



L'arrêt Vo contre France, une lecture publiciste (Cour Européenne des Droits de l'Homme, 8 juillet 2004)

Xavier Bioy

DANS **REVUE DU DROIT PUBLIC** 2005/5 **Septembre** , PAGES 1417 À 1446
ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 0035-2578

Date de mise en ligne : 26/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-revue-du-droit-public-2005-5-page-1417?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

NOTE DE JURISPRUDENCE

L'arrêt *Vo contre France*, une lecture publiciste

(Cour Européenne des Droits de l'Homme,
8 juillet 2004)

par **Xavier BIOY**

*Maître de conférences en Droit public
à l'Université des Sciences sociales Toulouse I
Centre d'Études et de Recherches Constitutionnelles
et Politiques (CERCP)*

L'affaire *Vo contre France* (1), désormais bien connue et commentée, paraît cependant appeler encore quelques précisions dans la mesure où la doctrine se divise face au raisonnement de la Cour européenne. Une majorité d'auteurs dénonce l'ensemble des réticences de la Cour à protéger le fœtus (2) tandis

(1) Requête n° 53924/00.

(2) Voir P. Bonfils, « Note sous CEDH, 8 juillet 2004, *Vo contre France* », *Droit et patrimoine*, n° 132, p. 80 ; M. Levinet, « La Cour européenne des droits de l'homme décide que la question de savoir quel est le point de départ de la vie relève de l'appréciation des États », *JCP* 13 oct. 2004, p. 1798 ; J. Pradel, « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *D.* 2004, n° 34, p. 2456 ; J.-P. Murât, « Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit de la famille* oct. 2004, p. 43 ; Également : M. Brusorio, « La loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *Gaz. Pal.*, 224, 2 ; J.-F. Renucci Dir., « Chronique de droit européen des droits de l'homme », *D.* n° 35, 2532 ; J.-P. Doucet, « Chronique de droit criminel », *Gaz. Pal.*, 213, 7.

qu'une minorité estime la solution parfaitement fondée (3). Or, cette décision, certes sans surprise, devrait attirer l'attention en raison du malaise qui pèse sur certains de ses motifs et non sur la totalité de la décision. En effet, on s'attendrait classiquement à ce que d'une qualification découle un régime juridique. A l'inverse la Cour estime que la qualification est inutile puisque les États demeurent, au regard de la Convention, libres d'adopter le régime de leur choix dans le domaine concerné. Sans qualifier, peut-on être certain du libre choix du régime ? Sans s'interroger rigoureusement sur les qualifications françaises, peut-on apprécier le respect par les autorités françaises des droits de la requérante et la conformité de la solution nationale aux valeurs de la Convention ?

La Cour EDH, pour ainsi dire, se satisfait de la position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation et le lecteur assidu de la CEDH ne sera pas choqué que le juge demeure fidèle à sa réserve coutumière en matière de vie anténatale, faute de consensus européen sur la question. Il n'y aurait donc rien à ajouter. Qu'il soit pourtant permis, au publiciste en général, et au constitutionnaliste en particulier, d'adopter une posture étonnée et quelque peu différente de la lecture « pénaliste » de l'affaire. Il ne s'agit pas de jouer les cassandres de la protection du fœtus mais d'opter, juridiquement, pour une voie médiane entre ceux qui font du fœtus une personne et ceux qui en font une entité inexistante au regard du droit pénal. L'arrêt encourt en effet une critique, d'ailleurs relevée par le juge français, M. Jean-Paul Costa, dans son opinion séparée, quant au choix d'écarter la question de l'applicabilité de l'article 2 en l'espèce. Cela fragilise la solution de rejet finalement adoptée. Estimer que le juge pénal peut adopter une certaine interprétation de l'incrimination pour homicide involontaire tendant à écarter sa mise en œuvre, au motif que l'État serait libre de qualifier l'objet de cette protection, revient en fait à écarter toute analyse du droit national pertinent auquel est soumis ledit juge. Cette tâche relève pourtant de l'œuvre de la Cour.

Les données de l'affaire doivent tout d'abord être brièvement rappelées : en 1991 la requérante a dû recourir à une interruption thérapeutique de grossesse à la suite de la faute d'un médecin qui a percé la poche des eaux croyant avoir affaire à une autre patiente venue pour se faire ôter un stérilet. Les époux Vo ont alors porté plainte avec constitution de partie civile pour blessures et homicide involontaires. Le Tribunal correctionnel de Lyon constata d'abord l'amnistie pour les blessures et refusa la qualification d'homicide en se fondant sur le critère de la viabilité (six mois) pour estimer que le fœtus n'est pas, à vingt-et-une semaines « *une personne humaine ou autrui au sens des articles 319 de l'ancien Code pénal(4) et 221-6 du Code pénal nouveau* ».

(3) É. Serverin, « Réparer ou punir ? L'interruption involontaire de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2004, n°39, p. 2801.

(4) Applicable au moment des faits.

En 1997, la Cour d'appel de Lyon (5), admit en revanche la qualification d'homicide en se fondant sur le droit à la vie de l'enfant consacré notamment par l'article 2 de la CEDH et sur le principe législatif du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie (lois du 17 janvier 1975 et du 29 juillet 1994). Elle fit également état de la propre jurisprudence de la Chambre criminelle (6) qui, en matière de délit d'entrave à l'interruption de grossesse avait elle-même envisagé la question de l'embryon au prisme du principe du respect de l'être humain et jugé compatible le dispositif français de la loi Veil avec l'article 2 de la CEDH en l'espèce applicable. Le critère de la viabilité étant ainsi écarté, le fœtus est objectivement protégé par la loi pénale. Par un arrêt très remarqué (7), la Cour de cassation a rappelé l'interprétation stricte de celle-ci et implicitement posé que le fœtus ne saurait être victime d'un homicide (ancien article 319) faute d'être « autrui » (article 221-6). Par la suite la Cour régulatrice, statuant en formation plénière, a pu préciser que, selon elle, le droit ne protège le fœtus que dans le cadre de législations spécifiques (8). Elle admet par ailleurs sans difficulté l'homicide dans le cas où l'enfant a vécu, ne serait-ce que quelques instants hors du ventre maternel (9).

La question alors posée par la requérante consiste à apprécier le manquement de l'État dans sa protection du droit à la vie par l'absence de dispositions pénales punissant l'atteinte involontaire au fœtus (10). L'homicide involontaire, ancienne pierre d'achoppement de l'article 2 (11), entre désormais dans

(5) CA Lyon, 13 mars 1997, *Rép. Defrénois*, 1997, art. 36578, note Malaurie, p. 644 ; *Droit de la famille*, septembre 1997, note Murât, *op. cit* ; *D.* 1997, p. 557, note Serverin ; *JCP*, 1997, II, 22955, note Faure ; *Droit pénal*, 1997, chron 22, note Pui-geliet ; A. Levasseur, « Qui suis-je ? Un être vivant pour certains mais sans morphologie pour d'autres : mon nom ? fœtus », *RIDC*, n° 1, 2000, p. 179 ; *Droit pénal*, mai 1997, p. 3, C. Véron, « L'éthique du vivant », *Gaz. Pal.*, oct. 1997, p. 44 ; C. Daver, « L'interruption de grossesse sur un fœtus de cinq mois et demi ne constitue pas un homicide involontaire. », *Rev. Gén. de Droit Médical*, n°2, 1999, p. 31.

