



OBSERVATIONS EN TIERCE INTERVENTION

soumises à la deuxième section de la  
Cour européenne des droits de l'homme

dans l'affaire

**Rosetta COSTA et Walter PAVAN contre l'Italie**  
(Requête n° 54270/10)

par le *European Centre for Law and Justice*,  
le *Movimento per la vita Italia*,  
et 52 parlementaires italiens.

à Strasbourg, le 22 septembre 2011

Andreea Popescu  
Juriste

Grégor Puppinck,  
Directeur

1. La loi n° 40/2004, qui organise le régime de la procréation assistée (AMP), a été approuvée en Italie à la suite d'un long débat national. Elle se fonde notamment sur les principes de protection de l'embryon et d'interdiction de l'eugénisme ; par suite, elle interdit le diagnostic préimplantatoire (DPI). Ses opposants ont essayé à plusieurs reprises de s'y opposer puis de l'abroger par référendum. Ces tentatives ayant toutes échouées, la présente affaire en est une nouvelle. Il s'agit non plus de l'abroger par le biais du législateur et du peuple italien, mais au moyen de la Cour européenne des droits de l'homme

A titre liminaire, les tiers intervenants se permettent d'attirer l'attention de la Cour sur certains aspects particulièrement pertinents du droit interne italien. Ils souhaitent aussi décrire les techniques d'AMP et de fécondation *in vitro* afin notamment de dissiper l'erreur relevée dans l'exposé des faits, selon laquelle le *diagnostic préimplantatoire* (DPI) serait légal et accessible à certains couples en Italie. Il semble que cette erreur résulte d'une confusion entre le DPI et la technique de l'AMP utilisant le « lavage de sperme ».

### **Le droit interne italien**

2. Les tiers intervenants se permettent d'attirer l'attention de la Cour sur l'article 1<sup>er</sup> de la loi 40 et sur l'article 13, qui posent les normes de référence pour la présente affaire.

L'article 1<sup>er</sup> pose, comme fondement à la législation sur l'AMP, la reconnaissance des droits de l'embryon conçu :

*« Pour favoriser la solution des problèmes reproductifs résultants de la stérilité ou de l'infertilité humaine, il est permis de recourir à la procréation médicale assistée aux conditions et selon les modalités prévues par cette loi, qui assure les droits de tous les sujets impliqués, y compris le sujet conçu.*

*Le recours à la procréation médicale assistée est permis lorsqu'il n'y a pas d'autre méthode thérapeutique efficace pour éviter les causes de la stérilité ou de l'infertilité. »*

L'article 13. b). fonde l'interdiction du DPI :

Sont interdites,

*« b) toute forme de sélection à but eugénique des embryons et des gamètes, c'est-à-dire des interventions qui, via des techniques de sélection, manipulation ou en tous cas via des procédures artificielles, ont pour but de modifier le patrimoine génétique de l'embryon ou des gamètes ainsi que d'en prédéterminer les caractéristiques génétiques, sauf les interventions qui ont un objectif de diagnostic et de thérapie, mentionnées à l'alinéa 2 de cet article. »*

### **Les techniques**

3. *L'Assistance Médicale à la Procréation* (AMP) désigne les techniques permettant la procréation en dehors du processus naturel. Il s'agit de l'insémination artificielle et de la fécondation *in vitro*.

- *L'insémination artificielle* consiste en l'introduction de sperme dans les voies génitales féminines, au niveau du col de l'utérus ou dans l'utérus lui-même. La fécondation a lieu dans la trompe, le reste de la grossesse se passe naturellement.

- *La fécondation in vitro* (FIV) avec transfert embryonnaire simple ou par ICSI (micro-injection d'un spermatozoïde dans un ovule grâce à une pipette) consiste à recueillir du sperme du père et à prélever des ovules de la mère après une hyperstimulation ovarienne et à mettre chaque ovule en contact avec un ou plusieurs spermatozoïdes dans une éprouvette (*in vitro*) afin de les féconder puis à replacer un ou plusieurs embryons ainsi conçus dans l'utérus de la femme.

- *Le diagnostic préimplantatoire* (DPI) n'est pas une technique d'AMP, mais une technique de sélection génétique des embryons pouvant s'insérer dans la procédure de fécondation *in vitro* avant l'implantation. Le DPI consiste à sélectionner génétiquement les embryons avant leur implantation, selon leur état de santé ou tout autre critère génétique, dont le sexe. Lorsqu'un DPI est pratiqué, la FIV donne lieu à la conception *in vitro* d'un nombre élevé d'embryons - une dizaine - après hyperstimulation hormonale ovarienne de la femme. Lorsque les embryons comptent chacun huit cellules, une ou deux d'entre elles sont prélevées sur chaque embryon pour analyse génétique et diagnostic. Ce prélèvement comporte un risque de destruction de l'embryon et d'erreur de diagnostic. Les embryons jugés malades seront immédiatement détruits. Un ou deux embryons sélectionnés peuvent être transférés *in utero*. Généralement, selon les législations nationales, les autres embryons jugés sains sont congelés pour une éventuelle implantation future, puis détruits après un délai variable d'environ cinq ans, ou livrés à la recherche scientifique. Le DPI, en ce qu'il consiste en une sélection génétique, est par définition un procédé eugénique.

