



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

PREMIÈRE SECTION

AFFAIRE S. H. ET AUTRES c. AUTRICHE

(Requête n° 57813/00)

ARRÊT

STRASBOURG

1^{er} avril 2010

**CETTE AFFAIRE A ÉTÉ RENVOYÉE DEVANT
LA GRANDE CHAMBRE, QUI A RENDU SON ARRÊT LE
03/11/2011**

Cet arrêt peut subir des retouches de forme.

En l'affaire S. H. et autres c. Autriche,

La Cour européenne des droits de l'homme (première section), siégeant en une chambre composée de :

Christos Rozakis, *président*,

Nina Vajić,

Anatoly Kovler,

Elisabeth Steiner,

Khanlar Hajiyeu,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni, *juges*,

et d'André Wampach, *greffier-adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 11 mars 2010,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 57813/00) dirigée contre la République d'Autriche et dont quatre ressortissants de cet Etat, M^{me} S.H., M. D.H., M^{me} H.E.-G et M. G. (« les requérants »), ont saisi la Cour le 8 mai 2000 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le président de la chambre à laquelle la requête a été attribuée a accédé à la demande de non-divulgence de leur identité formulée par les intéressés (article 47 § 3 du règlement de la Cour).

2. Devant la Cour, les requérants ont été représentés par M^{es} H.F. Kinz et W.L. Weh, avocats à Bregenz. Le gouvernement autrichien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. F. Trauttmansdorff, ambassadeur, directeur du département de droit international au ministère fédéral des Affaires étrangères.

3. Dans leur requête, les intéressés alléguaient en particulier que les dispositions de la loi autrichienne sur la procréation artificielle prohibant la fécondation *in vitro* avec don de gamètes, la seule technique médicale qui leur aurait permis de concevoir un enfant, emportaient violation de leurs droits au titre de l'article 8 de la Convention pris isolément et combiné avec l'article 14.

4. Par une décision du 15 novembre 2007, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable.

5. Des observations ont été reçues du gouvernement allemand, qui avait exercé son droit d'intervenir (articles 36 § 1 de la Convention et 44 § 1 b) du règlement).

6. Une audience sur le fond de l'affaire s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 28 février 2008 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{mes} B. OHMS,

agent délégué ;

B. GROSSE,

M. M. STORMANN,

M^{me} I. HAGER-RUHS,

conseillers ;

– *pour les requérants*

M^{es} H. KINZ,

W.L. WEH

conseils.

La Cour a entendu M^e Weh, M^e Kinz et M^{me} Ohms en leurs déclarations.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Les requérants sont nés en 1966, 1962, 1971 et 1971 respectivement. Ils résident respectivement à L. et à R.

8. Les deux premiers d'entre eux sont mari et femme, de même que les troisième et quatrième requérants.

9. S.H. est atteinte de stérilité tubaire (*eileiterbedingter Sterilität*). Son mari, le deuxième requérant, est lui aussi stérile.

10. H.E.-G souffre de dysgénésie gonadique (*Gonadendysgenese*), pathologie qui empêche l'ovulation. Bien que son utérus soit parfaitement constitué, elle est totalement stérile. Son mari, M. G., est apte à procréer, contrairement au second requérant.

11. Le 4 mai 1998, S.H. et H.E.-G introduisirent devant la Cour constitutionnelle (*Verfassungsgerichtshof*) une requête (*Individualantrag*) l'invitant à contrôler la constitutionnalité de l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle (*Fortpflanzungsmedizingesetz* – voir « Le droit interne pertinent » ci-dessous).

12. Dans leur requête, les intéressées alléguaient qu'elles étaient directement touchées par les dispositions en question. Soulignant qu'elle ne pouvait pas avoir d'enfant par les voies naturelles, S.H. soutenait que le recours à la fécondation *in vitro* avec don de sperme était la seule possibilité

qui s'offrait à elle et à son mari, mais que l'utilisation de cette technique était prohibée par l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle. Pour sa part, H.E.-G précisait qu'elle était stérile et que la dysgénésie gonadique dont elle était atteinte empêchait toute ovulation, raison pour laquelle le seul moyen pour elle d'avoir un enfant était de faire appel à une technique médicale de procréation artificielle connue sous le nom de transfert d'embryon avec don d'ovocytes, qui lui aurait permis de se faire implanter dans l'utérus un embryon conçu avec un ovule d'une autre femme fécondé par le sperme du quatrième requérant, mais qui était interdite par la loi sur la procréation artificielle.

13. S.H. et H.E.-G arguaient que l'impossibilité de recourir aux techniques médicales en question emportait violation de leurs droits au titre de l'article 8 de la Convention. Elles invoquaient en outre l'article 12 de cet instrument et l'égalité de traitement garantie par l'article 7 de la Constitution fédérale.

14. Le 4 octobre 1999, la Cour constitutionnelle tint une audience publique. S.H. y comparut assistée par un avocat.

15. Le 14 octobre 1999, la Cour constitutionnelle statua sur le recours introduit par S.H. et H.E.-G., qu'elle déclara partiellement recevable dans la mesure où la loi s'appliquait à leur situation individuelle. A cet égard, elle jugea que les dispositions de l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle interdisant le recours à certaines techniques utilisées par la médecine reproductive s'appliquaient directement aux intéressées nonobstant l'absence de toute décision judiciaire ou administrative les concernant.

16. Après avoir examiné au fond le recours introduit par les intéressées, la Cour constitutionnelle conclut à l'applicabilité de l'article 8 dans l'affaire dont elle était saisie. Relevant que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'était pas prononcée en la matière, elle considéra cependant que la décision d'un couple marié ou vivant maritalement de concevoir un enfant et d'avoir recours à l'assistance médicale à la procréation à cette fin relevait sans conteste du champ d'application de cette disposition.

17. Elle jugea que les dispositions critiquées de la loi sur la procréation artificielle portaient atteinte à la liberté des requérantes en ce qu'elles réduisaient le nombre des techniques médicales autorisées dans ce domaine. Se penchant sur la question de la justification de cette atteinte, elle releva que le législateur avait tenté de concilier des considérations antagonistes se rapportant à la dignité humaine, au droit à la procréation et au bien-être de l'enfant. Elle souligna que cette démarche l'avait conduit à se donner pour principe de n'autoriser, sauf exception, que les techniques homologues – notamment l'emploi, au profit de conjoints mariés ou vivant maritalement, des gamètes issus de l'un d'entre eux – n'exigeant pas d'intervention complexe et aussi proches que possible de la conception naturelle. Elle précisa que l'objectif du législateur consistait à éviter la création de liens familiaux atypiques, notamment ceux qui pourraient se créer entre un enfant

et ses deux mères biologiques – c'est-à-dire sa mère génétique et sa mère utérine – et à empêcher l'exploitation des femmes.

18. Elle releva également que, contrairement à la conception naturelle, la procréation par fécondation *in vitro* soulevait de graves questions concernant le bien-être des enfants qui en étaient issus, leur santé et leurs droits, qu'elle avait des répercussions sur les valeurs éthiques et morales de la société, et qu'elle risquait de donner lieu à des pratiques commerciales et eugéniques (*Zuchtauswahl*).

19. Toutefois, elle estima que ces considérations ne pouvaient justifier une interdiction totale de l'ensemble des techniques d'assistance médicale à la procréation au regard du principe de proportionnalité contenu dans l'article 8 § 2 de la Convention, car leurs répercussions sur l'intérêt public variaient grandement selon qu'elles étaient hétérologues ou homologues.

