



HAL
open science

**”Insémination post mortem : si le droit devenait
compréhensible?”, LPA Les Petites affiches, 2017, n° 45,
p. 7**

Christine Lassalas

► **To cite this version:**

Christine Lassalas. ”Insémination post mortem : si le droit devenait compréhensible?”, LPA Les Petites affiches, 2017, n° 45, p. 7. Les Petites Affiches, 2017, n° 45, p. 7. hal-02313900

HAL Id: hal-02313900

<https://uca.hal.science/hal-02313900>

Submitted on 11 Oct 2019

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

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

Insémination post mortem : si le droit devenait compréhensible ?

Ch. Lassalas, Maître de conférences de droit privé, Université Clermont Auvergne, CMH - EA 4232

Résumé : C'est un nouveau pas en faveur de l'insémination post mortem. Cette pratique est interdite en France, mais deux décisions récentes rendues par des juges administratifs, l'ont autorisée. Il semble que la règle de droit nationale doit être flexible pour satisfaire au respect des textes internationaux et il reviendrait aux juges d'intervenir afin de lui assurer une certaine souplesse. Sans livrer une analyse des pouvoirs et du rôle du juge, sans étudier le contrôle de proportionnalité, cet article envisage la difficulté de comprendre le droit. Les règles étant remises en question par la mondialisation (la gestation pour autrui donnant lieu à un véritable tourisme procréatif par exemple), il est plus que jamais nécessaire de débattre de ce qu'est le droit, mais aussi de prendre le temps de l'expliquer aux intéressés.

Mots clés : insémination post mortem; compréhension du droit ; contrôle de proportionnalité ; droits fondamentaux ; libertés fondamentales

Techniquement, il est tout à fait possible d'envisager la naissance d'un enfant après le décès de l'un de ses parents. Les progrès scientifiques permettent de contourner les données factuelles. Le décès n'est plus alors un obstacle à la naissance d'un enfant. Mais si scientifiquement, forcer ainsi le destin est envisageable, juridiquement, il existe un interdit. En France, aux termes de l'article L. 2141-2 du Code de la Santé publique, l'assistance médicale à la procréation ne peut concerner qu'un couple et « l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants ». Par ailleurs, l'article L. 2141-11-1 du même code interdit que des gamètes déposés en France puissent faire l'objet d'une exportation s'ils sont destinés à être utilisés à l'étranger à des fins prohibées en France. Il existe donc un double interdit : celui de l'insémination à titre posthume et celui de l'exportation des gamètes à titre posthume.

D'aucuns feront remarquer que certaines pratiques interdites légalement en France sont autorisées dans d'autres pays. Il en va ainsi, par exemple, de la gestation pour autrui (GPA). S'agissant, de l'insémination post mortem, la loi

espagnole autorise l'utilisation des gamètes du mari dans les 12 mois suivant son décès, afin de réaliser une insémination artificielle, sous réserve que celui-ci ait donné son consentement au préalable. Ces disparités entre États ne laissent pas indifférent.

Actuellement, à la différence de ce qui se passe pour les mères porteuses, il n'y a pas encore de véritable « tourisme procréatif ». Peu de personnes sont tentées de partir à l'étranger afin de contourner la loi française qui condamne la procréation post mortem. Mais on peut s'attendre à ce que certains couples, face à la probabilité d'un décès, décident de recourir à la congélation des gamètes. Si l'issue est fatale pour l'un d'entre eux, le survivant demandera à bénéficier d'une insémination post mortem. Aussi, afin d'éviter tout risque de voir se développer une forme de tourisme médical et procréatif, il est tentant d'affirmer que le législateur français aurait tout intérêt à revoir cet interdit. Par ailleurs, en l'absence de consensus, cet interdit ne serait pas fondamental.

Mais est-ce aussi simple ? Le fait qu'il n'y ait pas unanimité sur un interdit suffit-il pour avancer qu'il n'est pas fondamental et peut donc être transgressé, écarté ou supprimé ? « Vérités en deçà des Pyrénées, erreur au-delà. » Cette pensée de Blaise Pascal prend ici tout son sens. Notre monde est soumis à la relativité et la relativité s'impose à tous les domaines, y compris au droit. La perception de certaines choses, de certaines pratiques, est dépendante de nombreux facteurs. Il s'ensuit que ce qui est une vérité pour une personne à un moment donné et dans un lieu donné, ne l'est pas forcément pour une autre, à une autre époque et à un autre endroit.

Il n'est donc pas certain que le législateur français ait tort de vouloir conserver l'interdit de l'insémination post mortem. En toute hypothèse, le simple fait qu'il ne soit pas partagé par l'ensemble des pays ne suffit pas à affirmer qu'il doit être abandonné. Et pour l'heure, la situation est la suivante : le code de la santé publique prohibe l'insémination post mortem ainsi que l'exportation de gamètes.

