



OBSERVATIONS EN TIERCE INTERVENTION

soumises à la Grande Chambre de la
Cour européenne des droits de l'homme

dans l'affaire

S. H. ET AUTRES c. AUTRICHE

(Requête n° 57813/00)

par le European Centre for Law and Justice
conjointement avec 51 députés dont la liste est annexée à la demande d'intervention
et les organisations-non-gouvernementales suivantes:

Union Mondiale des Organisations Féminines Catholiques (UMOFC)
Fédération des Associations Familiales Catholiques en Europe (FAFCE) et Katholischer Familienverband
Osterreich
Human Life International (HLI) Austria
Institut für Ehe und Familie (IEF)
Freie Christengemeinde Osterreich
Bund Evangelikaler Gemeinden in Osterreich
European Dignity Watch

à Strasbourg, le 31 janvier 2011
par Grégor Puppinc, Directeur de l'ECLJ

1. En l'absence de « droit à procréer » garanti par la Convention, le législateur national n'est pas tenu de légaliser les techniques de procréation artificielle. S'il décide de légiférer en la matière, cette législation ne peut raisonnablement ignorer les caractéristiques propres à chaque technique de procréation artificielle. Il appartient au législateur national d'apprécier l'acceptabilité de chaque technique, non pas en les comparant seulement les unes aux autres comme l'a fait la première section, mais selon leurs caractéristiques spécifiques au regard des intérêts en jeu. Ce faisant, le législateur doit aussi respecter ses obligations internationales, telle l'interdiction de la procréation par clonage.¹

2. Un même symptôme, l'infécondité, peut être causé par des pathologies médicales totalement différentes. On ne peut obliger l'Autriche à appliquer un régime juridique identique au « traitement » de pathologies médicales différentes sous prétexte qu'elles ont le même symptôme. On ne peut reprocher à l'Autriche d'avoir interdit telle technique simplement parce qu'elle en a autorisé d'autres.

3. Avant d'aborder l'examen de l'affaire sous l'angle des articles 8 et 14, il convient de rappeler à titre liminaire que le désir de procréer artificiellement n'est pas garanti par **l'article 12**. Dans la décision du 15 novembre 2007 sur la recevabilité de la présente affaire, la Cour a rappelé que « l'article 12 de la Convention ne garantit pas un droit à la procréation. »² Cette décision est conforme à la jurisprudence de la Cour qui interprète avec constance cette disposition comme « ne garanti[ssant] pas, en tant que tel, un droit d'adopter ou d'intégrer d'une autre manière dans une famille un enfant qui n'est pas l'enfant par le sang du couple en question. »³ La Cour l'a rappelé à plusieurs reprises : « le droit de procréer n'est pas couvert par l'article 12 ni par aucun autre article de la Convention »⁴. Il n'y a pas ainsi de droit subjectif à procréer, mais seulement une protection du droit du couple de ne pas être empêché de fonder une famille.⁵

I. NON VIOLATION DE L'ARTICLE 8

Le désir de procréer naturellement entre dans le champ de la vie privée

4. L'article 8 a essentiellement pour objet de protéger les individus contre les ingérences arbitraires des autorités publiques. La Cour l'a rappelé dans l'arrêt du 1^{er} avril 2010, en précisant que « la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention est une notion large qui englobe, entre autres, (...) le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (...)⁶. » Le *droit au respect* crée, pour l'Etat, une obligation de s'abstenir d'intervenir dans la décision du couple. L'Etat ne doit pas forcer la volonté des parents, par exemple en faisant procéder à des contraceptions, stérilisations ou avortements forcés, ou en imposant des charges fiscales dissuasives à chaque nouvelle naissance comme c'est le cas en Chine.

5. Dans ce cadre, parce que la procréation est un aspect propre et essentiel de l'existence du couple, l'intervention de l'Etat ne peut être que restreinte. La Cour le reconnaît en énonçant « que lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à

¹ Protocole additionnel n°1 à la Convention d'Oviedo, article 1^{er}: « est interdite toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort ». Sur la question, v. J.-S. Cayla, « Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1998, p. 283.

² *S. H. c. Autriche*, req. n° 57813/00, décision sur la recevabilité du 15 novembre 2007, § 4.

³ *X et Y c. Royaume-Uni*, req. n° 7229/75, 15 décembre 1977, 12 DR 32.

⁴ *Margarita Šijakova and Others v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia"* (Dec), no. 67914/01, 6 March.2003 « *the right to procreation is not covered by Article 12 or any other Article of the Convention* ».

⁵ *Com. EDH X et Y c. Royaume-Uni*, req. n° 7229/75, 15 décembre 1977, 12 DR 32 : « *l'article 12 garantit implicitement le droit d'engendrer des enfants* ».

⁶ voir *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 71, CEDH 2007-IV.

l'Etat est restreinte. »⁷ Ainsi, toute ingérence de l'Etat visant à contraindre la décision d'un couple de devenir ou de ne pas devenir parent doit être motivée par des raisons réellement impérieuses pour la rendre compatible avec l'article 8 § 2.

