



OBSERVATIONS ECRITES

*soumises à la Cour européenne des droits de l'homme
dans l'affaire*

CHARRON ET MERLE-MONTET C. FRANCE (N° 22612/15)

Grégor Puppinck,
Directeur Général

Priscille Kulczyk,
Chercheur associé

12 juin 2017

Le droit français réserve l'usage des techniques médicales d'assistance à la procréation (AMP) aux couples 1) qui souffrent d'une infertilité pathologique médicalement diagnostiquée ou d'une maladie grave dont il s'agit d'éviter la transmission,

2) et qui sans cette pathologie seraient capables de procréer naturellement par eux-mêmes, c'est à dire qui sont formés d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de procréer¹.

Ce cadre juridique reflète la nature exclusivement médicale de l'AMP, à l'exclusion de tout détournement de son usage consistant notamment dans la conception d'un enfant privé de père. L'AMP vise à *corriger* la nature, et non pas à *augmenter* selon la logique transhumaniste.

L'idée de permettre un usage non médical de l'AMP en rendant cette technique disponible au désir des femmes célibataires et des couples de femmes a été très largement débattue en France à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 sur le mariage homosexuel. Le gouvernement de François Hollande, face à une très forte opposition au sein de la population, décida alors de ne pas modifier la finalité médicale de l'AMP. L'opposition ne visait pas l'homosexualité en soi, mais le fait de priver volontairement un enfant de père.

I. L'ABSENCE DE « DROIT A L'ENFANT SANS PERE »

Il n'existe pas de « droit à l'enfant », et moins encore de « droit à l'enfant sans père ».

L'accès à l'AMP dans un but médical relève du droit à l'accès aux soins de santé. A cet égard, la Cour a jugé à plusieurs reprises que la Convention ne garantit pas de droit à un niveau ou à un type de soins médicaux particuliers².

L'accès à l'AMP sans cause pathologique, tel que le réclament les requérantes, relève du « droit à l'enfant ». Or, la Cour a souvent souligné qu'il n'existe pas de « droit à l'enfant », ni de droit à l'adoption, ni, à fortiori, à l'usage des techniques permettant de concevoir artificiellement un enfant, que ce soit par AMP ou par gestation par autrui (GPA).

Le « droit de se marier et de fonder une famille » n'impose à l'État que l'obligation négative de ne pas faire obstacle à la décision du couple marié composé d'un homme et d'une femme d'essayer de procréer. La Cour a ainsi affirmé l'existence d'un « *droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent* »³ dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni* et d'un « *droit au respect de (la) décision de devenir parents génétiques* »⁴ dans l'affaire *Dickson c. Royaume-Uni*.

Nous pouvons souligner que, en l'espèce, les requérantes ne sont pas empêchées matériellement par l'État de recourir à une AMP, puisque, comme elles le soulignent, elles ont la faculté de contourner la loi française en allant recourir à une AMP en Belgique, puis de procéder à l'adoption de l'enfant en France. Ce que demandent les requérantes à la Cour, c'est d'affirmer que l'État a l'obligation positive d'agir par les moyens et les finances publiques pour permettre la réalisation de leur désir d'enfant sur le territoire français. La question qui se pose en l'espèce est donc de savoir si l'État a une telle obligation positive au titre de la Convention. La réponse est clairement négative.

¹ L'article L2141-2 du Code de la santé publique dispose : « *L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination (...)* ».

² *Tysiç c. Pologne*, n° 5410/03, 20 mars 2007 ; *Chypre c. Turquie*, GC, n° 25781/94 ; *Nikky Sentges c. Pays-Bas*, n° 27677/02, déc.

³ *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, 10 avril 2007, § 71 ; *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, 1er avril 2010, § 58.

⁴ *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, 4 décembre 2007, § 66.

L'article 12 de la Convention n'impose pas à l'État une obligation positive d'aider les individus à procréer ou à obtenir un enfant, que ce soit par adoption, AMP ou GPA.

En ce sens, la Cour a souligné que « *le droit de procréer n'est pas couvert par l'article 12 ni par aucun autre article de la Convention* »⁵. La Cour l'a rappelé dans sa décision sur la recevabilité de l'affaire *S.H. c. Autriche* : « *l'article 12 de la Convention ne garantit pas un droit à la procréation* »⁶. Ainsi que l'a exprimé le juge De Gaetano dans son opinion séparée dans l'affaire *S.H. c. Autriche*, « *ni l'article 8 ni l'article 12 ne peuvent s'interpréter comme conférant un droit de concevoir un enfant à n'importe quel prix. A mes yeux, le « désir » d'enfant ne peut devenir un objectif absolu l'emportant sur la dignité de la vie humaine* »⁷.

Concernant l'article 8, la Grande Chambre a récemment rappelé dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli* que le droit à la protection de la vie privée et familiale ne protège pas le simple désir de fonder une famille⁸.

