

LE DROIT À LA VIE DE L'ENFANT À NAÎTRE FACE AU PLURALISME JURIDICO-CULTUREL EUROPÉEN : ESSAI DE CONCILIATION À PARTIR DE LA THÉORIE DE LA MARGE NATIONALE D'APPRÉCIATION

Henri Bandolo Kenfack

Volume 45, Number 3, 2015

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105766ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/9919>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Kenfack, H. B. (2015). LE DROIT À LA VIE DE L'ENFANT À NAÎTRE FACE AU PLURALISME JURIDICO-CULTUREL EUROPÉEN : ESSAI DE CONCILIATION À PARTIR DE LA THÉORIE DE LA MARGE NATIONALE D'APPRÉCIATION. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 45(3), 469–510.
<https://doi.org/10.17118/11143/9919>

Article abstract

Due to an absence of social consensus on the status of the unborn, the issue of abortion continues to be controversial not only in jurisprudence but also in doctrinal writings. Since each society enjoys its own culture and legal tradition, the legal status of the fetus is not treated uniformly from one jurisdiction to another. One may query whether the notion of the right to life depends upon the cultural environment of the milieu where the question is raised. While this remains uncertain, one response to this question could depend upon the concept of human dignity within each society which posits the right to life within the context of legal and cultural pluralism. Since pluralism suggests various approaches, this article seeks to demonstrate how a national margin of appreciation could facilitate the reconciliation of human rights and cultural diversity with respect to the unborn's right to life.

**LE DROIT À LA VIE DE L'ENFANT À NAÎTRE FACE
AU PLURALISME JURIDICO-CULTUREL EUROPÉEN :
ESSAI DE CONCILIATION À PARTIR DE LA THÉORIE
DE LA MARGE NATIONALE D'APPRÉCIATION**

par Henri Bandolo KENFACK*

La question de l'avortement continue à diviser la jurisprudence et à déchirer la doctrine, faute de consensus social sur la définition commune de la nature et du statut juridiques de l'enfant à naître. Chaque société ayant sa culture et sa tradition juridique, le statut juridique de l'enfant à naître ne fait pas l'unanimité entre les États. Dans ce cas, on peut se demander si la notion de droit à la vie varie en fonction du milieu culturel dans lequel la vie se développe. La réponse à une telle question n'est pas évidente et peut résider dans le degré de perception de la notion de dignité humaine dans chaque société, ce qui plonge d'ailleurs le droit à la vie dans un pluralisme juridique et culturel. Face à un tel pluralisme différent et opposé, le présent article se propose de démontrer comment la notion de la marge nationale d'appréciation peut permettre de concilier les droits humains et la diversité culturelle, notamment dans le cas du droit à la vie de l'enfant à naître.

Due to an absence of social consensus on the status of the unborn, the issue of abortion continues to be controversial not only in jurisprudence but also in doctrinal writings. Since each society enjoys its own culture and legal tradition, the legal status of the fetus is not treated uniformly from one jurisdiction to another. One may query whether the notion of the right to life depends upon the cultural environment of the milieu where the question is raised. While this remains uncertain, one response to this question could depend upon the concept of human dignity within each society which posits the right to life within the context of legal and cultural pluralism. Since pluralism suggests various approaches, this article seeks to demonstrate how a national margin of appreciation could facilitate the reconciliation of human rights and cultural diversity with respect to the unborn's right to life.

* . Doctorant en droit à l'Université de Montréal.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	471
I- L'émergence de la marge nationale d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître	476
A- La notion de marge nationale d'appréciation	477
1- Marge nationale d'appréciation et pluralisme juridique	477
2- Marge nationale d'appréciation et pluralisme culturel... ..	479
B- Les fondements de la marge nationale d'appréciation	481
1- L'absence de définition des notions de « vie » et de « droit à la vie » dans le droit européen	482
a- L'absence de définition du terme « vie » et le refus de la Cour de se prononcer.....	482
b- L'absence de définition de l'expression « droit à la vie » et le refus de la Cour de se prononcer	484
2- L'absence de consensus européen sur la nature et le statut juridique de l'enfant à naître	489
a- Les controverses sur les notions de « début de la vie humaine » et de « personnalité humaine »	489
b- Les controverses autour de la reconnaissance de l'enfant à naître comme titulaire et bénéficiaire du droit à la vie.....	495
II- L'incidence de la marge nationale d'appréciation sur la protection du droit à la vie de l'enfant à naître	498
A- Une protection adaptée au contexte socioculturel et juridique des États	499
1- Une marge de discrétion.....	499
2- Un pouvoir discrétionnaire	502
B- Une protection rigoureuse à travers le pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour européenne	505
1- Le contrôle de conformité	505
2- Le contrôle de compatibilité	507
CONCLUSION	509

INTRODUCTION

Le droit à la vie s'inscrit dans le principe, plus large, de dignité humaine¹. Il occupe aujourd'hui une place aussi visible que prépondérante dans les instruments de protection des droits de l'homme². Si certains l'ont qualifié de droit fondamental de la

-
1. Bertrand MATHIEU, « La vie en droit constitutionnel comparé. Éléments de réflexion sur un droit incertain », R.I.D.C. 1998.50, p. 1031. Le concept de respect de la dignité humaine remonte dans l'histoire, puisqu'on le trouvait déjà dans plusieurs instruments juridiques. Ainsi, la *Charte des Nations Unies* signée à San Francisco, le 26 juin 1946, affirme solennellement, dès la première phrase de son préambule, la foi des peuples des Nations Unies « dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine... » Quelques mois plus tard, l'Acte constitutif de l'Unesco, établi à Londres le 16 novembre 1945, énonçait également dans son préambule que « la grande et terrible guerre qui vient de finir a été rendue possible par le reniement de l'idéal démocratique de dignité, d'égalité et de respect de la personne humaine... ». Trois années plus tard, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre 1948, proclame également, dès le premier Considérant de son préambule que « la reconnaissance de la dignité humaine inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Cette formulation sera reprise textuellement dans le préambule tant du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* que de celui relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 16 décembre 1966. Ainsi, l'article 10 du premier de ces deux *Pactes* précise que « [t]oute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ». De même, les quatre *Conventions humanitaires* signées à Genève, le 12 août 1949, contiennent un article 3 qui leur est commun, prohibant à l'égard des personnes les atteintes à la dignité humaine, notamment les traitements humiliants et dégradants.
 2. Voir l'article 3 de la *Déclaration Universelle des droits de l'homme* du 10 décembre 1948 qui mentionne que « tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ». Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* du 16 décembre 1966 (entré en vigueur le 3 janvier 1976) précise en son article 6, paragraphe 1 que « [l]e droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie ». La *Convention européenne des droits de l'homme* ouverte à la signature le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953 consacre tout son article

personne humaine³, c'est parce que les libertés et droits fondamentaux découlent de la vie, que le droit enveloppe la vie de l'individu tout au long de celle-ci et que, en toute hypothèse, il ne peut être porté atteinte à cette dernière⁴.

La notion de droit à la vie remonte dans l'histoire. Si l'on revient à l'Antiquité grecque, on comprend que le droit à la vie était beaucoup plus interprété par rapport à l'avortement et au suicide. Ainsi, Aristote pense que si les parents ont beaucoup

2 au droit à la vie. Son alinéa 1^{er} mentionne : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ». La *Convention américaine relative aux droits de l'homme* signée le 22 novembre 1969 et entrée en vigueur le 18 juillet 1978 a également consacré son article 4 au droit à la vie. Pour sa part, elle reconnaît un droit à la vie à partir de la conception. Ainsi, le paragraphe 1 de son article 4 est clair : « Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie ». La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée le 27 juin 1981 et entrée en vigueur le 21 octobre 1986 dispose en son article 4 que « La personne humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne : nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit ». Selon l'article 5 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, le droit à la vie est un droit imprescriptible et par conséquent les États assurent non seulement la survie et le développement de l'enfant mais aussi sa protection.

3. Anne TRIMARCO MARCIALI, « Droits fondamentaux et protection de la vie humaine prénatale dans la jurisprudence administrative », (2009) 3 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, p. 748. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à la vie constitue « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » : *Mac Cann c. le Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324, § 147. Pour le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, l'affaire *Baboeram c. le Surinam*, n° 146/1983, § 697, décision de la Commission du 4 avril 1985 le définissait comme le « droit suprême de l'être humain ». Le Comité des droits de l'homme l'apprehende ensuite comme « le droit le plus fondamental » (*Judge c. Canada*, constatations du 5 août 2003, § 10.3) voire comme « faisant partie du *jus cogens* » (*Nydia Bautista de Arellano c. Colombie*, 27 octobre 1995, § 6.6).
4. Catherine PUIGELIER, « Qu'est-ce qu'un droit à la vie? » D. 2003.2781.

d'enfants à nourrir, ils peuvent pratiquer l'avortement⁵. Le raisonnement de ce philosophe concorde avec celui d'un autre auteur, Michel Schooyans, qui pense que la pratique de l'avortement est étroitement liée au contexte économique et social et a été souvent le recours ultime du couple pauvre, angoissé à la perspective d'une bouche de plus à nourrir⁶. Il en ressort qu'une alimentation insuffisante est une raison valable pour justifier la pratique de l'avortement. Aujourd'hui, d'autres facteurs peuvent être pris en considération pour définir l'avortement, notamment la tradition juridique des États qui fait renaître le débat sur la question de la diversité culturelle.

Il est dès lors intéressant de s'interroger sur la pertinence de la notion de « culture » en tant que facteur déterminant du droit. On a pu observer, au sein des mouvements en faveur des droits humains, une légère tendance à mettre en avant la « culture » plutôt que les conditions économiques, sociales ou politiques, pour expliquer les violations des droits de l'homme⁷. La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁸ mentionne en son article 22 que « [l]'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ». On peut également observer dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁹ une prise en compte des questions des minorités ethniques, religieuses et linguistiques. Dans son article 27, on peut ainsi lire : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres

-
5. Sylvanus Ndubisi OKECHUKWU, *The Right to Life and the Right to Live. Ethics of International Solidarity*, Paris, Peter Lang, 1990, p. 183.
 6. Michel SCHOYANS, *L'enjeu politique de l'avortement*, 2^e Éd; Paris, Oeil; 1991, p. 11.
 7. Florian HOFFMANN et Julie RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle » (2004) 52 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, p. 4.
 8. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2000/C 364/01 (18 décembre 2000).
 9. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 107 (ci-après *Pacte sur les droits civils*).

membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. » De ce point de vue, on peut considérer que la notion de droit à la vie varie en fonction du milieu culturel dans lequel la vie se développe, puisque toute la question résidera dans le degré de perception de la notion de dignité humaine dans chaque société. Dans certaines sociétés africaines, par exemple, la pratique de la mutilation sexuelle est acceptée comme un trait inaliénable de la culture. Cette pratique, dans une telle culture, n'est nullement considérée comme une violation d'un droit quelconque ni, à plus forte raison, de celui du droit à la vie¹⁰. Alors que dans d'autres cultures, cette pratique est une violation incontestable du droit à la vie, compte tenu des risques possibles que cette forme de mutilation sexuelle peut occasionner. Cette prise en considération de la culture des États a fait renaître le débat sur la problématique de l'universalité des droits humains¹¹; débat aujourd'hui posé en termes de mondialisation des droits de l'homme.