6. **Ainsi, face au désir des couples de procréer naturellement, l'Etat a une obligation négative.** C'est dans la perspective des obligations négatives de l'Etat que se comprend le mieux l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*⁸. En effet, dans cette affaire, c'est l'action positive de l'Etat qui a fait obstacle au projet procréatif. Ce sont l'emprisonnement du mari, l'absence de dispositions permettant au couple de concevoir naturellement et le refus d'autoriser les requérants à bénéficier d'une insémination artificielle légale qui ont empêché le couple d'essayer de devenir parent. Le couple n'a pas demandé à bénéficier d'une dérogation au régime des PMA ; il a demandé à ce que l'Etat ne fasse plus obstacle à la réalisation de leur projet parental pour la seule raison que le requérant était condamné à une peine de prison. La valeur de l'arrêt *Dickson* est de rappeler que les condamnés à une peine de prison ne perdent pas la jouissance de tous leurs droits.

7. L'applicabilité de l'article 8 est en ce sens parfaitement justifiée, cependant elle ne vise pas la technique de procréation en question, mais la situation spécifique des requérants. Ainsi, l'arrêt *Dickson* ne crée pas un « droit des couples à procréer en faisant appel à la procréation médicalement assistée », mais il reconnaît que les prisonniers ne sont pas entièrement privés de leur droit à la vie privée et familiale, y compris du droit au respect de leur décision de devenir parent. En l'espèce, le choix du moyen pour devenir parent (FIV, PMA, naturel) n'a qu'une importance secondaire et il n'appartient qu'au couple, dans les limites de la légalité.

8. C'est donc interpréter abusivement l'arrêt *Dickson* que d'en déduire l'existence d'un « droit des couples à procréer en faisant appel à la procréation médicalement assistée » (§60). Cette formulation est en outre hasardeuse, car il n'existe pas de « droit des couples à procréer », mais seulement un droit à ne pas être empêché d'essayer de procréer, dans les limites de la légalité. Les limites de la légalité visent non seulement le choix des méthodes de procréation, mais aussi des partenaires, (conditions relatives à l'âge, au consentement, ou à l'inceste).

9. L'Etat a une large marge d'appréciation en ce qui concerne ses obligations positives car, du fait qu'elles découlent moins directement de la nature du droit protégé et qu'elles varient selon les circonstances, elles relèvent largement du domaine de la politique de la santé et de la famille.

Le désir de procréer artificiellement excède le champ de la vie privée

10. La famille est à l'interface entre les sphères privées et publiques. Certaines matières de la vie familiale relèvent exclusivement de la sphère privée lorsque la famille se suffit à leur réalisation. Tel est le cas de la conception naturelle d'un enfant. D'autres matières en revanche sont de nature mixte et relèvent à la fois de la responsabilité de la famille et de celle de la société. C'est le cas lorsque la famille ne suffit pas à leur réalisation, comme par exemple en matière d'éducation ou de santé.

Par sa *finalité*, qui est de devenir parents, le désir de procréer artificiellement n'est pas étranger au champ de la vie privée, mais il excède ce champ par les *moyens* nécessaires à sa mise en œuvre. Ainsi, si la finalité relève de la sphère privée, les moyens relèvent en l'espèce de la sphère publique. L'Etat doit respecter le désir des couples de devenir parents, mais il ne peut rester indifférent aux modalités de mise en œuvre de ce désir dès lors qu'elles exigent l'investissement matériel et moral de la société.

11. En l'occurrence, les enjeux publics liés à la FIV hétérologue sont tels que l'usage de cette technique ne peut se prévaloir de la protection de la vie privée, protection dont continue par ailleurs à bénéficier les requérants quant à leur désir de devenir parents. Il en est de même de la procédure d'adoption qui engage aussi la société et excède le champ strict de la vie privée. Le désir des couples

⁷ Voir, par exemple, *Evans*, précité, § 77 ; *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, §§ 24 et 27, série A n° 91 ; *Dudgeon*, précité, § 52 ; et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI.

⁸ *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 66, CEDH 2007-XIII.

requérants de devenir parents continue à être protégé au titre de la vie privée contre les ingérences abusives de l'Etat tant que ce désir se manifeste dans le cadre de la sphère privée.

12. **A supposer que le désir de procréer artificiellement entre dans le champ de la vie privée**, l'Etat n'a pas l'obligation de fournir les moyens de la réalisation de ce désir. L'arrêt de Section le reconnaît lui-même : « il y a lieu de souligner que les Etats ne sont nullement tenus de légiférer en matière de procréation artificielle ni de consentir à son utilisation. » (§ 74) Les Etats n'ont pas l'obligation positive de légaliser la procréation artificielle ; dès lors, il est abusif de parler du « droit des couples à procréer en faisant appel à la procréation médicalement assistée » (§ 60). Un tel droit n'existe pas, car il ne peut exister raisonnablement de *droit à procréer* ou de *droit à l'enfant*. C'est fort justement que la Cour a jugé de manière identique récemment en matière d'avortement et de suicide assisté.

