

**Séance n°7**

**Contrôle de conventionalité et Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales**

*Sur la demande d'avis de conventionnalité par une haute juridiction à la CEDH*

- Document n°1 : Ass. plén. 5 octobre 2018, n°10-19053, *aff. Mennesson*, publié au Bulletin, D. 2019 p. 228 note P. Deumier et H. Fulchiron

*Sur l'exercice du contrôle de conventionnalité au travers du test de proportionnalité*

- Document n°2 : Civ. 1<sup>ère</sup> 8 décembre 2016, n°15-27201, publié au Bulletin, D. 2017, p. 953 note Fr. Chénéde. Sur les questions soulevées par l'usage du test de proportionnalité par le juge judiciaire et à propos d'un autre arrêt, v. H. Fulchiron, « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 CESDH) », D. 2015, p. 365 et s.
- Document n°3 : CE 31 mai 2016, Req. n°396848, *Gonzalez Gomez*, publié au Lebon, RFDA 2016 p. 740 concl. A. Bretonneau et p. 754 note P. Delvolvé (à lire, non reproduits), RTD civ. 2016, p. 578 obs. P. Deumier (reproduites)

**Document n°1 : Ass. plén. 5 octobre 2018, n°10-19053, publié au Bulletin**

**I. - LES FAITS ET LA PROCÉDURE**

Selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 mars 2010), aux termes de leurs actes de naissance américains, dressés dans le comté de San Diego (Californie) conformément à un jugement de la Cour supérieure de l'Etat de Californie du 14 juillet 2000, A...et B... Y... sont nées le [...] [...] (Californie) de M. Y... et Mme Z... épouse Y..., tous deux de nationalité française.

Le 25 novembre 2002, le ministère public a fait transcrire ces actes de naissance par le consulat général de France à Los Angeles (Californie).

Par acte du 16 mai 2003, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil a fait assigner M. et Mme Y... en annulation de cette transcription.

Par un jugement confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007, le procureur de la République a été déclaré irrecevable en son action.

Cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008 (1re Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468).

Par un arrêt du 18 mars 2010, la cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi après cassation, a annulé la transcription, sur le registre du service central d'état civil de Nantes, des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie) et désignant M. et Mme Y... en qualité de père et mère des enfants A...et B...Y....

Pour annuler la transcription sur les registres du service d'état civil de Nantes des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie), l'arrêt constate que ces actes ont été établis sur le fondement de l'arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'Etat de Californie qui a déclaré M. Dominique Y..., père génétique et Mme Y..., mère légale de tout enfant à naître de Mme C... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000. Il relève que c'est à la suite d'une convention de gestation pour autrui que Mme C... a donné naissance à deux enfants qui sont issus des gamètes de M. Y... et d'une tierce personne, enfants qui ont été remis à M. et Mme Y.... Il en déduit, dès lors, que toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle en vertu de l'article 16-7 du code civil, que l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international.

Par un arrêt du 6 avril 2011 (1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053), la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de M. et Mme Y... contre cet arrêt.

Ces derniers ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme, qui, par un arrêt du 26 juin 2014, a dit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit de A...et B... Y... au respect de leur vie privée et que la France devait verser une somme aux deux requérantes au titre du préjudice moral subi et des frais et dépens.

Sur le fondement des articles L. 452-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire institués par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, M. et Mme Y..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs deux filles mineures, ont sollicité, par une demande du 15 mai 2017, le réexamen de cette affaire.

Par un arrêt du 16 février 2018, la Cour de réexamen des décisions civiles a fait droit à la demande et dit que l'affaire se poursuivra devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

**II. - LES MOYENS**

Au soutien du pourvoi, objet de la demande de réexamen, M. et Mme Y..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs filles mineures, soulèvent un moyen unique qui fait grief à l'arrêt d'annuler la transcription des actes de naissance de A...et B... Y....

Ils font valoir :

- que la décision étrangère qui reconnaît la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n'est pas contraire à l'ordre public international, qui ne se confond pas avec

l'ordre public interne ; qu'en jugeant que l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie ayant déclaré M. Y... « père génétique » et Mme Z... « mère légale » de tout enfant devant naître de Mme C... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000 était contraire à l'ordre public international, prétexte pris que l'article 16-7 du code civil frappe de nullité les conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil ;

- qu'il résulte de l'article 55 de la Constitution que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés ont, sous réserve de leur application réciproque par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois et règlements ; qu'en se fondant, pour dire que c'était vainement que les conjoints Y... se prévalaient de conventions internationales, notamment de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, sur la circonstance que la loi prohibe, « pour l'heure », la gestation pour autrui, la cour d'appel, qui a ainsi considéré qu'une convention internationale ne pouvait primer sur le droit interne, a violé l'article 55 de la Constitution ;

- que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; qu'en retenant que l'annulation de la transcription des actes de naissance des enfants des époux Y... ne méconnaissait pas l'intérêt supérieur de ces enfants en dépit des difficultés concrètes qu'elle engendrerait, la cour d'appel, dont la décision a pourtant pour effet de priver ces enfants de la possibilité d'établir leur filiation en France, où ils résident avec les époux Y..., a violé l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant ;

- qu'il résulte des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants Y..., la cour d'appel, qui a ainsi privé ces enfants de la possibilité d'établir en France leur filiation à l'égard des époux Y... avec lesquels ils forment une véritable famille, a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

- que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants Y... par cela seul qu'ils étaient nés en exécution d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel, qui a ainsi pénalisé ces enfants, en les privant de la nationalité de leurs parents, à raison de faits qui ne leur étaient pourtant pas imputables, a violé l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 8 de ladite Convention.

