

L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ?

Note sous CEDH, Grande Chambre, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, RTD civ. 2007.295, obs. J.-P. Marguénaud  et 545, obs. J. Hauser 

Diane Roman, Professeure de droit public à l'Université François-Rabelais de Tours

L'assistance médicale à la procréation serait-elle davantage un droit de l'Homme que de la femme ? Telle pourrait être la question posée par l'arrêt *Evans c/ Royaume-Uni* que vient de prononcer la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme.

Johanna Airey, Diane Pretty, Christine Goodwin... Il est, dans la jurisprudence de la Cour européenne, des noms de requérantes qui évoquent le malheur et la fatalité. A ceux-ci s'ajoute désormais celui de Natallie Evans. Cette jeune femme et son compagnon, tous deux de nationalité britannique, avaient entamé un traitement dans une clinique spécialisée dans la procréation médicalement assistée. A l'occasion d'une consultation médicale, il fut découvert chez la patiente une tumeur aux ovaires qui rendait nécessaire une ovariectomie. Afin de maintenir la possibilité ultérieure d'une grossesse, il fut décidé de prélever quelques ovules avant l'ablation. Toutefois, compte tenu des capacités médico-techniques du lieu et de l'époque, ont été congelés non pas les ovules prélevés, mais des embryons fécondés *in vitro* avec les gamètes du conjoint. Le détail a son importance, comme la suite des faits le prouve : car si les différentes interventions médicales pratiquées sur la patiente furent un succès, il n'en alla pas de même de son idylle, qui ne résista pas à l'épreuve du temps et de la maladie. Et, quelque temps plus tard, le désormais ex-compagnon écrivit à la clinique pour l'informer de la séparation de son couple et de son souhait de voir détruits les embryons stockés dans l'azote. En effet, la loi anglaise de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaine (*Human fertilisation and Embryology Act*) impose le consentement des deux personnes dont les gamètes sont utilisés pour créer des embryons et permet à chaque donneur de retirer son consentement jusqu'au jour soit de l'implantation de l'embryon dans l'utérus maternel, soit de son utilisation à des fins de recherche. Déboutée par les juridictions britanniques dans sa quête de sauvegarde des embryons, la requérante saisit la Cour européenne d'une requête fondée sur la violation conjointe des articles 2 (droit à la vie), 8 (respect de la vie privée et familiale) et 14 (non-discrimination) de la Convention.

La « première affaire » *Evans* eut déjà un résultat spectaculaire : celui de reconnaître à une saisine de la Cour un effet quasi suspensif. En effet, le président de la chambre saisie a, par une mesure provisoire, enjoint à l'Etat défendeur que les embryons soient conservés le temps que la Cour examine le fond de l'affaire  (1). Mais le provisoire ne préjuge pas du fond, la chose est bien connue de tous les amateurs de contentieux, et l'arrêt de la chambre devait aboutir à un rejet de la requête  (2). La requérante, dont la pugnacité procédurière n'a d'égale que la détermination à vaincre le cancer et révèle l'intensité de son désir de maternité, saisit alors en dernier espoir la Grande Chambre. Celle-ci, au terme d'un arrêt plus concis et par une majorité de 13 juges contre 4, aboutit toutefois à une solution identique. Dans ses deux compositions, la Cour européenne considère que la loi anglaise, qui reconnaît à chacun des participants à une fécondation *in vitro* le droit de retirer son consentement à tout moment avant l'implantation, n'excède pas la marge d'appréciation que l'absence de consensus européen en la matière conduit à laisser aux Etats. L'apport de l'arrêt *Evans* est ainsi certain : de façon attendue, il déduit de l'article 8 de la Convention un droit au respect de la décision de devenir parent ; mais simultanément il contribue à relancer l'interrogation sur la marge nationale d'appréciation ainsi reconnue aux Etats sur le fondement d'un relativisme culturel décidé en vogue à Strasbourg. Obligations positives, marge nationale d'appréciation, à

eux seuls les deux arrêts *Evans* incarnent la tendance jurisprudentielle du moment.

La consécration d'un droit au respect de la décision de devenir parent

La reconnaissance de droits génésiques et les progrès médicaux et scientifiques en matière de procréation médicalement assistée ne cessent de faire débat. Sur ces questions aussi sensibles, car il s'agit ni plus ni moins que de la traduction conflictuelle d'Eros et de Thanatos, la position de la Cour européenne est à la recherche d'un équilibre entre droits et intérêts opposés. L'arrêt *Evans* s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel déjà établi : confirmant que l'embryon n'est pas titulaire d'un droit à la vie, la Cour reconnaît en revanche un droit au respect de la décision de devenir parent.

« Thanatos » : l'absence de « droit à la vie » de l'embryon

Saisie de la question d'un éventuel droit à la vie dont seraient titulaires les embryons congelés voués à la destruction, la Grande Chambre confirme la décision rendue par la formation de jugement initiale mais, plus largement, la solution issue de l'arrêt *Vo c/ France* (3) : on se souvient que, dans cette affaire, la Cour avait refusé de reconnaître au profit de l'enfant à naître un droit à la vie et avait considéré qu'en l'absence de consensus juridique et scientifique sur les débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relève de la marge nationale d'appréciation. Assez logiquement, la cour étend ici le principe dégagé à propos d'un fœtus en gestation à un embryon issu d'une fécondation *in vitro* et conservé dans de l'azote liquide.