Il faut reconnaître que la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* communément appelée *Convention européenne des droits de l'homme*¹² ne contient aucune disposition similaire à celles de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ou du *Pacte des Nations Unies* ci-dessus cités, ni aucune référence à la notion de diversité culturelle. On peut supposer que dans l'esprit des « pères fondateurs » de la Convention, les considérations culturelles n'avaient pas leur place dans le champ des droits humains. Mais, l'article 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme* évoque néanmoins le critère de l'appartenance à une minorité nationale quand elle interdit les discriminations. Au regard du nombre d'États parties à la *Convention européenne* qui augmente

-
10. Johannes G.C. VAN AGGELEN, *Le rôle des organisations internationales dans la protection du droit à la vie*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, p. 2.
11. Voir Woyo KONATE, *Universalité des droits de l'homme et mondialisation*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier III, 2011.
12. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T. E. n° 5 (ci-après la *Convention européenne*).

considérablement au cours des années, la Cour est de plus en plus confrontée au problème des variations de traditions et de sensibilités d'un État à l'autre¹³. Ainsi, parmi les affaires qui sont portées devant les juges de Strasbourg, plusieurs soulèvent des questions touchant aux spécificités culturelles des États parties. Ce constat du caractère « culturellement sensible » de certaines affaires va amener la Cour à reconnaître aux États une large « marge nationale d'appréciation »¹⁴.

La marge nationale d'appréciation trouve donc un fondement dans l'absence de consensus de la part des États membres de l'Union européenne sur certaines questions, comme celle du droit à la vie du fœtus. Il n'est pas surprenant de présenter le droit à la vie métaphoriquement comme un arbre à partir duquel tous les autres droits prennent leur racine. Il n'est pas non plus surprenant que le droit à la vie se mérite le titre de droit fondamental et devrait, de ce fait, bénéficier d'une protection absolue. Toutefois, celui de l'enfant à naître connaît encore de sérieux problèmes. L'expression « enfant à naître » n'est définie nulle part dans la Convention, mais ses synonymes sont nombreux : fœtus, enfant conçu, enfant simplement conçu, etc. Toutefois, suivant une étude faite par la Commission de réforme du droit du Canada, le terme « fœtus » désigne le produit de l'union, dans l'utérus, d'un spermatozoïde et d'un ovule humains, à quelque stade de la vie qui précède l'accession au statut de personne. Le terme embrasse à la fois l'embryon, c'est-à-dire le fœtus entre la fécondation et la fin de l'organogénèse, et le fœtus qui a dépassé le stade embryonnaire¹⁵.

Traditionnellement enfermé depuis le droit romain dans une fiction juridique qui fait de lui un être humain à la fois

13. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7.

14. Lire à ce sujet, entre autres, Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 10^e éd.; , Paris, PUF, 2011, aux pp. 227-237.

15. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les crimes contre le fœtus*, Document de travail 58, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1989, p. 52.

juridiquement inexistant, faute de personnalité juridique, et paradoxalement apte à acquérir des droits, le sort de l'enfant conçu fait l'objet, en doctrine comme en jurisprudence, d'un chassé-croisé perpétuel entre catégories juridiques différentes et opposées¹⁶. Face à une telle division et en l'absence de consensus de la part des États membres de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme a toujours évité de se prononcer sur le statut juridique de l'enfant à naître et sa reconnaissance comme titulaire du droit à la vie au sens de l'article 2 de la Convention, empruntant chaque fois à la théorie de la marge nationale d'appréciation¹⁷. Cette différence des traditions juridiques et culturelles sur l'application des droits humains amène à s'interroger sur les questions fondamentales suivantes : peut-on considérer l'enfant à naître comme une personne pouvant bénéficier de la protection du droit à la vie? Comment les différences culturelles entre les États peuvent-elles influencer sur la mise en œuvre des droits de l'enfant à naître? Peut-on considérer la marge nationale d'appréciation comme un moyen permettant de concilier les droits de l'enfant à naître et la diversité culturelle? Telles sont des questions clefs de cette contribution à la problématique de la protection du droit à la vie de l'enfant à naître et des femmes enceintes.

I- L'émergence de la marge nationale d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître

Le droit à la vie de l'enfant à naître et la question de l'avortement sont le reflet d'une culture ou d'une tradition. Ainsi, lorsqu'il s'agit des sujets sensibles, en l'occurrence l'avortement, il est difficile d'unifier le droit des États membres. Les arguments avancés lors des débats sont d'ordre moral ou religieux. Alors, la Cour européenne des droits de l'homme tente de trouver un terrain d'entente à travers sa théorie de la marge nationale d'appréciation. Que faut-il entendre exactement par « marge

16. François DIESSE, « La situation juridique de l'enfant à naître en droit français : entre pile et face » (1999/2000) 30 *Revue générale de droit* 607.

17. *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, §. 82, CEDH 2004-VIII.

nationale d'appréciation » et quels en sont les fondements dans le droit européen des droits de l'homme?

A- La notion de marge nationale d'appréciation

L'absence d'un dénominateur commun au système juridique des États contractants est souvent évoquée comme but légitime à l'appui de la marge nationale d'appréciation. On note en outre l'absence du droit conventionnel à l'avortement. Et face à une telle situation, la Cour européenne des droits de l'homme cède à la primauté des valeurs morales et culturelles des États européens sur le droit individuel des femmes à la libre disposition de leur corps¹⁸, d'où l'intérêt de la relation marge d'appréciation et pluralisme juridique, d'une part, et marge d'appréciation et pluralisme culturel, d'autre part.

1- Marge nationale d'appréciation et pluralisme juridique

La notion de marge d'appréciation permet le respect du pluralisme qui caractérise le système juridique européen. Elle a été évoquée pour la première fois par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lawless c. Irlande*¹⁹ où elle avait ainsi reconnu aux États une « marge nationale d'appréciation »²⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a

18. Nicolas HERVIEU, « L'avortement devant la Cour de Strasbourg : une « morale » de l'histoire bien décevante (Cour EDH, G.C. 16 décembre 2010, *A.B.C. c. Irlande*) », *combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr*, 19 décembre 2012, en ligne : <<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/12/19>> (consulté le 13 janvier 2015).

19. *Lawless c. Irlande (n° 3)*, arrêt du 1^{er} juillet 1961, série A n° 3. La question était de savoir si les dérogations au respect de l'article 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme* (notamment des gardes à vue de plusieurs jours sans présentation au juge) avaient été prises, en raison de la situation irlandaise, « dans la stricte mesure où la situation l'exige ».

20. Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste » (2000) 52 R.I.D.C. 760.

emboîté le pas à l'occasion de l'arrêt *Handyside c. Royaume Uni*²¹. Dans cette affaire, étaient en cause les procédures engagées contre le requérant en tant qu'éditeur d'un manuel de conseils destinés aux adolescents, incluant des informations sur la sexualité et qui avait été qualifié par les autorités de « publication obscène ». Ces procédures avaient abouti à la saisie et à la confiscation de l'ouvrage ainsi qu'à la condamnation du requérant à une amende. La Cour était appelée à déterminer si, comme le soutenait le gouvernement, ces mesures pouvaient être considérées comme nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la morale, comme but légitime²². Ce passage de l'arrêt *Handyside* démontre, à n'en point douter, le lien existant entre la marge d'appréciation et la diversité culturelle ou juridique. Ce lien entre la nature culturelle de certaines questions et la marge d'appréciation s'est réaffirmé dans l'arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*. Le requérant se plaignait de ce que son film vidéo ait été interdit de distribution par les autorités britanniques, en raison de son caractère jugé blasphématoire vis-à-vis des symboles chrétiens. Examinant la licéité au regard de la Convention de l'ingérence subie par le requérant dans sa liberté d'expression, la Cour affirme qu'« une grande marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement de la religion. »²³ La Cour n'apparaît que comme un organe subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme. Cette subsidiarité explique bien le fondement de la marge nationale d'appréciation.

La marge d'appréciation est d'abord « l'expression d'une nécessité fonctionnelle » d'après le Professeur Frédéric Sudre²⁴. Il pèse donc sur l'État une présomption de la connaissance du droit

21. *Handyside c. Royaume Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24.

22. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7, p. 9.

23. *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, § 58.

24. Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 10^e éd., Paris, PUF, 2011, p. 228.

et des faits liés à l'exercice de la souveraineté sur l'ensemble de son territoire. La Cour estime que les autorités nationales lui paraissent dans certains contextes mieux placées pour apprécier la manière dont il convient de répondre aux exigences de la Convention²⁵. L'État est mieux placé pour connaître et juger les faits qui se déroulent sur son territoire.

La marge d'appréciation est également la traduction d'une exigence idéologique : le pluralisme joue à l'intérieur de la communauté des États européens²⁶. Ainsi, la Cour prend en compte la diversité européenne et les cultures juridiques des États²⁷. La Convention n'impose aucune uniformité absolue. La Cour trouve qu'il est impossible de dégager du droit interne des divers États contractants « une notion européenne uniforme de la morale »²⁸ ou une « approche européenne uniforme » dans le domaine de la réglementation du recours à la fécondation *in vitro*²⁹. Dans de nombreux cas, elle a admis que, compte tenu des circonstances, les caractéristiques culturelles propres à l'État, à la région ou à une communauté constituaient un élément pertinent à prendre en considération pour apprécier l'existence d'une violation de la Convention³⁰.

2- Marge nationale d'appréciation et pluralisme culturel

La diversité culturelle croissante qui caractérise les sociétés européennes contemporaines et les tensions qu'elle engendre suscitent de vibrants débats³¹. D'un point de vue éthique, ce caractère multiculturel de la société européenne invite à la tolérance mutuelle, tant des peuples que des responsables

25. *Handyside c. Royaume Uni*, préc., note 21, § 48.

26. F. SUDRE, préc., note 24, p. 229.

27. *Sunday Times c. Royaume Uni* (n° 1), arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30, § 61.