A fortiori, il n'existe aucun droit à l'AMP. Établir un droit subjectif à l'AMP impliquerait d'imposer à l'État une obligation positive en matière de procréation, de détacher l'usage de l'AMP de sa finalité médicale et de créer matériellement un droit à l'enfant.

En l'absence de tout droit à l'enfant, il ne peut par conséquent exister aucun droit à bénéficier d'une aide médicale à la procréation, quelle que soit la situation des personnes souhaitant y avoir accès. Si la Cour a conclu dans l'affaire *Dickson c. Royaume-Uni* que le refus de permettre à un couple hétérosexuel marié dont l'homme était incarcéré d'avoir recours à une insémination artificielle violait la Convention, cet arrêt ne peut pas être interprété comme offrant pour autant un droit à l'insémination artificielle. Il s'agit uniquement, comme on l'a dit, d'un droit au respect de la décision de devenir parents génétiques car le projet parental des requérants était entravé par le refus de l'administration de permettre le recours à l'AMP auquel ils pouvaient légalement prétendre accéder. La Cour, notamment dans les affaires *S.H. c. Autriche* puis *Costa et Pavan c. Italie*, a jugé qu'« *il y a lieu de souligner que les Etats ne sont nullement tenus de légiférer en matière de procréation artificielle ni de consentir à son utilisation* »⁹ : il n'existe donc pas d'obligation pour les Etats de légaliser l'AMP.

De manière générale, le Haut conseil français à l'égalité entre les femmes et les hommes reconnaît qu'« *il n'y a pas, dans le droit international, la consécration d'un droit d'accès à la PMA* »¹⁰.

II. RECOURIR A L'AMP DEPASSE LE CHAMP DE LA VIE PRIVEE

Le désir de devenir parent est un aspect de la vie privée et familiale et mérite protection contre les entraves que l'État pourrait indûment imposer à la réalisation de ce désir naturel. A plusieurs reprises, la Cour a estimé que « *le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relevait de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale* »¹¹.

Cela étant, le recours aux techniques d'AMP dépasse le strict champ de la vie privée et familiale, en ce qu'il se réalise en dehors du cadre familial, nécessite l'intervention des tiers et met en cause l'intérêt des enfants. Comme toute technique médicale, l'AMP exige donc une régulation au regard de l'intérêt public de protéger les enfants, les familles et la société. Il en est de même de l'adoption. Il est alors de la responsabilité de l'État de définir, au regard de l'intérêt de l'enfant, si et dans quelle mesure une aide peut être apportée à la réalisation du désir d'enfant.

⁵ *Šijakova and others v. « the former Yugoslav Republic of Macedonia »* (Dec), n° 67914/01, 6 mars 2003, § 3.

⁶ *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, décision sur la recevabilité du 15 novembre 2007, § 4.

⁷ *S.H. c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, Opinion séparée du juge De Gaetano, § 3.

⁸ *Paradiso et Campanelli c/ Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janv. 2017, § 141.

⁹ *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, 1^{er} avril 2010, § 74.

¹⁰ Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Contribution au débat sur l'accès à la PMA*, Avis n° 2015-07-01-SAN-17 adopté le 26 mai 2015, p. 11.

¹¹ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017, §§ 159-160.

III. LA QUESTION DE LA COHERENCE DE LA LOI FRANCAISE

Dans l'affaire *S.H. c. Autriche*, la Chambre a jugé que « *dès lors qu'un État décide d'autoriser (l'AMP), il doit se doter, nonobstant l'ample marge d'appréciation dont les Parties contractantes bénéficient dans ce domaine, d'un régime juridique cohérent permettant une prise en compte suffisante des divers intérêts légitimes en jeu et respectueux des obligations découlant de la Convention* »¹².

Il faut admettre que la législation française ne serait pas cohérente si elle permettait aux hommes de recourir à la GPA et/ou aux femmes célibataires de recourir à l'AMP ; mais tel n'est pas le cas. Le caractère strictement médical de l'AMP assure la cohérence de son cadre juridique. Ce caractère strictement médical exclut en outre toute discrimination entre les personnes selon leur orientation sexuelle.

Au regard de l'accès à l'adoption, le cadre juridique de l'AMP n'est pas davantage incohérent. La loi française permet aux célibataires et aux couples mariés de personnes de même sexe de faire une demande d'adoption. En accordant cette faculté, le législateur a implicitement estimé qu'il peut être dans l'intérêt d'un enfant d'être adopté et élevé par de telles personnes. Ce faisant, le législateur a confirmé sa position ancienne selon laquelle l'altérité sexuelle n'est pas une condition à la faculté d'élever un enfant, même si elle est préférable. Notons qu'il n'est pas nécessaire d'être infertile pour pouvoir adopter, mais d'être reconnu apte à élever un enfant. L'altérité sexuelle est en revanche une condition légitime à l'accès à l'AMP, puisque cette technique médicale vise non pas à élever un enfant, mais à procréer.

