



OBSERVATIONS ÉCRITES

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

*Valérie Dalleau contre la France
(Requête n° 57307/18)*

Grégor Puppinck, Directeur
Delphine Loiseau,
Priscille Kulczyk,
Nicolas Bauer, Chercheurs associés.

Octobre 2019

1. L'ECLJ compatit à la peine de Mme Dalleau et lui souhaite de pouvoir un jour fonder une famille. C'est en raison de la portée d'intérêt général de cette affaire que l'ECLJ souhaite apporter les observations suivantes.

Dans l'affaire *Dalleau c. France* (n° 57307/18), une femme, Valérie Dalleau (la requérante), avait formé, avec M. Charpentier, le projet d'avoir un enfant. En raison d'un cancer et de son traitement, M. Charpentier risquait de devenir stérile. Il a en conséquence procédé au dépôt de ses gamètes dans un Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme (CECOS) le 13 décembre 2016. Il est décédé des suites de sa maladie le 25 septembre 2017, avant d'avoir pu procéder à une procréation médicalement assistée (PMA) avec Mme Dalleau. Celle-ci a alors demandé au CECOS, le 26 décembre 2017, le transfert des paillettes vers un établissement de santé espagnol afin d'y pratiquer une insémination *post mortem*, pratique encadrée par le droit espagnol. Face à l'absence de réponse du centre, la requérante a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Paris, puis en dernier recours le Conseil d'État afin d'obtenir ce transfert. Ces deux juridictions ont refusé d'accéder à sa demande.

2. Selon la requérante, le refus des autorités françaises d'autoriser l'exportation des gamètes de M. Charpentier en vue d'une insémination *post mortem* en Espagne porte atteinte à sa vie privée et familiale et constitue une discrimination (article 8 pris seul mais aussi combiné à l'article 14 de la Convention).

3. À supposer que cette requête ne soit pas d'emblée irrecevable pour ces motifs, cette affaire soulève la question de l'existence et de l'étendue, au regard de la Convention, d'un droit d'une personne sur les gamètes d'une tierce personne décédée, alors même que celle-ci n'a laissé aucune instruction écrite ou orale quant à l'usage de ses gamètes après son décès. Dans ce contexte, l'*European Centre for Law and Justice (ECLJ)* souhaite faire part à la Cour des observations suivantes.

I. L'EXISTENCE D'UNE INGÉRENCE DANS LE CHAMP DE L'ARTICLE 8

4. Il convient d'observer d'emblée que la législation française n'accorde aucun droit au conjoint survivant sur les gamètes du défunt, qui sont systématiquement détruits. En Espagne¹, l'homme qui souhaite que ses gamètes soient utilisés après son décès en vue d'une naissance doit avoir manifesté sa volonté dans un testament, un acte authentique ou dans des directives anticipées, et désigner la femme bénéficiaire de ce droit d'usage.

Or, M. Charpentier n'a pas exprimé une telle volonté. Il en résulte que la requérante n'est titulaire d'aucun droit à disposer des gamètes de M. Charpentier, ni en France, ni en Espagne. Il ne peut en conséquence exister d'ingérence dans les droits conventionnels de la requérante que si la Cour estime que celle-là dispose, au titre de la Convention, d'un tel droit, au moins potentiel, sur les gamètes du défunt. En outre, il y a lieu de souligner que même si l'exportation des gamètes vers l'Espagne avait été permise, l'insémination n'y aurait pas été autorisée, à défaut de droit de la requérante sur les gamètes. Dès lors, l'existence d'une ingérence est manifestement douteuse.

Même à supposer que la requérante ait un droit à disposer des gamètes du défunt, on ne voit pas bien en quoi aurait consisté son préjudice dès lors que la décision des autorités françaises relative à l'exportation des gamètes est sans incidence sur l'impossibilité de pratiquer la PMA *post-mortem* en Espagne.

¹ Loi espagnole n° 14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de « reproduction humaine assistée ».

5. Il convient de distinguer, pour l'appréciation des droits et intérêts de la requérante, entre les gamètes et les embryons. La Cour a déjà jugé que le parent d'un embryon congelé a une forme de « droit » sur le devenir de tels embryons². En effet, « ceux-ci renferment le patrimoine génétique de la personne en question et représentent à ce titre une partie constitutive de celle-ci et de son identité biologique »³. Dans le cas d'un embryon, les deux personnes ayant fourni leurs gamètes ont donc un certain « droit » sur celui-ci. Il en va différemment des gamètes, qui ne sont liés qu'à la personne qui les a fournis.