(6) Cass. crim., 27 novembre 1996.

(7) Cass. crim., 30 juin 1999, *Bull.* n° 174, p. 511 ; *RSC*, 1999, note Maynaud ; *D.* 1999, p. 710, note Vigneau ; *Defrénois* 1999, art. 37047, p. 1048, note Malaurie ; *JCP*, 2000, II, 10231, note Faure ; *LP A*, 17 novembre 1999, note Debove ; *Dalloz*, 2000, note Roujou de Boubée, De Lamy ; *Médecine et droit*, n° 41, 2000, p. 10, note Lesaulnier ; C. Lévy, « De la distinction entre "personne" et "être humain" en droit pénal : l'enfant à naître n'est pas "autrui" au sens du droit pénal. », *RGDM* 2000, n° spécial « La recherche sur l'embryon qualifications et enjeux », p. 43.

(8) Cass. Ass. plén., 29 juin 2001, *Bull.* n° 165, et Cass. crim., 25 juin 2002, *Bull.* n° 144.

(9) Cass. crim., 2 décembre 2003, *D.* 2004, n° 7, Jur. P. 449, note Pradel ; *Médecine et Droit*, 2004, p. 67, note Corpart, *Droit de la famille*, Comm. 26, B. De Lamy.

(10) Rappelons que les articles 223-10 à 223-12 C. pén. incriminent l'interruption volontaire sans le consentement de la mère.

(11) Com. EDH, 21 mai 1969, *X. c/Belgique*.

le champ de la protection de l'article 2 de la CEDH (12), même si le caractère involontaire limite l'intérêt d'une protection pénale (13).

Le raisonnement de la Cour européenne peut alors ainsi se résumer : partant du droit européen applicable (lu à la lumière de la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997) qui laisse aux États membres le soin de définir les notions d'être humain et de personne, les juges relèvent l'absence de consensus européen de même que l'absence de jurisprudence européenne déterminant le début de la vie, une telle question relevant des États. Tout au plus, en Europe, constate-t-on une protection de l'enfant à naître au nom de la dignité de la personne en raison de sa possibilité de devenir une personne. Il n'en demeure pas moins, qu'en France, selon la Cour, les choses ne paraissent pas établies. Se déclarant « convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention » (paragraphe 85 de l'arrêt) la Cour de Strasbourg hésite sur l'applicabilité de l'article 2 et fait reposer sa solution sur l'appréciation *in abstracto* de la part de la mesure pénale dans la protection de la vie, dans le cas où celle-ci serait en jeu (14). Le fœtus n'est pas actuellement une personne ayant un droit à la vie ; sa protection passe donc par celle de sa mère (blessures), celle-ci étant jugée suffisante. La garantie procédurale de la vie n'exige dès lors pas une protection pénale si l'atteinte est involontaire.

On perçoit alors où le raisonnement pêche par excès de précaution. Les opinions séparées n'ont pas manqué de mettre à jour la profonde division

(12) Com. EDH, 10 juillet 1984, *Stewart c/RU* et Cour EDH, 23 septembre 1998, *Aytekin c/Turquie*, 102/1997/886/1098.

(13) Cour EDH (Grande chambre), 17 janvier 2002 *Calvelli et Ciglio c/Italie* : « si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale. Dans le contexte spécifique des négligences médicales, pareille obligation peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées » (§51). Voir not. F. TULKENS, « Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la CEDH », in *Libertés, justice, tolérances*, in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1605.

(14) Cette attitude de la Cour EDH consistant à résoudre *in abstracto* un problème sans affirmer qu'il se pose en l'espèce, et ce afin de ne pas trancher une question d'applicabilité, n'est pas isolé. Dans les affaires relatives à la compatibilité des contrôles de l'absorption de stupéfiants et d'alcool par des salariés, la Cour a répondu positivement sans poser que l'article 8 était applicable (Mouly et Marguénaud, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.* 2005, n° 1, p. 36.

des juges que masque la belle majorité de quatorze voix contre trois en faveur de la non violation de l'article 2. Certains posent explicitement que l'article 2 n'était pas applicable et qu'il ne fallait pas laisser penser le contraire, d'autres posent à l'inverse qu'il l'était sans que cela ne change la solution quant au recours au droit pénal. Or, il semble que les deux questions de l'applicabilité de l'article 2 et de la part du droit pénal dans la protection de la vie ne soient pas séparables et que c'est bien la difficulté de la première qui facilite la réponse à la seconde en permettant de renvoyer aux Etats. Si l'on admet l'applicabilité de l'article 2 et donc la nécessité d'une protection étatique de la vie intra-utérine alors l'absence de sanction pénale apparaît plus problématique que ne le laisse entendre la Cour.

La première étape du raisonnement n'est donc pas indifférente. Si la notion de personne au sens de l'article 2 peut faire l'objet d'un renvoi aux sources nationales, l'appréciation de la Cour devrait au moins laisser sa place aux qualifications et régimes posés en France et à leur cohérence. Sans aller jusqu'à poser l'existence d'une sorte de « droit vivant » où l'on verrait le droit européen se nourrir des solutions nationales, il appartient à la Cour de faire un exact état des lieux du droit en cause, en particulier quand les qualifications existent. Lorsque la Cour de cassation fait elle-même allégeance en posant que l'article 2 est applicable au fœtus (15), la Cour EDH peut-elle estimer que la question demeure, de son point de vue, irrésolue ? Ne doit-elle pas tenir compte des solutions françaises acquises, quitte à ne pas les imposer aux autres États membres ?

Or, justement ce qui pose problème devant la Cour de cassation se résume au problème de l'individuation de l'enfant, à sa séparation, son autonomie et donc sa qualification propre en droit civil, administratif, constitutionnel et évidemment pénal. Quoi qu'en dise la Cour européenne et malgré les efforts du gouvernement pour le masquer en se plaçant exclusivement sur le terrain (inadéquat ici) de l'IVG, le fœtus se voit qualifié « d'être humain » c'est-à-dire d'individu de l'espèce humaine (ce qu'il est biologiquement de façon certaine

(15) C. Cass. crim., 27 novembre 1996 : « Attendu que les prévenus ont invoqué devant les juges du fond l'incompatibilité de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse tant avec l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'avec l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques qui reconnaissent, l'un et l'autre, l'existence, pour toute personne, d'un droit à la vie protégé par la loi ; que la Cour d'appel a, à bon droit, écarté cette exception ; qu'en effet, la loi du 17 janvier 1975 n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1^{er}, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit ; qu'eu égard aux conditions ainsi posées par le législateur, l'ensemble des dispositions issues de cette loi et de celles du 31 décembre 1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse, de même que les dispositions pénales de l'article L. 162-15 du Code de la santé publique, ne sont pas incompatibles avec les stipulations conventionnelles précitées ».

après la période de division) faisant ainsi l'objet d'une protection objective au nom de la dignité humaine : « le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » (art. 16 du Code civil). Il n'est certes pas une personne, ce qui impliquerait en outre une défense subjective par l'exercice de droits propres. L'autonomie juridique de la vie fœtale étant ainsi acquise par les textes et juridictions français, de même que l'applicabilité de l'article 2 à ce stade de la vie, le flou entretenu par la Cour se lit autrement et surtout, la place du droit pénal dans cette protection objective qui concrétise la notion d'être humain s'envisage autrement. Le simple truchement de la protection pénale de la mère ne satisfait peut-être plus tellement l'autonomie reconnue à « l'objet fœtus ». La Cour a, *in fine*, sans doute raison de renvoyer la question au niveau national, mais elle apparaît alors autrement posée sous l'angle de la protection de l'être humain qui n'est souvent pas autre que la protection de l'humanité dans sa plus simple expression.