- *Le diagnostic prénatal* consiste dans un ensemble d'examen mis en œuvre pour surveiller une grossesse afin de dépister les éventuelles maladies ou malformations du fœtus à un stade précoce dans l'utérus de la mère.

- Le « lavage du sperme »<sup>1</sup> est une technique visant à éviter la transmission par l'homme de maladies virales sexuellement transmissibles à l'occasion de la procréation. Cela est opportun par exemple lorsque l'homme est atteint du VIH, car la contamination a lieu par le sperme et non par les spermatozoïdes. Ce lavage est réalisé avant la fécondation ou l'insémination, dans le cadre de l'AMP. Il n'y a aucun usage du DPI ; c'est une technique différente pour une pathologie différente.

## L'IRRECEVABILITÉ DE LA REQUETE

4. Conformément aux articles 34 et 35 de la Convention, *inter alia*, toute personne peut saisir la Cour d'une requête après avoir épuisé les voies de recours internes et si elle s'estime « victime » d'une violation de ces mêmes droits. La Cour a admis que, peut se prétendre « victime » toute personne qui est affectée par un acte ou par une omission litigieuse de manière directe<sup>2</sup> (« victime directe ») et à titre exceptionnel, toute personne qui est affectée de manière indirecte, comme l'épouse de la victime<sup>3</sup>, le neveu d'un défunt<sup>4</sup>, la mère ou le frère d'un homme disparu<sup>5</sup> (« victime indirecte ») ou qui pourra être affectée dans un avenir proche, comme l'obligation de changer de comportement sous peine de poursuites pénales<sup>6</sup>, ou lorsque le requérant faisait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation critiquée<sup>7</sup> (« victime potentielle »). La Convention « n'autorise pas que les requérants se plaignent d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention »<sup>8</sup>.

5. La Convention n'institue pas une *actio popularis*<sup>9</sup> au profit des particuliers. Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur une situation générale, et, en absence de procédure particulière devant les juridictions internes, concernant un requérant. Elle n'est pas appelée à trancher sur la compatibilité d'une loi interne avec la Convention, mais à vérifier si les décisions des autorités internes ne sont pas arbitraires ou manifestement déraisonnables.

6. En, l'espèce, les requérants ne peuvent ni se prétendre « victimes » d'une violation de la Convention, ni prétendre avoir épuisé les voies de recours internes. Comme le montre l'exposé des faits de l'affaire, ils « souhaiteraient effectuer un DPI », mais aucun élément n'indique qu'ils ont entrepris la moindre démarche en ce sens, ni qu'ils ont saisi les autorités internes d'une telle demande, ni qu'ils se sont heurtés à un refus de leur part ou qu'ils ont saisi les tribunaux internes à cette fin.

7. Comme la Cour l'a souvent énoncé, et comme les conférences d'Interlaken et d'Izmir l'ont rappelé, la Cour a un rôle subsidiaire vis-à-vis des systèmes nationaux de protection des droits de l'homme. Cette subsidiarité fonde, sous son aspect procédural<sup>10</sup>, l'exigence de l'épuisement des voies de recours interne, au risque sinon pour la Cour de se rabaisser à n'être qu'un premier degré de juridiction. Telle est la situation en l'espèce : les requérants s'adressent directement à la Cour, en l'invitant à se substituer aux autorités nationales compétentes<sup>11</sup>, sans avoir formulé la moindre demande auprès des autorités internes compétentes, médicales ou judiciaires.

Il n'est pas contesté devant la Cour qu'un tel recours interne est « disponible » et « effectif »<sup>12</sup>. Ce recours peut même mener à une décision de la Cour Constitutionnelle. Mais sans même avoir besoin d'aller jusqu'à la Cour

---

<sup>1</sup> La contamination par le VIH se fait par le sperme mais pas par les spermatozoïdes. On isole donc ces derniers du liquide séminal et des autres cellules contenues dans le sperme pour les passer dans une centrifugeuse et les « nettoyer ». Les spermatozoïdes vivants sont ensuite congelés avant de démarrer l'insémination », voir également Bujan L. et al., AIDS 2007;21:1909-14.

<sup>2</sup> *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, § 31.

<sup>3</sup> *McCann et autres c. R-U*, arrêt du 27 septembre 1995.

<sup>4</sup> *Yasa c. Turquie*, arrêt du 2 septembre 1998, § 66.

<sup>5</sup> *Kurt c. Turquie*, arrêt du 25 mai 1998 et *Cakici c. Turquie* [GC], n° 23657/94, §§ 98-99.

<sup>6</sup> *Dudgeon c. R-U*, 22 octobre 1981, §§ 40-41.

<sup>7</sup> *Marekx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 27; *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, §§ 43-44.

<sup>8</sup> *Norris* précitée, § 31.

<sup>9</sup> *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, [GC], n°s 27996/06 et 34836/06, arrêt du 22 décembre 2009, § 28 et *Burden c. R-U*, précité, §§ 33-34.

« La Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits reconnus dans la Convention ; elle n'autorise pas non plus les particuliers à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention. Un particulier peut toutefois soutenir qu'une loi viole ses droits en l'absence d'actes individuels d'exécution s'il est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation en cause ».

