

OBSERVATIONS ECRITES
dans l'affaire

S. H. et autres C. AUTRICHE
Requête N° 57813/00

Par Carlo CASINI et 26 autres Députés au Parlement européen.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme ayant rejeté la demande d'intervention de ce groupe de députés, ces observations n'ont pu être soumises formellement à la Cour.

La Grande Chambre de la Cour Européenne des droits de l'homme réexaminera le 23 février 2011 l'arrêt concernant l'affaire susmentionnée rendue par la Première Section de la Cour le 1^{er} avril 2010. Par cette décision, l'Autriche a été condamnée parce que sa loi sur la procréation médicalement assistée (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, n° 275/1992) interdit, dans son art. 1 § 1, toute fécondation hétérologue (c'est-à-dire avec don de gamètes provenant de tierces personnes) in vitro et également la fécondation in vivo lorsque le gamète étranger au couple est celui de la femme (ovocyte).

LES ARGUMENTS DE LA DECISION PRISE PAR LA PREMIERE SECTION DE LA COUR

Les arguments par lesquels la Première Section a justifié sa décision sont principalement deux, notamment :

A) « Les Etats ne sont pas tenus de légiférer en matière de procréation artificielle ni de consentir à son utilisation. Toutefois, si un Etat décide d'autoriser ladite pratique, malgré l'ample marge d'appréciation accordée à l'Etat partie en la matière, le cadre juridique adopté doit être cohérent » (§ 74). C'est pourquoi la Cour a jugé incohérente la différence de traitement juridique entre « un couple qui peut accéder à une assistance médicale sans avoir recours au don d'ovules » et le couple « empêché de réaliser son désir d'enfant par l'interdiction du don d'ovules » (§ 85). De même, la Première Section de la Cour a estimé que la différence de traitement entre « un couple qui ne peut satisfaire son désir d'enfant qu'en recourant au don de sperme pour une fécondation in vitro » et « un couple qui peut accéder à un don de sperme pour une fécondation in vivo » n'est pas raisonnable (§ 94).

B) « L'adoption crée une relation familiale qui n'est pas basée sur un lien de sang, mais sur un engagement qui se juxtapose ou remplace les relations dérivant de la filiation. Pour cela, la Cour estime qu'il n'y a aucun obstacle insurmontable à l'intégration des relations familiales issues d'un recours aux techniques de procréation artificielle dans le cadre général du droit de la famille et des autres branches du droit concernées » (§ 81).

* * *

Ces arguments sont faux et il est donc souhaitable que la Grande Chambre réforme la décision de la Première Section de la Cour et, par conséquent, rejette le pourvoi formé contre l'Autriche.

Réplique à l'argument A

1) L'art. 3 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant (ONU : 20 novembre 1989) énonce que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Dans la précédente Déclaration Universelle (ONU : 20 novembre 1959) il est affirmé que « *les Etats se doivent de donner à l'enfant le meilleur d'eux-mêmes* ».

Ces dispositions doivent être prises en considération par la Grande Chambre, également en vertu de l'art. 53 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950) qui établit qu' : « *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* ». De façon analogue, l'art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, qui aux termes de l'art. 6 du Traité de Lisbonne possède la même valeur juridique que le Traité lui-même, reprend exactement le contenu de l'art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

2) Dans le cas de la fécondation artificielle deux intérêts s'opposent : d'un côté celui des adultes d'avoir un enfant, de l'autre celui des enfants d'avoir un père et une mère qui puissent être considérés comme tels dans toutes les dimensions : génétique, affective, juridique. L'identité personnelle et familiale de l'enfant dépend également de la présence conjointe des ces trois aspects de la parentalité. On parle à bon escient d'un droit de l'enfant à l'identité et à la connaissance des ses origines. Le « meilleur » raisonnablement concevable pour un enfant est de pouvoir appeler « père » et « mère » un homme et une femme qui puissent être considérés comme tels dans tous les sens de ces termes : génétique, affectif, juridique. Le « meilleur », du point de vue du pronostic au moment où la nouvelle vie commence, ne peut pas être évalué qu'en termes juridiques. Même lorsque la fécondation est hétérologue, il ne suffit pas que l'enfant soit déclaré « légitime » par la loi. L'élément juridique n'empêche pas le risque véritable d'un préjudice (psychologique, affectif, éducationnel) envisageable, en particulier dans le cas d'éventuelles crises familiales, dans lesquelles l'absence d'une parentalité génétique peut être renvoyée à l'enfant avec des effets néfastes encore plus graves si la maternité est niée.