Voilà pourquoi cette étude critique souhaite réexaminer dans ses fondements le raisonnement de la Cour en partant de l'objet de l'article 2 (I) pour déterminer plus précisément les enjeux de la protection pénale (II).

I. — L'APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 2 CEDH AU FŒTUS : UNE QUESTION FAUSSEMENT INCERTAINE

Ainsi que l'écrit fort bien Olivier Cayla : « Rien ne pourrait être prescrit si rien n'était préalablement décrit » et toute qualification emporte une « disqualification » (16). Or, c'est justement ce que montre l'affaire *Vo* : faute de qualifier le fœtus au regard de la Convention, la conventionnalité du régime pénal ne peut guère s'apprécier. L'acte fondamental d'évaluation mène ainsi à une certaine « disqualification » de l'objet de l'article 2. L'opinion séparée du juge Costa revient ainsi sur la question de l'applicabilité de l'article 2 pour en poser l'applicabilité certaine, non pas tant au regard du droit européen, mais parce que les juridictions françaises, et avant elles les représentants français lors de la rédaction de la Convention, en ont admis déjà l'applicabilité au cas de la vie intra-utérine. La qualification de « personne » apparaît ainsi comme un faux problème qui n'hypothèque pas la pleine et entière prise en compte des garanties procédurales de l'article 2 (A). La CourEDH aurait ainsi pu mesurer qu'en droit français l'embryon est qualifié d'être humain, ce qui implique la vie, et qu'il mérite le « respect » comme principe législatif protégé constitutionnellement par la dignité (et même contre la volonté de la mère), qu'enfin cette exigence constitutionnelle se concrétise déjà, notamment par la voie pénale (B).

(16) « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, n° 18, 1994, p. 3.

A. — *La qualification de « personne » : un faux problème*

La première démarche de la Cour consiste à revenir sur la qualification juridique du fœtus. Cette question se pose en effet avec acuité dans la mesure où la Cour de cassation fait reposer la solution critiquée devant les juges européens sur le refus de la qualification d'homicide, donc sur le refus d'autonomiser l'enfant (« autrui ») et même, sans doute de manière contestable, en refusant de le qualifier de « personne ». Or deux glissements posent problème : d'abord, la qualité « d'autrui » du Code pénal se range-t-elle dans celle de « personne » de l'article 2 CEDH ? La Cour, on l'a dit, fait sur ce point preuve d'une prudence coutumière. Ensuite, dans la mesure où le texte du Code pénal ne dit pas qu'il faut être une « personne » pour être victime d'homicide (sauf à recourir aux titres des livres du code et à exclure d'office d'autres qualifications compatibles) mais que la Cour de cassation a recours à ce détour, la Cour EDH ne doit-elle pas relever que le fœtus se voit autrement désigné par le droit français pertinent ? Sur ce point elle juge, de façon contestable, que les choses demeurent confuses.

1. *Le titulaire du droit à la vie dans le cadre de la CEDH (17)*

La Cour se retranche derrière l'incertitude de la définition de la « personne » qui justifierait l'autonomie nationale et donc le refus de cette qualification par la Cour de cassation. Mais en définitive tous s'accordent pour dire que le fœtus ne saurait être une personne. En revanche, le principe de l'existence d'une vie autonome sous le nom d'« être humain », qui correspond mieux à la traduction anglaise « everyone » (18), relève de l'admission implicite par les organes européens.

a. *L'objet de la protection de l'article 2*

En effet, l'objet de l'article 2 dépasse le simple « droit à la vie » comme droit subjectif disposé au sein de la personnalité juridique attribuée à un être humain ; il implique surtout une protection étatique objective et seule cette dimension peut s'envisager dans le cas du fœtus qui ne dispose d'aucun « droit », faute de personnalité juridique. On retrouve ici la signification du mécanisme de la « victime » développé par la CEDH qui s'entend de tout bénéficiaire de la protection même si ce n'est pas sa vie propre qui se trouve

(17) F. SUDRE, « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », in *Mélanges C. Mouly, Litec*, 1998, p. 375 ; GÖLCÜKÜ, « Le droit à la vie dans la jurisprudence de la CEDH », in *Mélanges Pettiti, Bruylant*, 1998, p. 1999 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, A. GOUTTENOIRE, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2004, n° 9.

(18) *Human being* étant peu employé.

en jeu et qui, dans un autre sens pourrait s'entendre de celui dont la vie est menacée sans qu'il soit une « personne » (19).

La réalité du problème repose sur les difficultés rencontrées pour cerner les limites temporelles du bénéficiaire de la protection. Les juges européens admettent qu'une protection nationale se fonde sur l'article 2 mais ne l'imposent pas, en dépit d'une recommandation déjà ancienne qui préconise une protection depuis la conception (20). Si en matière pénale le problème central réside dans l'individu, l'autonomie du fœtus par rapport à la mère, on peut rappeler la solution de la Commission EDH en 1977 admettant que la protection du fœtus dans le cadre des procédures d'IVG ne relève pas exclusivement de la sphère privée (21). Cette préoccupation des ordres juridiques révèle l'intérêt public porté au fœtus, distinct de la question des droits de la mère (même si en l'espèce la Commission n'examine pas les conditions de l'article 2). La Cour a par la suite admis la logique de la conciliation, de l'équilibre, entre droits de la mère et du fœtus « à supposer que le fœtus puisse être considéré comme étant titulaire de droits protégés par l'article 2 » (22). Même si cette question ne se pose pas en l'espèce, elle atteste d'une prise en compte possible, au titre de l'article 2, de la vie intra-utérine. C'est pourquoi on ne saurait pleinement suivre l'analyse qui consiste à ne voir dans l'affaire *Vo* qu'un souci de protection de la volonté de la mère de mener à terme sa grossesse (23).

b. La prudence de la Cour

La Cour rappelle précisément la décision *X c/Royaume-Uni* (24), où la Commission 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. Au terme de cette décision, le qualificatif de « toute personne », ne saurait s'appliquer avant la naissance tout en précisant qu'on « ne saurait exclure une telle application dans un cas rare, par exemple pour l'application de l'article 6 § 1 » (25). La jurisprudence jusqu'ici ne nie pas l'applicabilité de l'article

(19) Le père d'un fœtus est admis comme victime alors que ce n'est pas sa vie qui est menacée mais celle de l'enfant (*X c/RU*).

