



HAL
open science

P.M.A., FAMILLE ET DROIT EUROPÉEN

Aurélie Laurent

► **To cite this version:**

Aurélie Laurent. P.M.A., FAMILLE ET DROIT EUROPÉEN. Le droit court-il après la PMA ?, M. BOUTEILLE-BRIGANT, dir. Institut Universitaire Varenne, 2019. hal-03194739

HAL Id: hal-03194739

<https://hal.science/hal-03194739v1>

Submitted on 9 Apr 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

P.M.A., FAMILLE ET DROIT EUROPÉEN

AURÉLIE LAURENT

MCF en droit public – Le Mans Université

Référence : Aurélie LAURENT, « PMA, famille et droit européen », dans M. BOUTEILLE-BRIGANT, dir., *Le droit court-il après la PMA ?*, Institut Universitaire Varenne, 2019, pp. 99-120.

« P.M.A. » « famille » et « droit européen », une telle juxtaposition invite à analyser les apports du droit européen sur la PMA (Procréation médicalement assistée) en matière familiale, sans pour autant devoir démontrer d'emblée l'existence d'un droit européen de la famille sur cette question. C'est en effet une des caractéristiques du droit supranational européen : il est à la fois intégré aux ordres juridiques des États membres, et a donc un impact considérable sur le droit français, mais il est matériellement limité par le contenu des traités européens, ceux de l'Union européenne ou la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, le droit européen comprendra ici les normes juridiques issues des deux Europe, celle de l'Union européenne et celle du Conseil de l'Europe, et plus spécifiquement le droit résultant de la Convention européenne des droits de l'homme et de sa Cour à Strasbourg. Or, ces droits européens n'ont pas vocation directe à régir réguler ou encadrer la procréation médicalement assistée dans sa dimension familiale¹. L'Union européenne est au départ une construction juridique ayant en grande partie pour objectif de créer des solidarités économiques (un marché intérieur paneuropéen), mais aussi aujourd'hui de mettre en œuvre d'autres types de solidarités en établissant un espace de confiance mutuelle entre les États dans des domaines affectant les personnes, comme citoyens européens, justiciables ou encore patients. Du côté de la Convention européenne, c'est la protection des droits fondamentaux de la personne vis-à-vis des États qui est sa raison d'être, la Cour supranationale de Strasbourg étant la gardienne de ces droits dans le cadre des requêtes individuelles qu'elle est amenée à connaître.

Il n'y a donc pas un corpus européen cohérent et pensé comme tel destiné à réguler ou encadrer les questions familiales liées à la procréation médicalement assistée. En revanche, ces deux droits européens touchent certains aspects juridiques essentiels de la personne, en lui accordant en particulier certains droits subjectifs. Ils n'ont pas échappé aux délicats problèmes posés par la PMA, y compris s'agissant des relations familiales. Si bien qu'il existe effectivement du droit européen pertinent sur la PMA et ses dimensions familiales. En bouleversant ce que l'on tenait pour acquis en matière reproductive, la PMA oblige aussi le droit européen à renouveler sa pensée juridique sur la création et la reconnaissance juridique de la famille. Il faut ainsi désormais scinder le processus procréatif en plusieurs étapes médicales (un embryon peut être conçu sans qu'aucune femme ne soit enceinte par exemple), différencier le type de parents selon leur rôle respectif (parents biologiques, ceux d'intention ou les simples géniteurs avec plusieurs combinaisons possibles) ou encore évidemment définir le statut juridique de l'enfant. Pour reprendre le terme du colloque, le droit européen, comme le droit national, a été éprouvé par la PMA, quand bien même les traités de base ne mettaient

¹ L'article 81 § 3 TFUE permet seulement d'adopter des « mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière » et à l'unanimité du Conseil, ce qui démontre que les États membres entendent rester maîtres de la question puisque chacun dispose d'un droit de veto.

pas l'Europe en première ligne pour résoudre les questions familiales et médicales. Et c'est là une autre difficulté que pose la PMA avec une grande force, tant les enjeux sont sensibles : quelle est la place respective du droit national et du droit supranational pour résoudre ces questions juridiques ? C'est essentiel d'y répondre, car le droit européen s'impose au droit national, il le conditionne et donc contribue à le façonner sur la PMA. À l'heure de réviser les lois bioéthiques en France il est primordial d'évaluer l'encadrement opéré par le droit européen et quelle marge de manœuvre il laisse à notre législateur. Le droit de la famille national peut alors se trouver éprouvé par le droit européen touchant la PMA.

Finalement, la modernité de la PMA se révèle tant dans les questions juridiques de fond qu'elle soulève que dans le renouvellement de leurs modes de résolution. Le droit européen consacre certains droits ou libertés fondamentaux qui concernent au final la création d'une famille par la PMA (I). Ce type de protections européennes de la PMA et ses effets en droit de la famille illustrent aussi toutes les difficultés méthodologiques auxquelles est actuellement confronté le contentieux européen des droits et libertés (II).

I. LES DROITS SUBSTANTIELS EUROPEENS, SOURCE INDIRECTE D'UN DROIT DE LA FAMILLE EUROPEEN SUR LA PMA

Le droit européen a un impact déterminant sur la possibilité pour chacun et chacune de créer une famille par PMA en consacrant d'abord la libre circulation, permettant d'accéder à des assistances médicales à la procréation en dehors de son pays (A), mais aussi en reconnaissant des droits fondamentaux plus directement axés sur les relations familiales (B).

A. Une liberté fondamentale européenne : la circulation de la PMA

Cette dimension relève pour l'essentiel du droit de l'Union européenne qui fait de la liberté de circulation un principe cardinal de son droit primaire et qui est aussi mise en œuvre à travers certains instruments de droit dérivé. L'un et l'autre trouvent certaines applications s'agissant de PMA.

La liberté de circulation en droit de l'Union européenne mérite une attention particulière dans la mesure où elle permet d'accéder à des voies procréatives interdites ou inefficaces en France (faute de gamètes en nombre suffisant par exemple). Ce qui est communément (et péjorativement) appelé le « tourisme procréatif » se fonde principalement sur l'espace de circulation pour les personnes créé par le droit de l'Union. Il bénéficie aux travailleurs, aux citoyens et même spécifiquement aux patients avec la directive UE 2011/24 du 9 mars 2011² qui pose le principe de la libre circulation pour les soins de santé et prévoit notamment les modalités de remboursements des soins fondés sur l'équivalence (ainsi il n'y aura pas de remboursement si les prestations ne sont pas couvertes en droit national). Il serait également concevable de raisonner à partir de la libre circulation des gamètes elles-mêmes. S'il y a un doute sur la question de savoir si l'on pourrait les qualifier de marchandises bénéficiant de cette liberté au sens du traité³, en revanche elles sont explicitement couvertes par la Directive dite « tissus »⁴. Quoi qu'il en soit, la mobilité des patients et la libre prestation

² Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 2011, relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, JOUE 88/45 du 04.04.2011.

³ Les gamètes peuvent difficilement être appréciés en argent et faire l'objet de transactions commerciales, en ce sens : J.-S. BERGÉ, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas Blood Note », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 7, 2000, doctr. 206.

⁴ 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.

de services⁵ permettent bien, aux Européens d'accéder à la PMA partout dans l'UE, y compris pour contourner leur législation nationale et suivre un traitement légalement disponible ailleurs. Est donc consacré indirectement un droit européen de circuler pour créer une famille par PMA.

