle ne doit sans doute pas vous conduire, s'agissant notamment de l'interprétation des stipulations de cette dernière, à prendre le devant sur la Cour en dégageant vous-mêmes, pour écarter la loi, des droits ou principes dont rien indique qu'elle entend les protéger. Il doit en revanche, lorsque vous nourrissez un doute sérieux, vous conduire à vous doter de tous les moyens de l'affronter.

Ensuite, parce que ce sentiment général que nous avons s'intensifie lorsque sont en cause des atteintes potentiellement irréversibles aux droits fondamentaux. Ainsi, à l'idée selon laquelle la délicatesse des questions bioéthiques doit inciter le juge à une très grande retenue répond immédiatement l'impératif, dans cette matière qui touche de si près à la vie et à la mort, que le juge ne restreigne pas son contrôle d'une éventuelle atteinte irréversible, celle-ci ne pouvant, en tout état de cause, pas trouver de réparation appropriée à Strasbourg. Non que nous vous recommandions de renoncer à la prudence : mais celle-ci doit à notre sens irriguer votre appréciation et non déterminer le choix d'une méthode distante de contrôle.

Enfin, parce que nous irions jusqu'à penser que le refus catégorique et systématique de tout contrôle concret dans une telle hypothèse, fondé sur l'idée qu'un écart de méthode entre vous et la cour EDH n'est pas réhibitoire en soi, frôlerait, nous semble-t-il, l'erreur logique : car ainsi que le relevaient les responsables de votre centre de documentation dans une chronique significativement intitulée « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité » (D. Botteghi et A. Lallet, AJDA 2010 p. 2416²⁰), l'injection d'un tel contrôle n'est pas réductible à une différence d'approche juridictionnelle, mais procède au moins en partie de la substance même des droits garantis par la convention²¹.

Vous pouvez à l'inverse décider de vous mettre en mesure de saisir les situations inconventionnelles dont vous pressentez l'existence. Il y aurait alors plusieurs façons de procéder.

Nous écartons naturellement l'idée d'une condamnation en plein de l'interdit législatif d'exporter, en tant qu'il s'applique aux hypothèses de recueil préventif. Il existe, nous en sommes convaincue, une myriade d'hypothèses dans lesquelles cet interdit est justifié par la nécessité de ne pas priver de substance le refus de pratiquer en France des manipulations non conformes aux principes français. Il n'est qu'à songer au cas d'un ressortissant français résidant en France qui ne ferait procéder à l'exportation de ses gamètes, à la faveur d'un court séjour dans un pays plus libéral, que pour engager une GPA (avec obligation subséquente, pour la France, de tirer ensuite les conséquences sur la filiation des enfants au moment du retour) ; ou d'une ressortissante française résidant en France profitant d'un court séjour en Belgique pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation hors de tout projet de couple, avant de revenir immédiatement en France pour y donner naissance à l'enfant. Il nous semble inatteignable d'estimer que, parce que quelques situations seulement sont susceptibles de poser problème, la loi devrait être tenue, *in abstracto*, pour manifestement incompatible avec la convention.

Vous pourriez en revanche écarter la loi française en tant qu'elle entend saisir des situations qui ne s'apparentent pas à de purs contournements des interdictions du code de la santé publique. Là encore, plusieurs hypothèses s'offrent à vous.

La première, de facture classique, consiste au stade du contrôle *in abstracto* de la norme, à faire une interprétation de la loi sous réserve conventionnelle, afin de la vider, en extournant de son champ les situations qu'elle n'est pas fondée à saisir, de son potentiel venin. Il en résulterait nécessairement qu'ensuite, pour résoudre le litige, vous vérifiez que la situation d'espèce tombe bien sous le coup de la loi ainsi interprétée.

²⁰ A propos de la décision *Commune de Palavas-les-Flots* citée *infra*.

²¹ Les auteurs relevant à cet égard qu'au moins certains des droits garantis par l'article 6, et l'intégralité de ceux garantis par l'article 8, procèdent d'une logique subjective dictant au moins dans certaines circonstances – car l'intérêt de cette chronique est également de souligner les limites de tout esprit de système – l'exercice d'un contrôle concret.