<sup>10</sup> *Burden c. R-U*, [GC], n° 13378/05, arrêt du 29 avril 2008, § 42 ;

<sup>11</sup> *L'affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique"*, nos 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, § 10 ;

<sup>12</sup> A voir les ordonnances des tribunaux de Catane, Cagliari, Florence Latium et Bologne des 3 mai 2004, 27 septembre 2007, 17 décembre 2007, 31 janvier 2008 et 29 juin 2009 respectivement et la décision de la Cour Constitutionnelle italienne n° 151 du 1<sup>er</sup> mai 2009;

Constitutionnelle, l'ordonnance du tribunal de Salerne n° 12474/09 du 13 octobre 2010 indique qu'il n'était pas impossible aux requérants d'obtenir satisfaction devant les juridictions internes. Cela suffit à prouver qu'un recours effectif était disponible à la date d'introduction de la requête à la Cour<sup>13</sup>.

Cette requête ayant malgré tout été communiquée au gouvernement italien, il convient de poursuivre l'examen sur le fond. Dans leur requête, les requérants se plaignent d'une violation de leur « droit de concevoir un enfant sain et de faire usage du diagnostic préimplantatoire, limitant gravement leur droit à la vie privée et familiale »<sup>14</sup>. De fait comme en droit, la vie privée et familiale ne garantit pas de droit de concevoir un enfant, ni de faire usage du DPI.

## L'ABSENCE DE « DROIT A L'ENFANT »

**Ni le droit interne, ni la Convention ne garantissent un « droit d'avoir un enfant ».**

8. Si le droit interne italien permet, sous certaines conditions, à des couples stériles et infertiles d'avoir recours à des techniques d'AMP pour avoir des enfants. Il ne garantit aucun droit à avoir un enfant, ni a fortiori à avoir un enfant sain. Au regard de la Convention, avant d'aborder l'examen de l'affaire sous l'angle des articles 8 et 14, il convient de rappeler que le désir de procréer n'est pas garanti par l'article 12. Dans la décision du 15 novembre 2007 sur la recevabilité de l'affaire *S. H. c. Autriche*, la Cour a rappelé que « l'article 12 de la Convention ne garantit pas un droit à la procréation. »<sup>15</sup> 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. »<sup>16</sup> 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 »<sup>17</sup>. 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.<sup>18</sup> Admettre un tel droit impliquerait qu'une personne puisse devenir objet des droits.

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

9. 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<sup>er</sup> 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 (...) »<sup>19</sup>. Le droit au respect crée, pour l'État, une obligation de s'abstenir d'intervenir dans la décision du couple. L'État 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.

10. Dans ce cadre, parce que la procréation est un aspect propre et essentiel de l'existence du couple, l'intervention de l'État 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 l'État est restreinte. »<sup>20</sup> Ainsi, toute ingérence de l'État 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.

**Face au désir des couples de procréer naturellement, l'État a une obligation négative.**

11. C'est dans la perspective des obligations négatives de l'État que se comprend le mieux l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*<sup>21</sup>. En effet, dans cette affaire, c'est l'action positive de l'État qui a fait obstacle au projet procréatif. Ce sont l'emprisonnement du mari, l'absence de dispositions permettant au couple de concevoir

<sup>13</sup> a contrario *Lutz c. France*, n° 48215/99, §20

<sup>14</sup> « diritto di concepire un figlio e di fare uso della diagnosi genetica preimpianto, limitando gravemente la loro vita privata e familiare ». Page 5 de la requête introductive.

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

<sup>16</sup> *X et Y c. Royaume-Uni*, req. n° 7229/75, 15 décembre 1977, 12 DR 32.

<sup>17</sup> *Margarita Šjakova 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 ».

<sup>18</sup> 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 ».

<sup>19</sup> voir *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 71, CEDH 2007-IV.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 66, CEDH 2007-XIII.

naturellement et le refus d'autoriser les requérants à bénéficier d'une insémination artificielle légale qui ont empêché le couple d'essayer de devenir parents. Le couple n'a pas demandé à bénéficier d'une dérogation au régime des AMP ; il a demandé à ce que l'État 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.

12. 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 parents. En l'espèce, le choix du moyen pour devenir parent (AMP, naturel) n'a qu'une importance secondaire et il n'appartient qu'au couple, dans les limites de la légalité.

13. 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* »<sup>22</sup>. 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).

### **Le désir de procréer artificiellement excède le champ de la vie privée.**

14. La famille est à la frontière entre les sphères privées et publiques. Certaines matières de la vie familiale relèvent exclusivement de la sphère privée, lorsque la famille suffit à leur réalisation. Tel est le cas de la conception naturelle d'un enfant. D'autres matières sont en revanche 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'État 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.

15. En l'occurrence, les enjeux publics liés au DPI 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 elle aussi la société et excède le champ strict de la vie privée. Le désir des couples requérants de devenir parents continue à être protégé au titre de la vie privée contre les ingérences abusives de l'État tant que ce désir se manifeste dans le cadre de la sphère privée.