En outre, l'effectivité que le droit de l'Union européenne entend donner à la liberté de circulation pourrait trouver à s'appliquer à une seconde question : celle de la reconnaissance juridique de l'enfant issu d'une PMA effectuée dans un autre État membre, sa « régularisation »⁶. S'il n'y a pas de jurisprudence européenne sur ce point⁷, il est possible de soutenir que la Cour de justice pourrait considérer comme une entrave à la libre circulation le refus d'un État membre de reconnaître une décision prise par un autre État membre validant une certaine technique de PMA non admise par le premier⁸ (PMA hétérologue, post-mortem, entre personnes de même sexe ou même une gestation pour autrui [GPA], même si ces dernières se font généralement en dehors de l'Union européenne). On notera aussi que la Cour de justice a entendu protéger le citoyen européen dans ses éléments relatifs à son « identité », en particulier son nom, dans plusieurs jurisprudences⁹. En suivant ce raisonnement, on pourrait donc imaginer que la reconnaissance d'un lien de filiation consécutif à une PMA établie valablement dans un autre État membre ne saurait être refusée par un autre État n'acceptant pas la technique de PMA en cause¹⁰.

Cela ne signifie pas pour autant que cette libre circulation de la PMA (et éventuellement sa reconnaissance postérieure) ne trouve pas certaines limites. Faute de contentieux tranché par la Cour de justice, il est difficile d'en tracer les contours exacts. De manière générale, les États peuvent justifier les entraves à la libre circulation, ou aux droits des citoyens européens, en démontrant qu'elles sont nécessaires et proportionnées à la sauvegarde de certaines considérations objectives légitimes, comme l'impératif du consentement¹¹, la protection de l'ordre public ou encore la dignité humaine, y compris si elle fait l'objet d'une conception spécifique à un État membre¹². L'autre limite mobiliserait l'argument de l'abus de droit de circulation conduisant à une fraude à la loi nationale, en cas de passage artificiel de la frontière dans le but uniquement de contourner le droit national¹³.

⁵ En ce sens voir J.-S. BERGÉ, préc ; E. von Bardeleben, « Filiation et couples de personnes de même sexe : et si une réponse était donnée par le droit de l'Union européenne ? », *Droit et Société*, 2013, p. 391.

⁶ L. BRUNET, « Assistance médicale à la procréation et libre circulation des personnes. Le droit français au défi », *Ethnologie française*, 2017, p. 399.

⁷ On notera toutefois que les juridictions nationales ont pu s'emparer de l'argument. Ainsi dans l'affaire britannique « Blood » (*R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood [1997] 2. All ER 687, Court of Appeal, Lord Woolf*), l'acte d'insémination post-mortem projetée en Belgique par la veuve britannique a été considéré comme relevant de la libre prestation de services.

⁸ En ce sens voir David SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 2, Avril 2015, doctr. 4.

⁹ CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09 ; CJUE, 12 mai 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn et Lukasz Pawel Wardyn contre Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres*, aff. C-391/09.

¹⁰ Voir par exemple en ce sens : N. KOFFEMAN, « Legal Responses to Cross-Border Movement in Reproductive Matters within the European Union », en ligne : Paper for Workshop no. 7. Sexual and reproductive rights: liberty, dignity and equality of the IXth World Congress of the IACL CONSTITUTIONAL CHALLENGES: GLOBAL AND LOCAL, 2014, <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/31559/Paper%20Koffeman_%20IACL%20Conference%202014_Workshop%207.pdf?sequence=1>.

¹¹ C'est précisément cette dimension, non analysée par le juge anglais, qui a pu être critiquée dans l'affaire Blood : J.-S. BERGÉ, préc.

¹² E. von Bardeleben, préc., p. 402.

¹³ L'exception de la fraude à la loi a été admise dans CJCE, 3 déc. 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74. Appliquée à cette question voir : J.-S. BERGÉ, préc.

Ceci étant, la Cour a pu se montrer rétive à cet angle d'approche¹⁴. Cela laisserait penser, que la logique libérale, qui permet précisément d'aller trouver ailleurs ce qu'il est impossible chez soi serait inhérente au droit de l'UE¹⁵. En revanche la Cour de justice s'est montrée à plusieurs reprises déférente vis-à-vis des arguments de protection d'intérêts nationaux sensibles (sur le nom de famille¹⁶ ou la dignité humaine¹⁷). Si bien qu'en matière de PMA, et en particulier de GPA, on ne peine pas à imaginer qu'elle laisserait aux États une large possibilité de se justifier, à condition qu'ils se montrent cohérents, proportionnés et respectueux des droits fondamentaux, comme le droit à la vie privée et familiale¹⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme, elle n'a pas la charge de créer et maintenir un espace de circulation et de reconnaissance mutuelle en Europe, mais de s'assurer d'un niveau minimal de protection des droits fondamentaux, y compris en matière familiale. Toutefois, dans plusieurs affaires qu'elle a eu à connaître dans ce cadre, la circulation s'est avérée centrale. Il a ainsi pu être question de GPA constituées à l'étranger (en Europe ou ailleurs peu importe ici) dont un État partie à la Convention refusait de reconnaître des effets juridiques en matière de filiation. Dans le contentieux conventionnel européen, la circulation de la PMA (le « tourisme procréatif ») est avant tout appréhendée comme un fait, et non comme un droit protégé en tant que tel. En revanche, pour conclure à la non-violation de la Convention de l'interdiction des dons d'ovule et des fécondations in vitro (FIV) avec dons de sperme dans *S.H. c. Autriche*¹⁹, elle a toutefois utilisé comme argument complémentaire²⁰ que « *le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche* »²¹. Assez paradoxalement, la liberté de circulation peut donc contribuer à légitimer des approches restrictives nationales en matière de PMA. Cette tolérance aux PMA transfrontalières démontrerait que l'État reste raisonnable. Il faut alors accepter d'affronter le délicat problème de la reconnaissance juridique des PMA étrangères prohibées au niveau national²²... Les jurisprudences les plus controversées de la Cour européenne portaient sur cette question, ce qui lui a permis de poser, avec les affaires « purement internes », les standards minimaux de protection en matière de famille et de PMA.

¹⁴ Par exemple en matière de « tourisme européen des diplômés » pour aller obtenir le statut d'avocat dans un autre État membre : CJUE, 17 juillet 2014, *Angelo Alberto Torresi e.a.*, C- 58/13 et C-59/13.

¹⁵ L. BRUNET, préc., p. 399. A propos de l'argument du ministère public de la fraude à la loi dans le cas d'une demande d'adoption plénière par la conjointe de la mère ayant eu recours à une PMA en Espagne : Cour d'appel d'Aix en-Provence du 14 avril 2015 (6e chambre C, n° 14/13 137) : « il n'y a eu aucune manipulation de la règle de conflit de lois, car la mère, citoyenne de l'Union européenne, s'est contentée de se rendre en Espagne où la PMA lui était accessible, ce que permet [...] la directive UE 2011/24 du 9 mars 2011 qui pose le principe de la libre circulation pour les soins de santé que les ressortissants européens peuvent aller recevoir en Espagne ».

¹⁶ *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, préc.

¹⁷ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, aff. C-36/02.

¹⁸ Dans le cas de figure où les États justifient d'une atteinte à la libre circulation, on entre en effet dans le champ d'application des droits fondamentaux protégés par l'Union européenne, y compris la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT)*, aff. C-260/89, *Rec.*, p. I-2925.

¹⁹ Cour EDH, Gr. Ch., 3 novembre 2011, *S. H. et a. c. Autriche*, req. n° 57813/00.