(20) Recom. Euro. N° 874-1979 des 3 et 4 octobre 1979. Voir not. J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^e éd. p. 67 ; L. SERMET, « Le droit de l'enfant à naître et la Convention européenne des droits de l'homme », in D'ONORIO, *Le respect de la vie en droit français*, Téqui, 1997, p. 169.

(21) Corn. EDH, 12 juillet 1977, *Brüggemann et Scheuten c/RFA*, Req. n° 6 959/75.

(22) Cour EDH, 5 septembre 2002, *Bose d'Italie*.

(23) Not. Evelyne Serverin, préc. qui considère que l'article 2 n'est pas applicable au fœtus et qui justifie dès lors la position de la Cour en examinant que la question du droit de la femme.

(24) Préc. note 11.

(25) *Reeve d Royaume-Uni*, n° 24844/94, décision de la Commission du 30 novembre 1994.

mais recule devant la responsabilité de l'admettre clairement. Seul son caractère absolu dans l'hypothèse de son applicabilité fait l'objet d'un rejet explicite. Le refus de se prononcer, ici réitéré, laisse ouverte l'analyse critique des deux hypothèses. Les opinions séparées et dissidentes s'affrontent d'ailleurs sur ce terrain. Au cœur du débat, comme parasite, la question de l'IVG.

2. *L'absence de réel conflit avec les droits de la mère*

Comme le souligne M^{me} Serverin, la Cour semble raisonner toujours au regard de la question du cadre de l'interruption volontaire de grossesse. Protéger en soi le fœtus risquerait de laisser croire à l'ancrage européen d'un interdit de l'IVG par l'érection d'un autre sujet face à la mère. Or, à l'instar du juge Costa, on sait qu'il n'en est rien et que l'équilibre des droits se présente de façon bien plus subtile.

a. La conciliation des droits de la mère et de la protection du fœtus : un référent inadéquat

Comme M. Cayla évoque un « anti-cas Perruche » (26) par lequel les contestataires de l'arrêt fondent leur raisonnement sur l'idée que la mère aurait pu vouloir garder l'enfant handicapé, on pourrait ici parler d'un « anti-cas Vo » où la Cour européenne raisonne comme si le cœur du problème résidait dans une entrave de la volonté de la mère qui pourrait être de ne pas garder l'enfant. Faisant état d'une jurisprudence qu'elle pense pertinente, la Cour ne développe en fait que des cas de conflit entre l'intérêt de la mère et celui du fœtus. Elle opère ainsi comme si la mère avait envisagé le cas de se satisfaire de l'interruption de la grossesse puisque les femmes en général ont plutôt combattu pour l'avortement. Or, l'absence de conflit ici s'impose et exclut le modèle de l'IVG comme guide de raisonnement.

b. L'absence de conflit en l'espèce

La volonté de la mère n'est pas en cause ici au plan de la libre disposition de soi. Son intérêt est convergent avec celui du fœtus. Inversement même, elle vient se plaindre d'une absence de protection à la fois du fœtus en lui-même et de sa volonté d'être mère. On mesure à quel point la question de l'IVG est étrangère au problème. La requérante souligne que le droit fait peu de cas de son projet. M^{me} Serverin estime pour sa part que « la protection de la femme enceinte n'implique pas nécessairement l'édition d'une infraction pénale », à tout le moins c'est reconnaître qu'une telle incrimination renforcerait la protection de la volonté de la femme de disposer de soi dans le sens de donner la vie.

(26) O. Cayla et Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Le Débat, Gallimard, 2002.

On peut donc affirmer qu'en posant le problème de l'applicabilité de l'article 2 en termes de reconnaissance d'une personnalité pour le fœtus et en concluant ce raisonnement par un refus de se prononcer au cas où cela risquerait de conduire à construire un sujet menaçant pour les droits de la femme, la Cour a suivi une fausse piste.

Ce faisant, elle a emboîté le pas à la Cour de cassation qui en associant « autrui » et « personne » a également contribué à occulter la cohérence du droit français (27).

B. — *La qualification « d'autrui » : un vrai « faux-fuyant »*

La Cour européenne n'a pas examiné la cohérence de la position de la Cour de cassation au regard du contexte français. Ce faisant, elle aurait sans doute outrepassé son champ de contrôle et opéré comme une cour suprême. Cependant, sans censurer le juge national, elle aurait pu relever l'existence et même la convergence des qualifications du fœtus dans le sens de la reconnaissance d'une protection objective à laquelle il eût été intéressant de confronter la « disqualification pénale ».

1. « Autrui » et « personne » : une vraie confusion

Le juge français a consciemment réduit la notion de bénéficiaire d'une protection pénale à celui de titulaire de droits. Ce faisant, il a nié l'existence positive d'une pluralité de figures du sujet de droit (28). Partant sur le principe de qualifications proprement pénales, il s'est arrêté sur la transposition d'une notion civiliste non pertinente (29). La position de la Cour n'est guère explicite. Le refus de réprimer l'interruption involontaire de grossesse au titre de l'homicide peut, dans l'absolu, se justifier selon quatre séries de considérations : deux tiennent à la structure du droit pénal, deux se ramènent à l'idée que le fœtus n'est pas un objet satisfaisant pour les infractions relatives aux personnes.

a. « Autrui » n'a pas à être une personne

Selon la première : l'objet de l'incrimination ne peut être le fœtus faute d'être suffisamment autonome. Qu'il s'agisse d'apprécier « l'homicide » ou

(27) B. Beignier, « La liberté de concevoir un enfant », *Droit de la famille*, Février, 2004, p. 4, *Chron.* 3.

(28) Voir not. X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux.*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2003, tome 22, 913 pages.

(29) J.-F. SEUVIC, « Paradoxes sur la situation pénale de l'humain avant la naissance et après la mort. », in FURKEL, JACQUOT, JUNG (Dir.), *Bioéthique, les enjeux du progrès scientifique — France, Allemagne — (Colloque Nancy, 7 mars 1998)*, Bruylant, 2000, p. 163.

la qualité d'« autrui », le fœtus ne saurait être un objet « autonome » du droit pénal. Le juge reviendrait ainsi sur l'acquis juridique tendant à effacer l'adage archaïque du « *pars mater viscerum* ». Sans aller jusqu'à en appeler à une « vérité » biologique introuvable et non contraignante pour le droit, on doit souligner qu'un tel réductionnisme serait tout à fait réactionnaire. « Autonomie » s'entend comme simple individualisation, ici en cause, et ne doit pas être confondue avec la capacité à vivre par soi-même qui ne constitue pas un élément pertinent en droit pénal. M. Prothais écrit fort justement qu'« en droit pénal, la notion concrète de vie humaine constitue une valeur bien plus fondamentale que la notion juridique de personne. Ce dont le droit pénal se soucie, c'est la vie beaucoup plus que la personnalité juridique (30) ». L'individuation de l'objet de la protection pénale, question centrale de l'interruption involontaire de grossesse peut s'opérer par les qualifications générales du fœtus.