28. *Handyside c. Royaume Uni*, préc., note 21, § 48.

29. *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 79, CEDH 2007-I.

30. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7, p. 7.

31. Julie RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1.

politiques des Nations de l'Europe qui ont choisi, de manière unique, de lier leur destin tout en assurant le respect mutuel de traditions historiques particulièrement fortes³². D'un point de vue juridique, ce multiculturalisme a pour base l'article 6 du *Traité d'Amsterdam*³³ (ex-article F du *Traité de Maastricht*) qui fait dériver les droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'union, notamment des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui proclame, par ailleurs, que « l'union respecte l'identité nationale de ses États membres »³⁴. Ainsi, dès lors qu'un État est accusé d'avoir violé un droit protégé, il tente de justifier cette violation en invoquant la protection de la culture nationale ou de la morale traditionnelle³⁵. C'est le cas du droit à la vie de l'enfant à naître qui alimente les débats lorsqu'on évoque la question de l'avortement. Les États ont tendance à rattacher une telle question à la culture. Cette kyrielle de situations ne laisse planer aucun doute que le droit à la vie varie en fonction du milieu culturel dans lequel la vie se développe. Dans ce cas, comment concilier les spécificités culturelles parfois contradictoires des États?

La Cour européenne reconnaît aux autorités nationales une ample marge d'appréciation sur certaines questions³⁶. Ce peut être aussi une marge d'appréciation réduite³⁷ et dans ce cas, la Cour va donc restreindre la marge d'appréciation de l'État en fonction de l'ampleur de la question. Ainsi, la Cour a précisé dans l'arrêt *Connors* que l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* garantit aux individus la liberté de choisir de préserver une identité culturelle, qui s'exprime par la poursuite d'un certain mode de vie et requiert tout simplement de l'État qu'il s'abstienne

32. *Vo c. France*, préc., note 17, § 40.

33. Le *Traité d'Amsterdam* a été signé le 2 octobre 1997 et est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. Il a modifié le *Traité instituant la communauté européenne* et le *Traité de l'Union européenne* (*Traité UE*).

34. *Vo c. France*, préc., note 17, § 40.

35. J. RINGELHEIM, préc., note 31, p. 5.

36. Cour EDH; *Buckley c. Royaume Uni*, arrêt du 25 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, § 75.

37. *Connors c. Royaume-Uni*, n° 66746/01, § 85, CEDH 2004-I.

de toute immixtion dans la sphère privée et familiale³⁸. Le pluralisme est au cœur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il traduit la diversité des cultures dans les États. En évoquant la marge d'appréciation des États, la Cour reconnaît et respecte une telle diversité. Il revient donc à l'État d'assurer un cadre juridique qui garantit à chacun la protection de ses droits fondamentaux.

Le droit à la vie de l'enfant à naître et le droit à la vie de la femme enceinte sont en perpétuel conflit avec la diversité culturelle interne des États. Au sein des États parties à la *Convention européenne*, il existe des divergences, des tensions, des oppositions sur la question de l'avortement et celle du statut juridique de l'enfant à naître. Pour trancher, la Cour trouve qu'il est nécessaire de renvoyer la question au droit interne des États afin que ces derniers puissent la régler selon leurs traditions culturelles. La notion de marge d'appréciation permet donc de mieux comprendre l'incertitude autour de l'avortement dans un monde multiculturel.

B- Les fondements de la marge nationale d'appréciation

La Cour n'a eu de cesse de rappeler que la *Convention européenne* est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions de vie actuelles³⁹. Il en résulte dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États que la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine. Les raisons qui la poussent à un tel raisonnement sont de deux ordres : d'une part, la solution donnée à la protection du droit à la vie de l'enfant à naître n'est pas arrêtée au sein de la majorité des États contractants, du fait de l'absence de définition scientifique et juridique des notions de vie et du droit à la vie, et d'autre part, aucun consensus européen n'existe sur la nature et le statut juridique de l'enfant à naître.

38. *Connors c. Royaume-Uni*, préc., note 37, § 84.

39. *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26, § 31.

Cette situation fait naître les débats et les combats autour de la problématique du fondement juridique de l'avortement et des bénéficiaires du droit à la vie. Ces combats opposent les défenseurs des droits de l'être à naître à ceux qui militent plutôt pour les droits de l'être vivant, ce qui rend d'ailleurs difficile la reconnaissance de la qualité de personne au fœtus.

1- L'absence de définition des notions de « vie » et de « droit à la vie » dans le droit européen

L'article 2 de la *Convention européenne des droits de l'homme* renferme deux éléments fondamentaux. La première phrase du paragraphe 1 énonce l'obligation générale de protéger le droit à la vie par la loi. La deuxième phrase interdit de donner la mort intentionnellement. Cette interdiction est délimitée par les exceptions mentionnées dans la deuxième phrase elle-même et le paragraphe 2, quant à lui, énumère les limitations au droit à la vie. La disposition ne définit ni le terme « vie » ni l'expression « droit à la vie ». Face à un tel silence, la Cour européenne refuse de se prononcer sur la définition de ces termes et préfère renvoyer aux lois des États le soin de statuer sur la question.

a- L'absence de définition du terme « vie » et le refus de la Cour de se prononcer

Si les praticiens biologistes, généticiens ou médecins semblent incapables de s'entendre sur la façon de définir la vie, et ne sont même pas en mesure de s'accorder sur les critères de distinction entre matière vivante et inerte, si ceux qui ont la formation adéquate dans les disciplines médicales, philosophiques et théologiques sont incapables d'arriver à se mettre d'accord sur le moment du commencement de la vie, l'infortuné juriste ne peut prétendre, ni donner une définition incontestable de la vie, ni déterminer avec certitude le moment où cette vie commence⁴⁰.

40. Anne TRIMARCO MARCIALI, « Droits fondamentaux et protection de la vie humaine prénatale dans la jurisprudence administrative » (2009) 3-010 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 743.

Les instruments internationaux de protection du droit à la vie précisent que « toute personne a droit à la vie ». On peut en déduire que seule une personne peut bénéficier du droit à la vie. La *Convention internationale sur les droits de l'enfant* déclare protéger l'être humain dans sa personne dès le commencement de la vie. Dans le même sens, la *Convention américaine des droits de l'homme* en son article 4 protège le droit à la vie « en général à partir de la conception ». On peut déduire de ces deux textes que la vie s'entend comme étant la durée qui sépare la conception de la mort. De ce point de vue, ce n'est plus la naissance qui définit le point de départ de l'existence d'une personne, mais bien au contraire la simple conception.

Il faut relever que l'absence de définition du mot « vie » dans ces textes génère le trouble autour de la notion de « personne ». Puisqu'aucun texte juridique ne définit ni l'expression « toute personne » ni le terme « vie », on s'inspire de la doctrine qui tente de proposer une définition. Ainsi, Hannah Arendt se plonge dans l'Antiquité grecque pour rappeler que le thème de la vie se déclinait de deux façons : d'abord, la vie au sens de *Zoé*, qui donnera zoologie, est celle qui anime et caractérise tous les vivants dans le « être en vie ». Ensuite, la vie au sens de *Bios*, qui donnera biographie, est celle qui désigne la vie en sa dimension éthico-culturelle, l'existence comme genre ou style de vie⁴¹. Cette distinction historique établie par Arendt ne donne toujours pas une définition claire du mot « vie ». Elle présente tout simplement la vie d'abord comme zoologie couramment appelée biologie et ensuite comme biographie, mais reste silencieuse quant à la question des bénéficiaires de la vie.

Le *Dictionnaire français de médecine et de biologie* définit la vie comme étant « l'ensemble des phénomènes énergétiques que

41. Hannah ARENDT, *La crise de la culture, Huit exercices de pensée politique*, Paris, Gallimard, 1972, p. 59. Dans le même sens, voir Jean-Philippe PIERRON, « Le droit à la vie : point aveugle ou horizon d'attente des droits de l'homme? », dans Michel LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 80.

manifestent certaines protéines, en particulier celui de s'organiser sous la forme d'une cellule ou d'un groupe de cellules, constituant un organisme capable de se multiplier et de se perpétuer ainsi indéfiniment, si les conditions ambiantes lui restent favorables »⁴². Il nous semble que cette définition ne parle que de la formation de la vie, même si elle tente de décrire plus loin les conditions pouvant favoriser le droit à la vie.

Dans sa décision *X c. Royaume-Uni*, la Commission européenne s'est penchée sur la requête d'un mari qui se plaignait de l'autorisation accordée à sa femme en vue d'un avortement thérapeutique pour en fin statuer sur le terme « vie » et, en particulier, le début de la vie. Elle note, à cet effet, qu'il existe des divergences de points de vue sur la question du moment où la vie commence. D'aucuns estiment qu'elle commence dès la conception alors que d'autres ont tendance à insister sur le moment de la nidation, sur celui où le fœtus devient viable ou encore sur celui où il naît vivant⁴³.

b- L'absence de définition de l'expression « droit à la vie » et le refus de la Cour de se prononcer

La *Convention européenne* consacre son article 2 au droit à la vie et précise au paragraphe 1^{er} que le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. Que faut-il entendre exactement par « droit à la vie »? La Convention ne propose aucune définition. Face au silence des instruments de protection des droits de

42. Alexandre MANUILA, *Dictionnaire français de médecine et de biologie*, t. III, Paris, Masson, 1972, p. 1151. Cette définition a été reprise en 1992 au cours d'un symposium sur le droit à la vie par Eya Nchama, définition dans laquelle l'auteur trouve une jouissance effective du droit à la vie et du droit de vivre. Voir Cruz Melchor EYA NCHAMA, « Le droit à la vie, le droit de vivre et la problématique africaine », dans Daniel PREMONT et Françoise MONTANT (dir.), *Actes du symposium sur le droit à la vie quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 81.

