

conventionnels dans l'application du règlement n° 343/2003, la Cour de justice se contente d'affirmer que l'invocation des articles 1^{er} de la Charte (dignité), 18 (droit d'asile) et 47 (droit à un recours effectif) n'est pas susceptible de modifier le constat auquel elle est parvenue sur le terrain de l'article 4 de la Charte.

L'enchevêtrement qui unit les systèmes juridiques étatiques au système de la CEDH et à celui de l'Union et le métissage qui résulte de cette rencontre des trois « espaces » de protection des droits fondamentaux ne se fait pas au détriment de ceux-là. Reste qu'entre un schéma théorique et la réalité, la différence est parfois abyssale.

Si « la Grande chambre de la Cour de justice [a] dégag[é] une véritable obligation pour les autorités nationales de s'informer de l'effectivité des droits chez leurs partenaires » (M.-L. Basilien-Gainche, « Les gens de Dublin ont des droits : la qualification de pays d'origine sûr appliquée aux États membres de l'Union est une présomption réfragable », *Lettre « Actualités-Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 décembre 2011), il faudra encore s'assurer de ce que cette obligation prime, dans les faits, la logique jusque là implacable du règlement Dublin II.

HÉLÈNE BRODIER

Les valeurs morales nationales ont-elles définitivement pris le pas sur le consensus européen ?

COUR EDH, GDE CH., *S.H. ET AUTRES C. AUTRICHE*, 3 NOVEMBRE 2011

Vie familiale, Fécondation *in vitro*, Non-violation

De prime abord, la problématique des affaires *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010 (voir cette *Revue*, n° 34, p. 17-19) et *S.H. et autres c. Autriche* peut sembler contradictoire, la première traitant du droit à l'avortement tandis que la seconde concerne le droit de recourir aux gamètes en vue d'une fécondation *in vitro*. En réalité, ces deux espèces ont en commun de mettre en lumière l'impact grandissant des valeurs morales nationales sur le contrôle de proportionnalité du juge européen, au détriment du consensus européen. Dans l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 1^{er} avril 2010 (voir cette *Revue*, n° 32, p. 43), le juge européen était parvenu à la conclusion qu'en refusant à deux couples mariés de recourir aux ovules d'une donneuse (H.E.-G et M.G.) et de recourir au sperme d'un donneur (S.H. et D.H.), dans les deux cas en vue de procéder à une fécondation *in vitro*, les autorités autrichiennes avaient porté atteinte à l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. En effet, la loi autrichienne sur la procréation artificielle de 1992 dispose que seuls les gamètes provenant de personnes mariées – ou vivant maritalement – peuvent être utilisés, interdisant la procréation médicalement assistée (ci-après dénommée PMA) avec tiers donneur. Le gouvernement défendeur ne s'en laissa pas compter et saisit avec succès le collège de la Grande Chambre qui décida, le 4 octobre 2010, du renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre.

Bien que la première section ait préféré, en 2010, examiner le grief des requérants sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8, l'ensemble des parties considèrent devant la Grande Chambre que l'article 8 trouve à s'appliquer, une thèse à laquelle souscrit logiquement

le juge européen (*Dickson c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, § 66, voir cette *Revue*, n° 25, p. 24-25 ; *contra* opinion séparée de M. le juge de Gaetano, § 3). La Cour estime raisonnable de considérer l'interdiction faite aux requérants de recourir à certaines techniques de PMA comme mettant en cause une ingérence de l'État dans l'exercice de leur droit au respect de la vie familiale. Dans la mesure où il n'est pas contesté que ladite ingérence est « prévue par la loi » au sens de l'article 8 § 2, le juge européen doit donc trancher la question de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. Particulièrement sensible aux valeurs morales nationales depuis sa jurisprudence *A., B. et C. c. Irlande*, il rappelle que « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer non seulement sur le « contenu précis des exigences de la morale » mais aussi sur la nécessité d'une restriction destinée à y répondre » (§ 94). Si force est de constater qu'une large majorité d'États membres du Conseil de l'Europe autorisent dans leur législation le don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro*, le consensus européen « qui semble se dessiner correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des États membres » (§ 96). Aussi, la Cour est d'avis qu'il convient d'accorder aux autorités autrichiennes une ample marge d'appréciation, le recour à la fécondation *in vitro* continuant à « susciter de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, lesquelles s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de médecine » (§ 97). Le contrôle de proportionnalité c

juge européen le conduit ainsi à examiner la législation incriminée et ses conséquences sur chacun des couples requérants.