Cette distinction entre le régime de l'accès à l'adoption et à l'AMP est logique et justifiée car, bien que permettant d'avoir un enfant, ces deux moyens ne constituent pas des réponses analogues à un même projet parental : il importe en effet de se demander qui est appelé à tirer profit de l'une et l'autre. Dans le cas de l'adoption, l'enfant adopté existe déjà, et c'est lui, bien plus que l'adoptant, qui peut prétendre à un droit à être adopté par un couple ou une personne jugée capable de l'élever. L'adoption doit prendre en compte au premier chef le bien-être de l'adopté plutôt que les aspirations de l'adoptant. Elle se conçoit comme un moyen de rétablir une certaine justice en offrant à l'adopté la famille, ou au moins l'adulte dont il a été privé. L'adoption par un célibataire ou un couple de même sexe a souvent été présentée comme un bien pour l'enfant, ou moindre mal, par rapport au fait de demeurer orphelin.

L'adoption consiste en effet à « *donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille* »¹³, ce qui est le cas de l'AMP. Autrement dit, s'il est une chose d'offrir une famille à un enfant qui en a été privé, il en est une autre de « fabriquer » un enfant afin qu'il soit délibérément privé de l'une au moins de ses ascendances biologiques dans le but de satisfaire le désir d'enfant ressenti par des adultes. L'AMP hétérologue avec donneur anonyme conçoit volontairement des enfants orphelins de père. L'injustice infligée à l'enfant ainsi conçu est d'autant plus grande lorsque le couple qui l'accueille ne lui offre pas de père de substitution.

Par ailleurs, notons que l'AMP hétérologue avec donneur anonyme efface totalement la filiation paternelle de l'enfant, ce qui n'est pas le cas de l'adoption simple.

L'adoption et l'AMP n'étant pas similaires, les différences existant en droit français au niveau de l'accès à l'une et l'autre sont justifiées et cohérentes. Le droit français en matière d'AMP est d'ailleurs respectueux du principe 1-1 énoncé en 1989 dans le rapport sur la procréation humaine artificielle du Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales (CAHBI) indiquant notamment que « *Les techniques de procréation artificielle humaine peuvent être employées en faveur d'un couple hétérosexuel (...), lorsque les conditions appropriées existent pour assurer le bien-être de l'enfant à naître (...)* ».

La requête soutient encore qu'il existerait une incohérence entre la législation française en matière d'AMP et les avis rendus par la Cour de cassation le 22 septembre 2014 admettant la possibilité pour l'épouse de la mère d'adopter un enfant conçu par AMP à l'étranger. Une telle situation de « fait accompli » est pourtant similaire à celle de la GPA : bien qu'interdite en France, elle y produit certains

¹² *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, 1^{er} avril 2010, § 74.

¹³ *Fretté c. France*, n° 36515/97, 26 février 2002, § 42.

effets, suite notamment à la condamnation de la France par la Cour¹⁴, sans que cette dernière n'impose pour autant la légalisation de principe de cette pratique. Imposer la suppression d'un principe au moyen d'un fait accompli par contournement de la loi s'appelle de la subversion.

La législation française en matière d'AMP est cohérente avec l'interdiction de la GPA. En effet, si l'AMP constitue le seul moyen pour les femmes célibataires ou en couple d'accéder à une parenté partiellement génétique, les hommes célibataires ou en couple ne peuvent avoir recours qu'à la GPA pour aboutir à ce même résultat, ce qui pose d'aussi graves problèmes éthiques. A supposer que la Cour donne raison en l'espèce aux requérantes et reconnaisse en substance un « droit à l'enfant sans père », il lui faudra aussi à terme reconnaître un « droit à l'enfant sans mère », c'est à dire à la GPA.

IV. UNE MESURE POURSUIVANT DES BUTS LEGITIMES

Une mesure protégeant la famille

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 23-1) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (article 10-1) de 1966 énoncent que la famille « *a droit à la protection de la société et de l'Etat* ». A plusieurs reprises, la Cour a rappelé que la protection de la famille traditionnelle peut constituer un but légitime justifiant une différence de traitement. Ainsi dans l'affaire *Karner c. Autriche*, la Cour s'est dite « *prête à reconnaître que la protection de la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe une raison importante et légitime qui pourrait justifier une différence de traitement* »¹⁵. De même, dans l'affaire *X et autres c. Autriche*, elle a admis « *que le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe un motif important et légitime apte à justifier une différence de traitement* »¹⁶. Ainsi que l'ont exprimé les juges De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek et Dedov dans leur opinion concordante dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*, « *la famille doit être entendue comme un élément naturel et fondamental de la société institué essentiellement par le mariage entre un homme et une femme* » et elle « *se fonde essentiellement sur les relations interpersonnelles formalisées en droit ainsi que sur les liens de parenté biologique* »¹⁷. Réserver les techniques d'AMP aux couples hétérosexuels relève ainsi de cette considération relative à la protection de la famille naturelle.