43. *X c. Royaume-Uni*, n° 8416/79 décision de la Commission du 13 mai 1980, Décisions et rapports 19, p. 260, par. 12.

l'homme quant à sa définition, la notion de droit à la vie en général sera étudiée par la doctrine la plus savante⁴⁴ et fera particulièrement couler beaucoup d'encre jurisprudentielle⁴⁵. Pour

-
44. Entre autres, Michel LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010; Bertrand MATHIEU, *Le droit à la vie dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes*, Bruxelles, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005; Daniel PREMONT (dir.), *Essais sur le concept de « droit de vivre » en mémoire de Yougindra Khushalani*, Bruxelles, Bruylant, 1988; Daniel PREMONT et Françoise MONTANT (dir.), *Actes du symposium sur le droit à la vie quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Bruxelles, Bruylant, 1992; Bertrand G. RAMACHARAN (eds), *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985; Sylvanus OKECHUKWU NDUBISI, *The Right to Life and the Right to Live. Ethics of International Solidarity*, Paris, Peter Lang, 1990; Christian TOMUSCHAT, Evelyne LAGRANGE and Stefan OETER (eds), *The Right to Life*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2010; Irène COUZIGOU, « L'incidence du droit à la vie sur le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme », (2010) *Revue générale de droit international public* 343; Feyyaz GÖLCÜKLÜ, « Le droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998; Alexandre Charles KISS et J-B. MARIE, « Le droit à la vie », (1974) 7 *Human Rights Journal* 338; Françoise TULKENS, « Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan - Libertés, justice, tolérance*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2004.
45. Pour le Comité des droits de l'homme, voir entre autres, C. n° 1440/2005, *Aalbersberg et consorts c. Pays-Bas*, const. du 14 août 2005; C. n° 181/1984, *Arévalo c. Colombie*, const. du 22 novembre 1989; C. n° 563/1993, *Bautissa de Arellana c. Colombie*, const. du 13 novembre 1995; C. n° 992/2001, *Bousroual c. Algérie*, const. du 24 avril 2006; C. n° 1077/2002, *Carpo c. Philippines*, const. du 15 mai 2003; C. n° 913/2000, *Chan c. Guyane*, 23 janvier 2006; C. n° 469/1991, *Charles Chitat Ng c. Canada*, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994); C. n° 821/1998, *Chongwe c. Zambie*, const. du 9 novembre 2000; C. n° 539/1993, *Cox c. Canada*, const. du 9 décembre 1994; C. n° 1422/2005, *El Hassy c. Jamahiriya arabe libyenne*, const. du 24 octobre 2007; C. n° 1196/2003, *Fatma Zohra Boucherf c. Algérie*, N.U. Doc. CCPR/C/86/D/1196/2003 (2006). Pour la Cour européenne des droits de l'homme, voir entre autres, *Andronicou et Constantinou c. Chypre* (exceptions préliminaires), arrêt du 9 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-VI*; *Alikaj et autres c. Italie*, n° 47357/08, CEDH 2011; Al-

Bertrand Mathieu, le droit à la vie c'est d'abord le droit de ne pas se voir imposer une privation de la vie, et en suite, c'est pour l'essentiel l'interdiction de commettre un meurtre et la prohibition de la peine de mort⁴⁶. Après avoir démontré que le lien entre le droit à la vie et le droit de vivre renforce la relation qui existe entre les droits civils et politiques et les droits socio-économiques, Sylvanus Okechukwu formule une définition du concept de « droit à la vie » qui prend en compte le caractère arbitraire de la privation de la vie. Dans son ouvrage intitulé *The Right to Life and The Right to Live*, on peut lire: « The right to life is understood as

Skeini et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 55721/07, CEDH 2011; *Berktaç c. Turquie* (exceptions préliminaires), n° 22493/93, CEDH 2001; *Bubbins c. Royaume-Uni*, n° 50196/99, CEDH 2005-II; *Çakici c. Turquie* [GC], n° 23657/94, CEDH 1999-IV; *Celniku c. Grèce* (déc.), n° 21449/04, CEDH 2007; *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV; *Çoselav c. Turquie* (satisfaction équitable), n° 1413/07, CEDH 2012; *Csiki c. Roumanie*, n° 11273/05, CEDH 2011. Pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme, voir entre autres, *Communauté indigène Sawhoyamaxa c. Paraguay*, 29 mars 2006, Fond et Réparations, série C n° 146; *Goiburù et autres c. Paraguay*, Fond, Réparations et Frais, arrêt du 22 septembre 2006, série C n° 153; *Hilaire, Constantine et autres c. Trinité et Tobago*, Fond et Réparations, 21 juin 2002, série C n° 94; *Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay*, Fond et réparations, 2 septembre 2004, série C n° 112; *Massacre de Mapiripàn c. Colombie*, Fond et Réparations, 7 mars 2005, série C n° 134. Pour la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, voir entre autres, *Achuthan et Autres (pour le compte de Banda et Autres) c. Malawi*, (2000) RADH 142 (CADHP 1995); *Amnesty International et Autres c. Soudan*, (2000) RADH 323 (CADHP 1999); *Avocats Sans Frontières (pour le compte de Bwampamye) c. Burundi*, (2000) RADDH 52 (CADHP 2000); *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (pour le compte de la Communauté Ogiek du Kenya) c. République du Kenya*, ordonnance portant mesures provisoires, requête n° 006/2012 du 15 mars 2013; *Commission Nationale de Droits de l'Homme et des Libertés c. Tchad*, (2000) RADDH 343 (CADHP 1995); *Constitutional Rights Project (pour le compte de Akamu et Autres) c. Nigeria*, (2000) RADDH 181 (CADHP 1995); *Femi Falana c. Union africaine*, requête n° 001/2011 du 26 juin 2012; *Free Legal Assistance Group et Autres c. Zaïre*, (2000) RADH 299 (CADHP (1995)); *Forum of Conscience c. Sierra Leone*, (2000) RADDH 318 (CADHP 2000).

46. Voir Bertrand MATHIEU, *Le droit à la vie dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes*, Bruxelles, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 1033.

the right not to be killed and also to be protected from arbitrary execution or murder »⁴⁷. On peut, ainsi définir le droit à la vie non seulement comme le droit de ne pas être tué, mais aussi et surtout comme le droit d'être protégé contre toute privation arbitraire. S'inscrivant dans la même perspective, mais de façon plus simple, Pierre d'Argent définit d'abord le droit à la vie comme « le droit de chaque personne de ne pas être arbitrairement privée de la vie par les autorités publiques » avant de soutenir ensuite que « le respect du droit à la vie est une obligation *erga omnes* »⁴⁸.

À l'occasion du colloque organisé en novembre 2009 par l'Institut de droit européen des droits de l'homme à la Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Jean-Philippe Pierron a proposé une double signification de l'expression « le droit à la vie » : une signification minimale qui définit le droit à la vie comme un droit pour les vivants et un droit appliqué aux vivants; une signification maximale qui repose sur des considérations ontologiques déterminant l'essence même de l'homme⁴⁹. La première signification fait renaître les débats, avec les combats qui perdurent autour de la problématique des bénéficiaires du droit à la vie. Ces combats opposent les défenseurs des droits de l'être à naître à ceux qui militent plus tôt pour les droits de l'être vivant. Quant à la deuxième signification, elle ré interpelle une question fondamentale qui sera ultérieurement posée dans le cadre de cet article : « quand commence et où s'arrête la vie humaine? ». Elle s'attaque également à l'existentialisme de Jean-Paul Sartre pour

47. Voir Sylvanus OKECHUKWU, *The Right to Life and the Right to Live. Ethics of International Solidarity*, Paris, Peter Lang, 1990, p. 181. La traduction de la définition pourrait se lire ainsi : « Le droit à la vie est entendu comme étant le droit de ne pas être tué et aussi d'être protégé contre les exécutions arbitraires ou assassinats ».

48. Voir Pierre D'ARGENT, « Le droit à la vie en tant que *jus cogens* donnant naissance à des obligations *erga omnes* », dans Christian TOMUSCHAT, Evelyne LAGRANGE and Stefan OETER (eds), *The Right to Life*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2010, p. 411.

49. Voir Jean-Philippe PIERRON, « Le droit à la vie : point aveugle ou horizon d'attente des droits de l'homme? », dans Michel LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 73-77.

qui « l'existence précède l'essence »⁵⁰. Par cette formule, Sartre exprime sa conviction fondamentale que l'homme existe d'abord et se définit après. Cette philosophie sartrienne témoigne de la liberté de l'être humain sans toutefois déterminer son essence. Dans la mesure où le droit protège toute personne contre les atteintes à la vie, on peut dès lors se demander pourquoi l'existence serait un critère déterminant de protection de la vie. Mais, disons avec Jean-Philippe Pierron que l'approche essentialisée de la définition du droit à la vie a reçu deux interprétations contraires : d'abord, une interprétation transcendante de type spiritualiste qui prend en compte la vie comme une valeur transcendante et absolue avec laquelle on ne saurait transiger. Dans ce cas, le droit à la vie est connoté par une tradition métaphysique et théologique pour laquelle la vie est sacrée et que Dieu seul est maître de la vie. Ensuite une interprétation immanente de type matérialiste où l'essentialisme repose sur une réduction de la vie au vivant biologique⁵¹. On voit donc ici une définition du droit à la vie qui définit le vivant à la fois dans sa dimension organique et dans sa dimension métaphysique opposant ainsi le matériel au spirituel. Le droit à la vie est appréhendé alors comme le premier droit de l'homme sans lequel les autres droits liés au respect de la dignité humaine sont dépourvus de signification⁵². Cependant, la Cour européenne, dans sa pratique jurisprudentielle, refuse de se prononcer sur son application au fœtus. Elle trouve que le droit à la vie de l'article 2 de la Convention ne peut pas être interprété comme s'appliquant au fœtus, car il concerne uniquement la vie de personnes déjà nées vivantes et il ne serait non plus cohérent ni justifié de dissocier ce droit du sujet auquel il se rattache, en l'occurrence la personne⁵³. On comprend donc que les rédacteurs de la Convention n'ont pas voulu étendre le champ du droit à la vie au fœtus, de façon contraire au droit interne des États parties. La Cour trouve également que la reconnaissance d'un droit à la vie

50. Voir Jean-Paul SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, Gallimard, 1945, p. 29.

51. J.-P. PIERRON, préc., note 49, pp. 76-77.

52. Pierre LAMBERT, « La protection des droits intangibles dans les situations de conflit armé », *RTDH* 2000.249.

53. *Vo c. France*, préc., note 17, § 52.

du fœtus au sens de l'article 2 placerait sur un pied d'égalité la vie de la mère et celle du fœtus, et que par ailleurs, privilégier la sauvegarde de la vie du second ou la mettre en balance avec l'unique risque à la fois grave, immédiat et insurmontable pour la vie de la mère constituerait une régression historique et sociale ainsi qu'une remise en cause des législations en vigueur dans de nombreux États parties à la Convention⁵⁴. Cette hésitation de la Cour résulte du fait qu'il n'existe pas de consensus au sein des États membres sur la définition scientifique et juridique des débuts de vie. Cette absence de dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants est souvent évoquée comme but légitime à l'appui de la théorie de la marge nationale d'appréciation.