### **L'absence de droit à un type de soins médicaux particuliers**

16. A supposer que le désir de procréer artificiellement entre dans le champ de la vie privée, l'État n'a pas l'obligation de fournir les moyens de la réalisation de ce désir. La Cour a reconnu à plusieurs reprises que la Convention ne garantit pas le droit à un niveau ou à un type de soins médicaux particuliers<sup>23</sup>. L'arrêt de section dans l'affaire *S. H. c. Autriche* le reconnaît: « *il y a lieu de souligner que les États ne sont nullement tenus de légiférer en matière de procréation artificielle ni de consentir à son utilisation* » (§ 74). Les États n'ont pas d'obligation positive de légaliser la procréation artificielle et *a fortiori* le DPI ; dès lors, il ne peut exister de droit des couples à procréer en faisant appel à la procréation médicalement assistée. Un tel droit n'existe pas, car il ne peut exister raisonnablement de *droit à procréer* ou de *droit à l'enfant*.

17. Pas plus que les États 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. 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 LARGE MARGE D'APPRÉCIATION**

<sup>22</sup> *S H c. Autriche*, section, précité, § 60

<sup>23</sup> voir notamment *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, 20 mars 2007, *Chypre c. Turquie*, GC, n° 25781/94 ; *Nikky SENTGES c. Pays-Bas* n° 27677/02, déc.

18. La Cour a eu l'occasion, à plusieurs reprises, 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'État est restreinte »<sup>24</sup>. 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 au DPI fait sortir ce projet du cadre strictement privé. Au contraire, 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*<sup>25</sup> 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'État est restreinte<sup>26</sup>. Par contre, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États 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<sup>27</sup>. La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention<sup>28</sup> ».*

L'absence de consensus relatif à la protection de l'embryon et au DPI, ainsi que l'importance et le caractère délicat des questions morales ou éthiques que cette pratique occasionne, justifient toutes deux largement l'application d'une ample marge d'appréciation.

### **Absence de consensus quant à la protection de l'embryon**

19. Le fait qu'une part importante des États membres du Conseil de l'Europe autorise le DPI sous des conditions strictes ne fait pas disparaître l'absence de consensus quant à la protection garantie par le droit à la vie des enfants à naître. Dans l'affaire *A. B. et C.*, la Grande Chambre a confirmé sa jurisprudence bien établie (voir notamment *Vo c. France et Open Door c. Irlande*), selon laquelle « il n'était ni souhaitable ni possible de répondre à la question de savoir si l'enfant à naître était une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention, de sorte qu'un État pouvait tout aussi légitimement choisir de considérer l'enfant à naître comme une personne et protéger sa vie qu'adopter le point de vue opposé. »<sup>29</sup>

### **Absence de consensus quant à l'accès au DPI**

20. Même si quatre pays « seulement » interdisent explicitement et totalement le DPI (l'Autriche, l'Italie, la Suisse et l'Irlande), il n'existe pas pour autant de consensus en Europe quant à son utilisation et à ses conditions d'accès. Le DPI reste un sujet conflictuel.

Le document de base sur le diagnostic préimplantatoire et prénatal, publié par le Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) le 22 novembre 2010, l'indique clairement : « En Europe, la réglementation applicable au diagnostic génétique préimplantatoire (DPI) et au diagnostic génétique prénatal (DPN) est très variable d'un pays à un autre. Le DPI et le DPN font dans la plupart des pays l'objet de dispositions légales spécifiques. L'utilisation du DPI est interdite dans certains pays ; dans d'autres elle est strictement limitée et soumise à des conditions bien définies; certains, enfin, n'ont pas encore adopté de politique claire sur cette question »<sup>30</sup>. En revanche, il y a « un large consensus sur la nécessité d'une protection de l'embryon in vitro. La définition du statut de l'embryon reste un domaine où l'on rencontre des différences fondamentales reposant sur des arguments forts »<sup>31</sup>.

### **Questions morales et éthiques délicates**

---

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> *A, B et C contre Irlande*, GC 16 décembre 2010, req. n° 25579/05, § 232.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> *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 2002-1 ; *Christine Goodwin*, arrêt précité, § 85 ; voir également, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Vo* GC 8 juillet 2004, req. 53924/00 § 82.

<sup>28</sup> *Odièvre*, GC 13 février 2003, req. n° 42326/98, §§ 44-49, et *Fretté*, 26 février 2002, req. n° 36515/97, § 42.

<sup>29</sup> *A, B et C contre Irlande*, GC, 16 décembre 2010, req. n° 25579/05, § 222.

<sup>30</sup> Document de base sur le diagnostic préimplantatoire et prénatal publié par le Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) le 22 novembre 2010 ;

<sup>31</sup> Conclusion du Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) groupe de travail sur la protection de l'embryon et du fœtus humains (CDBI-CO-GT3), 19 juin 2003 ;

21. C'est avec constance que la Cour énonce que lorsqu'une « affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large ».<sup>32</sup> 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 »<sup>33</sup>. L'arrêt de section du 1<sup>er</sup> avril 2010 dans l'affaire *S. H.* l'a rappelé : « *La grande latitude dont celui-ci [l'État] 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 conflit* »<sup>34</sup>. Le choix politique du législateur est limité au fait de ne pas avoir un « *fondement manifestement déraisonnable* ».<sup>35</sup>