Une mesure protégeant l'intérêt des enfants, donc la morale

En outre, dans l'affaire *S.H. c. Autriche* qui a trait à l'AMP hétérologue, la Grande Chambre a souligné que « *dans un domaine aussi délicat que celui de la procréation artificielle, les préoccupations tenant à des considérations d'ordre moral ou à l'acceptabilité sociale des techniques en question doivent être prises au sérieux* »¹⁸.

La morale n'est pas un ensemble de normes bêtement héritées du passé, mais peut se définir comme la voie vers le bien. En l'espèce, elle correspond à ce qui est bon pour les enfants, c'est-à-dire à leur intérêt supérieur.

La morale est différente de la justice qui vise le juste, l'équitable. La justice suppose une relation interpersonnelle, ce qui n'est pas le cas de la morale. Apprécier ce qui est « bien » se fait d'une manière générale et est valable pour toute la société. Cette distinction entre le *bien* et le *juste*, entre la morale et la justice est très utile pour comprendre le cas d'espèce. En effet, les requérantes se placent uniquement du point de vue de la justice, en comparant leur situation à celle d'autres couples et en prétendant à l'existence d'une inégalité de traitement. Ce point de vue sous l'angle de la justice entre adultes fait abstraction de la considération du bien des enfants, et au-delà de celui de la société, c'est à dire de la morale.

¹⁴ *Mennesson c. France* (n° 65192/11) et *Labassée c. France* (n° 65941/11), 26 juin 2014.

¹⁵ *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, 24 juillet 2003, § 40.

¹⁶ *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, 19 février 2013, § 138.

¹⁷ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], Opinion concordante aux juges De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, § 3.

¹⁸ *S.H. c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, § 100.

En l'espèce, l'appréciation diffère selon que l'on considère la question du point de vue des adultes (sous l'angle de la justice/égalité) ou du point de vue du bien des enfants (sous l'angle de la morale).

Or, si l'on estime qu'il ne peut pas exister de droit sur l'enfant, il faut alors exclure que l'accès à l'AMP puisse être l'objet d'une revendication d'égalité, et donc d'un droit. En outre, il convient toujours de privilégier la protection du plus faible. C'est donc sous l'angle du bien de l'enfant, c'est à dire de la morale, que la présente affaire devrait être considérée en priorité, et non pas seulement sous celui du « droit » des adultes.

Une mesure protégeant les enfants

Dans l'affaire *X. et autres c. Autriche*¹⁹, la Cour « (a raisonné) en se référant exclusivement au principe d'égalité entre couples (...) (et) ne se prononce pas au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant mais de celui du couple des requérantes »²⁰. Dans leur opinion partiellement dissidente dans cette même affaire, sept juges parlent de l'enfant comme « le grand oublié de ce dossier »²¹. En effet, certaines possibilités qu'offrent les techniques de procréation artificielle (AMP, GPA) font souvent de l'enfant un objet : celui du désir, non-désir, projet parental. C'est le cas de la présente requête qui se place sous l'angle unique du désir des adultes « d'avoir » un enfant et de leur égalité (y compris pécuniaire) dans l'accès aux techniques d'AMP par rapport à d'autres adultes. Ce serait une erreur de raisonnement de considérer l'égalité entre couples par rapport à l'accès à une technique, à un « moyen » de la procréation, sans en considérer la finalité. L'égalité ne doit pas être appréciée par rapport à l'accès à la technique, mais par rapport à la procréation d'un enfant. Or un enfant ne peut en aucun cas être l'objet d'un droit, fut-ce un droit à l'égalité : il doit toujours être une fin en soi. Le véritable enjeu de cette affaire n'est pas l'égal accès à une technique mais la protection de l'enfance en général contre leur réduction croissante en l'objet du désir des adultes, presque en objet de consommation. Il s'agit de protéger l'intérêt des enfants existants mais aussi ceux des générations futures. En effet, le préambule de la Convention d'Oviedo affirme que « les progrès de la biologie et de la médecine doivent être utilisés pour le bénéfice des générations présentes et futures ». Le bien et intérêt supérieur de l'enfant requiert qu'il soit voulu pour lui-même et élevé par ses parents : il est injuste de le priver volontairement d'un tel bien.

Une mesure protégeant l'intérêt supérieur de l'enfant au titre de la protection des droits et libertés d'autrui (article 8.2)

C'est au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il est justifié de réserver l'AMP aux couples composés d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de procréer. Conformément à l'article 3-1 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant (CIDE) de 1989 et au principe 2 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, la Cour juge de manière constante que la protection de l'intérêt de l'enfant doit être prise en compte et constitue un but légitime²². En ce sens, il n'est pas inutile de rappeler que les techniques d'AMP ne sont pas exemptes de risques pour le futur enfant, comme l'exposent les auteurs d'un récent rapport commandé par le Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe²³. En tout état de cause, l'intérêt supérieur de l'enfant comporte notamment son « droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux » (CIDE, article 7-1) qui est bafoué en cas d'AMP au bénéfice de femmes seules ou vivant en couple.

