



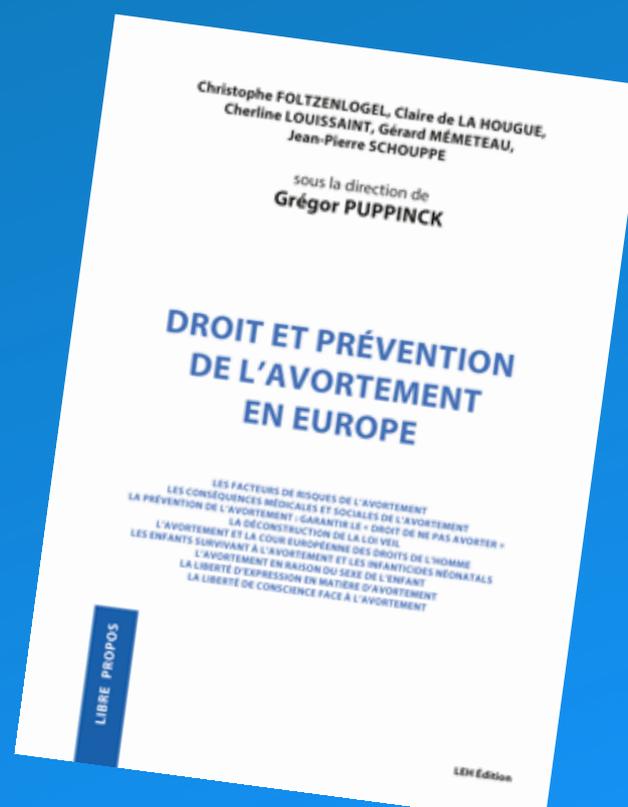
CENTRE EUROPÉEN POUR LE DROIT ET LA JUSTICE

L'avortement et la Cour européenne des droits de l'homme

Grégor Puppinck

Cet article est un extrait révisé du livre "Droit et prévention de l'avortement en Europe" publié en 2017 sous la direction de Grégor Puppinck chez LEH Editions, collection Libre Propos.

Vous pouvez commander ce livre en version papier chez l'éditeur ou directement auprès de l'ECLJ en nous écrivant à secretariat@eclj.org



L'avortement et la Cour européenne des droits de l'homme

Grégor PUPPINCK

Résumé : Pour la Cour européenne des droits de l'homme, comme dans la plupart des droits nationaux, l'avortement relève d'une logique de tolérance. Cette tolérance est fondée sur la pétition de principe qu'il serait juridiquement et scientifiquement impossible, mais en fait surtout non souhaitable, de savoir si l'enfant à naître est une personne. Cette tolérance est accordée dans l'ordre interne *via* la technique de la marge d'appréciation nationale, mais elle n'a pas d'effet quant à la substance du droit à la vie dans l'ordre proprement conventionnel. La Cour a toujours refusé d'exclure explicitement l'enfant à naître du champ d'application de la Convention et de juger que cet enfant à naître n'est pas une personne. Tant qu'il en sera ainsi, il sera impossible de prétendre à l'existence d'un droit à l'avortement au titre de la Convention, et tout avortement pratiqué devrait être justifié par des droits et intérêts garantis par la Convention et proportionnés aux « *autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître*¹ ».

Sommaire

I. L'enfant à naître.....	2
A. Le point de départ du droit à la vie.....	2
1. Approche de la Cour.....	2
2. Critique de l'approche de la Cour.....	3
a. Confusion entre faits et valeurs :.....	3
b. La distinction entre l'enfant à naître et la personne :.....	4
c. La marge d'appréciation :.....	4
d. Qualification et erreur de fait :.....	5
e. Le principe de précaution ?.....	6
B. Applicabilité relative de l'article 2 à l'enfant à naître.....	6
II. L'avortement.....	7
A. Absence de droit conventionnel autonome à l'avortement.....	7
B. La pondération des différents droits et intérêts légitimes en jeu.....	8
1. Les droits de la mère.....	9
a. Le droit à la vie de la mère.....	9
b. Le droit à la vie privée de la mère.....	9
2. Les autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître.....	11
CONCLUSION.....	12

¹ Étude publiée dans les *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, sous la direction de Julie Leonhard, Bruno Py et François Violla, octobre 2015, Ed. Les Etudes Hospitalières.

Alors que l'avortement faisait l'objet, lorsque la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, la Convention) a été adoptée, d'une large répression pénale en Europe², la situation est aujourd'hui inversée. L'avortement demeure cependant une cause de contentieux, tant dans la société que devant les juridictions. Obéissant à l'évolution des mœurs, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, la Cour) et l'ancienne Commission ont progressivement intégré, tant bien que mal, cette pratique dans l'ordre juridique de la Convention. Cette intégration est difficile non seulement en raison du caractère passionnel de l'avortement, mais aussi parce qu'elle bouleverse l'économie des droits de l'homme en acceptant une opposition irréductible entre la vie d'un être insaisissable et la liberté indéfinie d'un être adulte. La *liberté* et l'*être* sont au cœur de la théorie des droits de l'homme et l'avortement vient jeter un doute sur leur consistance.

Depuis le milieu des années 1970, c'est à travers une vingtaine d'arrêts et de décisions que les instances de Strasbourg ont construit un corpus jurisprudentiel sur l'avortement. Le but de cet article est de dégager de ce corpus le régime juridique de l'avortement dans le cadre de la Convention, et de lui porter une critique rationnelle. Le régime juridique de l'avortement est nécessairement conditionné par le statut de son *objet*, qui s'avère être aussi un *sujet* : *l'enfant à naître*³. La Cour obéit à cette exigence logique en construisant sur le fondement de l'appréhension qu'elle a de cet *enfant à naître* (I), son raisonnement relatif à l'avortement (II).

I. L'enfant à naître

La Cour fait dépendre la protection conventionnelle de l'enfant à naître de la détermination du point de départ de sa vie telle qu'effectuée dans l'ordre interne (1) ; elle ne renonce pas pour autant à lui accorder, dans l'ordre conventionnel, une protection potentielle de principe (2).