20. Elle jugea que le législateur n'avait pas dépassé la marge d'appréciation reconnue aux Etats en autorisant par principe le recours aux techniques homologues et, à titre exceptionnel, l'insémination avec don de sperme. Elle releva que cet aménagement reflétait l'état de la science médicale de l'époque et le consensus existant dans la société, tout en précisant qu'il n'était pas figé et qu'il pouvait connaître des évolutions dont le législateur devrait tenir compte.

21. Elle considéra que le législateur n'avait pas négligé les intérêts des hommes et des femmes contraints d'avoir recours à l'assistance médicale à la procréation puisque, outre les techniques strictement homologues, il avait autorisé un procédé connu et utilisé depuis longtemps, l'insémination avec don de sperme, qui ne risquaient pas donner naissance à des rapports familiaux atypiques. Elle ajouta que ces techniques n'étaient pas réservées aux couples mariés, mais également accessibles aux personnes vivant maritalement. En revanche, elle jugea que les intérêts des individus pour lesquels les procédés homologues de procréation artificielle étaient inopérants ne se conciliaient pas avec ceux de la société.

22. Elle estima en outre que l'interdiction des procédés de procréation artificielle hétérologues au profit des seules techniques homologues était compatible avec la prohibition de la discrimination découlant du principe d'égalité. Pour se prononcer ainsi, elle considéra que la distinction opérée par le législateur se justifiait par le fait que les méthodes homologues ne présentaient pas les inconvénients – signalés ci-dessus – des méthodes hétérologues, raison pour laquelle le législateur n'était pas tenu de les soumettre à un régime strictement identique. Elle estima par ailleurs que le fait que l'insémination avec don de sperme fût permise alors que le don d'ovocytes ne l'était pas ne posait aucun problème de discrimination puisque, contrairement à l'insémination hétérologue, l'insémination homologue ne risquait pas de déboucher sur des liens atypiques potentiellement nuisibles au bien-être des enfants à naître.

23. Ayant conclu que les dispositions critiquées de la loi sur la procréation artificielle étaient conformes à l'article 8 de la Convention et au principe d'égalité consacré par la Constitution fédérale, elle en déduisit qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 12 de la Convention.

24. L'arrêt de la Cour constitutionnelle fut notifié à l'avocat des intéressées le 8 novembre 1999.

II. TEXTES PERTINENTS EN DEHORS DE LA CONVENTION

A. Le droit interne : la loi sur la procréation artificielle

25. La loi sur la procréation artificielle (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, Journal officiel fédéral n° 275/1992) régit l'utilisation des techniques médicales permettant la procréation en dehors du processus naturel (article 1 § 1).

26. Les techniques en question consistent en i) l'introduction de spermatozoïdes dans les organes reproducteurs d'une femme, ii) la fécondation *ex utero* d'un ovule par des spermatozoïdes, iii) l'introduction de cellules viables dans l'utérus ou dans la trompe utérine d'une femme, et iv) l'introduction d'ovocytes ou d'ovocytes et de spermatozoïdes dans l'utérus ou la trompe utérine d'une femme (article 1 § 2).

27. Le recours à l'assistance médicale à la procréation n'est ouvert qu'aux couples mariés ou vivant maritalement, et seulement dans le cas où tous les autres traitements possibles et raisonnables visant à provoquer une grossesse naturelle ont échoué ou n'ont aucune chance raisonnable de succès (article 2).

28. En vertu de l'article 3 § 1, seuls les gamètes de conjoints mariés ou vivant maritalement (*Lebensgefährten*) peuvent être utilisés à leur profit dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. A titre exceptionnel, le don de sperme peut être autorisé en vue d'une insémination artificielle, technique consistant à introduire des spermatozoïdes dans les organes reproducteurs d'une femme (article 3 § 2). Le don de sperme est interdit dans tous les autres cas, notamment à des fins de fécondation *in vitro*.

29. L'article 3 § 3 dispose que les ovules ou les cellules viables issus d'une femme ne peuvent être utilisés qu'à son profit. Cette disposition a pour effet d'interdire le don d'ovules en toutes circonstances.

30. Les autres dispositions de la loi sur la procréation artificielle énoncent notamment que les activités d'assistance médicale à la procréation ne peuvent être réalisées que par des médecins spécialisés, dans des hôpitaux ou cliniques spécialement équipés (article 4), avec le consentement exprès et écrit des couples mariés ou vivant maritalement qui s'y soumettent (article 8).

31. En 1999, la loi sur la procréation artificielle a été complétée par la loi fédérale portant création d'un fonds pour les traitements de fécondation *in vitro* (*Bundesgesetz mit dem ein Fonds zur Finanzierung der In-vitro-Fertilisation eingerichtet wird* – Journal officiel fédéral partie I n° 180/1999) destiné à financer les traitements de fécondation *in vitro* autorisés par la loi sur la procréation artificielle.

B. La situation dans d'autres pays

32. D'après les documents à la disposition de la Cour, dont un rapport intitulé « Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain – étude comparative sur la situation dans 39 pays » (Conseil de l'Europe, 1998), et les réponses des Etats membres du Conseil de l'Europe au « Questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée » préparé par le Comité directeur pour la bioéthique (Conseil de l'Europe, 2005), la pratique de la fécondation *in vitro* est encadrée par des lois ou des règlements en Allemagne, en Autriche, en Azerbaïdjan, en Bulgarie, en Croatie, au Danemark, en Espagne, en Estonie, en Fédération de Russie, en France, en Géorgie, en Grèce, en Hongrie, en Islande, en Italie, en Lettonie, en Norvège, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Slovénie, en Suède, en Suisse, en Turquie et en Ukraine. En Belgique, en Finlande, en Irlande, à Malte, en Lituanie, en Pologne, en République tchèque, en Serbie et en Slovaquie, ce traitement est régi par la pratique clinique, par des directives professionnelles, par des décrets royaux ou administratifs ou par des principes constitutionnels généraux.

33. L'étude en question traite notamment de la manière dont la législation des pays concernés régit les sept techniques de procréation artificielle que sont l'insémination artificielle intra-conjugale, la fécondation *in vitro* intra-conjugale, l'insémination artificielle avec donneur, le don d'ovules, le don d'ovules et de sperme, le don d'embryons et l'injection intra-ovocytaire de spermatozoïdes (technique de fécondation *in vitro* par injection directe d'un spermatozoïde dans un ovule).

34. Il en ressort que le don de sperme est actuellement prohibé dans trois pays seulement – en Italie, en Lituanie et en Turquie –, où sont interdites toutes les méthodes hétérologues de procréation assistée. En général, la réglementation des pays où le don de sperme est permis ne fait pas de distinction selon qu'il est recueilli à des fins d'insémination artificielle ou de fécondation *in vitro*. Le don d'ovules est interdit en Allemagne, en Croatie, en Norvège et en Suisse ainsi que dans les trois pays susmentionnés. La position de l'Allemagne, qui consiste en pratique à n'autoriser le don de sperme que pour la fécondation *in vivo*, est très similaire à celle de l'Autriche.

35. Le don de gamètes est pratiqué dans un certain nombre de pays tels que Chypre, le Luxembourg, Malte, la Finlande, la Pologne, le Portugal et la Roumanie, où il n'existe pas de réglementation en la matière.

36. Lorsque l'on compare l'étude menée par le Conseil de l'Europe en 1998 et celle réalisée par la Fédération internationale des sociétés de fertilité en 2007, l'on s'aperçoit que la législation évolue rapidement dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation. Auparavant interdit au Danemark, en France et en Suède, le don de gamètes y est désormais autorisé en vertu des nouvelles dispositions que ces pays ont adoptées en 2006, 2004 et 2006 respectivement. En Norvège, le don d'ovules demeure prohibé mais le don de sperme en vue d'une fécondation *in vitro* est permis depuis 2003.