Pas plus que les Etats n'ont d'obligation positive de légiférer en matière de procréation artificielle, ils n'ont d'obligation négative de s'en abstenir et de « laisser faire » car la procréation artificielle est un enjeu public, notamment en termes de santé publique.

13. Le refus de légaliser une méthode de procréation artificielle n'est pas susceptible de constituer une ingérence dans la vie privée des requérants, dès lors que la protection de la vie privée n'implique pas de droit à procréer artificiellement.

Une ingérence légitime et proportionnée

14. Même si la Cour devait juger que l'interdiction de la FIV hétérologue constitue une ingérence dans la vie privée des requérants, force est de constater que cette interdiction poursuit les buts légitimes « que constituent la protection de la santé et du bien-être des femmes et des enfants concernés, ainsi que la sauvegarde des valeurs éthiques et morales fondamentales de la société », et qu'elle proportionnée aux buts en question. (§46)

Sur ce point, le tiers intervenant partage l'appréciation des gouvernements autrichien et allemand. Il considère que le législateur autrichien a su ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents, sans excéder la marge d'appréciation dont il jouit à cet égard. Nous nous limiterons à effectuer les brèves observations suivantes :

15. **L'assistance médicale à la procréation n'est pas interdite de manière générale**, elle fait au contraire l'objet d'une régulation nuancée visant la prise en compte des divers intérêts légitimes en jeu. Cette régulation autorise sous conditions le recours à certaines méthodes et en exclut d'autres. Il ressort paradoxalement de l'arrêt du 1^{er} avril qu'une interdiction totale de la PMA est légitime, tandis qu'une interdiction partielle ne le serait pas, par manque de proportionnalité !

La procréation artificielle hétérologue est possible à l'étranger

16. Dans l'affaire *A, B et C contre Irlande*, la Grande Chambre a considéré que l'interdiction litigieuse a ménagé un juste équilibre entre les droit concurrents invoqués, « considérant que les femmes en Irlande peuvent sans enfreindre la loi aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande » (§ 241).

Les tiers intervenants font remarquer à la Cour que les requérants ont eux aussi pratiqué le « tourisme procréatif », ils en demandent d'ailleurs le remboursement à l'Etat au titre de dommage matériel (§98).

L'adoption permettrait de réaliser le projet parental

17. Est-il nécessaire de préciser toutes les qualités de l'adoption ? Elles apparaissent supérieures à bien des égards à celles de la procréation artificielle, et en tout état de cause, l'adoption ne crée pas autant de difficultés que la procréation artificielle. L'adoption permet de réaliser le bien de l'enfant qui est accueilli, le bien du couple qui accueille, et le bien commun de la société. A l'inverse, le seul avantage de la procréation artificielle est de permettre la conception d'un enfant *de son sang*. Cet avantage disparaît pour moitié en cas de procréation hétérologue et peut même se transformer en désavantage par la relation

déséquilibrée créée entre les membres du couple à l'égard de l'enfant ainsi qu'entre le couple et le tiers donneur, et éventuellement l'enfant. Il est douteux que cet intérêt puisse contrebalancer les problèmes médicaux, sociaux et éthiques inhérents à la procréation artificielle hétérologue, d'autant plus lorsque l'on considère que la voie de l'adoption est ouverte et qu'elle permet de réaliser dans la générosité le désir du couple de devenir parents.

La protection de la morale et de la dignité humaine

18. Dans la récente affaire *A, B et C contre Irlande*, la Grande Chambre, se référant aux arrêts *Open Door* et *Vo*, a conclu « que les restrictions litigieuses poursuivaient le but légitime de protéger la morale, dont la défense du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect en Irlande »⁹. Le grand nombre d'Etats européens interdisant la FIV hétérologue, ou au moins le don d'ovule, confirme, si cela était nécessaire, que cette pratique soulève d'importantes questions d'ordre moral.

A l'inverse, l'arrêt de section a estimé de façon radicale « que des considérations d'ordre moral ou tenant à l'acceptabilité sociale des techniques en question ne sauraient justifier à elles seules l'interdiction totale de telle ou telle méthode de procréation assistée, en l'occurrence le don d'ovules. » (§ 74)

La radicalité de cette assertion ne plaide pas en sa faveur ; elle est en fait anti-juridique car le droit est essentiellement fondé sur des « considérations d'ordre moral ou tenant à l'acceptabilité sociale de pratiques. » Dans une même phrase, l'arrêt de section réussit à invalider les deux principaux fondements théoriques de la légitimité du droit, à savoir la théorie *sociologique* du droit, et la théorie *morale* se rattachant au droit naturel.