La solution était prévisible, tant le statut de l'embryon *in vitro* tend à une réification, sous la poussée de la recherche scientifique (4) : le « fœtus tumoral » (*pars mulieris*) n'a plus grand chose à voir avec le « techno-fœtus » (5) instrumentalisé au profit de la procréation assistée ou de la recherche. La solution est désormais certaine : embryons *in vitro* comme *in utero* ne sont pas des sujets de la Convention européenne et il est loisible aux droits nationaux de déterminer assez librement le moment où débutent la vie et les droits qui en sont les attributs.

« Eros » : la protection du désir d'enfant

Un enfant, si je veux, quand je veux ... la revendication a beau avoir presque 40 ans, elle demeure toujours d'actualité. Non pas que le droit de ne pas procréer soit directement en cause : en Europe du moins, et sans sous-estimer les réelles difficultés politiques et sociales que la mise en jeu du droit à la maîtrise de leur corps par les femmes rencontre, la contraception est libre et l'avortement autorisé (du moins généralement, et l'ajout de cet adverbe ouvre le champ des luttes féministes) (6). Mais bien parce que son pendant, le droit de procréer, n'est pas encore totalement reconnu aux femmes. Et sur ce point, l'arrêt *Evans* est particulièrement intéressant, en ce qu'il affirme que l'article 8 de la Convention recouvre « le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent » (§ 61). La formule employée par la Cour mérite à plusieurs égards qu'on s'y attarde.

« Droit au respect de la décision de devenir parent » vs « droit à l'enfant »

D'une part, de façon significative, la Grande Chambre n'a pas repris la formulation de la 4^e section, qui consacrait le « droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir » (7). La réécriture est symbolique, au sens fort du terme, tant la formulation initiale était ambiguë et de nature à être abusivement raccourcie en « droit à l'enfant ». Or, une telle abréviation aurait été à la fois une tentation et une trahison : on sait combien la question du « droit à l'enfant » tient de l'anathème et est volontiers employée dans un but de stigmatisation de certains désirs de famille (procréation assistée, homoparentalité...). La réification de l'enfant, mise en avant par la formule « droit à l'enfant », sert ainsi de moyen rhétorique pour disqualifier certains souhaits de fonder une famille (8). S'il ne peut être reconnu un « droit à l'enfant » et si le « droit au respect de la décision d'avoir un enfant » a été prudemment écarté, la Cour a toutefois reconnu combien le désir d'enfant, en revanche, est légitime et doit faire l'objet d'une protection.

Indéniablement, la solution du présent arrêt constitue une pierre supplémentaire à la construction d'une interprétation autonomiste de l'article 8, tendant à consacrer un droit à l'épanouissement de la personne. La vie privée, comme la Cour l'a maintes fois relevé, constitue une notion large qui englobe le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur. A cet édifice s'ajoute aujourd'hui le droit au respect des aspirations à une descendance (9).

D'autre part, autre intérêt majeur de l'arrêt *Evans*, la Cour admet explicitement que la parentalité puisse prendre différentes formes, toutes rattachées à l'article 8 de la Convention. Relevant que la requérante ne se trouve aucunement « empêchée de devenir mère aux sens social, juridique et même physique du terme, ni le droit ni la pratique interne ne lui interdisant d'adopter un enfant voire de donner naissance à un enfant conçu *in vitro* avec les gamètes d'un donneur », la Cour souligne que le litige porte sur la seule impossibilité d'avoir « un enfant avec lequel elle ait un lien génétique » (§ 62). Sous la bannière de l'article 8 semblent donc pouvoir se ranger de façon indifférenciée les différentes parentalités, sociale, juridique, physique et génétique voire affective dont on sait qu'elles ne coïncident pas nécessairement. Constat qui laisse présager de nombreux développements jurisprudentiels, tant certains types de revendications parentales - et notamment homoparentales - font encore débat (10).

La consécration d'une obligation positive déduite de l'article 8

Mais, à s'en tenir uniquement à la question de la parentalité génétique, l'invocabilité de l'article 8 a des incidences particulières. L'arrêt *Evans* déduit du « droit au respect de la décision de devenir parent au sens génétique du terme » l'existence d'une obligation positive pesant sur l'Etat. Le choix de placer le débat sur le terrain des obligations positives et non de la violation d'un droit n'est pas particulièrement justifié par la Cour dont la pédagogie habituelle, d'ordinaire si soucieuse de motiver longuement ses décisions, est ici prise en défaut. Car en définitive, n'aurait-on pu concevoir que le refus opposé à M^{me} Evans de disposer des embryons issus de ses ovules constituait une ingérence dans sa vie privée, ingérence dont il revenait à la Cour de s'assurer de la légitimité et de la proportionnalité ? Tel n'a pas été le chemin suivi par les deux formations de jugement, qui ont toutes deux préféré déplacer le débat sur le terrain de l'existence d'une obligation positive que l'article 8 mettrait à la charge de l'Etat.

Ce choix prétorien peut toutefois s'éclairer à la lumière d'un précédent arrêt rendu par la Cour à la demande d'un détenu et son épouse à qui les autorités britanniques refusaient de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation. Dans cette affaire *Dickson*, la Cour avait estimé que le refus d'autoriser une insémination artificielle « ne limite pas un droit général déjà établi dans l'environnement pénitentiaire (par exemple le contrôle des relations avec la famille et des visites) mais concerne plutôt le refus de l'Etat de prendre des mesures pour autoriser exceptionnellement quelque chose (la possibilité pour les détenus de concevoir des enfants) qui n'est pas déjà un droit ou une prétention généraux existants. La Cour considère dès lors que les requérants se plaignent en réalité de ce que l'Etat, en leur refusant l'accès à l'insémination artificielle, ait failli à remplir une obligation positive de garantir le respect de la vie privée ou familiale » (11). Ce déplacement de l'examen de l'ingérence à l'appréciation de l'existence d'une obligation positive peut surprendre dans la mesure où, par le passé, la Cour avait estimé que l'impossibilité faite aux détenus d'avoir des relations intimes avec leur conjoint devait être examinée sous l'angle de l'ingérence à l'article 8 (12). Or, comme le remarquait F. Sudre, « il y a d'autant moins de différences de nature entre ces deux interdictions que la question de l'accès à l'insémination artificielle ne se pose que dans le cadre du refus des visites conjugales ».

