

RTD Civ. 2012 p.697

Le droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs (CEDH, 28 août 2012, n° 54270/10, *Costa et Pavan c/ Italie*, D. 2012. 1963, et les obs.  ; AJ fam. 2012. 552, obs. A. Dionisi-Peyrusse )

Jean-Pierre Marguénaud, Professeur de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges (OMJ)

*
**

Décidément, les procréations médicalement assistées s'offrent bien souvent à la réflexion sinueuse de la Cour européenne des droits de l'Homme. Après l'insémination artificielle de l'épouse du détenu, qui a abouti à la consécration du droit au respect de la décision de devenir parent par l'arrêt de grande chambre *Dickson c/ Royaume-Uni* du 4 décembre 2007 (CEDH, 4 déc. 2007, n° 44362/04, AJDA 2008. 978, chron. J.-F. Flauss  ; D. 2008. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat  ; AJ pénal 2008. 47, obs. M. Herzog-Evans  ; RSC 2008. 140, obs. J.-P. Marguénaud et D. Roets  ; RTD civ. 2008. 272, obs. J. Hauser ) ; après le transfert d'embryons qui, dans l'affaire *Evans c/ Royaume-Uni*, a conduit à faire prévaloir le droit au respect de ne pas devenir parent (CEDH, 10 avr. 2007, n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni*, D. 2007. 1202, obs. C. Delaporte-Carré  ; *ibid.* 2008. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat  ; RDSS 2007. 810, note D. Roman  ; RTD civ. 2007. 295, obs. J.-P. Marguénaud  ; *ibid.* 545, obs. J. Hauser  et CEDH, 7 mars 2006, n° 6339/05, RDSS 2006. 573, obs. P. Hennion-Jacquet  ; RTD civ. 2006. 255, obs. J.-P. Marguénaud ) ; après l'assistance avec tiers donneur que l'arrêt de grande chambre *S.H. c/ Autriche* du 3 novembre 2011 (RTD. civ. 2012. 283 ) a refusé d'admettre, c'est le diagnostic préimplantatoire (DPI) qui a été soumis à sa sagacité dans une affaire *Costa et Pavan*.

En l'espèce, un couple romain avait appris qu'il était porteur sain de la mucoviscidose au moment de la naissance de leur fille qui était atteinte de cette pathologie. Quelques années plus tard, la femme étant une seconde fois enceinte, le couple fit effectuer un diagnostic prénatal qui fit apparaître que le fœtus était également atteint de la terrible maladie dont il était porteur. En conséquence, il fut décidé que M^{me} Costa subirait une interruption médicale de grossesse. Désireux d'avoir un second enfant auquel il ne transmettrait pas la mucoviscidose, mais soucieux d'éviter à la femme le risque d'un nouvel avortement angoissant et traumatisant, le couple Costa/Pavan souhaita alors recourir aux techniques de procréation médicalement assistée qui aurait pu permettre de provoquer une nouvelle grossesse seulement après avoir vérifié, grâce à un diagnostic préimplantatoire, que l'embryon fécondé *in vitro* n'était pas atteint de la maladie génétiquement transmissible. Or, la législation italienne faisait doublement obstacle à sa demande, d'abord en ne donnant accès aux procréations médicalement assistées qu'aux couples stériles, au couples infertiles et aux couples dont le mari est porteur de maladies virales sexuellement transmissibles, ensuite en interdisant le diagnostic préimplantatoire à toute catégorie de personnes. M^{me} Costa et M. Pavan étaient, légalement, contraints d'affronter les aléas de la nature qui pouvaient à nouveau les exposer au choix douloureux de laisser venir au monde un second enfant atteint d'une maladie génétique incurable ou de faire pratiquer, légalement, une nouvelle interruption médicale de grossesse. Aussi, sans même prendre le temps de saisir les autorités internes pour pouvoir bénéficier d'un dépistage préimplantatoire, les deux partenaires ont saisi la Cour européenne des droits de l'Homme pour faire juger qu'ils avaient été victimes d'une violation de leur droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention EDH.

D'ordinaire, les juges européens sont très circonspects face à de telles questions biomédicales qui soulèvent d'importantes interrogations d'ordre moral et éthique. Même s'ils affirment que les choix opérés en la matière par le législateur n'échappent pas à leur contrôle, ils reconnaissent, en effet, aux Etats une ample marge d'appréciation qui, compte tenu du contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, ne peut-être réduite que par un « consensus européen vintage » (cf. RTD. civ. 2012. 284 ) reposant sur des principes établis de longue date. Or, cette approche, synthétisée par l'arrêt de grande chambre *S.H. c/ Autriche* (préc.) n'a pas empêché la Cour de sortir un peu de sa réserve dans l'arrêt de chambre (et par conséquent encore susceptible d'un renvoi en grande chambre) *Costa et Padavan* du 28 août 2012.

