



**HAL**  
open science

**L'article 8 de la CEDH et l'interdiction de la procréation post mortem par le droit français. A propos de l'affaire CourEDH, 14 sept. 2023, Baret et Caballero c. France, n° 22296/20 et n° 37138/20**

Martial Manet

► **To cite this version:**

Martial Manet. L'article 8 de la CEDH et l'interdiction de la procréation post mortem par le droit français. A propos de l'affaire CourEDH, 14 sept. 2023, Baret et Caballero c. France, n° 22296/20 et n° 37138/20. *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2024, 53. hal-04768040

**HAL Id: hal-04768040**

**<https://hal.science/hal-04768040v1>**

Submitted on 13 Nov 2024

**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.

# L'article 8 de la CEDH et l'interdiction de la procréation post mortem par le droit français. A propos de l'affaire CourEDH, 14 sept. 2023, Baret et Caballero c. France, n° 22296/20 et n° 37138/20

 [revuedlf.com/cedh/larticle-8-de-la-cedh-et-linterdiction-de-la-procreation-post-mortem-par-le-droit-francais-a-propos-de-laffaire-couredh-14-sept-2023-baret-et-caballero-c-france-n-22296-20-et-n/](https://revuedlf.com/cedh/larticle-8-de-la-cedh-et-linterdiction-de-la-procreation-post-mortem-par-le-droit-francais-a-propos-de-laffaire-couredh-14-sept-2023-baret-et-caballero-c-france-n-22296-20-et-n/)

Commentaire par Martial Manet

Chronique classée dans Dossier, Droit européen des droits de l'homme

Appartient au dossier : "La France et la Cour européenne des droits de l'homme (année 2023)"

RDLF 2024 chron. n°53

Mot(s)-clef(s): Cour européenne des droits de l'homme, embryon, Insémination post mortem, vie privée et familiale

**Par Martial Manet, Docteur de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne**

Le 14 septembre 2023, à l'occasion de deux requêtes ayant fait l'objet d'une jonction d'office <sup>1</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la conventionnalité de l'interdiction de la procréation *post mortem* en droit français vis-à-vis de l'article 8 de la Convention, c'est-à-dire la protection du droit au respect à la vie privée et familiale. Avant d'entrer dans le commentaire (succinct) de l'arrêt de chambre *Baret et Caballero c. France*, précisions, à titre liminaire, qu'une assistance médicale à la procréation (AMP) *post mortem* vise à pallier la mort d'un élément du couple, le plus souvent masculin. Deux cas d'AMP *post mortem* peuvent être distingués : l'insémination artificielle avec le sperme du compagnon défunt et le transfert d'embryons constitués à partir des gamètes du couple dont le conjoint est décédé.

Dans la présente affaire, la première requête (n° 22296/20) était relative à une demande d'exportation *post-mortem* des spermatozoïdes. En l'occurrence, la requérante était en couple depuis plus de 10 ans avec un homme qui se vit diagnostiquer une tumeur cérébrale. Compte tenu du traitement de chimiothérapie auquel il devait se soumettre et qui était susceptible d'altérer sa fertilité, il effectua un dépôt de gamètes au sein du Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme de l'hôpital de la Conception à Marseille. Après une première tentative d'insémination qui se solda par un échec, le décès du mari, survenu le 23 mars 2019, fit obstacle à la deuxième tentative d'insémination. Dès le 25 mai 2019, la veuve sollicita auprès du Centre d'étude et de conservation l'exportation des gamètes de son mari

défunt vers un établissement de santé espagnol pour recourir à une assistance médicale à la procréation *post-mortem*. Le Centre d'étude et de conservation transmis tardivement la demande de la requérante à l'Agence de biomédecine – 7 mois plus tard – en précisant qu'une AMP *post mortem* ne pouvait être tentée en Espagne que dans les douze mois suivant le décès. Il ne restait donc que trois mois pour procéder à l'exportation. Le 4 février, la requérante saisit le juge des référés du tribunal administratif de Marseille d'enjoindre à l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille de prendre toutes mesures utiles en vue de permettre l'exportation des gamètes. Sa demande fut toutefois rejetée en première instance puis en appel (28 février 2020, n° 438854) au motif que le délai de deux mois dont dispose l'Agence de la biomédecine pour se prononcer n'était pas encore écoulé, et que la demande de la requérante, de nationalité française et n'entretenant aucun lien avec l'Espagne, avait pour seule intention de contourner la loi française.