A l'autre extrémité du spectre, la seconde, d'apparence moins familière, consiste à vous lancer dans un contrôle concret de l'application qui a été faite de la norme à la situation d'espèce. Vous pourriez ainsi, sans même avoir à constater d'incompatibilité systémique du contenu de la loi avec la convention, vous mettre en mesure de saisir une potentielle application inconventionnelle de cette loi.

Nous disons que cette dernière option est d'apparence moins familière, car elle n'est pas totalement inédite dans vos modes de raisonnement. Par une décision de Section *Commune de Palavas-Les-Flots et Commune de Lattes* (CE, Section, 10 novembre 2010, n°s 314449-314580, p.), vous avez été invité par votre rapporteur public, Nicolas Boulouis, à tenir pour « exacte dans de nombreux cas, [mais] (...) pas systématiquement » l'affirmation selon laquelle « l'inapplicabilité d'une norme [législative] au litige se déduit de la seule confrontation de celle-ci à une norme internationale », et à « distinguer entre des cas où c'est le contenu de la loi qui est jugé inconventionnel et ceux dans lesquels c'est son application inconventionnelle qui est sanctionnée. (...) « Dans le premier, la loi française sera jugée contraire à une norme conventionnelle au terme d'un contrôle abstrait ; elle sera donc écartée pour invalidité. Dans le second, la loi française sera également écartée, mais en étant considérée comme inapplicable au cas d'espèce. ». Conformément aux conclusions, la décision opte pour un contrôle concret de la compatibilité de la loi de validation en cause avec les exigences de l'article 6 de la convention EDH, et l'écarte au motif qu'en l'espèce, le motif impérieux d'intérêt général invoqué pour la justifier n'était pas pertinent. Cette décision entendait s'inspirer d'une décision *M. W...* (CE, 6 février 2006, n° 268192, p. 59), par laquelle sans vous prononcer sur la question d'une incompatibilité systémique d'une loi de validation, dont il faut souligner qu'elle avait été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, vous avez effectué un contrôle concret de son application en l'espèce pour l'écarter²².

Plus largement, c'est bien à un contrôle concret de l'application de la loi que vous vous êtes livrés, en matière de contentieux des étrangers, au temps de vos décisions *Mme G...* et *Mme H...* (CE, Assemblée, 19 avril 1991, *Mme G...*, n° 117680 et *Mme H...*, n° 107470, p.), en appliquant directement les stipulations de l'article 8 aux situations d'espèce sans jamais en passer par un contrôle abstrait de la loi. Dans ses conclusions, Ronny Abraham expliquait d'ailleurs que prise abstraitement, une disposition législative prévoyant un éloignement ne peut pas par elle-même porter atteinte à la vie familiale, car il est toujours possible en théorie à la famille de rejoindre l'étranger dans le pays de renvoi ; et que cette certitude théorique ne bute que sur la conviction qu'en pratique, il est des circonstances dans lesquelles le déplacement de la famille ne pourra pas avoir lieu.

Ces précédents, nous l'accordons, ne sont pas tout à fait transposables. Les décisions *Palavas-les-Flots* et *W...* n° 268192 concernaient le cas particulier des lois de validation, dont le contrôle au regard de l'article 6 se prête très naturellement à un contrôle d'espèce puisqu'il s'agit d'évaluer les conséquences de la loi sur un procès en cours donné. Dans l'affaire *W...* n° 268192 en outre, il s'agissait d'éviter d'afficher sur le terrain de la convention une censure en délicatesse avec la solution retenue par le Conseil constitutionnel sous l'angle de la Constitution. En matière d'étrangers, il existait une possibilité de lire la loi insuffisamment protectrice comme n'entendant pas exclure la protection garantie par l'article 8, ce qui ouvrait la voie à une application directe, à côté de la loi, de la convention. Ce qui est difficile dans notre hypothèse, c'est que la loi semble bien poser un interdit absolu. Il semble donc inatteignable, si on laisse cet interdit intact, d'entrer, faute de toute marge d'appréciation, dans un contrôle *in concreto*.

²² V. aussi, pour une distinction des méthodes de contrôle selon qu'il s'agit d'une question de constitutionnalité de la loi ou de compatibilité de celle-ci avec la convention EDH, CE, Assemblée, 13 mai 2011, *Mme M...*, n°316734, p. 211.