### **Souveraineté, référendum et débats nationaux**

22. La loi n° 40/2004 résulte de travaux parlementaires effectués durant plusieurs législatures depuis les années 1990. Elle a pour origine une initiative populaire qui, en 1995, avait demandé l'introduction du principe de la reconnaissance de l'enfant conçu en tant que sujet juridique comme principe directeur dans la matière. Après de longs débats, cette loi fut approuvée par le parlement. L'opposition a poursuivi le débat en initiant cinq propositions de référendum populaires visant à modifier cette loi. La première proposition, de caractère général, fut rejetée par la Cour Constitutionnelle par l'arrêt 45/2005 et les quatre autres, qui concernaient l'annulation de certaines dispositions de la loi, furent soumises au vote populaire les 12 et 13 juin 2005. Ces référendums furent un échec pour leurs initiateurs : seulement 25,9% des électeurs ayant voté, le quorum ne fut pas atteint. De fait, certaines personnalités religieuses et politiques, notamment les Présidents de la Chambre des députés et du Sénat, avaient invité les électeurs à ne pas voter. Finalement, ces référendums ont eu le mérite d'étendre le débat sur la loi 40 et de confirmer le choix du législateur.

23. Peu de lois en Italie ont été autant débattues que la loi 40 ; on ne peut nier que la loi « *a été adoptée après une analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d'embryologie humaines et qu'elle est le fruit d'un vaste ensemble de réflexions, de consultations et de débats* ».<sup>36</sup> L'Italie a en cela suivi les standards européens résultant de l'article 28 de la Convention d'Oviedo.<sup>37</sup>

24. Cette situation est similaire à celle relative à l'avortement en Irlande, où le peuple s'est aussi à plusieurs reprises prononcé par référendum. Il apparaît clairement que l'interdiction du DPI repose sur des « *valeurs morales profondes concernant la nature de la vie, celles-là mêmes qui s'étaient traduites dans l'attitude de la majorité du peuple* » italien lors du vote de 2004 et des référendums de 2005. De même, « *nul n'a démontré qu'elles auraient notablement évolué depuis lors.* » Comme dans l'affaire *A. B. et C.*, il y a donc lieu de conclure « *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.* »<sup>38</sup>

## **L'INTERDICTION DU DPI EST LÉGITIME ET PROPORTIONNÉE**

25. A supposer qu'un droit à un enfant sain soit garanti par la Convention, plus spécialement par l'article 8 sous l'angle du respect de la vie privée et familiale, l'État dispose d'une large marge d'appréciation quand il s'agit de légiférer, comme c'est le cas en l'espèce, sur des questions morales ou éthiques, surtout s'il n'y a pas de consensus entre les États membres sur la question litigieuse (et parfois même si un consensus existe<sup>39</sup>). Il est

---

<sup>32</sup> « 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 États membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une ample marge d'appréciation » (§ 86).

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

<sup>34</sup> voir Evans, précité, § 82.

<sup>35</sup> *Dickson c. Royaume-Uni*, GC, 4 décembre 2007, req. n° 44362/04, § 78.

<sup>36</sup> *Evans c. R-U*, n° 6339/05, [GC], arrêt du 10 avril 2007, § 86, *a contrario* *Dickson c. RU*, n° 44362/04, [GC], arrêt du 4 décembre 2007, § 83, *mutatis mutandis*, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 128 ;

<sup>37</sup> Article 28 – Débat public - Les Parties à la présente Convention veillent à ce que les questions fondamentales posées par les développements de la biologie et de la médecine fassent l'objet d'un débat public approprié à la lumière, en particulier, des implications médicales, sociales, économiques, éthiques et juridiques pertinentes, et que leurs possibles applications fassent l'objet de consultations appropriées.

<sup>38</sup> *A, B et C contre Irlande*, GC, 16 décembre 2010, req. n° 25579/05, § 226.

<sup>39</sup> *A., B. et C. c. Irlande*, [GC], n° 25579/05, arrêt du 16 décembre 2010, § 237.

donc tout à fait légitime de la part de l'État italien de limiter par sa législation l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, à savoir l'accès au DPI, pourvu que cette limitation soit « prévue par la loi », « nécessaire dans une société démocratique » et « proportionnelle au but poursuivi », c'est-à-dire si l'État a ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu.

26. Ainsi, même si la Cour devait juger que l'interdiction du DPI constitue une ingérence dans la vie privée des requérants, force est de constater que cette interdiction poursuit les buts légitimes que constituent la protection des embryons concernés, la prohibition de l'eugénisme, ainsi que la sauvegarde des valeurs éthiques et morales fondamentales de la société, et qu'elle est proportionnée aux buts en question. Sur ce point, les tiers intervenants considèrent que le législateur italien 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 :

**27. 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.

#### **L'adoption permettrait de réaliser le projet parental.**

28. 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*. Il est douteux que cet intérêt puisse contrebalancer les problèmes médicaux, sociaux et éthiques inhérents au DPI, 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.**

29. Dans l'affaire *A., B. et C. c. 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 »<sup>40</sup>. 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<sup>er</sup> article, que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits », il fonde les libertés et les droits « sur la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ». Le droit continue de se fonder sur ce même principe<sup>41</sup> 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<sup>er</sup>, que « les parties à la présente convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité... »

La protection de la morale et de la dignité humaine, au sens de l'alinéa 2 de l'article 8, peuvent justifier à elles seules l'interdiction totale du DPI.<sup>42</sup>