Néanmoins, malgré des textes interdisant l'insémination post mortem, deux femmes ont obtenu la restitution des gamètes de leur mari décédé sur autorisation d'un tribunal. Il semble donc qu'entre la lettre et la pratique, il y ait une grande différence (I). Ce qui nous amène à demander non pas une légalisation de l'insémination post mortem, mais une clarification de ce qu'il faut attendre du droit (II).

I. De la lettre du texte à la solution retenue par les juges

Une simple lecture de deux décisions de justice récentes laisse apparaître que des dispositions légales peuvent être écartées par des juges administratifs (A) en raison de circonstances particulières (B).

A. Un interdit légal mais une autorisation du juge administratif

Les faits présentent des points communs : deux hommes mariés atteints d'un cancer ont procédé à un dépôt de gamètes avant d'entreprendre des traitements susceptibles de les rendre stériles. L'issue sera malheureusement fatale pour chacun d'eux. Leurs épouses respectives ont alors demandé la restitution des gamètes de leurs conjoints. Elles souhaitent se rendre en Espagne afin de bénéficier d'une insémination à titre posthume. Dans un premier temps, l'Agence de biomédecine compétente pour délivrer les autorisations d'importation et d'exportation de gamètes et tissus germinaux (article L. 2141-11-1 du CSP) ainsi que les autorisations de déplacements d'embryons (article L. 2141-9 du CSP) a refusé, car en France, l'insémination post mortem et l'exportation post mortem sont prohibées (art. L.2141-2 et L.2141-11-1 CSP). C'est pourquoi, les deux veuves se sont adressées au juge des référés du tribunal administratif afin de pouvoir exporter les gamètes de leur mari décédé vers un établissement de santé espagnol autorisé à pratiquer les procréations médicalement assistées post mortem.

Dans la première affaire, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a refusé, ce qui a donné lieu à un pourvoi devant le Conseil d'État. Dans une décision du 31 mai 2016, le Conseil d'État a ordonné que soit procédé à l'exportation vers l'Espagne des gamètes du défunt, afin qu'une insémination post mortem puisse être réalisée (CE, 31 mai 2016, n°396848 : JurisData n°2016-010489¹). Dans la seconde affaire, le juge des référés du tribunal administratif de Rennes, a accepté la requête de l'épouse (ordonnance du 11 octobre 2016, n° 16044451²) et enjoint dès lors au centre hospitalier régional universitaire de Rennes de faire le nécessaire afin de permettre l'exportation des gamètes vers un pays européen autorisant l'insémination post mortem.

Concernant l'assistance médicale à la procréation, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique dispose que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple... L'homme et la femme formant

¹ JCP 2016, n° 29, 864 ; D 2016, p. 1470

² http://rennes.tribunal-administratif.fr/content/download/75448/701241/version/1/file/1604451%20ins%C3%A9mination%20post-mortem.anon_compl.pdf consulté en novembre 2016

le couple doivent être vivants... Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple... » Quant à l'article L. 2141-11-1 du même code, il précise que « 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 ». Si les mots ont un sens, il en ressort que l'insémination post mortem est interdite en France et les gamètes ne peuvent pas être restitués en vue d'une insémination post mortem à l'étranger.

Pourtant, par deux fois, un tribunal a autorisé la restitution des gamètes en vue d'une insémination à titre posthume. Dans le prolongement direct de ces deux décisions, il y aura d'autres demandes et d'autres autorisations seront accordées. Est-ce à dire que l'interdit de l'insémination post mortem n'est pas « impératif » ? Qu'il peut être contourné ? Ou que le législateur pose un principe, mais qu'un juge peut prendre le contre-pied de la règle posée par le législateur ? Faut-il en déduire que si le juge peut contredire la loi, alors inéluctablement, la loi va disparaître et l'interdit avec ?

Pour certains auteurs, au vu du raisonnement du juge administratif, « la lettre de la loi française est préservée ». Seule l'application du texte a été écartée en raison du contexte³.

B. Passer outre le texte en raison d'un contexte particulier

Dans sa décision du 31 mai 2016, le Conseil d'État devait se prononcer sur la compatibilité entre, d'une part, les dispositions du Code de la santé publique français (art. L 2141-2 et L.2141-11-1) interdisant l'exportation des gamètes post mortem et l'insémination post mortem et d'autre part, celles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), plus précisément les stipulations de l'article 8 relatives au droit au respect de la vie privée et familiale.

Après avoir estimé qu'il n'y avait aucune incompatibilité entre les dispositions des différents textes⁴, les magistrats ont précisé que « eu égard à l'ensemble des

³ J.-P. Vauthier et F. Violla, « Le Conseil d'État autorise une exportation de gamètes destinée à une insémination post mortem.- « Quelle vérité que ces montagnes bornent, qui est mensonge au monde qui se tient au-delà ? » (Montaigne, Essais, II, XII), JCP 2016, n°29, 864

circonstances de la présente affaire » le refus d'autoriser l'exportation des gamètes en Espagne portait « une atteinte manifestement excessives (au) droit au respect de la vie privée et familiale (de la veuve) protégé par les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.»⁵.