A. Le point de départ du droit à la vie

1. Approche de la Cour

La Cour autorise les États, dans la limite de leur marge d'appréciation, à déterminer dans leur ordre juridique interne « *le point de départ du droit à la vie*⁴ ». La détermination du point de départ du droit à la vie est une question à la fois de fait et de droit, la question de fait, relative au point de départ de la vie de la personne, conditionnant celle de droit, relative au point de départ du droit à la vie. Dans l'affaire *A. B. C. contre Irlande*, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas de consensus en Europe quant à la détermination du point de départ scientifique et juridique de la vie de la personne, ce qui a pour conséquence d'accorder aux États une marge d'appréciation quant à la détermination du point de départ du *droit* à la vie : « *étant donné qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États, de sorte qu'il est impossible de répondre à la question de savoir si l'enfant à naître est une 'personne' au sens de l'article 2 de la Convention*⁵ ». Notons que la « *définition juridique [...] des débuts de la vie* » n'est autre que « *le point de départ du droit à la vie* ».

² *Brüggemann et Scheuten c. RFA*, n° 6959/75, 12 juillet 1977, § 64, traduction non officielle, ci-après *Brüggemann*.

³ Suivant l'usage de la Cour, l'expression *enfant à naître* est employée pour désigner l'embryon et le fœtus.

⁴ *Vo c. France*, GC, n° 53924/00, 8 juillet 2004, § 82. Ci-après *Vo*.

⁵ *A. B. C., c. Irlande*, GC, n° 25579/05, 16 déc. 2010, § 237. Ci-après *A. B. C.*

Précédemment, dans l'affaire *Vo contre France*, la Grande Chambre avait été plus nuancée, elle s'était dite « convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention⁶ » (souligné par nous) avant d'ajouter qu' « on [peut] trouver comme dénominateur commun aux États l'appartenance à l'espèce humaine ; c'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne qui doivent être protégées au nom de la dignité humaine⁷ ». Cela étant, un État peut « légitimement choisir de considérer l'enfant à naître comme une personne et protéger sa vie⁸ », tout comme il peut déterminer le moment à partir duquel l'enfant à naître est une *personne* bénéficiant de la protection de la Convention. Cette détermination serait au départ une question de fait : la détermination du début de la vie⁹.

2. Critique de l'approche de la Cour

a. Confusion entre faits et valeurs :

Parler d'une « définition scientifique et juridique des débuts de la vie¹⁰ » confond la réalité scientifique et sa représentation juridique, le fait et la norme. Il est vrai qu'il n'y a plus en Europe de consensus en faveur de la protection juridique de l'enfant *in utero*. En revanche, la définition du début de la vie, qui ne relève pas de la compétence du droit, fait l'objet d'un consensus scientifique, elle est factuelle : il est établi que toute vie individuelle est un continuum ininterrompu de la conception à la mort¹¹. Toute autre définition du début de la vie ne peut échapper à l'arbitraire. Le commencement factuel de la vie individuelle n'a pas le caractère contingent des choix de valeurs¹² qui peut seul justifier le renvoi à la marge d'appréciation nationale. On ne peut pas prétendre que c'est l'état des connaissances scientifiques (c'est-à-dire de l'embryologie) qui rendrait « impossible de répondre à la question de savoir si l'enfant à naître est une 'personne' », c'est seulement une question de connaissance morale, et non une question factuelle¹³. Il ne s'agit ni de nier la complexité de la définition de la *personne humaine*, ni le fait qu'il est difficile de reconnaître un être humain durant les premières semaines de gestation, mais il s'agit d'admettre que la reconnaissance ou non d'une personne en un enfant à naître est un *choix* volontaire qui, comme tel, devrait être rationnel. Cela étant, il convient de considérer que pour être rationnel, tout choix doit être informé par la connaissance scientifique ; or, postuler qu'il n'existe pas de consensus scientifique sur le début de la vie permet de prétendre à l'impossibilité de former un jugement objectif et rationnel sur la nature de l'être humain *in utero*. La Cour ne *peut-elle* pas savoir ou ne *veut-elle* pas savoir ? Pour elle, il n'est en fait pas *souhaitable*¹⁴ de savoir si l'enfant à naître est une personne, car le reconnaître comme personne limiterait notre pouvoir à son égard.

⁶ *Vo*, § 85.

⁷ *Id.*

⁸ A. B. C., § 222, confirmant *Vo*.

⁹ Laurent Sermet, « Le droit de l'enfant à naître et la Convention européenne des droits de l'homme », in Joël Benoît d'Onorio, *Le respect de la vie en droit français*, Tequi, p. 170.

¹⁰ A. B. C., § 237.

¹¹ Moore, Keith L. and Persaud, T.V.N. *The Developing Human: Clinically Oriented Embryology*, 7th edition. Philadelphia: Saunders, 2003, p. 2.

¹² Contrairement par exemple à la morale qui, n'étant pas uniforme, justifie une marge nationale d'appréciation ; *Handyside c. RU*, n° 5493/72, 7 déc. 1976, § 48.

¹³ La preuve en est que la reconnaissance ontologique de l'enfant à naître comme *personne* a reculé depuis 50 ans alors même que les connaissances scientifiques ont progressé, au point de le reconnaître comme *patient*.

