



## OBSERVATIONS ÉCRITES

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

*Peřilová c. République tchèque  
(Requête n° 14889/19)*

Dr Grégor Puppinck, Directeur

13 mars 2020

1. Si le désir d'avoir un enfant est profondément humain, la nature humaine qui fait naître le désir de devenir parent a aussi placé en l'enfant le besoin d'être élevé et aimé par ses parents. Ainsi, connaître ses parents biologiques, être élevé par eux, et avoir une filiation biologique font partie de la situation dont tout enfant venant au monde devrait pouvoir bénéficier. L'exercice libre de ces droits naturels est profondément lié à la personnalité. Priver volontairement un enfant de ses véritables parents et de la connaissance de sa filiation est toujours une injustice grave, cause de souffrances, comme le montre l'observation des conséquences négatives de l'AMP. C'est la raison pour laquelle le recours à l'AMP a été encadré afin que son usage respecte ces besoins naturels des enfants.
2. Dans l'affaire *Pejřilová c. République tchèque* (n° 14889/19), une femme, Hana Pejřilová (la requérante), avait formé, avec son mari, le projet d'avoir un enfant par procréation médicalement assistée (PMA). Son mari est décédé au cours de la procédure ; sa veuve a demandé à être inséminée avec les gamètes déposés par M. Pejřilová avant son décès, ce que les juridictions tchèques lui ont refusé. Selon la requérante, ce refus viole son droit au respect de sa vie privée, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : « Convention »).
3. L'ECLJ compatit à la peine de Mme Pejřilová et lui souhaite de pouvoir un jour fonder une famille.
4. C'est en raison de la portée d'intérêt général de cette affaire que l'ECLJ souhaite apporter des observations. À supposer que cette requête ne soit pas d'emblée déclarée irrecevable, cette affaire soulève la question de l'existence et de l'étendue, au regard de la Convention, d'un droit d'une personne sur les gamètes d'une tierce personne décédée.

### **Distinguer entre les gamètes et les embryons**

5. Il convient de distinguer, pour l'appréciation des droits et intérêts de la requérante, entre les gamètes et les embryons. La Cour a déjà jugé que le parent d'un embryon congelé a une forme de « droit » sur le devenir de tels embryons<sup>1</sup>. En effet, « *ceux-ci renferment le patrimoine génétique de la personne en question et représentent à ce titre une partie constitutive de celle-ci et de son identité biologique* »<sup>2</sup>. Dans le cas d'un embryon, les deux personnes ayant fourni leurs gamètes ont donc un certain « droit » sur celui-ci. Il en va différemment des gamètes, qui ne sont liés qu'à la personne qui les a fournis.

### **Aucun droit à l'enfant au titre de l'article 12**

6. La vie privée et familiale, selon la Cour, est une notion large, cependant « *le droit de procréer n'est pas couvert par l'article 12 ni par aucun autre article de la Convention* »<sup>3</sup>. Le droit de se marier et de fonder une famille n'impose à l'État que

---

<sup>1</sup> *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, 10 avril 2007 ; *Parrillo c. Italie* [GC], n° 46470/11, 27 août 2015.

<sup>2</sup> *Parrillo c. Italie* [GC], préc., § 158.

<sup>3</sup> *Šijakova et autres c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »* (déc.), n° 67914/01, 6 mars 2003.

l'obligation négative de ne pas faire obstacle à la décision du couple marié composé d'un homme et d'une femme d'essayer de procréer.

La Cour a seulement affirmé l'existence d'un « droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent »<sup>4</sup> et d'un « droit au respect de (la) décision de devenir parents génétiques »<sup>5</sup>. C'est ainsi que la Cour a admis en toute logique « que les États ne sont nullement tenus de légiférer en matière de procréation artificielle ni de consentir à son utilisation »<sup>6</sup> : il n'existe donc pas d'obligation pour les États de légaliser l'AMP.