Selon le Conseil d'État, le fait que le couple ait eu le projet de donner naissance à un enfant, que le mari ait « 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 sa femme, que cette dernière réside désormais en Espagne et qu'il y ait absence de toute intention frauduleuse, justifient que soit écartées les dispositions françaises interdisant l'insémination à titre posthume et le refus d'exportation de gamètes à cette fin. Le juge des référés du tribunal administratif de Rennes a suivi un raisonnement similaire dans sa décision du 11 octobre 2016. Il a considéré que « des circonstances exceptionnelles » que représentent pour la requérante « le décès de son époux puis celui de leur enfant au terme de sa grossesse », justifiaient que les deux interdits français soient écartés. En définitive, les juges ont pris la décision de ne pas retenir les dispositions françaises en raison de circonstances particulières et « exceptionnelles »⁶. C'est donc le contexte qui explique leurs décisions.

Ce qui nous amène à nous demander quelles données constituent des « circonstances exceptionnelles » ou un contexte particulier justifiant que les dispositions légales françaises ne soient pas appliquées. Car c'est bien de cela dont il s'agit. Certes, le juge administratif ne décide pas directement d'écarter la loi. Cependant, en estimant qu'en raison de circonstances particulières, le refus de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris et de l'Agence de la biomédecine porte une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale protégé par la CESDH et en ordonnant la restitution des gamètes, il écarte indirectement l'application d'une loi claire, ne posant *a priori* aucune difficulté d'interprétation. Il en va de même lorsque le tribunal administratif de Rennes enjoint au centre hospitalier régional universitaire de Rennes « de prendre toutes les mesures utiles afin de permettre l'exportation... des gamètes » de l'époux décédé.

⁴ Voir le point 8° de la décision : « 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 ».

⁵ Voir le point n°9 de la décision

⁶ TA de Rennes, ord. N°1604451 du 11 octobre 2016, *op.cit.*

La détermination des circonstances jugées suffisantes pour écarter les interdits français n'est pas aisée. Toutes les situations dans lesquelles est envisagé le dépôt de gamètes en vue d'une insémination sont particulièrement dramatiques. Elles le sont d'autant plus que l'un des membres du couple décède sans que le projet parental n'ait abouti. Faut-il laisser aux juges le soin de faire une appréciation de la douleur et du drame ? Faut-il se résoudre à créer des niveaux, à l'instar de l'échelle de Richter, pour apprécier la magnitude du séisme provoqué par le décès d'une personne malade désireuse d'avoir un enfant ?

C'est uniquement dans les cas où l'application des dispositions législatives constitue une ingérence disproportionnée dans les droits et libertés des requérants que seront écartées les dispositions de la loi française interdisant l'insémination post mortem et l'exportation de gamète à cette fin. Mais qu'est-ce qu'une « ingérence disproportionnée » ? Dans quelle mesure l'atteinte est-elle proportionnée ou non ? Selon les juges, il faut se livrer à une appréciation des conséquences de l'application de la loi française⁷. Or, en toute hypothèse, il s'agit d'un couple qui a eu recours au dépôt de gamètes afin de pouvoir concevoir un enfant alors que l'un devait subir des traitements médicaux lourds et son décès va intervenir avant que le projet d'enfant n'ait abouti. Qu'est-ce qui peut justifier que, dans certains cas, l'atteinte qui résulte de l'interdiction de concevoir un enfant post mortem soit proportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale du survivant, alors que dans d'autres, elle est disproportionnée ? La nationalité ou les origines d'un des époux comme dans la première affaire ? Une grossesse interrompue brutalement comme dans la seconde affaire ? Ou peut-être est-ce l'absence d'intention frauduleuse concernant la volonté de s'établir dans un pays dont la législation autorise l'insémination post mortem ?

Sans prendre parti sur le rôle et les pouvoirs des juges, nous pouvons néanmoins affirmer que les citoyens peuvent être déroutés par des décisions où les juges choisissent d'écarter des textes nationaux très clairs en se fondant sur des raisonnements difficilement compréhensibles. Même certains juristes ne sont pas convaincus par les explications fournies. Comment comprendre que des

⁷ Voir l'arrêt du Conseil d'État du 31-05-2016, particulièrement le point 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 œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive. »

juges puissent écarter une loi claire en se basant sur la nécessité de respecter des droits fondamentaux qui semblent flous ? Certes, la Convention européenne des droits de l'homme est partie intégrante du droit français, mais en l'occurrence, les juges affirment que la loi ne heurte pas les dispositions de la Convention. Toutefois, en raison de circonstances particulières aussi floues que les droits fondamentaux, la loi devient inapplicable. Que reste-t-il de la loi si les juges peuvent l'écarter en raison d'une appréciation des intérêts en présence, au cas par cas ? La transformation de l'interdit légal en autorisation laisse perplexe et suscite de nombreuses interrogations.