¹⁴ *Vo*, § 85.

b. La distinction entre l'enfant à naître et la personne¹⁵ :

La Cour adopte une distinction entre, d'une part, l'*enfant à naître*, qui est un être appartenant à l'espèce humaine¹⁶ et dont l'existence est déterminée par la science, et, d'autre part, la *personne* qui est un être appartenant à la société humaine et dont l'existence est déterminée par le droit. Pourtant, l'enfant à naître et la personne désignent matériellement une même réalité, un seul et unique *être*. Cette distinction implique une différence de *nature* alors que la différence n'est que de *degré* au sein d'un même continuum vital ; la naissance est un accident qui ne change pas la nature de l'être. C'est d'ailleurs au nom de cette identité de nature entre l'enfant à naître et la personne qu'est justifiée la pratique d'infanticides qualifiés d'« avortements postnataux¹⁷ ». La différence entre l'enfant à naître et la personne est fictive, car la *personne* elle-même devient une notion fictive dès lors qu'elle prétend désigner autre chose que la réalité tangible. Cette différence entre le fait (l'enfant) et la norme (la notion juridique de personne) n'existe que par la volonté, afin d'y ménager un espace à la liberté individuelle.

La notion juridique de « personne » qui devrait désigner une réalité tangible, tend à faire sienne la conception philosophique qui définit la personne par la possession - spécifique à l'homme de la conscience et de la raison, plutôt que par la possession de caractères physiques que l'homme partage largement avec d'autres êtres animés. Par ce rapprochement entre notions juridique et philosophique de personne, la personne est alors définie en droit par son esprit plutôt que par son corps. La distinction opérée par la Cour entre l'enfant à naître et la personne recouvre *in fine* une conception dualiste de l'homme opposant la matière et l'esprit, et reconnaissant à l'esprit une valeur primordiale. L'être humain est alors une personne à raison et en proportion de son animation par l'esprit : le fœtus ne l'est pas encore, le comateux en état végétatif ne l'est plus vraiment¹⁸. C'est cette option philosophique dualiste qui explique l'approche de la Cour en matière de suicide assisté et d'euthanasie : lorsque l'esprit d'une personne se trouve « enfermé » dans un corps souffrant, ou lorsque cet esprit s'est déjà, apparemment, « éteint¹⁹ ». Cette définition de la personne est ouverte autant à l'inconnu qu'à l'arbitraire, car la question de savoir quand l'esprit émergerait de la matière animée impliquerait au préalable de s'accorder sur la définition de « l'esprit », et sur la quantité d'esprit nécessaire à un être humain pour être reconnu comme une personne.

c. La marge d'appréciation :

Faire relever de la marge d'appréciation la détermination du commencement de la vie de la personne est problématique pour un autre motif encore : du fait que le sujet et l'objet du droit à la vie se confondent, cette marge ne module pas la portée d'un droit conventionnel selon les circonstances nationales, comme telle est sa fonction, mais elle subordonne à des dispositions de droit interne l'applicabilité même de la Convention. Or, les États ne peuvent pas réduire unilatéralement le champ d'application de la Convention et s'exonérer ainsi de leurs obligations conventionnelles en invoquant des dispositions de droit interne. Une telle pratique est contraire au droit des traités²⁰ et à la Convention²¹. Pourtant, c'est précisément ce qui se

¹⁵ La notion de personne est distincte de celle de personnalité juridique.

¹⁶ Cf. *Vo.*

¹⁷ A. Giubilini et F. Minerva, "After-birth abortion: why should the baby live?" *Journal of Medical Ethics*, Févr. 2012.

¹⁸ Claire de La Hougue et Grégor Puppink, « "L'effrayant" arrêt Lambert – Commentaire de l'arrêt CEDH, *Lambert et autres contre France*, GC, n° 46043/14, 5 juin 2015 », *RGDM*, n° 56, 2015, p. 19-42.

¹⁹ Claire de La Hougue et Grégor Puppink, « Le droit au suicide assisté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue suisse de droit de la santé*, Neuchâtel, 2015, p. 157.

²⁰ La Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, Art. 27 : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. »

produit en matière d'avortement : la Cour et les États invoquent des dispositions de droit interne pour ne pas appliquer l'article 2 au fœtus ; mais ils ne le font pas de manière réellement unilatérale, puisqu'il y a une convergence entre législations nationales et avec la position de la Cour.

À l'opposé de l'attitude de la Cour de Strasbourg, c'est précisément pour empêcher les États de donner à l'embryon humain une définition visant à le priver de la protection de la Directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques²² que la Cour de justice de l'Union européenne de Luxembourg définit ontologiquement l'embryon humain et donne à cette définition la qualité de notion autonome de droit européen²³.

De plus, il est important de souligner que lorsque le droit interne reconnaît à l'enfant à naître la qualité de *personne*, comme la Constitution irlandaise ou la loi italienne²⁴, la Cour devrait en tenir compte et lui accorder la pleine protection de la Convention²⁵ ; or elle ne l'a pas fait, elle n'a pas tiré les conséquences de son propre raisonnement qui semble ne fonctionner en fait qu'en sens unique, au détriment de l'enfant à naître.

d. Qualification et erreur de fait :

Si la Cour rappelle régulièrement qu'il appartient en principe aux autorités nationales, et à elles seules, de déterminer les faits en cause et que cette détermination s'impose à elle²⁶, elle ne s'en estime pas moins habilitée, dans certaines hypothèses, à connaître des erreurs de fait ou de droit commises par une juridiction interne, « *si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention*²⁷ ». Or, la reconnaissance de la qualité de *personne* à un être est une opération de qualification juridique, laquelle peut être entachée d'une erreur de fait ayant pour conséquence de priver cette vie humaine de la protection de la Convention. Théoriquement, la Cour devrait sanctionner une telle erreur. Cette question n'est pas vaine lorsque l'on considère la pratique de l'avortement par naissance partielle (durant l'accouchement), de l'infanticide des nouveau-nés handicapés²⁸, ou encore la situation des enfants nés vivants durant un avortement tardif. La Cour pourrait-elle accepter que des États ne qualifient pas de personnes ces nouveau-nés²⁹ ? Dans une affaire récente³⁰ où était en cause la mort accidentelle d'un enfant à huit mois de grossesse, la Cour a maintenu ne pas pouvoir « *répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » en raison de « l'absence de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie*³¹ ». Ces cas extrêmes montrent les limites du raisonnement de la Cour, car, précisément il ne s'agit pas de répondre « *dans l'abstrait* » ; c'est la Cour qui choisit de demeurer dans l'abstraction pour que la réalité ne vienne pas contraindre la liberté.