6. Plus généralement, comme l'ont souligné les juges De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek et Dedov « *La Cour doit apprécier la compatibilité avec la Convention non pas des faits de la cause mais de l'ingérence litigieuse, considérée dans un contexte plus général. Ce qui importe, ce n'est pas de savoir si les « faits de la cause » relèvent de la vie privée des requérants mais seulement si l'ingérence litigieuse tombe sous l'empire du droit des requérants à la protection de leur vie privée.*

Deuxièmement, on ne saurait dire que l'enjeu a trait au droit des requérants au respect de leur décision de devenir parents. L'enjeu ne porte pas sur cette décision en soi mais sur la manière dont ils ont essayé d'atteindre leur but. L'État n'a pas commis d'ingérence dans la décision des requérants de devenir parents mais seulement dans la mise en œuvre, contraire à la loi, de cette décision »⁴.

Il appartient donc à la Cour de vérifier la compatibilité avec la Convention, non pas des faits de l'espèce mais de l'ingérence litigieuse.

7. La première question à se poser concerne l'existence d'une ingérence des autorités françaises dans le champ du droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante. En l'absence de « vie familiale », il ne peut y avoir d'ingérence dans ce droit (A), se pose alors la question de l'existence d'une telle ingérence affectant la vie privée de la requérante (B).

A) L'absence de « vie familiale »

8. D'après la Cour, le droit au respect de la vie familiale suppose, pour pouvoir s'appliquer, l'existence d'une famille ou au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer⁵. Il ne garantit pas le simple désir de fonder une famille⁶. En conséquence, le désir de concevoir des enfants ne suffit pas à constituer une vie familiale.

9. En l'espèce, c'est le décès de M. Charpentier, et non le refus litigieux des autorités françaises (postérieur au décès), qui a mis fin à la vie familiale qu'il menait avec la requérante. La survie du désir d'enfant de la requérante ne suffit pas à constituer une vie familiale.

B) Une ingérence dans la « vie privée »

10. La vie privée, selon la Cour, est une notion large, cependant « *le droit de procréer n'est pas couvert par l'article 12 ni par aucun autre article de la Convention* »⁷. La Cour considère

² *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, 10 avril 2007 ; *Parrillo c. Italie* [GC], n° 46470/11, 27 août 2015.

³ *Parrillo c. Italie* [GC], préc., § 158.

⁴ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017, opinion concordante des juges De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, §5.

⁵ *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, 13 juin 1979, § 31 et *Nylund c. Finlande* (déc.), n°27110/95, 29 juin 1999 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 141.

⁶ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], *ibid* ; *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008, § 41.

⁷ *Šijakova et autres c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »* (déc.), n° 67914/01, 6 mars 2003.

tout de même que la faculté des couples de recourir à la PMA, qui n'est pas absolu, relève de la protection de l'article 8⁸. Pour une femme seule, qu'elle soit veuve ou célibataire, il n'y a pas de droit à recourir à la PMA, mais un droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent⁹. Le juge De Gaetano a rappelé dans son opinion séparée dans l'affaire *S.H. c. Autriche*, 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. À mes yeux, le « désir » d'enfant ne peut devenir un objectif absolu l'emportant sur la dignité de la vie humaine* »¹⁰.

1. La cause du malheur de la requérante n'est pas l'État

11. Mme Dalleau n'a pas été empêchée par l'État de réaliser son projet d'enfant avec M. Charpentier. Au contraire, les services de santé publique les ont aidé. La France a donc parfaitement accompagné leur désir de devenir parent. Mme Dalleau et M. Charpentier avaient connaissance, lors du prélèvement, du risque de décès de ce dernier, et du fait que les gamètes ne seraient pas conservés dans cette hypothèse.

Les autorités françaises ne sauraient être tenues pour responsables du décès de M. Charpentier, lequel décès est l'unique cause du malheur de la requérante.

En outre, comme cela a été dit précédemment, Mme Dalleau ne pouvait pas de toutes façons réaliser d'insémination *post mortem*, ni en France, ni en Espagne.