2- L'absence de consensus européen sur la nature et le statut juridique de l'enfant à naître

La question de l'avortement est une question aujourd'hui bouleversée par le progrès médical⁵⁵ et partage de ce fait les avis sur les droits des femmes enceintes et les droits des fœtus, ce qui suscite des conflits de droits et de valeurs, sur lesquels il semble difficile, sinon impossible, d'obtenir un consensus social⁵⁶.

a- Les controverses sur les notions de « début de la vie humaine » et de « personnalité humaine »

Les législations en vigueur dans les États membres diffèrent sensiblement quant à la question de savoir quand commence la vie humaine et à partir de quand apparaît la « personnalité » humaine. Force est de constater qu'il n'existe, en effet, aucune définition consensuelle, ni scientifique, ni juridique, des débuts de la vie⁵⁷. Quant à la question de savoir si le fœtus peut être

54. *Vo c. France*, préc., note 17.

55. F. SUDRE, préc., note 24, p. 303.

56. Louise ROLLAND, *Le statut juridique du fœtus : Analyse rhétorique*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Faculté de droit, 1992, sommaire.

57. *Vo c. France*, préc., note 17, § 40.

considéré comme une personne pouvant bénéficier de la protection du droit à la vie, trois thèses s'affrontent : la première soutient que l'enfant à naître est une personne juridique dotée de la même protection juridique que les individus nés vivants et viables⁵⁸. La deuxième défendant le contraire démontre que l'enfant à naître n'est pas une personne et n'a droit à cet effet à aucune reconnaissance, ni protection juridique⁵⁹. La troisième, plus conciliante, défend l'idée selon laquelle l'enfant à naître est bien une personne juridique, mais dont les droits sont affaiblis⁶⁰. Cette dernière thèse vise à démontrer que même si l'enfant à naître est une personne, il ne peut du moins pas bénéficier des droits au même titre que la mère qui le porte. On voit apparaître une autre thèse dans la contribution de Ronald Dworkin⁶¹. Il distingue d'un côté le droit de la femme à disposer de son corps et de l'autre côté celui de l'enfant conçu au sujet duquel il note que ce dernier reçoit une protection normative moins certaine que le premier dans nombre d'ordres juridiques. Il propose enfin de considérer que « le débat relatif à l'avortement est un débat relatif à l'idée de valeur intrinsèque et non un débat relatif aux droits et aux intérêts du fœtus »⁶². Cet auteur met en exergue l'intérêt de la femme, ce qui rend difficile la reconnaissance de la qualité de personne au fœtus. Cette divergence rend floue la définition de la nature et du statut juridiques du fœtus, provoquant ainsi une incertitude sur le fondement juridique même de l'avortement. Selon un principe général de la *common law* désormais établi, la personnalité juridique au Royaume-Uni, par exemple, se

58. Voir Gérard MEMETAU, « La guerre de sécession n'aura pas lieu, ou la question des frontières et de l'autonomie du droit médical », (1995) 3 R.R.J. 753; Alain SERIAUX, *Les personnes*, Paris, Que sais-je?, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 6-7.

59. F. DIESSE, préc., note 16, p.611; voir également Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, *Rev. Fr. Dr. Const.*, 1994, pp. 803-804 (note FAVOREU).

60. F. DIESSE, préc., note 16, p. 612.

61. Ronald DWORKIN, *Life's Dominion. An Argument about abortion and euthanasia*, New York, Harper Collins, 1993, p. 35, cité par Stéphanie HENNETTE VAUCHEZ dans l'ouvrage collectif *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Michel LEVINET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 326.

62. *Id.*, p. 326.

concrétise à la naissance. Avant ce stade, l'enfant à naître n'a aucune personnalité juridique autonome par rapport à celle de la femme enceinte. Néanmoins, malgré cette absence de personnalité juridique, les intérêts de l'enfant à naître sont souvent protégés pendant qu'il est dans le ventre de sa mère, même s'ils ne peuvent s'imposer comme des droits susceptibles d'être sanctionnés devant la justice tant qu'il n'y a pas eu acquisition de la personnalité juridique, à la naissance⁶³. En droit civil, cela signifie spécifiquement qu'avant la naissance, l'enfant à naître n'a pas qualité pour entamer une action en réparation ou faire usage d'autres recours juridictionnels à raison d'un préjudice ou d'une atteinte subie *in utero*, et qu'aucune plainte ne peut être présentée en son nom⁶⁴. En droit pénal, il est bien établi que l'enfant à naître n'est pas traité comme une personne juridique sous l'angle des règles de la common law sur l'homicide volontaire ou involontaire⁶⁵.

Hormis la *Convention américaine des droits de l'homme*⁶⁶ qui stipule que le droit à la vie doit être protégé « en général à partir de la conception », les autres textes internationaux font état d'un droit protégeant l'être vivant et non l'être à naître⁶⁷. À la lecture du paragraphe 1 de l'article 4 de la *Convention américaine*, on comprend que l'enfant simplement conçu acquiert d'office une personnalité juridique qui est source de droit, et notamment le droit à la vie. Même si la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁶⁸ fait prévaloir le critère de la vie spirituelle sur celui de la vie biologique pour définir l'être humain⁶⁹, la *Convention*

63. *Vo c. France*, préc., note 17, § 71.

64. *Id.*, § 72.

65. *Id.*, § 52.

66. *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, (1979) 1144 R.T.N.U. 123 (ci-après la *Convention américaine*).

67. F. SUDRE, préc., note 24, p. 303.

68. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948), p. 71 (ci-après *Déclaration universelle*).

69. F. SUDRE, préc., note 24, p. 303; voir *Déclaration universelle*, adoptée à Paris et proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948, son article 1^{er} dispose : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et

européenne ainsi que la *Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine*⁷⁰ ne donnent aucune définition de l'expression « toute personne ». La *Convention d'Oviedo* utilise au paragraphe 19 de son article 1^{er} l'expression « être humain » en énonçant la nécessité de protéger l'être humain dans sa dignité et son identité et en précisant qu'il est un principe généralement accepté selon lequel la dignité humaine et l'identité de l'espèce humaine doivent être respectées dès le commencement de la vie⁷¹. Quant au *Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine* portant interdiction du clonage d'êtres humains (12 janvier 1998), son article 1^{er} précise que l'expression « être humain » génétiquement identique à un autre être humain signifie un être humain ayant en commun avec un autre des gènes nucléaires⁷². En l'absence d'unanimité, parmi les États membres du Conseil de l'Europe, sur la définition de ces termes, il a été convenu de laisser au droit interne le soin éventuel d'apporter les précisions pertinentes aux effets de l'application des Conventions⁷³.

Le débat est loin d'être clos sur la situation juridique de l'enfant à naître dont on ne sait toujours pas s'il est une personne ou une chose. En l'absence du consensus européen sur le statut juridique de l'enfant à naître, la Cour refuse de dire expressément si le droit à la vie est applicable à l'enfant à naître, abandonnant cette question à la marge d'appréciation des États⁷⁴. Ce renvoi au droit interne conduit ainsi la Cour européenne des droits de l'homme à juger, à l'instar du droit britannique, que l'embryon ne

en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. »

70. *Convention sur la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*, 4 avril 1997, S.T.E. n° 164 (ci-après la *Convention d'Oviedo*).

71. La *Convention d'Oviedo*, ouverte à la signature le 4 avril 1997, est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999.

72. *Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine portant interdiction du clonage d'êtres humains*, 12 janvier 1998, S.T.C.E. n° 168.

73. *Vo c. France*, préc., note 17, § 36.

74. *Id.*, § 82.

peut se prévaloir du droit à la vie⁷⁵. En décidant ainsi, la Cour s'aligne derrière la position de la Commission européenne des droits de l'homme qui relevait d'ailleurs en 1980 dans une affaire *Paton c. Royaume-Uni* que « le droit de toute personne à la vie ne semblait s'appliquer qu'à la naissance »⁷⁶. Il s'agissait en fait du mari dont on avait refusé la demande visant à obtenir une injonction empêchant son épouse enceinte de mettre fin à sa grossesse. La Commission européenne des droits de l'homme a ainsi rappelé que le droit à la vie du fœtus ne l'emportait pas sur les intérêts de la femme enceinte car l'usage de l'expression « toute personne » figurant à l'article 2 de la *Convention européenne* et dans d'autres dispositions de ladite Convention tendait à étayer la thèse qu'elle ne s'appliquait pas au fœtus. La Commission a ainsi précisé : « La vie du fœtus est intimement liée à la vie de la femme qui le porte et ne saurait être considérée isolément. Si l'on déclarait que la portée de l'article 2 s'étend au fœtus et que la protection accordée par cet article devait, en l'absence de limitation expresse, être considérée comme absolue, il faudrait en déduire qu'un avortement est interdit, même lorsque la poursuite de la grossesse mettrait gravement en danger la vie de la future mère. Cela signifierait que « la vie à naître » du fœtus serait considérée comme plus précieuse que celle de la femme enceinte »⁷⁷.

La Commission a également relevé dans l'affaire *X c. Royaume-Uni* que l'expression « toute personne » contenue à l'article 2, mais également aux articles 5, 6, 8 à 11 et 13 de la Convention serait utilisée de telle manière qu'elle ne pourrait s'appliquer qu'après la naissance⁷⁸. Selon elle, l'enfant à naître n'est pas une personne au vu de l'usage généralement attribué à ce terme et du contexte dans lequel il est employé dans la disposition conventionnelle⁷⁹. La Commission met ainsi en balance deux droits : le droit à la vie de l'enfant à naître, d'une part, et le

75. *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007.

76. *Paton c. Royaume-Uni*, 1980, 3 EHRR 408, § 9.

77. *Id.*

78. *X c. Royaume-Uni*, préc., note 43, p. 244.

79. *Id.*, p. 260, § 12.

droit à la vie ou le droit à l'autonomie et au développement personnels de la femme enceinte, d'autre part. Elle tire en fin la conclusion selon laquelle le premier droit pèse moins que les seconds. Contrairement à la Commission, la Cour trouve quand même un seul dénominateur commun entre le droit à la vie et l'enfant à naître qui est l'appartenance du fœtus à l'espèce humaine. Selon la Cour, c'est donc la potentialité du fœtus et sa capacité à devenir une personne qui doivent être protégées au nom de la dignité humaine sans pour autant en faire une personne qui aurait un droit à la vie au sens de l'article 2⁸⁰. La Cour se plonge ainsi dans le concept de dignité humaine pour tenter de dégager une définition du fœtus, même si elle ne lui reconnaît aucun droit par la suite.