19. **Le principe de dignité humaine** qui fonde et organise l'ensemble du droit de la bioéthique est un principe d'ordre moral. Il a été réaffirmé dans l'immédiat après-guerre pour refonder le droit international et les droits de l'homme. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme se réfère à « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine » et affirme sa « foi dans les droits fondamentaux de l'Homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des hommes et des femmes ». L'Acte d'Helsinki proclame, dès son 1^{er} article, que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits », il fonde les libertés et droits « sur la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ». Le droit continu de se fonder sur ce même principe¹⁰ qui est venu irriguer le droit positif en véritable principe matriciel. La Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine proclame également, en son article 1^{er}, que « **Les parties à la présente convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité...** »

20. A une réglementation qui, d'un point de vue moral, se veut fondée sur le principe de dignité de l'être humain, l'arrêt de section a substitué une approche **utilitariste**¹¹. L'utilitarisme est l'une des théories de la bioéthique, elle entend réguler la bioéthique sans référence à des valeurs morales ou à un bien commun objectif, mais seulement au regard de l'utilité des pratiques pour la réalisation du bonheur de chacun, suivant la formule de Bentham: « Le plus grand bonheur du plus grand nombre d'hommes ». Il s'agit d'une morale purement individualiste qui considère que l'intérêt personnel ne peut être que l'unique motif de nos actions, celui-ci étant gouverné par la recherche du maximum de plaisir avec le minimum de peine. Envisager la présente affaire, comme l'a fait la Section, sous l'angle principal du « désir d'avoir des enfants » auquel l'Etat refuse de collaborer, c'est résolument adopter une approche utilitariste de la bioéthique. Cette approche est radicalement opposée à l'approche *valorielle* ou *principiste* propre aux systèmes juridiques fondés sur les droits fondamentaux.

21. Une telle affirmation est grave et déraisonnable, car elle sape les fondements de l'édifice des droits de l'homme. Le Conseil de l'Europe est fondé sur les « valeurs spirituelles et morales qui sont le

⁹ *A, B et C c. Irlande*, n° 25579/05, § 222, 226 et 227.

¹⁰ Convention de New York sur les droits de l'enfant du 26.01.1990 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹¹ A. STROWEL, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », *Archives de Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, t. 37, 1992, pp. 143-171.

patrimoine commun [des peuples européens] et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable. »¹²

L'intérêt de l'enfant et les liens familiaux atypiques

22. L'adoption crée des liens familiaux atypiques dans l'intérêt premier de l'enfant.

A l'inverse, la PMA hétérologue crée des liens familiaux atypiques dans le seul intérêt du couple, et au détriment de l'intérêt de l'enfant. En effet, il ne peut être dans l'intérêt de l'enfant d'avoir deux mères biologiques, que l'enfant soit ou non tenu dans l'ignorance de cette manipulation.

Il est vrai qu'un enfant non encore conçu n'est titulaire d'aucun droit, et n'a pas d'intérêt propre. Dès lors, parler de l'intérêt de l'enfant peut paraître théorique. Cependant, la société a une responsabilité à l'égard des générations futures¹³, et c'est à l'aune de cette responsabilité que la société doit porter une appréciation sur l'usage de la science, et renoncer pour le bien des générations futures à utiliser certaines techniques biomédicales.

Une fois encore, l'arrêt de section est déroutant, il apporte une réponse purement formelle relative au *régime général du droit de la famille* à un problème de fond en assimilant abusivement adoption et FIV hétérologue. S'il n'y a pas d'obstacle technique insurmontable à enregistrer une filiation atypique dans le régime général du droit de la famille, il demeure en revanche des obstacles de fond à la création volontaire de cette filiation atypique.

Concernant le régime général du droit de la famille, il convient de rappeler que la Grande Chambre dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni*¹⁴ a reconnu non seulement que les questions relatives au droit de la famille et à l'établissement de la filiation relèvent de la marge d'appréciation, mais aussi « que l'article 8 ne saurait passer pour impliquer que l'Etat défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique » (§ 52).

La protection de la santé publique

23. La problématique du prélèvement d'ovule s'apparente à celle du prélèvement d'organe ; les ovocytes ne sont pas un élément ou un produit du corps humains comme les autres (sang, organes, tissus, cellules etc...). La FIV hétérologue n'est pas une pratique médicale anodine, ne serait-ce parce qu'elle implique d'une part un fort investissement des ressources de la société, et d'autre part, parce qu'elle exige de se procurer des gamètes.

Les institutions du Conseil de l'Europe sont bien placées pour connaître les problèmes liés au trafic d'organes. Il ne suffit pas d'interdire la vente d'organes pour en arrêter le trafic. La seule solution efficace pour limiter le trafic d'ovocytes est d'interdire leur transfert. Ce point a été amplement décrit par le gouvernement autrichien ; il suffit de dire que nous y souscrivons.