Vous savez que c'est pourtant ce qu'a fait la Cour de cassation par un arrêt très remarqué du 4 décembre 2013 (Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.066). Sans se prononcer sur la compatibilité avec la convention européenne de l'interdiction du mariage entre alliés posée par l'article 161 du code civil, la Cour de cassation a estimé que le prononcé de la nullité du mariage entre un beau-père et sa belle-fille au moment du décès de l'époux constituait en l'espèce une ingérence injustifiée dans les droits de la femme au respect de sa vie privée, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans.

Cet arrêt a évidemment de quoi troubler, et il en a choqué beaucoup, s'il doit être interprété comme un mépris pour la règle législative, dont le juge, sans prendre la peine de s'y attarder, ignorerait superbement les termes pour sauter à une solution d'espèce qu'elle exclut et que rien ne semble justifier. C'est avec cette lecture, sans doute fondée si l'on en croit le communiqué de presse précisant qu'il s'agissait « d'une solution d'espèce et que le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'était pas remis en question », que de nombreux auteurs ont brandi, à son sujet, le risque d'un retour aux parlements d'Ancien régime, et l'instrumentalisation de l'article 8 comme prétexte permettant d'« habiller l'équité de son nécessaire vêtement juridique »²³.

Ce type d'approche nous semblerait beaucoup moins choquant – et nous nous éloignons à ce stade de l'arrêt de la Cour de cassation²⁴ – s'il pouvait être interprété, à rebours, comme une façon pour le juge, par déférence pour le législateur²⁵, d'éviter de lui faire le faux-procès d'avoir méconnu la convention en n'assortissant pas l'interdit absolu qu'il entendait émettre, et qui avait abstraitement toutes les apparences de la conventionnalité, d'une dérogation visant à réserver une situation si particulière qu'elle emporte la disproportion de la règle, mais si extraordinaire également qu'il n'aurait jamais pu l'imaginer²⁶.

C'est précisément l'hypothèse à laquelle nous croyons être confrontée avec l'article L. 2141-11-1 appliqué au recueil préventif de gamètes, dans lequel nous décelons une virtualité de méconnaissance de l'article 8 à raison de l'infinie diversité des situations que l'interdit est susceptible de couvrir, tout en peinant, compte tenu de cette diversité même, à reprocher au législateur de ne pas avoir tout anticipé. Consentir à un contrôle concret dans une telle configuration ne revient donc selon nous pas nécessairement, pour reprendre un reproche formulé par Denys de Béchillon à l'encontre de l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile²⁷, à utiliser l'article 8 comme un mandat

²³ M. Lamarche, « Empêchement à mariage entre alliés et nullité : sentimentalisme ou pragmatisme de la Cour de cassation, *La semaine juridique*, n° 4, 27 janvier 2014, 93, reprenant l'expression de J.-L. Souriaux, *Introduction au droit* : PUF, 1990, 2e éd., n° 37. V. aussi F. Chénéde, *De l'équité aux droits de l'homme* : AJF 2013, p. 663 ou encore J.-R. Binet : Dr. famille 2014, comm. 1.

²⁴ Dont certains des aspects discutables – comme le choix de fonder la solution non sur l'article 12 de la convention, invoqué par le pourvoi, mais sur l'article 8, ou celui d'engager une consécration, s'agissant du mariage prohibé en cause, d'une logique du fait accompli – excèdent la question qui nous occupent.

²⁵ Dans son *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, Portalis relevait déjà que : « si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie ; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes. (...) Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fut à la portée du moindre citoyen. (...) Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude. »

²⁶ Sur cette approche, v. not. Hugues Fulchiron, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », D. 2014. 153.

²⁷ Denys de Béchillon, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *La semaine juridique*, suppl. au n° 1-2,

extrinsèque que le juge se donne à lui-même pour juger en équité indépendamment de tout contrôle abstrait de la loi. C'est plutôt, à notre sens, le risque d'inconventionnalité au regard de l'article 8 décelé par le juge au stade du contrôle *in abstracto* de la loi qui lui donne mandat pour ne pas s'en contenter et le doubler, sauf à risquer de passer à côté de violations qu'on ne peut formellement exclure, d'un contrôle concret des situations particulières dont il est saisi. En d'autres termes, l'arrêt de la Cour de cassation nous semble heurter les habitudes parce qu'il y manque un maillon, celui dans lequel le juge prend acte de ce qu'à l'issue d'un contrôle abstrait, il ne s'estime pas en mesure, face à une norme dont la portée absolue a nécessairement vocation à heurter des solutions trop atypiques pour tomber harmonieusement sous sa coupe, ni de l'écarter pour le tout, ni de lui délivrer un brevet inconditionnel de compatibilité avec la convention.