L'ECLJ attire incidemment l'attention de la Cour sur le fait que les pères sont de plus en plus exclus et déresponsabilisés en matière de procréation et d'éducation, relégués au rang de géniteurs et de parents

¹⁹ *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, 19 février 2013,

²⁰ Clotilde Brunetti-Pons, « Après la loi du 17 mai 2013, quel état des lieux et quelles perspectives pour le droit de la famille ? », in Institut famille et République, *Le mariage et la loi, protéger l'enfant*, p. 36.

²¹ *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, 19 février 2013, Opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, De Gaetano et Sicilianos, § 8.

²² Voir notamment *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, 6 juillet 2010, § 134-135 ; *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, 19 février 2013, § 138 ; *X. c. Lettonie* [GC], n° 27853/09, 26 novembre 2013, § 95-96.

²³ Kavot Zillén, Jameson Garland, Santa Slokenberga, *The Rights of Children in Biomedicine : Challenges posed by scientific advances and uncertainties*, submitted 11 January 2017 (Commissioned by the Committee on Bioethics for the Council of Europe), p. 22-25.

de second ordre sous l'effet de la généralisation du contrôle exclusivement féminin des naissances et des divorces. La demande de création d'un « droit à l'enfant sans père » ne ferait qu'accroître ce phénomène.

Concernant le *droit de l'enfant à être élevé par ses parents*, les normes réalistes tenant compte de la complémentarité sexuelle nécessaire à la procréation structurent le droit. C'est ainsi que le terme « parents » à l'article 7 de la CIDE doit être interprété comme signifiant les père et mère de l'enfant²⁴. De même, la Cour a reconnu dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* que « par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille »²⁵. Ce droit de l'enfant à être élevé par son père et sa mère relève du principe. Or, ainsi que l'expose un auteur, « on demande en la matière de prouver ce qui relève du principe – l'enfant a besoin d'un père et d'une mère – alors qu'il faudrait au contraire établir que ce n'est pas le cas pour qu'il y ait concordance avec l'intérêt supérieur de l'enfant »²⁶. Des études montrent pourtant que l'enfant a besoin d'un père et d'une mère pour sa construction car chacun d'eux y contribue spécifiquement²⁷ et qu'être élevé par un père et une mère ou deux personnes de même sexe ne revient pas au même²⁸. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a d'ailleurs affirmé que « s'agissant de reconnaître aux homosexuels les droits qui appartiennent aux couples mariés, la majorité de la Commission a estimé que seul l'intérêt de l'enfant devait prévaloir et, selon elle, un couple homosexuel n'était pas le mieux à même de l'assurer. En conséquence, il semble prématuré de faire des recommandations dans ce sens, même si certains États membres ont déjà reconnu dans leur législation ou dans leur jurisprudence le droit à l'adoption et à la procréation assistée pour les couples homosexuels »²⁹. La situation optimale à laquelle tout enfant venant au monde a un droit naturel est d'être élevé par son père et sa mère biologiques. L'Etat peut légitimement considérer que toute privation de ce droit naturel constitue une souffrance, et même une injustice lorsque cette privation a été intentionnelle et cela quelle que soit la situation conjugale de la personne qui en est à l'origine : celle-ci aura sacrifié l'intérêt et les droits naturels de l'enfant à son propre désir d'avoir un enfant.

Quant au *droit de l'enfant à connaître ses parents*, l'enfant issu d'une AMP hétérologue est privé de l'une au moins de ses ascendances biologiques : l'AMP pour les couples de femmes revient à « fabriquer » un enfant volontairement privé de son père et de sa filiation paternelle. Cela n'est pas conforme à son intérêt et peut en outre être une cause de longues souffrances³⁰, de même qu'en termes

²⁴ Voir la démonstration à ce sujet in « Existe-t-il un droit à connaître ses origines », *Le don de Gamètes*, Colloque Evry 2013 (Aude Mirkovic dir.), Bruylant, 2014.

²⁵ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, 11 juillet 2002, § 98.

²⁶ Clotilde Brunetti-Pons, « Après la loi du 17 mai 2013 », *op. cit.*, p. 36.