La protection des droits des tiers

24. Dans la procédure de FIV hétérologue il faut considérer l'enfant désiré comme un tiers. Ainsi que le révèle la lecture de la décision de la Cour constitutionnelle autrichienne, l'interdiction de la fécondation hétérologue est justifiée, en droit autrichien, par la prise en compte de l'intérêt de l'enfant. On sait, en effet, que la fécondation hétérologue implique un apport de gamètes provenant d'un tiers au couple parental. La législation autrichienne se voulant « aussi proche que possible de la conception naturelle », cette solution a été interdite à titre de principe. L'Autriche n'est pas le seul pays à avoir fait ce choix. Au sein du Conseil de l'Europe, le don de sperme est interdit dans quatre pays, tandis que le don d'ovules est interdit dans neuf pays. C'est le cas en Autriche. Dans ces Etats, c'est tout à la fois l'intérêt du couple parental et celui de l'enfant à naître qui a justifié ce choix. Concrètement, à l'égard du couple parental, l'intrusion du tiers donneur risque d'être parfois vécue comme un adultère et, dans certains cas, le législateur a préféré se garder d'une situation où celui qui n'a pas transmis son patrimoine génétique

¹² Préambule du statut du Conseil de l'Europe.

¹³ Voir la « Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures », UNESCO, Actes de la Conférence générale, Vingt-neuvième session Paris, 21 octobre-12 novembre 1997, p. 70.

¹⁴ *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-II.

pourrait se sentir exclu de la relation nouée entre l'autre membre du couple et l'enfant. Une telle exclusion est parfois un ferment de discorde. Par ailleurs, à l'égard de l'enfant issu du don de gamètes, l'intrusion du tiers peut être un facteur de complication dans sa construction identitaire. D'ailleurs, certains pays qui ont légalisé ce recours sans se poser de questions particulières au sujet de l'intérêt de l'enfant voient aujourd'hui fleurir des revendications émanant d'enfants nés à la suite d'un don de gamète et demandant à pouvoir connaître l'identité du donneur ou de la donneuse. On sait aujourd'hui que ces enfants peuvent souffrir d'une situation qui les conduit à vouloir obtenir des informations sur l'identité du donneur et, pourquoi pas à terme, l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de ce tiers. Les actuels débats français autour de la levée de l'anonymat des donneurs de sperme en sont l'illustration.

Pour éviter les problèmes liés à l'intrusion – génétique - d'un tiers dans le couple parental, certains Etats ont donc fait le choix de réserver les procédés d'AMP aux relations intraconjugales. Dans une certaine mesure, c'est aussi ce qui conduit l'immense majorité des Etats membres à interdire la gestation pour autrui.

25. *In fine*, il apparaît que la législation autrichienne vise des buts légitimes et qu'elle est proportionnée à ces objectifs ; en aucune manière elle ne peut être jugée comme « manifestement déraisonnable »¹⁵. Au contraire, la loi autrichienne semble bien avoir « été adoptée après une analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d'embryologie humaines et elle [a été] le fruit d'un vaste ensemble de réflexions, de consultations et de débats »¹⁶.

26. Sans même avoir à s'interroger sur la marge d'appréciation dont jouit le législateur autrichien en la matière, et dont il sera question plus loin, l'interdiction de la FIV hétérologue poursuit un but légitime et est proportionnée.

II. NON VIOLATION DE L'ARTICLE 14 COMBINE A L'ARTICLE 8

27. Dans l'impossibilité de sanctionner la législation autrichienne sur le seul fondement de l'article 8, l'arrêt de section a choisi d'examiner l'affaire sous l'angle de la non-discrimination et de lui appliquer les exigences relatives à la « cohérence du régime juridique ».

La discrimination consiste à traiter différemment, sans justification raisonnable et objective, des personnes se trouvant dans une situation comparable. En effet, selon la jurisprudence de la Cour, « une question ne peut se poser au regard de l'article 14 que lorsqu'il existe une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations comparables »¹⁷. A cet égard, les présentes observations soutiennent d'une part que la situation des requérants n'est pas comparable à celle de couples capables de procréer sans recours à une fécondation *in vitro* avec don de gamètes, et d'autre part que le régime juridique autrichien est cohérent.

Des situations objectivement non-comparables

28. Il apparaît à la lecture de l'arrêt du 1^{er} avril que la section s'est dispensée de vérifier si la situation des requérants est effectivement comparable ou analogue à celle de couples capables de procréer sans recours à une fécondation *in vitro* avec don de gamètes. La section s'est directement penchée sur l'appréciation de la « différence de traitement critiquée » (§63). Or, la différence de traitement entre les couples requérants et d'autres couples résulte d'une différence objective de situation non imputable à l'Etat.

¹⁵ Arrêt *Dickson* précité § 78.

¹⁶ Arrêt *Evans*, § 86.

¹⁷ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 175.

29. La situation des requérants n'est que *subjectivement* comparable ou analogue à celle d'autres couples inféconds mais susceptibles d'être aidés par une technique légale d'AMP. La similitude réside dans le symptôme : l'infécondité. Mais les causes de cette infécondité peuvent être multiples. Dans ce sens, subjectivement, la situation des requérants est aussi comparable ou similaire à celle d'un couple trop âgé pour concevoir un enfant.