Ainsi remise dans le bon ordre, la démarche n'est donc pas très différente de celle qui consiste à effectuer au stade du contrôle abstrait de la loi une interprétation sous réserve conventionnelle consistant à dire qu'elle n'est compatible avec la convention qu'à condition de n'être pas si absolue qu'elle y paraît. En ce sens, l'hypothèse que nous tentons de cerner n'est pas sans rappeler la solution extrêmement constructive, et infusée de contrôle concret, retenue par votre décision Z... (CE, Section, 3 juillet 1998, Z..., n° 158592, p. 288). Vous avez alors lu la loi, qui délimitait strictement les cas d'indemnisations d'une servitude d'urbanisme, dans un domaine où votre décision relève que la Cour laisse au législateur une marge d'appréciation étendue, comme ne faisant pas obstacle à ce que le propriétaire prétende à une indemnisation dans le cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre, ainsi que de son contenu, que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi. Ce qui revient bien à ouvrir, pour les cas où des requérants feraient valoir des circonstances très particulières, une soupape de contrôle concret²⁸ (v., pour un exercice de style consistant à réécrire les décisions de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 à la mode *Bitouzet*, et réciproquement, Xavier Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2015, chron. n° 08).

Entendons-nous bien.

Nous ne vous demandons pas, face à une règle de facture absolutiste, de faire l'impasse logique de tout contrôle abstrait. Nous ne vous demandons pas non plus de vous enfermer dans une contradiction logique consistant à affirmer que la loi est parfaite dans ce qu'elle a de plus absolu tout en estimant qu'il est possible de l'écarter dans certains cas. Nous vous invitons simplement, lorsque vous constatez qu'il pourrait se trouver des hypothèses exceptionnelles révélant que la portée absolue de la loi n'est pas totalement compatible avec la convention, à ne pas faire de la difficulté à cerner *a priori* ces hypothèses un motif de renoncement au contrôle que vous devez exercer.

Y renoncerez-vous d'ailleurs que la CEDH finirait par l'exercer pour vous. Et, prisonniers

janvier 2016.

²⁸ V., pour des démarches similaires, CE, 22 juillet 2011, *Commune de Saint-Martin d'Arrossa*, n° 330481 ; CE, 11 février 2004, *S...*, n° 211510, p. 65, à propos d'articles du code de l'urbanisme imposant aux propriétaires une sujétion dont le Président Chauvaux relevait, dans ses conclusions, que « Sans doute n'est-il pas possible d'exclure par principe que, dans certaines situations, [elle] soit excessive. Si l'intéressé subissait une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'intérêt général poursuivi, la convention européenne exigerait certainement qu'il soit indemnisé. Mais cette hypothèse n'établit pas une incompatibilité entre la convention et la législation française. Il suffit en effet de considérer que cette législation ne fait pas obstacle, dans ces cas exceptionnels, à l'octroi d'une indemnité. »

d'une logique abstraite du tout ou rien, vous vous retrouveriez ensuite à juger que la loi est inconstitutionnelle pour l'ensemble, quand bien même se serait par l'effet de circonstances exceptionnelles que la Cour aurait été amenée à la disqualifier.

Pour nous résumer, nous trouverions paradoxal, alors que la convention vous invite, dans le champ des droits fondamentaux qu'elle protège, à ne pas vous voiler la face sur les conséquences concrètes de la législation, que les limites inhérentes à un contrôle abstrait de la norme vous handicapent au point de vous empêcher de saisir de conséquences inconstitutionnelles de l'application de la loi lorsqu'elles se présentent à vous. L'effet serait d'autant plus singulier en référé liberté où les droits invoqués sont le plus souvent subjectifs et où tout l'office du juge est de saisir une situation d'espèce éminemment incarnée – deux ingrédients dont les chroniqueurs de votre décision *Commune de Palavas-les-Flots* précitée, expliquent qu'ils dictent d'ordinaire le choix, de votre part, d'effectuer un contrôle concret. L'abandon, que nous préconisons, de la jurisprudence *C.../L...* (n° 240430 /n° 287777) manquerait une partie de son but s'il ne mettait pas le juge des référés pleinement en mesure d'ouvrir les yeux sur une atteinte aux droits fondamentaux grave, manifestement illégale et urgente qu'il est le seul en mesure de régler.