3) Il est vrai que les enfants « naturellement hétérologues », fruit d'une liberté sexuelle et de procréation que l'Etat ne peut ni ne veut limiter, ne sont pas rares. Or, sans fécondation artificielle cela ne concerne que le père, pas la mère. De plus, il existe une grande différence entre la procréation naturelle et la procréation artificielle. La première est la conséquence d'un geste absolument privé par sa nature et qu'en tant que tel ne peut pas être soumis à des contrôles externes. Au contraire, la seconde implique la participation de la société, par l'intermédiaire de ses structures sanitaires. Une intervention de l'Etat, et notamment du législateur, est donc possible. Chacun est tenu de respecter le critère de la « procréation consciente et responsable », mais le devoir de s'y conformer est davantage contraignant et contrôlable dans le cas de la fécondation artificielle. Réaliser le « meilleur » pour l'enfant est l'impérieuse responsabilité du législateur.

4) En définitive, entre l'intérêt des adultes (avoir un enfant) et celui de l'enfant (avoir des parents véritables et connaissables sous tous les aspects), aux termes des dispositions de l'art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'Etat doit, ou au moins peut, faire prévaloir l'intérêt de de l'enfant.

5) Dans tout les cas, la question ici traitée est délicate, revêt une grande importance et recouvre des points de vue qui peuvent certes être différents, mais qui sont quand même raisonnables et qu'il convient de laisser apprécier par chaque Etat.

6) Donc la Première Section de la Cour a fait injustement référence de façon exclusive aux articles 8 et 14 de la Convention européenne. Elle aurait du prendre également en considération l'art. 3 de la Convention relative aux Droits de l'enfant. De plus, l'art. 8 de la Convention européenne admet l'ingérence d'une autorité publique dans la vie familiale non seulement pour protéger « la santé ou la morale », mais aussi « pour la protection des droits et libertés d'autrui ». Et ainsi le mineur – comme énoncé dans certaines lois nationales, par exemple, la loi italienne sur l'adoption (Loi n°149 du 28 mars 2001) – a le droit de vivre et de grandir dans « sa propre famille », en entendant par cela la famille dans laquelle il a été biologiquement conçu.

Réplique à l'argument B

7) L'adoption contemporaine des mineurs n'est pas un dispositif pour donner des enfants à qui n'en a pas ; bien au contraire, il s'agit d'un moyen pour donner une famille au mineur à qui elle fait défaut. L'adoption présuppose un état d'abandon, matériel ou moral, de l'enfant. Ceux qui désirent un enfant ne peuvent pas essayer de l'obtenir à tout prix. Il ne peut pas être enlevé en le soustrayant à une autre famille, possiblement nombreuse. Il n'est pas non plus licite l'acheter. On peut adopter un enfant qui a été physiquement abandonné par ses parents, dont les parents ne sont pas en mesure de l'élever correctement, ou sont décédés. Mais la mort des parents, ou un abandon matériel ou moral de leur part n'est pas un bien, n'est pas le « meilleur » pour l'enfant. L'adoption est un remède à un mal.

8) Dans la procréation artificielle hétérologue, un enfant est conçu par le père ou la mère biologiques ou par les deux dans le seul but de l'abandonner. La mère « donneuse » de l'ovocyte et le père « donneur » de sperme veulent faire naître un enfant qui est génétiquement leur enfant, mais pour lequel ils refusent toute responsabilité : ils l'abandonnent dès le début.

9) L'obligation de subvenir aux besoins de ses enfants est établie dans les constitutions de beaucoup d'Etats. A titre d'exemple, on peut citer l'art. 30 de la constitution italienne, l'art. 6, alinéas 2 et 3 de la constitution allemande. La procréation d'un enfant comporte une responsabilité qui est totalement niée dans la procréation artificielle hétérologue. L'acte juridique de l'adoption ne peut donc pas servir de justification à la procréation hétérologue.

L'ample liberté d'appréciation des Etats des situations inhérentes à la vie familiale

10) La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé à plusieurs reprises qu'en matière familiale les Etats ont une ample marge d'appréciation qui ne peut pas être restreinte par l'interprétation de la Cour même. Ce principe, affirmé en dernier lieu dans la décision A.B.C. c. Irlande (16 décembre 2010), est confirmé à plusieurs reprises dans la décision prononcée par la Première Section de la Cour dans la présente affaire. Les arguments que nous avons synthétisés comme critique à cet arrêt peuvent ne pas trouver un accord unanime, mais leur bien-fondé n'est pas contestable. Il existe des raisons pour penser que l'interdiction de la procréation hétérologue ne viole pas le principe d'égalité, puisque des éléments justifient une considération différente entre la procréation homologue et la procréation hétérologue.

11) Plus la discussion concerne les valeurs qui caractérisent l'identité culturelle, historique et constitutionnelle nationale, plus fortement doit être reconnue l'ample marge d'appréciation accordée aux Etats. Le droit de la famille appartient à ce domaine identitaire d'un peuple. Cela a été clairement affirmé par le récent arrêt de la Cour Constitutionnelle allemande rendu le 30 juin 2009 sur le Traité de Lisbonne (§§ 249, 251, 252). Là où la famille est reconnue comme noyau fondamental de l'Etat (art. 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; art.10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et art. 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) il est évident que les Etats soient très soucieux de la définition de sa structure, conformément à leurs traditions.