Aussi cruelles soient-elles, les circonstances sont là, et la loi française pose des interdictions. Ces interdictions sont écartées, dans certains cas, suite à des décisions de justice. Or, la justification donnée par le juge administratif enjoignant l'exportation de gamètes en vue d'une insémination post mortem en Espagne ne semble pas de nature à clarifier ce qu'est le droit français en la matière. À l'heure où l'on s'interroge sur l'intérêt de l'enfant, la marchandisation du corps, il est urgent d'envisager la clarification du droit.

II. Pour une indispensable clarification du droit

Il faudrait s'interroger sur la flexibilité à donner aux règles. Peut-être s'agit-il d'une nécessité, mais qui doit inciter à beaucoup de vigilance (A). Une certitude : si l'on veut que le droit puisse continuer à jouer son rôle de régulateur permettant la vie en société, il est nécessaire qu'il soit compréhensible (B).

A. Le droit doit-il être humain et flexible ?

Il semble que ce soit un contexte particulier qui a motivé la solution du juge administratif. Autre manière de dire les choses : le juge a choisi d'écarter l'interdit légal, parce qu'il considérait son application particulièrement inopportune au cas d'espèce et qu'il lui fallait trouver un juste compromis entre la loi et les droits fondamentaux des justiciables. Dans les deux affaires précitées, officiellement, bien que la règle nationale ne soit pas contraire aux droits et libertés garantis par la CESDH, le juge a estimé que sa mise en œuvre ne permettait pas de respecter les droits et libertés qui sont garantis par la CESDH. Il est donc passé outre le texte de loi. Il s'ensuit que l'on s'en tient à ces deux décisions, la règle de droit nationale doit être flexible pour satisfaire au respect des textes internationaux et il revient au juge d'intervenir afin de lui assurer une certaine souplesse du droit.

Il apparaît que si le juge administratif a enjoint la restitution des gamètes pour une exportation vers l'Espagne, c'est en raison de son rôle dans la protection des libertés fondamentales. Le rôle des juges nationaux dans la protection des libertés fondamentales mérite plus que ces quelques lignes. Néanmoins, il est permis d'affirmer qu'en la matière, le pouvoir des juges s'est considérablement renforcé, quels que soient les degrés de juridiction. Les juges sont les gardiens des libertés fondamentales. Traditionnellement, au niveau national, il revient au juge judiciaire d'assurer la protection de la liberté individuelle et des libertés essentielles⁸. Mais le juge administratif s'est également imposé en tant que protecteur des libertés, notamment dans le cadre de procédures telles que le référé-liberté utilisé, en l'occurrence, dans les deux affaires relatives à l'exportation des gamètes à titre posthume. Le juge peut, par voie d'ordonnance, enjoindre aux autorités administratives de cesser toute ingérence en matière de libertés fondamentales, sachant que le caractère fondamental ou non de la liberté n'est pas limité aux seules libertés garanties par la Constitution⁹. Quant au juge constitutionnel, il s'est imposé comme le protecteur des libertés grâce à l'instauration en 2008 de la question prioritaire de constitutionnalité en particulier¹⁰.

En toute hypothèse, il est nécessaire de prendre en compte l'influence des tribunaux internationaux, et notamment de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui conduit les juridictions françaises, mais aussi le législateur français, à considérablement modifier leur approche en matière de garanties des droits de l'homme. La montée en puissance des juridictions nationales et internationales a ainsi contribué à mettre au premier plan la question du « gouvernement des juges »¹¹.

⁸ Voir notamment B. Louvel, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation »,

https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_entretiens_2039/discours_entretiens_2202/premier_president_7084/gardienne_liberte_33544.html (consulté en octobre 2016)

⁹ Alors que dans le cadre d'une QPC (question prioritaire de constitutionnalité), le contrôle est effectué uniquement concernant les libertés garanties par la Constitution.