L'enjeu n'est donc pas de renoncer au raisonnement juridique au profit d'un contrôle purement casuistique, mais de trouver le moyen de traduire dans votre raisonnement juridique la nécessité d'aller plus loin en le complétant par un contrôle concret. Il s'agit, autrement dit, de savoir comment placer le curseur du contrôle de conventionalité concret, soit que vous le nichiez dans un contrôle propre à l'espèce, soit que vous remontiez un peu du concret vers l'abstrait, en trouvant le moyen de formuler au niveau de la généralité de la loi les cas dans lesquels son application serait problématique. Dans ce combat contre les inconstitutionnalités difficilement saisissables, parce qu'elles tiennent à l'imprévisibilité des situations susceptibles de tomber sous le coup de la règle, vous avez le choix des armes, parmi lesquelles les réserves d'interprétation de facture souple nous semblent pour notre part les plus appropriées. Vous ne pouvez pas, en revanche, faire le choix de vous désarmer. Aussi vous proposons-nous de juger en substance que, dans le cas de gamètes recueillis à titre préventif, les dispositions du code de la santé publique ne font pas obstacle à ce qu'il soit fait droit à une demande d'exportation dans le cas exceptionnel où, en cas de refus, il résulterait de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles ces gamètes ont été recueillis d'une part et sont demandées d'autre part, que l'intéressé supporterait une ingérence dans sa vie privée disproportionnée à l'objectif poursuivi – ce revient à décalquer le raisonnement, et même les termes, de votre décision *Z...*

*

A supposer que vous acceptiez de vous engager dans un contrôle concret, resterait alors à régler la délicate question d'espèce. Vous devriez alors procéder à une balance entre le droit de Mme A... au respect de sa vie privée, d'une part, et les intérêts légitimes qui fondent l'interdit d'exportation, d'autre part, pour décider si l'atteinte au premier porté au nom des seconds est, ou non, manifestement disproportionnée.

Dans cette balance, la requête de Mme A... a, en première analyse, deux arguments contre elle.

D'abord, le droit qu'elle fait valoir dans le premier plateau de la balance n'est pas nécessairement celui qui, sous le timbre de l'article 8 de la convention, reçoit le degré maximal de protection. Certes, la Cour EDH l'a affirmé clairement dans l'arrêt *Evans c. RU* précité, l'article 8

protège, de façon générale, le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent, quelle que soit la configuration du projet parental. Mais il n'est pas impossible d'exclure qu'elle accorde plus de poids aux atteintes dont l'effet est d'empêcher un individu de devenir parent « aux sens social, juridique, et même physique du terme » qu'à celles dont l'effet est d'empêcher un individu de voir aboutir un projet parental donné. En l'espèce, Mme A... n'allègue bien entendu pas que le refus d'exporter l'empêchera de devenir parent ou même parent génétique, mais uniquement qu'il l'empêchera d'exercer la faculté qui lui est légalement ouverte en Espagne de poursuivre le projet parental qu'elle avait formé avec son défunt mari.

Ensuite, sur l'autre plateau de la balance, le poids de celui des interdits français mentionné à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique qui est ici en cause – celui de l'insémination de la femme après le décès du mari – a de quoi impressionner. Encore ne doit-il pas être surestimé. D'abord parce qu'il ne suffit pas qu'un interdit soit paré de la mystérieuse qualification de « composante de la conception française de l'ordre public international » pour que les atteintes à la vie privée prises en son nom soient systématiquement compatibles avec la convention (v. les affaires *Négrépontis* précitée ou, à propos de la GPA, les affaires *Menesson* et *Labassee*²⁹), même si indubitablement, une telle qualification devrait vous conduire à une très légitime retenue. Ensuite et surtout, parce qu'il n'est pas certain que ce soit au regard d'une conception française de l'ordre public international que le législateur a édicté l'interdiction d'exporter les gamètes en vue d'un tel usage.

Nous avons certes la conviction que l'interdiction de procéder ou de faire procéder, en France, à une insémination *post-mortem*, qui est d'ailleurs assortie de sanctions administratives et pénales, est un interdit auquel il ne saurait être dérogé.