En ce qui concerne l'interdiction de recourir aux ovules d'une donneuse (H.E.-G et M.G.), la Cour observe que le législateur autrichien, déterminé à préserver le principe fondamental de droit civil contenu dans l'adage « *mater semper certa est* » – la mère est toujours certaine –, n'a pas interdit totalement la procréation artificielle. Il s'est au contraire « *efforcé de concilier le souhait de donner accès à la [PMA] et l'inquiétude que suscitent dans de larges pans de la société le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne* » (§ 104). En outre, la loi sur la procréation artificielle a été assortie de garanties et de précautions spécifiques, afin de « *prévenir les risques potentiels de sélection eugénique [et d']empêcher des utilisations abusives des techniques existantes et l'exploitation des femmes donneuses d'ovules en situation de vulnérabilité* » (§ 105). La Cour convient que le législateur autrichien aurait pu instaurer des garanties propres à réduire les risques inhérents au don d'ovules, notamment l'exploitation des femmes issues de milieux défavorisés et les contraintes que pourraient subir certaines femmes pour fournir plus d'ovules qu'il ne serait nécessaire. De surcroît, les liens familiaux « atypiques », 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 États membres du Conseil de l'Europe puisque l'adoption régleme de manière satisfaisante ce type de liens. Toutefois, le juge européen rappelle que « *la question essentielle qui se pose sur le terrain de l'article 8 n'est pas celle de savoir si le législateur aurait pu trouver une autre solution, peut-être plus équilibrée, mais si en retenant la solution [...] critiquée il a outrepassé la marge d'appréciation dont il jouissait au titre de cette disposition* » (§ 106). Or, il n'existe pas de consensus suffisamment solide à l'échelle européenne sur le point de savoir si le don d'ovules à des fins de fécondation *in vitro* doit être autorisé. Quant aux instruments juridiques européens pertinents, soit ils n'abordent pas la question du don d'ovules, soit ils laissent expressément aux États le choix d'autoriser ou non l'utilisation de cellules souches (§ 107).

En ce qui concerne l'interdiction de recourir au sperme d'un donneur (S.H. et D.H.), la Grande Chambre n'est clairement pas convaincue par le raisonnement de la première section. Cette dernière a accordé une grande importance au fait que le traitement dont les intéressés souhaitent bénéficier combine deux techniques – la fécondation *in vitro* homologue et la fécondation *in vivo*

avec don de sperme – qui, mises en œuvre séparément, sont autorisées par la loi sur la procréation artificielle. Le don de sperme à des fins de fécondation *in vivo* étant une technique tolérée depuis longtemps et communément admise dans la société, c'est à tort que la chambre a vu dans l'interdiction litigieuse « *une considération de simple efficacité qui ne pouvait prévaloir sur les intérêts particulièrement importants des individus concernés, raison pour laquelle elle a conclu que la différence de traitement ne se justifiait pas* » (§ 111). Certes, la Grande Chambre ne peut pas nier que l'essentiel des arguments avancés par le gouvernement pour justifier l'interdiction du don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro* ne valent que pour l'interdiction du don d'ovules. Mais elle reste convaincue que « *les préoccupations d'ordre général exprimées par le Gouvernement, à savoir que le don de gamètes impliquant des tiers dans un processus médical hautement technique est controversé et soulève des questions sociales et morales complexes qui ne font l'objet d'aucun consensus en Autriche et pour lesquelles il faut faire entrer en ligne de compte la dignité humaine, le bien-être des enfants ainsi conçus et la prévention des inconvénients ou des abus possibles* » (§ 113). Par conséquent, le fait que le législateur autrichien ait interdit les dons de sperme et d'ovules à des fins de fécondation *in vitro* sans pour autant proscrire le don de sperme à des fins de fécondation *in vivo* témoigne du soin avec lequel il a cherché à concilier les réalités sociales avec ses positions de principe en la matière. Au surplus, le droit autrichien ne prohibe pas les déplacements à l'étranger afin d'y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation artificielle non autorisées en Autriche et « *en cas de réussite des traitements en question, la filiation paternelle et la filiation maternelle sont régies par des dispositions précises du code civil qui respectent les souhaits des parents* » (§ 114).