30. En revanche, lorsque l'on ne regarde non plus le ressenti des couples inféconds mais la spécificité des pathologies dont ils souffrent, leur situation apparaît *objectivement* comme différentes de celles de couples ayant accès à l'AMP sans don de gamètes en vue d'une fécondation *in vitro*. De même, les implications et les conséquences sociales et éthiques de chaque technique de procréation artificielle diffèrent *objectivement*.

31. Dans le cas de la PMA sans FIV hétérologue, la médecine est dans le domaine du soin car elle soigne ou pallie l'infécondité du couple en l'aidant médicalement à concevoir un enfant. En revanche, la PMA avec FIV hétérologue n'est pas un soin *stricto sensu*, elle n'a pas de finalité thérapeutique. Le couple qui y a recours n'est ni soigné, ni guérit, il demeure incapable de concevoir un enfant avec ou sans assistance médicale. L'enfant conçu par fécondation hétérologue n'est pas physiquement l'enfant du couple. C'est là une différence matérielle majeure que la Cour ne peut ignorer, et dont il ne peut être fait reproche à l'Autriche d'avoir tenu compte dans sa réglementation.

32. La présente affaire est particulièrement intéressante car elle recouvre non seulement la question du « droit à l'enfant », mais aussi celle, plus générale, de la finalité de la médecine dans les sociétés modernes à la fois technologiques, individualistes et socialisées. En effet, le système de santé, conçu originellement comme un bien commun face à la maladie, sort de plus en plus de sa finalité thérapeutique et solidaire pour devenir un outil mutualisé au service de la satisfaction des désirs individuels. La revendication croissante de droits individuels nécessitant le recours aux technologies biomédicales, tels que, comme en l'espèce, le droit à l'enfant (génétiquement sain de préférence), ou plus généralement le « droit à la santé », présuppose l'idée que l'Etat aurait pour fonction d'assurer une égalité réelle devant le bonheur, et par suite, devant les fantaisies et injustices du destin. Le pacte social de notre société moderne serait ainsi fondé sur l'aspiration au « bien-être », l'Etat aurait par suite l'obligation positive de mettre tous les moyens, notamment biotechnologiques, au service de ce bien-être, tout en étant par ailleurs totalement illégitime pour porter un jugement sur l'opportunité des diverses revendications dès lors qu'elles s'affirment comme nécessaires⁰ à ce bien-être individuel.

33. **A supposer la situation des couples requérants comparable ou analogue** à celle d'autres couples dont la pathologie peut être soignée ou palliée par des techniques légales de PMA, il appartiendrait à la Cour de vérifier si « le but visé par la différence de traitement critiquée revêt un caractère légitime et, le cas échéant, si cette différence de traitement est justifiée. » (§ 63).

Sur ce point, les observations développées *supra* dans le contexte de l'article 8 retrouvent à s'appliquer, et nous amènent à la même conclusion : si malgré la différence objective de situation la Cour constate l'existence d'une différence de traitement, celle-ci ne manque pas de justification objective et raisonnable, elle poursuit un but légitime et établit un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.¹⁸

Un régime juridique cohérent

34. L'arrêt de section effectue un contrôle entier de la législation autrichienne par l'application, dans le contexte de l'article 14, des exigences relatives à la cohérence du régime juridique¹⁹. Cette exigence de cohérence permet d'entrer en profondeur dans un examen minutieux des dispositions d'une législation litigieuse.

¹⁸ Voir, entre autres, *Petrovic*, précité, § 30 ; et *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, § 29, CEDH 1999-IX.

¹⁹ « Cela étant, dès lors qu'un Etat décide de l'autoriser [la procréation artificielle], il doit se doter, nonobstant l'ample marge d'appréciation dont les Parties contractantes bénéficient dans ce domaine, d'un régime juridique cohérent permettant une prise en compte suffisante des divers intérêts légitimes en jeu et respectueux des obligations découlant de la Convention. » (§ 74).

35. Le concept de « régime juridique cohérent » a été utilisé récemment dans d'autres affaires de bioéthique²⁰. Cette exigence nouvelle – qui vise tant la procédure que la substance – offre un moyen supplémentaire à la Cour d'effectuer un examen approfondi des solutions législatives nationales, nonobstant la marge d'appréciation. En l'espèce, le recours à cette exigence a eu pour effet de réduire la marge d'appréciation à un choix de principe : autoriser ou interdire. Il en a été de même dans les affaires *Tysiaci* et *A B et C c. Irlande* s'agissant de l'avortement et dans l'affaire *Haas c. Suisse* relative au suicide assisté. Une fois le seuil de l'autorisation franchit, même de façon partielle, le contrôle de la Cour deviendrait entier.

Dans la présente affaire, l'arrêt de section a redéfini ce que devait être le régime juridique des PMA, substituant sa propre appréciation à celle du législateur.

