



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

ANCIENNE QUATRIÈME SECTION

AFFAIRE DICKSON ET DICKSON c. ROYAUME-UNI

(Requête n° 44362/04)

ARRÊT

STRASBOURG

18 avril 2006

**CETTE AFFAIRE A ÉTÉ RENVOYÉE DEVANT
LA GRANDE CHAMBRE, QUI A RENDU SON ARRÊT LE
4 Décembre 2007**

Cet arrêt est définitif. Il peut subir des retouches de forme.

En l'affaire Dickson et Dickson c. Royaume-Uni,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (ancienne quatrième section), siégeant en une chambre composée de :

M. J. CASADEVALL, *président*,

Sir Nicolas BRATZA,

MM. G. BONELLO,

R. MARUSTE,

S. PAVLOVSKI,

L. GARLICKI,

J. BORRERO BORRERO, *juges*,

et de M. M. O'BOYLE, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 28 mars et 4 avril 2006,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 44362/04) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont deux ressortissants de cet Etat, Kirk et Lorraine Dickson (« les requérants »), ont saisi la Cour le 23 novembre 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, sont représentés par M^e E. Abrahamson, avocat à Liverpool. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. J. Grainger, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Le 8 mars 2005, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Se prévalant des dispositions de l'article 29 § 3, elle a décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le bien-fondé de l'affaire.

EN FAIT**I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

4. Les requérants sont nés respectivement en 1972 et 1958. Le premier requérant purge une peine d'emprisonnement (prison de Dovergate à Uttoxeter) et la seconde requérante réside à Hull.

5. En 1994, le premier requérant fut condamné pour meurtre à la réclusion à perpétuité, avec un *tariff* de quinze ans. Il est détenu dans un établissement pénitentiaire privé et peut espérer être libéré au plus tôt en 2009. Il n'a pas d'enfants.

6. En 1999, il rencontra la seconde requérante, alors que celle-ci était également en prison, et entama avec elle une correspondance par l'intermédiaire d'un réseau de correspondants pour détenus. La seconde requérante a depuis lors été libérée, à une date qui n'a pas été précisée. En 2001, les requérants se marièrent. La seconde requérante a déjà trois enfants d'autres relations.

7. Le couple souhaitant avoir un enfant ensemble, le premier requérant sollicita en octobre 2001 la possibilité de pratiquer une insémination artificielle. En décembre 2002, la seconde requérante se joignit à cette demande. Leurs *solicitors* présentèrent des conclusions au ministre compétent, invoquant l'ancienneté de leur relation et le fait que, eu égard à la date de libération la plus proche du premier requérant et à l'âge de la seconde requérante, il était improbable que les intéressés puissent avoir un enfant ensemble sans avoir recours à l'insémination artificielle.

8. Dans une lettre datée du 28 mai 2003, le ministre refusa leur demande. Il commença par exposer sa politique générale (« la politique ») :

« Les demandes d'insémination artificielle présentées par des détenus sont soigneusement examinées au cas par cas et ne sont accueillies que dans des circonstances exceptionnelles. En vue de la prise de décision, une attention particulière est accordée aux considérations générales suivantes :

- si le recours à l'insémination artificielle est le seul moyen par lequel la conception est susceptible de se produire ;
- si la date de libération prévue du détenu est trop lointaine pour que le couple puisse attendre et assez proche pour que le détenu puisse assumer ses responsabilités parentales ;
- si les deux parties veulent s'engager dans cette procédure et que les autorités médicales internes et externes à la prison estiment que le couple est médicalement apte à avoir recours à l'insémination artificielle ;
- si le couple avait une relation bien établie et stable avant l'emprisonnement, qui est susceptible de persister après la libération du détenu ;
- s'il existe un quelconque élément suggérant que la situation du couple et les dispositions mises en place pour le bien-être de l'enfant sont satisfaisantes, y compris la durée pendant laquelle l'enfant peut s'attendre à vivre sans père ou sans mère ;
- si, eu égard au passé et aux antécédents du détenu et à d'autres facteurs pertinents, certains éléments portent à croire qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de permettre l'insémination artificielle dans une affaire donnée. »

Le ministre donna alors les raisons de son refus en l'espèce. D'une part, la seconde requérante aurait 51 ans à la date de libération la plus proche du premier requérant, de sorte que la probabilité qu'elle puisse concevoir un enfant naturellement était faible. Les deux requérants étaient en outre totalement d'accord quant à leur souhait d'avoir recours à la procréation artificielle. D'autre part cependant, et surtout, leur relation avait débuté alors qu'ils étaient tous deux en prison et n'avait pas été mise à l'épreuve dans l'environnement normal de la vie quotidienne. Deuxièmement, le cadre existant était insuffisant pour que les besoins matériels de tout enfant à naître puissent être satisfaits de manière indépendante. Troisièmement, il n'y avait aucun réseau de soutien de proximité déjà établi pour la mère et tout enfant pouvant être conçu était inexistant. Quatrièmement, l'enfant éventuel se retrouverait sans père pendant une partie importante de ses années d'enfance. Cinquièmement, eu égard à la violence du crime commis par le premier requérant, le public pouvait se déclarer légitimement préoccupé par l'idée que les éléments de répression et de dissuasion de sa peine de prison soient annihilés si l'intéressé était autorisé à concevoir un enfant par insémination artificielle.

9. Les requérants sollicitèrent l'autorisation de demander un contrôle juridictionnel de la décision du ministre. Le 29 juillet 2003, la *High Court* refusa l'autorisation à l'issue d'une procédure écrite. Les requérants renouvelèrent leur demande et, le 5 septembre 2003, l'autorisation leur fut de nouveau refusée à l'issue d'une audience. Le 13 octobre 2003, les requérants présentèrent une requête à la Cour (n° 34127/03), laquelle fut déclarée irrecevable en décembre 2003 au motif qu'ils n'avaient pas épuisé les voies de recours internes. Les requérants sollicitèrent alors de la Cour d'appel l'autorisation d'interjeter appel.