²⁷ Raphaële Miljkovitch et Blaise Pierrehumbert, « Le père est-il l'égal de la mère? Considérations sur l'attachement père-enfant », *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux*, 2005/2 (n° 35), p. 115-129, nota. § 19, 29 et 30 : <https://www.cairn.info/revue-cahiers-critiques-de-therapie-familiale-2005-2-page-115.htm> ; Raphaële Miljkovitch, Blaise Pierrehumbert, Giovanna Turganti, Olivier Halfon, « La contribution distincte du père et de la mère dans la construction des représentations d'attachement du jeune enfant », *Enfance*, tome 51, n° 3, 1998, L'attachement, p. 103-116, nota. p. 103 et 114 : http://www.persee.fr/doc/enfan_0013-7545_1998_num_51_3_31197

²⁸ Voir notamment Brief of Amici Curiae American College of Pediatricians, Family Watch International, Loren D. Marks, Mark D. Regnerus and Donald Paul Sullins in support of Respondents, in the Supreme Court of the United States *Obergefell v. Hodges* (26 juin 2015), 3 avril 2015: https://www.supremecourt.gov/ObergefellHodges/AmicusBriefs/14-556_American_College_of_Pediatricians.pdf ; *No Differences? How Children in Same-Sex Households Fare*, Studies from Social Science, Witherspoon Institute, 2014 ; Monica Fontana et Patricia Martinez, *Ce n'est pas pareil : rapport sur le développement des enfants élevés par des couples de personnes de même sexe*, mai 2005 : <http://www.actiegezin-actionfamille.be/Doc/FR/Hazteoir.pdf> ; Paul Cameron, "Homosexual parents testing 'common sense' – A literature review emphasizing the Golombok and Tasker longitudinal study of lesbians' children", *Psychological Reports*, 85, 1999, p. 282 ; Sotirios Sarantakos, "Children in Three Contexts", *Children Australia*, vol. 21, no. 3, 1996, pp. 23-31.

²⁹ APCE, Doc. 8755, 6 juin 2000, *Situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe*, Rapport, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme. Rapporteur : M. Csaba Tabajdi, § 72.

³⁰ Voir des témoignages sur le site internet de l'association Procréation Médicalement Anonyme : <http://pmanonyme.asso.fr/> ; Marie-Laure Makouke, « PMA, GPA : l'épineux débat en cinq questions », 21 mars 2013 : <http://www.terrafemina.com/vie-privee/famille/articles/23882-pma-gpa-lepineux-debat-en-cinq-questions.html>

sanitaires pour l'obtention de soins médicaux appropriés³¹. La Cour a d'ailleurs jugé que « *le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, et le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (...). Ce qui inclut l'obtention des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs* »³². Dans l'affaire *Odièvre c. France*, la Cour avait énoncé qu' « *A cet épanouissement (personnel) contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs (Mikulić c. Croatie, no 53176/99, §§ 54 et 64, CEDH 2002-I). La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention* »³³. La Cour a encore jugé dans l'affaire *Jäggi c. Suisse* que « *le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée* »³⁴. L'importance de la filiation biologique, du lien biologique, est d'ailleurs soulignée par la Cour dans les affaires ayant trait à la GPA, que cela soit fait pour condamner un État n'ayant pas tenu compte de ce lien qui existait³⁵, ou pour conclure à la non-violation des droits des requérants en l'absence de tout lien biologique avec l'enfant³⁶.

V. LA MARGE D'APPRECIATION

La Cour a jugé dans l'affaire *Dickson c. Royaume-Uni* que « *lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu (tel que le choix de devenir un parent génétique), la marge d'appréciation laissée à l'Etat est en général restreinte. En revanche, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions ou implique des choix complexes de stratégie sociale, la marge d'appréciation est plus large. Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique. En pareil cas, la Cour respecte généralement le choix politique du législateur, à moins qu'il ait un « fondement manifestement déraisonnable ». La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention* »³⁷. La Cour a encore admis ensuite dans l'affaire *X. et autres c. Autriche* que « *lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large* »³⁸.

En France, les réflexions sur le régime juridique de l'accès à l'AMP s'inscrivent dans une démarche bioéthique où des réexamens réguliers de la législation en la matière ont été entrepris, conformément aux exigences de la Cour³⁹. En effet, la législation actuelle relative à l'AMP est issue des lois 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, n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique et n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. La Cour rappelle régulièrement que « *dès lors*

³¹ Kavot Zillén, Jameson Garland, Santa Slokenberga, *The Rights of Children in Biomedicine*, op. cit., p. 24-25.

³² *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02, 20 décembre 2007, § 45.

³³ *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, 13 février 2003, § 29.

³⁴ *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00, 13 juillet 2006, § 37.

³⁵ *Mennesson c. France*, n° 65192/11, 26 juin 2014.

³⁶ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017.

³⁷ *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, 4 décembre 2007, § 78. Voir aussi *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, 10 avril 2007, § 77.

³⁸ *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, 19 février 2013, § 148.

³⁹ *S.H. c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, § 118 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, 11 juillet 2002, § 98 ; *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, 28 mai 2002, § 68.

que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation »⁴⁰. Récemment, l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* en matière de GPA a donné l'occasion à la Cour d'admettre que la procréation médicalement assistée figure parmi les « sujets éthiquement sensibles (...) pour lesquels les États membres jouissent d'une ample marge d'appréciation »⁴¹. De manière générale, ainsi que l'a exprimé le Président Costa dans son opinion séparée dans l'affaire *Gas et Dubois c. France*, « il y a des domaines dans lesquels le législateur national est mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille », « dans une matière comme celle-ci, qui touche à de vrais problèmes de société, il incombe à la Cour de [ne pas] censurer aussi radicalement le législateur »⁴².