### III. - MOTIFS DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Dans l'arrêt précédemment mentionné du 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'agissant du droit des enfants A...et B... Y... au respect de leur vie privée (CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, Y... c. France, n° 65192/11). Elle a considéré que si la Cour de cassation avait, à l'égard des parents, ménagé un juste équilibre entre leurs intérêts et ceux de l'Etat, en ce qui concerne leur vie privée et leur vie familiale (§ 94), il n'en était pas de même s'agissant des enfants, dont le respect de la vie privée, qui "implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation", se trouvait "significativement affecté" (§ 99). Pour expliciter cette analyse, la Cour a rappelé que si, en raison de l'absence de consensus en Europe sur la gestation pour autrui, sujet qui soulève de délicates interrogations d'ordre éthique, les Etats devaient en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention (§ 79), les choix qu'ils peuvent opérer, dans la limite de cette marge, n'échappent pas à tout contrôle (§ 81). A cet égard, s'agissant des enfants conçus selon ce mode de procréation à l'étranger, la Cour a constaté qu'en ce qui concerne l'établissement de leur filiation en France, ils se trouvaient dans une "situation d'incertitude juridique", la France leur niant la qualité d'enfants des parents d'intention dans son ordre juridique (§ 96). Elle a également relevé que ces enfants se trouvaient dans "une troublante incertitude de voir reconnaître leur nationalité française", "pareille indétermination étant de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité" (§ 97). Elle a, par ailleurs, observé que cette absence d'identification avait une conséquence sur les droits à succession de ces enfants (§ 98). Après avoir constaté que le droit au respect à la vie privée de ces enfants se trouvait significativement affecté et que se posait une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 99), la Cour a ajouté que "cette analyse prenait un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant" (§ 100). Elle en a déduit "qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien

de filiation à l'égard de leur père biologique, l'Etat défendeur était allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation (§ 100)".

2. Sur le fondement de cette analyse, la Cour de cassation a rendu, en assemblée plénière, deux arrêts par lesquels elle a modifié sa jurisprudence (Ass. plén., 3 juillet 2015, pourvois n° 14-21.323 et 15-50.002, Bull. Ass. plén. 2015, n° 4). Par ces arrêts, elle a jugé que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne faisait pas en soi obstacle à la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger. L'article 47 du code civil étant ainsi interprété à la lumière de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation en a déduit que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

3. A la suite de cette jurisprudence, la première chambre civile de cette Cour a jugé, par deux arrêts du 5 juillet 2017, que viole l'article 47 précité et l'article 8 de la Convention l'arrêt qui refuse la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne le père, alors qu'il résulte des données de fait, d'un acte ou jugement étranger, que le patrimoine génétique du père d'intention a été utilisé et qu'en revanche, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de cet article 47, est la réalité de l'accouchement et qu'ainsi en fait une exacte application, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, la cour d'appel qui refuse la transcription de la filiation maternelle d'intention (1re Civ., 5 juillet 2017, pourvois n° 15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025).

4. La Cour de cassation a ainsi retenu l'interprétation des arrêts Y... et Labassée, soutenue par la majeure partie de la doctrine universitaire française, selon laquelle la Cour européenne a imposé à la France de reconnaître le lien de filiation des enfants à l'égard de leur père biologique. Conformément à la règle *Mater semper certa est*, qui fonde le droit français de la filiation, la Cour de cassation a considéré que celui-ci ne permettait pas la transcription de l'acte de naissance en ce qui concerne la mère d'intention. Mais elle a, en même temps, opéré un revirement de jurisprudence en admettant l'adoption de l'enfant par l'époux ou l'épouse du père biologique dans les conditions prévues par la loi française pour l'adoption dans le cadre d'un mariage (1re Civ., 5 juillet 2017, n° 15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025, 16-16.455).

5. Procédant à un contrôle de conventionnalité, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que ce refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résultait de la loi au sens de l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et poursuivait un but légitime en ce qu'il tendait à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et visait à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil. Elle a ensuite jugé qu'au regard de ce but légitime poursuivi, ce refus ne portait pas une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée et familiale des enfants, consacré par le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention. En effet, il est constant, d'abord, que l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité française aux enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger. Ensuite, selon une jurisprudence de la Cour de cassation initiée par deux arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015, en considération de l'intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle. Enfin, opérant un revirement de jurisprudence par ses arrêts du 5 juillet 2017, la Cour de cassation a admis le recours à l'adoption entre les enfants et l'épouse du père, qui permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant (article 353, alinéa 1er, du code civil), de créer un lien de filiation à l'égard de la mère d'intention.

6. La loi française facilite l'adoption de l'enfant du conjoint. Ainsi, la condition posée à l'article 343-2 du code civil, qui prévoit que l'adoptant doit être âgé de plus de vingt-huit ans, ne s'applique pas dans ce cas. Il en est de même de la condition exigée par l'article 348-5 concernant l'adoption d'un enfant de moins de deux ans, selon laquelle ce dernier doit avoir été effectivement remis à l'aide sociale à l'enfance. Par ailleurs, la différence d'âge exigée entre l'adoptant et l'adopté est de dix ans, au lieu de quinze dans le régime de droit commun. Le consentement du conjoint est nécessaire à moins qu'il ne soit dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté (article 343-1, second alinéa). L'enfant doit également consentir à son adoption s'il a plus de treize ans. L'adoption est prononcée par une juridiction judiciaire "si les conditions de la loi sont remplies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant" (article 353, alinéa 1er). La loi a également aménagé les effets de cette adoption plénière spécifique. En effet, le second alinéa de l'article 356 du code civil prévoit que l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister

sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille, et produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux. Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, l'article 310 du code civil pose le principe selon lequel "tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère".

7. Si la question de la transcription de la paternité biologique est aujourd'hui résolue, il n'en est pas de même de celle de la maternité d'intention, pour laquelle la Cour de cassation s'interroge sur l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les Etats signataires de la Convention. La question qui se pose est, d'abord, de savoir si, en refusant de transcrire l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français s'agissant de la mère d'intention, alors que la transcription a été admise pour le père biologique de l'enfant, un Etat-partie méconnaît l'article 8 de la Convention à l'égard tant de la mère d'intention que des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. A cet égard, la Cour de cassation s'interroge sur le point de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. Enfin, se pose la question de savoir si la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, qui constitue une voie permettant d'établir la filiation à son égard, suffit à répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention.

8. Il résulte de ce qui précède qu'il convient d'adresser une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme.

PAR CES MOTIFS :

ADRESSE A LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME UNE DEMANDE D'AVIS CONSULTATIF SUR LES QUESTIONS SUIVANTES :

1°). - En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un Etat-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? A cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ?

2°). - Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ?