²¹ Article 19 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²² Directive 98/44/CE du 6 juil. 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

²³ CJUE, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, 18 octobre 2011, C-34/10.

²⁴ La loi n°40/2004 pose en son article 1^{er} que l'embryon conçu est un « sujet » qui dispose de droits, comme les autres sujets impliqués dans la PMA.

²⁵ Chaque État est libre d'accorder dans son ordre interne un degré de protection des droits de l'homme plus élevé que celui requis par la Convention (article 53).

²⁶ *Perlala c. Grèce*, n° 17721/04, 22 fév. 2007, § 25 ; *Kemmache c. France (n° 3)*, n° 17621/91, 24 nov. 1994, § 44.

²⁷ *Perlala ; García Ruiz c. Espagne*, GC, n° 30544/96, 21 janvier 1999, § 28.

²⁸ Voir E. Verhagen et P. J. Sauer, "The Groningen protocol, euthanasia in severely ill newborns", *N. Engl. J. Med.* 352 (10): 959–62, Mars 2005.

²⁹ La même question se pose d'ailleurs s'agissant de la définition légale de la mort : de quelle protection conventionnelle bénéficie un être humain en état de mort cérébrale ; est-il encore une personne au sens de la Convention ?

³⁰ *Mehmet Şentürk et Bekir Şentürk c. Turquie*, n° 13423/09, 9 avril 2013 ; ci-après *Şentürk*.

³¹ *Idem*, § 107.

L'abstraction est le détournement nécessaire du subjectivisme, permettant de passer de l'objet au sujet. De la même manière, dans l'arrêt *Costa et Pavan contre Italie*³² relatif à la procréation médicalement assistée, la Cour a estimé « *que la notion d'«enfant» ne saurait être assimilée à celle d'«embryon»* » (§ 62). Pourtant, les enfants et les embryons ne sont pas des « notions » abstraites créées par notre intellect, mais des réalités. Il aurait été plus franc de dire que les embryons ne sont pas des enfants, à supposer qu'une telle appréciation relève de la compétence de la Cour.

e. Le principe de précaution ?

Enfin, si vraiment il n'était pas possible de savoir si l'enfant à naître est une personne, le principe de précaution³³ voudrait que la Cour statue en faveur du respect de sa vie tant que le doute persiste³⁴. Or, à l'inverse, on invoque le doute pour statuer en sa défaveur. Imaginons un chasseur qui s'autorise à tirer sur un buisson au motif qu'il ignore si ce qui y bouge est un homme ou un animal...

Au total, la position de la Cour sur le point de départ du droit à la vie n'est pas rationnelle ; mais peut-il en être autrement ? De plus, en renvoyant cette question à la marge d'appréciation nationale, la Cour permet l'avortement *de facto* tout en prétendant que la décision de déshumaniser l'enfant à naître n'est pas sienne, mais résulte d'une ignorance scientifique et du choix des législations nationales.

B. Applicabilité relative de l'article 2 à l'enfant à naître

La Cour renvoie la question du point de départ de la vie aux ordres internes et n'a jamais jugé que - dans l'ordre de la Convention - l'enfant à naître n'était pas une personne. La Cour a toujours refusé, depuis les affaires *Brüggemann et Scheuten contre RFA*³⁵ et *H. contre Norvège*³⁶, d'exclure par principe l'enfant à naître du champ d'application de la Convention et de déclarer que celui-ci n'est pas une personne au sens de l'article 2 de la Convention. C'est là une subtilité à bien saisir qui nécessite de comprendre l'articulation entre les ordres interne et conventionnel : la Cour permet aux États de ne pas accorder dans leur ordre interne une totale protection *rationae temporis* à la vie prénatale, mais dans l'ordre conventionnel, la Cour ne prive pas la vie prénatale de toute protection, car à la différence des lois nationales qui permettent l'avortement pendant un certain délai, « *l'article 2 de la Convention est silencieux sur les limites temporelles du droit à la vie*³⁷ » et la Cour n'a jamais jugé que l'enfant à naître n'est pas une personne. Si la Convention ne protégeait pas la vie prénatale, il n'y aurait pas lieu de reconnaître aux États une marge d'appréciation, car toute marge est nécessairement inscrite dans le cadre d'une obligation préexistante. Le juge Jean-Paul Costa explique : « *Si l'article 2 avait été jugé radicalement inapplicable, il aurait été inutile – et c'est vrai aussi en l'espèce – de se poser la question de la protection du fœtus et de la violation de l'article 2 ; et de motiver de cette façon la non-violation de cette disposition*³⁸ ». Effectivement, la Cour n'est pas

³² *Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, 28 août 2012.

³³ *Tatar c. Roumanie*, n° 67021/01, 27 janvier 2009, § 120.

³⁴ Comme en matière d'euthanasie : « en cas de doute, la décision doit toujours viser à préserver la vie de l'intéressé et à en prolonger la vie ». APCE, Résolution n° 1859, 15 janvier 2012, *Protéger les droits humains et la dignité de la personne en tenant compte des souhaits précédemment exprimés par les patients*, § 7.8.

³⁵ *Brüggemann*, § 60.

³⁶ *H. c. Norvège*, n° 17004/90, Déc., 19 mai 1992, p. 167.

³⁷ *Vo*, § 75.

³⁸ Opinion séparée dans *Vo c. France*, § 10.

incompétente *rationae materiae* pour apprécier l'existence d'une atteinte à la vie d'un enfant à naître ; elle ne déclare pas davantage dénuées de tout fondement les requêtes qui invoquent l'article 2 au bénéfice d'enfants mort-nés³⁹.

Enfin, il n'y a pas que l'article 2 qui soit applicable à l'enfant à naître, la Cour lui a aussi appliqué d'autres dispositions, en particulier les articles 3 et 8 dans des affaires où le père dénonçait la torture subie par l'enfant durant l'avortement⁴⁰ et l'atteinte au respect de leur vie familiale⁴¹. Mais ces cas restent exceptionnels.