36. Pourtant, la diversité des méthodes de procréation médicalement assistée justifie pleinement une diversité de régimes juridiques. Considérer que la cohérence exige une unicité de régime juridique entre des techniques de PMA aussi différentes revient à méconnaître ces différences de fait. L'arrêt de section du 1^{er} avril n'a pas reconnu au législateur national la faculté de distinguer dans sa réglementation entre les différentes méthodes de PMA, parlant de « l'assistance médicale à la procréation de manière générale » (§ 74). Par suite, la position adoptée par l'arrêt de section n'est pas tenable en ce qu'elle conduit, théoriquement, à une solution binaire totalement inadaptée à la régulation bioéthique.

37. Plus fondamentalement, l'arrêt de section a méconnu la logique de consensus et de compromis propre à la régulation de la bioéthique. Le régime juridique des PMA, comme celui de l'IVG, résulte de compromis sociaux. La section a adopté le parti pris de l'éthique de conviction : c'est-à-dire de l'éthique du tout ou rien. En revanche, dans une démarche d'éthique de responsabilité, le législateur autrichien a moins recherché la cohérence théorique que le consensus social, lequel suppose parfois certains compromis. La logique du tout ou rien à laquelle se réfère la section est simpliste au regard de l'alchimie des lois de bioéthique. L'approche responsable de l'éthique, parce que fondée sur une recherche de conciliation, est nécessairement une éthique de l'équilibre entre intérêts divergents ; c'est une « éthique de l'équilibre par la contradiction »²¹. Ainsi, il est simpliste et injuste de reprocher à l'Autriche d'avoir interdit telle technique biomédicale au motif qu'elle en a autorisé une autre. C'est ce compromis qui constitue probablement le point d'équilibre de la législation autrichienne.

Concernant la régulation de l'avortement, la Cour a été capable d'aller très loin dans la compréhension de la logique du compromis. Le cas de l'Irlande en témoigne à l'extrême : quelle peut être la cohérence formelle d'un régime juridique qui interdit une pratique sur son territoire mais en facilite la réalisation à l'étranger, si ce n'est précisément la cohérence interne d'un compromis jugé nécessaire à la vie en société.

38. Ceci étant, la cohérence du régime juridique autrichien apparaît parfaitement lorsque l'on considère que le compromis de la législation autrichienne sur la procréation artificielle a porté sur la volonté de maintenir un lien aussi étroit que possible avec le modèle de la conception naturelle. Cette ligne de compromis est la plus fréquente. Ainsi, le législateur français a lui aussi fait le choix de sauvegarder, autant que possible, les apparences de la procréation naturelle²². Comme le note le Conseil d'Etat : « la loi [française] a interdit la maternité de substitution, l'accès à l'AMP aux couples homosexuels ou aux femmes n'étant plus en âge de procréer. L'objectif n'a pas été de consacrer un certain ordre moral mais de donner à l'enfant à naître l'environnement affectif le plus naturellement susceptible d'assurer son épanouissement et de rejeter corrélativement toute reconnaissance d'un quelconque droit à

²⁰ Voir *Tysiaci c. Pologne, A B et C c. Irlande, précit et CEDH*, 20 janvier 2011, *Haas c. Suisse*, n° 31322/07.

²¹ G. PUPPINCK, *L'auteur de la norme bioéthique*, Thèse de doctorat sous la direction de G. Mémeteau, Faculté de droit de Poitiers, 2009.

²² M. IACUB, « La construction juridique de la nature dans la reproduction hors-nature : les fécondations artificielles dans les lois bioéthiques », *Démographie et politique*, coordonné par F. RONSIN, H. Le BRAS et E. ZUCKER-ROUVILLOIS, Dijon, Ed° Universitaires, 1997, pp. 163 et 172.

l'enfant. »²³ Il faut reconnaître qu'en la matière, l'ordre naturel, l'ordre public, l'ordre social et l'ordre juridique sont étroitement liés. Ainsi se dégage un ordre juridique tendant à assurer – autant que possible – la cohérence entre ordre naturel et ordre social.²⁴

Certains esprits ne manqueront pas de reprocher à ces législations un excès de *naturalisme* et de prudence face aux progrès des biotechnologies ; mais il n'appartient heureusement pas à la Cour d'entrer dans un tel débat bioéthique, et encore moins de se prononcer sur ce point.

La cohérence de l'autorisation de l'insémination avec recours à un tiers donneur de sperme

39. La régulation bioéthique, comme tout système juridique, est réalisée par l'articulation de principes et d'exceptions. L'affirmation du principe permet l'affichage de la valeur à laquelle le système juridique attache une plus grande importance. La prévision de l'exception en permet un assouplissement mesuré, cantonné à une hypothèse particulière. En termes d'interprétation, le principe est susceptible d'une interprétation large et autorise l'application de la règle par analogie à des situations proches. L'exception, quant à elle, est d'interprétation stricte : *exceptio est strictissimae interpretationis*. Le législateur autrichien a fait le choix réaliste de laisser subsister une pratique répandue, l'insémination avec recours à un tiers donneur de sperme, plutôt que de prendre le risque d'une interdiction ineffective. Ce faisant, il n'a pas entaché sa loi d'incohérence mais a renforcé son effectivité. A une époque où l'on déplore souvent les législations vouées *ab initio* à l'ineffectivité tant elles sont en décalage avec l'état des sociétés, il serait paradoxal de faire à l'Autriche le reproche d'avoir voulu légiférer avec mesure et clairvoyance.