Bien que contestable dans son principe, le choix d'examiner la question de l'assistance médicale à la procréation sous l'angle des obligations positives est réitéré dans l'arrêt *Evans*, avec une conséquence directe : le renforcement de la marge nationale d'appréciation reconnue aux Etats pour l'interprétation des dispositions conventionnelles.

L'assistance médicale à la procréation : droit de l'Etat ou droit de l'homme ?

La difficulté posée par l'affaire *Evans* est manifeste : une femme accablée par la maladie et l'inconstance masculine dont la seule possibilité de devenir mère d'un enfant génétiquement issu d'elle est suspendue à la décision de tribunaux ; des embryons, objets de tant d'espoirs précieusement conservés dans l'azote liquide, menacés d'une destruction certaine du fait de la volonté, les uns diront le caprice (13), du géniteur ; un homme dont l'indélicatesse ne saurait pour autant emporter la déchéance de ses droits, à commencer par le respect de sa volonté... L'arbitrage soumis à la Cour est indéniablement délicat tant les enjeux affectifs et psychiques sont immenses. Aussi n'est-ce pas tant la solution finalement retenue par la Cour que nous souhaiterions commenter que le raisonnement emprunté par le juge pour parvenir à ladite solution. Ou, pour dire les choses plus nettement, si l'option retenue par la Cour ne nous semble pas inadéquate, il n'en va pas de même du procédé jurisprudentiel utilisé, dans la mesure où il se fonde sur la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation dont le principe et l'étendue peuvent souffrir la critique.

L'encadrement juridique de l'assistance médicale à la procréation

L'encadrement juridique des questions de bioéthique, comme bon nombre de questions de société, présente une double caractéristique qui, dans la jurisprudence de la Cour, justifie la reconnaissance d'une large marge nationale d'appréciation : d'une part, le caractère éminemment sensible des finalités poursuivies, d'autre part la spécificité des modalités retenues par chaque Etat pour la réglementation des pratiques d'assistance médicale à la procréation.

La concurrence des finalités

L'encadrement juridique de la procréation assistée tend à concilier les intérêts concurrents des personnes impliquées, qu'il s'agisse des donneurs et bénéficiaires, du futur enfant ou de la société. En ce qui concerne les premières, et même si la Cour n'a de cesse de souligner le particularisme des solutions nationales, une constante forte, partout affirmée, se dégage : la nécessité de recueillir le consentement des participants au traitement, qu'il s'agisse des donneurs ou des receveurs. En d'autres termes, la protection du consentement des personnes participant à une procréation médicalement assistée est un impératif premier des législations nationales. Les dispositifs juridiques s'efforcent ainsi de garantir l'égalité des parties et le respect de leur aspiration à devenir, ou ne pas devenir, parent. Or, à la question d'une éventuelle prééminence de la volonté de la femme, la Cour objecte fermement qu'« il n'y a pas lieu d'accorder davantage de poids au droit de la requérante au respect de son choix de devenir parent au sens génétique du terme qu'à celui de (son ex-compagnon) de ne pas avoir un enfant biologique avec elle » (§ 80). Cette stricte égalité entre homme et femme, déjà posée en 2006 par la 4^e section, a pu être contestée par une partie de la doctrine qui a regretté l'absence de prise en compte de la particularité de la situation des femmes au regard de la procréation (14). Toutefois, la différence de situation qui serait de nature à justifier une différence de traitement n'est pas évidente ici : car après tout, on ne voit pas en quoi la situation de la requérante serait en soi différente de celle d'un homme stérile dont, par extraordinaire, la seule chance de procréer serait l'implantation dans l'utérus d'une tierce personne d'embryons issus de ses gamètes contre l'avis de la femme donneuse d'ovule (15). La parentalité, qu'elle prenne la forme d'une maternité ou d'une paternité, peut-elle être valablement décidée unilatéralement ? Ou encore, dit avec les mots de la Cour, la protection du consentement des deux donneurs « procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par FIV » (§ 79), évitant de la sorte une instrumentalisation du donneur, contraint contre son gré à la paternité.

Le consensualisme dans la décision procréative ne se cantonne pas au domaine médical. Il est vrai que la question de la permanence du désir d'enfant chez les deux partenaires se pose avec une particulière acuité en matière de procréation médicalement assistée, la technique rendant possible de conserver des embryons humains à l'état congelé durant un laps de temps de plusieurs années. Et si l'embryon reste figé dans l'azote, les sentiments humains,

eux, peuvent évoluer et se dissiper... Mais des difficultés similaires peuvent exister au sein d'un couple fertile. Or, comme l'a relevé récemment le juge français, à propos d'une fécondation naturelle, « en l'état des mœurs et des moyens de contraception existant dans la société française contemporaine, la conception d'un enfant par un couple marié doit relever d'un choix conjoint et d'un projet commun. En conséquence, constitue de la part de l'épouse un manquement au devoir de loyauté que se doivent les époux, le fait pour celle-ci d'avoir entamé une nouvelle grossesse - réduisant ainsi son mari au simple rôle de géniteur - alors qu'elle ne pouvait ignorer que ce dernier ne souhaitait plus avoir d'enfant, suite au traumatisme subi par le décès de deux de leurs enfants, quelques mois après leur naissance » (16). La logique autonomiste pénètre ainsi très nettement le champ des droits génésiques, posant un double principe d'égalité des donneurs et de respect de la volonté individuelle.