#### **La prohibition de l'eugénisme et la protection de l'espèce humaine**

30. La prohibition de l'eugénisme est au fondement de la bioéthique. Le DPI ne soigne ni ne guérit personne. L'enfant sélectionné par DPI naît indemne d'une maladie qu'il n'a jamais eu et dont la médecine ne l'a jamais ni soigné, ni guéri. Le DPI permet de trier les embryons afin de réimplanter un embryon sain et de supprimer ceux qui sont malades. En cela, cette technique n'est pas une avancée médicale, mais une avancée technique de l'eugénisme. Jacques Testard, le « père » du 1<sup>er</sup> bébé éprouvette français estime que « le diagnostic génétique préimplantatoire est le moyen grâce auquel l'eugénisme pourra accéder à ses fins ». Il affirmait déjà en 1986 que « la conjugaison potentielle de la génétique et de la procréation médicalement assistée permettrait une pratique eugéniste nouvelle non autoritaire mais efficace, tout autant contraire à la dignité humaine que

<sup>40</sup> *A, B et C c. Irlande*, n° 25579/05, § 222, 226 et 227.

<sup>41</sup> Convention de New York sur les droits de l'enfant du 26.01.1990 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<sup>42</sup> *A contrario, S H c. Autriche*, arrêt de section, précité. § 74.

*l'eugénisme d'État* »<sup>43</sup>. Même le Professeur Israël Nisand, expert en AMP et DPI<sup>44</sup>, renvoie à la société la responsabilité de définir les normes : « *On peut donc dire à mon sens qu'il y a un eugénisme acceptable et un eugénisme non acceptable et la difficulté est précisément de définir les limites que notre société accepte et de poser les valeurs qu'elle ne souhaite pas franchir ou profaner* »<sup>45</sup>.

### **La protection de la santé publique**

31. La FIV et le DPI ne sont pas des pratiques médicales anodines, ne serait-ce que parce qu'elles impliquent d'une part un fort investissement des ressources de la société, et d'autre part, un risque pour la santé de la femme et de l'enfant conçu. Pour la femme, le DPI nécessite une hyperstimulation ovarienne afin d'obtenir un plus grand nombre d'ovules (bien supérieur à ce qui est pratiqué pour la FIV). Cela entraîne des risques de syndrome dépressif (hormonal), des risques liés à l'opération de prélèvement des ovules (hémorragies et infections) et à l'anesthésie. Pour l'embryon conçu, le prélèvement de cellules pour l'analyse génétique peut entraîner sa destruction.

### **La protection des droits des tiers : l'embryon conçu est un « sujet »**

32. La loi 40 pose comme principe, en son article 1<sup>er</sup>, que l'embryon conçu est un sujet qui dispose de droits, comme les autres sujets impliqués dans l'AMP. La législation italienne reconnaît donc indiscutablement à l'embryon conçu la qualité de sujet de droit. Toute la loi 40 et ses textes d'application visent à organiser l'AMP dans le respect des droits de l'embryon.

33. La Cour n'a jamais exclu la vie prénatale du champ d'application de la Convention. Au contraire, elle lui a appliqué l'article 2, reconnaissant le fœtus comme appartenant à *l'espèce humaine*<sup>46</sup>. A ce jour, la Cour a donné une portée minimale à cette reconnaissance en accordant aux États, au titre de leur marge d'appréciation, la liberté de déterminer le point de départ de cette protection. Cependant, si la Cour a reconnu la faculté d'exclure l'embryon de la protection de la Convention, elle n'a pas, et ne pourrait pas, créer l'obligation de l'en exclure. Il en résulte qu'un État peut décider de maintenir la protection de la vie prénatale, donnant ainsi à l'article 2 une portée maximale.

34. Cette décision est conforme également à l'article 53 de la Convention, selon lequel les États sont libres d'offrir à leurs sujets un degré plus élevé de protection des droits de l'homme<sup>47</sup>. Plus spécifiquement, l'article 27 de la Convention d'Oviedo indique qu'aucune de ses dispositions ne peut être interprétée « *comme limitant ou portant atteinte à la faculté pour chaque Partie d'accorder une protection plus étendue à l'égard des applications de la biologie et de la médecine que celle prévue par la présente Convention.* » L'Italie peut donc accorder une protection étendue à l'embryon *in vitro* et le reconnaître comme sujet.

35. A l'inverse, la liberté de l'État de priver la vie prénatale de protection n'est pas illimitée. La Cour a reconnu que la vie humaine prénatale constitue un « intérêt légitime » méritant protection<sup>48</sup>. Sans cette qualité, comment expliquer l'interdiction de la sélection sexuelle prénatale et préimplantatoire<sup>49</sup>, de la création d'embryons chimères homme-animal, du clonage, de l'avortement tardif (après le seuil de viabilité du fœtus), et d'autres pratiques contraires aux intérêts de l'embryon humain ?

### **Le respect de l'interdiction de la discrimination pour des raisons de patrimoine génétique**<sup>50</sup>

36. Dès lors que l'Italie considère l'embryon conçu comme un sujet, le gouvernement est dans l'obligation de respecter à cet égard l'interdiction de la discrimination pour des raisons de patrimoine génétique. Cette interdiction est notamment énoncée dans la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'UNESCO du 11 novembre 1997 et dans la Convention d'Oviedo (article 11).

---

<sup>43</sup> Jacques TESTARD, in *L'auf transparent*. Flammarion Coll. Champs, 1986.

<sup>44</sup> Responsable du CMCO de Schiltigheim.