C. Les instruments du Conseil de l'Europe

37. Le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe, prédécesseur de l'actuel Comité directeur pour la bioéthique (CAHBI, 1989), a adopté une série de principes dont le onzième comporte la disposition suivante :

« 1. En principe, la fécondation *in vitro* doit être effectuée avec les gamètes du couple. La même règle s'appliquera à toute autre méthode impliquant des ovules *in vitro* ou des embryons *in vitro*. Toutefois, dans des cas exceptionnels à définir par les Etats membres, l'utilisation des gamètes de donneurs peut être autorisée. »

38. La Convention de 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine n'aborde pas la question du don de gamètes, mais interdit l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée à des fins de sélection du sexe d'un enfant. Son article 14 se lit ainsi :

« 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. »

39. Le Protocole additionnel à la Convention susmentionnée adopté en 2002, qui porte sur la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine et vise à promouvoir le don d'organes, exclut expressément de son champ d'application les organes et tissus reproductifs.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

40. Les requérants allèguent que l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle, qui interdit l'emploi des techniques hétérologues de procréation artificielle en vue d'une fécondation *in vitro*, porte atteinte à leurs droits au titre de l'article 14 combiné avec l'article 8.

41. Les passages pertinents des articles 14 et 8 sont ainsi libellés :

Article 14 – Interdiction de discrimination

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

Article 8 – Droit au respect de la vie privée et familiale

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

A. Thèses des parties

1. Thèse des requérants

42. Les intéressés soutiennent que l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce. Dès lors, l'article 14 serait également applicable. Le droit de fonder une famille et le droit à la procréation revêtiraient une telle importance que les Etats contractants ne bénéficieraient d'aucune marge d'appréciation pour régler ces questions. La décision d'un couple de recourir à l'assistance médicale à la procréation concernerait son intimité la plus profonde, raison pour laquelle le législateur devrait faire preuve d'une retenue particulière pour légiférer dans ce domaine.

43. Pour justifier les dispositions critiquées, le Gouvernement n'aurait avancé que des arguments défavorables à la procréation artificielle en tant que telle, qui ne répondraient pas à la question de savoir pourquoi certaines techniques de procréation devaient être autorisées et d'autres prohibées. Les risques d'exploitation des donneuses d'ovocytes invoqués par le Gouvernement seraient dépourvus de pertinence en l'espèce, car il suffirait d'interdire la rémunération du don de gamètes pour prévenir de tels abus, interdiction déjà prévue par la législation autrichienne.

44. Le dispositif institué par loi sur la procréation artificielle, qui n'interdit pas de manière générale et absolue l'utilisation des techniques hétérologues de procréation médicalement assistée mais prévoit des exceptions permettant le don de sperme dans des cas bien précis serait incohérent et illogique. Les explications avancées par le Gouvernement pour justifier les distinctions ainsi opérées par le législateur ne seraient pas convaincantes. Par ailleurs, les raisons pour lesquelles le législateur a autorisé l'insémination artificielle avec don de sperme tout en prohibant catégoriquement le don d'ovocytes seraient obscures. La distinction établie par la loi selon que le don de sperme est destiné à une insémination ou à une fécondation *in vitro* serait particulièrement incompréhensible. La législation critiquée opérerait donc une discrimination prohibée par l'article 14.

2. Thèse du Gouvernement

45. Le Gouvernement observe que l'article 14 complète les autres dispositions normatives de la Convention ou de ses Protocoles. Constatant que l'applicabilité de l'article 8 de la Convention ne prête pas à controverse, et renvoyant à cet égard aux conclusions de la Cour constitutionnelle autrichienne, il conclut que l'article 14, combiné avec la disposition en question, trouve également à s'appliquer.

46. Il relève en outre que, selon la jurisprudence de la Cour, une différence de traitement est discriminatoire au sens de l'article 14 lorsqu'elle n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée, c'est-à-dire lorsqu'elle ne poursuit pas un « but légitime » ou qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Faisant toutefois valoir que les Etats contractants jouissent d'une certaine latitude pour apprécier si et dans quelle mesure des différences entre des situations par ailleurs analogues justifient des traitements différents en droit, il soutient que l'interdiction de la fécondation *in vitro* avec don de gamètes est objectivement et raisonnablement justifiée. Selon lui, cette interdiction poursuit les buts légitimes que constituent la protection de la santé et du bien-être des femmes et des enfants concernés, ainsi que la sauvegarde des valeurs éthiques et morales fondamentales de la société. En outre, elle serait proportionnée aux buts en question.

47. A supposer même que le droit au respect de la vie privée englobe celui de procréer, les Etats n'en seraient pas pour autant tenus d'autoriser aveuglément l'utilisation de toutes les méthodes de conception techniquement réalisables, et encore moins de les mettre à la disposition des personnes concernées. La marge d'appréciation reconnue aux Etats devrait leur permettre de décider seuls de l'équilibre à ménager entre les intérêts antagonistes eu égard aux impératifs sociaux et culturels propres à leur pays ainsi qu'à leurs traditions. Le législateur autrichien serait parvenu à un équilibre respectueux de tous les intérêts en jeu en autorisant l'assistance médicale à la procréation tout l'encadrant dans les situations où l'état de la science médicale et de la société ne permet pas encore la reconnaissance juridique de la fécondation *in vitro* avec don de gamètes, technique dont les requérants souhaitent bénéficier. Il aurait élaboré la loi sur la procréation artificielle dans l'intention de prévenir les effets pervers et les errements auxquels pourraient conduire les progrès de la médecine reproductive et de s'assurer qu'elle ne soit utilisée qu'à des fins thérapeutiques – et non dans d'autres buts tels que la « sélection » des enfants à naître – car il ne pouvait ni ne devait ignorer l'inquiétude que suscitent le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne dans des pans entiers de la société.

48. Le législateur aurait longuement réfléchi avant d'apporter une réponse satisfaisante à une question controversée en tenant compte de la dignité humaine, du bien-être des enfants et du droit à la procréation. Les vastes possibilités de sélection des gamètes offertes par la fécondation *in vitro* pourraient déboucher sur des pratiques eugéniques (*Zuchtauswahl*). Cette technique soulèverait de graves questions concernant la santé des enfants ainsi conçus et sur les valeurs éthiques et morales de la société.

49. Au cours de leurs débats, les parlementaires auraient relevé que le don d'ovocytes pouvait conduire à des résultats fâcheux tels que l'exploitation et l'humiliation des femmes, en particulier celles issues de milieux socialement défavorisés désireuses de recourir à une fécondation *in vitro* pour concevoir un enfant, qui pourraient se voir contraintes de céder leurs ovules faute de ressources suffisantes pour pouvoir bénéficier elles-mêmes de cette technique.

50. La fécondation *in vitro* poserait également problème en ce qu'elle aboutirait à la création de relations familiales atypiques, qui se caractériseraient par une discordance entre la réalité sociale et la réalité biologique découlant de la dissociation de la filiation maternelle en une composante génétique, une composante « gestationnelle » et peut-être aussi une composante sociale. Par ailleurs, les enfants auraient un intérêt légitime à savoir de qui ils sont réellement issus. Or la procréation artificielle avec don de gamètes les en empêcherait dans la plupart des cas, car cette information ne figurerait pas dans les registres des naissances, des mariages et des décès, et ferait échec aux garanties légales prévues par le régime de l'adoption. En revanche, l'autorisation de l'insémination artificielle se

justifierait en ce que les autorités ne pourraient contrôler efficacement son interdiction car cette technique serait beaucoup plus facile à utiliser que les autres méthodes d'assistance médicale à la procréation – ce que le rapport explicatif du projet de loi sur la procréation artificielle aurait souligné – et serait pratiquée depuis longtemps. L'interdiction de ce procédé relativement simple aurait donc été totalement vaine et n'aurait pas été utile à la réalisation des buts poursuivis par la loi.