Pour toutes ces raisons et bien qu'elle prenne la peine de rappeler au gouvernement défendeur que la PMA, domaine « *en perpétuelle évolution [connaissant] des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent* » (§ 117), la Grande Chambre conclut, par treize voix contre quatre, que ni l'interdiction de recourir au don d'ovules ni la prohibition du don de sperme à des fins de fécondation *in vitro* n'ont excédé, au moment des faits, la marge d'appréciation autrichienne. Le constat de non-violation de l'article 8 conduit la Cour à ne pas examiner séparément le grief des requérants sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8. S'il affirme soutenir la majorité, M. le

Le juge de Gaetano regrette dans son opinion séparée que la majorité n'ait pas déterminé les limites inhérentes à l'article 8. S'il n'est pas douteux que la décision d'un couple de concevoir un enfant relève de sa vie privée et familiale, voire dans le contexte de l'article 12, du droit du couple de fonder une famille, « *ni l'article 8 ni l'article 12 ne peuvent s'interpréter comme conférant un droit de concevoir un enfant à n'importe quel prix* » (§ 2). Soucieux de voir progresser la cause de la dignité humaine, il conclut qu'en dépit des « *progrès de la science médicale et d'autres sciences, la reconnaissance de la valeur et de la dignité de chacun peut nécessiter l'interdiction de certains actes au nom de la valeur inaliénable et de la dignité intrinsèque de tout être humain* » (§ 6).

Bien plus convaincante est l'opinion dissidente commune de M^{mes} les juges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska et Tsotsoria, dans laquelle elles soulignent les incohérences de l'argumentation de la majorité. Les faits tout comme les rapports sur lesquels s'appuie la Grande Chambre sont vieux de plus d'une décennie et le choix de la Cour de se limiter à apprécier la situation telle qu'elle existait dans le contexte de l'époque semble donc factice, privant ainsi délibérément l'arrêt de Grande Chambre de toute portée réelle. Bien que les statistiques d'alors démontrent l'existence manifeste d'un consensus européen, la majorité estime que ce consensus – qui n'a pu aller qu'en grandissant – « *correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des États membres, raison pour laquelle il ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'État* » (§ 96 de l'arrêt). En agissant de la sorte, la Cour confère au consensus européen « *une dimension nouvelle et fixe à celui-ci un seuil particulièrement bas, laissant à la marge d'appréciation des États une extension potentiellement illimitée* » (§ 8). Le climat actuel (voir l'éditorial du n° 36 de cette *Revue*) explique vraisemblablement ce changement de cap. Quoiqu'il en soit, « *les divergences [...] quant à la valeur déterminante du consensus européen et le manque de rigueur des critères retenus pour contrôler celui-ci atteignent ici leur limite, créant une profonde insécurité juridique* » (§ 8). Les valeurs morales nationales en profitent pour prendre le pas sur le consensus européen, « *ce qui constitue un tournant*

dangereux dans la jurisprudence de la Cour dont une des missions est précisément de contribuer à une harmonisation en Europe des droits garantis par la Convention » (§ 10).

Par ailleurs, la marge nationale d'appréciation est tantôt qualifiée d'ample ou de large, tantôt invoquée sans qualification particulière, preuve de l'imprécision, de l'incertitude voire de l'opacité de la position de la Cour (voir en ce sens l'affaire *Emre c. Suisse* n° 2 du 11 octobre 2011, cette *Revue*, p. 42). Tout en reconnaissant que le législateur aurait pu apporter des solutions juridiques plus équilibrées, la Grande Chambre se cantonne à examiner si l'Autriche a outrepassé la marge d'appréciation dont elle jouissait. Or, la marge d'appréciation va de pair avec le contrôle européen et la Cour aurait dû s'assurer que les autorités autrichiennes avaient bien accordé le bénéfice de la PMA de manière cohérente avec leurs obligations conventionnelles tout en choisissant la voie la moins attentatoire aux droits et libertés. En définitive, il se dégage de l'examen de la majorité « *une approche minimale, voire minimaliste, peu susceptible d'éclairer les juridictions nationales* » (§ 11). L'argument, enfin, que le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger et qu'en cas de réussite, les filiations paternelle et maternelle sont régies par le code civil dans le respect du souhait des parents, laisse perplexe les juges dissidentes. Au-delà des éventuelles difficultés pratiques et le coût d'une telle démarche, cette solution « *laisse sans réponse la vraie question qui est celle de l'ingérence dans la vie privée des requérants résultant de l'interdiction absolue qui existe en Autriche* » (§ 13). Le fait que les filiations paternelle et maternelle des enfants soient régies par le code civil affaiblit sensiblement la force des arguments fondés sur l'inquiétude que suscitent en Autriche le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne, notamment en ce qui concerne la création de rapports familiaux « atypiques ». L'intérêt légitime des enfants à connaître leur filiation, qui serait mis en péril par les méthodes interdites de reproduction, de même que les préoccupations relatives à la santé de la mère maintes fois évoquées par le gouvernement autrichien disparaissent mystérieusement par le passage de la frontière...

SAMUEL MARCHESSEAU