10. Le 30 septembre 2004, leur demande fut rejetée à l'unanimité par la Cour d'appel. Le *Lord Justice Auld* se fonda en principe sur l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *R (Mellor) v. Secretary of State for the Home Department* ([2001], vol. 3, *Weekly Law Reports*, p. 533). Il souligna les similarités des arguments avancés par les requérants en l'espèce et ceux présentés dans l'affaire *Mellor*. Renvoyant à la conclusion de Lord Phillips dans l'affaire *Mellor* (voir la partie « Droit et pratique internes pertinents » ci-dessous), il déclara ce qui suit :

« (...) Lord Phillips avait manifestement à l'esprit, et a explicitement évoqué dans son arrêt, les dispositions de l'article 8 § 2 de la Convention, qui exposent divers éléments pouvant justifier l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, y compris la protection de la santé et de la morale et la protection des droits et libertés d'autrui. Il me semble que les préoccupations, voire l'attitude du public, quant à l'exercice en prison par les détenus de certains droits qu'ils pourraient prendre pour acquis à l'extérieur, et le souci des droits de tout enfant putatif quant à l'éducation qu'il recevrait en fonction des circonstances et de la durée de l'emprisonnement impliqués, sont des circonstances extrêmement pertinentes aux fins de l'article 8 § 2 (...)

En conséquence, à mon avis, [les requérants] n'ont pas la possibilité de demander le réexamen de la validité de la politique du ministre, que la présente cour, dans l'affaire *Mellor*, a jugé rationnelle et à tous autres égards légale. Ainsi que Lord Phillips l'a clairement dit dans son jugement dans cette affaire, si la politique prend pour point de départ l'idée que l'impossibilité d'avoir recours à l'insémination artificielle peut empêcher complètement la conception, le point d'arrivée est l'examen de la question de savoir s'il y a des circonstances exceptionnelles pour ne pas appliquer la politique (...) »

Le ministre releva qu'en certaines occasions il avait « choisi de ne pas appliquer la politique » alors les circonstances l'imposaient : il évoqua une lettre du *solicitor* du Trésor public aux requérants qui démontrait apparemment ce fait et souligna que le conseil du ministre avait informé la cour qu'il y avait eu d'autres exemples de la sorte.

11. Le *Lord Justice* Auld fit ensuite application de la politique en l'espèce :

« Dans la mesure où [les requérants] suggèrent que le ministre s'était montré irrationnel en décidant de ne pas appliquer sa propre politique aux circonstances, ou avait d'une autre manière agi de manière disproportionnée en l'appliquant, je rejeterais la suggestion. Rien ne permet d'affirmer que l'approche du ministre équivaut, comme [les requérants] le suggèrent, à l'extinction d'un droit fondamental. Il s'agissait de mettre en balance le point de départ de la politique avec d'autres considérations tenant à la politique elle-même, un exercice de pouvoir discrétionnaire et de proportionnalité pour lequel, à mon avis, rien ne peut être reproché au ministre vu les circonstances qui lui ont été présentées. »

12. Les autres juges se fondèrent également sur le jugement rendu dans l'affaire *Mellor*, le *Lord Justice* Mance formulant les considérations suivantes :

« L'affaire *Mellor* représente également un précédent clair qui veut que les considérations et les conséquences éventuelles d'intérêt public, au-delà des arguments énoncés tenant aux exigences du bon ordre et de la sécurité en prison, peuvent jouer un rôle dans une décision sur la question de savoir s'il faut ou non autoriser la possibilité d'avoir recours à l'insémination artificielle (...) Je relève que, outre les autorités européennes spécifiquement mentionnées au paragraphe 42 par Lord Phillips, la Commission, dans sa décision *Draper c. Royaume-Uni*, (requête n° 8186/78, §§ 61-62), a également reconnu l'importance potentielle de considérations plus générales d'intérêt public. »

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Les règlements pénitentiaires

13. L'article 47 de loi de 1952 sur les prisons (*Prison Act 1952*) habilite le ministre de l'Intérieur à réglementer la gestion des prisons. En ses passages pertinents, cette disposition se lit ainsi :

« Le ministre de l'Intérieur est habilité à réglementer l'organisation et la gestion des prisons (...) ainsi que la classification, le traitement, l'emploi, la discipline et le contrôle des détenus ».

14. Le règlement pertinent est le règlement pénitentiaire de 1999 (SI 1999, n° 728), lequel, en son article 4, dispose :

« Contacts extérieurs

1. Il convient d'accorder une attention spéciale au maintien des relations entre les détenus et leurs familles dans la mesure où ces contacts sont souhaitables dans l'intérêt de tous les protagonistes.

2. Un détenu sera encouragé et aidé à établir et maintenir les relations avec des personnes et des organismes extérieurs à la prison, dans la mesure où ces relations, de l'avis du gouverneur, favorisent les intérêts de sa famille et sa propre réinsertion dans la société. »

B. *R (Mellor) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] vol. 3, Weekly Law Reports, page 533

15. La politique établie du système pénitentiaire, telle qu'exposée ci-dessus dans la lettre du ministre du 28 mai 2003, fut contestée par un certain M. Mellor, un détenu qui purgeait une peine à perpétuité pour meurtre. Il avait vingt-neuf ans à l'époque où son affaire fut portée devant la Cour d'appel, et devait purger au minimum encore trois ans de prison. Son épouse avait vingt-cinq ans. A la date de libération la plus proche, elle allait donc avoir vingt-huit ans. Le couple se vit refuser la possibilité de pratiquer une insémination artificielle : il fut considéré que leur affaire ne présentait rien d'exceptionnel.

16. Les intéressés contestèrent la politique elle-même plutôt que son application à leur affaire, alléguant qu'elle constituait une ingérence injustifiée dans les droits que leur garantissait l'article 8. Ils établirent une distinction entre cette politique et la politique des visites conjugales : cette dernière donnait lieu à des préoccupations concrètes (de sécurité), ce qui n'était pas le cas de l'insémination artificielle. Le Gouvernement soutint que la politique était justifiée : a) le fait que les détenus ne devraient pas avoir la possibilité de fonder une famille constituait une conséquence explicite de l'emprisonnement ; b) le fait que les détenus continuent d'avoir la possibilité de concevoir des enfants alors qu'ils se trouvaient en prison pourrait entraîner des préoccupations du public sérieuses et fondées ; et, c) il n'était pas souhaitable, en général, que les enfants soient élevés au sein de familles monoparentales.