Les intérêts de l'enfant à naître constituent, en second lieu, un autre enjeu de la réglementation de l'assistance médicale à la procréation. En arrière-plan dans l'affaire *Evans*, l'intérêt de l'enfant est très présent dans le raisonnement des juges européens dans l'affaire *Dickson* précédemment évoquée : la Cour considéra alors qu'il n'y avait pas rupture du juste équilibre entre l'intérêt général et celui des intéressés dans le refus des autorités britanniques d'autoriser un détenu condamné à une longue peine à procéder à une insémination artificielle avec son épouse, compte tenu de la longueur de l'emprisonnement du père, du défaut manifeste de ressources matérielles suffisantes et de l'absence de soutien encadrant la mère, quand bien même une procréation naturelle risquerait de ne plus être possible à la sortie de prison, au regard de l'âge de la femme (17). Le troisième et dernier objectif d'une réglementation en matière de FIV est la satisfaction de l'intérêt général s'attachant à la clarté du droit applicable et à la sécurité juridique. Comme le note la Cour, « l'affaire ne concerne pas simplement un conflit entre individus : la législation en question poursuit également un certain nombre d'intérêts plus vastes, d'ordre général puisque, par exemple, elle protège le principe de la primauté du consentement et tend à promouvoir la clarté et la sécurité juridique » (§ 64).

Autodétermination des personnes, intérêt de l'enfant à naître et finalité d'intérêt général constituent ainsi une triple finalité commune aux différentes lois nationales sur l'assistance médicale à la procréation et soulignée par la Cour. Mais si les finalités convergent, les modalités diffèrent.

La spécificité des modalités de conciliation

L'examen des solutions nationales auquel se livre la Cour pour examiner, par comparaison, les choix effectués par le législateur britannique en 1990 révèle l'absence de solutions uniformes. Certains Etats se sont dotés d'une législation spécifique sur la procréation assistée tandis que d'autres n'ont adopté que des textes partiels et ont préféré s'en remettre aux principes généraux du droit médical et des règles déontologiques (18). Tout particulièrement, les spécificités nationales apparaissent à travers trois types de dispositions : *primo*, les précisions apportées à la procédure de recueil du consentement, précisions essentielles s'il en est car seules à même de s'assurer de la sincérité de celui-ci (19) ; *deuxio*, l'encadrement des possibilités de retrait du consentement à l'utilisation des gamètes : certains Etats autorisent l'exercice du droit de révocation jusqu'à la fécondation de l'ovule, d'autres permettent l'usage de cette faculté jusqu'à l'implantation de l'embryon, d'autres encore laissent aux tribunaux le soin d'apprécier par une mise en balance des intérêts respectifs des parties, jusqu'à quel moment la rétractation du consentement peut intervenir (20) ; *tertio*, la possibilité d'admettre une dérogation à l'exigence de réitération du consentement du donneur masculin. Cette faculté peut jouer un rôle de soupape de sécurité dans les cas particulièrement délicats (21). Or, ici, la Cour européenne se satisfait de ce que le droit britannique ne ménage pas de possibilité de dérogation à la générale. Elle justifie ce choix politique du Parlement britannique par le souci de garantir la sécurité juridique et d'éviter les risques d'arbitraire et d'incohérence susceptibles de résulter de décisions dérogatoires fondées sur un mélange de considérations d'éthique, de politique sociale et de compassion humaine (§ 79). En somme, l'intangibilité de la législation est synonyme de son intelligibilité.

Et c'est sur ce point du raisonnement que le bât blesse : en effet, tout se passe comme si la

Cour était indifférente à la solution posée par le droit britannique, refusant d'exercer un contrôle en se réfugiant derrière une très large - et floue - marge nationale d'appréciation.

L'incertaine marge nationale d'appréciation

Poursuivant une jurisprudence antérieure dont le bien-fondé a suscité des appréciations doctrinales diverses²², la Grande Chambre considère qu'en matière d'encadrement des processus d'aide médicale à la contraception, il convient de reconnaître une large marge d'appréciation aux autorités nationales.

Les causes d'une telle reconnaissance sont multiples mais reposent principalement sur deux considérations : tout d'abord, le postulat d'un principe de subsidiarité du contrôle de la Cour. L'intervention des organes de Strasbourg ne doit se faire qu'en deuxième intention, après que les autorités nationales, législatives, gouvernementales et judiciaires ont procédé à une appréciation de l'équilibre à trouver entre les différents intérêts, publics et privés, garantis par la Convention. Ensuite, deuxième élément relevé pour justifier la reconnaissance d'une telle marge d'appréciation, la spécificité de la question soumise à la Cour. Le juge européen prend soin de relever le caractère moralement et éthiquement délicat de celle-ci, qui implique des prises de position sur la sacralité de la vie et le statut de l'embryon, la vocation thérapeutique mais aussi la dimension sociale de l'assistance médicale à la procréation, la difficulté à légiférer sur des questions soumises à une évolution rapide de la science et de la médecine. La difficulté de l'équilibre à trouver et la nécessité subséquente pour la Cour de reconnaître une marge d'appréciation aux autorités nationales est généralement établie grâce au constat d'une grande diversité au sein des pays membres du Conseil de l'Europe. L'hétérogénéité des solutions nationales ou au contraire l'existence d'un consensus sert ainsi d'étalon pour en inférer une plus ou moins large marge nationale d'appréciation.