²⁰ Voire « surabondant » et critiquable : Geoffrey WILLEMS, « Cour de Strasbourg et procréation médicalement assistée avec tiers donneur : des choix interprétatifs empreints de judicial self-restraint », *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 3/2012, p. 509-532, p. 530.

²¹ § 114, *S. H. et a. c. Autriche*, préc. À comparer en matière d'avortement avec Cour EDH, Gr. Ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n° 25579/05.

²² Voir Laurence Brunet, Jérôme Courduriès, Michelle Giroux, Martine Gross, *Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-québécoise et comparaison internationale*, [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice. 2017. <halshs-01610937>, spéc. p. 62.

B. Les droits fondamentaux européens familiaux dans le contexte de la PMA

S'agissant du droit de l'Union européenne, on notera simplement que les directives européennes peuvent s'appliquer à des situations purement internes et peuvent marginalement affecter le droit de la PMA. Ce fut le cas dans deux affaires tranchées par la Cour de justice de l'Union européenne impliquant la directive sur la protection des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes²³ ou celles sur l'égalité en matière professionnelle²⁴. Ce faisant, ces affaires ne concernaient pas directement le droit de la famille, mais plutôt des droits sociaux et à la non-discrimination homme-femme ou selon le handicap du fait de l'absence d'utérus. Un arrêt de 2014²⁵ était ainsi relatif au refus britannique d'accorder un congé maternité pour la mère d'intention dans le cadre d'une GPA. Bien qu'allaitante la Cour estima que la Directive ne s'appliquait pas, ce qui tout au plus la privait du bénéfice d'un « droit social familial » dans le contexte de la PMA. Le raisonnement était très comparable dans une affaire *Mayr* de 2008²⁶ où la Cour de Luxembourg a estimé que l'interdiction européenne de licencier des travailleuses enceintes ne concernait pas celle qui n'était pas enceinte, mais simplement dans un processus de PMA. En outre, le droit de l'Union européenne des libertés de la personne est intimement lié à celui de la Convention européenne et reprendrait ou du moins s'inspirerait vraisemblablement du contentieux strasbourgeois si la Cour de Luxembourg devait un jour se prononcer plus directement sur la question²⁷.

En effet, l'essentiel des droits substantiels en matière familiale en contexte de PMA, a été consacré à travers l'article 8 de la Convention européenne sauvegardant le droit à une vie privée et familiale. Il est possible de dégager deux éléments saillants de cette jurisprudence. En premier lieu, la Cour de Strasbourg conçoit la protection de l'article 8 de manière suffisamment large pour accueillir toutes sortes de droits subjectifs dans le cadre de la PMA. Cela étant, et en second lieu, elle ne constate pas nécessairement des violations en raison de sa propension à accepter en la matière les arguments des États démontrant que les atteintes sont « justifiées dans une société démocratique ».

Ce faisant, la Cour a reconnu que le « *droit au respect de la décision de devenir parent au sens génétique du terme, relève (également) de l'article 8* »²⁸, ainsi que le « *droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée* »²⁹. Plus précisément, dans *Costa et Pavan* elle admet que le « *désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie génétique dont ils sont porteurs sains et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée et au D.P.I.* (diagnostic

²³ Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

²⁴ Directive no 2000/78/CE, du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (JO L 204, p. 23).

²⁵ CJUE, 18 mars 2014, *D.*, aff. C-167/12, ECLI:EU:C:2014:169. Pour une analyse critique voir Stéphanie Henneke Vauchez, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 mai 2014 : <http://revdh.revues.org/653> ; DOI : 10.4000/revdh.653.

²⁶ CJCE, 26 fév. 2008, *Sabine Mayr*, aff. C-506/06

²⁷ Cette inspiration matérielle est constatée de longue date et est aussi prévue à l'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lorsque la « Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », rien n'empêchant toutefois une protection plus étendue.

²⁸ Cour EDH, Gr. Ch., 4 décembre 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. no 44362/04 ; Cour EDH, Gr. Ch., 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, Req. no 44362/04.

²⁹ § 82, *S. H. et a. c. Autriche*, préc.

préimplantatoire) relève de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de leur vie privée et familiale »³⁰.

En revanche, depuis une jurisprudence ancienne³¹, la Cour estime que le droit au respect d'une vie familiale ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille. Cette existence peut être potentielle (entre un enfant naturel et son père) ou uniquement factuelle. C'est ce qui explique que dans l'affaire tranchée en Grande chambre l'an dernier, Paradiso et Campanelli³², la Cour a refusé de reconnaître une atteinte à la vie familiale des requérants, parents d'intention italiens dans le cadre d'une GPA commerciale effectuée en Russie, mais à qui les autorités italiennes avait retiré l'enfant au bout de 8 mois et qui s'est avéré n'avoir aucun lien génétique avec eux :

« Compte tenu des éléments ci-dessus, à savoir l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention, la courte durée de la relation avec l'enfant et la précarité des liens du point de vue juridique, et malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs, la Cour estime que les conditions permettant de conclure à l'existence d'une vie familiale de facto ne sont pas remplies »³³.

Cela n'empêchera pas la Cour de se pencher sur le respect de l'article 8 CEDH, mais uniquement sous l'angle de leur droit à la vie privée, permettant d'inclure « les liens affectifs (...) créés et développés entre un adulte et un enfant en dehors de situations classiques de parenté »³⁴.

De telles ingérences nationales dans la vie privée et familiale largement admises n'ont pas toujours entraîné de violation de la Convention, car les États ont souvent pu les justifier. En 2007 dans Dickson la Cour a estimé que le refus des autorités britanniques de permettre à un détenu et son épouse de recourir à l'insémination artificielle constitue une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de la vie privée et familiale³⁵. En revanche, il n'y a pas de violation de l'article 8 dans Evans, où le droit de la requérante, devenue stérile après avoir antérieurement congelé des embryons créés par FIV avec son compagnon d'alors, était directement confronté au droit de ce dernier, après leur séparation, de ne plus consentir à l'implantation de ces embryons, c'est-à-dire son droit de ne pas avoir un enfant biologique avec elle³⁶.

Dans l'affaire autrichienne³⁷, la Grande chambre de la Cour européenne conclut également à la non-violation de la Convention quant aux interdictions tant du don d'ovules que de la FIV avec don de sperme (alors que le don de sperme in vivo était lui autorisé). Toutefois la Cour précise bien qu'elle se place en 1999 (date du dernier jugement autrichien) et qu'elle ne résout pas la question de la compatibilité de telles interdictions aujourd'hui. Ainsi les États peuvent légitimement protéger le principe selon lequel « la procréation médicalement assistée doit demeurer aussi proche que possible de la conception naturelle, le législateur ayant notamment voulu maintenir le principe fondamental de droit civil contenu dans l'adage *mater semper certa est* ("la mère est toujours certaine") », une problématique

³⁰ Cour EDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, req. n° 54270/10, §57.

³¹ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. no 6833/74.

³² Cour EDH, Gr. Ch., 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, req. n° 25358/12.

³³ § 157, *ibid.*

³⁴ § 161, *ibid.*

³⁵ *Dickson c. Royaume-Uni*, préc. Précisons ici que les visites conjugales ne sont pas autorisées en prison au Royaume-Uni.

³⁶ § 90 : « la Grande Chambre estime qu'il n'y a pas lieu d'accorder davantage de poids au droit de la requérante au respect de son choix de devenir parent au sens génétique du terme qu'à celui de J. au respect de sa volonté de ne pas avoir un enfant biologique avec elle », *Evans c. Royaume-Uni*, préc.