Finalement, considérant que l'enfant à naître n'est qu'une personne potentielle, la Cour lui accorde une protection potentielle, qui demeure à ce jour largement théorique.

II. L'avortement

Parce que théorique, la protection que la Cour accorde à l'enfant à naître ne s'oppose pas à la pratique de l'avortement, mais elle fait tout de même obstacle à la reconnaissance d'un droit conventionnel à l'avortement (1), et entraîne l'exigence, elle aussi théorique, d'une nécessité venant justifier l'atteinte à la vie de l'enfant à naître et aux autres droits et intérêts affectés par l'avortement (2).

A. Absence de droit conventionnel autonome à l'avortement

L'applicabilité potentielle de l'article 2 à la vie prénatale fait obstacle notamment à ce que l'avortement devienne un droit conventionnel autonome. Une affaire actuellement pendante va conduire la Cour à décider si l'article 2 fait également obstacle à ce que les embryons *in vitro* soient l'objet d'un droit réel⁴². En effet, la question du statut de l'enfant à naître conditionne nécessairement celles de l'avortement et des droits sur l'embryon. La Grande Chambre tire la conséquence de ce lien lorsqu'elle énonce que « *dès lors qu'on accorde aux États une marge d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître, il faut nécessairement leur laisser aussi une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte*⁴³ ». Très logiquement, « *Il s'ensuit que, même si l'examen des législations nationales semble indiquer que la plupart des États contractants [permettent ...] l'avortement, la Cour ne saurait considérer ce consensus comme un facteur décisif [...], même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention* » (§ 237). Le consensus favorable à l'avortement ne résout pas la question distincte et préalable de la qualité juridique de l'enfant à naître qui relève de l'ordre interne et sur laquelle, en revanche, il n'y aurait pas de consensus d'après la Cour. Ainsi, le consensus européen favorable à l'avortement ne suffit pas à réduire la marge d'appréciation des États et à établir un droit conventionnel à l'avortement. Cela n'a pas été compris par les six juges dissidents dans l'affaire *A.B.C. contre Irlande* ni par certains commentateurs⁴⁴ qui n'ont vu dans le statut du fœtus qu'une question subjective de morale publique à pondérer avec les intérêts conflictuels de la mère, et non pas une question préalable d'applicabilité de la

³⁹ *Şentürk*, § 107.

⁴⁰ *H. c. Norvège*, n° 17004/90, Déc., 19 mai 1992 ; *Boso c. Italie*, n° 50490/99, Déc., 5 sept. 2002.

⁴¹ *H. c. Norvège*, précit.

⁴² *Parrillo contre l'Italie*, n° 46470/11, pendante.

⁴³ *A. B. C.*, § 237.

⁴⁴ P. Ronchi, "A, B and C v. Ireland: Europe's *Roe v Wade* Still Has to Wait", *Law Quarterly Review*, 2011, 127(3), pp 365-369. E. Wicks, "Abortion Law under the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 11:3 (2011), p. 556.

Convention. Il faut néanmoins reconnaître à ces juges le mérite de ne pas se cacher derrière une prétendue ignorance scientifique sur le début de la vie et d'assumer clairement que le choix de l'avortement est purement moral, même si l'on peut regretter l'option ainsi prise d'une déshumanisation radicale de l'enfant à naître. La Cour n'a pas voulu les suivre dans cette voie.

Du reste, cette absence de droit à l'avortement au titre de la Convention est parfaitement établie et acceptée par ceux-là même qui souhaitent qu'un tel droit soit consacré⁴⁵. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a précisé que la Convention ne garantit pas un droit à subir un avortement⁴⁶ ni un droit de le pratiquer⁴⁷, ni même un droit de concourir impunément à sa réalisation à l'étranger⁴⁸. Enfin, l'interdiction en soi de l'avortement par un État ne viole pas la Convention⁴⁹. S'agissant de l'autonomie de la femme, dont le respect est garanti par l'article 8 relatif à la protection de la vie privée, la Cour a répété, depuis l'arrêt *A., B. C. contre Irlande*⁵⁰, que « *l'article 8 ne saurait [...] s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement*⁵¹ ».

En outre, dans certains pays, tel l'Allemagne, l'avortement demeure formellement illégal et est seulement toléré de la part d'autorités publiques sous réserve du respect de certaines conditions. Dans ce cas, la Cour a jugé qu'une telle tolérance n'équivalait pas à une autorisation accordée par la loi ni à un « droit » interne invocable devant la Cour⁵².

Comme l'avortement entre dans le champ conventionnel, sans être en soi un droit conventionnel, sa pratique doit être justifiée et proportionnée au regard de la Convention.

B. La pondération des différents droits et intérêts légitimes en jeu

Si, selon la Cour, le législateur national « *jouit d'une ample marge d'appréciation pour définir les circonstances dans lesquelles il autorise l'avortement*⁵³ », il n'en demeure pas moins que « *le cadre juridique correspondant doit présenter une certaine cohérence et permettre de prendre en compte les différents intérêts légitimes en jeu de manière adéquate et conformément aux obligations découlant de la Convention*⁵⁴ ». Ainsi, la Convention n'impose ni ne s'oppose à la légalisation de l'avortement, mais le cadre juridique de l'avortement doit respecter la Convention. Lorsqu'elle est saisie d'une affaire particulière, il appartient alors à la Cour de « *contrôler si la mesure litigieuse atteste d'une mise en balance proportionnée des intérêts concurrents en jeu*⁵⁵ ». Il s'agit là du principe pivot du raisonnement développé par la Cour ; il s'appuie sur la jurisprudence antérieure dont « *il résulte [...] que la solution donnée procède toujours de la confrontation de différents droits ou libertés, parfois contradictoires*⁵⁶ ».