Si les postulats d'une telle doctrine se comprennent (incarnation d'un relativisme culturel dans le domaine des droits de l'homme, l'usage de la marge d'appréciation reflète la présence d'une diversité culturelle et politique entre les 47 pays membres du Conseil de l'Europe génératrice d'incertitudes)²³, les conséquences doivent toutefois être clairement perçues : la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation a pour effet de consacrer un *judicial restraint*²⁴ de la Cour. En effet, la latitude laissée à l'Etat est importante en ce qu'elle porte aussi bien sur la décision d'adopter une loi²⁵ que sur les règles édictées pour ménager un équilibre entre les intérêts en conflit. Ainsi, le droit britannique accorde à chaque donneur de gamètes utilisés dans une fécondation *in vitro* la possibilité de retirer son consentement très tardivement (en fait, jusqu'au transfert de l'embryon) mais le juge européen aurait indifféremment admis un autre équilibre, comme celui conférant à l'accord du donneur masculin un caractère irrévocable ou interdisant formellement à celui-ci de revenir sur son engagement après la conception de l'embryon. De même, la latitude laissée aux Etats aurait aussi conduit la Cour à valider une éventuelle possibilité de déroger à la nécessité du consentement masculin dans des cas extrêmes, comme celui de la requérante... La doctrine de la marge nationale d'appréciation aboutit à transformer la mise en oeuvre d'un droit de l'homme en droit de l'Etat, souverain si ce n'est arbitraire.

On mesure alors la faiblesse du contrôle juridictionnel... Encore que la formule soit un aimable euphémisme, puisque la technique de la marge nationale d'appréciation permet à la Cour de se satisfaire d'une solution comme de son contraire... Et l'on comprend la force des critiques opposées à cette doctrine dont les plus vives émanent parfois des juges minoritaires eux-mêmes : dans leur opinion dissidente sous l'arrêt de la Grande Chambre, ils affirment qu'« une affaire aussi sensible que celle-ci ne peut être tranchée sur une base simpliste et mécanique consistant à dire qu'il n'y a aucun consensus en Europe et que, dès lors, l'Etat défendeur bénéficie d'une ample marge d'appréciation, qui s'étend aux règles adoptées aux fins de ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit. Certes, les Etats disposent d'une ample marge d'appréciation lorsqu'il s'agit d'adopter des règles régissant le recours à la FIV. La marge d'appréciation ne doit toutefois pas empêcher la Cour d'exercer son contrôle, en particulier relativement à la question de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre tous les intérêts conflictuels en jeu au niveau interne. La Cour ne devrait pas utiliser le principe de la marge d'appréciation comme un simple substitut pragmatique à une approche

réfléchi du problème de la portée adéquate de son contrôle ». D'autant que, à l'appui de la critique minoritaire, l'inquiétude commence à poindre à propos de l'absence de règles communes en Europe et au tourisme procréatif que les différentes législations engendrent (26).

Si l'on conçoit bien qu'une marge d'appréciation soit reconnue pour les questions de politique générale, comme par exemple en matière de politique environnementale, économique et sociale ou criminelle, dès lors que sont en cause des droits fondamentaux, il semble logique que la marge se restreigne (27). Là encore, sans préjuger du fond de la décision, il nous semble que la Cour, en bonne rigueur juridictionnelle, aurait dû effectuer une conciliation des prétentions fondées sur l'invocation de l'article 8 par une mise en balance du droit de la femme au respect de sa décision de devenir mère et du droit de l'homme au respect de son autonomie personnelle (28)... Or, tel n'est pas le cas en l'espèce et le juge semble ainsi analyser les questions de société en général et celles liées à la procréation médicalement assistée en particulier davantage en termes de prérogatives de l'Etat que de droits individuels. Un tel effacement du contrôle juridictionnel s'avère à bien des égards problématique : sous couvert de la marge nationale d'appréciation, la Cour semble bien renoncer ainsi à ce qui est sa mission : oeuvrer à une union plus étroite entre « Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit Etats européens » et à la réalisation d'une « conception commune et un commun respect des droits de l'homme » (29).

Décision

(...) B. Appréciation de la Cour

1. La nature des droits en jeu au regard de l'article 8

71. Les parties s'accordent à considérer que l'article 8 trouve à s'appliquer et que le présent litige se rapporte au droit de la requérante au respect de sa vie privée. La Grande Chambre souscrit au point de vue de la chambre selon lequel la notion de « vie privée », notion large qui englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (...), recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent.

72. Toutefois, il y a lieu de noter que la requérante n'allègue pas qu'elle se trouve en aucune manière empêchée de devenir mère aux sens social, juridique, et même physique du terme, ni le droit ni la pratique internes ne lui interdisant d'adopter un enfant, voire de donner naissance à un enfant conçu *in vitro* avec les gamètes d'un donneur. L'intéressée se plaint plus précisément que les dispositions de la loi de 1990 relatives au consentement l'empêchent d'utiliser les embryons créés conjointement par elle et J. et donc, vu sa situation personnelle, d'avoir un enfant avec lequel elle ait un lien génétique. La Grande Chambre estime que cette question plus restreinte, qui concerne le droit au respect de la décision de devenir parent au sens génétique du terme, relève également de l'article 8.