51. En conclusion, l'interdiction de la fécondation *in vitro* avec don de gamètes aurait une justification objective et raisonnable. Elle poursuivrait les buts légitimes que constituent la protection de la santé et du bien-être des femmes et des enfants concernés ainsi que la sauvegarde des valeurs éthiques et morales fondamentales de la société. En outre, elle serait proportionnée aux buts poursuivis. En conséquence, les requérants n'auraient pas subi de discrimination.

B. Observations présentées par le gouvernement allemand à titre de partie intervenante

52. Le gouvernement allemand signale que l'article 1 § 1 de la loi allemande sur la protection des embryons (*Embryonenschutzgesetz*) érige en délit le fait d'implanter dans le corps d'une femme un ovule qui ne provient pas d'elle.

53. Cette disposition protégerait le bien-être de l'enfant en conférant un caractère certain à l'identité de la mère. Du point de vue biologique, seules les femmes seraient capables de mettre un enfant au monde. Accepter la dissociation de la filiation maternelle en une composante génétique et une composante biologique reviendrait à reconnaître que deux femmes peuvent prendre part à la conception d'un enfant, situation inconnue dans la nature et inédite dans l'histoire de l'humanité. Du point de vue juridique, historique et culturel, le principe selon lequel la filiation maternelle ne peut être mise en doute constituerait un principe fondateur de la société, raison à elle suffisante pour le rendre intangible aux yeux du législateur allemand. En outre, la relation des enfants avec leur mère serait un élément important pour la formation de leur personnalité. Les enfants auraient d'extrêmes difficultés à admettre que deux femmes ont pris part à leur conception du point de vue biologique. La dissociation de la filiation maternelle jetterait le doute sur l'identité de la mère, mettrait en péril le développement de la personnalité des enfants et entraverait gravement la construction de leur identité. Elle serait donc contraire à leur bien-être.

54. Elle comporterait un autre risque, celui de voir une mère biologique au fait de la réalité génétique imputer à la femme dont elle a reçu les ovules les maladies ou les handicaps pouvant affecter son enfant et avoir à l'égard de celui-ci une réaction de rejet. L'enfant pourrait pâtir d'un conflit d'intérêts entre la mère génétique et la mère biologique. Par ailleurs, le

prélèvement d'ovules serait une procédure complexe et contraignante, éprouvante sur le plan tant physique que psychique pour la donneuse, et risquée du point de vue médical. Un autre conflit de nature à créer des tensions dans les relations de la mère receveuse et de la mère génétique avec l'enfant pourrait survenir dans le cas où cette dernière ne parviendrait pas elle-même à concevoir un enfant par fécondation *in vitro*.

55. Au vu de ce qui précède, la dissociation de la maternité représenterait une grave menace pour le bien-être des enfants, raison pour laquelle les interdictions posées par la loi sur la protection des embryons seraient justifiées.

C. Appréciation de la Cour

1. Sur l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8

56. Concédant que l'article 8 trouve ici à s'appliquer, le Gouvernement ne conteste pas l'applicabilité de l'article 14 de la Convention en l'espèce. A cet égard, il renvoie à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 14 octobre 1999, d'où il ressort que la décision d'un couple marié ou vivant maritalement de concevoir un enfant et d'avoir recours à l'assistance médicale à la procréation à cette fin relève du champ d'application de la première de ces dispositions.

57. Les requérants souscrivent à l'opinion du Gouvernement en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

58. La Cour rappelle 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, pour l'individu, de nouer et développer des relations avec ses semblables (voir *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A n° 251-B), le droit au « développement personnel » (voir *Bensaïd c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I), ou encore le droit à l'autodétermination (voir *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III). Des facteurs tels que le nom (voir *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, § 24, série A n° 280-B), l'identification, l'orientation et la vie sexuelles relèvent également de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (voir, par exemple, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 41, série A n° 45 ; et *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I), de même que le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (voir *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 71, CEDH 2007-IV).

59. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Dickson c. Royaume-Uni*, où était en cause le refus d'autoriser les requérants – un détenu et son épouse – à bénéficier d'une insémination artificielle, la Cour a conclu à l'applicabilité de l'article 8 au motif que la technique de procréation en question

concernait leur vie privée et familiale, notions incluant le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques (*Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 66, CEDH 2007-XIII avec les références qui s'y trouvent citées).

60. Au vu de ce qui précède, la Cour considère que le droit des couples à procréer en faisant appel à la procréation médicalement assistée entre dans le champ d'application de l'article 8, pareil choix s'analysant manifestement en une forme d'exercice du droit à la vie privée et familiale. En conséquence, cette disposition trouve à s'appliquer en l'espèce.

61. En ce qui concerne l'article 14 invoqué par les requérants, la Cour rappelle que cette disposition ne fait que compléter les autres clauses normatives de la Convention ou de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la « jouissance des droits et libertés » que ces clauses garantissent (voir, parmi beaucoup d'autres, *Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 85, CEDH 2003-VIII). Son application ne présuppose pas nécessairement la violation d'un des droits matériels garantis par la Convention. Il faut, mais il suffit, que les faits de la cause tombent « sous l'empire » de l'un au moins des articles de la Convention (*Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, *Recueil* 1998-II ; et *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 58, CEDH 2008-...).

62. Les intéressés se prétendent victimes d'une différence de traitement non objectivement et raisonnablement justifiée au sens de l'article 14 de la Convention. En conséquence, cette disposition trouve à s'appliquer en combinaison avec l'article 8.

2. Sur l'observation de l'article 14 combiné avec l'article 8

63. Les requérants estiment que leur situation est comparable ou analogue à celle d'autres couples qui souhaitent eux aussi bénéficier d'une assistance médicale à la procréation, mais dont l'état de santé les dispense de recourir à un don de gamètes en vue d'une fécondation *in vitro*. Dans ces conditions, ils se considèrent victimes d'une différence de traitement. La Cour se penchera sur le but visé par la différence de traitement critiquée, recherchera si celui-ci revêt un caractère légitime et, le cas échéant, se prononcera sur la question de savoir si la distinction litigieuse est justifiée.

64. La Cour rappelle qu'une distinction est discriminatoire au regard de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir, entre autres, *Petrovic*, précité, § 30 ; et *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, § 29, CEDH 1999-IX). A cet égard, la Cour observe que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir, entre autres, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 53, série A n° 112).

65. Elle rappelle en outre que les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (voir *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, § 39, *Recueil* 1997-I). L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (*Petrovic*, précité, § 38).

66. Les requérants avancent que, compte tenu de l'importance particulière que revêtent le droit de fonder une famille et le droit de procréer, les Etats contractants ne disposent d'aucune latitude pour légiférer en la matière.

67. Pour sa part, le Gouvernement estime que le législateur autrichien jouit d'une latitude considérable pour donner un cadre juridique à la procréation artificielle et choisir d'autoriser ou d'interdire telle ou telle technique. Selon lui, il s'agit là d'un élément décisif pour l'appréciation à porter sur la légitimité du but poursuivi par une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations à d'autres égards analogues.