SURSOIT à statuer jusqu'à l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme ;

Réserve les dépens

### **Document n°2 : Civ. 1<sup>ère</sup> 8 décembre 2016, n°15-27201, publié au Bulletin**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 2 déc. 2014), que Pierre V., né le 10 janvier 1925, et Mme K., née le 6 juillet 1949, se sont mariés le 28 janvier 1984 ; qu'après leur divorce, prononcé par jugement du 13 décembre 2000, Pierre V. a épousé, le 12 janvier 2002, Mme T., fille de Mme K., née le 24 avril 1975 d'une précédente union ; qu'après le décès de Pierre V., le 5 avril 2010, Mme Anne V., épouse P. et MM. Philippe, Jacques et Frédéric V. (les consorts V.) ont assigné Mme T. aux fins de voir prononcer, sur le fondement de l'article 161 du code civil, l'annulation de son mariage avec leur père et beau-père ; que, Mme T. ayant été placée sous curatelle renforcée en cours de procédure, son curateur, l'ATMP du Var, est intervenu à l'instance ;

Attendu que Mme T. et l'ATMP du Var font grief à l'arrêt de prononcer l'annulation du mariage et, en conséquence, de rejeter leur demande de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ que le prononcé de la nullité du mariage célébré entre anciens alliés en ligne directe, après la dissolution par divorce de la première union qui avait été contractée par l'un des deux alliés avec le parent du second, porte une atteinte disproportionnée au droit du mariage ; qu'en prononçant, sur le fondement de l'article 161 du code civil, la nullité du mariage célébré le 12 janvier 2002 entre Pierre V. et Mme T., fille de sa précédente épouse toujours en vie, quand l'empêchement à mariage entre alliés en ligne directe, qui peut néanmoins être célébré en vertu d'une dispense si celui qui a créé l'alliance est décédé et ne repose pas sur l'interdiction de l'inceste, inexistant entre

personnes non liées par le sang, porte une atteinte disproportionnée au droit au mariage, la cour d'appel a violé l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 ;

2°/ que le prononcé de la nullité du mariage célébré entre anciens alliés en ligne directe est susceptible de revêtir, à leur égard, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de leur droit au respect de la vie privée et familiale, dès lors que leur union, célébrée sans opposition, a duré plusieurs années ; qu'en prononçant, sur le fondement de l'article 161 du code civil, la nullité du mariage célébré le 12 janvier 2002 entre Pierre V. et Mme T., fille de sa précédente épouse toujours en vie, quand ce mariage célébré sans opposition, avait duré pendant huit années, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 161 du code civil, en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ; que, selon l'article 184 du même code, tout mariage contracté en contravention à ces dispositions peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, par tous ceux qui y ont intérêt ; qu'aux termes de l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ; que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, si l'exercice de ce droit est soumis aux lois nationales des États contractants, les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou le réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même ; qu'il en résulte que les conditions requises pour se marier dans les différentes législations nationales ne relèvent pas entièrement de la marge d'appréciation des États contractants car, si tel était le cas, ceux-ci pourraient interdire complètement, en pratique, l'exercice du droit au mariage ; que, cependant, le droit de Mme T. et Pierre V. de se marier n'a pas été atteint, dès lors que leur mariage a été célébré sans opposition et qu'ils ont vécu maritalement jusqu'au décès de l'époux ; qu'en annulant le mariage, la cour d'appel n'a donc pas méconnu les exigences conventionnelles résultant du texte susvisé ;

Attendu, en second lieu, qu'aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Que l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que constitue l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe est prévue par les articles 161 et 184 du code civil et poursuit un but légitime en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale ;

Qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en oeuvre de ces dispositions ne porte pas au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi ;

Attendu que l'arrêt relève, d'abord, que Mme T. avait 9 ans quand Pierre V. a épousé sa mère en troisièmes noces, qu'elle avait 25 ans lorsque ces derniers ont divorcé et 27 ans lorsque son beau-père l'a épousée ; qu'il en déduit que l'intéressée a vécu, alors qu'elle était mineure, durant neuf années, avec celui qu'elle a ultérieurement épousé et qui représentait nécessairement pour elle, alors qu'elle était enfant, une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique ; qu'il constate, ensuite, que son union avec Pierre V. n'avait duré que huit années lorsque les consorts V. ont saisi les premiers juges aux fins d'annulation ; qu'il relève, enfin, qu'aucun enfant n'est issu de cette union prohibée ; que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de Mme T., au regard du but légitime poursuivi ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi ; condamne Mme T. aux dépens ; Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande

**Document n°3 : CE 31 mai 2016, ord. réf., Req. n°396848, Gonzalez Gomez, publié au Lebon**

Sur l'office du juge des référés :

1. L'article L. 521-2 du code de justice administrative prévoit que le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Selon l'article L. 522-3 du même code, le juge des référés peut, par une ordonnance motivée, rejeter sans instruction ni audience une demande qui lui apparaît dépourvue d'urgence ou manifestement mal fondée.

2. Eu égard à son office, qui consiste à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales, il appartient au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures qui sont de nature à remédier aux effets résultant d'une atteinte grave et manifestement illégale portée, par une autorité administrative, à une liberté fondamentale, y compris lorsque cette atteinte résulte de l'application de dispositions législatives qui sont manifestement incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France, ou dont la mise en oeuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements.

Sur les circonstances de l'affaire et sur l'ordonnance attaquée :

3. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que M. B. a procédé à un dépôt de gamètes dans le centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme de l'hôpital Tenon, établissement qui relève de l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris. M. B. est décédé le 9 juillet 2015. Sa veuve, Mme C.A., a demandé que les gamètes de son époux, conservés dans cet hôpital, soient transférés en Espagne. Par une décision du 26 août 2015, le chef du service de biologie de la reproduction et centre d'études et de conservation des œufs et du sperme à l'hôpital Tenon l'a informée du refus opposé par l'Agence de la biomédecine à cette demande. Mme C.A. a saisi de ce refus le juge des référés du tribunal administratif de Paris. Ce juge, statuant sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, a rejeté comme manifestement mal fondée sa demande tendant à ce qu'il enjoigne à l'Agence de la biomédecine et à l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris de prendre toutes mesures permettant un tel transfert. Mme C.A. se pourvoit en cassation contre l'ordonnance de ce juge.

4. Il résulte de ce qui a été dit au point 2 que le juge des référés du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit en rejetant, sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, la demande qui lui était présentée, au seul motif qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer, eu égard à son office, sur l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée de la requérante, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'une telle atteinte aurait été la conséquence nécessaire de la mise en oeuvre de dispositions législatives du code de la santé publique. Par conséquent, Mme C.A. est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de son pourvoi, à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque.