³⁷ *S. H. et a. c. Autriche*, préc.

distincte de l'adoption selon la Cour³⁸. S'agissant de l'insémination avec donneur, elle reconnaît le don de sperme *in vivo* comme « *technique tolérée depuis longtemps et communément admise dans la société, est un élément important pour la mise en balance des divers intérêts en présence et ne peut se ramener à une simple question d'efficacité du contrôle des interdictions* »³⁹. On aurait pu en effet considérer, à l'instar de la chambre qui s'était prononcée auparavant⁴⁰, comme peu cohérent (et donc disproportionné) le régime autrichien quant aux dons hétérologues, entre les gamètes des femmes et des hommes, mais la Grande chambre, elle, accepte les justifications de l'Autriche.

S'agissant du principe de non-discrimination (l'article 14 de la Convention européenne) il a aussi été mobilisé par les requérants, en particulier les couples de même sexe, sans plus de succès. Ainsi la Cour a estimé en 2012 dans *Gas et Dubois* qu'il n'y avait pas de discrimination s'agissant de l'accès en droit français à la PMA entre un couple hétérosexuel et un couple de femmes, car ils ne sont pas dans une situation comparable quant à l'infertilité⁴¹. La Cour concluait aussi à la non-violation quant à l'impossibilité d'adopter pour la partenaire lesbienne, désormais autorisée depuis la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe⁴². Ce changement juridique met ainsi à mal la justification du gouvernement français à l'époque sur le fait que « *l'ensemble du droit français de la filiation est fondé sur l'altérité sexuelle* »⁴³. Cela pourrait fonder un argument nouveau au nom du principe de cohérence, pour ouvrir aux couples de femmes la PMA en France⁴⁴, à condition que la Cour en ait une appréciation plus stricte que dans l'arrêt S.H. contre Autriche. Ici aussi, l'interprétation évolutive de la Convention pourrait peut-être augmenter son niveau d'exigence en matière d'accès à la PMA, si elle était amenée à se prononcer à nouveau⁴⁵.

Les autres grandes affaires ont concerné la GPA effectuée à l'étranger et sa reconnaissance. Pour résumer la portée de ces jurisprudences abondamment commentées⁴⁶, la Cour ne protège aucun droit d'accès à la GPA et surtout elle prend soin de bien distinguer le droit des parents dits commanditaires, de celui des enfants effectivement nés par GPA. Dans les affaires françaises *Menesson et Labassée*⁴⁷ ou encore *Laborie*⁴⁸, la Cour ne constate pas de violation de la Convention s'agissant des parents. La Grande chambre le reniera aussi aux requérants dans l'affaire italienne *Campanelli et Paradiso* pour une violation du droit à la vie

³⁸ § 104 et 105, *ibid.*

³⁹ § 114, *ibid.*

⁴⁰ Arrêt de la première section de la Cour du 11 mars 2010.

⁴¹ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. no 25951/07, § 63.

⁴² Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n° 0114 du 18 mai 2013 p. 8253.

⁴³ § 52, *ibid.*

⁴⁴ En ce sens, voir Gaëtan ESCUDEY, « La procréation médicalement assistée face aux droits européens : un dilemme insurmontable ? », *RDLF*, 2013, chron. n°09 (www.revuedlf.com)

⁴⁵ Il y a d'ailleurs eu une décision d'irrecevabilité du 8 février 2018 pour non-épuisement des voies de recours, ne présageant rien sur le fond : Cour EDH, *Charron et Merlet-Montet c. France*, req. n° 22612/15

⁴⁶ Commentaires des arrêts Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, Req. no 65192/11. et *Labassée c. France*, req. n° 65941/11 : D. 2014. 1773, chr. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, 1797, note F. CHENEDE, 1806, note L. D'AVOUT ; *AJ Famille* 2014, p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *JCP* 2014. 877, note A. GOUTTENOIRE ; *RTD civ.* 2011, p. 616, obs. J. HAUSER ; C. NEIRINCK *Droit de la famille* n° 9, Septembre 2014, comm. 128. Commentaires des arrêts Cour EDH, 19 janv. 2017, *Laborie c. France*, req. n° 44024/13. et *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, req. no 25358/12, D. 2017. 897, obs. P. Le Maigat, note L. de Saint-Pern ; *ibid.* 663, chron. F. Chénéde ; *ibid.* 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske ; *AJ fam.* 2017. 301, obs. C. Clavin ; *ibid.* 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2017. 367, obs. J. Hause ; *RTD civ.* 2017. 335, obs. J.-P. Marguénaud.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Laborie c. France*, préc.

privée⁴⁹. En revanche, et c'est l'apport majeur de ces jurisprudences désormais bien établies⁵⁰, l'enfant né par GPA a droit au respect de son identité personnelle notamment dans l'établissement de sa filiation dès lors qu'il existe un lien génétique. C'est ainsi que la Cour a condamné la France pour avoir refusé la transcription de l'état civil reconnaissant comme père légal le père biologique d'intention. La reconnaissance de la mère génétique, mais non utérine demeure, elle en suspend⁵¹, comme d'ailleurs un autre enjeu majeur de la PMA : celle de la levée de l'anonymat des donneurs des gamètes.

En effet la Cour avait noté en 1997 qu'il n'existait pas « *d'assentiment général des États membres du Conseil de l'Europe quant à savoir s'il est préférable, du point de vue de l'enfant ainsi conçu, de protéger l'anonymat du donneur de sperme ou de donner à l'enfant le droit de connaître l'identité de celui-ci* »⁵². Mais depuis l'affaire Odièvre c. France sur l'accouchement sous X⁵³, elle a pu reconnaître en dehors du contexte de la PMA qu'il était conforme à « l'intérêt de l'enfant » le fait de connaître la vérité sur ses origines, même si lui-même ne le souhaitait pas⁵⁴. Des requêtes sont pendantes précisément sur cette question, si bien qu'il n'est pas impossible selon les termes du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) que « *l'anonymat absolu de la loi française concernant les données personnelles du donneur de sperme, confirmé par le Conseil d'État*⁵⁵, soit un jour remis en cause au niveau européen »⁵⁶. Il se pourrait en effet que le droit à l'identité personnelle des enfants fondé sur l'article 8 de la Convention puisse servir à reconnaître un droit à connaître ses origines génétiques, qui serait alors distinct (et complémentaire) à celui d'avoir une filiation⁵⁷.

En dépit d'une tendance libérale indéniable, toutes les questions que pose la PMA ne sont pas résolues par le droit européen, loin de là. Il n'en demeure pas moins que ce contentieux européen s'avère contesté et critiqué, tant sur son apport au fond (en obligeant le

⁴⁹ *Paradiso et Campanelli c. Italie*, préc. Insistons à nouveau sur les circonstances particulières dues à l'absence de lien génétique (ni même biologique puisque la mère d'intention n'a pas non plus accouché). Par conséquent, il ne s'agirait plus de procréation médicalement assistée mais de projet parental assisté par la médecine, qui en l'espèce était inséré dans grande « précarité juridique » (§ 156) et s'avère insuffisant pour conclure à une violation de l'article 8.

⁵⁰ On rappellera ainsi que *Paradiso et Campanelli* sort de ce cadre élaboré dans *Ménesson, Labassée et Laborie* étant donné qu'outre l'absence de lien génétique, l'enfant n'était pas un requérant et ne vivait plus avec les requérants (parents commanditaires). C'est d'ailleurs ce qui a fait dire que si les requérants entendaient imposer une logique de fait accompli en ramenant l'enfant en Italie, l'État italien a aussi joué sur cette logique en en séparant l'enfant des parents d'intention. D'où un « effet pervers » puisque le passage du temps favorisant les liens affectifs de l'enfant avec une autre famille « empêchera, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant devenu un peu plus grand, toute reconsidération européenne de la situation » : J.-P. Marguénaud, « Variations européennes sur le thème de la gestation pour autrui », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 2017, p. 335.