73. Le dilemme au cœur de la présente affaire tient au fait que se trouvent en conflit les droits puisés dans l'article 8 par deux individus : la requérante et J. En outre, l'intérêt de chacun est totalement inconciliable avec celui de l'autre, puisque si la requérante est autorisée à recevoir les embryons, J. sera contraint de devenir père, et que si le refus ou la révocation par J. de son consentement est confirmé, la requérante se verra privée de la possibilité de devenir parent au sens génétique du terme. Dans les circonstances difficiles de l'espèce, quelle que soit la solution adoptée par les autorités nationales, les intérêts de l'une des parties au traitement par FIV seront entièrement déçus (...).

74. En outre, la Grande Chambre, à l'instar de la chambre, souscrit à l'argument du gouvernement (...) selon lequel l'affaire ne concerne pas simplement un conflit entre individus : la législation en question poursuit également un certain nombre d'intérêts plus vastes, d'ordre général, puisque, par exemple, elle protège le principe de la primauté du

consentement et tend à promouvoir la clarté et la sécurité juridiques (...). La Grande Chambre examinera ci-après dans quelle mesure l'Etat pouvait, au regard de l'article 8, accorder du poids à ces considérations.

2. Sur le point de savoir si l'affaire concerne une obligation positive ou une ingérence

75. Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée, jusque dans les relations des individus entre eux. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents ; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (...).

76. Dans le cadre de la procédure interne, les parties et les juges ont analysé le litige comme mettant en cause une ingérence de l'Etat dans l'exercice par la requérante de son droit au respect de sa vie privée, les dispositions pertinentes de la loi de 1990 empêchant la clinique de poursuivre le traitement de l'intéressée dès lors que J. l'avait avisée qu'il n'était pas consentant. Pour sa part, la Grande Chambre, comme la chambre, juge plus approprié d'examiner la cause sous l'angle des obligations positives, la question principale étant, comme dans l'affaire *Odièvre* précitée, de savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives incriminées a ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu (...).

3. La marge d'appréciation

77. Pour déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation reconnue à l'Etat dans une affaire soulevant des questions au regard de l'article 8, il y a lieu de prendre en compte un certain nombre de facteurs. 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 (V., par ex., *X. et Y. c/ Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91, § 24 et 27 ; *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, arrêt du 22 oct. 1981, série A n° 45 ; *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI ; V. également *Pretty*, arrêt préc., § 71). Par contre, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large (*X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni*, arrêt du 22 avr. 1997, Rec. CEDH 1997-II, § 44 ; *Fretté c/ France*, n° 36515/97, § 41, CEDH 2002-I ; *Christine Goodwin*, arrêt préc., § 85 ; V. également, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Vo* préc., § 82). La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention (*Odièvre*, arrêt préc., § 44-49, et *Fretté*, arrêt préc., § 42).

78. Les questions soulevées par la présente affaire revêtent sans conteste un caractère moralement et éthiquement délicat (...)

81. En conclusion, 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 (...).

82. Comme la chambre, la Grande Chambre estime que cette marge d'appréciation doit en principe s'appliquer tant à la décision de l'Etat d'adopter ou non une loi régissant le recours au traitement par FIV, que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées par lui pour ménager

un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit.

4. Respect de l'article 8

83. Il reste à la Cour à déterminer si, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'application d'une loi autorisant J. à révoquer de manière effective ou à refuser son consentement à l'implantation dans l'utérus de la requérante des embryons conçus conjointement par les deux membres du couple a ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu.

84. Le fait qu'il soit aujourd'hui techniquement possible de conserver des embryons humains à l'état congelé a pour conséquence qu'il existe désormais une différence essentielle entre une fécondation *in vitro* et une fécondation consécutive à un rapport sexuel, à savoir la possibilité de laisser s'écouler un laps de temps, qui peut être important, entre la création d'embryons et leur implantation dans l'utérus. Pour la Cour, il est légitime - et d'ailleurs souhaitable - qu'un Etat mette en place un cadre juridique tenant compte de cette possibilité de différer le transfert d'un embryon. (...) Pour les motifs exposés ci-dessus (§ 77-82), la Grande Chambre estime que c'est d'abord à chaque Etat qu'il appartient de décider des principes et politiques à appliquer dans ce domaine sensible (...)

89. (...) La décision du législateur d'adopter des dispositions ne permettant aucune exception, afin que toute personne donnant des gamètes aux fins d'un traitement par FIV puisse avoir la certitude qu'ils ne pourront pas être utilisés sans son consentement, procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par FIV. Au-delà du principe en jeu, le caractère absolu de la règle en cause vise à promouvoir la sécurité juridique et à éviter les problèmes d'arbitraire et d'incohérence inhérents à la mise en balance, au cas par cas, de ce que la Cour d'appel a décrit comme étant des intérêts « parfaitement incommensurables » (§ 25-26 ci-dessus). Pour la Cour, les intérêts généraux poursuivis par la loi sont légitimes et compatibles avec l'article 8.

90. Quant à l'équilibre ménagé entre les droits conflictuels que les parties à un traitement par FIV peuvent puiser dans l'article 8, la Grande Chambre, tout comme les autres juridictions ayant eu à connaître de l'affaire, compatit à la situation de la requérante, qui désire manifestement par-dessus tout un enfant de son sang. Toutefois, eu égard à ce qui précède, et notamment à l'absence de consensus européen sur la question, la Grande Chambre estime qu'il n'y a pas lieu d'accorder davantage de poids au droit de la requérante au respect de son choix de devenir parent au sens génétique du terme qu'à celui de J. au respect de sa volonté de ne pas avoir un enfant biologique avec elle.

91. La Cour reconnaît que le Parlement aurait pu régler la situation différemment. Toutefois, comme la chambre l'a fait observer, la question centrale qui se pose au regard de l'article 8 n'est pas de savoir s'il était loisible au législateur d'opter pour d'autres dispositions, mais de déterminer si, dans l'établissement de l'équilibre requis, le Parlement a excédé la marge d'appréciation qui est la sienne en la matière.