2. S'agissant de l'interdiction française de l'insémination *post mortem*

12. Mme Dalleau a sollicité le juge administratif français pour obtenir l'autorisation d'exporter le sperme de son partenaire décédé en Espagne. Elle n'a pas contesté devant les juridictions internes l'interdiction de la PMA *post-mortem*. La question de la compatibilité de cette interdiction avec la CEDH ne se pose donc pas dans la présente affaire. Et même à supposer qu'elle se posât, le respect du principe de subsidiarité et le constat de l'absence de consensus européen en la matière suffirait à y répondre.

3. S'agissant de l'interdiction de l'exportation des gamètes

13. Une fois encore, l'absence de droit de la requérante sur les gamètes du défunt a pour conséquence que le refus de leur exportation ne peut avoir affecté le droit au respect de la vie privé de celle-ci. Certes, ce refus a pu *l'affecter* subjectivement, mais non juridiquement, tout en sachant qu'il n'a eu aucune conséquence sur la réalisation du projet parental de la requérante.

À l'inverse, si l'exportation avait été autorisée, cette décision aurait affecté les droits du défunt en plus d'être contraire à la loi.

14. Pour toutes ces raisons, il n'existe aucune ingérence de l'État français dans le droit à la vie privée de Mme Dalleau. L'utilisation de gamètes aurait porté, en revanche, une ingérence manifeste dans la vie privée de M. Charpentier.

⁸ *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, § 82 ; *Knecht c. Roumanie*, n° 10048/10, 2 octobre 2012, § 54 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 160.

⁹ *Evans c. Royaume-Uni* [GC], préc., § 71 ; *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04, 26 mai 2011, § 180 ; *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, 4 décembre 2007, § 66 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., §§ 163 et 215 ; *P. et S. c. Pologne*, n° 57375/08, 30 octobre 2012, § 111.

¹⁰ *S.H. c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, Opinion séparée du juge De Gaetano, § 2.

À supposer que la Cour juge qu'il y a en l'espèce ingérence dans les droits de la requérante, il convient d'observer si celle-ci est prévue par le droit français.

II. L'INGÉRENCE ÉVENTUELLE EST PRÉVUE PAR LA LOI

15. Le refus des autorités françaises d'accéder à la demande de la requérante est prévu par la loi qui proscribit toute exportation de gamètes d'une personne décédée vers un pays qui pratique l'insémination *post mortem*. En effet, l'article L.2141-11-1 alinéa 3 du Code de la santé publique prévoit que l'exportation de gamètes n'est possible que si ceux-ci sont destinés à être utilisés dans le respect des principes établis par ce Code, notamment son article L.2141-2 qui conditionne l'accès à la PMA aux critères suivants : « *l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans (...) Font obstacle à l'insémination, le décès d'un des membres du couple* ». En outre, l'article L.2141-18 du Code de la santé publique prévoit qu'en cas de décès de la personne, il est mis fin à la conservation des gamètes.

16. La requérante rapporte qu'en vertu de la jurisprudence du Conseil d'État du 31 mai 2016¹¹, l'exportation de gamètes en vue d'une insémination *post mortem* serait possible dans certaines circonstances. Or, cette décision de 2016 écarte l'application de la loi française en raison des circonstances de l'espèce. La haute juridiction a autorisé cette exportation considérant que : 1) la veuve était de nationalité espagnole, était retournée vivre en Espagne, et ne souhaitait donc pas contourner la loi française, 2) le défunt y avait formellement consenti. Or, ces deux conditions ne sont pas réunies dans le cas de Mme Dalleau.

17. En outre, selon la jurisprudence de la Cour¹², le principe de sécurité juridique ne crée pas un droit acquis à une jurisprudence constante ; *a fortiori*, une seule décision ne peut pas être qualifiée de jurisprudence constante. En effet, une évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à la bonne administration de la justice¹³. Mme Dalleau ne pouvait donc pas espérer, avec une confiance légitime, que sa demande puisse être acceptée, même en se fondant sur la jurisprudence de 2016 du Conseil d'État. L'éventuelle ingérence invoquée par Mme Dalleau était donc bien prévue par la loi.

III. UNE INGÉRENCE POURSUIVANT DES BUTS LÉGITIMES

18. En l'espèce, l'éventuelle ingérence poursuit au moins deux des buts légitimes : la protection des droits et libertés d'autrui (A) et la protection de l'ordre (B).