17. La Cour d'appel estima que, si la première raison ne faisait que reformuler la politique, les deuxième et troisième raisons constituaient des justifications légitimes de cette politique. En prononçant l'arrêt pour la Cour, Lord Phillips déclara (paragraphe 44 et suivants) :

« [Le ministre] soutient que ce passage démontre que la perception du public est un élément légitime de la politique pénale. J'en conviens. Les sanctions pénales sont imposées, en partie, pour réprimer les délits. S'il n'y avait pas de système de sanctions pénales, les membres du public pourraient faire eux-mêmes la loi. A mon avis, il est légitime de tenir compte de la perception du public lorsqu'on examine les caractéristiques d'un système pénal.

En outre, [les requérants], dans leurs observations, ne reconnaissent pas l'importance du terme « fondée » dans l'expression « préoccupation fondée du public ». Une politique qui accorde aux détenus en général le droit d'avoir des enfants par le biais de l'insémination artificielle soulèverait, à mon sens, des questions éthiques difficiles et donnerait lieu à des préoccupations publiques légitimes (...)

(...) [les requérants] allèguent que [les inconvénients des familles monoparentales] ne constituent pas une considération pertinente pour l'élaboration d'une politique pénitentiaire (...) Encore une fois, je ne suis pas d'accord. En emprisonnant le mari, l'Etat crée une situation dans laquelle, si l'épouse devait avoir un enfant, cet enfant serait élevé, jusqu'à la libération du mari, dans une famille monoparentale. Je juge légitime, et même souhaitable, que l'Etat examine les implications du fait que des enfants soient élevés dans de telles circonstances lorsqu'il s'agit de décider s'il faut ou non avoir une politique générale facilitant l'insémination artificielle des épouses de détenus ou d'épouses qui sont elles-mêmes détenues.

Pour ces raisons, [les requérants n'ont pas] réussi à démontrer que la politique du ministre consistant à faciliter l'insémination artificielle uniquement dans des circonstances exceptionnelles était irrationnelle. [Les requérants] admettent que cette affaire ne présentait aucune circonstance exceptionnelle, ce en quoi [ils ont] raison. »

18. Pour ces raisons, la cour conclut que la politique n'entraînait pas une ingérence disproportionnée dans les droits garantis aux requérants par l'article 8. Lord Phillips fit remarquer que, pour tout demandeur arguant de circonstances exceptionnelles, le « point de départ » normal devrait être la nécessité de démontrer que, si la possibilité d'insémination artificielle n'était pas offerte, la conception ne serait pas seulement retardée mais totalement empêchée.

EN DROIT

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

19. Les requérants se plaignent de s'être vu refuser l'accès à toute possibilité d'insémination artificielle et allèguent que ce refus a porté atteinte à leur droit au respect de leur vie privée et familiale au regard de l'article 8. Cette disposition, en ses passages pertinents, se lit ainsi :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

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. Arguments des parties

20. Les requérants soutiennent que le but de la restriction devait être la sanction (puisque'il n'y avait pas d'obstacle tenant à la sécurité ou de nature physique ou financière) mais que, si c'était là l'objectif, il serait alors incohérent d'admettre une exception quelconque à cette politique répressive.

21. Quoi qu'il en soit, les requérants affirment qu'il faut une justification solide pour supprimer un droit fondamental. En effet, le point de départ de la politique était mauvais : on aurait dû partir du principe qu'ils avaient le droit de concevoir des enfants à moins que des raisons impérieuses ne s'y opposent. Les requérants se fondent sur l'arrêt de chambre dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) (n° 74025/01, §§ 41 et 44, CEDH 2004-...). Ils soutiennent que les facteurs sociaux (les intérêts de tout enfant éventuel et ceux de la société) qui sous-tendent la politique et la réaction à la demande du ministre ne sont pas des éléments prévus par le second paragraphe de l'article 8 de la Convention.

22. Quoi qu'il en soit, la restriction litigieuse n'est pas justifiée par des raisons suffisantes. Une demande d'insémination artificielle ne pose aucun risque pour la sécurité. Il n'y a pas de lien rationnel entre l'infraction et la sanction : il serait cohérent de priver de ses droits parentaux une personne condamnée pour des infractions contre des enfants, mais le refus général d'offrir les aménagements demandés (sauf dans des cas exceptionnels) est injustifiable.

23. Quant à l'application de la politique en l'espèce, les requérants soulignent qu'un refus d'autoriser l'insémination artificielle signifie pour eux l'extinction de leur droit de fonder une famille : ils ne pourraient pas avoir un enfant ensemble vu l'âge de la deuxième requérante, ce qui constitue le point de départ admis pour l'examen d'une demande d'insémination artificielle. A supposer que l'on puisse affirmer que le premier requérant a perdu certains de ses droits lorsqu'il a été incarcéré, cela ne vaut pas pour la seconde requérante, un élément que la Cour d'appel et le Gouvernement ont ignoré. Les requérants contestent la conclusion du ministre selon laquelle leurs ressources financières sont insuffisantes : la seconde requérante est propriétaire de biens d'une valeur de 200 000 livres

sterling (« GBP »), elle suit une formation de consultante et si elle réussit, elle pourra demander un taux horaire de 30 GBP. Il est injuste de déclarer que leur relation n'a pas été mise à l'épreuve : la solidité de toute relation (qu'il s'agisse de détenus ou pas) est incertaine, il n'y a pas de lien entre l'emprisonnement et la fin d'une relation et, en réalité, l'emprisonnement du premier requérant n'a pas affaibli la relation des intéressés. Quoi qu'il en soit, le dernier argument est spécieux puisqu'il pourrait automatiquement être opposé à toute demande d'insémination artificielle pour des détenus purgeant de longues peines comme le premier requérant. Il est également injuste et spécieux d'arguer de l'absence du premier requérant au début : c'est cette absence dans un avenir prévisible qui rend la demande d'insémination artificielle nécessaire – si le premier requérant avait été libérable sous peu, il n'aurait pas eu besoin de la présenter.

24. Le Gouvernement soutient que la restriction est une sanction dont les conséquences ne sont pas disproportionnées au but de maintenir un système pénal à but répressif et dissuasif.