Dans l'arrêt *Vo c. France*, la question posée au tribunal français était de savoir si l'infraction d'homicide involontaire ou d'atteinte involontaire à la vie est constituée lorsque l'atteinte à la vie concerne un fœtus, si le fœtus de 20 à 21 semaines constitue une personne humaine. Autrement dit, à quel stade de maturité l'embryon peut-il être considéré comme une personne humaine? La requérante qui dénonçait le refus des autorités de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte à la vie de l'enfant qu'elle portait affirme que le commencement de la vie a un sens et une définition universels, et que le terme « personne » employé à l'article 2 de la Convention est à prendre au sens d'être humain et non pas au sens d'individu revêtant les attributs de la personnalité juridique⁸¹. Le tribunal a alors conclu que le délit d'homicide involontaire ou atteinte à la vie sur un fœtus de 20 à 21 semaines n'est pas établi, car le fœtus est viable à compter de six mois. Un fœtus de 20 à 21 semaines n'est pas viable et n'est pas une personne humaine⁸². Dans le même sillage, plusieurs parlementaires (députés ou sénateurs), dans le cadre de la préparation de la législation sur la bioéthique, ont voulu définir l'embryon. Charles de Courson proposait de le définir ainsi : « tout être humain doit être respecté dès le commencement de la vie, l'embryon humain est un être

80. *Vo c. France*, préc., note 17, § 82.

81. *Id.*, § 47.

82. *Vo c. France*, préc., note 17, § 19.

humain. » Jean François Mattei énonçait : « l'embryon n'est en tout état de cause que l'expression morphologique d'une seule et même vie qui commence dès la fécondation et se poursuit jusqu'à la mort en passant par différentes étapes... »⁸³ Ainsi, il apparaît qu'aucune règle juridique ne précise la situation juridique de l'enfant à naître, encore moins celle de l'embryon depuis sa formation et au fur et à mesure de son développement⁸⁴.

b- Les controverses autour de la reconnaissance de l'enfant à naître comme titulaire et bénéficiaire du droit à la vie

La notion de « vie » n'a été explicitement définie dans aucun texte de protection des droits de l'homme. Tout comme dans la législation internationale, le titulaire du droit à la vie présente des visages bien divers dans la législation interne des États. Certaines législations parlent de « l'homme », de la « personne »⁸⁵, des « êtres humains ». D'autres parlent de « tout individu », de « tout citoyen », de « chacun »⁸⁶. D'autres encore parlent tout simplement de « tous » pour signifier les titulaires du droit à la vie. Cette diversité dans la détermination des titulaires de ce droit n'est pas favorable à l'adoption d'une définition commune du mot « vie » en droit. En France, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 mentionne que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. L'interprétation de cette déclaration laisse à penser que « c'est au moment de sa naissance que l'être humain devient sujet en droit ». On comprend donc que les rédacteurs de la Déclaration ont décidé de réserver au seul enfant né la protection des droits

83. *Id.*

84. Dans la plupart des États membres, il n'existe aucune définition juridique de l'embryon humain (Belgique, Danemark, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal et Suède). Dans les autres États (Allemagne, Autriche, Espagne, et Royaume-Uni), la loi retient des notions très variables quant à la définition de l'embryon.

85. *Constitution de la Roumanie*, art. 22, republiée en 2003, n° 767 du 31 octobre 2003 : « Le droit à la vie, ainsi que le droit à l'intégrité physique et psychique de la personne sont garantis. »

86. *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, art. 2 : « Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique »; *Constitution de Finlande*, art. 7, « Chacun a droit à la vie ».

fondamentaux. Cette interprétation se heurte à l'argument *infans conceptus pro nato abetur quoties de commodis ejus agitur*⁸⁷ qui reconnaît à l'enfant à naître certains droits de nature purement patrimoniale sous la condition suspensive qu'il naisse vivant et viable⁸⁸.

Depuis 1804, le législateur français a toujours refusé de se prononcer clairement sur la nature juridique de l'être humain avant la naissance⁸⁹. Même s'il interdit toute atteinte à la dignité de la personne et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie⁹⁰, il ne définit toujours pas le moment à partir duquel la vie humaine commence. Il a du moins affirmé que dès la conception, l'enfant est capable de recevoir par donation ou par testament, avant de préciser par la suite que les droits dont il est titulaire ne deviennent effectifs que si cet enfant naît vivant et viable⁹¹. Cette démonstration a d'ailleurs permis de conclure que la personnalité juridique s'acquiert à la conception, moment à partir duquel l'être humain peut acquérir des droits. Cette volonté du législateur se dégage clairement des dispositions du Code civil sur les successions, les donations et les testaments⁹². En effet, l'article 725 du Code civil pose le principe suivant lequel « pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession ». La disposition mentionne ensuite que « celui qui n'est pas encore conçu » tout comme « l'enfant qui n'est pas né vivant et viable » « sont incapables de succéder ». Les articles 902 et 906 sont encore plus évocateurs. Si l'article 902 pose comme

87. « *Infans conceptus pro nato abetur quoties de commodis ejus agitur* » est une expression latine qui veut dire l'enfant simplement conçu est considéré comme né toutes les fois qu'il y va de son intérêt. L'adage *infans conceptus* est invoqué dans cet article pour désigner le fœtus comme héritier ou personne bénéficiaire de droit, et notamment le droit à la vie.

88. Marie-Eve ARBOUR et Mariève LACROIX, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit » (2009-10) 40 R.D.U.S. 242.

89. F. DIESSE, préc., note 16, p. 617.

90. Article 16 du Code civil français de 1804, Edition 2012, <http://perlpot.net/cod/civil.pdf>, dernière consultation 10 mai 2012.

91. F. DIESSE, préc., note 16, p. 617.

92. *Id.*, p. 621.

règle que toutes personnes peuvent recevoir par donation ou par testament, l'article 906 alinéas 1 et 2 ajoute que seul l'être conçu au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur sera capable de recevoir. Au regard de ce qui précède, on est en droit de déduire du Code civil que l'enfant simplement conçu est une personne et titulaire de droits. Cet argument *infans conceptus*, défendu par MM. Coste-Floret et Brouillet a été finalement rejeté au motif qu'on ne peut pas inférer du Code civil la consécration constitutionnelle de la protection de l'embryon⁹³. Il faut également noter que la règle *infans conceptus* ne joue que si l'intérêt de l'enfant conçu est menacé⁹⁴ et pourvu que ledit enfant soit né vivant et viable. L'expression « né vivant et viable » a souvent été interprétée comme étant l'ensemble des conditions que l'enfant simplement conçu doit remplir pour jouir de l'effectivité des droits qui sont attachés à sa personnalité. Ces conditions ont été reprises en partie par les articles 311-4 et 906 alinéa 3 du Code civil et posent une limite à la protection juridique de l'enfant à naître en tentant de remettre même en cause sa personnalité juridique. C'est pourquoi certains ont parlé d'une personnalité qui reste conditionnelle puisque l'exercice et la jouissance des droits restent subordonnés au fait qu'à terme l'enfant naisse vivant et viable⁹⁵.

À supposer même que les dispositions des articles 725, 902 et 906 du Code civil affirment implicitement la qualité humaine de l'enfant conçu et sa possibilité d'être titulaire de droits avant la naissance, il faut noter qu'il ne s'agit que d'une personne au sens des droits successoraux, pouvant bénéficier de certains droits au moment de la donation ou au décès du testateur – et non pas d'une personne pouvant bénéficier de la protection du droit à la vie en droit international des droits de l'homme au sens de l'article 2 de la *Convention européenne*. Ce texte ayant toujours refusé de

93. Xavier BIOY, « Approches constitutionnelles du droit à la vie », dans Michel LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 109.

94. F. DIESSE, préc., note 16, p. 642.

95. F. DIESSE, préc., note 16, p. 648.

reconnaître la qualité de personne au fœtus. On comprend que dans les circonstances examinées, à savoir les législations régissant l'avortement, l'enfant à naître n'est pas considéré comme une personne directement bénéficiaire de l'article 2 de la Convention et que son droit à la vie, s'il existe, se trouve implicitement limité par les droits et les intérêts de la femme.

Avec l'arrivée de la *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*⁹⁶, le débat sur la nature et le statut juridiques de l'enfant à naître a refait surface. Malheureusement, il n'a apporté rien de nouveau dans la communauté juridique, puisque cette Convention est restée silencieuse sur la définition de l'être humain, renvoyant la question à l'ordre juridique national.

II- L'incidence de la marge nationale d'appréciation sur la protection du droit à la vie de l'enfant à naître

Si la question de l'identification des bénéficiaires du droit à la vie reste toujours problématique, celle de la situation juridique de l'enfant conçu ne reçoit pas l'unanimité des États et continue toujours à diviser la jurisprudence et à déchirer la doctrine⁹⁷. Quel que soit le statut moral ou légal qui lui est reconnu au regard des différentes cultures et des différentes approches éthiques, l'enfant à naître mérite la protection de la loi. Une telle protection, pour exister, doit s'adapter au contexte socioculturel et juridique de l'État en question (A). Ce renvoi au droit interne de l'État découle de la théorie de la marge nationale d'appréciation et des spécificités culturelles des États. Mais, cette marge nationale d'appréciation reconnue aux États n'est pas illimitée, la Cour gardant toujours un œil sur les États. (B)

96. Voir *Convention d'Oviedo*, préc., note 70; voir également le *Protocole Additionnel à la Convention pour la protection des droits de l'homme et la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage des êtres humains*, préc., note 72.

97. F. DIESSE, préc., note 16, p. 610.

A- Une protection adaptée au contexte socioculturel et juridique des États

La « marge d'appréciation » est une théorie développée par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa pratique jurisprudentielle et qui signifie en substance que les États se voient reconnaître, dans certains contextes, une latitude plus ou moins importante pour apprécier le contenu de leurs obligations aux termes de la Convention⁹⁸. Il s'agit, sinon d'une « marge de discrétion » (1), du moins d'un « pouvoir discrétionnaire » (2).

1- Une marge de discrétion

Il faut entendre par marge de discrétion un pouvoir qui s'exerce suivant la tradition ou la culture juridique d'un État. La Cour a d'ailleurs rappelé dans son arrêt *Handyside* que la marge nationale d'appréciation reposait tout d'abord sur le caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie, du mécanisme de contrôle instauré par la Convention⁹⁹. C'est dans l'affaire *Linguistique belge*¹⁰⁰ que la Cour a précisé les fondements de sa doctrine, en soulignant qu'elle « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention »¹⁰¹. Ce caractère subsidiaire résulte du principe de double compétence juridictionnelle¹⁰² et se déduit de trois dispositions de la *Convention européenne* : l'article 1, aux termes duquel les parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la Convention; l'article 13, en vertu duquel toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés a droit à un recours effectif devant une instance nationale et l'article 35, selon lequel la Cour ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours

98. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7, p. 8.