A) La protection des droits d'autrui

1. Les droits du partenaire défunt

19. L'absence de droit de la requérante sur les gamètes du défunt vise à protéger les droits de celui-ci. Le dépôt de gamètes fait l'objet d'un encadrement juridique auquel M. Charpentier a consenti. Ce cadre juridique vise notamment à protéger les donneurs de tout détournement de

¹¹ Comité consultatif national d'éthique (CCNE), Conseil d'État français, n° 396848, 31 mai 2016, pp. 128-129.

¹² *Unédic c. France*, n° 20153/04, 18 déc. 2008 ; *Boumaraf c. France*, n° 32820/08, 30 août 2011.

¹³ Par exemple : *Nejdet Sahin et Perihan Sahin* [GC], n° 13279/05, 20 octobre 2011, § 58 ; *Paroisse Gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie* [GC], n° 76943/11, 29 novembre 2016, § 116.

leurs gamètes. Mme Dalleau tente de prouver, par des indices et témoignages de proches, que cette volonté de M. Charpentier s'étendrait à une PMA après son décès. Or, aucun *instrumentum* ne le prouve, alors même qu'il avait été informé de la destruction des gamètes en cas de décès (articles L. 2141-10 et L. 2141-18 du Code de la santé publique).

Plus largement, pour une insémination comme pour tout acte médical, le consentement du patient a un caractère primordial. L'article L. 111-4 du Code de la santé publique précise ainsi en son quatrième alinéa qu'« *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

20. En outre, le principe d'indisponibilité du corps humain, disposition d'ordre public en droit français, implique que « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* » (art. 16-1 al. 3 du Code civil). Ainsi, ni M. Charpentier, ni Mme Dalleau ne peuvent prétendre disposer d'un tel droit. Même si l'on pouvait qualifier les gamètes de biens faisant parties du patrimoine de M. Charpentier, Mme Dalleau, simple partenaire survivante, ne pourrait en hériter, car faute de testament en ce sens, un partenaire survivant n'est pas un héritier dans une succession *ab intestat*. En conséquence, le juge a le pouvoir de faire cesser les agissements illicites portant sur des produits du corps humain, y compris après la mort (art. 16-2 du Code civil).

2. Les droits des enfants issus d'une insémination *post mortem* et des générations futures

21. La PMA *post-mortem* porte aussi atteinte aux droits et intérêts des enfants qui en sont issus. Or, « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants (...), l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* » comme l'énonce notamment la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE, art. 3-1)¹⁴. La Cour juge de manière constante que la protection de l'intérêt de l'enfant doit être prise en compte et constitue un but légitime¹⁵. L'article 7-1 de la CIDE énonce en outre que l'enfant a « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ». La Cour européenne a déjà, quant à elle, établi une jurisprudence constante selon laquelle « *pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale* »¹⁶.

22. Cette protection ne vise pas seulement les enfants déjà conçus ou déjà nés ; mais aussi les « générations futures », et donc les enfants susceptibles d'être conçus volontairement à l'avenir. Car la responsabilité des autorités porte aussi sur l'avenir, pour autant que nos décisions actuelles décident de cet avenir. La Cour, en Grande Chambre, a reconnu la pertinence de mesures visant le « *but légitime de la protection de l'enfant – pas seulement de celui dont il est question en l'espèce mais des enfants en général –* »¹⁷. C'est là une façon pour l'État de respecter son engagement pris au titre notamment de la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 qui déclare que « *les progrès de la biologie et de la médecine doivent être utilisés pour le bénéfice des générations présentes et futures* »¹⁸. Les « droits » et intérêts des

¹⁴ La CIDE a été signée par la France le 26 janvier 1990 et ratifiée le 7 août 1990.

¹⁵ 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.

¹⁶ *Strand Lobben et autres c. Norvège* [GC], n° 37283/13, 10 sept. 2019, § 202.

¹⁷ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 197.

¹⁸ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997, Nations Unies: <https://rm.coe.int/168007cf99>

générations futures ont fait l'objet de nombreuses reconnaissances. C'est le cas notamment de la Déclaration de l'UNESCO sur *les responsabilités des générations présentes envers les générations futures* du 12 novembre 1997, et de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* du 19 octobre 2005 qui a notamment pour objectif « *de sauvegarder et défendre les intérêts des générations présentes et futures* » (art. 2.g). En application de ce principe, dès 1989, le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales du Conseil de l'Europe (CAHBI) a exposé dans un rapport des principes visant à fonder la procréation artificielle sur « *des conditions appropriées (...) assurant le bien-être du futur enfant* » (principe n°1)¹⁹.