## Aucun droit à la PMA au titre de l'article 8

7. Il est bien connu que l'article 8 est appliqué par la Cour de façon extensive, au point qu'un de ses juges a suggéré ironiquement que l'article 8 s'écrive à présent « article ∞ »<sup>7</sup>, tant sa portée est devenue infinie. Il convient donc de s'interroger si cette disposition garantit, ou non, un droit à la PMA *post mortem*.
8. Certes, le décès de l'époux de la requérante, et ses nombreuses conséquences, « affecte » l'existence de la requérante. Mais le fait d'être « affecté » par un décès ne suffit pas à faire entrer toutes les conséquences de ce décès dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée et familiale. Encore faut-il qu'un « droit » précis protégé par cette disposition soit affecté. Il convient donc de se demander si l'article 8 protège le « droit » ou la faculté d'accéder à la PMA en général, et à la PMA post-mortem en particulier contre les ingérences de l'État.
9. Les juges De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek et Dedov ont apporté sur ce point un très utile éclaircissement :

*« La Cour doit apprécier la compatibilité avec la Convention non pas des faits de la cause mais de l'ingérence litigieuse, considérée dans un contexte plus général. Ce qui importe, ce n'est pas de savoir si les « faits de la cause » relèvent de la vie privée des requérants mais seulement si l'ingérence litigieuse tombe sous l'empire du droit des requérants à la protection de leur vie privée.*

*Deuxièmement, on ne saurait dire que l'enjeu a trait au droit des requérants au respect de leur décision de devenir parents. L'enjeu ne porte pas sur cette décision en soi mais sur la manière dont ils ont essayé d'atteindre leur but. L'État n'a pas commis d'ingérence dans la décision des requérants de devenir parents mais seulement dans la mise en œuvre, contraire à la loi, de cette décision »<sup>8</sup>.*

---

<sup>4</sup> *Evans c. Royaume-Uni*, [GC], n° 6339/05, 10 avril 2007, § 71 ; *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, 1<sup>er</sup> avril 2010, § 58.

<sup>5</sup> *Dickson c. Royaume-Uni*, [GC], n° 44362/04, 4 décembre 2007, § 66.

<sup>6</sup> *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, 1<sup>er</sup> avril 2010, § 74. Voir aussi *Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, 28 août 2012.

<sup>7</sup> *Erményi c. Hongrie*, n° 22254/14, 22 novembre 2016, Opinion dissidente du juge Küris.

<sup>8</sup> *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017, opinion concordante des juges De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, § 5.

10. Or, la Cour a déjà jugé que les États n'ont pas l'obligation de légaliser telle ou telle pratique de procréation médicale, mais que s'ils le font, la faculté des couples de recourir à cette pratique relève alors de la protection de l'article 8<sup>9</sup>. Pour une femme seule, qu'elle soit veuve ou célibataire, il n'y a pas de droit à recourir à la PMA, mais un droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent<sup>10</sup>. Le juge De Gaetano a rappelé dans son opinion séparée dans l'affaire *S.H. c. Autriche*, que « *ni l'article 8 ni l'article 12 ne peuvent s'interpréter comme conférant un droit de concevoir un enfant à n'importe quel prix. À mes yeux, le « désir » d'enfant ne peut devenir un objectif absolu l'emportant sur la dignité de la vie humaine* »<sup>11</sup>.

### **Différencier infertilité pathologique et physiologique**

11. Dans la plupart des pays, la PMA n'est possible que pour les couples composés d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de procréer. La procréation charnelle et naturelle reste ainsi – pour le bien de l'enfant – la norme de référence de la PMA, qui vise à l'imiter et s'en inspirer et non à la nier et à en changer les règles. L'insémination *post mortem* détourne la PMA de cet objectif thérapeutique, car l'infertilité d'une femme seule n'est pas pathologique mais physiologique, pour en faire l'outil d'un *droit à l'enfant orphelin*.

### **La cause du malheur de la requérante n'est pas l'État**

12. Mme Pejřilová n'a pas été empêchée par l'État de réaliser son projet d'enfant avec son mari. Au contraire, les services de santé publique les ont aidés. La République tchèque a donc parfaitement accompagné leur désir de devenir parent. Les autorités tchèques ne sauraient être tenues pour responsables du décès de M. Pejřilová, lequel décès est l'unique cause du malheur de la requérante.