68. La Cour observe qu'il n'existe pas d'approche uniforme de la procréation médicalement assistée au sein des Etats parties à la Convention (voir le rapport intitulé « Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain – étude comparative sur la situation dans 39 pays », Conseil de l'Europe, juin 1998, CDBI/INF (98) 8). Certains d'entre eux ont adopté des règles précises en la matière. D'autres pays n'ont réglementé que certains de ses aspects et plusieurs Etats n'ont rien prévu à ce sujet. Ceux qui se sont dotés d'une réglementation présentent de grandes différences quant aux méthodes qu'ils autorisent et celles qu'ils interdisent. Pour autant que l'on puisse en juger, le régime choisi par l'Autriche est identique à celui institué par le droit allemand. Le don de sperme est interdit en Italie, en Lituanie et en Turquie. Le don d'ovules est prohibé en Allemagne, en Croatie, en Italie, en Lituanie, en Suisse et en Turquie.

69. Dès lors que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation (voir *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 44, *Recueil* 1997-II). La grande latitude dont celui-ci 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 (voir *Evans*, précité, § 82). Toutefois, les divergences existant entre les politiques menées par les Etats contractants ne sauraient à elles seules légitimer toutes les solutions législatives possibles. Elles ne dispensent pas la Cour d'examiner attentivement les questions qui ont été débattues dans le cadre de la

procédure législative et de rechercher si les explications fournies par le Gouvernement pour justifier la différence de traitement critiquée sont pertinentes et suffisantes. A cet égard, la Cour estime que la situation du couple formé par les premier et deuxième requérants et celle des troisième et quatrième requérants doivent être étudiées séparément.

a) Les troisième et quatrième requérants (don d'ovules)

70. M^{me} H. E.-G. n'ayant aucune activité ovulatoire, elle est totalement stérile. En revanche, son mari – le quatrième requérant – est apte à procréer. Il est constant que, du point de vue médical, les intéressés se trouvent dans une situation où la fécondation *in vitro* avec don d'ovules est la seule technique qui leur permettrait de réaliser leur souhait d'avoir un enfant dont l'un d'entre eux au moins serait le parent génétique. Toutefois, ils ne peuvent en bénéficier en raison de l'interdiction l'utilisation des techniques hétérologues de procréation assistée à des fins de fécondation *in vitro* contenue dans l'article 3 § 1 de la loi sur la procréation artificielle, disposition qui proscriit le don de gamètes et ne souffre aucune exception.

71. Selon la jurisprudence de la Cour, une question ne peut se poser au regard de l'article 14 que lorsqu'il existe une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations comparables (*D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 175, CEDH 2007-...). Pareille différence de traitement est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01, §§ 51-52, CEDH 2006-VI ; *Burden*, précité, § 60).

72. Dans ces conditions, la Cour doit rechercher si la différence de traitement opérée entre le couple formé par les troisième et quatrième requérants et un couple qui devrait avoir recours à des techniques de procréation artificielles ne faisant pas appel au don d'ovules pour réaliser son désir d'enfant a une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

73. Selon le Gouvernement, la décision du législateur autrichien d'interdire le don d'ovules à des fins de fécondation *in vitro* poursuit un but légitime et est proportionnée au but en question. Le législateur aurait ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en cause. Il aurait été contraint d'apporter un certain nombre de restrictions à l'utilisation des moyens offerts par les techniques d'assistance médicale à la procréation pour tenir compte du caractère délicat – sur le plan moral et éthique – des questions qu'elles soulèvent ainsi que de l'inquiétude que

suscitent le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne dans des pans entiers de la société.

74. La Cour estime que des considérations d'ordre moral ou tenant à l'acceptabilité sociale des techniques en question ne sauraient justifier à elles seules l'interdiction totale de telle ou telle méthode de procréation assistée, en l'occurrence le don d'ovules. Pareilles considérations peuvent revêtir une grande importance lorsque l'on se pose la question de savoir s'il convient ou non d'autoriser l'assistance médicale à la procréation de manière générale, et il y a lieu de souligner que les Etats ne sont nullement tenus de légiférer en matière de procréation artificielle ni de consentir à son utilisation. Cela étant, dès lors qu'un Etat décide de l'autoriser, il doit se doter, nonobstant l'ample marge d'appréciation dont les Parties contractantes bénéficient dans ce domaine, d'un régime juridique cohérent permettant une prise en compte suffisante des divers intérêts légitimes en jeu et respectueux des obligations découlant de la Convention.

75. Le Gouvernement soutient en outre que les nouvelles techniques médicales de procréation assistée – au nombre desquelles figure la fécondation *in vitro* – pourraient être utilisées non seulement à des fins thérapeutiques, mais aussi dans d'autres buts, notamment la « sélection » des enfants à naître. Par ailleurs, il avance que le don d'ovules risquerait de conduire à l'exploitation et à l'humiliation des femmes, en particulier celles issues de milieux socialement défavorisés désireuses de se soumettre à une fécondation *in vitro* pour concevoir un enfant, qui pourraient se voir contraintes de céder leurs ovules faute de ressources suffisantes pour pouvoir bénéficier de cette technique.

76. La Cour considère que, dans un domaine aussi délicat que celui de la procréation médicalement assistée, les risques liés aux progrès technologiques doivent être pris au sérieux, et qu'il incombe au premier chef au législateur interne de les apprécier après avoir soigneusement soupesé les différents intérêts publics et privés en jeu ainsi que les dangers encourus. Cela étant, l'interdiction totale de la technique médicale dont il est ici question ne peut revêtir un caractère proportionné que s'il apparaît, après un examen attentif, qu'elle constitue le seul moyen efficace d'éviter de graves inconvénients. En l'espèce, la Cour n'est pas convaincue que l'interdiction totale était la seule solution dont disposait le législateur autrichien. Observant que la loi sur la procréation artificielle réserve l'exercice de cette pratique aux médecins spécialistes dotés de compétences et d'une expérience particulières dans ce domaine, soumis aux règles déontologiques de leur profession, et qu'elle prévoit d'autres garanties propres à minimiser les risques encourus, la Cour juge que l'interdiction du don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro* ne peut être considérée comme le moyen unique ou le moins rigoureux susceptible de conduire à la réalisation de l'objectif poursuivi.

77. La Cour estime que les objections formulées par le Gouvernement au sujet du risque d'exploitation auquel les procédés interdits exposeraient les femmes et les abus qu'ils pourraient entraîner ne concernent pas exclusivement les techniques de procréation litigieuses et qu'elles pourraient être opposées à la procréation assistée en général. Par ailleurs, les risques d'abus – qu'il convient assurément de combattre – ne constituent pas une raison suffisante pour interdire totalement telle ou telle technique de procréation dès lors que son utilisation peut être encadrée par des règles précises et que des garanties peuvent être instaurées pour empêcher qu'ils ne se réalisent. A cet égard, la Cour observe que le droit autrichien interdit la rémunération du don de gamètes.

78. Lors de l'audience, le Gouvernement a aussi indiqué que le prélèvement d'ovules en vue d'un don est une intervention médicale risquée, grave et lourde de conséquences pour les femmes qui la subissent. Tout en se félicitant des efforts déployés par le législateur autrichien pour éviter des risques sanitaires inutiles, la Cour relève que les femmes dont les ovules sont prélevés en vue d'une fécondation *in vitro* homologue s'exposent aux mêmes risques et que ce type d'opération est pourtant autorisé par la loi sur la procréation assistée. Pour autant que cet argument soit lié aux préoccupations exprimées par le Gouvernement quant aux abus et aux pratiques commerciales que le don d'ovules pourrait susciter, la Cour considère que les considérations exposées ci-dessus trouvent également à s'appliquer.