L'ECLJ ne conteste pas que la marge d'appréciation pourrait légitimement être large si seul l'intérêt des adultes était en cause, mais ce n'est pas le cas s'agissant de la PMA. L'ECLJ estime que la marge d'appréciation des États devrait au contraire être réduite parce que la PMA met en cause l'intérêt supérieur des enfants et leurs droits naturels. Pour l'ECLJ, la Cour ne devrait pas accorder aux États une large marge d'appréciation leur permettant de priver volontairement un enfant de son père, ce qui est une grave injustice contraire à la dignité et à l'intérêt des enfants et des générations futures. Consentir une telle marge reviendrait à permettre la violation des droits garantis par la Convention au titre des articles 3 et 8.

Notons à cet égard, comme la Grande Chambre l'a rappelé dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli*, que le but de protection de l'enfant face aux techniques de GPA n'est « pas seulement de celui dont il est question en l'espèce mais des enfants en général »⁴³. Ainsi, lorsque l'État protège l'intérêt de l'enfant, il s'agit aussi des enfants en général, c'est à dire des générations futures.

L'absence de consensus européen sur l'accès à l'AMP pour les couples de femmes

Le document « *ILGA-Europe Rainbow Map (Index)* »⁴⁴ publié en mai 2016 indique que seulement 13 des 47 États membres du Conseil de l'Europe permettent aux couples de femmes de concevoir un enfant par AMP (Autriche, Belgique, Croatie, Danemark, Finlande, Islande, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Suède et Royaume-Uni). Une nette majorité des États membres est opposée à un usage de l'AMP en dehors d'une prescription médicale. Cette position est confirmée par le fait que la majorité des États membres refuse également la GPA pour les couples d'hommes. Suivant l'approche habituelle de la Cour, dès lors que n'apparaît pas de consensus européen, la marge d'appréciation des États devrait être large.

Ici encore, l'ECLJ n'est pas convaincu par cette approche sociologique et relativiste des droits fondamentaux dès lors qu'il apparaît clairement que l'objet même de la demande en cause est constitutif d'une violation des droits des enfants. Ce n'est pas parce qu'une minorité d'Etats accepte cette violation que la Cour devrait s'abstenir de se prononcer sur la pratique qui en est à l'origine. Il en est de même de la GPA et de toute technique de procréation hétérologue, quels que soient les adultes bénéficiaires.

VI. L'ABSENCE DE DISCRIMINATION

⁴⁰ *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, 10 avril 2007, § 81. Voir aussi *S.H. c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, § 20 et 97 ; *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC] n° 21830/93, 22 avril 1997, § 44.

⁴¹ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017, § 194.

⁴² *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, 15 mars 2012, Opinion concordante du Juge Costa.

⁴³ *Paradiso et Campanelli c/ Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017, § 197.

⁴⁴ ILGA, « *ILGA-Europe Rainbow Map (Index)* », mai 2016 :

http://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/side_b-rainbow_europe_index_may_2016_small.pdf

L'article 14 de la Convention interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables⁴⁵. Si la Cour a pu admettre que les couples homosexuels et hétérosexuels se trouvent dans des situations de fait comparables en matière de filiation adoptive⁴⁶, il importe de souligner que la présente affaire a trait à la procréation, non à la filiation.

Au regard de la procréation, deux personnes du même sexe ne sont pas dans une situation comparable à un couple hétérosexuels. L'hétérosexualité n'est pas définie par la loi comme une relation affective et subjective qui serait équivalente à l'homosexualité, mais est considérée de façon réaliste comme la complémentarité sexuelle propre à la procréation. Prétendre que l'hétérosexualité serait équivalente à l'homosexualité en matière de procréation impliquerait de faire abstraction du corps et de réduire les personnes à leur affectivité.

En l'espèce, les requérantes se plaignent de subir un traitement discriminatoire en raison de leur orientation sexuelle car la loi française réserve l'AMP aux couples souffrant d'une infertilité pathologique. Elles prétendent que la situation de deux femmes mariées est comparable à celle d'un couple homme-femme infertile. Dans l'affaire *Gas et Dubois c. France*, la Cour a admis le caractère non discriminatoire de la législation française relative aux conditions d'accès à l'AMP en jugeant que « *l'insémination artificielle avec donneur anonyme n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes (partenaires homosexuelles). Il s'ensuit, pour la Cour, que la législation française concernant l'IAD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes* »⁴⁷. Cette situation n'ayant pas évolué en droit français depuis cette décision et bien que les couples homosexuels puissent se marier depuis la loi du 17 mai 2013, une telle conclusion devrait pouvoir s'appliquer *mutatis mutandis* dans la présente affaire dès lors que l'accès à l'AMP en France ne dépend pas du statut marital des personnes souhaitant en bénéficier.