92. Eu égard à l'absence de consensus européen, au fait que les dispositions du droit interne étaient dépourvues d'ambiguïté, qu'elles avaient été portées à la connaissance de la requérante et qu'elles ménageaient un juste équilibre entre les intérêts en conflit, la Grande Chambre estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Liberté et sûreté * Droit à la vie * Embryon * Personne humaine * Qualification * Vie privée et familiale * Embryon * Fécondation in vitro * Projet parental * Séparation

(1) Sur le caractère obligatoire des mesures provisoires prises sur le fondement de l'art. 39, V. CEDH 4 févr. 2005, *Mamatkulov et Askarov c/ Ukraine*, AJDA 2005. 1889, chron. J.-F.

Flauss  ; JDI 2006. 1077, note P. Tavernier ; RD publ. 2004. 799, note F. Sudre ; RTDH 2005. 799, note Ph. Frumer.

(2) CEDH 7 mars 2006, 4^e sect., req. n° 6339/05, RTD civ. 2006. 255, note J.-P. Marguénaud  ; Gaz. Pal. n° 342, 2006. 37, note H. Miller ; D. 2007. Pan. 1108, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont Prat .

(3) CEDH 8 juill. 2004, *Vo c/ France* ; D. 2004. 2801, chron. E. Serverin, note J. Pradel  ; JCP 2004. II. 10158, note M. Levinet ; RD publ. 2005. 1417, note X. Bioy ; RTD civ. 2004. 799, note J.-P. Marguénaud .

(4) F. Bellivier et P. Egéa, *Les chemins de la liberté (petite leçon de biopolitique)*, D. 2004. 647  ; P. Egéa, *La condition foetale, entre procréation et embryologie*, RDSS 2005. 232 .

(5) Pour reprendre la distinction de L. Boltanski, *La condition foetale, une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Gallimard, coll. Essais, 2004.

(6) V. CEDH 18 mars 2007, *Tysiack c/ Pologne*, JCP 2007. II. 10071, note B. Mathieu et, pour une analyse opposée, notre comm. RDSS 2007. 643 .

(7) Arrêt du 7 mars 2006, § 57.

(8) Pour une illustration de cette rhétorique : C. Brunetti-Pons, *Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille*, Dr. fam., 2003, n° 5, chron. 10 spéc. n° 25, p.16 ; P. Raynaud, *L'enfant peut-il être l'objet de droit ?*, D. 1988. 109 ; *adde* M.-T. Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit*, Bruylant et LGDJ, 1999, p.283, p.285s., p.325-326 ; V., pour l'analyse critique du standard de « normalité » dans la protection de la vie familiale, E. Millard, *Famille et droit public, recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ 1995, spéc. p.151s.

(9) L'autodétermination reconnue sur le fondement de la vie privée suppose le respect de la volonté de fonder une famille, ce qui souligne ici encore le lien étroit entre « vie privée » et « vie familiale », dont le respect est garanti par l'article 8 de la Convention (pour une mise en exergue de « l'interchangeabilité » des deux concepts, V. F. Sudre, *Rapport introductif in Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p.11s.).

(10) CEDH 26 févr. 2002, *Fretté c/ France*, req. 36515/97, JCP 2002. II. 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; RTD civ. 2002. 280, note J. Hauser  ; RD publ. 2003. 962, chron. L. Burguogque-Larsen.

(11) CEDH 18 avr. 2006, *Dickson c/ Royaume-Uni*, req. 44362/04, § 30 ; AJ pénal, 2006. 318, note E. Péchillon  ; JCP G 2006. I. 164, chron. F. Sudre ; RJPF, n° 7, 2006. 12, note E. Putman (renvoyé devant la Grande Chambre, l'arrêt est en délibéré depuis le 10 janv. 2007).

(12) CEDH 29 avr. 2003, *Aliev c/ Ukraine*, req. 41220/98 ; JDI 2004. 2. 689, note E. Decaux ; RD publ. 2004. 827, note M. Levinet.

(13) J.-P. Marguénaud, *Le triste sort des embryons in vitro du couple séparé*, RTD civ. 2006. 255 .

(14) V. en ce sens J.-P. Marguénaud, *ibid.* : « même lorsqu'elle demande à être assistée par des moyens artificiels, la nature maintient ... entre la femme et l'homme des différences irréductibles en matière de procréation ».

(15) Des esprits retors pourraient même objecter que la situation de la requérante est plus favorable, dans la mesure où, si le droit anglais lui ferme la possibilité d'une maternité génétique, il lui reste la possibilité d'une maternité biologique, une grossesse avec des embryons surnuméraires étant toujours envisageable...

(16) Nîmes, ch. civ., 2 C, 21 mars 2007, Juris-Data n° 2007-332022.

(17) CEDH *Dickson c/ Royaume-Uni*, préc.

(18) La Grande Chambre se livre à une recension des Etats membres du conseil de l'Europe ayant légiféré sur les FIV et ceux où le traitement est régi par la pratique clinique, des directives professionnelles, des décrets ou des principes constitutionnels généraux (§ 29) ; Le cas des Etats-Unis est réservé où l'assistance médicale à la procréation ne fait pas partie des domaines régis par la législation fédérale et où peu de lois fédérales ont été adoptées, laissant à la jurisprudence, longuement citée par la Cour européenne (§ 33-37) le soin de régler les litiges en la matière.