Selon la deuxième : pour être « autrui » il faudrait être une personne. À cela deux objections : d'abord, sur le principe, le juge est libre, dans son travail d'interprétation, de remplacer un terme par un autre, mais en l'occurrence, ce glissement n'est justifié que par le vocable employé dans le titre concerné du Code pénal « crimes et délits contre les personnes ». Or le Code pénal subsume lui-même le concept d'être humain sous celui de personne en incriminant la « traite des êtres humains » au titre des délits contre les personnes (31). Le nom « être humain » n'est donc pas exclusif d'un délit sur les « personnes ». Ensuite, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale n'induit pas le fait que la notion d'autrui doive se comprendre comme « personne » puisque la personne est d'abord un être humain et que celui-ci est protégé au titre du lien qu'il entretient avec le concept de personne.

b. Les considérations de structure du droit pénal

Ses considérations paraissent plus pertinentes. Selon la troisième considération, la Cour de cassation tend à appliquer le principe de l'indépendance des législations et à disqualifier en droit pénal les qualifications du Code civil ou du Code de la santé. Le fœtus ne ferait l'objet de protection que dans le

(30) A. Prothais, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP*, 1999, I, p. 129. Voir également les conclusions de M^{me} l'avocat général D. Commaret sur l'arrêt du 25 juin 2002, *Dr. Pén.* 2002, chron. 18.

(31) Art. 225-4-1 de la loi du 18 mars 2003 : « La traite des êtres humains est le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit. »

cadre des législations bioéthiques. Cependant, par principe le droit pénal protège les valeurs d'une société sans tenir compte de la diversité des domaines où elles peuvent subir des atteintes. On comprendrait mal comment une vie humaine aurait un intérêt social sous un microscope et pas dans un ventre.

Selon la quatrième considération, plus convaincante en apparence : en admettant que le sujet existe, l'interprétation des textes ferait que l'on se trouve face à un « vide juridique ». La lecture contextuelle, c'est-à-dire en fonction du classement dans le code, de l'incrimination d'interruption illégale de grossesse permet de la lire comme une « mise en danger d'autrui » et ne vise logiquement essentiellement que la femme (32), même si la tentative est également poursuivie et permet de protéger également l'enfant. En effet, l'existence d'une interdiction autonome de l'interruption illégale de grossesse existant au titre de la mise en danger de la personne (ce terme désignant semble-t-il la mère), il ne saurait y avoir une incrimination des mêmes faits, involontaires cette fois, qui soit, elle, une atteinte à la vie de la personne (le fœtus cette fois). Cette incohérence ne doit pas étonner. Elle demeure liée au fait que le législateur n'a pas prévu, et pour cause, d'interruption illégale involontaire puisque l'objet de cette incrimination est le respect des conditions de l'IVG, le respect du cadre de l'action pleinement volontaire. Cela n'empêche pas de considérer que, dans les deux cas, la protection du fœtus, indirecte, s'associe à celle de la mère ce qui permet de les subsumer tous deux sous le terme « personne ». Pour gênante qu'elle soit, cette incohérence n'entre pas en ligne de compte dans l'affaire *Vo*. Au contraire, elle serait un argument supplémentaire pour souligner l'insuffisance du droit français dans l'hypothèse où la Cour EDH reconnaîtrait, comme la Cour de cassation, dans la protection de l'être humain une exigence de l'article 2.

2. « Autrui » et « être humain » : une vraie qualification

Le doute s'est immiscé dans la logique implacable du « tout est personne » quand la loi de janvier 1975 introduit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, respect encadrant le régime de l'enfant *in utero*, tandis que le droit des personnes ne commence son office qu'avec la naissance d'un enfant viable. Désormais la distinction entre personne humaine et être

(32) C'est la raison pour laquelle l'argument avancé par Evelyne Serverin (not. *D.* 2004, p. 2802, note 11) selon lequel on peut déduire du fait que l'avortement illégal est puni dans ce cadre et que l'homicide l'est dans le cadre des atteintes à la vie empêche de protéger le fœtus à ce titre ne porte guère puisque l'interdiction de l'avortement illégal ne protège pas directement le fœtus, il n'est pas l'objet principal du délit. La vie ainsi volontairement mise en danger n'est pas celle du fœtus, celui-ci peut donc être protégé à un autre titre, celui d'homicide même involontaire. Voir en ce sens, Y. Mayaud, *D.* 2001, Jur. p. 2917.

humain se fonde sur une interprétation littérale de l'article 16 du Code civil (33) qui débouche sur deux degrés de protection : l'être humain doit bénéficier de la protection objective du « respect », tandis que la personne humaine bénéficie, en plus, des éléments d'une protection subjective (34), médiatisée par l'attribution de la personnalité juridique (attribution étatique à l'enfant né vivant et viable).

a. La législation française

La notion *d'être humain* vient à point nommé, offrir le cadre d'une protection à ceux qui n'ont pas le privilège de se voir reconnaître la « dignité » de la personnalité juridique, mais doivent socialement faire l'objet d'une protection. « La reconnaissance en droit de la qualité d'être humain permet donc de dépasser l'alternative simpliste — qui ne correspond d'ailleurs pas à l'état de notre droit positif — qui consiste à affirmer brutalement que si l'embryon n'est pas une personne, c'est qu'il est une chose » (35). Le point de départ de l'individualité pose problème en biologie (36). Le droit positif prend cependant des libertés avec les conclusions généralement admises de la biologie concernant l'individuation de l'embryon. M^{me} Hermitte écrit ainsi que « du fait de la formulation (...) la loi entretient une incertitude quant au moment où doit s'appliquer le respect. La loi Veil sur l'interruption de grossesse avait garanti nettement la protection de l'être humain dès le commencement de la vie, c'est-à-dire dès l'instant de la fécondation, de la conception de l'embryon. En revanche, la tournure « sa vie » sous-entend que le respect ne s'applique qu'à un individu. Cela pourrait faire commencer la protection au moment où l'embryon cesse d'être totipotent » (37). La loi de 1994 modifie en effet celle de 1975 (38) et évoque le principe du respect de l'être humain dès le

(33) « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. »

(34) En ce sens : F. BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine », in *Éthique, droit et dignité de la personne humaine*, in *Mélanges Christian Bolze, Philippe PEDROT* (Dir.), *Economica*, 1999, p. 29 : « Il semble donc que l'on sépare le respect dû à l'homme biologique, c'est-à-dire au corps en vie d'un être humain, de la dignité de la personne, être humain social, capable de discernement libre et éclairé, c'est-à-dire de raison au sens kantien » (p. 36).

(35) P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique. A propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997 », *Droit de la famille*, septembre 1997, p. 4.

(36) Stephen Jay Gould, *Le sourire du flamand rose*, IV. Vivre enchaîné, Seuil, coll. Points-Sciences, p. 72.