Cette audace relative se manifeste d'abord pour rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement italien qui reprochait aux requérants de n'avoir pas épuisé les voies de recours internes et d'avoir, par conséquent, cherché à exercer une *actio popularis*. Selon la Cour, en effet, l'on ne pouvait pas reprocher valablement à M. Pavan et à M^{me} Costa de n'avoir pas introduit une demande visant à l'obtention d'une mesure dont le gouvernement lui-même admettait qu'elle était interdite absolument par la loi et l'on ne pouvait pas non plus dire que, comme les promoteurs d'une *actio popularis*, ils n'étaient pas directement touchés par l'interdiction litigieuse puisqu'ils avaient déjà un enfant affecté par la pathologie dont ils sont porteurs et que la requérante avait déjà dû subir une interruption médicale de grossesse pour empêcher qu'il ait un frère ou une sœur également frappé par la mucoviscidose. Cependant, c'est surtout pour justifier l'applicabilité de l'article 8 à la question du recours au diagnostic préimplantatoire puis pour constater sa violation que la Cour a fait preuve de courage.

Pour pouvoir faire entrer la question litigieuse dans le champ d'application de l'article 8, il fallait soigneusement conjurer le risque, mis en évidence par le gouvernement de l'Etat défendeur, d'une consécration même implicite du droit d'avoir un enfant sain, qui serait la porte ouverte aux risques de dérives eugéniques de si triste mémoire. La Cour y parvient à peu près en faisant observer que le diagnostic préimplantatoire demandé ne visait pas à détecter tous les facteurs pouvant compromettre la santé de l'enfant à naître mais seulement à déceler une maladie génétique spécifique d'une particulière gravité incurable au moment du diagnostic. En somme, il ne s'agissait pas du droit d'avoir un enfant sain mais de celui d'avoir un enfant qui ne serait pas irrémédiablement condamné dès sa naissance par une maladie incurable précise que l'on sait pouvoir lui transmettre. C'est ce que la Cour a exprimé en énonçant que « le désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint de la maladie génétique dont ils sont porteurs sains et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée puis au diagnostic préimplantatoire relève de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de leur vie privée et familiale ». Il faut remarquer que, au fil de la plume, le rédacteur de l'arrêt à rattaché à l'article 8 non pas le droit, mais le désir des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs. Il n'était peut-être pas indispensable d'apporter ce petit verre d'eau au moulin de ceux qui accusent la grande machinerie des droits de l'Homme de convertir tout désir en droit subjectif. En tout cas, la Cour raisonne bien en termes de protection du droit des parents à mettre au monde un enfant qui ne serait pas affecté par la maladie dont ils sont porteurs sains lorsqu'elle se prononce sur le point de savoir si l'article 8 a été violé.

Pour justifier l'atteinte que l'interdiction absolue des diagnostics préimplantatoires porte au droit des parents à procréer un enfant indemne de la maladie dont ils sont porteurs, désormais intégré au droit au respect de la vie privée et familiale, le gouvernement italien invoquait le triple souci de protéger l'intérêt de l'enfant, la dignité et la liberté de conscience des professions médicales, d'éviter les dérives eugéniques. Ces arguments sont rapidement balayés parce que l'Etat

défendeur ne s'était pas donné la peine de les étayer et aussi, précision incidente mais de la plus haute importance, parce que la notion d'« enfant » ne saurait être assimilée à celle d'« embryon ». L'originalité et l'intérêt du raisonnement, qui a abouti à un constat unanime de violation de l'article 8, tient cependant à la mise en synergie du principe de proportionnalité et du principe de cohérence.

On sait que, en matière de bioéthique, où la nécessité de règles claires et stables s'impose plus particulièrement, la mise en oeuvre du principe de proportionnalité peut être mise à l'écart lorsqu'il existe des lois, semblables à la loi italienne interdisant le diagnostic préimplantatoire à toute catégorie de personnes, fixant des exigences ou des interdictions absolues (cf. l'affaire et les arrêts *Evans*, préc. qui, au nom de cette logique d'exclusion du principe de proportionnalité n'ont pas hésité à sacrifier les dernières chances d'une femme de devenir mère grâce à des embryons qu'elle avait contribué à créer au droit d'un homme de ne pas devenir père). La Cour a pourtant jugé que l'interdiction opposée à M^{me} Rosetta Costa et à M. Walter Pavan avait constitué une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale Or, elle ne l'a fait que « compte tenu de l'incohérence du système législatif italien en matière de DPI ». Le principe de cohérence apparaît donc comme le moyen de rétablir le rôle du principe de proportionnalité en matière de bioéthique. Il importait donc de vérifier en quoi consiste l'incohérence du système italien et de caractériser la disproportion dont elle justifie la prise en compte.