¹⁰ Voir notamment « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? – Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales », colloque organisé à Rennes en 2015 dont les actes ont été publiés par la Revue Générale du droit, <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2016/02/02/la-genese-pourquoi-parler-de-guerre-des-juges/> (consulté en novembre 2016)

¹¹ Voir notamment D. Terré, « Le gouvernement des juges », in Les questions morales du droit, PUF, 2007 et « Séparation des pouvoirs et gouvernement des juges », 17 juin 2011, <http://www.ceuropeens.org/article/separation-des-pouvoirs-et-gouvernement-des-juges> (consulté en décembre 2016)

Les juges peuvent donc être saisis de nombreux recours et disposent d'importants pouvoirs à cet effet, mais il n'en demeure pas moins que chaque État membre de l'Union Européenne garde son histoire, ses traditions, ses conceptions sur différents sujets tels que la gestation pour autrui, la fin de vie, l'adoption et l'insémination post mortem. Ainsi, si le juge administratif dispose du recours en référé-liberté et de la possibilité de pratiquer un contrôle de proportionnalité, l'État français, par le biais de ses Parlementaires, a décidé de prohiber l'insémination post mortem et l'exportation des gamètes à cette fin. Il s'agit d'un choix de société, d'un choix politique, d'un choix pris en fonction d'intérêts sans nul doute importants. À l'instar de certains auteurs, on peut donc légitimement se demander si les pouvoirs que le juge s'arroge dans le cadre des différents recours dont il est saisi, ne sont pas « un brin disproportionné »¹², si la consécration du contrôle de proportionnalité tel qu'il est compris actuellement par les juges administratifs et judiciaires, n'équivaut pas à une restauration, à peine voilée, du jugement en équité¹³. Les juges se livrent à un contrôle de proportionnalité qui ne consiste plus, comme le note A. Bénabent, à exercer « un contrôle de mesure dans le cadre d'un office confié par la loi (comme, par exemple, doser une sanction à l'intérieur d'un cadre légal, ou apprécier un excès manifeste ou un déséquilibre significatif) »¹⁴. En matière de droits et libertés fondamentaux, le contrôle de proportionnalité que le juge paraît décider à développer consisterait à repousser une loi « parce qu'il en trouve la mise en œuvre inappropriée »¹⁵.

Les deux femmes qui ont saisi le juge administratif souhaitent pouvoir obtenir la restitution des gamètes de leur conjoint défunt afin de pouvoir mener à terme un projet parental, alors que la loi française l'interdit. Il est possible d'interpréter la décision des juges administratifs de plusieurs façons. Certains porteront un regard très critique mentionnant que, sous couvert de respecter les droits et libertés des individus concernés, le juge s'autorise à écarter la loi, se conférant des pouvoirs exorbitants¹⁶. D'autres préféreront souligner que les décisions de justice autorisant l'exportation des gamètes évitent « d'ajouter la dureté de la

¹² A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », D. 2016, 137 ; Dans le même sens, P. Puig, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », RTD Civ., 2016, p.70 et F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D.2016, p.796.

¹³ F. Chénéde, *ibid.*

¹⁴ *Op.cit.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Voir à propos du contrôle exercé par la Cour de Cassation, A. Bénabent, *op.cit.* ; Dans le même sens, P. Puig, *op.cit.* et F. Chénéde, *op. cit.*

règle à la cruauté du destin »¹⁷. Par ailleurs, l'une des « nécessité(s) de notre temps » serait de « donner une certaine souplesse à la norme » afin de « respecter les droits et intérêts des individus, dès lors au moins que cette souplesse ne nuit à personne ». Cette nécessité de conférer de la souplesse serait d'autant plus impérative que nous sommes « dans un monde globalisé », où les différents systèmes juridiques proposent des solutions diverses. Il faudrait alors envisager « d'autres procédés d'équité, inclus dans la loi elle-même... ou laissés à l'appréciation du juge »¹⁸.

Si l'on s'interroge sur la nécessité d'une flexibilité du droit, plusieurs points doivent être examinés. La flexibilité ou la souplesse du droit peut, en effet, prendre plusieurs formes¹⁹. Est-ce écarter une règle légale claire ? Est-ce introduire une formule vague (telle que l'intérêt de l'enfant) permettant de moduler la règle ? C'est ainsi que J. Carbonnier imaginait un droit conscient de ses propres limites, instaurant une certaine flexibilité dans la règle, en fonction de notions à contenus variables, avec le risque que les pouvoirs du juge s'élargissent au détriment de ceux du législateur²⁰. Ou peut-être que la flexibilité peut consister à laisser les individus utiliser les possibilités offertes par une société de plus en plus mondialisée (comme en matière de GPA par exemple)... On peut également s'interroger sur les objectifs de cette flexibilité. S'agit-il de rendre le droit plus humain ou de s'adapter aux raisonnements européens et de prendre en compte les libertés et droits fondamentaux dont la liste ne cesse de s'allonger et qui sont de plus en plus invoqués par les justiciables ? Est-ce le rôle du juge de rechercher la solution la plus humaine ?