En revanche, la jurisprudence de la Cour de cassation laisse un doute quant à la question de savoir si cet interdit est revêtu de la même intensité que celle qui s'attache aux principes relatifs au respect du corps humain énumérés par le code civil, au nombre desquels figure l'interdiction de la gestation pour autrui. Par deux avis du 22 septembre 2014 (n°s 14.70-007 et 14.70-006, publiés au bulletin), la Cour de cassation a refusé d'attacher à la réalisation par des français d'une assistance médicale à la procréation à l'étranger dans des conditions contraires à l'article L. 2141-2 de la santé publique les mêmes effets qu'elle attachait alors encore à la réalisation dans les mêmes conditions d'une gestation pour autrui, les conclusions de l'avocat général relevant notamment que, tandis que la gestation pour autrui fait l'objet d'un interdit absolu, l'assistance médicale à la procréation ne fait l'objet que d'un encadrement législatif, visant à « préserver l'apparente biologisation de la filiation », qui est d'une autre portée. Certes, était alors en cause une assistance médicale à la procréation réalisée au profit d'un couple composé de deux personnes de même sexe, et non une insémination *post-mortem*. Mais les deux interdits, qui procèdent exactement de la même logique – celle de n'aider à la procréation que des couples qui auraient dû pouvoir naturellement se reproduire – ont été introduits d'un même mouvement par le législateur au même article du code de la santé publique, de sorte qu'il n'est pas si évident d'en distinguer les sorts.

Et l'on ne peut pas non plus se rattacher à une intention précise du législateur sur ce point, qui expliquerait quelle portée il a entendu donner à l'interdiction d'exporter les gamètes pour un usage contraire à cet interdit. Comme nous l'avons dit, l'article L. 2141-11-1, qui encadre pour la première fois l'appréciation de l'Agence de biomédecine sur les critères justifiant un refus d'exportation, a été introduit au code de la santé publique par une ordonnance, visant à transposer

²⁹ CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et n° 65941/11.

une directive dont l'unique objet était pourtant de traiter de normes de qualité sanitaires, et qui a été ratifiée sans véritable discussion. Nous notons simplement qu'il n'a pas prévu de sanction pénale à l'encontre de l'Agence de biomédecine pour le cas où elle délivrerait des autorisations contraires à l'article L. 2141-2, seules étant prévues des sanctions à l'encontre des établissements de santé qui exporteraient sans autorisation de l'Agence de biomédecine ou en méconnaissance des termes d'une telle autorisation.

C'est donc à vous de décider si l'interdiction d'exporter les gamètes en vue d'une insémination *post-mortem* doit être lue comme allant jusqu'à permettre à l'administration française de s'opposer à l'usage des gamètes y compris dans une situation de fait si particulière qu'elle n'entretient plus aucun lien avec la France ou si elle a pour seul objectif de prolonger l'interdit absolu en vigueur sur son territoire pour éviter qu'il fasse l'objet de commodes contournements.

A ce dernier sujet, et c'est évidemment un point capital, nous ne croyons pas qu'on puisse présenter la situation de Mme A... comme procédant d'une volonté de contourner la législation française. D'abord, il faut se départir de l'idée que les gamètes auraient été recueillis en France dans le cadre d'un projet de conception formalisé dont le seul échec aurait conduit la requérante à s'installer provisoirement en Espagne. Les gamètes ont été recueillis dans le cadre d'une opération de préservation de la fertilité de M. T... indépendamment de tout projet immédiat de conception. D'ailleurs, le couple n'a pas souhaité concevoir immédiatement un enfant dans la période de rémission de M. T... Certes, lorsque les intéressés ont finalement formé un projet de conception, après la récurrence de la maladie, et étant entendu qu'en raison de la stérilité de M. T..., il n'était plus possible de procéder à un nouveau dépôt en Espagne, ils ont souhaité bénéficier d'une assistance médicale à la procréation en France. Mais ils ont également engagé des démarches pour demander une exportation des gamètes en Espagne, qu'ils auraient pu légalement obtenir jusqu'au jour du décès de M. T..., quand bien même dans ce cas, l'usage aurait nécessairement été posthume. Quant à la résidence en Espagne, son caractère durable est rendu crédible par la nationalité espagnole de l'intéressée³⁰, retournée vivre auprès de sa famille après le décès de son mari, qu'elle avait suivi en France où il travaillait et avait un oncle et un cousin. Le projet du couple, avec le consentement exprès de M. T..., est bien que Mme A... retourne vivre en Espagne et qu'elle y élève un enfant par insémination après le décès de son mari.