A l'instar de la Cour, le Conseil constitutionnel français a admis dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe que « *les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe ; que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁴⁸.

L'origine de l'infertilité, critère de comparabilité des situations

De manière objective, deux personnes du même sexe ne peuvent pas prétendre être dans une situation comparable à celle d'un couple homme-femme souffrant d'une infertilité. Dans l'affaire *Gas et Dubois c. France*, pour expliquer la différence entre les situations, la Cour a relevé au préalable « *que si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave* »⁴⁹. Ce n'est donc pas la nature hétérosexuelle ou homosexuelle de la relation qui est prise en compte pour apprécier la comparabilité des situations mais l'origine de l'infertilité, car le but de l'AMP est d'aider les couples souffrant d'une pathologie médicalement diagnostiquée. Bien que l'infertilité d'un couple homme-femme puisse parfois être inexplicée, la stérilité d'un célibataire ou d'un couple de personnes de même sexe n'est en rien pathologique, quand bien même l'une des deux personnes formant ledit couple aurait par ailleurs un problème de fertilité : ce n'est pas le droit qui empêche un tel couple de procréer mais la nature et leur mode de vie, et l'État n'a pas l'obligation positive au titre de la Convention d'aider les personnes à agir contre la nature.

⁴⁵ *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, 21 décembre 1999, § 26.

⁴⁶ *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, 19 février 2013, § 112.

⁴⁷ *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, 15 mars 2012, § 63.

⁴⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, considérant 44.

⁴⁹ *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, 15 mars 2012, § 63.

Le Comité Consultatif National d’Éthique français s’est exprimé en ces termes à propos des limites de la médecine : « *il faut se garder d’accréditer l’idée que toute injustice, y compris physiologique, met en cause l’égalité devant la loi. Même si la détresse des femmes stériles suscite un sentiment d’émotion ou de révolte, elle ne saurait imposer à la société d’organiser l’égalisation par la correction de conditions compromises par la nature. Une telle conception conduirait à sommer la collectivité d’intervenir sans limites pour restaurer la justice au nom de l’égalité et correspond à l’affirmation d’un droit à l’enfant – alors que le désir ou le besoin d’enfant ne peut conduire à la reconnaissance d’un tel droit* »⁵⁰.

Conclusion

La décision dans cette affaire ne sera pas seulement juridique, mais anthropologique et politique, car elle répond à la revendication d’un « droit à l’enfant sans père ». A l’instar du juge De Gaetano, l’ECLJ rappelle que « *ni l’article 8 ni l’article 12 ne peuvent s’interpréter comme conférant un droit de concevoir un enfant à n’importe quel prix* » et que « *le "désir" d’enfant ne peut devenir un objectif absolu l’emportant sur la dignité de la vie humaine* »⁵¹.

La présente espèce soulève en outre la question du lien entre le droit, la science et la nature. Si le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaît le droit pour chacun « *de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications* » (article 15 § 1 b), ce droit ne concerne que les véritables progrès qui ne sont pas réalisés aux dépens de la dignité humaine et des droits des tiers.

La Cour européenne des droits de l’homme a été créée après la Seconde Guerre mondiale pour protéger les hommes de la déshumanisation provoquée par les idéologies matérialistes et scientistes. Ce scientisme des années 1930, qui rêvait déjà d’ectogénèse et de fécondation artificielle⁵², se prolonge actuellement sous un jour non plus collectiviste mais individualiste, mais c’est le même scientisme matérialiste. Face aux désirs et aux techniques sans limite, les droits de l’homme peuvent-ils encore protéger notre humanité ? Si les droits de l’homme « *(se bornent) à accompagner les progrès de la science médicale* »⁵³, ils seront condamnés à servir « d’alibi moral » à une nouvelle forme de déshumanisation dont la violation volontaire des droits et intérêts des enfants – revendiquée dans cette affaire – est symptomatique. Les droits de l’homme ne protégeraient plus l’homme, mais se limiteraient à ajuster symboliquement la société à ce progrès. L’ECLJ estime à l’inverse que le rôle des droits de l’homme est de protéger l’homme de toutes les idéologies, et en particulier aujourd’hui du volontarisme et du scientisme.

Pour cela, il convient notamment de redécouvrir la différence entre la justice et la morale, et de ne pas limiter les droits de l’homme à l’égalité. La justice protège les relations entre les personnes ; la morale protège le bien de l’homme en soi. Il convient face à la science et aux désirs illimités des individus de redécouvrir le sens du bien de l’homme en soi, et donc la valeur positive de la morale qui est au fondement même des droits de l’homme.

⁵⁰ Comité Consultatif National d’Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, Avis n° 110, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, p. 16.

⁵¹ *S.H. c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, Opinion séparée du juge De Gaetano, § 2.

⁵² Voir Aldous Huxley, *Le Meilleur des mondes*, 1932.

⁵³ *S.H. c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, Opinion séparée du juge De Gaetano, § 3.