Certes, la mondialisation fait ressortir les différences entre les systèmes juridiques et, avec l'évolution de nos sociétés, il est difficile de concevoir que des règles puissent convenir à toute personne. Mais le droit n'a pas vocation à convenir à chacun, ni à s'adapter à chacun. Le droit est établi par les hommes pour leur permettre de vivre en société. Le droit est un ensemble de normes dont le but est de conduire les hommes à se comporter d'une certaine façon. Il est temporel et relatif à une société donnée. Il n'est pas universel en ce sens où il n'existe aucune norme idéale qui pourrait valoir pour tous les individus. Par conséquent, le droit est relatif. Une règle de droit française ne peut prétendre

¹⁷ V. P. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », D. 20106, p.1472, spéc. *in fine*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ La flexibilité du droit a été étudiée par J. Carbonnier in *Flexible Droit*, Paris, L.G.D.J.

²⁰ V. notamment Jean-Jacques Sarfati, « Des limites de l'idée du droit flexible », *Le Philosophoire*, 2/2012 (n° 38), p. 207-228 au sujet de la flexibilité du droit présentée par J. Carbonnier <https://www.cairn.info/revue-le-philosophoire-2012-2-page-207.htm>

convenir à l'ensemble des citoyens de la planète, pas plus qu'elle ne peut recevoir l'adhésion de tous les citoyens concernés.

Puisqu'il n'existe pas une norme de droit idéale, peut-être conviendrait-il de recentrer le débat sur les rôles et les fonctions de la loi, de ne pas raisonner par rapport à un individu, mais par rapport à l'intérêt général, particulièrement lorsque la règle de droit ne repose que sur des raisons éthiques. L'absence d'éthique universelle suppose en effet que chaque société fait des choix qui peuvent ne pas être suivis par d'autres pays, mais qui semblent suffisamment importants pour justifier l'intervention du législateur. Selon ses conceptions éthiques, il autorise ou interdit certains comportements.

S'agissant de la question de l'exportation des gamètes en vue d'une insémination post mortem, le choix de plus de flexibilité pose différentes questions. La flexibilité donnée à la règle par le biais du juge administratif est-elle conforme au choix du législateur ? Par ailleurs, sait-on si la flexibilité ne nuira pas à l'enfant conçu post mortem ? On peut même se demander si la flexibilité introduite par le contrôle exercé par le juge administratif ne sera pas comprise comme un facteur d'injustice, laissant croire que le droit varie de manière arbitraire²¹.

Il peut paraître étrange d'avoir un texte de loi clair et une décision de justice qui prend le contre-pied de ce texte. Certes, le droit ne se limite pas au texte écrit, et les juges doivent assurer une juste balance entre les intérêts en présence et confronter le texte au respect des libertés fondamentales. Néanmoins, n'est-il pas utopique d'imaginer que le droit peut être flexible au point d'écarter une règle légale pourtant très claire et continuer à assurer son rôle en matière de justice, de prévisibilité, de sécurité ? La loi et d'une manière générale le droit ne se trouvent-ils pas affaiblis par cette flexibilité accordée par les juges ? N'est-ce pas remettre en question le rôle de la loi et rendre le droit inaudible ? De telles décisions de justice invitent davantage à réaffirmer la nécessité d'avoir un droit compréhensible, sachant que le droit ne se résume pas seulement aux textes de loi.

B. Le droit doit être compréhensible.

En définitive, il nous semble qu'il faut se souvenir que les lois s'adressent aux citoyens. Particulièrement dans la sphère de la vie privée et en l'absence de tout

²¹ Voir *infra*, notre dernière partie

consensus au niveau mondial, comme c'est le cas pour l'insémination post mortem, les citoyens ne se plieront à la règle que parce qu'il y a une forme d'acceptation. Or, il ne se dégagera une acceptation générale d'une règle que si cette règle est compréhensible au regard de l'intérêt général, même si elle peut être difficile à accepter sur le plan personnel.

Avec le contrôle exercé par les juges sur l'application des dispositions légales concernant l'insémination post mortem, la règle devient « fragile ». Pour les couples qui ont un projet parental et dont l'un est malade, l'issue n'est plus prévisible. Ils ne peuvent savoir à quoi s'attendre lorsqu'ils décident de déposer des gamètes dans un centre en France. En effet, les règles formulées par les textes semblent simples, limpides et claires : l'insémination post mortem est interdite, ainsi que l'exportation des gamètes à cette fin. Mais le droit est inintelligible en raison de l'intervention des juges. Or, un droit inintelligible et donc incompréhensible, peut difficilement être respecté, car il ne permet pas « d'assurer ce que l'on peut attendre du droit : la justice, l'ordre, la prévisibilité, la sécurité, le bien-être, la paix et peut-être le bonheur »²². Face à un droit incompréhensible, l'individu ne peut que se résigner à accepter l'incertitude ou se révolter, quitte à désobéir. Il est certes concevable qu'en raison de leur technicité, certains domaines supposent une réglementation plus complexe qui ne saurait s'adresser au grand public. Pour autant, lorsque le droit met en cause la sphère privée, les choix de vie, il doit pouvoir être compris de tous.