5. Il y a lieu, dans les circonstances de la présente affaire, de régler en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative le litige au titre de la procédure de référé engagée par Mme C.A..

Sur la demande présentée au juge des référés :

6. Aux termes de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique : « 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. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une

requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation. ». L'article L. 2141-11 de ce même code dispose : « Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle. / Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article. ». Il résulte de ces dispositions qu'en principe, le dépôt et la conservation des gamètes ne peuvent être autorisés, en France, qu'en vue de la réalisation d'une assistance médicale à la procréation entrant dans les prévisions légales du code de la santé publique.

7. En outre, en vertu des dispositions de l'article L. 2141-11-1 de ce même code : « L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine. / Seul un établissement, un organisme ou un laboratoire titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 pour exercer une activité biologique d'assistance médicale à la procréation peut obtenir l'autorisation prévue au présent article. / Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-7 et L. 2141-11 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation. / Toute violation des prescriptions fixées par l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomédecine. ».

8. Les dispositions mentionnées aux points 6 et 7 ne sont pas incompatibles avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, en particulier, de son article 8.

D'une part en effet, à la différence de la loi espagnole qui autorise l'utilisation des gamètes du mari, qui y a préalablement consenti, dans les douze mois suivant son décès pour réaliser une insémination au profit de sa veuve, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique prohibe expressément une telle pratique. Cette interdiction relève de la marge d'appréciation dont chaque État dispose, dans sa juridiction, pour l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et elle ne porte pas, par elle-même, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les stipulations de l'article 8 de cette convention.

D'autre part, l'article L. 2141-11-1 de ce même code interdit également que les gamètes déposés en France puissent faire l'objet d'une exportation, s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national. Ces dernières dispositions, qui visent à faire obstacle à tout contournement des dispositions de l'article L. 2141-2, ne méconnaissent pas davantage par elles-mêmes les exigences nées de l'article 8 de cette convention.

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

10. Dans la présente affaire, il y a lieu pour le Conseil d'État statuant comme juge des référés, d'apprécier si la mise en oeuvre de l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique n'a pas porté une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale de Mme C.A., garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

11. Il résulte de l'instruction que Mme C. A. et M. B. avaient formé, ensemble, le projet de donner naissance à un enfant. En raison de la grave maladie qui l'a touché, et dont le traitement risquait de le rendre stérile, M. B. a procédé, à titre préventif, à un dépôt de gamètes dans le centre d'étude et de conservation des oeufs et du sperme de l'hôpital Tenon, afin que Mme C.A. et lui-même puissent, ultérieurement, bénéficier d'une assistance médicale à la procréation. Mais ce projet, tel qu'il avait été initialement conçu, n'a pu aboutir en raison de la détérioration brutale de l'état de santé de M. B., qui a entraîné son décès le 9 juillet 2015. Il est, par ailleurs, établi que M. B. avait explicitement consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d'une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d'origine de Mme C.A., si les tentatives réalisées en France de son vivant s'avéraient infructueuses. Dans les mois qui ont précédé son décès, il n'était, toutefois, plus en mesure, en raison de l'évolution de sa pathologie, de procéder, à cette fin, à un autre dépôt de gamètes en Espagne. Ainsi, seuls les gamètes stockés en France dans le centre d'étude et de conservation des oeufs et du sperme de l'hôpital Tenon sont susceptibles de permettre à Mme C.A., qui réside désormais en Espagne, d'exercer la faculté, que lui ouvre la loi espagnole de poursuivre le projet parental commun qu'elle avait formé, dans la durée et de manière réfléchie, avec son mari. Dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, dont l'installation en Espagne ne résulte pas de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe, le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique - lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français - porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il porte, ce faisant, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

12. La loi espagnole n'autorise le recours à une insémination en vue d'une conception posthume que dans les douze mois suivant la mort du mari. Dès lors, la condition d'urgence particulière prévue par les dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative est remplie.

13. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'enjoindre à l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris et à l'Agence de la biomédecine de prendre toutes les mesures nécessaires afin de permettre l'exportation des gamètes de M. B. vers un établissement de santé espagnol autorisé à pratiquer les procréations médicalement assistées, dans un délai de sept jours à compter de la notification de la présente décision.

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

14. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge de la requérante qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

Décide :

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Paris du 25 janvier 2016 est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris et à l'Agence de la biomédecine de prendre toutes mesures afin de permettre l'exportation des gamètes litigieux vers un établissement de

santé espagnol autorisé à pratiquer les procréations médicalement assistées, dans un délai de sept jours à compter de la notification de la présente décision.

Article 3 : Les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à Mme D.C.A., à l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris et à l'Agence de la biomédecine.

Copie en sera adressée à la ministre des Affaires sociales et de la santé.

### **Observations de Pascale Deumier, Professeur à l'université Lyon 3**

*La décision Gonzalez Gomez... et les sources* - Rien n'est plus beau pour cette chronique qu'une décision majeure rendue à propos d'un cas didactique. Mme Gonzalez Gomez, de nationalité espagnole, vit en France avec son époux quand celui-ci tombe malade. Du fait du risque de stérilité, il procède à un dépôt de gamètes dans un établissement français. Après le décès de son époux, Mme Gonzalez Gomez repart vivre en Espagne et demande le transfert des gamètes vers un établissement espagnol aux fins d'une procréation médicalement assistée (PMA). Si la loi espagnole autorise l'insémination post mortem, tel n'est pas le cas de la loi française qui, pour éviter que ce refus ne soit contourné, interdit en outre l'exportation de gamètes à cette fin. Devant le Conseil d'État, Mme Gonzalez Gomez contestait la compatibilité de cette interdiction avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Haute juridiction administrative, réunie en Assemblée, va se prononcer sur cette compatibilité en dédoublant son contrôle. Il va d'abord porter sur le contenu de la loi (contrôle abstrait ou *in abstracto*) : de ce point de vue, le Conseil d'État estime que l'interdiction d'insémination post mortem et son corollaire, l'interdiction d'exporter des gamètes à cette fin, ne portent pas atteinte à la Convention. Il va ensuite porter sur l'application de la loi aux circonstances particulières de Mme Gonzalez Gomez (contrôle concret ou *in concreto*) : de ce point de vue, le Conseil d'État estime que cette application porterait une atteinte manifestement excessive à son droit à la vie privée et familiale et va, de ce fait, écarter l'interdiction d'exportation. La loi est donc jugée abstraitement conventionnelle et concrètement in conventionnelle.