⁵¹ Des requêtes sur ce point ont été introduites auprès de la Cour européenne des droits de l'homme le 4 janvier 2018, req. no 1462/18, *Braun c. France* et le 2 mars 2018, req. no 11288/18, *Saenz et Saenz Cortes c. France*.

⁵² § 44, Cour EDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, req. n°21830/93 à propos des droits parentaux des transsexuels, notamment par insémination avec donneur.

⁵³ Cour EDH, Gr. Ch., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98.

⁵⁴ Cour EDH, 14 janv. 2016, *Mandet c. France*, req. n° 30955/12, voir aussi Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c. Suisse*, req. n° 58757/00, et CEDH 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, req. n° 19535/08.

⁵⁵ Conseil d'État, 12 novembre 2015, Mme B, confirmé récemment dans CE, 28 décembre 2017, *Molénat*, n°396571 (voir infra).

⁵⁶ Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *Avis du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, vol. Avis n° 126 (15 juin 2017), 2017, p. 21.

⁵⁷ Précisons que le droit de l'Union européenne ne prévoit pas d'harmonisation sur cette question, voir l'article 14 § 3 de la Directive tissus et cellules humains de 2004 préc. sur la levée de l'anonymat sur les gamètes.

droit français à reconnaître les GPA étrangères en particulier⁵⁸) que sur les méthodes employées qui mettent à l'épreuve la manière de penser le droit de la famille.

II. LES METHODES DU DROIT EUROPEEN, SOURCE DE BOULEVERSEMENT DU DROIT DE LA FAMILLE DE LA PMA

La logique libérale européenne pose question tant quant à l'échelle de la régulation (A) que quant à la manière de raisonner (B).

A. L'application controversée du principe de subsidiarité en droit de la famille de la PMA

Sur le volet de droit de l'Union européenne, il est assez clair que le législateur européen a laissé libre champ aux États sur les droits de la famille en matière de PMA, y compris s'agissant des instruments de droit dérivé portant sur le droit international privé de la famille⁵⁹. Les deux affaires sur le licenciement d'une travailleuse et sur le congé maternité précédemment citées⁶⁰ démontrent en outre la frilosité de la Cour de justice à interpréter les directives à vocation plus générale (sur l'égalité professionnelle par exemple) de manière suffisamment large pour inclure les cas de PMA ou de GPA. Elle donne ainsi toute latitude aux États de refuser certaines conséquences sociales à ces techniques nouvelles de reproduction.

L'essentiel des critiques s'est concentré sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Outre les désaccords sur le fond (et notamment sur la GPA), on a pu en effet revendiquer une sorte de monopole de l'État en matière familiale, bioéthique et donc globalement sur la PMA⁶¹. Pourtant dans les affaires citées précédemment, la Cour de Strasbourg (la Grande Chambre en particulier) a mis en avant la retenue dont elle fait preuve vis-à-vis des États. Cela se traduit en langage conventionnel par l'octroi d'une large marge nationale d'appréciation et explique pour beaucoup les constats de non-violation. Lorsque des restrictions aux droits sont possibles, comme pour l'article 8, la Cour estime que « *les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences* »⁶². C'est une manifestation du principe de

⁵⁸ Sur les modifications du droit français, voir les contributions spécifiques de l'ouvrage et en particulier les arrêts de la Cour de cassation du 3 juillet 2015 et l'article L. 452-1 au code de l'organisation judiciaire instituant le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes (issu de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle). On notera aussi la licéité de la circulaire du 25 janvier 2013 portant sur le certificat de nationalité de l'enfant conçu par GPA à l'étranger, CE, 12 décembre 2014, 367 324, Association Juristes pour l'enfance et a., et CE, ord. 3 août 2016, 401 924, pour un laissez-passer consulaire.

⁵⁹ La filiation est ainsi expressément exclue des règlements de l'Union européenne sur le droit international privé, par exemple à l'article 1^{er} § 3 a) et considérant 10 du Règlement « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003, n° 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000 (J.O. L 338, 23 décembre 2003).

⁶⁰ *D. et Mayr*, préc.

⁶¹ Voir par exemple J. Hauser, « Comment définir "autrui" dans la gestation pour autrui ? » *RTD Civ.*, 2017 p.367. Pour F. Chénéde la critique de la Cour serait davantage fondée sur son caractère juridictionnel (et donc antidémocratique) plutôt que sur sa qualité supranationale : F. Chénéde, « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2014, p.1797. Toutefois en 2017 l'auteur insiste sur le fait que le rôle de contre-pouvoir de la Cour européenne devrait être tenu par les juges nationaux : « Petite leçon de "réalisme juridique. À propos de l'affaire Paradiso et Campanelli contre Italie", *Recueil Dalloz* 2017 p.663.

⁶² Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside*, req. n°5493/72.

subsidiarité du système conventionnel : la Convention ne vise pas à se substituer aux règles de droit interne, mais, si besoin, à le compléter ou à pallier ses insuffisances, bref, simplement à garantir un minimum de protection des droits et libertés.

Toutefois, la doctrine a pu reprocher à la Cour de ne pas être assez rigoureuse dans le maniement des facteurs déclenchant une large marge nationale d'appréciation⁶³. Un des critères mis en avant par la Cour est l'absence de consensus européen sur la question, qui est en effet peu convaincant. Elle a ainsi étudié dans *Evans* les droits étatiques à propos du « *point de savoir à partir de quel moment du traitement par FIV le consentement des donneurs de gamètes doit être réputé irrévocable* »⁶⁴, pour conclure à une divergence entre les États, et donc leur accorder une grande latitude. À l'inverse dans *S.H.*, alors que l'on pouvait constater une convergence des droits nationaux en faveur des dons de gamètes in vitro, elle conditionne le consensus européen à des « *principes établis de longue date dans les ordres juridiques des États membres* »⁶⁵, pour atténuer l'existence d'un tel consensus européen et donc accorder ici aussi une grande marge d'appréciation à l'Autriche. Le critère est bien quelque peu manipulé⁶⁶.

Le facteur le plus déterminant dans les affaires sur la PMA reste finalement de considérer que le domaine soulève des questions éthiques, morales, et de choix de société (sur les relations familiales notamment) et que pour opérer ces choix, l'échelle étatique est la plus pertinente. Critère somme toute classique dans la jurisprudence CEDH, la Cour prend aussi en considération des spécificités de la PMA. Ainsi dans *Paradiso et Campanelli* l'absence du lien biologique a eu un impact considérable dans l'octroi d'une ample marge d'appréciation aux autorités italiennes⁶⁷. Mais surtout la Cour tient généralement compte du caractère nouveau des techniques reproductives en cause pour laisser aux États le soin et le temps nécessaire pour les évaluer avant éventuellement de les autoriser. Ainsi dans *S.H.* elle reconnaît aux autorités nationales qu'elles puissent se prévaloir d'un quasi-principe de précaution et admet la « *circonspection* » dont peuvent faire preuve les États due aux évolutions rapides de la médecine et la nécessité d'avoir un certain recul⁶⁸. Elle applique cet argument au don de sperme *in vivo* connu, lui, de longue date⁶⁹. La Grande chambre insiste aussi sur le fait qu'elle se place plus de 10 années en arrière (1999 pour un arrêt de 2011) pour conclure à la non-violation de la Convention. Cela démontrerait que la Cour entend à travers la marge nationale d'appréciation laisser le temps nécessaire aux États de « digérer » les techniques de PMA, quitte, peut-être un jour, à leur demander d'être plus libéraux.