99. *Handyside c. Royaume Uni*, préc., note 21, § 48.

100. *Affaire Linguistique belge*, arrêt du 23 juillet 1968, série A n° 6.

101. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 761.

102. *Id.*

internes¹⁰³. Ainsi, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de certaines questions touchant à la sphère morale ou religieuse. Les traditions locales peuvent même conduire la Cour à juger qu'une législation nationale isolée au regard des législations des autres États parties n'enfreint pas la Convention dès lors qu'elle concerne un domaine étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société¹⁰⁴. De ce point de vue, les juridictions nationales ont abordé la question du statut juridique de la personne dans le cadre de l'avortement. Ainsi, les Cours constitutionnelles autrichienne et néerlandaise ont considéré qu'il ne fallait pas interpréter l'article 2 comme protégeant l'enfant à naître, et le Conseil constitutionnel français a estimé qu'il n'y avait pas de conflit entre la législation sur l'interruption volontaire de grossesse et la protection constitutionnelle du droit à la santé de l'enfant. Cette interprétation est conforme aux législations en la matière dans toute l'Europe¹⁰⁵. À l'exception d'Andorre, de l'Irlande, du Liechtenstein, de Malte, de la Pologne et de Saint-Marin qui ont maintenu des restrictions sévères à l'avortement (avec uniquement des exceptions thérapeutiques très étroites), trente-neuf États membres du Conseil de l'Europe permettent à une femme de mettre un terme à sa grossesse sans restriction pendant le premier trimestre ou pour des motifs thérapeutiques très larges¹⁰⁶. Si l'ordre juridique interne de certains États est contre l'avortement en vue de sauvegarder la vie de l'enfant à naître, il faut comprendre que celui d'autres États prévoit l'avortement dans l'objectif de protéger les intérêts de la mère. Ainsi, la Constitution irlandaise¹⁰⁷ de 1992 accorde une valeur supérieure à la vie de l'être à naître. Son article 40 dispose que « L'État reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et tout en tenant compte du droit égal à la vie de la mère, s'engage à respecter et à défendre ce droit dans sa législation dans toute la mesure du

103. *Handyside c. Royaume Uni*, préc., note 21, § 48.

104. F. SUDRE, préc., note 24, p. 229.

105. *Vo c. France*, préc., note 17, § 60.

106. *Id.*

107. La constitution irlandaise de 1937 a été révisée en 1983 puis en 1992.

possible ». Le constituant irlandais a refusé en 1992 l'avortement en cas de menace pour la vie de la mère¹⁰⁸. Dans le même ordre d'idée, la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans sa décision de 1993, affirme que :

La Loi fondamentale fait à l'État le devoir de protéger la vie, même la vie de celui qui n'est pas encore né [...]. La dignité humaine appartient déjà à l'être humain qui n'est pas né. L'ordre juridique doit assurer les conditions juridiques de son développement en ce sens que l'être humain qui n'est pas encore né a un droit propre à vivre. Ce droit à la vie n'existe pas seulement lorsque la mère l'accepte¹⁰⁹.

Cette position modérée de la Cour fédérale allemande n'est pas nécessairement celle des autres juridictions nationales. Bien que la Cour constitutionnelle italienne considère le fœtus comme une personne en devenir, elle accorde quand même une priorité à la santé de la mère. La Cour d'arbitrage belge, quant à elle, refuse de traiter de manière identique l'enfant né et l'enfant à naître. Le 19 décembre 1991, elle a conclu que le droit à la protection de la vie implique de protéger l'être dès sa conception¹¹⁰. Puisque les droits revendiqués au nom de l'enfant à naître et ceux de la future mère sont inextricablement liés, les juges européens considèrent qu'« accorder aux États une marge d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître, exige nécessairement de 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 »¹¹¹.

108. *The attorney General v. X*, [1992] IESC 1. Dans cette affaire concernant une grossesse issue d'un viol, la Cour constitutionnelle a mis en avant son devoir de défendre le droit à la vie de l'enfant même en l'absence de législation pratique.

109. Xavier BIOY, préc., note 93, p. 106.

110. *Id.*, p. 111.

111. *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, série A n° 246-A, § 237.

2- Un pouvoir discrétionnaire

Aux termes de la première phrase du paragraphe 1^{er} de l'article 2 de la *Convention européenne*, « le droit de toute personne à la vie est protégée par la loi », les États ont l'obligation de prendre des mesures adéquates pour protéger la vie. Ainsi, la « marge nationale d'appréciation » offre aux États un pouvoir discrétionnaire leur permettant de mettre en œuvre une telle protection des droits de l'homme et leur application dans l'ordre juridique interne et ce, en fonction de leur culture.

La notion de pouvoir discrétionnaire a été évoquée par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *H.R. c. Norvège* qui concernait un avortement non thérapeutique pratiqué contre la volonté du père. Le requérant se plaignait de la loi norvégienne qui avait autorisé sa compagne à interrompre sa grossesse¹¹². La question se posait de savoir si la loi norvégienne sur l'interruption de grossesse est contraire à l'article 2 de la Convention lorsqu'elle autorise le collège de médecins à approuver un avortement dans la quinzième semaine de la grossesse si des motifs sociaux le justifient. La Commission a ainsi décidé que : « La législation norvégienne, qui autorise l'avortement sans restriction à la demande de la femme enceinte dans les douze premières semaines de la grossesse et avec l'approbation préalable d'un collège de médecins entre la douzième et la dix-huitième semaine de grossesse, s'inscrivait dans le pouvoir discrétionnaire de l'État »¹¹³.

La Commission reconnaît que dans un domaine aussi délicat, l'État norvégien jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire au regard de la Convention. Dans ce cas, l'État peut se prononcer sur la question sans violer les principes de la *Convention européenne*.

112. Loi n° 50 du 13 juin 1975 sur l'interruption de grossesse amendée le 16 juin 1978, article 2.

113. *R.H. c. Norway* (decision on admissibility), decision of 19 May 1992, ECHR, n°. 17004/90.

Dans l'affaire *Vo c. France* précitée, la Cour européenne s'est vue en présence d'une femme qui entendait mener sa grossesse à terme et dont l'enfant à naître était pronostiqué viable, à tout le moins en bonne santé. Cette grossesse a dû être interrompue à la suite d'une faute commise par un médecin et la requérante a donc subi un avortement thérapeutique à cause de la négligence d'un tiers¹¹⁴. La question est dès lors de savoir si, hors de la volonté de la mère agissant dans le cas d'une interruption volontaire de grossesse, l'atteinte au fœtus doit être pénalement sanctionnée au regard de l'article 2 de la Convention, en vue de protéger le fœtus. La Cour note d'abord une prise en compte de la diversité des conceptions quant au point de départ de la vie, des cultures juridiques et des standards de protection nationaux, pour enfin laisser place à un large pouvoir discrétionnaire de l'État. Elle souscrit à l'avis qui avait été émis par le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies en ces termes :

Les instances communautaires doivent aborder ces questions éthiques en tenant compte des divergences morales et philosophiques reflétées par l'extrême diversité des règles juridiques applicables à la recherche sur l'embryon humain [...]. Il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres¹¹⁵.

Dès les premières années de son fonctionnement, la Cour européenne a pris le contre-pied de la Commission en rappelant dans plusieurs de ses arrêts que la marge nationale d'appréciation ne devrait pas être un pouvoir discrétionnaire qui donnerait à l'État la possibilité de violer ses obligations à l'égard de la *Convention européenne*¹¹⁶. Dans l'arrêt *Handyside* précité, la Cour

114. *Vo c. France*, préc., note 17, § 81.

115. *Id.*, § 82.

116. *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., note 21, § 49.

insiste sur le fait que cette marge n'est pas illimitée et que les mesures prises dans ce cadre restent à son contrôle¹¹⁷. Dans un autre arrêt, *Open Door et Dublin Well Woman c. l'Irlande*, elle précise qu'elle « ne saurait admettre que l'État possède, dans le domaine de la protection de la morale, un pouvoir discrétionnaire absolu et insusceptible de contrôle »¹¹⁸. Ainsi, la marge ne saurait être reconnue par la Cour de manière générale à l'autorité nationale dans sa jurisprudence. Elle n'est ouvertement reconnue que dans les deux domaines des dérogations (article 15) et des restrictions nécessaires dans une société démocratique (articles 8 à 11, articles 1 et 3, Protocole additionnel n° 1)¹¹⁹.

La latitude reconnue aux États en vertu de la marge d'appréciation peut être contre-balançée par d'autres éléments intervenant dans l'appréciation de la Cour, principalement l'existence d'un consensus européen, la gravité de l'atteinte au droit garanti ou l'importance de la sphère d'activité protégée¹²⁰. C'est ainsi que naît l'interprétation consensuelle qui s'analyse comme un élément essentiel de la variation des limites du pouvoir discrétionnaire reconnu aux États dans la mise en œuvre des restrictions aux droits. L'interprétation consensuelle de la Cour peut se manifester de deux façons : soit la Cour européenne, malgré l'absence de consensus européen, anéantit la marge d'appréciation de l'État; soit, au contraire, elle constate opportunément la diversité des systèmes et traditions juridiques

117. *Id.*

118. *Open Door et Dublin Well Woman c. l'Irlande*, préc., note 111, § 68.

119. En l'espèce, *Open Door et Dublin Well Woman* sont des associations sans but lucratif enregistrées en Irlande et qui s'occupent, entre autres, de conseiller les femmes enceintes à se rendre à l'étranger pour y subir une interruption de grossesse. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, en interdisant d'aider les femmes enceintes, la Cour suprême irlandaise porte atteinte au droit des associations à communiquer des informations et à celui de leurs clients d'en recevoir, enfreignant ainsi l'article 10 de la Convention sur la liberté d'expression (§§ 9 et 53 de l'arrêt). La Cour s'est donc posée la question de savoir si les restrictions à la liberté d'expression sont nécessaires dans une société démocratique à la protection de la morale, but légitime (§ 63 de l'arrêt).

120. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7, p. 13.

pour reconnaître à l'État une certaine marge d'appréciation¹²¹. Dans l'un ou l'autre cas, le juge européen garde toujours sa marge d'interprétation et son contrôle. Ces éléments sont donc de nature à limiter la marge d'appréciation reconnue aux États.

B- Une protection rigoureuse à travers le pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour européenne

La Cour européenne des droits de l'homme n'a cessé de rappeler que les États sont mieux placés que le juge international pour se prononcer sur certaines questions précises, mais elle n'a pourtant pas renoncé à son pouvoir de contrôle et de surveillance qu'elle limite en fonction de l'ampleur de la marge d'appréciation. On parle d'un contrôle de compétence des juridictions internes. Il peut s'agir d'un contrôle de conformité (1) ou d'un contrôle de compatibilité (2) avec les principes cardinaux de la *Convention européenne*.