⁴⁵ Ch. Zampas et J. M. Gher, "Abortion as a Human Right —International and Regional Standards", *Human Rights Law Review*, 8:2(2008), p. 287; D. Fenwick, "The modern abortion jurisprudence under Article 8 of the ECHR", *Medical Law International*, 2012 12, 249, 2013, p. 263.

⁴⁶ *Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugal*, n° 16471/02, Déc., 26 oct. 2004.

⁴⁷ *Jean-Jacques Amy c. Belgique*, n° 11684/85, 5 oct. 1988.

⁴⁸ *Jerzy Tokarczyk c. Pologne*, n° 51792/99, Déc., 31 janv. 2002.

⁴⁹ Voir notamment dans *A. B. et C. les requérantes A. et B.* qui ont contesté sans succès l'interdiction de l'avortement pour motif de santé et de bien-être.

⁵⁰ *A. B. C.*, § 214.

⁵¹ *P. et S. c. Pologne*, n° 57375/08, 30 octobre 2012, § 96.

⁵² *Noel De Bruin c. Pays-Bas*, n° 9765/09, Déc., 13 septembre 2013, § 57.

⁵³ *A. B. C.*, § 249.

⁵⁴ *A. B. C.*, § 249, *R. R. c. Pologne*, n° 27617/04, 26 mai 2011, § 187 ; *P. et S. c. Pologne*, § 99 ; *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, 20 mars 2007, § 116, ci-après *Tysiac*.

⁵⁵ *A. B. C.*, § 238.

⁵⁶ *Vo*, § 80.

La question qui se pose à présent est alors la suivante : quels sont ces droits, libertés et intérêts qui sont confrontés les uns aux autres, et dont le cadre juridique national doit assurer, sous le contrôle de la Cour, la « *mise en balance proportionnée* » ? Il y a d'abord les droits et intérêts de la femme enceinte, mais ils ne sont pas les seuls en cause.

1. Les droits de la mère

a. Le droit à la vie de la mère

Le droit à la vie de la mère (article 2) s'oppose parfois à celui de l'enfant à naître. La Cour n'a pas encore constaté de cas où un État aurait fait obstacle à l'avortement sur une femme dont la vie aurait été menacée du fait de sa grossesse. On peut néanmoins penser que c'est à cette hypothèse que la Cour se référerait lorsqu'elle a souligné qu'un « *respect inconditionnel de la protection de la vie prénatale ou l'idée que les droits de la future mère seraient de moindre envergure ne sauraient donc, au regard de la Convention, automatiquement justifier une interdiction de l'avortement fondée sur le souci de protéger la vie de l'enfant à naître*⁵⁷ ».

b. Le droit à la vie privée de la mère

Le droit à la vie privée de la mère (article 8) a été reconnu comme pouvant peser dans la balance des droits et intérêts mis en cause par l'avortement. La Cour a étendu le contenu de la vie privée au développement et à l'autonomie personnels⁵⁸, lesquels recouvrent des éléments liés à l'euthanasie⁵⁹, à la procréation médicalement assistée⁶⁰, au diagnostic prénatal ou préimplantatoire⁶¹, à l'homosexualité⁶², à l'intégrité physique⁶³ et morale⁶⁴ de la personne. La Convention ne garantit pas explicitement de droit à la santé, ni l'accès à certaines pratiques médicales⁶⁵, mais rattache cette matière au respect de la vie privée sous l'angle de l'intégrité physique et morale. C'est sous cet angle que la Cour envisage l'avortement dans le champ de l'article 8, tout en précisant clairement que « *l'article 8 ne saurait [...] s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement*⁶⁶ ».

Cela étant, la Cour a estimé que, dans le cas où le droit interne permet l'avortement, l'interdiction de l'avortement pratiqué pour des motifs de santé et/ou de bien-être⁶⁷ ainsi que la difficulté pratique d'accéder à un avortement légal sont des ingérences dans le droit au respect de la vie privée⁶⁸. La Cour peut alors apprécier la compatibilité de ces ingérences avec

⁵⁷ A. B. C., § 238.

⁵⁸ *Pretty c. R.-U.*, n° 2346/02, 29 avril 2002, § 61.

⁵⁹ *Koch c. Allemagne*, n° 497/09, 19 juillet 2012.

⁶⁰ *S. H et autres c. Autriche*, GC, n° 57813/00, 3 nov. 2011 ; *Evans c. R.-U.*, n° 6339/05, 10 avril 2007.

⁶¹ *Costa et Pavan c. Italie*.

⁶² *Dudgeon c. R.-U.*, n° 7525/76, 22 octobre 1981, § 41 ; *X et autres c. Autriche*, GC, n° 19010/07, 19 février 2013.

⁶³ *Tysiác*, § 107 ; *R. R. c. Pologne*, § 189.

⁶⁴ A. B. C., § 244.

⁶⁵ *R. R. c. Pologne*, § 198 ; voir aussi *Tysiác* ; *Chypre c. Turquie*, GC, n° 25781/94, 10 mai 2001 ; *Nikky Sentges c. Pays-Bas*, n° 27677/02, 8 juillet 2003.

⁶⁶ A. B. C., § 214 ; *P. et S. c. Pologne*, § 96. La Cour a également refusé de considérer le moyen soulevé par Mme *Tysiác* selon lequel le fait de ne pas avoir pu avorter serait en soi une violation de l'article 8 (§ 108).

⁶⁷ Requérantes A et B., l'affaire A. B. C. § 216.

⁶⁸ Requérante C dans A. B. C. ; *Tysiác* ; *P. et S. contre Pologne*.

l'article 8 « *en se fondant sur le critère susmentionné du juste équilibre, étant entendu qu'une ample marge d'appréciation doit être reconnue à l'État*⁶⁹ ».

* *S'agissant de l'interdiction de l'avortement pour des motifs de santé et/ou de bien-être*, la Cour, dans l'arrêt *A. B. C. contre Irlande*, a estimé que « *l'État irlandais n'a pas excédé la marge d'appréciation dont il jouit en la matière* » et que « *l'interdiction litigieuse a ménagé un juste équilibre entre le droit des première et deuxième requérantes au respect de leur vie privée et les droits invoqués au nom des enfants à naître* » (§ 241). Par suite, l'interdiction de l'avortement pour des motifs de santé et/ou de bien-être n'est pas en soi contraire à la Convention.