4

### **Les droits du partenaire défunt**

13. L'absence de droit de la requérante sur les gamètes du défunt vise aussi à protéger les droits de celui-ci. Le dépôt de gamètes fait l'objet d'un encadrement juridique auquel M. Pejřilová a consenti. Il a accepté cette interdiction légale de poursuivre la procédure de PMA en cas de décès. Peut-être n'aurait-il pas donné ses gamètes si la loi permettait à son épouse de les utiliser même après sa mort ? Ce cadre juridique vise à protéger les donneurs de tout détournement de leurs gamètes, de ce que pourrait en faire le conjoint survivant ou les centres de traitement des dépôts.

### **Les droits des enfants issus d'une PMA**

14. S'agissant de la procréation, la difficulté est que les enfants concernés n'existent pas encore : ils ne sont donc pas sujets de droits, si bien qu'il est difficile de mettre en

---

<sup>9</sup> *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, § 82 ; *Knecht c. Roumanie*, n° 10048/10, 2 octobre 2012, § 54 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 160.

<sup>10</sup> *Evans c. Royaume-Uni* [GC], préc., § 71 ; *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04, 26 mai 2011, § 180 ; *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, 4 décembre 2007, § 66 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., §§ 163 et 215 ; *P. et S. c. Pologne*, n° 57375/08, 30 octobre 2012, § 111.

<sup>11</sup> *S.H. c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011, Opinion séparée du juge De Gaetano, § 2.

balance les droits de futurs enfants avec ceux des autres personnes concernées. Il est par conséquent nécessaire de s'interroger en amont sur la signification de l'intérêt supérieur de l'enfant.

15. La PMA *post mortem* porte aussi atteinte aux droits et intérêts des enfants qui en sont issus. Or, « [d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants (...), l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » comme l'énonce notamment la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE, art. 3-1)<sup>12</sup>. La Cour juge de manière constante que la protection de l'intérêt de l'enfant doit être prise en compte et constitue un but légitime<sup>13</sup>. L'article 7-1 de la CIDE énonce en outre que l'enfant a « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». Toute autre situation ne devrait exister que par accident. La Cour européenne a déjà, quant à elle, établi une jurisprudence constante selon laquelle « pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale »<sup>14</sup>.

16. Cette protection ne vise pas seulement les enfants déjà conçus ou déjà nés ; mais aussi les « générations futures », et donc les enfants susceptibles d'être conçus volontairement à l'avenir. Car la responsabilité des autorités porte aussi sur l'avenir, pour autant que nos décisions actuelles décident de cet avenir. La Cour, en Grande Chambre, a reconnu la pertinence de mesures visant le « but légitime de la protection de l'enfant – pas seulement de celui dont il est question en l'espèce mais des enfants en général – »<sup>15</sup>. De même, la CEDH considère qu'« il est de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant »<sup>16</sup>. Ces éléments montrent qu'il est conforme à la Convention d'interdire le recours à certaines formes d'AMP. La CEDH a d'ailleurs validé en 2011 la législation autrichienne interdisant la fécondation *in vitro* avec donneur. C'est là une façon pour l'État de respecter son engagement pris au titre notamment de la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 qui déclare que « les progrès de la biologie et de la médecine doivent être utilisés pour le bénéfice des générations présentes et futures »<sup>17</sup>. Les « droits » et intérêts des générations futures ont fait l'objet de nombreuses reconnaissances. C'est le cas notamment de la Déclaration de l'UNESCO sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures du 12 novembre 1997, et de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme du 19 octobre 2005 qui a notamment pour objectif « de sauvegarder et défendre les intérêts des générations présentes et futures » (art. 2.g). En application de ce principe, dès 1989, le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales du Conseil de l'Europe (CAHBI) a exposé dans un

---

<sup>12</sup> La CIDE a été ratifiée par la République tchèque le 22 février 1993.

<sup>13</sup> Voir notamment *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, 6 juillet 2010, § 134-135 ; *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, 19 février 2013, § 138 ; *X. c. Lettonie* [GC], n° 27853/09, 26 novembre 2013, §§ 95-96.

<sup>14</sup> *Strand Lobben et autres c. Norvège* [GC], n° 37283/13, 10 sept. 2019, § 202.

<sup>15</sup> *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc., § 197.

<sup>16</sup> *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, [GC], n° 21830/93, 22 avril 1997, § 47.

<sup>17</sup> Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997, Nations unies.

rapport des principes visant à fonder la procréation artificielle sur « *des conditions appropriées (...) assurant le bien-être du futur enfant* » (principe n° 1)<sup>18</sup>.