12) Les considérations précédentes, qui imposent ou du moins consentent un jugement sur la procréation artificielle hétérologue différant de celui sur la procréation artificielle homologue, sont valables soit quand le gamète étranger au couple est le gamète femelle (ovocyte) soit quand il est mâle (sperme), soit pour la fécondation in vitro, soit pour la fécondation in vivo. Certains documents internationaux affirment un droit de la personne à l'identité génétique, expression par laquelle on désigne un droit à avoir un patrimoine génétique non modifié artificiellement, mais également un droit à garder et connaître les relations familiales caractérisées par l'hérité génétique. Dans sa Recommandation 934 (1982) le Conseil de l'Europe affirme que « les droits à la vie et à la dignité humaine garantis par les articles 2 et 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme impliquent le droit d'hériter des caractéristiques génétiques n'ayant subi aucune manipulation » (art. 4 § 1) et demande « de prévoir la reconnaissance expresse, dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, du droit à un patrimoine génétique n'ayant subi aucune manipulation » (art. 4 § II e art. 7 § B). Le Parlement Européen se penche également sur le droit à l'identité génétique et le lie au droit à la vie et à la famille en tant que droits fondamentaux du « nouveau-conçu » (Résolutions du 16 mars 1989 sur les problèmes éthiques et juridiques de la manipulation génétique et de sur la fécondation artificielle humaine "in vivo" et "in vitro") c'est-à-dire son identité psychologique et existentielle. De plus, en 1998 à propos du clonage, le Parlement Européen « réaffirme que chaque individu a droit à son identité génétique propre » (Résolution du 15 janvier 1998 sur le clonage humain et Résolution du 7 septembre 2000 sur le clonage des êtres humains). La paternité et la maternité sont des éléments définissant la personne non seulement au sens de l'état civil, mais aussi au sens psychologique et génétique. Ce n'est que récemment que les mécanismes de la fécondation responsables de la transmission intergénérationnelle ont été découverts. Les 46 chromosomes propres aux humains et présents dans chacune des milliards de cellules qui composent l'organisme humain, sont transmis à l'enfant par le père et la mère en quantité égale (23+23). Chacun d'eux transmet les caractéristiques physiques et psychiques de toute la lignée ascendante paternelle et maternelle (des grands-parents aux arrière-grands-parents, et ainsi de suite) au nouvel être humain qui commence sa vie. La fécondation hétérologue interrompt le lien déterminé par la lignée génétique.

13) Un Etat qui considère que la procréation artificielle hétérologue n'est pas positive peut trouver une raison pour introduire une exception à ce principe. Dans le cadre de la libre appréciation permise aux Etats, la fécondation hétérologue avec gamète mâle pourrait être perçue comme moins nuisible qu'une fécondation recourant à des gamètes femelles. Tout d'abord, on remarque que le jugement sur la cohérence interne d'un système juridique, s'il est reconnu admissible par la Cour de Strasbourg, ne devrait pas condamner l'Etat pour avoir admis la fécondation hétérologue sans limites, mais plutôt juger comme incohérente l'exception au principe selon lequel la fécondation hétérologue n'est pas souhaitable. La Première Section de la Cour a affirmé la liberté des Etats d'interdire toute forme de fécondation artificielle et a admis que ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé aussi pour un type spécifique de fécondation artificielle. Dans tous les cas, s'il existe un pouvoir général d'interdire, la possibilité de n'interdire qu'en partie doit être admise. Dans l'optique

d'un seul système juridique, la cohérence doit être évaluée selon les principes et les évaluations propres de ce même système. Par conséquent, puisque dans le système juridique l'évaluation générale négative sur la fécondation hétérologue trouve une exception dans l'insémination in vivo par sperme, il aurait été plus logique de signaler l'incohérence de l'exception plutôt que celle de la règle. Si dans un système juridique un comportement est considéré comme socialement répréhensible et si la liberté d'une telle évaluation y est admise, la censure ne devrait pas concerner la règle mais l'exception. Si l'exception correspond au mal, selon la logique du système juridique autrichien, il n'est pas cohérent d'étendre ce qui, précisément dans ce même système, est considéré comme mal.