* *S'agissant en revanche des difficultés pratiques d'accéder à un avortement légal*, la Cour considère, depuis l'affaire *Tysiac*⁷⁰, que l'article 8 impose à l'État des obligations procédurales positives : « *une telle obligation peut impliquer la mise en place d'une procédure effective et accessible en vue de protéger le droit à la vie privée [...], et notamment la création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger les droits des individus et la mise en œuvre, le cas échéant, de mesures spécifiques en matière d'avortement*⁷¹ ». Dans plusieurs affaires, la Cour a estimé que ce n'est pas l'impossibilité en soi d'accéder à l'avortement, mais les déficiences du cadre juridique qui portent atteinte à l'intégrité physique et morale des requérantes. Dans les affaires *R. R. contre Pologne* et *P. et S. contre Pologne*, la Cour a même estimé que les conséquences de l'état d'incertitude et de stress résultant de ces déficiences matérielles avaient été telles qu'elles avaient emporté violation de l'article 3 de la Convention.

Ainsi, la Cour a jugé que dès lors que l'État décide d'autoriser l'avortement, y compris à titre exceptionnel, il doit alors instituer un cadre juridique précis et une procédure fiable permettant aux femmes d'exercer de façon effective leur *droit* interne à l'avortement. Cette approche procédurale oblige à clarifier les conditions d'accès légal à l'avortement⁷². En pratique cependant, la condamnation de la Pologne dans les deux affaires précitées a d'importantes conséquences. Pour exécuter ces arrêts, l'Irlande et la Pologne doivent instituer un mécanisme décisionnel (des comités compétents) auxquels pourront s'adresser les femmes désireuses d'avorter. La composition de ces comités fait l'objet de débats au sein du Conseil de l'Europe, certains⁷³ souhaitant réduire la proportion de médecins en leur sein au motif « *qu'une commission composée exclusivement de professionnels de la santé présente un vice structurel qui nuit à son impartialité*⁷⁴ ». Cette question est d'importance quant à la perception même de l'avortement, car les médecins ont une approche scientifique et médicale, tandis que les représentants de la « société civile » seraient portés à considérer davantage l'avortement sous l'angle abstrait des libertés individuelles. Les décisions de refus de ces comités seront susceptibles de recours, si bien que la décision ultime d'autoriser l'avortement n'appartiendra plus aux médecins, mais au juge, gardien des libertés...⁷⁵

⁶⁹ *A. B. C.*, § 238.

⁷⁰ *Tysiac*, § 110.

⁷¹ *A. B. C.*, § 245.

⁷² Le même raisonnement a été appliqué en matière de suicide assisté. Cf. Grégor Puppincq, « Suicide assisté : nécessité d'un cadre légal (à propos de la Suisse) », *Dalloz*, n° 19/7556, 30 mai 2013.

⁷³ Voir la communication de l'Organisation *Centre pour les droits reproductifs* au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et la réponse du gouvernement Polonais DH-DD(2010)610E.

⁷⁴ Voir Rapport n° A/HRC/14/20/Add.3 du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, 20 mai 2010, Conseil des droits de l'homme.

⁷⁵ L'approche adoptée par la Cour consistant, non pas à imposer frontalement la libéralisation de l'avortement, mais à accroître son accessibilité pratique lorsqu'il est autorisé à titre exceptionnel serait également celle promue au sein du CEDAW : voir J. Erdman, 'Access to Information on Safe Abortion: A Harm Reduction and Human Rights Approach', *Harvard Journal of Law & Gender* 34 (2011), 413; R. Sifris, 'Restrictive Regulation of Abortion and the Right to Health', *Medical Law Review* 18(2) (2010), p. 185.

Notons que, en théorie, l'Irlande et la Pologne auraient pu satisfaire à l'obligation qui leur était faite de clarifier leur cadre juridique en supprimant les exceptions permettant l'avortement. Une tentative récente en ce sens a rencontré un certain succès en Pologne.

2. Les autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître

L'avortement ne se réduit pas à une confrontation entre les droits de la mère et ceux de l'enfant à naître. Comme la Cour l'a souligné à maintes reprises, « *le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée devrait se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître*⁷⁶ ». De fait, « *la grossesse ne peut pas être considéré comme relevant uniquement de la sphère de la vie privée*⁷⁷ » de la femme, et « *l'article 8.1 ne peut pas être interprété comme signifiant que la grossesse et son avortement sont, en principe, seulement une matière relevant de la vie privée de la mère*⁷⁸ ». D'autres droits et intérêts légitimes sont en jeu. Outre ceux de l'enfant à naître, la Cour a pu identifier à ce jour l'intérêt légitime de la société à limiter le nombre d'avortements⁷⁹, à protéger la morale⁸⁰, à lutter contre l'eugénisme⁸¹. Dans le champ des articles 3 et 8 de la Convention, la Cour fait application, dès avant la naissance, de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants⁸². Elle reconnaît également que le droit au respect de la vie familiale du « *père potentiel*⁸³ » et de la grand-mère potentielle⁸⁴ est affecté par l'avortement de leur enfant ou petit enfant. La Cour a aussi reconnu l'obligation pour l'État d'informer les femmes sur les risques liés à l'avortement⁸⁵. On peut également penser que les États ont l'obligation de prévenir les avortements forcés et contraints, et les avortements sélectifs⁸⁶. La Cour a encore reconnu que d'autres droits peuvent être affectés dans des situations spécifiques, comme la liberté de conscience des professionnels de santé⁸⁷ ainsi que l'autonomie et l'éthique des institutions médicales⁸⁸.