Le dernier critère pour déterminer l'ampleur de la latitude octroyée aux États porte sur la nature des intérêts protégés en balance. Quand il s'agit de concilier des intérêts privés entre eux, cela entraîne en principe une large marge de manœuvre laissée aux États, comme dans *Evans* (où le droit de la madame à être parent génétique s'opposait à celui de monsieur de ne pas l'être)⁷⁰. Lorsque des intérêts privés sont confrontés à des intérêts publics, la jurisprudence sur la PMA a également tendance à accorder une large marge nationale d'appréciation (ce qui n'est pas nécessairement le cas dans d'autres contentieux). L'arrêt *Paradiso* est assez topique ici, à propos de l'illégalité de règles essentielles du droit italien, la

⁶³ Par exemple : F. SUDRE, « La mystification du « consensus » européen », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 2015, n° 50, 7 Décembre 2015, doct. 1369.

⁶⁴ § 79, *Evans c. Royaume-Uni*, préc.

⁶⁵ § 96, *S. H. et a. c. Autriche*, préc.

⁶⁶ F. SUDRE, préc.

⁶⁷ Il nous semble toutefois que ce critère « génétique » est davantage à mettre en perspective avec la protection qu'accorde la Cour à l'identité de la personne, notamment dans sa dimension génétique (voire infra), qu'une propension à favoriser des modèles familiaux fondés sur ce lien biologique.

⁶⁸ § 103, *S. H. et a. c. Autriche*, préc.

⁶⁹ § 114, *ibid.*

⁷⁰ *Evans c. Royaume-Uni*, préc.

Cour estime que « *l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant* »⁷¹.

Ceci étant, une ample marge nationale d'appréciation, ne bloque pas tout contrôle de la Cour, il peut donc y avoir des violations de la Convention. C'est ce qui d'ailleurs a pu lui être reproché, puisque l'affirmation prétorienne de l'octroi d'une marge nationale d'appréciation peut sembler une simple posture de la part du juge supranational⁷². En réalité dans le contentieux qui nous intéresse il y a deux raisons qui limitent cette marge, une substantielle et une procédurale.

La première limite s'appuie sur l'atteinte à un droit substantiel, celui à l'identité de l'enfant. Cette question de l'identité, ici la filiation, est au cœur des arrêts *Menesson* et suivants. Elle atténue la large marge nationale d'appréciation en matière de reconnaissance de la GPA effectuée à l'étranger et demande alors un « juste équilibre ». D'ailleurs la Cour avait explicité dans *Evans* que « *lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte* »⁷³. Par contre, ce n'était pas le cas dans *Paradiso*, où la Cour précise bien qu'il n'est ni question d'identité de l'enfant « *et de la reconnaissance de sa filiation génétique* » ni du choix de devenir parents génétiques⁷⁴.

Ensuite, les États doivent respecter un processus dans l'appréciation de l'équilibre juridique choisi : lors de la pesée des intérêts en cause, ils doivent avoir réellement mesuré chacun des arguments pour aboutir à la restriction du droit en question. Cette pesée des intérêts peut être abstraite, au niveau du régime juridique global, mais aussi parfois demander une appréciation *in concreto*, en l'espèce. Il ressort de la jurisprudence sur la PMA que les États ne peuvent échapper à la dimension procédurale *in abstracto*. Ainsi, dans *Evans*, la Cour loue le processus de prise de décision du législateur britannique comme étant une « *analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques* »⁷⁵. Dans cette affaire, la Cour considère que la mise en balance abstraite par le législateur national suffit et elle ne demande pas une pesée des intérêts *in concreto* :

*« un État peut, sans enfreindre l'article 8 de la Convention, adopter une législation régissant des aspects importants de la vie privée qui ne prévoit pas de mise en balance des intérêts concurrents dans chaque cas (...) lorsque des aspects importants de la vie privée sont en jeu, l'édiction par le législateur d'une règle à caractère absolu visant à promouvoir la sécurité juridique n'est pas incompatible avec l'article 8 »*⁷⁶.

Dans *Dickson* à propos de l'accès à la PMA pour les détenus, le droit britannique ne prévoyait pas une interdiction absolue, mais l'analyse des circonstances de chaque demande d'insémination artificielle en fonction des critères fixés par la loi. La Cour conclura pourtant que « *la politique a placé d'emblée la barre tellement haut qu'elle a exclu toute mise en balance des intérêts privés et publics en présence et tout examen, par le ministre ou par les tribunaux internes, de la proportionnalité tel que requis par la Convention* »⁷⁷. La jurisprudence *Dickson*, contrairement à l'arrêt *Evans*, demande la possibilité d'opérer une mise en balance des intérêts en cause plus concrète, mais ici, c'est bien le déséquilibre global du régime juridique britannique qui est sanctionné.

⁷¹ § 215, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, préc.

⁷² François CHENEDE, « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2014 p.1797.

⁷³ *Evans c. Royaume-Uni*, préc.

⁷⁴ *Paradiso et Campanelli c. Italie*, préc.

⁷⁵ *Evans c. Royaume-Uni*, préc., § 195.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Dickson c. Royaume-Uni*, préc.

On ne saurait donc conclure que la Cour européenne exige des États une appréciation casuistique quant à l'accès à la PMA. Pour autant, le contrôle de proportionnalité *in concreto* effectué par le juge national apparaît respectueux du principe de subsidiarité du droit européen. C'est une répartition logique entre un juge national proche du cas d'espèce et plus à même d'opérer une mise en balance délicate des intérêts en présence, et un juge européen accordant une marge d'appréciation sur un domaine aussi sensible que la PMA. Cela implique notamment que les juridictions nationales aient préalablement pu effectuer ce contrôle, et donc que les requérants aient épuisé les voies de recours internes avant de se rendre dans le prétoire européen. Le principe de subsidiarité se retrouve alors dans cette règle de recevabilité essentielle de la requête individuelle auprès de la Cour de Strasbourg. Elle a eu d'ailleurs l'occasion de le rappeler en janvier 2018 en rejetant la requête de deux femmes contestant le refus français d'accéder à des techniques d'assistance médicale à la procréation, car il est « *primordial lorsque la Cour aborde la question complexe et délicate de la balance à opérer entre les droits et intérêts en jeu dans le cadre de l'application de cette disposition que cette balance ait préalablement été faite par les juridictions internes, celles-ci étant en principe mieux placées pour le faire* », notamment lorsqu'elles jugent du caractère disproportionné dans les circonstances de la cause⁷⁸.

C'est davantage par influence et par conviction que les juridictions françaises ont pu utiliser ce raisonnement⁷⁹, respectueux du principe de subsidiarité et si caractéristique du contentieux CEDH par ailleurs⁸⁰, non sans levée de bouclier d'une partie de la doctrine.

B. La transplantation débattue du raisonnement libéral et casuistique en droit de la famille de la PMA

Les juges français ont pu recourir à cette méthode qui consiste à apprécier la proportionnalité au cas d'espèce quitte à outrepasser, au nom du respect de la Convention européenne des droits de l'homme, une interdiction posée par la loi nationale. Ce raisonnement libéral *in concreto* fait l'objet d'un vif débat doctrinal⁸¹ et vient bouleverser la culture juridique de certains auteurs, qui y voient, l'introduction d'un jugement en équité *contra legem*⁸², un pragmatisme compassionnel qui nuirait au respect des grands principes du droit de la famille⁸³ ou une atteinte à la sécurité juridique⁸⁴. Sans pouvoir revenir ici sur

⁷⁸ § 30, *Charron*, préc. Les requérantes argumentaient que la constitutionnalité de la loi française avait été tranchée par le Conseil constitutionnel, ce qui selon elles, les laissaient sans espoir d'une issue favorable en droit interne, la Cour européenne prend soin de rappeler qu'« *une mesure prise en application d'une loi dont la conformité aux dispositions constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux est établie peut être jugée incompatible avec ces mêmes droits tels qu'ils se trouvent garantis par la Convention à raison par exemple de son caractère disproportionné dans les circonstances de la cause* » § 28. Voir sur cette question : H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 649.