14) De même que la distinction entre procréation homologue et hétérologue peut être raisonnable, la distinction entre fécondation hétérologue par ovocytes et par sperme étranger au couple peut être pareillement raisonnable. Le lien de maternité est un lien qui, surtout dans les premières années de vie de l'enfant, est plus fort que le lien de paternité. C'est une expérience commune et une donnée confirmée par la psychologie et la biologie. Il est évident que les petits ont particulièrement besoin de leur mère. Le nouvel être humain, déjà dans le sein maternel, non seulement reçoit de la mère nutrition, chaleur et oxygène, mais lui-même donne à sa mère, comme il a été démontré par des découvertes très récentes (beaucoup de références bibliographiques sont indiquées dans le texte « Salvatore Mancuso e Alessandro Perillo (2007), *Cellule staminali dalla biologia alla terapia cellulare*, Editions Poletto, Milan »), des cellules souches de son corps qui sont utiles à sa mère pendant la grossesse, mais qui lui seront également utiles pendant toute sa vie, même si la grossesse n'atteint pas son but naturel. La relation particulière de l'enfant avec sa mère est également montrée par l'allaitement après la naissance. D'autres découvertes récentes sur le développement intra-utérin des sens de l'enfant (spécialement l'ouïe et l'odorat) démontrent l'existence d'une relation intime entre la mère et l'enfant avant même la naissance. L'unité de la maternité génétique, gestationnelle, affective et juridique semble donc particulièrement forte. Si l'on juge les choses du point de vue de l'enfant et non seulement selon les intérêts des adultes, la procréation hétérologue avec ovocyte n'appartenant pas à la mère semble plus défavorable que la fécondation hétérologue avec utilisation de sperme.

15) La loi autrichienne va encore plus loin. La fécondation hétérologue in vitro n'est jamais acceptée, alors que la fécondation hétérologue in vivo est consentie seulement dans le cadre d'un don de sperme. Dans ce cas également le raisonnement mentionné plus haut concernant le rapport entre règle et exception est valable. La grande facilité avec laquelle il peut y avoir une insémination et la fréquence avec laquelle il y a procréation après un rapport sexuel de la femme avec un homme qui n'est pas son mari ou son partenaire habituel rendent l'exception moins censurable.

* * *

16) Les soussignés, étant donnée leur responsabilité en qualité de députés européens et les fonctions institutionnelles qu'ils exercent en matière constitutionnelle, juridique et scientifique, proposent les arguments résumés plus haut, convaincus d'offrir ainsi une contribution à la justice. Le Parlement Européen est intervenu à plusieurs reprises sur le sujet de l'ingénierie génétique et de la procréation médicalement assistée. Il suffit de rappeler deux résolutions approuvées le 16 mars 1989 et confirmées par la suite (Parlement Européen, Résolution sur 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, du 20 septembre 1996), dans lesquelles est exprimé le même jugement sur la procréation ici formulé. Les soussignés soulignent également que la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne est partie intégrante du système européen des droits de l'homme instauré avec la Convention européenne de droits de l'homme de 1950 et que la relation harmonieuse entre les deux documents

et la jurisprudence des Cours de justice intervenant tant au niveau du Conseil de l'Europe qu'au niveau d'Union Européenne revêt un grand intérêt.

Pour toutes ces raisons, nous demandons que la présente note soit prise en bonne considération par la Grande Chambre.

Carlo Casini, MdPE
(Président de la commission des Affaires Constitutionnelles du Parlement Européen)
Roberta Angelilli, MdPE
(Vice-présidente du Parlement Européen)
Klaus-Heiner Lehne, MdPE
(Président de la commission des Affaires juridiques du Parlement Européen)
Erminia Mazzoni, MdPE
(Président de la commission des Pétitions du Parlement Européen)
Miroslav Mikolášik, MdPE
(Co-président de l'Intergroupe sur la bioéthique du Parlement Européen)
Peter Liese, MdPE
(Président du groupe de travail du Parti Populaire Européen sur la bioéthique)
Barbara Matera, MdPE
(Vice-présidente de la commission des Droits de la Femme du Parlement Européen)
Lara Comi, MdPE
(Vice-présidente de la commission du Marché Intérieur du Parlement Européen)
Raffaele Baldassarre, MdPE
(Vice-président de la commission des Affaires juridiques du Parlement Européen)
Fiorello Provera, MdPE
(Vice-président de la commission des Affaires Étrangères du Parlement Européen)
Mario Mauro, MdPE
(Ancien Vice-président du Parlement Européen)
Anna Záborská, MdPE
(Ancienne Présidente de la commission des Droits de la Femme du Parlement Européen)
Bernd Posselt, MdPE
Jan Olbrycht, MdPE
Peter Šťastný, MdPE
Róza Gräfin von Thun und Hohenstein, MdPE
Radvilė Morkūnaitė-Mikulėnienė, MdPE
Bogusław Sonik, MdPE
Antonello Antinoro, MdPE
Antonio Cancian, MdPE
Carlo Fidanza, MdPE
Crescenzo Rivellini, MdPE
Clemente Mastella, MdPE
Gay Mitchell, MdPE
Martin Kastler, MdPE
Algirdas Saudargas, MdPE
Giovanni La Via, MdPE