79. Le Gouvernement avance également que la fécondation *in vitro* conduirait à la création de relations familiales atypiques découlant de la dissociation de la filiation maternelle en une composante génétique, une composante « gestationnelle » et peut-être aussi une composante sociale.

80. La Cour observe qu'il ressort de l'arrêt rendu le 14 octobre 1999 par la Cour constitutionnelle que la loi autrichienne repose sur l'idée selon laquelle la procréation médicalement assistée et la conception naturelle doivent obéir à des règles analogues, et que le législateur a notamment voulu maintenir le principe fondamental de droit civil contenu dans l'adage « *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant* » en faisant en sorte que deux femmes ne puissent se disputer la maternité biologique d'un même enfant, dans le but d'éviter de possibles conflits entre la filiation biologique et la filiation génétique au sens large.

81. L'objectif poursuivi par le législateur autrichien, qui consiste à préserver la sécurité juridique du droit de la famille en maintenant un principe traditionnel qui en constitue l'un des piliers, n'est certes pas dénué de valeur. Cela étant, les relations familiales atypiques – au sens large – ne sont pas inconnues des ordres juridiques des Etats contractants. De telles relations, qui ne s'inscrivent pas dans le cadre classique des rapports parent-enfant reposant sur un lien biologique direct, n'ont rien de nouveau. Elles existent depuis l'institution de l'adoption, qui crée un rapport familial fondé

non sur les liens du sang mais sur un engagement et qui se juxtapose ou se substitue aux relations découlant de la filiation parentale. Cet état de choses étant bien connu, la Cour n'aperçoit aucun obstacle insurmontable à l'intégration des rapports familiaux découlant des techniques de procréation artificielle litigieuses dans le régime général du droit de la famille et les branches du droit connexes.

82. Le Gouvernement soutient enfin, pour justifier l'interdiction du don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro*, que les enfants ont un intérêt légitime à savoir qui sont leurs vrais parents, et que cette information – qui ne figure pas dans les registres des naissances, des mariages et des décès – leur serait presque toujours inaccessible si cette technique était autorisée.

83. Cet argument ne convainc pas davantage la Cour. A cet égard, elle rappelle que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (voir, par exemple, *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, §§ 53-54, CEDH 2002-I ; et *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, §§ 36-37, 39, série A n° 160). Le droit d'obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs (voir *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00, § 25, CEDH 2006-X, et *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, § 29, CEDH 2003-III), en fait partie.

84. Toutefois, ce droit ne revêt pas un caractère absolu. Dans l'affaire *Odièvre*, précitée, où était en cause la pratique de l'accouchement sous X et l'impossibilité, pour la requérante, d'obtenir des informations sur ses parents biologiques, la Cour a jugé suffisant l'équilibre ménagé par le législateur français entre les intérêts publics et privés en jeu, ce qui l'a conduite à conclure à la non-violation de l'article 8 de la Convention (voir l'arrêt *Odièvre*, précité, § 49). Elle estime que le législateur autrichien aurait pu lui aussi parvenir à une solution appropriée instaurant un juste équilibre entre l'intérêt des donneurs de gamètes à préserver leur anonymat et le droit légitime des enfants conçus par procréation assistée hétérologue à l'information.

85. En conclusion, la Cour considère que le Gouvernement n'a pas justifié de manière raisonnable et objective la différence de traitement opérée entre le couple composé des troisième et quatrième requérants – dont le désir d'enfant est irréalisable en raison de l'interdiction du don d'ovules à des fins de procréation assistée posée par l'article 3 de la loi sur la procréation assistée – et un couple qui pourrait bénéficier d'une assistance médicale à la procréation ne faisant pas appel au don d'ovules. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans le chef des troisième et quatrième requérants.

b) Les premier et deuxième requérants (don de sperme)

86. S.H. est atteinte de stérilité tubaire. Son mari, le deuxième requérant, est lui aussi stérile. Il est constant que, du point de vue médical, les intéressés se trouvent dans une situation où la fécondation *in vitro* avec don de sperme est la seule technique qui leur permettrait de réaliser leur souhait d'avoir un enfant dont l'un d'entre eux au moins serait le parent génétique.

87. Toutefois, ils ne peuvent en bénéficier en raison de l'interdiction de l'utilisation des techniques hétérologue de procréation assistée à des fins de fécondation *in vitro* posée par l'article 3 § 1 de la loi sur la procréation artificielle, disposition qui proscriit le don de sperme pour cette opération. Cependant, l'article 3 § 2 de ladite loi autorise le don de sperme à des fins de fécondation *in vivo*.

88. Dans ces conditions, la Cour doit rechercher si la différence de traitement opérée entre les intéressés – pour lesquels la fécondation *in vitro* avec don de sperme constitue le seul moyen de satisfaire leur désir d'enfant – et un couple que la loi autoriserait à recourir à un don de sperme à des fins de fécondation *in vivo* a une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

89. La Cour relève d'emblée que le traitement dont les intéressés souhaitent bénéficier combine deux techniques – à savoir la fécondation *in vitro* homologue et le don de sperme – qui, employées séparément, sont autorisées par la loi sur la procréation artificielle. Elle estime que le Gouvernement aurait dû fournir des explications particulièrement convaincantes pour justifier l'interdiction de l'utilisation combinée de deux techniques autorisées par la loi.

90. Or elle observe que les diverses objections soulevées par le Gouvernement pour justifier la prohibition du don d'ovules ne sont guère pertinentes en ce qui concerne l'interdiction dont il est ici question. Certaines d'entre elles sont fondées sur des considérations défavorables au principe même de l'assistance médicale à la procréation, alors pourtant qu'elle n'est pas totalement interdite par le droit autrichien. D'autres sont purement et simplement inopérantes, notamment celles qui ont trait à la prévention de l'exploitation des femmes vulnérables et des risques sanitaires encourus par les femmes donneuses d'ovules, ou au rejet des relations familiales atypiques découlant de la dissociation de la maternité. Les arguments liés au risque d'eugénisme ou à l'intérêt légitime des enfants conçus par don de gamètes à connaître leur véritable filiation sont utilisés par le Gouvernement pour expliquer l'interdiction du don de sperme, alors pourtant que cette pratique est autorisée à des fins de fécondation *in vivo*.

91. Pour justifier l'interdiction en question, le Gouvernement avance en outre que la distinction opérée entre la fécondation *in vitro* et l'insémination artificielle tient au fait que cette dernière technique se pratiquait depuis longtemps déjà lorsque la loi sur la procréation artificielle est entrée en

vigueur et que les autorités auraient eu du mal à contrôler l'interdiction d'un procédé si facile à mettre en œuvre qu'il ne requiert pas nécessairement l'intervention d'un spécialiste de la médecine reproductive.

92. La Cour rappelle que la Convention a pour but de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs » (voir, entre autres, *Folgerø et autres c. Norvège* [GC], n° 15472/02, § 100, CEDH 2007-VIII ; et *Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, § 51, 27 novembre 2008). Aussi la Cour doit-elle tenir compte de l'efficacité de telle ou telle ingérence pour déterminer s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par l'ingérence en question. En d'autres termes, la Cour estime légitime de rechercher également si l'ingérence reprochée à l'Etat constituait un moyen utile à la réalisation d'un but légitime.