Si la consécration de ce double contrôle de conventionnalité est l'apport majeur de cette décision, il est possible de rapidement évoquer en préambule d'autres aspects intéressant les sources. D'une part, la décision opère un important revirement de jurisprudence. Jusqu'alors, le Conseil d'État interdisait en principe au juge des référés de pratiquer un contrôle de conventionnalité. Soigneusement étrillée par les conclusions du rapporteur public Aurélie Bretonneau, cette position est abandonnée : désormais, il appartient au juge des référés de s'assurer qu'aucune atteinte grave et manifestement illégale ne résulte, notamment, « de l'application de dispositions législatives qui sont manifestement incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France, ou dont la mise en oeuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements » (pt 2). D'autre part, la décision Mme Gonzalez Gomez est rédigée en style direct, abandonnant la phrase unique et ses considérants. Elle permettra dès lors à chacun de juger de la plus-value, ou de l'absence de plus-value, de ce mode de rédaction. En revanche, elle ne consacre pas un nouveau style : le Conseil d'État utilise à l'occasion le style direct depuis quelques années (ex. CE 19 juin 2015, n° 386372) ; il continue à utiliser la phrase unique depuis le 31 mai 2016 (ex., CE, sect., 1er juill. 2016, n° 393082, Institut d'ostéopathie de Bordeaux, AJDA 2016. 1365). Le basculement n'est donc pas consommé avec la netteté du Conseil constitutionnel qui, sous l'impulsion de son nouveau président, adopte désormais systématiquement le style direct avec pour objectif « de simplifier la lecture des décisions du Conseil constitutionnel et d'en approfondir la motivation » (Communiqué du Président du 10 mai 2016).

Revenons-en au contrôle de conventionnalité. Si la décision Mme Gonzalez Gomez n'est pas la première à exercer un contrôle concret assumé par la Haute juridiction administrative (CE, sect., 10 nov. 2010, n° 314449, Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes, au Lebon ; AJDA 2010. 2183 ; *ibid.* 2416, chron. D. Botteghi et A. Lallet ; D. 2010. 2842, obs. R. Grand ; AJCT 2010. 163, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2011. 124, concl. N. Boulouis ; Constitutions 2011. 81, obs. P. De Baecke ; RTD civ. 2011. 501, obs. P. Deumier ; JCP 2011. 131, chron. G. Eveillard, n° 2), elle est la première à le consacrer sous forme de principe : après avoir conclu à la conventionnalité du contenu de la loi, le Conseil d'État ajoute en effet que « Toutefois, la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et

libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en oeuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive » (pt 9). Cette consécration est d'autant plus importante qu'elle intervient dans le contexte du débat nourri qui anime la doctrine privatiste depuis que la Cour de cassation a procédé à un contrôle de même nature par un arrêt du 4 décembre 2013 (Civ. 1re, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénéde ; ibid. 153, point de vue H. Fulchiron ; ibid. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; ibid. 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser ; ibid. 307, obs. J.-P. Marguénaud ; parmi les nombreuses publications, on renverra à quelques contributions particulièrement emblématiques des différentes positions défendues : P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, Révolution tranquille à la Cour de cassation, D. 2014. 2061 ; F. Chénéde, Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ?, D. 2016. 796 - et les références citées ; P. Puig, L'excès de proportionnalité, RTD civ. 2016. 70 ; H. Fulchiron, Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité, D. 2016. 1376). Le contexte n'est d'ailleurs pas ignoré au sein du Palais-Royal : le rapporteur public éreinte dans ses conclusions l'arrêt de la Cour de cassation, quand la chronique du Conseil d'État à l'AJDA analyse la décision Mme Gonzalez Gomez à l'aune du débat en cours dans la doctrine privatiste (L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, préc.). Cette décision ne porte donc pas seulement une évolution du droit administratif : elle est une étape importante d'une évolution plus générale du droit français autour de la « proportionnalité ».

**Proportionnalité et contrôle de conventionnalité** - L'objet de la présente chronique n'est pas la proportionnalité mais le contrôle concret de conventionnalité, c'est-à-dire le contrôle de compatibilité à la Convention européenne des droits de l'homme non du contenu de la loi mais de son application à des circonstances particulières. Si ce contrôle met en oeuvre la proportionnalité, il est loin d'être le seul lieu d'exercice de cette méthode : elle est par exemple également convoquée pour mesurer une sanction, évincer une loi étrangère pour atteinte à l'ordre public international (estimant que ce raisonnement aurait dû être suivi en l'espèce, v. B. Haftel, préc.) ou encore évaluer une mesure conservatoire (sur cette proportionnalité comme l'une des formes de la proportionnalité, RTD civ. 2016. 449, obs. N. Cayrol). Or, si certains vices et vertus sont inhérents à la proportionnalité elle-même, la pertinence du recours à cette méthode, ses fondements, objectifs et autorité appellent selon nous des analyses distinctes selon le contexte de son utilisation. Particulièrement, le contexte des droits fondamentaux n'est pas indifférent - la question de la contagion des méthodes des droits fondamentaux hors de leur sphère étant une question différente et non moins importante (sur le danger incarné non par la proportionnalité mais par ses excès, P. Puig, préc.). Certes, le système français s'est construit sur le légalisme et le cantonnement du rôle du juge. Les méthodes de la casuistique et de l'équité, pratiquées pendant les siècles précédents, ont alors été remplacées par un paradigme cartésien, qui repose sur la croyance dans la capacité du législateur à anticiper toutes les situations (sur cette évolution et l'affaiblissement contemporain du paradigme cartésien, J. van Meerbeeck, Penser par cas... Et par principes, RIEJ 2014/2, p. 77). Cependant, l'histoire ne s'est pas figée au moment legaliste. Ce même système français a depuis fait le choix de consacrer des droits fondamentaux, par nature limités et formulés généralement, de leur donner un rang supérieur à la loi et de laisser les juges résoudre les délicates questions d'articulation de normes, de droits et d'intérêts qui en découlent. Ce choix, fait depuis plusieurs décennies, déploie progressivement ses effets, ses méthodes et ses représentations du droit. Toutes ces implications des droits fondamentaux sont sujettes à débat mais ces rappels à grands traits permettent de poser certains présupposés (qui sont assumés comme tels) de cette chronique : le système français est le produit de ces évolutions successives et non d'une seule d'entre elles ; le juge ne peut se voir imputer toutes les évolutions du système juridique général, qu'il accompagne au moins autant qu'il ne les initie, pas plus qu'il ne saurait être tenu pour seul responsable du « principe de relativité générale » qui domine les droits fondamentaux (et, au-delà, le droit contemporain, complexe et en réseau, F. Ost et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau ?, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 432 et s.). Le contexte des droits fondamentaux permet donc de ramener la proportionnalité dans un cadre qui suppose la faillibilité de la loi, l'emprise de la subjectivité du juge et la mise en balance permanente. La proportionnalité y est une méthode employée de longue date, y compris par les juridictions françaises, pour exercer le contrôle classiquement abstrait de conventionnalité. Ainsi, au sein de la présente décision, le juge se demande d'abord si le contenu de la loi française constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, avant de vérifier si l'application de cette loi aux circonstances particulières du cas porte une atteinte disproportionnée aux droits de la requérante. Ce n'est donc ni la proportionnalité qui est nouvelle, ni son utilisation pour le contrôle de conventionnalité : c'est l'objet auquel cette méthode est appliquée, à savoir l'application de la loi à certaines circonstances particulières. Cette innovation peut être discutée à l'aune de l'état du droit qui la précédait en matière de droits fondamentaux, à savoir un système juridique qui pratiquait pour l'essentiel un contrôle abstrait de conventionnalité.