23. Or, l'interdiction litigieuse vise notamment à prévenir la conception post-mortem d'enfants, car ceux-ci seraient volontairement orphelins et servent, pour partie, à « nier » un deuil en faisant survivre à travers eux la personne décédée. Une telle naissance est lourde de conséquences sur le plan psychologique pour l'enfant. Un expert et psychanalyste spécialiste de la question du deuil alerte sur les risques de la conception d'enfant orphelin et sur l'attitude ambivalente de l'enfant vis-à-vis de la mère²⁰. Il existe également un très grand risque que l'enfant issu de l'insémination *post mortem* soit considéré comme une consolation face au deuil de la femme, comme un moyen de continuer à faire vivre l'être cher décédé. Les psychiatres qualifient ces enfants d'« enfants-remède » ou d'« enfants-prothèse »²¹. Cette situation n'est pas souhaitable pour les enfants. Elle ne l'est sans doute pas davantage pour la femme tant il paraît illusoire de croire que concevoir un enfant avec un défunt puisse aider à faire son deuil. Cet enfant risque au contraire d'entretenir le deuil et la souffrance.

24. C'est ainsi notamment pour le bien de l'enfant que la PMA *post mortem* est interdite en France comme dans d'autres pays. Le rapport de 1989 du CAHBI spécifie en son principe n° 7 que « *lorsqu'une personne qui fait conserver ses gamètes pour son propre usage décède durant la période de conservation ou ne peut pas être retrouvée à la fin de la période, ses gamètes ne seront pas utilisés pour la procréation artificielle* » mais également que la procréation artificielle avec le sperme du mari ou du compagnon décédé ne sera pas permise (§2 et 4).

25. L'Académie nationale de médecine (française) vient également de rappeler que « *la conception délibérée d'un enfant privé de père constitue une rupture anthropologique majeure qui n'est pas sans risques pour le développement psychologique et l'épanouissement de l'enfant* »²². Le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) a lui aussi souligné l'incidence de cette pratique sur l'enfant, indiquant que dans l'hypothèse où elle serait légalisée, « *un accompagnement devra lui [à la mère] être proposé pour lui permettre d'envisager tous les*

¹⁹ Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), Report on Human Artificial Procreation, «Principles set out in the report of the CAHBI», 1989: <https://rm.coe.int/16803113e4>

²⁰ Propos de Michel Hanus, recueillis par J.-Y. Nau pour Slate.fr, 23 septembre 2010 : « Affaire Justel : le sperme en héritage » : « *ce n'est pas la même chose d'être conçu orphelin que de le devenir [...]. Cet enfant risque de nourrir une attitude ambivalente à l'égard de sa mère. Il lui sera reconnaissant de la bataille qu'elle aura menée pour le mettre au monde mais il lui en voudra aussi, inconsciemment, de l'avoir conçu orphelin. On risque de faire un malheureux à vie, même si, bien sûr, l'avenir de chaque enfant est aussi lié à la personnalité de ses parents, et à la façon dont il est élevé* »

²¹ C. Bernard-Xémard, « Donner la vie après la mort ? » in Lamy, *Droit civil*, 1er juillet 2010, n° 73 : « *Le droit ne peut et ne doit cautionner la venue au monde de ceux que les psychiatres appellent des enfants-prothèse ou encore des enfants remède* ».

²² Académie nationale de médecine, rapport sur le projet de loi relatif à la bioéthique, adopté le 18 septembre 2019.

aspects psychologiques (...) de sa décision, tant pour elle-même que pour l'enfant qui naîtra »²³.

26. Le respect de la santé psychique des enfants justifie donc aussi cette interdiction ; rappelant que selon la CIDE, « *les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible* » (art. 24). Or, l'insémination *post mortem* impacte la construction de la personnalité de l'enfant qui en est issu.

B) La protection de l'ordre

1. Eviter le contournement de la loi française et la fraude à la loi

27. Le refus des autorités françaises d'autoriser l'exportation des gamètes vise à éviter le contournement de la loi nationale et la fraude à la loi française, par des femmes françaises souhaitant chercher à recourir à une insémination *post mortem* à l'étranger. En effet, la fraude à la loi dans ce contexte précis se caractérise par le déplacement dans un autre État d'une personne afin d'accéder à des pratiques interdites (GPA, PMA, ...) sur le territoire où elle réside habituellement. Ce phénomène est communément nommé tourisme procréatif. À plusieurs reprises, la Cour a reconnu dans des affaires relatives à la gestation par autrui l'intérêt de l'État à prendre des mesures « *pour dissuader ses ressortissants d'avoir recours à l'étranger à des pratiques qui sont interdites sur son propre territoire* »²⁴. Elle voit dans cet objectif de dissuasion de contourner la loi nationale un but légitime justifiant l'ingérence de l'État.