<sup>45</sup> Israël NISAND, « Eugénisme acceptable et eugénisme inacceptable », in GIRAUD (Francis), RAPPORT 128 (2002-2003) - Commission des Affaires sociales, p. 131.

<sup>46</sup> *Vo c France*, GC 8 juillet 2004, req. 53924/00, § 84.

<sup>47</sup> « *Aucune des dispositions de la présente convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie* »

<sup>48</sup> Voir notamment l'arrêt *Vo GC 8 juillet 2004, req. 53924/00, A, B et C contre Irlande*, GC, 16 décembre 2010, req. n° 25579/05.

<sup>49</sup> Convention d'Oviedo, Article 14 – « *Non-sélection du sexe : L'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe.* »

<sup>50</sup> Article 6 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'UNESCO (du 11 novembre 1997), article 11 de la Convention d'Oviedo ; Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) groupe de travail sur la protection de l'embryon et du fœtus humains (CDBI-CO-GT3), 19 juin 2003 :

37. *In fine*, il apparaît que la législation italienne vise des buts légitimes et qu'elle est proportionnée à ces objectifs ; en aucune manière elle ne peut être jugée comme « *manifestement déraisonnable* »<sup>51</sup>. Au contraire, la loi italienne a « *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* »<sup>52</sup>.

## **L'ABSENCE DE DISCRIMINATION**

### **Des situations différentes et non similaires**

38. Les requérants sont dans une situation objectivement non-comparable avec les couples ayant légalement accès à l'AMP. La différence de traitement entre le couple requérant et les couples stériles et assimilés résulte d'une différence objective de situation non imputable à l'État.

La situation des requérants n'est que *subjectivement* comparable ou analogue à celle de couples inféconds susceptibles d'être aidés par une technique légale d'AMP et à celle de couples dont l'homme est atteint d'une maladie sexuellement transmissible (MST). La similitude réside dans le désir de concevoir un enfant (sain pour les requérants). En revanche, lorsque l'on regarde non plus le ressenti des couples mais la spécificité des pathologies dont ils souffrent, leur situation apparaît *objectivement* comme différente. De même, les diverses techniques de procréation artificielle et le DPI, ainsi que leurs implications et leurs conséquences sociales et éthiques, diffèrent *objectivement*.

39. Il convient de noter que les couples atteints de MST n'ont pas accès au DPI, mais seulement à l'AMP avec « lavage du sperme »<sup>53</sup>. Leur accès à l'AMP est permis en raison du risque que représente la procréation par voie naturelle pour la mère et l'enfant, considéré comme un obstacle objectif à la procréation, et qui se traduit en une condition d'infertilité puisque les spermatozoïdes atteints de HIV, par exemple, sont incapables de féconder ou de générer des embryons viables<sup>54</sup>. En outre, la technique d'AMP utilisée pour les couples atteints de MST, que ce soit par insémination artificielle ou par fécondation *in vitro*, ne nécessite ni la création d'embryons surnuméraires ni le recours au DPI. En évitant le rapport sexuel, les spermatozoïdes peuvent être utilisés pour une insémination artificielle ou pour une fécondation *in vitro* par micro-injection d'un spermatozoïde sain dans un ovule. Le DPI ne serait pas adapté pour prévenir la transmission d'une MST. Ainsi, il n'y a ni la nécessité, ni l'utilité de supprimer des embryons. La protection de l'embryon est donc assurée avec cette technique ; l'extension de l'AMP aux couples atteints de MST n'a pas créé une nouvelle situation remettant en cause l'équilibre de la loi.

### **Un régime juridique cohérent**

40. Le régime juridique italien relatif au DPI est parfaitement cohérent : c'est un régime d'interdiction stricte, sans dérogation. Le concept de « *régime juridique cohérent* » a été utilisé dans d'autres affaires de bioéthique. Cette exigence – 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.<sup>55</sup> Une fois le seuil de l'autorisation franchi, même de façon partielle, le contrôle de la Cour pourrait s'étendre aux détails de la législation. Dans la présente affaire, le seuil de l'autorisation n'a pas été franchi, le DPI demeurant interdit.

41. Le fait que l'Italie ait adopté une législation sur l'AMP ne permet pas de considérer comme incohérente l'interdiction du clonage et de la création de chimères. La diversité des méthodes de procréation médicalement assistée justifie pleinement la diversité de régimes juridiques. Considérer que la cohérence exige une unicité de régime juridique entre des techniques d'AMP aussi différentes revient à méconnaître ces différences de fait. Le clonage est aussi une technique d'AMP. A l'inverse, faut-il le rappeler, le DPI n'est pas une technique d'AMP, mais de sélection génétique réalisée à l'occasion d'une AMP par FIV.

---

<sup>51</sup> Arrêt *Dickson* précité § 78.

<sup>52</sup> Arrêt *Evans*, § 86.

<sup>53</sup> La contamination par le VIH se fait dans le sperme mais pas dans les spermatozoïdes. On isole donc ces derniers du liquide séminal et des autres cellules contenues dans le sperme pour les passer dans une centrifugeuse et les « nettoyer ». Les spermatozoïdes vivants sont ensuite congelés avant de démarrer l'insémination, voir également Bujan L. et al., AIDS 2007;21:1909-14.