⁷⁹ B. LOUVEL, « Réflexions à la cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326 et A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 740.

⁸⁰ Voir par exemple : Cour EDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, req. n° 19535/09.

⁸¹ Voir notamment : P. JESTAZ et J.-P. Marguénaud, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2061 ; F. CHENEDE, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *ibid.* 2016, p. 796. X. DUPRE DE BOULOIS, « Regard extérieur sur une jurisprudence en procès », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 2016, p. n° 18, 2 Mai 2016, doctr. 552 ; *ibid.* P.-Y. GAUTIER, « Eloge du syllogisme », *JCP G* 2015, act. 902, et « Contre la "balance des intérêts" hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189 ; A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.

⁸² F. CHENEDE, préc. 2016.

⁸³ Voir par exemple, dans la lignée de F. Chénéde, F. Boulanger, « Remarques critiques sur une possible généralisation du critère de proportionnalité dans la jurisprudence », *AJ fam.*, 2016. 250

⁸⁴ Voir par exemple Gautier préc., Bénabent préc.

l'ensemble de ces arguments⁸⁵, et en se concentrant sur la PMA, la critique la plus virulente peut être résumée de la manière la suivante : non content d'obliger les États à prendre acte des GPA étrangères contournant des interdits fondamentaux du droit national de la famille (la victoire du fait accompli), le droit européen des libertés permettrait aussi d'ouvrir, cette fois, au cas par cas, l'accès à certaines techniques de PMA interdites en France⁸⁶. Cette affirmation doit être nuancée, en appréhendant tant la portée de la méthode libérale *in concreto* que sa légitimité en matière de PMA.

Dans la lignée de la Cour de cassation⁸⁷, le Conseil d'État pose en effet dans l'arrêt Gomez de 2016, que :

« la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive »⁸⁸.

Il avait à connaître du refus de l'Agence de la biomédecine d'exporter les gamètes du mari de Mme Gomez, décédé, afin de procéder à l'insémination de celle-ci en Espagne. Le code de la santé publique français prohibant les PMA à titre posthume, le Conseil d'État décide non pas de juger de la conformité de la disposition législative elle-même à ce droit conventionnel, mais *« d'apprécier si la mise en œuvre de l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique n'a pas porté une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale »* de la requérante. Le juge conclut par l'affirmative et ordonne de procéder à l'exportation des gamètes. C'est en s'appuyant sur les *« circonstances particulières »* de l'affaire que le Conseil d'État aboutit ce résultat. En effet, les deux époux étaient étrangers, la veuve, de nationalité espagnole, entendait vivre désormais dans son pays d'origine, pays où l'insémination *post-mortem* était autorisée et les époux, après une première tentative ratée d'insémination artificielle, avaient commencé les démarches en vue de l'exportation des gamètes que la mort du mari avait interrompues (et il n'y avait donc aucun doute quant au consentement).

En revanche, et toujours en matière de PMA, le 28 décembre 2017, dans *Molénat*⁸⁹, le Conseil d'État a refusé de procéder à ce type de contrôle. S'agissant cette fois des dispositions du Code de la santé publique qui ont posé le principe de l'anonymat du donneur dans le cadre du don de gamètes, le Conseil d'État rappelle bien le considérant de principe de Gomez sur le contrôle de proportionnalité casuistique. Mais ici il ne conclut pas à l'inconventionnalité de la mesure individuelle refusant de lever l'anonymat et précise surtout qu'aucune *« circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur ne saurait conduire à regarder la mise en*

⁸⁵ Pour des contre-arguments voir notamment : X. DUPRE DE BOULOIS, préc ; P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 2016, p. 578 ; H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p.1376 ; Toni MARZAL, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance". Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD Civ.*, 2017 p.789.

⁸⁶ En ce sens voir notamment : Jean HAUSER, « Procréation médicalement assistée : le Conseil d'État a du cœur ! », *RTD civ.*, 2016, p. 834.

⁸⁷ Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, voir notamment les observations de P. DEUMIER dans X. DUPRE DE BOULOIS, dir., *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales* Dalloz, Paris, 2017., spéc. p. 626 et s.

⁸⁸ CE Ass., 31 mai 2016, Gonzalez Gomez, n°396848.

⁸⁹ CE, 28 décembre 2017, Molénat, n°396571.

œuvre des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes, qui ne pouvait conduire qu'au rejet des demandes en litige, comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés » conventionnels. En précisant « d'un » demandeur et non « du » demandeur, le juge administratif suprême signifie que le principe de l'anonymat ne se prête pas au contrôle de proportionnalité in concreto. Il s'appuie en particulier sur « *l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps (...) qui traduit la conception française du respect du corps humain* »⁹⁰. Cet argument du particularisme français pourrait d'ailleurs constituer un message indirectement adressé aux juges européens qui seraient amenés à trancher cette question⁹¹.

Ce n'est donc pas tout le contentieux de la PMA qui serait ouvert à ce type de contrôle, et il ne pourrait jouer qu'en cas de circonstances particulières tenant à la situation des demandeurs. Dans l'arrêt Gomez, cette prise en compte ne relèverait pas tellement d'un jugement compassionnel (ou la reconnaissance d'une forme d'« accommodement raisonnable »⁹²). Il apparaît davantage qu'ont pu être déterminants le caractère transnational de l'affaire⁹³ : les facteurs d'extranéité (pour reprendre un raisonnement de droit international privé) ou une certaine volonté de ne pas entraver une circulation européenne des gamètes (pour utiliser le langage du droit de l'UE, même si c'était la Convention européenne des droits de l'homme qui était mobilisée)⁹⁴.

Ceci étant, d'autres affaires, non tranchées par le Conseil d'État, n'ont pas fait de ce critère « paneuropéen » un élément déterminant dans son contrôle de proportionnalité : la Cour administrative d'appel de Versailles le 5 mars 2018⁹⁵ confirmera ainsi le refus d'exporter des gamètes d'hommes de plus de 59 ans en Belgique pour simplement profiter d'un droit plus favorable. Au contraire, le Tribunal administratif de Rennes en 2016⁹⁶, autorisa cette fois l'exportation des gamètes au vu des « *circonstances très particulières que représentent pour la requérante le décès de son époux puis celui de leur enfant au terme de sa grossesse* ». Les facteurs déclenchant le contrôle in concreto demeurerait ainsi assez flous.

La clé pourrait résider dans le critère mis en avant dans Molénat, qui accentuerait sur la « *finalité poursuivie par le législateur* »⁹⁷, c'est-à-dire l'absence d'anticipation de sa part de

⁹⁰ On se demande en réalité de quoi il s'agit précisément : une protection bioéthique ou des liens familiaux ? En effet, l'anonymat a plutôt pour objet de protéger ces « secrets de famille » qui mettraient en danger des liens familiaux non génétiques et qui garantissent au donneur l'absence de contact avec une progéniture génétique mais non « familiale ».