(19) A cet égard, on peut s'étonner que la cour n'ait pas « procéduralisé » davantage l'obligation positive mise à la charge des Etats. Ce silence ne manque pas d'étonner, pour deux raisons principales : d'une part, une tendance marquée de la jurisprudence récente à déplacer le contrôle de l'examen de l'atteinte substantielle aux droits à celui du respect d'obligations de nature procédurale (V., sur ce point, E. Dubout, La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme, RTDH 2007. 397) ; d'autre part, en raison du constat effectué par la cour de ce que les conditions psychologiques et matérielles dans lesquelles ont été exprimés le consentement de M^{me} Evans et de son ancien compagnon étaient on ne peut plus précaires, compte tenu de l'enjeu médical et affectif du moment (§ 78). Or, poser comme certains le consentement des participants s'expose à la critique d'un certain formalisme déshumanisé.

(20) Ainsi par ex., la France, tout comme le Danemark, la Grèce, les Pays Bas, la Suisse ou la Belgique reconnaît le droit pour chacune des parties de retirer librement son consentement à tout moment tant que l'embryon n'est pas implanté dans l'utérus de la femme (art. L.2141-2 CSP). D'autres pays envisagent différemment la question du consentement : en Allemagne et en Italie, aucune des parties ne peut normalement retirer son consentement après la fécondation des ovules ; en Autriche et en Estonie, en revanche, l'homme ne peut révoquer son consentement que jusqu'au moment de la fécondation, après quoi c'est la femme qui décide seule si elle poursuit le traitement. La Cour suprême israélienne est parvenue à une solution identique dans un arrêt *Nachmani*, longuement analysé par la Cour européenne et fondé sur une comparaison avec la situation de l'auteur d'un coït. La Cour suprême israélienne estimant que le donneur de gamètes pour une FIV ne peut pas davantage retirer son consentement à avoir un enfant qu'un homme fécondant sa femme lors d'un rapport sexuel.

(21) Cette possibilité d'atténuation de la rigidité de la règle a pu être utilisée dans d'autres affaires éminemment sensibles. On la trouve ainsi dans la célèbre affaire *Pretty c/ Royaume-Uni* (CEDH 29 avr. 2002, 2346/02) : appréciant la législation pénale britannique interdisant toute forme d'homicide sans distinguer les hypothèses où la victime est consentante et demande, dans un geste de pitié, que l'on abrège sa vie et ses souffrances, la Cour retenait à l'appui de son raisonnement l'existence d'une « certaine souplesse rendue possible dans certains cas particuliers » et concluait qu'il « ne paraît pas arbitraire ... que le droit reflète l'importance du droit à la vie en interdisant le suicide assisté tout en prévoyant un régime d'application et d'appréciation par la justice qui permet de prendre en compte dans chaque cas concret tant l'intérêt public à entamer des poursuites que les exigences justes et adéquates de la rétribution et de la dissuasion » (§ 76). Rien de tel en revanche dans l'affaire *Evans*, où la Cour considère que c'est bien l'absence de dérogation qui assure la protection des droits et la sécurité juridique...

(22) E. Benvenisti, Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol., vol.31, 1999, p.843-854 ; M. R. Hutchinson, The margin of appreciation doctrine in the european court of human rights, International and comparative law Quaterly, 1999. 638-650 ; P. Lambert, Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité, in F. Sudre (dir.), L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme en Europe, Bruxelles, Bruylant, Némésis, 1998, p.63-89 ; S. Greer, La Marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits

de l'homme, Dossiers sur les droits de l'homme, Ed. Conseil de l'Europe, n° 17, 2000 ; M.-L. Mathieu-Izorche, La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ?, RSC 2006. 25 ; C. Picheral et A. D. Olinga, La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la cour européenne des droits de l'homme, RTDH 1995. 567 ; I. de la Rasilla del Moral, The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine, German Law Journal, vol. 7, n° 6, juin 2006. 611-624 ; F. Tulkens, L. Donnay, L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme, RSC 2006. 3 ; S. Van Drooghenbroeck, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.483 ; P. Wachsmann, Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression, in Mél. Pierre Lambert, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.1017-1042.

(23) F. Hoffmann, J. Ringelheim, Par delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle, RIEJ, 2004, n° 52, p.109-142.

(24) G. van der Meersch, Le caractère « autonome » des termes et la « marge d'appréciation » des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, in F. Matscher et H. Petzold (éds), Protecting Human Rights : the European Dimensions. Studies in honour of Gérard J. Wiarda, Koln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p.201-220, p.210.

(25) Ce point est relevé au § 72 de l'arrêt de la Grande Chambre, mais la Cour souligne un peu plus loin que l'adoption d'un cadre juridique tenant compte de la possibilité de différer le transfert d'un embryon est « légitime et d'ailleurs souhaitable » (§ 74).

(26) V. en ce sens les craintes formulées lors de la 23^e Conférence de la société européenne de reproduction humaine et d'embryologie, qui s'est achevée le 4 juillet (Le Monde, 5 juill. 2007, p.7).

(27) V. en ce sens la distinction posée par la cour entre politique générale et droits fondamentaux dans le récent arrêt *Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) c/ Royaume-Uni*, 27 févr. 2007, n° 11002/05, § 46 : « dès lors toutefois qu'il ne s'agit pas ici d'une question relevant de la politique générale, sur laquelle de larges divergences d'opinion peuvent raisonnablement régner au sein d'une société démocratique, un poids spécial devant ainsi être accordé au rôle des responsables politiques internes ..., la marge d'appréciation ne joue qu'un rôle limité ».

(28) V. en ce sens les opinions dissidentes publiées sous l'arrêt de la 4^e section comme celui de la Grande Chambre.

(29) Préambule à la Convention européenne.