La compréhension du droit est un impératif juridique. En France, pays de droit écrit, les postulats et conditions d'une bonne compréhension du droit sont des textes bien rédigés, sans contresens, avec une certaine clarté du style et de la terminologie²³. Le respect de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi a d'ailleurs été érigé en principe fondamental de droit par la Cour européenne des droits de l'homme²⁴ et en objectif à valeur constitutionnelle²⁵. Cependant, il ne suffit pas de raisonner uniquement au regard des textes nationaux. Il convient

²² V. P. Malaurie, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 3/2005 (n°114), p.131-137. Sur la compréhension du droit, voir notamment G. Cornu, « Compréhension ou incompréhension du droit ? Sombre verdict », <https://edoc.bbaw.de/frontdoor/index/index/docId/1525> (consulté en septembre 2016)

²³ Il existe en France un Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires dont la deuxième édition de 2007 est disponible via Légifrance, Guide de légistique, <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique>, format PDF, spéc. Fiche 3.3.1.

²⁴ V. notamment l'arrêt de principe : CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avr. 1979, A/30 cité par P. Malaurie, *op.cit.*, note 5

²⁵ À l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 qui a constitutionnellement consacré la codification. Sur l'ambiguïté du principe de clarté de la loi, voir notamment A. Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahier du Conseil Constitutionnel* n°21, dossier : La normativité, janvier 2007, spéc. II A 1

également de tenir compte des traités internationaux, ainsi que de la jurisprudence. En effet, la loi nationale peut être intelligible et le droit pourtant incompréhensible en raison des arrêts de la Cour européennes des droits de l'homme ou des décisions des juges nationaux.

S'agissant de l'insémination post mortem, on ne peut pas parler de loi obscure, incomplète ou incohérente. Le législateur a envisagé la situation des couples ayant déposé des gamètes en vue d'une insémination artificielle, pour lesquels le projet parental n'aboutira pas en raison du décès de l'un des deux. La difficulté vient du fait qu'en matière d'insémination post mortem, il n'y a pas de consensus au niveau européen. Certains États l'interdisent, d'autres non. Il s'ensuit que la règle française apparemment claire, un interdit en l'occurrence, n'a plus une teneur aussi certaine en raison du contrôle exercé par les juges quant à sa compatibilité avec les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. A supposer que le contrôle exercé par les juges soit légitime, ses effets semblent désastreux quant à la compréhension du droit et son respect par les citoyens. Il règne une impression de cacophonie.

Il est certain que le droit positif actuellement ne se résume pas aux lois. Il faut tenir compte, notamment, des droits fondamentaux et des raisonnements développés au niveau européen. Néanmoins, actuellement, entre les citoyens et le droit, il y a un problème de codage et de décodage du droit. Les rouages entre les États et l'Europe, entre les lois, les conventions et leur application par les juges, sont devenus intelligibles. On assiste à une dévalorisation de la loi, mais aussi du droit. C'est pourquoi, il devient urgent de s'interroger sur la complexité du droit pour les citoyens et de réfléchir sur la signification à accorder aux libertés et droits fondamentaux.

Dans un système de plus en plus complexe, l'on veut bien admettre qu'il soit difficile d'avoir à la fois des textes lisibles, concis et simples, mais également précis pour pouvoir éviter tout arbitraire. On comprend également que le processus législatif ne se résume pas seulement aux textes, qu'ils soient nationaux ou internationaux. Il faut tenir compte des juges qui « produisent » les règles juridiques à partir des textes, en interprétant des concepts peu précis notamment. C'est un fait : dans la sphère privée, l'europeanisation, l'adoption de textes comme la CESDH qui comportent des libertés et des droits dont le sens précis n'est pas défini et reste très approximatif²⁶, la juxtaposition des règles

²⁶ Volontairement peut-être pour faciliter l'adhésion des différents États...

nationales et des raisonnements suivis par les juges nationaux et internationaux, nous invitera à revoir ce qu'est le droit positif actuellement et qui le crée réellement. Sans développer ces questions centrales qui dépassent largement notre étude, nous pouvons déjà rechercher ce qui permettrait, de fait, de rendre le droit plus compréhensible.

Pour que le droit soit compréhensible, il nous semble qu'à défaut de pouvoir formuler une règle universelle, il conviendrait d'expliquer les raisons qui ont conduit à adopter la règle au plan national. En effet, si l'on veut que les individus acceptent à la fois la diversité de nos sociétés, la nécessité d'évoluer, mais aussi prennent conscience des vrais enjeux véhiculés par les différences et l'absence d'unanimité sur certaines questions telles que la GPA ou l'insémination post mortem, le droit doit être expliqué.