2. Refuser tout droit à l'enfant

28. Le refus des autorités françaises d'autoriser l'exportation des gamètes répond également au but légitime de refuser que les enfants deviennent l'objet d'un droit des adultes.

3. Respecter le choix du caractère médical de la finalité de la PMA

29. Le refus des autorités françaises vise aussi à préserver la finalité médicale de la PMA, laquelle « *a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* » (art. L.2141-2 du Code de la santé publique). C'est pour cette raison que la PMA n'est possible que pour les couples composés d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de procréer. La procréation charnelle et naturelle reste ainsi – pour le bien de l'enfant – la norme de référence de la PMA, qui vise à l'imiter et s'en inspirer et non à la nier et à en changer les règles.

30. L'insémination *post mortem* détourne la PMA de son objectif thérapeutique, car l'infertilité d'une femme seule n'est pas pathologique mais physiologique, pour en faire l'outil d'un *droit à l'enfant orphelin*. Or, la Cour a rappelé 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* »²⁵. Par ailleurs, la Grande Chambre a déjà souligné que « *dans un domaine aussi délicat que celui de la procréation artificielle, les préoccupations tenant à des*

²³ Avis 129, contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi bioéthique, 25 sept. 2018.

²⁴ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 203 et voir *Mennesson c. France*, n° 65192/11, 26 juin 2014, §62.

²⁵ *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, 24 juillet 2003, § 40 ; voir aussi : *X et autres c. Autriche* [GC], préc., § 138.

considérations d'ordre moral ou à l'acceptabilité sociale des techniques en question doivent être prises au sérieux »²⁶.

Il résulte de ce qui précède que le refus d'exporter les gamètes poursuit plusieurs buts légitimes.

IV. UNE MESURE PROPORTIONNÉE AUX BUTS LÉGITIMES

31. La Cour a jugé que la procréation médicalement assistée figure parmi ces sujets éthiquement sensibles où l'État a une large marge d'appréciation²⁷. La France bénéficie ainsi d'une large marge d'appréciation dont elle n'a pas excédé les limites dès lors que l'application de sa législation prend en compte la protection des droits du défunt et de l'intérêt de l'enfant dans le cadre particulier de l'insémination *post mortem* et que sa jurisprudence pose des critères précis pour se prémunir contre toute fraude à la loi.

32. Considérant qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause le choix du législateur d'interdire la PMA *post-mortem*, ni d'éviter le contournement de sa loi par ses nationaux, la seule question qui se pose est de savoir si le Conseil d'État a eu raison de faire application à Mme Dalleau de la loi française.

33. Dans sa décision du 31 mai 2016, le Conseil d'État français avait accepté d'accéder à la demande d'une veuve compte tenu des « *circonstances particulières* » que sont la nationalité et la résidence espagnoles de la femme, et l'existence du consentement explicite du mari à l'utilisation *post mortem* de son sperme. L'arrêt de 2016 en déduit « *l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante* », et fait droit à sa demande.

34. Dans l'ordonnance du 13 juin 2018 concernant Mme Dalleau, le Conseil d'État note pour rejeter sa demande l'absence de la réunion de ces « *circonstances particulières* » et considère ainsi que l'ingérence n'a pas entraîné de conséquences disproportionnées sur la vie privée de la requérante. Au contraire, le juge de première instance, confirmé par le Conseil d'État, estime que la requérante avait une intention frauduleuse : « *Ainsi le projet d'insémination à l'étranger poursuivi par [la requérante] est clairement animé par la volonté de contourner les dispositions françaises qui font obstacle à sa réalisation* »²⁸.

35. Il y a lieu de souligner ici que le juge français ne s'est pas contenté d'appliquer la loi de façon aveugle, mais a procédé à un examen approfondi et circonstancié de l'affaire. On ne saurait donc prétendre que l'interdiction posée par la loi française est générale et absolue.

36. En conséquence, par ces décisions des juridictions françaises, la France a pris les seules mesures susceptibles - en l'espèce - de prévenir la violation et le contournement de la loi française. Aucune autre mesure de moindre incidence sur la vie de la requérante n'aurait pu parvenir à ce résultat.