Cette politique est cohérente avec la jurisprudence pertinente issue de la Convention, à savoir cinq décisions de la Commission (n° 6564/74, décision du 21 mai 1975, Décisions et Rapports (« DR ») 2, p. 105 ; n° 8166/78, décision du 3 octobre 1978, DR 13, p. 241 ; *Hamer c. Royaume-Uni*, n° 7114/75, rapport de la Commission du 13 décembre 1979, DR 24, p. 5 ; *Draper c. Royaume-Uni*, n° 8186/78, rapport de la Commission du 10 juillet 1980, DR 24, p. 72 ; et *ELH et PBH c. Royaume-Uni*, nos 32094/96 et 32568/96, décision de la Commission du 22 octobre 1997, DR 91-B, p. 61). La Cour d'appel, en l'affaire *Mellor* précitée, a précisément résumé cette jurisprudence en expliquant qu'elle contenait cinq principes : les critères quant au droit au respect de la vie familiale s'appliquent également dans le cadre de l'article 12 ; l'emprisonnement est incompatible avec l'exercice des droits conjugaux et, en conséquence, entraîne une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale ; cette restriction se justifie d'ordinaire au regard des dispositions de l'article 8 § 2 de la Convention ; dans des circonstances exceptionnelles, il pourrait être nécessaire d'assouplir les modalités de la détention afin d'éviter une ingérence disproportionnée dans l'exercice d'un droit fondamental particulier ; et il n'y a pas de jurisprudence issue de la Convention indiquant qu'un détenu est en droit de revendiquer le droit de fonder une famille par le biais de l'insémination artificielle. L'approche de la Cour d'appel, comme il a été noté dans l'affaire *Mellor* et en l'espèce, est identique à celle des organes de la Convention.

Le Gouvernement soutient en outre que la politique est compatible avec la Convention car elle permet l'examen des mérites individuels de chaque affaire. Elle se justifie par trois principes : perdre la possibilité de concevoir un enfant est l'une des conséquences ordinaires de l'emprisonnement ; la confiance du public dans le fonctionnement du système pénitentiaire serait

compromis si les détenus pouvaient continuer à concevoir des enfants alors qu'ils purgent des peines longues pour des infractions graves ; et l'absence inévitable de l'un des parents pendant une longue période aurait des conséquences négatives pour l'enfant et pour la société dans son ensemble. En conséquence, le point de départ normal est que la possibilité d'insémination artificielle ne sera pas accordée sauf si le refus empêche complètement les intéressés de fonder une famille. Ensuite, les autorités prennent en compte d'autres facteurs pertinents tels que le fait d'élever un enfant en l'absence du père, la stabilité de la relation et les préoccupations d'ordre public.

Quant à l'application de la politique en l'espèce, le Gouvernement remarque que, pour le ministre, certaines autres raisons priment sur l'impossibilité pour les requérants de concevoir un enfant naturellement.

Enfin, le Gouvernement soutient que l'Etat doit se voir accorder une ample marge d'appréciation, étant donné que dans cette affaire est développée la thèse selon laquelle il devrait prendre des mesures positives pour favoriser les droits issus de la Convention dans un domaine de politique sociale impliquant des choix difficiles entre les droits d'un individu et les besoins de la société. Le Gouvernement relève qu'il ne semble pas y avoir un consensus européen s'agissant d'offrir aux détenus l'accès à l'insémination artificielle.

En réponse, les requérants allèguent que l'on ne peut se fonder sur la jurisprudence citée par le Gouvernement : il s'agit d'une jurisprudence ancienne de la Commission qui n'est donc pas représentative des évolutions et tendances actuelles et qui ne porte de toute façon pas directement sur ce sujet. La question n'est donc abordée dans aucun précédent. Les requérants déclarent vouloir financer eux-mêmes les aménagements qu'ils demandent, de sorte que cela n'engendrerait aucune charge financière. Le Gouvernement n'a pas développé ni expliqué pourquoi l'impossibilité d'avoir des enfants devrait nécessairement être le corollaire de la peine d'emprisonnement. C'est une politique qui fait subir au premier requérant une discrimination par rapport à tout détenu à perpétuité ayant obtenu des autorisations de sortie chez lui. Les requérants font également valoir que les considérations morales ne doivent pas être prises en compte par le Gouvernement lorsqu'il examine le caractère effectif de droits fondamentaux. Le Gouvernement conteste cet argument.

B. Recevabilité

25. Eu égard aux arguments des parties, la Cour estime que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Aucun autre motif d'irrecevabilité n'a été relevé. Elle doit donc être déclarée recevable.

C. Fond

26. Il est bien établi que les détenus ne perdent pas leurs droits au regard de la Convention à la suite de leur condamnation, et qu'ils continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté : ces droits comprennent le droit au respect de la vie privée et familiale (*Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), [GC], n° 74025/01, § 69, CEDH 2005-..., citant, notamment, l'arrêt *Ploski c. Pologne*, n° 26761/95, 12 novembre 2002). En l'espèce, l'insémination artificielle a un lien tel avec la vie privée et familiale des requérants que la question de l'accès à cette technique tombe sous l'empire de l'article 8 (voir les affaires précitées *E.L.H. et P.B.H. c. Royaume-Uni*, *Kalachnikov c. Russie* (déc.), n° 47095/99, CEDH 2001-XI, et *Aliiev c. Ukraine*, n° 41220/98, §§ 187-189, 29 avril 2003).

27. Il reste que toute mesure de privation de liberté a par définition un impact sur les circonstances ordinaires de la vie en liberté et entraîne inévitablement des limitations et un certain frein à l'exercice des droits consacrés par la Convention, y compris des mesures de contrôle sur les contacts des détenus avec le monde extérieur et, particulièrement aux fins de la présente requête, la possibilité de concevoir un enfant. Le fait même d'un tel contrôle n'est pas, en soi, incompatible avec la Convention (*Silver et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1983, série A n° 61, § 98 ; décision précitée *Kalachnikov c. Russie* ; *Klamecki c. Pologne* (n° 2), n° 31583/96, § 144, 3 avril 2003 ; et *Aliiev c. Ukraine*, arrêt précité, § 187). La principale question est de savoir si la nature et la portée de ce contrôle peuvent être jugés conforme à la Convention.

28. La première étape dans un tel exercice d'appréciation consiste à déterminer si la restriction litigieuse constitue une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale (obligations négatives de l'Etat) ou un manquement par l'Etat à s'acquitter d'une obligation positive à cet égard.

29. La Cour admet que 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 (*Selmani c. Suisse* (déc.), n° 70258/01, CEDH 2001-VII). Elle a du reste qualifié d'ingérences certaines restrictions apportées aux droits des détenus d'avoir des contacts avec l'extérieur, concernant par exemple les visites ordinaires (*Messina c. Italie* (n° 2), n° 25498/04, CEDH 200-X), les visites conjugales (affaire *Aliiev* précitée) et la possibilité d'assister à des enterrements (affaire *Ploski* précitée).