Comme toute approche proportionnaliste, celle développée par la Cour devrait fonctionner dans les deux sens et permettre de conclure au caractère proportionné ou disproportionné d'avortements litigieux. Pour être regardé comme proportionné, un avortement doit viser à la préservation d'un droit ou d'un intérêt protégé par la Convention et prévalant sur les autres droits et libertés affectés par l'avortement.

Il en résulte qu'un avortement qui ne tendrait à la préservation d'aucun droit ou intérêt conventionnel légitime de la femme ne pourrait pas être considéré comme proportionné. Ce serait le cas des avortements dits *sur demande* (ou de convenance) qui ne trouvent pas d'autre justification légale que la demande elle-même. Or, la Cour a jugé que l'article 8 protégeant

⁷⁶ *Tysiac*, § 106 ; *Vo*, §§ 76, 80 et 82 ; *A., B. C.*, § 213.

⁷⁷ *Brüggemann*, §§ 59- 61 et *Boso c. Italie*, traduction non officielle.

⁷⁸ *Brüggemann*, § 61.

⁷⁹ *Odièvre c. France*, GC, n° 42326/98, 13 fév. 2003, § 45.

⁸⁰ *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, nos 14234/88 et 14235/88, 29 oct. 1992, § 63 ; *A., B. C.* §§ 222-227.

⁸¹ *Costa et Pavan c. Italie*.

⁸² *Boso c. Italie*.

⁸³ *X. c. R.-U.*

⁸⁴ *P. et S. c. Pologne*.

⁸⁵ *Csoma c. Roumanie*, n° 8759/05, 15 janvier 2013.

⁸⁶ Résolution APCE 1829 (2011) et Recommandation 1979 (2011) sur l'avortement sélectif en fonction du sexe du 3 octobre 2011.

⁸⁷ *Tysiac*, § 121 ; *R. R.*, § 206.

⁸⁸ *Rommelfanger c. RFA*, n° 12242/86, Com., Déc., 6 septembre 1989.

l'autonomie individuelle ne contient pas de droit à l'avortement⁸⁹. Par suite, l'avortement de convenance ne dispose d'aucune justification au titre de la Convention, il porte en revanche atteinte à des droits et à des intérêts conventionnels⁹⁰. La Cour n'a constaté une violation de la Convention du fait d'une difficulté d'accès à l'avortement exclusivement dans des situations spécifiques de grossesses résultant d'un viol ou causant un risque pour la santé physique (et non psychologique) et la vie de la femme. La Cour ne s'est encore jamais prononcée sur la conventionalité des avortements de convenance. Il serait intéressant de voir comment la Cour jugera la requête d'un « père potentiel » contestant sur le fondement de l'article 8 la conventionalité d'un tel avortement sur son enfant.

Autre conséquence logique de cette approche proportionnaliste : les États devraient limiter l'accès à l'avortement aux seuls cas ayant une justification conventionnelle objective, en particulier relative à la vie et à la santé de la mère. En outre, la Cour pourrait juger disproportionné des avortements tardifs, forcés, contraints ou sélectifs selon le sexe ou la race. Dès lors que les États ont aussi des obligations positives de protéger la vie⁹¹ et la vie familiale, de tels avortements n'affectent pas seulement l'article 2, mais aussi les articles 3, 8, 12 et 14. On ne saurait réduire l'avortement à une confrontation entre les droits de la mère et ceux de l'enfant à naître.

Conclusion

En définitive, dans la Convention comme dans la plupart des droits nationaux, l'avortement relève d'une logique de tolérance. Elle est fondée sur la pétition de principe qu'il serait juridiquement et scientifiquement impossible, mais en fait surtout non souhaitable, de savoir si l'enfant à naître est une personne. Cette tolérance est accordée dans l'ordre interne *via* la technique de la marge d'appréciation nationale, mais elle n'a pas d'effet quant à la substance du droit à la vie dans l'ordre proprement conventionnel. La Cour a toujours refusé d'exclure explicitement l'enfant à naître du champ d'application de la Convention et de juger que cet enfant à naître n'est pas une personne. Tant qu'il en sera ainsi, il sera impossible de prétendre à l'existence d'un droit à l'avortement au titre de la Convention, et tout avortement pratiqué devra être justifié par des droits et intérêts garantis par la Convention et proportionnés aux « *autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître*⁹² ». Il sera également impossible de soutenir que l'avortement de convenance respecte la Convention, même si la majorité des juges et des États ne souhaite pas actuellement condamner cette pratique.

Le ressort de ce raisonnement réside dans le fait que lorsque la marge d'appréciation est appliquée à l'article 2, elle porte simultanément et confusément sur la détermination non seulement de la *portée* du droit (comme il est d'usage) mais aussi du *sujet* du droit à la vie. Or, -et c'est là que se glisse la zone de non-droit créant un espace à l'avortement de convenance- si l'enfant à naître n'est pas un sujet de droit, peu importe alors la portée de son droit. Mais à l'inverse, s'il est un sujet, il ne devrait plus être question de moduler son droit qui doit être intégral. Toute position intermédiaire entre la protection et l'abandon est arbitraire, à moins de recréer une catégorie intermédiaire entre les personnes et les choses. À défaut de convaincre de l'humanité de la vie prénatale, il importe de conserver les moyens juridiques de lui conserver une certaine protection. En l'état actuel du raisonnement de la Cour, cette protection devrait

⁸⁹ A. B. C., § 214 ; P. et S. c. Pologne, § 96.

⁹⁰ Grégor Puppink, "Abortion on Demand and the European Convention on Human Rights", *EJIL:Talk!* Blog internet du *European Journal of International Law*, 22 février 2013.

⁹¹ *Calvelli et Ciglio c. Italie*, GC, n° 32967/96, § 48.

⁹² *Tysiac*, § 106 ; *Vo*, §§ 76, 80 et 82 ; A. B. C., § 213.

s'opérer par une mise en œuvre de l'examen de proportionnalité d'une manière susceptible de conclure effectivement en faveur de la protection de la vie de l'enfant à naître.