**Conseil constitutionnel, Cours suprêmes, Cour européenne des droits de l'homme : contrôle abstrait et/ou concret ?** - Les Cours suprêmes des ordres juridictionnels français ne sont pas seules à protéger les droits fondamentaux et il ne faut pas exclure le poids du positionnement institutionnel dans leur nouvelle faveur pour le contrôle concret. Le premier positionnement peut être fait à l'égard du Conseil constitutionnel. Le contrôle de

conventionnalité abstrait, tel que les juridictions ordinaires l'exercent depuis la trilogie IVG/Jacques Vabre/Nicolo, a perdu une part importante de son utilité avec la question prioritaire de constitutionnalité. Cette dernière repose sur un contrôle systématiquement abstrait (le Conseil constitutionnel contrôle la conformité du contenu de la loi à la Constitution), exercé prioritairement, et à l'effet radical puisque la loi disparaîtra. Dès lors, quel intérêt reste-t-il à exercer un contrôle de conventionnalité abstrait ? Soit la disposition a été déclarée inconstitutionnelle, et elle disparaît - il n'y a plus rien à contrôler ; soit la disposition a été déclarée constitutionnelle et, les protections fondamentales étant peu ou prou équivalentes, les possibilités qu'elle soit reconnue abstraitement inconstitutionnelle sont minces. Si le contrôle abstrait de conventionnalité apparaît dès lors comme un doublon un peu superflu du contrôle de constitutionnalité, le contrôle concret de conventionnalité peut au contraire se présenter comme un bon complément à la question prioritaire de constitutionnalité, puisqu'il porte sur une dimension qui n'a pas été vérifiée par le Conseil constitutionnel, celle de l'application de la loi dans le litige (sur cette complémentarité, v. E. Geffray, concl. sur CE, ass., 13 mai 2011, n° 316734, RFDA 2011. 789 ; au Lebon avec les conclusions; AJDA 2011. 988 ; ibid. 1136, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2011. 1422, et les obs. ; ibid. 806, note M. Verpeaux ; ibid. 2012. 455, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano ; s'interrogeant sur son caractère loyal et légal, F. Chénéde, art. préc.). Ainsi, une loi abstraitement constitutionnelle peut se révéler concrètement inconstitutionnelle. Mieux, une loi abstraitement inconstitutionnelle, mais applicable aux instances en cours du fait de la modulation de la décision QPC, pourra dans ces cas être concrètement inconstitutionnelle. Cette répartition correspond d'ailleurs plutôt bien à celle des effets respectifs des contrôles : disparition de la norme pour le contrôle abstrait de constitutionnalité, mise à l'écart de son application pour le contrôle concret de conventionnalité. Ces effets ne sont eux-mêmes que les conséquences des missions des différents juges : le Conseil constitutionnel a été institué pour être juge de la loi, ce qui implique le contrôle de son élaboration et de son contenu ; les juges ordinaires ont été institués pour être juges de son application, ce qui appelle plus naturellement le contrôle de cette mise en oeuvre. À cet égard, il est possible de se demander quel contrôle dénature le plus l'office du juge judiciaire ou administratif : celui par lequel, depuis plusieurs décennies, il condamne les vues générales du législateur ou celui par lequel, depuis quelques années, il en conteste une application particulière, sans remettre en cause son applicabilité générale ?