30. Toutefois, en l'espèce, la Cour estime que la restriction litigieuse 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.

31. La notion de « respect » de la vie privée et familiale, au sens de l'article 8, manque de netteté, surtout en ce qui concerne les obligations positives inhérentes à cette notion ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre, vu, notamment, la diversité des conditions régnant dans les Etats contractants, et les choix opérés par les Etats en fonction de leurs priorités et ressources. Ces considérations sont particulièrement pertinentes en l'espèce. Les questions soulevées par cette affaire touchent à un domaine pour lequel il n'existe guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe. Les requérants en l'espèce ne suggèrent du reste pas qu'il existe un consensus au niveau européen s'agissant d'accorder aux détenus la possibilité de recourir à l'insémination artificielle et n'ont pas été en mesure d'indiquer un quelconque autre Etat contractant offrant l'accès à de tels aménagements aux détenus. La Cour ne voit en outre à cet égard aucun « consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre » (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI). Certes, il apparaît que plus de la moitié des Etats contractants autorisent les visites conjugales pour les détenus, sous réserve de diverses restrictions, mesure qui peut être considérée comme un moyen pour les autorités d'éviter de se plier à la nécessité d'offrir en plus des aménagements permettant l'insémination artificielle. Cependant, la Cour remarque que, si elle a exprimé son approbation devant la tendance, perceptible dans plusieurs Etats européens, consistant à autoriser les visites conjugales, elle n'a pas encore interprété la Convention comme faisant obligation aux Etats membres de prévoir de telles visites (arrêt *Aliev* précité, § 188). EN conséquence, il s'agit là d'un domaine pour lequel les Etats contractants jouissent d'une ample marge d'appréciation s'agissant de déterminer les mesures à prendre pour se conformer à la Convention, compte dûment tenu des besoins et ressources de la société et de l'individu.

32. Pour déterminer s'il existe une obligation positive et quelle est sa portée, il faut prendre en compte – souci sous-jacent à la Convention tout entière – le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. Les buts énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 « peuvent » n'avoir qu'une « certaine pertinence ». En outre, cette obligation ne doit pas être interprétée de manière à imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif (*Rees c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 octobre 1986, série A n° 106, § 37 ; *Gaskin c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 160, § 42 ; *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V, § 52 ; *Osman c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil*

1998-VIII, § 116 ; et *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, n° 44306/98, § 40, CEDH 2003-VI).

33. La Cour relève que, selon la politique générale, les demandes d'insémination artificielle formulées par les détenus au Royaume-Uni ne sont accueillies par les autorités que dans des circonstances exceptionnelles. Pour décider du point de savoir si pareilles circonstances existent dans une affaire donnée, les autorités accordent une attention particulière à plusieurs considérations générales qui sont exposées dans la lettre du ministre datée du 28 mai 2003. Comme l'a expliqué le gouvernement défendeur, et comme l'énonce la Cour d'appel dans ses arrêts en l'affaire *Mellor* susmentionnée et en l'espèce, deux objectifs principaux sous-tendent cette politique : le maintien de la confiance du public dans le système pénal et l'intérêt de tout enfant pouvant être conçu par le biais de l'insémination artificielle et, en conséquence, l'intérêt général de la société dans son ensemble.

34. Quant au premier but, tout en rappelant qu'il n'y a pas place dans le système de la Convention, qui reconnaît la tolérance et l'ouverture d'esprit comme les caractéristiques d'une société démocratique, pour une privation automatique des droits des détenus se fondant uniquement sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique (arrêt *Hirst* précité, § 70), la Cour admet néanmoins que le maintien de la confiance du public dans le système pénal a un rôle légitime à jouer dans l'élaboration de la politique pénale au sein des établissements pénitentiaires. La Cour juge également valable l'argument selon lequel, pour élaborer et appliquer cette politique, les autorités retiennent certains critères concernant l'intérêt de tout enfant pouvant être ainsi conçu. L'objet même d'une demande d'insémination artificielle est la conception d'un enfant, et l'Etat a l'obligation positive de garantir aux enfants une protection effective ainsi que de veiller à leur bien-être moral et matériel.

35. Quant à la politique elle-même, la Cour attache une importance particulière au fait que, contrairement à la loi qui était en cause dans l'affaire *Hirst*, la situation en l'espèce n'a pas entraîné une restriction globale à l'accès d'un détenu à l'insémination artificielle sans que les circonstances particulières de l'espèce aient été prises en compte. Au contraire, comme le ministre l'explique dans sa lettre, les demandes d'insémination artificielle sont soigneusement examinées au cas par cas et selon les différents critères précisés dans la lettre. Après examen de ces critères, la Cour estime qu'ils ne sont pas arbitraires et qu'ils ne présentent pas un rapport déraisonnable avec les buts sous-jacents de la politique. Par ailleurs, eu égard aux éléments devant la Cour, on ne saurait suggérer que l'examen d'une affaire donnée à la lumière des considérations exposées dans la lettre soit purement théorique ou illusoire : les preuves non contestées produites devant la Cour d'appel montrent que le ministre a déjà autorisé l'accès à l'insémination artificielle dans certaines affaires, et deux requêtes ont été rayées du rôle par l'ancienne Commission dans des cas où

l'insémination artificielle avait été accordée aux requérants (*P.G. c. Royaume-Uni*, n° 10822/84, décision de la Commission du 7 mai 1987 ; et *G. et R.S. c. Royaume-Uni*, n° 17142/90, décision de la Commission du 10 juillet 1991, toutes deux non publiées).

36. Il reste à déterminer si l'application des critères utilisés pour refuser l'accès à l'insémination artificielle en l'espèce a perturbé le juste équilibre devant être préservé.

37. La Cour a égard, d'une part, à la situation difficile dans laquelle se trouvent les requérants. L'insémination artificielle demeure le seul espoir réaliste pour eux d'avoir un enfant ensemble, puisque la seconde requérante aura 51 ans à la date de la libération la plus proche du premier requérant. En outre, ainsi qu'ils le soulignent, les aménagements qu'ils demandent ne seraient pas aussi coûteux pour les autorités que ceux qui sont requis pour les visites conjugales, et ils se disent prêts à supporter les coûts de la procédure. Par ailleurs, la seconde requérante affirme avoir des ressources suffisantes pour s'occuper de tout enfant qui pourrait naître par insémination artificielle.