(37) M.-A. Hermitte, « Si l'embryon n'est pas une personne, c'est néanmoins un être humain », *Biofutur*, avril 1999, n° 188, p. 24.

(38) Sur la notion d'être humain dans cette loi, voir l'analyse de J.-C. HONLET, « Adaptation et résistance des catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie », in *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, Catherine LABRUSSE-RIOU (Dir.), Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, Tome 259 ;

commencement de *sa vie* et non plus de *la vie* (39). L'embryon fait l'objet d'une protection, d'un « respect » relevant de la dignité humaine, protection minimum commune à tous les humains (40). C'est également le sens des Recommandations du Conseil de l'Europe du 24 septembre 1986 (point 10) et 2 février 1989 fondant sur la dignité humaine la prohibition de l'utilisation des embryons à diverses fins de recherche.

Les textes proposent donc de qualifier la vie anténatale d'« être humain » et soulignent son autonomie. Les juridictions reprennent cette qualification y compris les juridictions pénales elles-mêmes (41). Or, on le voit, la personne est aussi un être humain et l'être humain est protégé par la dignité générale de la personne. Le droit pénal ne saurait être hermétique aux qualifications données par ailleurs et il ne l'est généralement pas des qualifications civilistes. Ici, c'est en outre le droit constitutionnel qui chapeaute l'ensemble du droit. Ensuite, et cette seconde objection se lit avec la première, la qualification d'être humain est justement le fait de la loi Veil, loi intervenue en matière pénale avant que de nourrir le Code civil. L'argument ainsi invoqué par l'Assemblée plénière en 2001 (42) apparaît pour le moins spécieux.

b. La jurisprudence

La présentation implicite que le Conseil constitutionnel donne à lire doit d'abord retenir l'attention. Le second considérant de la décision *Bioéthique*

B. Mathieu, « La vie en droit constitutionnel comparé : éléments de réflexion sur un droit incertain » préc., p. 1031.

(39) Ainsi que l'interprète le professeur Mathieu : « La substitution du terme "sa vie" par le législateur de 1994 au terme "la vie", employé par le Conseil constitutionnel dans sa décision 75-54 DC renforce le caractère subjectif de ce droit », in *Génome humain et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 33.

(40) « Le droit à la vie n'est pas applicable à l'être non sujet de droit mais n'empêche pas l'établissement de garanties en sa faveur au nom de la dignité humaine. En ce sens, il semble qu'au nom de la dignité, la protection juridique de la vie humaine se déplace d'un droit à la vie, c'est-à-dire d'un droit de ne pas être tué (qui ne peut s'appliquer à un être qui n'est pas encore né mais convient à la personne sujet de droit), à la protection de la vie, dont l'objet est d'écarter les tentatives visant à créer, exploiter la vie par une manipulation et une instrumentalisation de l'être humain (qui prend alors en compte les différentes étapes de la vie de la personne) », Evain, *Le principe de sauvegarde de la dignité et le respect de l'identité de la personne humaine en droit public français*, *op. cit.*, p. 235.

(41) Cass. crim., 27 novembre 1996 : « Qu'en effet, la loi du 17 janvier 1975 n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1^{er}, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit ».

(42) « Mais attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus ; (...) ».

reproduit exactement le texte du Préambule de 1946 (qui utilise concomitamment les termes *d'être humain* et de *personne humaine*), puis distingue le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, issu de la loi IVG et repris dans la décision de janvier 1975 (*IVG T*), du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, seule valeur constitutionnelle qui se « nourrit » du premier principe. On réalise que la valeur de l'être humain se situe en deçà de celle de la personne (à laquelle il participe toutefois) mais en toute hypothèse, qu'il s'agit de deux notions distinctes quoique non exclusives.

La position du juge administratif ne peut s'établir que sur les termes d'un arrêt du 21 décembre 1990, *CNAFC et autres* (43). Cet arrêt analyse, du point de vue de la protection de l'embryon, des problèmes redoutables, esquivés par la décision *IVGI* de 1975. Bien que le dispositif de l'arrêt reprenne les éléments de la loi de 1975 et concilie la dérogation accordant l'IVG et la protection de l'embryon, on en a un peu trop vite conclu à la qualification de « personne » de l'embryon et par là à l'existence d'un droit à la vie à son bénéfice (44). Or, justement, l'arrêt ne tire pas explicitement de conséquences des textes internationaux et se contente de citer les termes de la loi IVG relatifs au respect de l'être humain, pour en conclure que ces dispositions assurent une protection compatible avec les textes internationaux. Le Conseil d'État estime, comme le fait désormais le Conseil constitutionnel, que le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie suffit, quant à l'embryon, à concrétiser le droit général de la personne humaine à la vie. Dès lors la qualification d'être humain est bel et bien substituée à celle de personne dans le cas de l'enfant à naître.

Au plan civil, le principe posé par la loi Veil sert de canevas à toutes les questions relatives à l'embryon même hors interruption de grossesse, y compris dans le cadre de l'affaire *Perruche* (45). Inversement, la loi de 1975 n'est pas applicable au cas de réimplantation d'embryons *in vitro* (46) dans le cas

(43) CE, Sect. 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, préc.*, *RUDH*, 1991, p. 1, note Ruiz-Fabri ; *AJDA*, 1991 p. 91 ; *RFDA* 1990, p. 1065, note Morange ; *D.* 1991, Jur. p. 283, note Sabourin.

(44) Cette conclusion serait suscitée par le fait que le Conseil d'État, à la suite de l'arrêt *Nicolo*, accepte de confronter les dispositions de la loi IVG avec les dispositions de la CEDH et du PIDCP, tous deux faisant mention de la « personne humaine » comme titulaire du droit à la vie. Ainsi, explicitement à propos de l'embryon, le juge fait application de dispositions qui font appel à la « personne humaine », BRIARD : « Le respect de la vie dans la jurisprudence administrative », in D'ONORIO Dir., *Le respect de la vie en droit français*, Téqui, 1997, p. 70.

(45) Cass. plén., 17 nov. 2000 : « Que, si un être humain est titulaire de droits dès sa conception, il n'en possède pas pour autant celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre ; qu'ainsi, sa naissance ou la suppression de sa vie ne peut être considérée comme une chance ou comme une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques ».

(46) Cass, civ., 9 janvier 1996, préc.

du décès du père, excluant que le respect de l'être humain ne s'interprète comme imposant de le faire naître. *A contrario*, cela signifie que le réel bénéficiaire de ce principe n'est autre que l'embryon faisant l'objet d'un projet parental (47).

La Cour EDH aurait ainsi pu lire, du sommet constitutionnel aux traductions jurisprudentielles, une certaine cohérence de qualification ainsi que, la compatibilité et même la reconnaissance interne de l'applicabilité de l'article 2 dans ce cadre. Cette hypothèque étant levée, la question des obligations de l'État envers l'être humain par la voie pénale se posait autrement.