⁹¹ En ce sens : Xavier DUPRE DE BOULOIS, « Contrôle de conventionnalité in concreto : à quoi joue le Conseil d'État ? (CE, 28 déc. 2017, Molénat) », *RDLF* 2018 chron. n°4 (www.revuedlf.com).

⁹² Issue du droit du travail canadien, la technique mise en œuvre par la Cour suprême du Canada (par exemple *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256) permet de lutter contre les discriminations indirectes en accordant des exemptions aux règles d'apparence neutre, mais qui ont un impact différencié négatif sur un groupe de personnes déterminé, à condition que le coût de cette accommodation ne soit pas « déraisonnable », c'est-à-dire proportionné. Les accommodements raisonnables font particulièrement débat au Québec en matière religieuse, voir le rapport dit « Bouchard Taylor » : Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, rapport par Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, Québec, Gouvernement du Québec, 2008.

⁹³ Sur la question de la transnationalité en matière bioéthique voir Sébastien PLATON, « Bioéthique, droit européen des droits de l'Homme et situations transnationales : la possibilité d'un Law shopping en matière de droit bioéthique », *Bioéthique et Droit international et européen des droits de l'homme* (dir.) D. Szymczak, C. Gauthier et S. Platon, Pedone, 2018, p. 247 et s.

⁹⁴ Voir J.-S. BERGE, « Contextualisation et circulation des situations : approche modale des phénomènes de gestation pour autrui à l'étranger », *Journal du droit international* (Clunet) n° 1, Janvier 2018, doctr. 1.

⁹⁵ CAA Versailles, 5 mars 2018, n° 17VE00826.

⁹⁶ T.A. Rennes, ord. 11 oct. 2016, n° 1604451.

⁹⁷ S. ROUSSEL et C. NICOLAS, « Ni vu ni connu : l'anonymat du don de gamètes à l'épreuve du contrôle de conventionnalité », *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 2018, p. 497.

la situation du demandeur dont les intérêts n'ont pu être mis en balance abstraitement au moment de l'édiction de la loi. Au contraire dans Gomez, un élément a pesé de manière prépondérante dans la décision : la requérante espagnole n'avait pas d'«*intention frauduleuse*». Ceci démontrerait que l'interdiction du législateur d'exporter les gamètes en vue d'une insémination posthume avait précisément pour objectif de ne pas contourner cet interdit français, alors que dans l'espèce de 2016 «*la non application de la loi n'en est pas totalement une car la situation de fait qui la tient en échec n'entraîne pas pleinement dans ses prévisions*»⁹⁸.

Au final et pour l'heure, seule l'insémination posthume paraît pouvoir faire l'objet d'un tel contrôle (sous réserve de démontrer une situation personnelle particulière ou exceptionnelle). Elle n'ouvre pas le droit à une insémination en France, où l'interdiction territoriale demeure, mais à un simple droit de circulation de la PMA⁹⁹, au nom du droit européen des droits de l'homme. En dehors des polémiques sur la méthode, le raisonnement lui-même et son critère de déclenchement, il paraît donc relativement limité dans sa portée en matière de PMA.

C'est d'ailleurs assez paradoxalement un des intérêts de ce raisonnement casuistique libéral : une partie de sa légitimité réside dans son étroite circonscription, cette marginalité des situations que le législateur ne pouvait anticiper ou encore la complexité du réel due notamment aux évolutions techniques et médicales. On pourrait même considérer comme inutile de légiférer sur des cas particuliers au nom des questions de principe alors qu'il est possible de laisser précisément au juge le soin de s'y pencher. A contrario, lorsque le juge refuse d'opérer un contrôle in concreto, comme sur l'anonymat des gamètes, il renvoie implicitement au législateur la charge d'examiner à nouveau l'interdiction, dont il avait correctement évalué et anticipé les intérêts en balance, mais sur laquelle il pourrait choisir de revenir¹⁰⁰.

La PMA est donc particulièrement propice à ce type de méthode : elle est revendiquée par des minorités¹⁰¹, elle est intrinsèquement une réalité complexe (technique médicale évolutive, nombre varié d'acteurs et de sujets de droit impliqués, division en plusieurs étapes du processus procréatif, modalités diverses de recueil du consentement et de l'établissement de la filiation...) et enfin elle est un phénomène européen et mondialisé. Cela explique et légitime ce raisonnement de pesée des intérêts, cette dimension procédurale dans la justification, qui doit aussi parfois sortir du cadre abstrait. C'est peut-être un peu trop postmoderne pour certains, mais il semblerait que la PMA mette bien en exergue cette facette de notre monde juridique actuel.

⁹⁸ P. DEUMIER, préc.

⁹⁹ Il y aurait donc une interdiction « de premier rang » conservée, celle de l'insémination post-mortem en France, et une interdiction « de second rang » sur l'exportation des gamètes à l'étranger pour cette fin, qui elle, est susceptible d'être assouplie : H. FULCHIRON, préc. Dit autrement, cette fois-ci dans la perspective des libertés individuelles, il y aurait des libertés de premier et de second rang : « Si l'aller et le retour peuvent être effectués sans difficulté majeure, l'absence de liberté de faire dans l'espace national, s'accompagne d'une liberté de le faire ailleurs sans avoir à subir de sanction – c'est ce que nous avons appelé, faute de mieux, une "liberté de second rang" : A. HERMITTE, K. PARIZER, S. MATHIEU, J.-S. BERGE (dir.), *Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)*, Rapp. de recherche n° 14.18 : Mission de recherche droit et justice, 2017, 288 p, spéc. p. 264.

¹⁰⁰ En ce sens S. ROUSSEL et C. NICOLAS, préc. voir aussi une analyse comparable dans le commentaire de l'arrêt Gomez : P. DEUMIER, préc.

¹⁰¹ On peut rappeler ici un des fondements de l'intérêt de la protection juridictionnelle des libertés : permettre de prendre en considération (et non pas nécessairement faire primer) un intérêt individuel, même minoritaire, face à d'autres objectifs sociétaux et collectifs, définis, eux, par la majorité (sur laquelle repose nos démocraties).

Pour conclure, le droit européen s'inscrit assurément dans une logique libérale quant à l'accès à la PMA et quant à la reconnaissance juridique de ses effets pour l'enfant ainsi conçu. Il prend néanmoins soin de laisser aux États la possibilité d'effectuer leur propre appréciation des questions sociétales, juridiques et familiales en jeu. Au final, le législateur français dispose d'une marge de manœuvre importante sous réserve de respecter certaines limites substantielles tenant notamment à la circulation européenne de la PMA (ainsi une interdiction absolue du tourisme procréatif dans l'Union serait difficilement tenable) et au droit à l'identité de l'enfant (même en cas de contournement de la loi nationale). Le législateur devra aussi se conformer aux impératifs procéduraux de mise en balance abstraite de l'ensemble des enjeux relatifs à la PMA (à ce titre le travail doctrinal, l'avis du CCNE ou encore les débats citoyens et de nos représentants contribueront certainement à l'analyse minutieuse des intérêts à peser). Et si « tout compte fait », le législateur décidait de maintenir une approche restrictive, alors la mise en balance prétorienne sera susceptible de s'appliquer. Ainsi, il pourra être demandé aux juges de vérifier si, effectivement, le cas soumis au juge avait été envisagé par le législateur, dans le cas contraire, si la restriction législative s'avère disproportionnée au cas d'espèce. Finalement, la méthode libérale européenne exige de justifier le plus solidement possible les restrictions posées et non pas directement d'ouvrir davantage la PMA à toutes les revendications. Cela demeure un choix essentiellement politique et national.