38. D'autre part, la Cour relève que le ministre a minutieusement examiné la situation des requérants, y compris le fait qu'il était improbable qu'ils puissent concevoir un enfant après la libération du premier requérant, avant de conclure que ces éléments avaient moins de poids que d'autres facteurs auxquels il a fait référence – en particulier, la nature et la gravité du crime commis par le premier requérant et le bien-être de tout enfant pouvant être ainsi conçu, eu égard à l'absence prolongée du père pendant une partie importante de l'enfance ainsi qu'à l'insuffisance apparente des ressources matérielles disponibles et à l'absence de réseau de soutien de proximité établi pour la mère et l'enfant. La Cour relève en outre que la décision du ministre a été examinée par la *High Court* et la Cour d'appel, qui ont estimé non seulement que la politique était rationnelle et légale mais que, en appliquant cette politique dans les circonstances de l'affaire, la décision du ministre de refuser les aménagements demandés n'était ni déraisonnable ni disproportionnée.

39. Dans ces conditions, et eu égard à l'ample marge d'appréciation accordée aux autorités nationales en la matière, la Cour estime qu'il n'a pas été établi que la décision de refuser la possibilité de pratiquer l'insémination artificielle en l'espèce était arbitraire ou déraisonnable, ou que cette décision a failli à ménager un juste équilibre entre les intérêts opposés en présence. En conséquence, il n'y a en l'espèce aucune apparence de non-respect du droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale.

40. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION

41. Les requérants se plaignent également que le refus d'accès à l'insémination artificielle a porté atteinte à leur droit de fonder une famille au regard de l'article 12 de la Convention, lequel se lit ainsi :

« A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

Les parties ont formulé les mêmes observations dans ce contexte que sous l'angle de l'article 8 et les requérants ont admis qu'un constat de non-violation au regard de l'article 8 conduirait à un constat de non-violation de l'article 12 de la Convention.

La Cour rappelle qu'une ingérence dans la vie familiale justifiée en vertu du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention ne peut en même temps emporter violation de l'article 12 (*Boso c. Italie* (déc.), n° 50490/99, CEDH 2002-VII). Eu égard à sa conclusion ci-dessus sous l'angle de l'article 8, la Cour estime que la même conclusion s'impose quant au présent grief. Par conséquent, il n'y a pas eu violation de l'article 12 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable.
2. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ; et
3. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 12 de la Convention.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 18 avril 2006, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Michael O'BOYLE
Greffier

Josep CASADEVALL
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 concordante de M. Bonello ;
- opinion dissidente commune de MM. Casadevall et Garlicki ;
- opinion dissidente de M. Borrego Borrego.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE BONELLO

*(Traduction)***Faits essentiels**

1. Le premier requérant a été condamné pour meurtre à la réclusion à perpétuité. Il pourrait être libéré au plus tôt en 2009, mais il n'y a aucune certitude là-dessus. En 1999, il rencontra la seconde requérante, qui purgeait également une peine d'emprisonnement, et ils se marièrent en 2001. La seconde requérante a déjà trois enfants de relations précédentes. Les requérants demandèrent l'autorisation d'avoir recours à l'insémination artificielle en vue d'avoir un enfant, mais les autorités pénitentiaires refusèrent la demande, refus qui fut entériné par les tribunaux.

La protection des droits d'autrui

2. Tout en considérant avec beaucoup de sympathie la demande des requérants et les arguments de la minorité, j'ai cependant choisi de voter en faveur d'un constat de non-violation de l'article 8. J'estime que le raisonnement de l'arrêt est convaincant, même si je me serais fondé moins lourdement sur la marge d'appréciation de l'Etat et sur l'argument principal du Gouvernement selon lequel le maintien de la confiance du public dans le système pénal serait compromis si l'on autorisait les détenus purgeant une peine de réclusion à perpétuité à concevoir des enfants par insémination artificielle.

3. La Convention interdit aux Etats toute ingérence dans la jouissance de la vie familiale ; en fait, elle impose une obligation positive de favoriser cette vie familiale. Cette jouissance n'étant pas un droit absolu, les ingérences sont autorisées dans les circonstances énumérées à l'article 8 § 2, qui comprennent notamment « la protection des droits et libertés d'autrui ».

4. Rien dans la Convention ne garantit à une personne un « droit » à procréer. Ce que la Convention garantit plus précisément est « le droit de fonder une famille » (article 12). J'ai du mal à me persuader que la conception d'un enfant par insémination artificielle par un détenu condamné à la réclusion à perpétuité est couverte par le droit garanti par l'article 12. A mon sens, la notion de « famille » consacrée par les articles 8 et 12 exige plus qu'un simple transfert de sperme à distance dans des circonstances qui empêchent le donneur de participer véritablement à toute fonction importante tenant à la parentalité. La « famille » implique nécessairement au moins la possibilité d'une proximité émotionnelle et physique, l'établissement de liens, l'affirmation des responsabilités parentales, ainsi qu'un début de vie commune. Cela, bien sûr, ne s'applique qu'au mari.

Dans son cas, la nature même de la réclusion à perpétuité empêche assurément et *a priori* l'ensemble, ou la plupart, de ces conditions nécessaires.

5. La situation apparaît notablement différente en ce qui concerne l'épouse. Elle est à présent hors de prison et il faut présumer qu'elle est capable d'établir une vie familiale avec son éventuelle progéniture. Dans son cas, le critère à utiliser exige cependant toujours de mettre en balance, d'une part, son désir naturel de fonder une famille et, d'autre part, les droits de l'enfant qu'elle souhaite concevoir. Les circonstances particulières de cette affaire me conduisent à penser que le fait d'autoriser qu'un enfant puisse naître aux requérants ne favoriserait pas l'intérêt supérieur de l'enfant souhaité. Au contraire, ce serait contrevenir aux « droits d'autrui ».

6. Dans l'architecture de la Convention, est au moins aussi fondamental que le droit d'une femme à être mère le dogme de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans les litiges où l'intérêt d'un enfant est en cause, le principe éthique qui guide les juridictions internes et la Cour est que « la protection des droits de l'enfant » doit être primordiale. Je ne vois aucune raison d'écarter cette hiérarchisation en l'espèce.