La seconde requête (n° 37138/20) était quant à elle relative à une demande d'exportation d'embryons. En l'espèce, le couple était déjà engagé dans un parcours d'AMP alors que le mari était atteint d'une leucémie. Après la naissance de leur deuxième enfant, le couple avait procédé à la conservation de cinq embryons en février 2018 et renouvelé la conservation de ces derniers en février 2019 au Centre hospitalier universitaire de Brest. Après le décès de son mari, le 21 avril 2019, la requérante demanda le transfert des embryons dans un hôpital de Barcelone. Le Centre hospitalier universitaire de Rennes lui notifia, qu'en vertu de la loi française, le transfert d'embryon *post mortem* n'était pas autorisé. La requérante saisit alors la justice administrative en référé en vue d'enjoindre au centre hospitalier de prendre des mesures utiles afin de permettre l'exportation des embryons vers l'Espagne. Mais sa requête fut rejetée en première instance, puis en appel par le Conseil d'État<sup>2</sup>. Les juges relevèrent que la demande d'exportation visait à contourner la loi française étant donné que la requérante, de nationalité française, n'entretenait aucun lien avec l'Espagne.

Rappelons que les conditions d'accès à l'AMP applicables aux faits des espèces étaient celles en vigueur avant les modifications apportées par la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique. Ce texte a notamment ouvert l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules et a maintenu l'interdiction de la conception *post mortem* – bien qu'au cours des débats parlementaires une cinquantaine d'amendements en faveur de l'AMP *post mortem* avaient été déposés devant les deux chambres<sup>3</sup>. Ainsi, en vertu de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique « *l'homme et la femme formant le couple d[evaient] être vivants* » et « *le décès d'un des membres du couple* » faisaient « *obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons* ». En outre, l'article L. 2141-11-1 de ce même code interdisait également que les gamètes déposés en France puissent faire l'objet d'une exportation, s'ils étaient destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins prohibées sur le territoire national. Enfin, l'article L. 2141-18 obligeait à « *mettre fin à la conservation des gamètes ou des tissus germinaux en cas de décès de la personne* ».

## **I. La reconnaissance d'une ingérence nécessaire et proportionnée**

---

Devant le Cour de Strasbourg, les requérantes soutenaient ainsi que les refus litigieux fondés sur les articles suscités du code de la santé publique constituaient des ingérences dans leur droit au respect de leur vie privée protégé par l'article 8 de la Convention (§ 41).

Le Gouvernement, en défense, contestait l'existence d'une ingérence en l'espèce puisque l'interdiction du transfert des gamètes ou des embryons vers un pays autorisant l'AMP *post mortem* ne privait pas les requérantes de la possibilité d'être un parent génétique (§ 53). Selon lui, celles-ci conservaient la possibilité de concevoir un enfant avec un autre homme ou les gamètes d'un donneur. Il va sans dire que cet argument a été jugé inopérant par la Cour (§ 86). S'agissant de la légitimité et de la nécessité de l'interdiction, le Gouvernement soutenait que cette-dernière poursuivait un but légitime de « *protection des droits et libertés d'autrui* » (§ 54), en l'espèce ceux de l'enfant à naître et de ses parents. D'après lui, l'interdiction répondait également à plusieurs nécessités. Premièrement, celle de préserver l'intérêt de l'enfant à naître en évitant « *qu'il naisse dans un contexte de deuil de son père, risquant de marquer son récit identitaire, et qu'il soit susceptible d'être instrumentalisé en tant que figure de remplacement du père disparu* » (§55) – argument qui, pour reprendre les propos du juge Ravarani dans son opinion concordante, « *frôle le procès d'intention* »<sup>4</sup>. La deuxième nécessité invoquée était relative à la protection du droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux tel que garanti par l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Troisièmement, le Gouvernement se référait à la nécessité de protéger la dignité de la personne humaine qui impose le recueil du consentement libre et éclairé des deux parents, recueil rendu plus difficile par le décès de l'un. En outre, le Gouvernement faisait valoir qu'en l'absence de communauté de vues aux niveaux international et européen sur les questions moralement et éthiquement délicates soulevées en l'espèce, il y avait lieu de reconnaître une ample marge d'appréciation à l'État et que, compte tenu de cette marge d'appréciation, il considérait qu'un juste équilibre entre les intérêts en présence avait été ménagé (§ 56).