17. Or, l'ingérence litigieuse vise notamment à prévenir la conception post-mortem d'enfants, car ceux-ci seraient volontairement orphelins et servent, pour partie, à « nier » un deuil en faisant survivre à travers eux la personne décédée. Une telle naissance est lourde de conséquences sur le plan psychologique pour l'enfant. Un expert et psychanalyste spécialiste de la question du deuil alerte sur les risques de la conception d'enfant orphelin et sur l'attitude ambivalente de l'enfant vis-à-vis de la mère<sup>19</sup>. Il existe également un très grand risque que l'enfant issu de l'insémination *post mortem* soit considéré comme une consolation face au deuil de la femme, comme un moyen de continuer à faire vivre l'être cher décédé. Les psychiatres qualifient ces enfants d'« enfants-remède » ou d'« enfants-prothèse »<sup>20</sup>. Cette situation n'est pas souhaitable pour les enfants. Elle ne l'est sans doute pas davantage pour la femme tant il paraît illusoire de croire que concevoir un enfant avec un défunt puisse aider à faire son deuil. Cet enfant risque au contraire d'entretenir le deuil et la souffrance.
18. C'est ainsi notamment pour le bien de l'enfant que la PMA *post mortem* est interdite dans la plupart des pays. Le rapport de 1989 du CAHBI spécifie en son principe n° 7 que « *lorsqu'une personne qui fait conserver ses gamètes pour son propre usage décède durant la période de conservation ou ne peut pas être retrouvée à la fin de la période, ses gamètes ne seront pas utilisés pour la procréation artificielle* » mais également que la procréation artificielle avec le sperme du mari ou du compagnon décédé ne sera pas permise (§§ 2 et 4).
19. Le respect de la santé psychique des enfants justifie donc aussi cette interdiction ; rappelant que selon la CIDE : « *les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible* » (art. 24). Or, l'insémination *post mortem* impacte la construction de la personnalité de l'enfant qui en est issu.
20. Il peut être noté enfin que l'État ne fait aucunement obstacle à ce que la requérante réalise son désir en concevant un enfant avec une autre personne, ou par l'adoption qui est accessible en République tchèque aux personnes, mêmes célibataires, à condition que la différence d'âge entre l'enfant et l'adulte n'excède pas 40 années (la requérante à 37 ans).

---

<sup>18</sup> Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), Report on Human Artificial Procreation, « Principles set out in the report of the CAHBI », 1989.

<sup>19</sup> Propos de Michel Hanus, recueillis par J.-Y. Nau pour Slate.fr, 23 septembre 2010 : « *Affaire Justel : le sperme en héritage* » : « *ce n'est pas la même chose d'être conçu orphelin que de le devenir [...]. Cet enfant risque de nourrir une attitude ambivalente à l'égard de sa mère. Il lui sera reconnaissant de la bataille qu'elle aura menée pour le mettre au monde mais il lui en voudra aussi, inconsciemment, de l'avoir conçu orphelin. On risque de faire un malheureux à vie, même si, bien sûr, l'avenir de chaque enfant est aussi lié à la personnalité de ses parents, et à la façon dont il est élevé* »

<sup>20</sup> C. Bernard-Xémard, « *Donner la vie après la mort ?* » in Lamy, *Droit civil*, 1er juillet 2010, n° 73 : « *Le droit ne peut et ne doit cautionner la venue au monde de ceux que les psychiatres appellent des enfants-prothèse ou encore des enfants remède* ».

## Conclusion

21. Le refus des juridictions tchèques d'accéder à la demande de Mme Pejřilová d'être inséminée avec les gamètes de son mari décédé ne constitue pas une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée tel que garanti par la Convention.

À titre subsidiaire, si la Cour considérait qu'une telle ingérence existe, elle reconnaîtra comme légitimes les objectifs consistant à défendre les droits de l'enfant et du partenaire défunt, ainsi que l'ordre juridique assurant une protection globale et cohérente de la famille et des générations futures. Dans la poursuite de ces objectifs et face aux droits et intérêts en balance, l'ingérence éventuelle de la République tchèque n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée au droit au respect de la vie de privée de Mme Pejřilová.