7. Je suis loin d'être convaincu que propulser un enfant dans la vie dans des conditions médiocres puisse être regardé comme une opération favorisant son intérêt supérieur. Naître au sein d'une famille monoparentale, en l'absence du père et de toute figure paternelle, et en ayant pour père un détenu frappé d'une peine de réclusion à perpétuité pour avoir commis le crime violent le plus grave, ne semble pas constituer pour un enfant éventuel le meilleur des départs dans la vie. Le Gouvernement a mis en avant les ressources matérielles « apparemment insuffisantes » des requérants pour pourvoir à l'éducation de tout enfant pouvant être conçu. L'épouse a contesté cette affirmation, mais n'a produit aucune preuve de nature à justifier ses dires. En d'autres termes, il semblerait qu'il ne soit pas totalement exclu que les parents soient amenés à déléguer aux services sociaux une bonne partie de leurs responsabilités parentales.

8. En ce qui concerne l'enfant qui pourrait naître aux requérants, un autre élément à peser par rapport au critère supérieur de « l'intérêt de l'enfant » est que les requérants se sont rencontrés et se sont mariés en prison. Bien entendu, cet élément n'est pas en soi particulièrement déterminant ni même important, sauf pour la raison suivante. A supposer même que le mari soit libéré dans un délai raisonnable (alors qu'il n'y a pas de certitude là-dessus), il reste que l'union des requérants a débuté dans un environnement difficile, où les restrictions et le contrôle étaient la règle et la liberté un rêve. Il est extrêmement douteux qu'une union qui n'a pas été mise à l'épreuve dans les circonstances normales de la vie quotidienne représente un contexte favorable pour garantir une enfance digne de son nom à l'enfant souhaité. En outre, les antécédents précaires d'un mariage

très ancré dans la singularité ne sont en aucune façon contrebalancés par l'existence de réseaux de soutien établis du côté de la mère.

9. Je ne suis pas particulièrement impressionné par l'argument selon lequel la société permet régulièrement que des enfants naissent dans des circonstances similaires ou pires. La présente affaire n'est pas une affaire dans laquelle la société « permettrait » une conception dans des conditions peu prometteuses, mais une affaire dans laquelle on demande à l'Etat de devenir un complice et un intervenant actif quant à cette conception future. J'estime qu'un Etat responsable est en droit d'exiger de lui-même des normes plus élevées que celles qui échappent à son contrôle sur le marché de la procréation libre.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES CASADEVALL ET GARLICKI

(Traduction)

Nous ne pouvons souscrire à la conclusion de la majorité selon laquelle il n'y a pas eu violation des articles 8 et 12 de la Convention.

Depuis l'arrêt de la Cour suprême américaine dans l'affaire *Skinner v. Oklahoma* (1942), la nature fondamentale du droit de procréer a été reconnue dans la jurisprudence constitutionnelle ; la Cour européenne des Droits de l'Homme se conforme également à cette position (*Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, 7 mars 2006, arrêt non définitif, § 57). En conséquence, l'accès à l'insémination artificielle tombe également sous l'empire de l'article 8 (et – en ce qui concerne les couples mariés – de celui de l'article 12). Le problème en l'espèce tient à la question de savoir si l'Etat est autorisé à dénier cet accès à tous les détenus ou certains d'entre eux. La majorité est bien entendu fondée à déclarer que : « il est bien établi que les détenus (...) continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté » (paragraphe 26). Mais cela signifie également que l'ingérence dans le droit de procréer n'est autorisée que si elle peut entrer dans l'une des limitations à la vie privée et familiale qui sont inévitablement entraînées par la privation de liberté.

Nous pensons que la majorité s'est trompée à trois égards : 1. dans le classement de la nature de l'interdiction de l'insémination artificielle ; 2. dans l'appréciation de la politique générale du Royaume-Uni quant à l'insémination artificielle ; 3. dans l'appréciation des circonstances particulières de la cause.

Quant au point 1, la majorité a fondé son raisonnement sur la distinction entre les restrictions constituant des ingérences dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de leur vie privée et familiale et les restrictions constituant un manquement par l'Etat à se conformer à son obligation positive à cet égard. Si la majorité admet que l'interdiction des visites conjugales doit être classée dans les obligations négatives de l'Etat, elle estime que le refus de l'insémination artificielle appartient au domaine des obligations positives (paragraphe 30), et que la marge d'appréciation de l'Etat est en conséquence plus large. Nous ne pouvons souscrire à cette idée, parce que – à notre avis – il n'y a pas de raison d'établir une telle distinction. Si les visites conjugales étaient autorisées, il n'y aurait pas de problème d'insémination artificielle. Les restrictions à l'insémination artificielle deviennent importantes seulement lorsqu'il y a interdiction des visites conjugales. L'insémination artificielle, au moins lorsque, comme en l'espèce, les parents éventuels sont prêts à couvrir les frais nécessaires, ne requiert aucune assistance particulière par les autorités pénitentiaires (et

aussi à cet égard présente une certaine similarité avec la procréation résultant d'une visite conjugale). Ainsi, il n'y a aucune raison de présumer une différence de nature entre l'interdiction des visites conjugales et le déni d'accès à l'insémination artificielle. Les deux restrictions ont le même effet « antiprocréationniste » et devraient être appréciées dans le cadre des « obligations négatives ». En conséquence, la marge d'appréciation pour les décisions relative à l'insémination artificielle ne saurait être plus ample que pour les décisions sur les visites conjugales.

Quant au point 2, la majorité a examiné la politique générale relative aux demandes d'insémination artificielle présentées par des détenus et a estimé qu'elle n'était pas arbitraire ou qu'elle ne présentait pas de lien déraisonnable avec les buts sous-jacents de la politique (paragraphe 35 de l'arrêt). A l'époque des faits, cette politique se fondait sur six critères (paragraphe 8 de l'arrêt). Nous sommes disposés à admettre que ces considérations sont rédigées d'une manière compatible avec les exigences de la Convention. Ce qui nous dérange est le premier paragraphe de la « politique », lequel énonce que les demandes d'insémination artificielle « ne seront accueillies que dans des circonstances exceptionnelles ». A notre sens, pareille approche va à l'encontre de la philosophie même des droits de l'homme. Cette philosophie se fonde sur l'affirmation que l'accessibilité d'un droit constitue la règle et la limitation d'un droit l'exception. La « politique » en cause renverse cette affirmation. Ce qui aurait dû être une règle devient une exception et ce qui aurait dû être une exception devient une règle. Elle renverse également la charge de la preuve, parce que selon cette approche une justification doit être produite pour exercer un droit et non pour restreindre l'exercice du droit.