1- Le contrôle de conformité

Le contrôle de conformité consiste en la mise en conformité des droits nationaux avec le droit de la *Convention européenne*. Quelle que soit l'étendue de la marge d'appréciation reconnue aux États sur des questions précises, ces derniers doivent, autant que faire se peut, rester dans la limite des principes de la *Convention européenne*. Le non-respect entraînera l'« inconformité » aux principes de la Convention.

La conformité va de pair avec l'exigence d'identité, c'est-à-dire l'exigence de pratiques nationales strictement conformes à la conduite prescrite par la norme internationale¹²². Il n'est donc pas admissible que la marge d'appréciation de l'autorité nationale s'étende en dehors de tout principe et de toute règle qui gouvernent l'interprétation en droit international de toutes les notions et de toutes les situations que la Cour peut rencontrer¹²³.

121. F. SUDRE, préc., note 24, pp. 235-236.

122. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 761.

123. *Id.*, p. 763.

Dans l'affaire *Boso c. Italie*, la Cour a rejeté un grief selon lequel la loi italienne autorisant l'interruption volontaire de grossesse était contraire à l'article 2 de la Convention. Elle a par ailleurs précisé que « l'interruption volontaire de grossesse en question s'était effectuée conformément au droit italien, lequel ménageait un juste équilibre entre les intérêts de la femme et l'intérêt de l'État d'assurer la protection de l'enfant à naître. »¹²⁴ En concluant que l'interruption de grossesse n'est pas contraire à l'article 2, la Cour relève plutôt sa conformité à la Convention et au droit italien, ce qui laisse à l'État italien une large marge d'appréciation. Cette latitude laissée aux États a été critiquée. On a d'ailleurs reproché à la Cour tantôt de freiner l'intégration européenne par une marge nationale trop large, qui aboutit à la fragmentation de l'espace européen, tantôt de forcer l'intégration par une marge nationale trop étroite, qui marquerait la prédominance d'une conception que certains estiment trop libérale et individualiste des droits de l'homme¹²⁵.

Fort de ce qui précède, la Cour a préféré garder sa marge d'interprétation lui permettant de contrôler la conformité des mesures nationales aux exigences de la Convention. Cette marge d'interprétation de la Cour renvoie à l'idée du principe de proportionnalité¹²⁶ ou de nécessité. Selon les arrêts *Handyside* et *Sunday Times*, la notion de nécessité implique un besoin social impérieux et permet à la Cour, d'abord de rechercher si l'ingérence de l'État dans les droits de l'individu est proportionnée au but légitime poursuivi, et ensuite de vérifier qu'un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. Il s'agit, pour la Cour de confronter la situation invoquée à des mesures restrictives pour en fin déterminer si « les restrictions à certains droits sont nécessaires dans une société démocratique ». Ce test de proportionnalité permet à la Cour d'effectuer son contrôle de la

124. *Boso v Italy* (déc.), n°. 50490/99, CEDH 2002-VII.

125. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 760.

126. Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1.

marge nationale d'appréciation tout comme le contrôle de compatibilité.

2- Le contrôle de compatibilité

Si la présence de principes juridiques communs aux États est susceptible de réduire la marge d'appréciation de l'État, il faut noter que l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques nationaux laisse, par contre, à l'État partie une grande ou une large marge d'appréciation¹²⁷, ce qui est de nature à renforcer le contrôle et la surveillance de la Cour. Par exemple, la *Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine* se garde d'ailleurs de définir le terme de personne et le rapport explicatif indique que, faute d'unanimité sur la définition, les États membres ont choisi de laisser au droit interne le soin d'apporter des précisions pertinentes aux effets de l'application de la Convention¹²⁸. Il en est de même du *Protocole additionnel prohibant le clonage humain* et du *Protocole relatif à la recherche biomédicale* qui ne définissent pas le concept d'être humain. Même si le soin est laissé aux États membres d'apporter des précisions sur ces questions en fonction de leurs spécificités culturelles, il n'est pas sans intérêt d'exiger des États membres une compatibilité avec les principes de la convention dans la mesure où son article 2 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe¹²⁹.

Tout comme le contrôle de conformité, le contrôle de compatibilité exige de la part des États parties une obligation de compatibilité. La marge nationale d'appréciation suppose que chaque État garde la possibilité d'adopter ses propres règles quant à la mise en œuvre des principes consacrés dans la Convention, à condition que ces règles soient suffisamment proches du principe

127. F. SUDRE, préc., note 24, p. 234. Pour l'auteur, la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États est un élément décisif du contrôle de la Cour.

128. *Vo c. France*, préc., note 17, § 84.

129. *McCann et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324, pp. 45-46, § 147.

de référence pour rester compatibles¹³⁰. L'existence d'un contrôle de compatibilité devrait permettre une harmonisation qui évite les incompatibilités avec le droit international comme avec le droit interne des autres États¹³¹. Or, on est de plus en plus confronté à une variabilité de législation dont les unes protègent la santé de la mère¹³², les autres la santé de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement¹³³, les autres encore visent à éviter les avortements clandestins¹³⁴. Il s'agit d'un véritable dilemme entre le droit de la femme de se faire avorter et le droit de l'enfant à naître. Pour trouver un terrain d'entente avec les principes de la *Convention européenne*, la compatibilité devrait reposer sur une exigence de proximité. C'est-à-dire l'exigence de pratiques suffisamment proches de la norme internationale pour être jugées compatibles¹³⁵. Ainsi, dans l'affaire *B. c. France*, la Cour, relevant de fortes différences juridiques, notamment entre droits anglais et français, et constatant qu'il n'existe pas encore de consensus social en Europe quant au transsexualisme, conclut cependant que la situation française est incompatible avec le respect dû à la vie privée, même eu égard à la marge d'appréciation¹³⁶. Même si la Cour a reconnu la marge d'appréciation à l'État français, elle a néanmoins estimé que la violation reprochée à la France dépassait le seuil acceptable¹³⁷. Cet exercice de la Cour participe de son contrôle de compatibilité et exige de la part des États une

130. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 758.

131. *Id.*, p. 760.

132. *Convention européenne*, préc., note 12, art. 2.

133. *Convention américaine*, préc., note 66, art. 4.

134. *Observation générale No 28*, Égalité des droits entre hommes et femmes (Article 3), CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000). Dans son paragraphe 10, le Comité mentionne que les États parties devraient communiquer des informations sur toutes les mesures adoptées par eux pour aider les femmes à éviter les grossesses non désirées et à veiller à ce qu'elles ne doivent pas subir d'avortements clandestins mettant leur vie en danger. Les États parties devraient également indiquer les mesures prises pour protéger les femmes contre les pratiques qui violent leur droit à la vie, telles que l'infanticide des filles, l'immolation des veuves par le feu et les assassinats liés à la dot.

135. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 761.

136. *B. c. France*, arrêt du 25 mars 1992, série A n° 232-C, § 25.

137. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 764.

obligation de respect des principes de la Convention. L'État ne disposant ainsi, d'après le Professeur Sudre, que d'une marge d'appréciation réduite, doublée d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi nationale et sur son application par les juridictions internes¹³⁸.

CONCLUSION

Après avoir souligné que ni la métaphysique ni la médecine ne donnent de réponse définitive à la question de savoir si, et à partir de quel moment, le fœtus est un être humain¹³⁹, et en l'absence d'un consensus européen sur une définition de la nature et du statut juridiques du fœtus, il est nécessaire d'affirmer sur le plan juridique que l'article 2 de la *Convention européenne* ne protège pas le droit à la vie du fœtus en qualité de personne. Face au pluralisme juridico-culturel, le droit à la vie du fœtus ne cesse de faire tergiverser la jurisprudence aussi bien internationale qu'interne. Son statut et sa nature juridiques ne sont pas toujours clairement définis, ce qui plonge la doctrine dans une controverse sur la question de l'avortement. Les récents débats législatifs montrent qu'il n'y a pas toujours de solution arrêtée sur le point de départ du droit à la vie. C'est pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme pense 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 Convention¹⁴⁰.

À supposer même que le droit à la vie soit garanti au fœtus dès le début de la grossesse, ce droit subit néanmoins une limitation implicite permettant l'interruption de la grossesse pour sauvegarder la santé ou la vie de la mère. C'est pourquoi nous rejoignons la position de Jean-Loup Charrier qui estime que la reconnaissance au fœtus d'un droit absolu à la vie aurait une double conséquence : la première serait de ne plus admettre l'avortement, pourtant légalisé de façon de plus en plus libérale

138. F. SUDRE, préc., note 24 p. 237.

139. *Vo c. France*, préc., note 17, § 51.

140. *Id.*

dans la quasi-totalité des États; la seconde serait de considérer l'enfant simplement conçu comme une personne, ce qui rendrait difficile toute interruption volontaire de grossesse, y compris lorsque la poursuite de la grossesse met gravement en danger la vie de la mère¹⁴¹.

C'est fort de tout ce qui précède que la Cour européenne des droits de l'homme juge utile de renvoyer la question à la marge d'appréciation des États qui doivent se prononcer en fonction de leur tradition juridique ou culturelle. Cette reconnaissance d'une marge étendue dans les matières culturellement sensibles semble *a priori* contribuer à la préservation de la diversité culturelle puisqu'elle laisse à l'État le soin d'établir un juste équilibre entre les particularités culturelles de la société qu'il représente et les droits humains¹⁴². Il va falloir plus de temps pour comprendre comment le juge reçoit les valeurs que les groupes sociaux construisent à son intention¹⁴³. C'est dire que l'existence d'une marge nationale d'appréciation et d'un système de contrôle et de surveillance est nécessaire au pluralisme, mais pas suffisante pour construire un droit commun suffisamment ordonné pour être prévisible¹⁴⁴. Car, il est bien beau d'avoir reconnu la diversité des systèmes de droit, mais il est souhaitable d'élaborer un droit commun afin de répondre aux attentes de la mondialisation en droit. Au fond, il s'agit de l'éternel combat entre une conception du droit comme ensemble de normes et une autre conception basée plutôt sur un ensemble de valeurs. S'il est difficile de trouver le juste milieu, toujours est-il, qu'il faut être vigilant si l'on veut conserver l'équilibre – ô combien fragile – entre le droit et la culture.

141. Jean-Loup CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme. Textes – commentaires – jurisprudence – conseils pratiques – Bibliographie*, Paris, LexisNexis, 2005, pp. 28-29.

142. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7, p. 24.

143. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 764.

144. *Id.*