Se plaçant dans la lignée réflexive des arrêts *S.H. et autres*<sup>5</sup>, *Parrillo*<sup>6</sup> et *Pejřilová*<sup>7</sup>, les juges de Strasbourg ont tout d'abord considéré que le choix d'une femme quant au sort réservé à ses embryons, tout comme le projet d'une femme dont le conjoint est décédé et qui souhaite recourir à l'AMP à l'aide des gamètes de celui-ci, touche « *un aspect intime de sa vie personnelle et relève, à ce titre, de son droit à l'autodétermination, et partant de sa vie privée* » (§ 44). En conséquence, ils ont considéré que les refus opposés aux requérantes d'exporter les gamètes ou embryons conservés en France vers l'Espagne constitue une ingérence dans leur droit de tenter de procréer en recourant aux techniques d'AMP et, par-là même, une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée des requérantes (§§ 63- 65). Mais la Cour a tempéré son raisonnement en affirmant que les interdictions posées par le code de santé publique poursuivent des buts légitimes, à savoir la « *protection des droits et libertés d'autrui* » et « *la protection de la morale* » (§78). Il s'agit en effet de

garantir, d'une part, le respect de la dignité humaine et du libre arbitre (§75) et, d'autre part, « *la conception de la famille telle qu'elle prévalait à la date des faits litigieux et qui impliquait que le recours à l'AMP devait se borner à remédier à l'infertilité d'un couple* » (§ 77).

Eu égard aux enjeux de nécessité et de proportionnalité de l'ingérence, la Cour a rappelé qu'il n'existe pas de consensus européen sur le point de savoir si la procréation *post mortem* doit être ou non autorisée et que, partant, une ample marge d'appréciation doit être accordée à l'État défendeur (§ 82). Les juges ont ensuite relevé que l'interdiction absolue de l'insémination posthume en France visant « *la sauvegarde d'intérêts généraux relevant de considérations d'ordre moral ou éthique* » qui peuvent être à l'origine « *de profondes divergences dans un État démocratique* », il y a lieu d'accorder une « *importance particulière au rôle du décideur national* » (§ 84). Elle note ainsi que cette interdiction relève d'un choix politique remontant à la première loi bioéthique de 1994 et qui a été constamment réitéré à l'occasion des révisions périodiques de celle-ci<sup>8</sup>. La Cour relève ensuite qu'il résulte clairement des dispositions législatives applicables et de la jurisprudence du Conseil d'État<sup>9</sup> que l'interdiction d'exportation des gamètes ou des embryons déposés et conservés en France est le corollaire de l'interdiction de l'insémination posthume sur le territoire national (§ 85). L'interdiction d'exportation, qui revient à exporter l'interdiction de la procréation *post mortem*, vise ainsi à faire obstacle au risque de contournement du respect des dispositions du code de la santé publique posant cette interdiction. Elle souligne également que « *l'interdiction d'exportation des gamètes ou des embryons procède du souci de ménager un équilibre entre les intérêts concurrents à la lumière de l'objectif visé par le législateur de ne pas rendre possible une forme de "dumping" éthique* » (§ 86). Les juges considèrent aussi que, jusqu'à l'intervention de la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, le législateur français s'était toujours efforcé de concilier la volonté d'élargir l'accès à l'AMP et le respect des préoccupations de la société quant aux questionnements éthiques délicats soulevés par cette pratique. Enfin, la Cour souligne que le Conseil d'État a exercé son contrôle des circonstances des deux affaires conformément à la méthodologie qu'il a arrêtée dans sa décision du 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, qui avait autorisée l'exportation des gamètes du mari décédé au motif que la requérante avait des liens réels avec l'Espagne et était dénuée d'intention frauduleuse<sup>10</sup>. Or, en l'espèce, les requérantes n'ayant pas des liens réels avec l'Espagne et ne faisant état d'aucune circonstance particulière susceptible d'écarter la présomption d'une fraude à la loi, la Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de se départir des solutions retenues par le juge interne (§ 88).