93. Même si l'on devait souscrire à la thèse du Gouvernement selon laquelle l'ingérence se justifiait pour une simple raison d'efficacité, l'ingérence n'en devrait pas moins être mise en balance avec les intérêts des particuliers concernés. A cet égard, la Cour rappelle que lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est restreinte (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). Le désir d'enfant est l'un de ces aspects particulièrement importants et, dans les circonstances de l'espèce, l'emporte sur les considérations d'efficacité. En conséquence, l'interdiction litigieuse ne présentait pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

94. Dans ces conditions, la Cour estime que la différence de traitement opérée entre le couple composé des premier et deuxième requérants – qui ne peut satisfaire son désir d'enfant qu'au moyen d'une fécondation *in vitro* avec don de sperme – et un couple qui pourrait légalement bénéficier d'un don de sperme en vue d'une insémination artificielle n'a pas de justification objective et raisonnable. En outre, cette distinction est disproportionnée. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans le chef des intéressés.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

95. Les requérants allèguent que l'interdiction de l'emploi des techniques hétérologues de procréation à des fins de fécondation *in vitro* découlant de l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle emporte violation de leurs droits au titre de l'article 8 de la Convention.

96. Au vu des circonstances de la cause et des conclusions auxquelles la Cour est parvenue sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, aucune question distincte ne se pose sous l'angle de cette dernière disposition prise isolément.

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

97. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

98. Les couples requérants réclament chacun une indemnité de 20 000 euros (EUR) sans opérer de distinction entre le dommage matériel et le préjudice moral. Ils soutiennent que l'interdiction posée par la loi sur la procréation artificielle leur a causé un profond désarroi affectif. En outre, ils avancent qu'ils ont été contraints de se rendre dans des pays où les traitements requis étaient aisément accessibles pour pouvoir en bénéficier et qu'ils ont engagé des dépenses considérables à cette fin avant de se résigner à abandonner leur projet de concevoir un enfant et à recourir à l'adoption, décision éprouvante et douloureuse.

99. Pour autant qu'elle concerne l'indemnisation d'un préjudice moral, la demande des requérants n'appelle pas de commentaire de la part du Gouvernement, pour qui la souffrance des intéressés ne saurait se mesurer en termes monétaires. En ce qui concerne le dommage matériel dont les requérants se prétendent victimes, il n'y aurait pas de lien de causalité entre la violation constatée et les indemnités correspondant au coût des traitements reçus ainsi qu'aux dépenses exposées pour les besoins de la procédure d'adoption.

100. La Cour n'aperçoit pas de lien de causalité entre les violations constatées et les demandes d'indemnisation du dommage matériel. Dans ces conditions, elle ne peut accorder aucun montant à ce titre. En revanche, les intéressés ont sans nul doute subi un préjudice moral. Statuant en équité, la Cour accorde à chacun des couples requérants 10 000 EUR à ce titre.

B. Frais et dépens

101. Les requérants réclament chacun 15 000 EUR au titre des frais et dépens exposés devant les juridictions internes et pour les besoins de la procédure suivie devant la Cour.

102. Le Gouvernement juge excessif le montant sollicité. Selon ses propres calculs, une indemnité de 22 000 EUR (TVA comprise) au total suffirait à couvrir les frais de justice exposés par l'ensemble des requérants pour leur représentation devant les juridictions internes et la Cour.

103. La Cour relève que les intéressés n'ont fourni aucun document propre à justifier l'octroi d'une somme supérieure à celle que le Gouvernement s'est déclaré disposé à leur verser. En conséquence, elle leur accorde conjointement 18 333 EUR au titre des frais afférents à la procédure interne et à la rémunération des deux avocats qui les ont représentés devant elle.

C. Intérêts moratoires

104. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans le chef des troisième et quatrième requérants ;
2. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans le chef des premier et deuxième requérants ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de l'article 8 de la Convention ;
4. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser à chacun des couples requérants, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 10 000 EUR (dix mille euros) au titre du dommage moral, et 18 333 EUR (dix-huit mille trois cent trente-trois euros) aux intéressés pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

5. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 1^{er} avril 2010, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

André Wampach
Greffier adjoint

Christos Rozakis
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion dissidente de la juge Steiner ;
- opinion dissidente du juge Jebens.

C.L.R.

A.M.W.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DE LA JUGE STEINER

(Traduction)

Je souscris pleinement à la conclusion de la majorité de la Cour selon laquelle l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 a été violé en ce qui concerne les premier et deuxième requérants. En revanche, j'estime qu'il n'en va pas de même pour les troisième et quatrième requérants. A mes yeux, l'interdiction de l'utilisation des techniques hétérologues d'assistance médicale à la procréation à des fins de fécondation *in vitro* posée par l'article 3 § 1 de la loi sur la procréation assistée est compatible avec les dispositions en question.

La procréation assistée est un domaine qui connaît des évolutions rapides du point de vue scientifique et de l'encadrement juridique de ses applications médicales. Dans ces conditions, il est particulièrement difficile de répondre en connaissance de cause à la question de savoir si des dispositions légales dont les effets pourront mettre de nombreuses années à se faire sentir revêtent un caractère adéquat et approprié. Il n'est donc guère étonnant que les Etats croient devoir n'intervenir qu'avec une grande circonspection en la matière.

Le législateur autrichien n'a pas interdit totalement la procréation artificielle puisqu'il a autorisé l'emploi des techniques homologues. Il ressort de l'arrêt rendu le 14 octobre 1999 par la Cour constitutionnelle que la loi autrichienne repose sur l'idée selon laquelle la procréation médicalement assistée et la conception naturelle doivent obéir à des règles analogues, et que le législateur a notamment voulu maintenir le principe fondamental de droit civil contenu dans l'adage « *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant* » en faisant en sorte que deux femmes ne puissent se disputer la maternité biologique d'un même enfant, dans le but d'éviter de possibles conflits entre la filiation biologique et la filiation génétique au sens large. Il faut y voir une tentative de conciliation entre la revendication de l'accès à la procréation médicalement assistée et l'inquiétude que suscitent dans des pans entiers de la société le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne, laquelle soulève de délicates questions d'ordre moral et éthique.

En outre, le législateur a assorti la loi sur la procréation artificielle de garanties et de précautions particulières, notamment en réservant l'exercice de cette pratique aux médecins spécialistes dotés de compétences et d'une expérience particulières dans ce domaine, soumis aux règles déontologiques de leur profession, et en interdisant la rémunération du don de gamètes. Ces mesures visent à prévenir des risques potentiels de sélection eugénique ainsi qu'à empêcher des utilisations abusives de ces techniques et l'exploitation des femmes donneuses d'ovules en situation de vulnérabilité. Le législateur pourrait aussi élaborer et adopter d'autres mesures ou garanties visant à

réduire les risques liés au don d'ovules évoqués par le Gouvernement. Ce dernier s'est également déclaré préoccupé par les rapports atypiques caractérisés par une discordance entre la réalité sociale et la réalité biologique que ferait naître l'emploi des techniques interdites. Toutefois, les liens familiaux atypiques au sens large, qui ne s'inscrivent pas dans le schéma classique parent-enfant reposant sur un lien biologique direct, ne sont pas inconnus des ordres juridiques des Etats contractants. L'institution de l'adoption, que tous les Etats membres connaissent, a évolué au fil du temps pour aboutir à un régime juridique réglementant de manière satisfaisante les rapports qui en découlent. De la même manière, il aurait été possible au législateur d'apporter des solutions juridiques acceptables aux difficultés que suscite le don d'ovules. Toutefois, il convient de garder à l'esprit que la dissociation de la maternité entre une mère génétique et une mère porteuse crée des rapports très différents de ceux qui découlent de l'adoption et ajoute une nouvelle dimension à ce problème.