L'incohérence consiste à interdire de vérifier par un diagnostic préimplantatoire si un embryon *in vitro* est atteint d'une maladie incurable génétiquement transmissible tout en autorisant l'élimination *in utero* d'un fœtus lorsqu'un examen prénatal a établi qu'il était affecté par cette même maladie. L'incohérence revient donc, finalement, à préférer le sacrifice d'un fœtus qui est dans le ventre d'une femme à celui d'un embryon qui n'est encore que dans une éprouvette. Cette situation, montrant que, livrées à elles-mêmes, les considérations morales et éthiques peuvent conduire à des dérives aussi redoutables que les dérives eugéniques dont elles cherchent heureusement à prémunir la société, constitue, en elle-même un sommet caricatural de disproportion. La Cour a cherché à la caractériser davantage en insistant sur l'angoisse et la souffrance de la femme exposée au choix et à la réalisation d'une interruption médicale de grossesse qu'un diagnostic préimplantatoire aurait permis de lui épargner. La Cour aurait pu le faire aussi en opposant la situation de l'embryon dont il est peu probable qu'il puisse lui-même éprouver la douleur, la souffrance et l'angoisse à celle du fœtus, dont la directive 2010/63/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2010 relative à la protection ... des animaux utilisés à des fins scientifiques, vient d'admettre, en fonction des progrès des connaissances scientifiques, que, chez les mammifères, il était soumis à ces sensations pendant le dernier tiers de son développement. Un petit détour par le droit de l'Union européenne aurait peut-être pu aider la Cour à mieux établir qu'il n'y a aucune commune mesure entre l'élimination d'un être déjà sensible et un être qui ne l'est pas encore. On peut s'étonner surtout de ce que la Cour de Strasbourg, qui sait pourtant si bien mettre les sources en synergie en utilisant les textes internationaux marquant une avancée sur un point donné même contre les Etats qui ne les ont pas signés (cf. le célèbre arrêt de grande chambre *Demir et Baykara c/ Turquie* du 12 nov. 2008, CEDH, n° 34503/97, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss [■](#) ; D. 2009. 739, chron. J.-P. Marguénaud et J. Mouly [■](#) ; RDT 2009. 288, étude N. Hervieu [■](#)) ne se soit pas appuyée sur la convention d'Oviedo du 4 avril 1997 sur les droits de l'Homme et la biomédecine. L'article 12 de cette convention énonce, en effet, que des tests prédictifs de maladies génétiques ne peuvent être réalisés qu'à des fins médicales ou de recherche médicale mais le paragraphe 83 de son Rapport explicatif précise que cet article n'entraîne aucune limitation au droit de procéder à des tests génétiques sur un embryon afin de déterminer si celui-ci est porteur de caractères héréditaires qui entraîneront une grave maladie chez l'enfant à naître. Il y avait là un élément de nature à justifier la reconnaissance d'un droit des parents à procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs dont la Cour aurait pu d'autant plus légitimement se servir qu'elle est compétente pour délivrer des avis consultatifs sur les questions juridiques concernant l'interprétation de cette convention (cf. art. 29 de ladite Convention). Compte tenu de son audace interprétative bien connue, il aurait pu y avoir là un puissant encouragement à utiliser la convention d'Oviedo à l'égard d'un Etat qui, comme l'Italie, ne l'a pas ratifié, pour élargir les potentialités bioéthiques de la Convention EDH. Or, elle s'en est tenue à faire figurer les dispositions de la convention du 4 avril 1997 au titre du droit européen pertinent, aux côtés d'un rapport consultatif du Parlement européen du 23 avril 2009 et d'un rapport de la Commission européenne publiée en décembre 2007. Cette prudence permettra sans doute de garantir la conformité au droit européen du droit français, qui, pourtant, n'autorise le diagnostic préimplantatoire qu'à titre exceptionnel lorsque le couple a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité (art. L. 2131 CSP modifié par la loi du 7 juill. 2011), alors que le rapport explicatif de la convention d'Oviedo parle seulement d'une grave maladie, qui ne semble pas devoir être particulièrement grave. De toute façon, en France, en Italie et dans tous les autres pays membres du Conseil de l'Europe, le mariage du principe de cohérence et du principe de proportionnalité célébré par l'arrêt *Costa et Pavan* devrait avoir pour effet d'autoriser le diagnostic préimplantatoire pour déceler toutes les maladies génétiques ou sexuellement transmissibles dont la révélation par un examen prénatal peut justifier, au regard de la loi nationale, une interruption médicale de grossesse. Il faut laisser aux spécialistes du droit sanitaire et social le soin de mesurer l'ampleur des bouleversements que cette perspective européenne pourrait appeler en droit français.

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Vie privée et familiale * Procréation médicalement assistée * Diagnostic préimplantatoire * Maladie génétique