La Cour en conclut donc à l'unanimité que les autorités françaises ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu. L'État français n'a pas outrepassé la marge d'appréciation dont il disposait et, partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

## **II. Un manque de cohérence de la législation française**

---

En dépit de cette conclusion, la Cour interroge néanmoins la cohérence de la législation française. Dans un paragraphe conclusif en forme d'*obiter dictum*, elle reconnaît en effet que l'ouverture, depuis 2021, de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules pose de manière renouvelée la pertinence de la justification du maintien de l'interdiction de la procréation *post mortem* (§ 90) <sup>11</sup>.

L'opinion concordante du juge Ravarani éclaire quelques peu cet *obiter dictum* puisque celui-ci s'interroge en effet sur « *la cohérence d'une législation qui [...] reviendrait à demander à la femme de procéder au don ou à la destruction de ses embryons, tout en lui offrant la possibilité de procéder seule à une insémination avec le sperme d'un donneur. Si la conception d'un enfant sans père est autorisée, il paraîtrait difficile de refuser l'utilisation des embryons du couple, ou des gamètes de l'homme, alors qu'ils ont été conservés dans le cadre d'un projet parental* » <sup>12</sup>. Le juge luxembourgeois demeure ainsi perplexe devant « *l'incohérence de la réglementation [française] qui privilégie un orphelin issu d'un don de gamètes d'un tiers donneur par rapport à un orphelin dont les parents avaient conçu un projet parental et qui aurait pu, le cas échéant, s'intégrer dans une famille existante* ». Cette incohérence avait déjà été pointée par différents avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé <sup>13</sup>, ainsi que par l'étude du Conseil d'État *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?* remise au Premier ministre le 6 juillet 2018. Celle-ci interrogeait en effet « la pertinence » <sup>14</sup> de la prohibition par le droit français, tant de l'AMP réalisée avec les gamètes d'une personne décédée ou avec l'embryon conçu grâce ses gamètes, que celle relative à l'exportation vers un pays étranger des gamètes ou de l'embryon. La haute juridiction administrative considérait « *qu'en cas d'ouverture de l'AMP aux femmes, l'interdit actuel apparaîtrait difficile à justifier* » <sup>15</sup>. Tout en reconnaissant que l'AMP *post mortem* présente l'inconvénient de concevoir un « *enfant orphelin de père, avec le risque que la femme y recoure dans la douleur du deuil, pour compenser la disparition de l'être aimé* » <sup>16</sup>, le Conseil d'Etat affirmait dans le même temps que « *l'autorisation de l'AMP post-mortem fait écho à l'importance accrue reconnue à l'expression de la volonté en matière de filiation et de procréation* » <sup>17</sup>. Il proposait alors au législateur d'autoriser l'AMP *post mortem* mais de la soumettre à trois conditions fondamentales : (1) une vérification du projet parental afin de s'assurer du consentement du père défunt, (2) un encadrement dans le temps de la possibilité de recourir à cette AMP – ce qui suppose à la fois un délai minimal à compter du décès et un délai maximal, et (3) un aménagement du droit de la filiation et du droit des successions pour que l'enfant bénéficie d'un double lignage et ne soit pas lésé par rapport à sa fratrie <sup>18</sup>.

Comme le note M. Mesnil, le Cour européenne des droits de l'homme a donc, par cet *obiter dictum*, souhaité « *met[tre] en exergue la fragilité du maintien de l'interdiction de la procréation post mortem en France* » <sup>19</sup>. En droite ligne avec le Conseil d'Etat, la juridiction strasbourgeoise semble inviter la France à réfléchir aux modalités de réalisation des procréations *post mortem* pour parvenir, *in fine*, à légaliser « *aussi bien l'insémination post mortem que le transfert d'embryon dans un temps permettant le deuil, puis d'établir la*

*filiation sur la base du consentement du père à l'usage de ses gamètes et enfin de créer un régime successoral particulier sur la base de ce qui se fait pour l'enfant en gestation au moment du décès de son père » <sup>20</sup>.*

Notes:

1. « Eu égard à la similarité de l'objet des requêtes, la Cour juge opportun de les examiner ensemble dans un arrêt unique » (§ 40). ↵
2. CE, 24 janvier 2020, n° 437328 ↵
3. Comme le note la Cour, bien que « *l'interdiction de la procréation post mortem remonte aux origines de la législation bioéthique, en 1994, et a été réitérée à l'occasion des révisions intervenues en 2004 et en 2011* » (§ 22), la question de l'autorisation de la procréation *post mortem* a aussi « *été sérieusement envisagée dès les premières lois de bioéthique. Un dispositif dans ce sens a même été formellement adopté par l'Assemblée nationale en 2002, puis en 2011, avant de disparaître des moutures finales du texte, par suite de l'opposition répétée du Sénat* ». V. ainsi L. Carayon, « *Arlésienne bioéthique – La procréation post mortem en débats* », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance-Maladie*, 2020, n° 25, p. 45. Également, dans la perspective de la révision de la loi relative à la bioéthique engagée postérieurement, plusieurs rapports ont recommandé de maintenir l'interdiction de l'insémination *post mortem* mais d'autoriser, sous certaines conditions, le transfert d'embryon *post mortem*. V. notamment les avis n° 113 de 2011 et 129 de 2018 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, ainsi que l'étude du Conseil d'Etat « *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?* » remise au Premier ministre le 6 juillet 2018). Comme le note L. Carayon, « *plusieurs juridictions administratives ont eu à connaître [...] de demande d'exportation de gamètes ou d'embryons vers l'étranger afin de pouvoir les utiliser, dans un pays qui l'autorise, après la mort d'un des membres du couple. Ces demandes ont été diversement traitées, mais certaines ont été favorablement accueillies, notamment en considération de la nationalité des personnes impliquées [CE, 31 mai 2016, n° 396848]. Quoique nuancées, ces décisions ouvraient ainsi une brèche dans le dispositif français : la procréation post mortem n'était plus systématiquement disqualifiée et entrainait dans le domaine du possible* », *Ibid.* ↵
4. Voir en ce sens l'opinion concordante reproduite dans l'arrêt (p. 31). ↵
5. CourEDH, Gde ch., 3 nov. 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00. ↵
6. CourEDH, Gde ch., 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, n° 46470/11. ↵
7. CourEDH, 8 déc. 2022, *Pejřilová c. République tchèque*, n° 14889/19. ↵
8. V. la note n° 2. ↵
9. Voir CE, 28 février 2020, n° 438854. ↵

10. CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, n° 396848. ↵
11. Le Gouvernement français soutenait en défense : « *qu'il n'[était] pas paradoxal d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules tout en maintenant la prohibition de la conception posthume, l'ouverture de l'une ne commandant pas celle de l'autre en raison de la différence des situations : une femme qui s'engage volontairement dans un projet monoparental et qui conçoit, dès l'origine, un équilibre familial, dans ce cadre, ne serait pas placée dans la même situation qu'une femme qui partageait un projet parental avec son conjoint, interrompu par le décès de ce dernier* » (§ 58). ↵
12. Opinion concordante du juge Ravarani, p. 32. ↵
13. CCNE, avis n° 40 du 17 décembre 1993, *Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin)* ; avis n° 60 du 25 juin 1998, *Réexamen des lois de bioéthique* ; avis n° 67 du 18 janvier 2001, *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de Bioéthique* ; avis n° 113 du 10 février 2011, *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple* ; avis n° 129 du 18 septembre 2018, *Contribution du comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*. ↵
14. CE, *Etude à la demande du Premier ministre. Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, 2018, p. 16. ↵
15. *Ibid.* ↵
16. *Ibid.* ↵
17. *Ibid.* ↵
18. *Ibid.* ↵
19. M. Mesnil, « La CEDH sonne le glas de l'interdiction de la procréation *post mortem*. CEDH, 14 sept. 2023, *Baret et Caballero c/ France*, nos 22296/20 et 37138/20 », *Dalloz actualité*, 29 septembre 2023. ↵
20. *Ibid* ↵

Martial Manet, « L'article 8 de la CEDH et l'interdiction de la procréation post mortem par le droit français. A propos de l'affaire CourEDH, 14 sept. 2023, *Baret et Caballero c. France*, n° 22296/20 et n° 37138/20 »

RDLF 2024 chron. n°53\_([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com))