Le législateur autrichien aurait pu donner à la procréation artificielle un autre cadre juridique autorisant le don d'ovules, conformément aux vœux qui étaient les siens. A cet égard, l'arrêt signale qu'un certain nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe ont opté pour cette solution (paragraphe 33 ci-dessus). Toutefois, j'estime que la question essentielle n'est pas celle de savoir si le législateur aurait pu trouver une autre solution peut-être plus équilibrée, mais s'il a outrepassé la marge d'appréciation dont il jouissait sur le terrain de l'article 14 de la Convention en retenant la solution critiquée. Pour se prononcer sur cette question, il importe de relever, comme cela a été noté ci-dessus, que, s'il n'y a pas de consensus international sur le point de savoir jusqu'à quel moment le consentement à l'utilisation de matériel génétique peut être révoqué, l'Autriche n'est pas le seul Etat membre à interdire le don d'ovules à des fins de procréation artificielle.

A cet égard, je souhaiterais souligner que, au niveau européen, le seul instrument à traiter de la question du don d'ovules dans le cadre de la procréation assistée est la série de principes adoptés en 1989 par le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales, dont le onzième énonce que la fécondation *in vitro* doit en principe être effectuée avec les gamètes du couple (§ 37 ci-dessus). Ni la Convention de 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine ni son Protocole additionnel adopté en 2002 n'abordent cette question (§§ 38-39 ci-dessus). L'interdiction du don d'ovules posée par la loi sur la procréation artificielle est compatible avec le principe en question.

Il s'ensuit que le législateur autrichien n'a pas excédé sa marge d'appréciation au titre de l'article 14 de la Convention en adoptant la disposition précise et bien fondée contenue dans l'article 3 de la loi sur la

procréation artificielle, qui interdit sans exception le don d'ovules à des fins de procréation artificielle.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE JEBENS

(Traduction)

Contrairement à la majorité, j'estime que l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 n'a été violé à l'égard d'aucun des quatre requérants. Par ailleurs, je considère qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 pris isolément, et c'est sur ce point que porteront mes premières observations.

1. A mes yeux, la décision d'un couple marié ou vivant maritalement de procréer relève sans conteste du champ d'application de l'article 8, et le fait que ce vœu ne puisse être réalisé qu'au moyen d'une assistance médicale à la procréation ne change rien à cet état de choses. Toutefois, la procréation artificielle soulève des questions délicates, non parce qu'elle requiert une intervention médicale, mais parce qu'elle peut se heurter à des principes éthiques bien établis et produire des effets indésirables. Il en va ainsi en l'espèce, et c'est pour ces raisons que le législateur autrichien a décidé d'interdire l'utilisation de certaines techniques offertes par la médecine reproductive.

La réglementation de l'assistance médicale à la procréation instaurée par la loi autrichienne sur la procréation artificielle autorise l'utilisation de certaines techniques éprouvées mais interdit l'emploi de gamètes ne provenant pas de l'un des membres du couple demandeur à des fins de fécondation *in vitro*. Ces règles traduisent les objectifs poursuivis par la loi, qui vise d'une part à venir en aide aux couples mariés ou vivant maritalement inaptes à procréer par les voies naturelles, et, d'autre part, à empêcher l'apparition des effets indésirables que sont l'établissement de rapports familiaux atypiques, le développement de pratiques commerciales et eugéniques, et l'exploitation des femmes démunies. Pour élaborer la loi sur la procréation artificielle, le législateur a tenu compte de ces raisons d'ordre pratique, mais aussi du consensus qui se dégagait à l'époque au sein de la société autrichienne. L'interdiction du don de gamètes s'explique donc non seulement par le rejet de certaines possibilités offertes par la médecine reproductive moderne, mais aussi par l'inquiétude que suscite une question délicate du point de vue moral et éthique dans la population.

Il me semble évident que les considérations exposées ci-dessus rentrent dans les prévisions de l'article 8 § 2 de la Convention en ce qu'elles relèvent pour partie de la « protection de la santé ou de la morale », et pour partie de la « protection des droits et libertés d'autrui ». Pour répondre à la question de savoir si l'interdiction est proportionnée au but qu'elle vise, il importe de relever que cette mesure prive les requérants de leur seule possibilité d'avoir un enfant présentant avec eux un lien biologique. Cela étant, la mise en œuvre de mesures moins restrictives mais tout aussi efficaces ne paraissait pas réalisable en pratique. En outre, il convient de relever que la position de

l’Autriche est certes minoritaire en Europe, mais qu’il n’existe pas de consensus européen sur la question de la procréation artificielle avec tiers donneur. Au vu de ce qui précède et du caractère très délicat de la question qui se pose en l’espèce, j’estime que l’Etat aurait dû se voir accorder une ample marge d’appréciation (voir *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 77, CEDH 2007-IV). Le législateur autrichien ayant soigneusement soupesé les intérêts concurrents avant de parvenir à une solution raisonnable autorisant dans une large mesure l’assistance médicale à la procréation, il me semble que la Cour aurait dû s’abstenir d’intervenir en la matière.

2. Les requérants invoquaient également l’article 14 combiné avec l’article 8. Ayant conclu à l’applicabilité de l’article 8 pris isolément, je considère que j’estime que l’article 14 trouve également à s’appliquer en combinaison avec cette disposition.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu’une distinction est discriminatoire aux fins de l’article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable. Toutefois, pour qu’une question puisse se poser au regard de l’article 14, il faut qu’il existe une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations comparables (voir *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 175, CEDH 2007-...). Même lorsque tel est bien le cas, les Etats contractants jouissent d’une certaine marge d’appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure une différence de traitement est justifiée (*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01, §§ 51-52, CEDH 2006-VI ; *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008-...).

En l’espèce, j’observe que les quatre requérants n’ont pas été traités de la même manière que les couples pouvant bénéficier des techniques médicales autorisées par la loi sur la procréation artificielle, c’est-à-dire ceux qui sont fertiles et qui n’ont donc pas besoin d’un don de gamètes. La distinction opérée concerne des individus qui se trouvent dans une situation comparable en ce qu’ils doivent tous faire appel à la médecine pour pouvoir procréer, mais différente du point de vue des techniques médicales dont ils ont besoin. Pourtant, le fait que cette différence touche à la substance même de l’interdiction contenue dans la loi autrichienne importe davantage. Compte tenu de la marge d’appréciation accordée aux Etats et des motifs sur lesquels est fondée l’interdiction litigieuse, que j’estime acceptables, je considère pour ma part, et contrairement à la majorité, que la différence de traitement critiquée n’emporte pas violation de la Convention.

Les premier et deuxième requérant, qui souhaitent bénéficier d’un don de sperme pour réaliser leur désir d’enfant, prétendaient en outre que les dispositions légales interdisant l’utilisation de cette technique à des fins de fécondation *in vitro* mais l’autorisant pour les besoins d’une insémination artificielle opéraient une discrimination à leur égard. Les intéressés se trouvent dans une situation comparable à celle des couples éligibles à une insémination artificielle, les uns et les autres ayant besoin de recourir à un

don de sperme. La différence de traitement critiquée s'explique en partie par des considérations historiques fondées sur le fait que l'insémination artificielle est une technique utilisée depuis longtemps, et en partie par des raisons d'ordre pratique tenant à ce qu'elle est si facile à mettre en œuvre qu'il serait illusoire d'essayer d'en contrôler l'interdiction. M'en remettant derechef à la marge d'appréciation reconnue aux Etats, je considère que l'exception ménagée au profit de l'insémination artificielle ne procède pas d'une décision du législateur d'autoriser le don de sperme en tant que tel, mais de sa volonté de tenir compte de la réalité pour éviter d'édicter des dispositions inapplicables. Dans ces conditions, j'estime qu'il serait fâcheux que l'on doive restreindre les possibilités d'assistance médicale accessibles à certains couples sous prétexte de ne pas opérer de discrimination à l'égard d'autres couples.