Le second positionnement des Cours suprêmes est plus évident, puisque le contrôle concret de conventionnalité rapproche leurs méthodes de celles de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce rapprochement sera, selon les sensibilités, perçu soit comme un signe de soumission, suivisme et asservissement, soit comme un signe de cohérence méthodologique dans l'application de la Convention, présageant un regain de puissance pour les juges nationaux à l'heure du retour en force de la subsidiarité (sur laquelle, v. F. Sudre, La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention, JCP 2013. Doctr. 1086). Il est également possible de relativiser la volonté du Conseil d'État de se rallier aux méthodes européennes - étant précisé qu'une telle volonté ne fait guère de doutes pour la Cour de cassation. D'une part, devant l'Assemblée, le rapporteur public était loin de défendre le contrôle concret au nom d'une concordance des méthodes. Au contraire, Aurélie Bretonneau précise que « l'injection d'un tel contrôle n'est pas réductible à une différence d'approche juridictionnelle, mais procède au moins en partie de la substance même des droits garantis par la convention », avant de rappeler les évolutions déjà accomplies par le Conseil d'État dans ses méthodes et la plus grande adaptation du contrôle concret à certains contentieux. D'autre part, il ne suffit pas d'inaugurer le contrôle concret de conventionnalité pour le pratiquer à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, celle-ci a toujours posé par principe qu'elle « n'est point appelée à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité de cette loi avec les dispositions de la Convention, mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant » (CEDH 27 mars 1962, Becker c/ Belgique, § 14), tout en pratiquant à l'occasion des contrôles abstraits (CEDH, gr. ch., 16 mars 2010, n° 42184/05, Carson et autres c/ Royaume-Uni, § 62, AJDA 2010. 2362, chron. J.-F. Flauss ; RDSS 2010. 474, note D. Roman). Le Conseil d'État, à l'inverse, maintient le contrôle concret dans un rôle secondaire par rapport au contrôle abstrait, qui reste premier. L'apparition du contrôle concret dans le déroulement du raisonnement suivi par la décision, confortée par sa présentation dans le communiqué, laisse entendre un ordre d'examen : le juge devrait ainsi d'abord procéder au contrôle abstrait, et ensuite, lorsque le contenu même de la disposition est à l'abri de critiques, vérifier l'absence d'atteinte causée par sa mise en oeuvre. Ainsi, là où la Cour européenne fait de la protection des situations particulières le principe, les juges nationaux le maintiennent dans un rôle d'exception, une « soupape de contrôle concret » selon l'expression d'Aurélie Bretonneau. Il est possible de s'interroger sur le maintien de cette priorité donnée au contrôle abstrait, eu égard aux observations précédentes sur son articulation avec le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel et celui exercé par la Cour européenne des droits de l'homme. Concession à une tradition légaliste méfiante à l'égard de la casuistique ou conformité aux habitudes ancrées du contrôle abstrait de conventionnalité, la répartition ainsi articulée doit en tout état de cause elle aussi être relativisée. En effet, il semble difficile de marquer de façon étanche la distinction entre les deux formes de contrôle. Le contrôle sera probablement appelé à être abstrait ou concret en fonction de la texture de l'article conventionnel, de sa plus ou moins grande précision, du type de contentieux auquel il est appliqué et de l'objet du litige soumis au juge (V., sur certains de ces éléments, D. Botteghi

et A. Lallet, AJDA 2010. 2416). Au-delà, toute délimitation étanche entre la part abstraite et la part concrète du contrôle de conventionnalité semble vaine : le raisonnement par étapes impliqué par les droits fondamentaux appelle une appréciation plus ou moins concrète ou abstraite selon les points vérifiés (V., E. Greffray, concl. Préc.). Cette interaction permanente, dans le raisonnement juridique, de l'appréciation abstraite et de l'appréciation concrète prend une forme particulièrement intéressante dans les conclusions d'Aurélie Bretonneau sur la décision Mme Gonzalez Gomez : c'est parce que le juge a décelé un risque d'inconventionnalité au stade du contrôle abstrait, qu'il doit poursuivre par un contrôle concret. Puisque les hypothèses appelant un contrôle concret sont ainsi potentiellement très ouvertes, son exercice doit être soigneusement justifié.

**Motiver le contrôle concret de conventionnalité** - Le Conseil d'État estime qu'en l'espèce le refus d'exportation des gamètes « porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale » (pt 11). Il fait précéder cette inconventionnalité concrète d'un exposé minutieux des circonstances de la cause, qui contraste avec la motivation lapidaire qui assortit, dans la même décision, le contrôle abstrait de la loi. Pour ce dernier, la décision affirme l'absence d'atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme du fait de la large marge d'appréciation dont les États disposent (pt 8). Cette motivation, toute pétrie d'autorité catégorique, reste largement fidèle à la tradition française - tout en respectant le faible recours à la proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme sur certaines questions, dont celles touchant à la biomédecine (V. en dernier lieu J.-P. Marguénaud, RTD civ. 2016. 301). Le contraste entre la motivation lapidaire du contrôle abstrait et la motivation circonstanciée du contrôle concret peut s'expliquer par les caractéristiques de cette dernière méthode, de la plus technique à la plus symbolique. Tout d'abord, en ce qu'elle porte sur la conventionnalité de l'application de la loi à un cas, elle appelle nécessairement des précisions sur les conséquences de cette application dans les circonstances de la cause. Ensuite, la motivation doit injecter une dose de prévisibilité dans une méthode qui dépend par hypothèse de la configuration de chaque espèce. La prévisibilité n'étant plus conférée par la logique déductive, elle se reconstruira par la répétition des cas et par la recherche des analogies et dissemblances qui, progressivement, permettront d'identifier des indices plus ou moins déterminants. Ainsi, « pour améliorer la prévisibilité de la loi et son application uniforme, les systèmes juridiques qui connaissent déjà ce type de contrôle accordent une grande importance aux précédents ; même dans des pays comme l'Italie et l'Allemagne, où le précédent n'a pas de valeur obligatoire, il est recommandé que la motivation du jugement se positionne par rapport aux précédents où la loi a été jugée applicable ou inapplicable, pour s'inscrire dans leur continuité ou justifier une solution différente » (L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, préc.). Enfin, cette motivation circonstanciée est le tribut du juge à un exercice contre nature, puisqu'il l'amène à refuser d'appliquer la loi au cas, au nom du cas. Là encore, « l'observation des décisions rendues par les cours suprêmes étrangères montre que, pour éviter une mise en cause de la légitimité du juge à effectuer un tel contrôle, il est recouru à une motivation particulièrement détaillée » (ibid.). En rendant transparents les éléments pris en considération pour parvenir à sa décision, le juge rend compte de son examen de l'ensemble des éléments et de leur pesée minutieuse, et soumet cette appréciation au contrôle des lecteurs. Ces derniers n'ont d'ailleurs pas tardé à démontrer certaines insuffisances de la motivation de la décision Mme Gonzalez Gomez : la réalité du droit lésé en l'espèce aurait dû être mieux caractérisée et les importants objectifs poursuivis par le législateur peser plus sérieusement dans la mise en balance (H. Fulchiron, note préc.). Si la charge mise sur chaque plateau pouvait ainsi être mieux exposée, il ne faut pas attendre de la motivation d'un contrôle concret une rationalité parfaite : comment un juge pourrait-il exposer, au-delà de ce qu'il pose dans chaque plateau, ce qui fait selon lui pencher la balance d'un côté ? Le poids des valeurs comme celui des faits, faute de mesure commune, ne peuvent être rationnellement comparés. Le handicap n'est pas propre aux méthodes strasbourgeoises mais représente une difficulté générale en matière de droits fondamentaux, dont la mise en oeuvre appelle une balance revenant à « juger que telle ligne est plus longue que telle pierre est lourde » ou à additionner trois poires et quatre pommes (V. resp. A. Scalia et R. Deschling, cités par S. Drooghenbroeck, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, n° 388). Parce que la dernière étape du contrôle sera difficile à expliciter, la recension des éléments mis sur chaque plateau se doit donc d'être méticuleuse. Mais pas trop. En effet, il n'est pas certain que la longueur des explications soit gage de la clarté du contrôle exercé. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme est loin d'être avare en développements, explications, détails, considérations et rappels : cette accumulation de matière n'en dit souvent pas plus sur la raison de décider qu'une ingénierie est proportionnée ou disproportionnée. Qui plus est, elle rend plus difficile l'identification de déterminants, qui permettent ensuite de comparer les cas : si la contextualisation permet de dégager une méthodologie commune aux différents cas soumis au contrôle concret, l'hypercontextualisation l'entrave en interdisant les rapprochements (S. Drooghenbroeck, op. cit., n° 411). En l'espèce, si le Conseil d'État adapte sa motivation aux nécessités du contrôle concret, il est loin de basculer dans le style européen de discussion-dissertation (favorable à ce basculement, v. C. Jamin, Juger et motiver, RTD civ. 2015. 263 ; à l'inverse, P.-Y. Gautier, Éloge du syllogisme, JCP 2015. 902). Il transpose la tradition de rigueur à l'exposé des circonstances particulières, qui sont sélectionnées et synthétisées, permettant d'identifier un élément déterminant de sa décision d'inconventionnalité, « l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante ».