II. — LES OBLIGATIONS POSITIVES DE L'ÉTAT ENVERS L'ENFANT À NAÎTRE : UNE QUESTION À REVOIR

La solution de la Chambre criminelle souffrant d'une réelle fragilité au regard des sources internes et l'usage du terme « personne » n'offrant plus de réelle résistance, la nécessité de protéger le fœtus au regard des exigences internes et européennes (A) et le choix de leur traduction en dispositions pénales (B) se construisent plus clairement, même si cela aboutit à admettre, sans doute, la conclusion de la Cour EDH.

A. — *La protection objective de la vie fœtale : une vraie exigence*

Cette exigence, qui apparaît d'emblée constitutionnelle, se concrétise dans les normes inférieures.

1. *Une « exigence » constitutionnelle*

Le rappel du droit pertinent par la Cour EDH omet de poser les bases constitutionnelles de la vie qui contribuent à éclairer les obligations de l'État.

a. *Dignité de la personne humaine et respect de l'être humain*

La décision *IVGII* du Conseil constitutionnel de juin 2001 (48), ne prend ainsi pas la peine de préciser cette hiérarchie et la tient pour acquise. Elle

(47) Mathieu, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels ». *D.* 1999, n° 41, chron. p. 451.

(48) Décision n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption de grossesse et à la contraception*. Mathieu, « Une jurisprudence selon Ponce Pilate (constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception) », *D.* 2001, n° 31, Jur. p. 2533 ; Mouton, « La force de la loi : entre déclin et renaissance (à propos de Cons, const., 27 juin 2001, 2001-446 DC) », *Droit de la famille*, sept. 2001, p. 4. ; Schoettl, « La nouvelle législation relative à l'interruption volontaire de grossesse (Cons, const., 27 juin 2001) », *LPA* 10 juillet 2001, n° 136, p. 25 : « *Considérant qu'en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du fait de*

se contente, de façon sibylline, d'estimer que le législateur, en facilitant l'interruption de la grossesse, n'a pas rompu l'équilibre entre la dignité de la personne et la liberté de la femme, dont la situation de détresse demeure la condition nécessaire pour ne pas méconnaître le respect dû à l'être humain (49). Ce dernier constitue donc clairement la garantie législative de la dignité de la personne. L'être humain, objet de ce respect, participe à la dignité de la personne qu'il n'est pas mais à laquelle il participe puisqu'il pourra devenir personne sous certaines conditions, parce que toute personne est un être humain et parce que tout être humain recèle les qualités de la personne.

b. L'équilibre jurisprudentiel entre protection objective et droits subjectifs

Il faut en conclure, contrairement aux explications données par la Cour de cassation, et implicitement admises par la Cour européenne que le principe de protection de l'être humain dès le commencement de sa vie a, du fait de son rôle de « principe sentinelle » de la dignité de la personne, une portée qui dépasse les textes bioéthiques. Il paraît tout à fait illogique de penser que l'être humain fait l'objet d'une protection face aux acteurs de santé lorsqu'ils travaillent sur l'embryon, ou face à la mère dans le cas de l'IVG et pas face aux aléas de la vie courante. Le principe du respect de l'être humain nourrit celui de dignité de la personne, génériquement et non actuellement entendu, et cela exclut toute dimension « à éclipses » d'une telle considération accordée par le droit parce que telle est la volonté des parents (comme dans le cadre des procréations médicalement assistées où la considération juridique de l'embryon est croissante avec l'acuité du projet parental).

2. *Une exigence concrétisée*

Le respect objectivement dû à l'être humain se concrétise déjà au plan législatif, même si l'on peut s'interroger sur la portée de cette protection (50).

a. La protection de la vie

La notion de respect, en ce qui concerne les embryons *in utero*, trouve à s'appliquer dans les limites fixées par la législation sur l'IVG. Dans l'ensemble

son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. » (Cinquième considérant).

(49) Condition non vérifiée par le juge en cas de contentieux (CE, 31 octobre 1980, D. 1981, Jur. p. 38, concl. Genevois).

(50) La Convention d'Oviedo, met en place un dispositif d'encadrement de la recherche sur l'embryon qui dessine au niveau européen la notion de dignité humaine (celle-ci est visée dans le rapport explicatif pour l'embryon) : non constitution d'embryons à des fins de recherche, protection adéquate.

des pays européens la protection du fœtus relève du droit objectif et non d'un droit subjectif au respect de la vie (51). L'embryon fait l'objet d'une protection, d'un « respect » relevant de la dignité humaine, protection minimum commune à tous les humains. Les lois de bioéthique (actuellement les articles L. 152-1 à L. 152-10 du Code de la santé publique) fournissent quelques éléments de protection de l'embryon *in vitro* qui viennent nourrir la notion de « respect » : c'est le cas de la finalité de la production d'embryon (« thérapeutique »), de la non utilisation à des fins commerciales ou industrielles, de l'interdiction des recherches tendant à la destruction. Cependant, la destruction pure et simple des embryons atteste d'une limite temporelle du respect qui demeure tributaire du projet parental. On n'aura pas de mal à prendre la mesure de la faiblesse de la protection liée au respect de l'être humain. Son contenu juridique et pratique paraît bien faible à l'inverse des cas où le principe ne joue pas : l'exclusion de la législation sur l'IVG à l'ensemble de la période précédant la nidation, l'IVG et surtout la réduction embryonnaire qui se pratique jusqu'à trois mois de grossesse.

b. La protection pénale de l'être humain par l'humanité (52)

Un autre aspect de la protection de la vie appelle également l'attention. Le droit pénal n'est pas étranger à la protection de l'être humain au stade embryonnaire. Actuellement, l'embryon attire tous les regards dans la mesure où il représente la porte d'accès à l'humanité elle-même. Les raisons en sont essentiellement biologiques et techniques (manipulations génétiques facilitées par la culture des cellules souches) mais également juridiques (l'être humain étant le stade le plus fragile du sujet de droit). Le droit pénal s'applique ainsi à l'embryon-être humain pour protéger des intérêts qui le dépassent. La dignité de l'être humain s'analyse comme celle de la famille humaine (53), d'où une protection pénale à double détente : d'abord la protection de l'espèce (54) ensuite la prohibition des dérives possibles de la recherche biomédicale (55)

(51) Cf. *AJIC*, 1986, Table ronde sur l'IVG. G. NICOLAS, *Le droit constitutionnel du commencement de la vie*, thèse Droit, Aix 2000, dactyl.

(52) Py, « Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau code pénal. », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1994, n° 18, « Le nouveau Code pénal », p.69 ; SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », in *Éthique, droit et dignité de la personne humaine, Mélanges Christian Bolze, Philippe PEDROT (Dir.)*. Economica, 1999, p. 339.

(53) Les textes de l'ONU parlent de « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables » (Voir le préambule du PIDCP, al. 1).

(54) Art. 214-1 et s. du Code pénal : eugénisme et clonage reproductif.

(55) Code de la santé publique, Deuxième partie, Livre I, Titre 6, Chapitre III. Giudicelli, « Le droit pénal de la bioéthique », *LP A*, n° 149, 14.12.1994, p. 79 ; LENOIR, « Le droit international pénal de la bioéthique. », in ASCENSIO, DECAUX, PELLET (Dir.), *Droit international Pénal*, Pedone, 2000, p. 405.