²⁶ *S.H. c. Autriche* [GC], préc., § 100.

²⁷ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 194 ; *S.H. et autres c. Autriche* [GC], préc., § 94.

²⁸ Tribunal administratif de Paris, juge des référés, 25 mai 2018.

V. ABSENCE DE DISCRIMINATION

37. En l'espèce, la requérante se plaint d'avoir subi une discrimination de la part des juridictions françaises en raison de l'absence de « *circonstances particulières* » dans son affaire. Invoquant une violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention, elle estime que les demandeuses à l'exportation de gamètes du partenaire ou conjoint décédé feraient l'objet de discriminations par la France selon leur situation.

38. Or, comme le rappelle la Cour de manière constante, « *une question ne peut se poser au regard de l'article 14 que lorsqu'il existe une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables* »²⁹. La situation de Mme Dalleau étant différente en tous points de celle de la veuve espagnole (consentement, nationalité, résidence), elle ne peut prétendre être traitée de façon identique, ni, à défaut, subir de discrimination.

En outre, ces critères jurisprudentiels reposent sur des éléments factuels objectifs. En conséquence, c'est la différence de situation entre la requérante et la veuve de l'affaire de 2016 qui a entraîné une différence de traitement.

VI. L'ÉVOLUTION LÉGISLATIVE EN FRANCE

39. La Cour a demandé des précisions sur les réflexions en cours concernant la question de l'insémination *post mortem* dans le cadre de la réforme de la loi bioéthique de 2011. Ces réflexions sont pour le moment au stade d'un projet de loi (gouvernemental), qui est discuté en première lecture à l'Assemblée nationale. À ce jour, le gouvernement et la majorité des députés ont refusé de légaliser l'insémination *post mortem*. En revanche, ils ont accepté de faire bénéficier de la PMA avec donneur de sperme aux femmes seules et aux couples de femmes.

40. Certains ont pointé l'incohérence de permettre la PMA aux femmes seules, avec le sperme d'un inconnu, et de la refuser aux veuves, avec le sperme de leur conjoint décédé. Serait-ce pour autant une discrimination ? D'après l'avis du Conseil d'État du 18 juillet 2019, « *le principe d'égalité n'est pas méconnu dès lors que la femme seule et la femme dont le conjoint ou le concubin est décédé sont placées dans des situations différentes, notamment au regard de leur capacité à consentir librement à une AMP et au regard de la filiation de l'enfant* »³⁰. En outre, la situation est différente pour l'enfant qui, en cas de PMA avec don, pourra à partir de sa majorité connaître l'identité de son père. Il ne sera donc pas conçu orphelin.

41. De plus, il est important de distinguer l'insémination *post mortem* avec le sperme du conjoint décédé, pour concevoir un embryon, du transfert *in utero* d'un embryon déjà existant (cf. §5). Dans le même avis, le CCNE propose d'ailleurs l'autorisation du transfert *in utero* d'un embryon après la mort de son père mais refuse de permettre l'insémination *post mortem* du sperme d'un homme décédé³¹.

²⁹ *Hämäläinen c. Finlande* [GC], n° 37359/09, 16 juillet 2014, §108.

³⁰ Avis consultatif du Conseil d'État sur un projet de loi relatif à la bioéthique, NOR : SSAX1917211L, 18 juillet 2019.

³¹ Avis 129, Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique, 25 septembre 2018, pp. 128-129.

Ainsi, au moins du point de vue de l'enfant (de la nature de sa relation avec sa mère et son défunt père), l'interdiction de la PMA *post mortem* n'est pas rendue sans objet, ni discriminatoire, par la légalisation de la « PMA sans père ».

CONCLUSION

42. Le refus des juridictions françaises d'accéder à la demande de Mme Dalleau d'exporter les gamètes de M. Charpentier, décédé, ne constitue pas une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée et familiale. À titre subsidiaire, si la Cour considérait qu'une telle ingérence existe, elle reconnaîtra les objectifs légitimes consistant à défendre les droits de l'enfant et du partenaire défunt, ainsi que l'ordre juridique assurant une protection globale et cohérente des générations futures. Dans la poursuite de ces objectifs et face aux droits et intérêts en balance, l'ingérence éventuelle de la France n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée au droit à la vie de privée de Mme Dalleau. Il n'y a donc pas eu violation de la Convention.