***Circonstances particulières et visées du législateur*** - « Dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante dont l'installation en Espagne ne résulte pas de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe, le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique - lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français - porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale (...) » (pt 11). En décidant ainsi, le Conseil d'État ne soumet pas le contrôle concret en général à une absence de fraude, laissant entendre a contrario que la loi n'aurait vocation à s'appliquer pleinement qu'aux fraudeurs. Il semble plus précisément que le juge mesure les circonstances particulières de Mme Gonzalez Gomez (qui ne cherche pas à contourner la loi française) à l'aune de l'objectif législatif de l'interdiction d'exportation de gamètes (éviter un contournement de la loi française). Étonnamment, cette confrontation tend presque à démontrer que la non application de la loi n'en est pas totalement une car la situation de fait qui la tient en échec n'entraîne pas pleinement dans ses prévisions. La subtilité est parfaitement exposée dans ses conclusions par Aurélie Bretonneau, qui explique que le Conseil d'État pouvait parvenir au même résultat par la voie plus classique de « l'interprétation sous réserve conventionnelle ». La proximité entre ces méthodes avait d'ailleurs déjà été identifiée par la doctrine (v. X. Dupré de Boulois, Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme, RDLF 2015. Chron. 8). L'élément déterminant en l'espèce est particulièrement adapté à l'exercice d'un contrôle concret maintenu dans de strictes limites. Il témoigne que ce contrôle n'est pas une marque de mépris à l'égard du législateur : au contraire, il s'appuie sur ses objectifs pour étayer l'atteinte aux droits fondamentaux que constituerait la mise en oeuvre de la loi dans une situation qui n'est pas de celles qu'il a voulu interdire. La méthode ne prive pas pour autant de protection les situations typiques, c'est-à-dire celles que le législateur avait en vue, mais celle-ci devrait plus souvent être scellée par le contrôle abstrait : si le contenu de la loi, élaboré en vue de ces situations, n'est en lui-même pas inconventionnel, il sera difficile de démontrer en quoi son application le serait. Quant aux situations atypiques, elles ne permettent pas de conclure directement à l'inconventionnalité de leur soumission à la loi générale : une situation peut être très originale sans que l'application de la loi n'aboutisse à des conséquences nuisibles, qu'il convient donc également de démontrer - démonstration qui est encore manquante dans la décision Mme Gonzalez Gomez.

Cette prudence du juge en présence d'une distorsion entre les situations que le législateur avait en vue et la situation soumise à l'application de la loi rejoint le parallèle souvent fait entre le contrôle concret de conventionnalité et le recours à l'équité, au regard de leur fonction commune : corriger les conséquences néfastes de l'application de la loi générale à certains cas particuliers, afin de rendre une décision juste - ou conforme aux exigences conventionnelles, si l'on préfère le prisme juridique au prisme axiologique. Le rapprochement entre contrôle concret et équité est délicat lorsqu'il assimile cette forme de contrôle à une décision qui, n'étant pas fondée sur la loi, serait ipso facto rendue en équité. On rappellera à cet égard qu'une décision peut ne pas être fondée sur la loi, et néanmoins être fondée sur du droit, puisé à une autre source, en l'occurrence supérieure à la loi, celle de la Convention (sur la possibilité de l'équité dans un système fondé sur la loi, C. Albigès, De l'équité en droit privé, LGDJ, 2000). On rappellera également que les situations atypiques n'ont pas attendu le contrôle de conventionnalité pour que les juges tentent de leur trouver une solution appropriée, généralement d'espèce, en jouant de leur pouvoir d'appréciation, de qualification ou d'interprétation. Tout comme il existe d'autres proportionnalités que celle du contrôle concret, il existe d'autres outils d'équité que celui du contrôle concret (V. H. Fulchiron, art. préc.). En revanche, le contrôle concret de conventionnalité affiche ouvertement une considération jusque-là dissimulée. Cet affichage aboutit à montrer un droit variable en fonction des cas, quand les méthodes classiques s'attachent à préserver l'apparence d'une décision puisée déductivement à la loi. Il est possible d'estimer que cet habillage syllogistique exerce une contrainte sur le juge, lui interdisant un recours tous azimuts à de tels accommodements avec la loi. Mais il est également possible d'estimer que, en affichant un raisonnement jusque-là travesti, le juge l'ouvre à la discussion et la critique doctrinale, de laquelle émergera un nouveau cadre de contraintes argumentatives, bien plus à même de cantonner la subjectivité du juge que son exercice clandestin. L'opposition entre sécurité juridique et équité pourra ainsi trouver une voie de conciliation, non dans de nouveaux principes mais dans « une sécurité juridique méthodologique » (S. Drooghenbroeck, op. cit., nos 100 et 8 et s.) ou « procédurale » (F. Ost et M. van de Kerchove, op. cit., spéc. p. 442) car « la question centrale, celle qui commande toutes les autres, est donc une question de méthode » (H. Fulchiron, préc.).