<sup>54</sup> Conseil supérieur de santé, avis du 19 juillet 2007.

<sup>55</sup> Il en a été ainsi notamment dans les affaires *Tysiac c. Pologne* et *A B et C c. Irlande* concernant l'avortement, dans l'arrêt non définitif prononcé dans l'affaire *S H c. Autriche*, et dans l'affaire *Hass c. Suisse*. Voir *Tysiac c. Pologne, A B et C c. Irlande, précité* et *CEDH*, 20 janvier 2011, *Haas c. Suisse*, n° 31322/07.

42. D'après la Cour, « c'est d'abord à chaque État qu'il appartient de décider des principes et politiques à appliquer dans [un] domaine sensible »<sup>56</sup> et « le caractère absolu de la loi n'est pas, en soi, nécessairement incompatible avec l'article 8 (...) [si elle] vise à promouvoir la sécurité juridique et à éviter les problèmes d'arbitraire et d'incohérence inhérents à la mise en balance, au cas par cas (...) »<sup>57</sup>. En établissant un régime d'interdiction stricte, le législateur italien a évité d'adopter une loi « hypocrite », comme le professeur Fenouillet l'exprime pour le droit français : « L'hypocrisie d'un législateur qui d'une part organise l'eugénisme dans le Code de la santé publique au nom de la liberté de procréer le bel enfant, d'autre part la bannit solennellement dans le Code civil et le Code pénal au nom de l'intégrité de l'espèce humaine - mais sans protéger réellement cette dernière - est consternante »<sup>58</sup>. On ne saurait reprocher à l'Italie le caractère absolu de l'interdiction du DPI, car le respect des droits des embryons conçus et l'interdiction de l'eugénisme ne peuvent se satisfaire d'une interdiction limitée du DPI ; le DPI est par définition un acte eugénique causant la création puis la destruction volontaire d'embryons.

43. Le fait que l'avortement soit dépénalisé en Italie n'est pas davantage de nature à remettre en cause la cohérence de l'interdiction du DPI. Nous l'avons vu, l'interdiction du DPI ne vise pas seulement la protection de l'embryon, d'autres motifs s'y ajoutent :

- Cela peut paraître paradoxal, mais le législateur italien, en dépénalisant l'avortement, a aussi recherché à assurer la protection du fœtus, car la procédure légale d'accès à l'avortement donne à la société davantage d'occasions de sauver l'enfant à naître (en proposant l'adoption ou des mesures sociales) que d'occasions d'avorter clandestinement.
- En Italie, l'accès à l'avortement n'est pas un corolaire de l'autonomie personnelle. La Cour Constitutionnelle, dans son arrêt n° 27 du 18 février 1975, a précisé que l'accès à l'IVG n'est admis « qu'en cas de nécessité » et non pas comme un « droit à l'autodétermination » de la femme.
- L'avortement eugénique n'est pas prévu par la loi : la loi n° 194/1978 dépénalisant l'avortement n'a pas retenu la maladie de l'enfant à naître comme un motif suffisant d'avortement. C'est uniquement si celle-ci entraîne une maladie physique ou psychique chez la mère qu'elle peut être prise en compte.
- On ne peut considérer comme équivalentes la destruction d'un embryon par avortement et celle faisant suite au DPI. En effet, dans le premier cas, la conception de l'embryon a été réalisée dans l'intimité du couple : l'État ne peut naturellement pas l'empêcher. En revanche, pour ce qui est du DPI, les embryons promis à la destruction après sélection sont conçus volontairement, en dehors de l'intimité du couple, avec les moyens de la société. L'État a la faculté d'intervenir et de prévenir la conception d'embryons destinés à la destruction après sélection.
- Le DPI implique la suppression de plusieurs êtres humains, l'avortement d'un seul.

44. Pour conclure, à supposer même que les requérants aient épuisé les voies de recours internes, qu'ils puissent se prétendre « victimes » au sens de la Convention et que la Cour considère que l'interdiction du DPI constitue une ingérence dans la vie privée des requérants, force est de constater que cette limitation était prévue par une loi<sup>59</sup> qui remplissait les conditions de qualité requises par la Convention ; elle poursuivait un but légitime, celui de protéger la santé, la morale et les droits d'autrui (parmi lesquels ceux de l'enfant conçu) et elle ménageait un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, à savoir d'une part le désir des parents d'avoir un enfant sain, désir qui pouvait se réaliser par exemple par la possibilité d'adoption qu'offrait le droit interne aux requérants, et d'autre part, *inter alia*, la protection de l'embryon, les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi que le risque pour sa santé et sa vie, le refus de l'eugénisme, les risques que comportent les techniques d'AMP pour la santé de la femme, l'intérêt général de la société par son choix de protéger les plus faibles (dont les enfants et les malades) et d'écartier les risques de dérives que ces techniques comportent, la stigmatisation ou encore, la discrimination d'un segment de population en raison de son code génétique.

---

<sup>56</sup> Evans, précité, § 85 ;

<sup>57</sup> Evans, précité, § 89 ;

<sup>58</sup> D. FENOUILLET. *J.Cl. civ.*, Fasc. 10. § 100.

<sup>59</sup> la loi n° 40/2004 sur les normes en matière d'assistance médicale à la procréation et ses décrets successifs d'application, plus spécialement les articles 1, 13 et 14 de la loi.