Nous avons des doutes quant à savoir si une telle « approche inversée » est compatible avec le principe général selon lequel les détenus continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux, à l'exception du droit à la liberté. Nous n'avons aucun doute quant au fait qu'elle n'est pas compatible avec les droits de l'épouse, non détenue, qui était également affectée par le refus de l'insémination artificielle.

Quant au point 3 : mais même si cette « politique générale » devait être jugée compatible avec la Convention, son application, dans le cas des Dickson, ne l'était pas. La réalité biologique met la seconde requérante devant deux options : soit on lui donne accès à l'insémination artificielle, soit elle ne pourra pas procréer dans les liens du mariage. Il est difficile de trouver une situation plus exceptionnelle que celle-ci. Ce qui était en jeu n'était pas une limitation temporaire du droit en cause mais sa destruction complète et irrévocable. Seules de très graves raisons peuvent justifier une telle ingérence. Nous ne pouvons discerner aucune raison de la sorte dans le refus du ministre et certains de ses arguments nous paraissent un peu trop paternalistes. Ce n'est pas à l'Etat de décider qui doit avoir des enfants et quand. Nous avons également des difficultés à admettre que le refus était

nécessaire pour le maintien de la confiance du public dans le système pénal (paragraphe 38 de l'arrêt). Ce que les deux requérants souhaitaient réellement, c'était de planifier leur vie pour l'avenir et non pas réorganiser l'exécution actuelle de la sanction. C'est pourquoi nous ne pouvons partager l'appréciation de la majorité selon laquelle les autorités internes ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts opposés. La limitation imposée aux requérants n'était pas inévitablement entraînée par la privation de liberté. L'autorisation de l'insémination artificielle ne changerait rien dans le calendrier et les modalités d'exécution de la peine d'emprisonnement. Mais son refus va affecter toute la vie future des requérants puisqu'il les prive de la possibilité de fonder une famille.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BORREGO BORREGO

A mon grand regret, je ne peux pas me rallier à l'avis de la majorité.

Le présent arrêt contient, d'abord, de nombreuses réflexions concernant le premier requérant, un homme interné dans un centre pénitentiaire, ainsi que concernant les priorités et les ressources de l'Etat et « *the moral and material welfare of child to be conceived* ». Cependant, je n'ai pas trouvé une seule remarque concernant la deuxième requérante, une femme en liberté, mariée au détenu et qui, à presque 50 ans, est prête à subir tout un processus d'insémination artificielle afin d'avoir un enfant de son mari. Sincèrement, M^{me} Dickson est à mes yeux la grande « oubliée » dans cette affaire.

Dans un processus d'insémination artificielle, le rôle de l'homme est indispensable mais bien limité : il consiste simplement en un don de sperme, qui est ensuite enfermé dans une petite boîte stérilisée. Le premier requérant pourrait transmettre ce don à sa femme lors d'une visite en prison, et le sperme pourrait ensuite être conservé pendant quelques heures à température ambiante. Le rôle de la femme est, par contre, beaucoup plus compliqué, et peut même s'avérer très douloureux. Sans oublier que la réussite du processus n'est aucunement garantie.

Cela dit, et compte tenu du rôle vraiment restreint du premier requérant dans ce processus, il m'est difficile de comprendre que l'on puisse affirmer que « *these considerations (State's priorities and resources) are particularly relevant in the present case* » (paragraphe 31).

Le fait d'interdire au premier requérant de donner son sperme à son épouse en l'absence de tout rapport physique entre les conjoints est justifié par :

a) « *The nature and gravity of the first applicant's crime* »

Cet argument équivaut à une stérilisation *de facto* temporaire du premier requérant jusqu'à l'année 2009, lorsqu'il sera remis en liberté.

Cette considération constitue une punition qui n'a été imposée par aucun tribunal et est, à mon avis, un peu absurde. A partir de 2009, le premier requérant pourra avoir des rapports physiques avec son épouse et essayer ainsi de devenir père sans aucune entrave. Peut-on penser qu'à partir de 2009 « *the nature and gravity of the (...) crime* » auront disparu ? En tout

cas, ce qui risque vraiment de disparaître est la possibilité pour la deuxième requérante, qui aura 51 ans en 2009, de concevoir un enfant.

b) « *The welfare of any child who might be conceived, in the light of the prolonged absence of the father for an important part of his childhood years* ».

Je ne souhaite pas entrer dans le débat concernant la question de savoir qui, du père ou de la mère, joue le rôle le plus décisif dans les premiers années de vie d'un enfant, mais je souhaite par contre affirmer que la deuxième requérante, c'est-à-dire la mère potentielle, est encore une fois l'oubliée en l'espèce.

L'approche des autorités britanniques, entérinée dans le présent arrêt, me paraît paternaliste. Ainsi, elle serait défavorable à la conception d'un enfant dans un couple où l'un des conjoints est atteint d'une maladie mortelle, et qui a très peu de chances de survie au-delà de l'accouchement. L'arrêt se montre donc hostile à la conception d'un bébé sauf si, entre autres, la stabilité du couple est garantie, etc.

c) « *The apparent lack of sufficient material provision and immediate support network in place, for the mother and child* ».

La possible future mère "*maintained that she had sufficient resources to care for the child born as a result of artificial insemination*" (paragraphe 37). Cette affirmation n'est pas mise en cause dans l'arrêt, qui se limite à énoncer : « (...) *for the mother and child* ». De la part de qui ? De l'homme ? Je préfère m'abstenir de tout commentaire.

J'estime que l'interdiction faite au premier requérant de faire don de son sperme à son épouse, en empêchant ainsi celle-ci, compte tenu de son âge, d'essayer d'avoir un enfant avec son époux par un processus d'insémination artificielle, est contraire aux droits garantis par les articles 8 et 12 de la Convention.

J'espère que cet arrêt sera examiné par la Grande Chambre. Au cas où celle-ci se prononcerait en faveur d'une violation de la Convention, il y aurait encore une chance pour la deuxième requérante. Ce serait vraiment dommage qu'un problème réel devienne, du fait de l'écoulement du temps, un problème purement théorique. La Convention garantit des « droits concrets et effectifs », et non des « droits illusoires ou théoriques ».