Comprendre la règle ne consiste pas à demander aux personnes concernées de faire le choix de leurs propres valeurs. Il n'est nullement question de demander aux intéressés si l'atteinte à leurs droits est justifiée ou non, si l'interdit est justifié ou non. Pour l'individu en cause, l'interdit est toujours injuste, d'autant plus si le comportement ou la pratique est autorisé dans un autre pays. L'atteinte aux droits et libertés fondamentaux renvoie toujours à ce qui est vécu par le sujet. Or, le droit n'est pas conçu pour une personne en particulier, mais pour assurer des relations paisibles dans une société à un moment donné. On comprend aisément qu'il convient de prendre en compte l'ensemble des intérêts en présence, c'est-à-dire, les intérêts particuliers des individus, mais aussi ceux de la collectivité. Ce raisonnement est d'autant plus vrai que la règle repose sur l'éthique. L'un des débats principaux actuellement n'est-il pas d'envisager la médecine du futur non pas simplement en mettant en avant exclusivement les progrès qu'elle permet et le confort qu'elle apporte pour une personne en particulier, mais en prenant en compte les conséquences quant à l'évolution de l'humanité ? Les décisions à prendre seront très certainement délicates, car il faut notamment tenir compte de la mondialisation et des conséquences économiques des choix effectués. Ainsi, à titre d'exemple, il ne suffit pas de présenter les greffes d'organes d'animaux comme le moyen de sauver des vies humaines face à la pénurie d'organes disponibles. Il est nécessaire de voir également les conséquences des xénogreffes sur l'espèce humaine, sur sa survie en tant que telle. On rejoint alors la réflexion éthique qui consiste à admettre que « tout ce qui est possible n'est pas nécessairement bon » et qu'il convient « de se poser la question la question du sens du soin, pour le sujet autonome comme

pour la société dans son ensemble »²⁷. Dans le champ de la santé ou de la sphère privée, expliquer les raisons qui ont conduit à adopter telle règle plutôt qu'une autre au plan national, c'est donc très souvent rappeler ce qu'est l'éthique, et réaffirmer clairement ce que doit être le droit, revenir sur ses rôles et ses fonctions, sortir de l'ambiguïté du droit.

Ce questionnement sur les raisons qui expliquent la règle permettra par ailleurs de se demander si la règle qui a été fixée doit ou non être maintenue, d'autant plus lorsque le droit prétend encadrer l'éthique. En effet, en matière d'éthique, il n'est pas question de se reposer sur les limites scientifiques ou médicales, mais il faut faire des choix de société qui reposent sur une hiérarchie des valeurs. On se souviendra par exemple, du couple américain qui se s'est rendu au Mexique pour concevoir un bébé porteur du patrimoine génétique de 3 personnes, procédure interdite aux USA, mais effectuée par une équipe de médecins new-yorkaise au Mexique²⁸. Preuve s'il en faut, que les notions d'éthique sont très relatives tant pour les États que pour les médecins ou les citoyens.

Si l'on raisonne par rapport aux deux dernières décisions relatives à l'insémination post mortem, on ne peut que retenir l'inintelligibilité du droit, avec une règle en apparence claire, mais au final incompréhensible, en raison de l'intervention des juges et de l'existence de notions et de principes flous, tels que les libertés et les droits fondamentaux « qui promettent plus qu'ils ne peuvent offrir »²⁹. Il ne s'agit pas réellement d'une question d'accès au droit, sauf à considérer qu'il faudrait établir un code des décisions des juges tant nationaux qu'internationaux, pour expliquer le droit. Mais il n'est pas certain que la codification des décisions participe à rendre le droit compréhensible en matière de droits fondamentaux, tant les contrôles auxquels se livrent les juges proposent « un "droit à la carte", un droit pour chacun qui l'emporte sur un droit pour tous »³⁰. En réalité, afin de pouvoir devenir un citoyen acteur de sa propre vie, il est nécessaire de connaître le droit, c'est-à-dire de connaître la règle, mais aussi la jurisprudence et les pratiques des autorités chargées de l'appliquer,

²⁷ Ethique et professions de santé, rapport public remis en mai 2003 par la Commission Ethique et Professions de Santé, spéc. p. 18

²⁸ Voir les nombreux articles dans la presse, dont notamment « Première naissance d'un bébé à 3 parents », http://www.lemonde.fr/sciences/article/2016/09/28/premiere-naissance-d-un-bebe-a-trois-parents_5004492_1650684.html consulté en novembre 2016)

²⁹ P. Puig, *op.cit.*

³⁰ P. Puig, *op.cit.*, 3.

Dans la sphère privée, clarifier ce qu'est le droit, faire en sorte qu'il soit compréhensible est une question centrale. Si la loi peut être écartée parce que des intérêts individuels l'exigent, si le droit n'est plus intelligible, nous craignons alors qu'il perde toute autorité et ne permette plus de remplir sa fonction principale : installer un ordre, dire aux hommes ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire pour que la vie en société soit possible.