III. UNE LARGE MARGE D'APPRECIATION

40. La Cour a plusieurs reprises a eu l'occasion de rappeler que « lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est restreinte »²⁵. En l'espèce, bien que tout projet parental soit par nature un aspect particulièrement important de l'existence, le tiers intervenant est d'avis que le recours à la FIV hétérologue fait sortir ce projet du cadre strictement privé. De ce fait, la marge d'appréciation de l'Etat pour légiférer en la matière redevient habituelle.

41. En l'espèce, plusieurs motifs justifient une extension de la marge d'appréciation. Comme il apparaît à la lecture du récent arrêt *A, B et C c. Irlande*²⁶ dans lequel la Grande Chambre a rappelé les principes suivants :

« Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est restreinte »²⁷. Par contre, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large »²⁸. La marge

²³ Conseil d'État, « Les lois de la bioéthique : cinq ans après » *Étude*, 25 novembre 1999, p. 19.

²⁴ J.-M. PUGHON, *L'individu, propriétaire de son corps ? Le jus disponendi de son propre corps : entre scolastique juridique et réalisme économique ?* Support de cours - 2000/12. INSERM : « Il semble ainsi que l'ordre juridique vise à protéger, au nom de l'ordre naturel, puis de l'ordre public, un ordre social ».

²⁵ Voir, par exemple, *X. et Y. c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91, §§ 24 et 27 ; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI ; voir également *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. 2346/02, § 71.

²⁶ *A, B et C contre Irlande*, GC 16 décembre 2010, req. n° 25579/05, § 232.

²⁷ Voir, par exemple, *X. et Y. c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91, §§ 24 et 27 ; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI ; voir également *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. 2346/02, § 71.

²⁸ *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-II, § 44 ; *Fretté c. France*, in° 36515/97, § 41, CEDH 2002-I ; *Christine Goodwin*, arrêt précité, § 85 ; voir également, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Vo* GC 8 juillet 2004, req. 53924/00 § 82.

d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention²⁹ ».

Tant l'absence de consensus relatif à l'acceptabilité de la FIV hétérologue que l'importance et le caractère délicat des questions morales ou éthiques que cette pratique occasionne justifient amplement l'application d'une ample marge d'appréciation.

Absence de consensus

42. Ce point n'exige pas de développement particulier dans la mesure où l'absence de consensus entre les Etats en matière de PMA est évidente et non contestée. Il n'y a pas, en la matière de « communauté de vues entre les Etats »³⁰. La Cour a clairement précisé ce point dans l'affaire Dickson : « Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique. En pareil cas, la Cour respecte généralement le choix politique du législateur, à moins qu'il ait un « fondement manifestement déraisonnable ».³¹

La loi autrichienne a un fondement raisonnable : elle tient compte de façon équilibrée, à la fois de l'intérêt des couples, du bien-être des enfants, mais aussi des valeurs éthiques et morales de la société, et de l'état de la science médicale.

Questions morales et éthiques délicates

43. C'est avec constance que la Cour énonce que lorsque qu'une « affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large ».³² Déjà dans l'arrêt *Open Door c. Irlande* la Cour reconnaissait que « les autorités nationales jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, en particulier dans une sphère comme celle-ci qui touche à des questions de croyance sur la nature de la vie humaine »³³.

L'arrêt de section du 1^{er} avril 2010 n'a pas entendu remettre formellement en cause cette jurisprudence ; il l'a rappelé sans l'appliquer à lui-même. C'est pourtant avec justesse que l'arrêt de section a précisé que « La grande latitude dont celui-ci [l'Etat] bénéficie doit en principe s'appliquer tant à sa décision de légiférer ou non en la matière que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées par lui pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit³⁴. » (§ 69).

44. En faisant application de ces principes, et pour les motifs développés ci-dessus, les présents tiers intervenants sont d'avis que l'interdiction de la FIV hétérologue n'est pas de nature à violer les dispositions invoquées de la Convention.

Ils remercient la Cour d'avoir été autorisés à soumettre ces observations.

²⁹ *Odièvre*, GC 13 février 2003, req. n° 42326/98, §§ 44-49, et *Fretté*, 26 février 2002, req. n° 36515/97, § 42.

³⁰ *Evans* § 81 ; *X, Y et Z* § 44.

³¹ *Dickson c. Royaume-Uni*, GC, 4 décembre 2007, req. n° 44362/04, § 78.

³² « Lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large » ... « dès lors que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation » (§ 86).

³³ *Open Door c. Irlande* req. n° 14234/88 ; 14235/88, A246-A, § 68.

³⁴ Voir *Evans*, précité, § 82.