Surtout, ni Mme A..., ni l'enfant qu'elle souhaite concevoir n'entretiendraient plus, en toute hypothèse, de relation avec la France. Outre la question de la résidence en Espagne, Mme A... n'a pas la nationalité française et son mari ne l'avait pas non plus de sorte que n'existera pour la France aucun enjeu ni en termes de filiation, ni même d'ailleurs en termes de nationalité de l'enfant. Dans ces conditions, les intérêts légitimes que poursuit la législation française, qui tiennent de la protection des intérêts de la mère et de l'enfant, ainsi qu'au souci d'éviter des complications successorales, nous semblent peser moins lourd lorsqu'ils s'appliquent à une femme et un enfant à concevoir qui ne relèveront plus, même en ce qui concerne leur statut personnel, de sa juridiction.

Dans de telles circonstances et au terme d'une pesée difficile, nous estimons finalement que, compte tenu du peu qui est demandé à l'administration française (s'abstenir de faire obstacle à l'exportation de gamètes qui sont en sa possession), de la faible implication qu'auront eue les services publics français dans la conception envisagée (simple recueil à visée préventive) et de l'absence totale, désormais, de lien entre Mme A..., l'enfant à concevoir et la France, l'atteinte portée à la vie privée de Mme A... est, du fait de son caractère irréversible, manifestement

³⁰ Nationalité que nous entendons prendre en compte comme un élément déterminant de fait et non comme un critère de droit, l'article 8 étant, comme nous l'avons dit, indifférent à ce critère.

disproportionnée. C'est pourquoi nous vous préconisons, après cassation, d'enjoindre à l'APHP et à l'agence de biomédecine de prendre toute mesure pour permettre l'exportation sous sept jours des gamètes vers un établissement de santé espagnol autorisé à pratiquer les procréations médicalement assistées, à charge ensuite pour els autorités espagnoles de vérifier que l'ensemble des conditions mises à la réalisation du projet d conception sont remplies.

Pour finir, nous voudrions faire deux remarques que nous destinons moins à votre formation de jugement, qui n'a pas besoin de ces rappels, qu'aux parties qui nous écoutent.

La première est que les propos que nous venons de tenir n'engagent que notre conscience et ne doivent pas donner à Mme A... de faux espoirs quant au sens de votre décision à venir. Le chemin que nous avons tracé, si nous le croyons praticable, est également escarpé. Et vous auriez toutes les raisons de ne pas vouloir le suivre, non pas pour préserver votre confort, mais pour de solides motifs d'intérêt général qui pourraient vous conduire à estimer que l'interdit législatif litigieux pèse plus lourd, dans la balance, que le droit subjectif de la requérante.

La seconde est que, si vous adoptiez une décision de rejet, vous ne devriez pas être perçus comme coupables d'acharnement sur la personne de Mme A.... La cruauté de la situation dans laquelle se trouve la requérante tient au premier chef au décès de son mari, sur lequel vous n'avez pas de prise. Votre office se situe en aval, dans une conciliation de droits et devoirs antagonistes qui, quel que soit son résultat, n'effacera pas la mort.

Nous disions tout à l'heure inscrire notre propos sous le signe de la modestie. C'est bien la recherche d'une saine modestie qui doit, selon nous, dicter la solution de ce litige. On peut choisir de placer cette modestie dans l'application stricte de la loi française, ce d'autant plus légitimement que le modèle naturel dont ses interdits s'inspirent procèdent bien d'une volonté de ne pas rivaliser avec la nature qui est intrinsèquement modeste. Nous la plaçons, pour notre part, dans l'affirmation que le législateur français, tout fondé qu'il est à régler le sort des personnes qui se trouvent sous sa juridiction, y compris en entendant, au nom du principe de bienveillance, faire leur bien parfois malgré elles, ne peut pas être réputé avoir entendu régir des situations qui, par la force des circonstances, lui échappent désormais complètement.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'ordonnance, à ce qu'il soit enjoint à l'APHP et à l'Agence de biomédecine de prendre toute mesure pour procéder à l'exportation des gamètes dans les conditions que nous avons décrites, et au rejet des conclusions à fins de frais irrépétibles présentées en défense.