(comme le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales, le fait de procéder à une étude ou une recherche sur l'embryon humain sans avoir préalablement obtenu consentement écrit et autorisation ou sans se conformer aux prescriptions législatives et réglementaires comme, enfin le fait de procéder à une étude ou une recherche sur des cellules souches dans les mêmes conditions.

On voit bien que ces incriminations dépassent le cadre de droit commun de l'affaire *Vo*, mais elles attestent du lien entre protection pénale de l'humanité et embryon. Ce n'est pourtant pas suffisant pour remettre en cause, dans le cadre qui est le sien, l'analyse du juge européen.

B. — *Le choix de la voie pénale : un vrai problème*

L'État se trouve soumis à une obligation positive de protection de la vie (56), y compris dans les relations interindividuelles (57). Celle-ci étant reconnue de façon anténatale en droit français, reste la question de la forme de cette protection : la voie pénale s'impose-t-elle ? Si protection objective il doit y avoir, elle peut prendre la forme de limites procédurales et d'interdits dans le Code de la santé publique lorsqu'il s'agit de l'embryon *in vitro*, elle peut également jouer par la mère pour l'embryon *in utero*, mais on voit mal qu'elle autre forme elle pourrait avoir que pénale lorsqu'il s'agit d'une hypothèse d'atteinte involontaire (sauf à institutionnaliser les dommages-intérêts punitifs). C'est pourquoi, paradoxalement, le choix de recourir à l'association délicate entre « répression pénale et atteinte involontaire à la vie » demeure le choix des États membres.

1. *L'inadéquation de la voie civile et administrative*

L'essentiel des préconisations de la Cour porte sur les précautions que l'État doit prendre dans le domaine médical et sur les voies de recours en responsabilité (58). Cela suffit-il pour autant à protéger le fœtus comme « être humain » ?

(56) Corn. EDH, 10 octobre 1986, *Naddaf c/RFA*.

(57) Cour EDH, 28 octobre 1998, *Osman c/RU*, JCP 1998-1-105, note Sudre.

(58) « Les obligations positives impliquent la mise en place par l'État d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades. Il s'agit également d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées, et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes. » (§ 89).

a. Les impératifs de la voie pénale

Dans l'arrêt *Osman*, précité, la Cour note que « la première phrase de l'article 2, § 1 astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (59). Nul ne conteste que l'obligation de l'État à cet égard va au-delà du devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations ». La Commission, dans une affaire d'IVG avait également développé cette affirmation (60). On mesure bien que c'est de la qualification interne du bénéficiaire de la protection que dépendent les obligations de l'État. La limite de cette obligation tient seulement selon la Cour aux difficultés pratiques rencontrées et n'atteint donc pas l'activité de réglementation, préventive.

b. La nécessité de prendre en compte pénalement la volonté de la mère

« En l'espèce, l'objet du litige concerne l'atteinte mortelle involontaire de l'enfant à naître, contre la volonté de la mère, et au prix d'une souffrance toute particulière de celle-ci ; force est de constater que leurs intérêts se confondaient (§ 87) ». En opérant sur le modèle privatif de l'IVG, la Cour EDH ne reconnaît pas de protection pénale propre au fœtus mais elle nie également toute nécessité d'une protection de la volonté de la mère. M^{me} Serverin estime qu'en s'en remettant à la protection physique de la mère pour protéger l'enfant c'est encore sa volonté qui se trouve protégée ; mais en définitive cette volonté n'est nullement prise en compte. La mère se voit simplement civilement « désintéressée » en lui expliquant qu'elle dispose de recours indemnitaires. Ceux-ci ne sauraient remplacer la satisfaction de la sanction de la perte d'un enfant ni prévenir celle-ci. Une maladie qui provoque une incapacité de travail supérieure à trois mois est pénalement punie (art. 222-19, C. pén.), la même maladie qui provoque la perte d'un enfant à terme n'encourt aucune sanction... Est-ce vraiment accorder à la volonté d'enfanter de la femme l'attention de la société ? La Cour n'estime pas que la « souffrance toute particulière » mérite une incrimination. Peut-on estimer que la perte d'un enfant soit équivalente à des coups et blessures involontaires ? La protection subjective propre de l'enfant à naître par la représentation de la mère ne joue qu'au plan civil. Le droit pénal ne connaît que la protection objective d'un intérêt public, indépendamment de la satisfaction civile de la mère et pourtant la Cour EDH ne distingue pas les deux.

(59) Voir également l'arrêt *LCB c/Royaume-Uni* du 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, p. 1403, § 36.

(60) *H. c/Norvège* (décision de la Commission du 19 mai 1992, n° 17004/90).

Elle fait également mention des manifestations de rejet ou tout au moins d'hésitations du droit national à travers les débats relatifs à l'amendement « Garraud » projetant de réagir à la jurisprudence de la Cour de cassation en créant le délit d'interruption involontaire de grossesse. Cela expliquerait l'inutilité d'une sanction pénale. Or, la réticence française a tenu essentiellement dans la crainte de voir reculer les garanties de l'IVG par la reconnaissance de l'existence d'un « être humain » (61). La chose était pourtant déjà acquise.

2. La cohérence de la protection pénale de l'être humain

On mesure à présent mieux la fragilité de l'affirmation de la Cour EDH sur l'absence de nécessité de la protection pénale. Sa cohérence pose question dans la mesure où il existe déjà les jalons d'une telle prise en compte.

a. La protection pénale : une exigence constitutionnelle ?

Il apparaît assez clairement, au regard de l'ambiguïté des textes et du refus de la pénalisation de l'interruption involontaire de grossesse, que le législateur français choisit de relativiser le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Ce principe ne connaît pas une application générale et absolue (cas de réductions embryonnaires, des embryons surnuméraires, etc.). Or, ce principe constitue une « sentinelle » du principe de dignité ; il relève donc d'une exigence constitutionnelle et on voit que le Conseil constitutionnel demeure vigilant, même si le fruit de son contrôle peut apparaître contestable (62). Le législateur ne saurait priver un principe constitutionnel du niveau de protection législative acquis sauf à se faire l'artisan d'une conciliation avec un autre principe constitutionnel que celui qu'il convient de nourrir comme c'est le cas pour l'IVG. Cette exigence doit-elle se traduire pour autant positivement, notamment par le choix d'une protection pénale ? Si l'on peut, avec le professeur Mathieu (63) montrer qu'une protection pénale serait « constitutionnellement légitime », cela ne signifie pas que ce soit « constitutionnellement obligatoire » tant il revient au législateur de choisir la voie de la conciliation des intérêts. D'autres cas se sont présentés et confirment cette solution. Ainsi, la dépenalisation de l'auto-avortement en 1993 n'a soulevé aucune difficulté, ni dans l'opinion, ni devant le Conseil constitutionnel (64)

(61) Cf. Bellivier et Egea, « Les chemins de la liberté (petite leçon de biopolitique) », *D.* 2004, n° 10, Doc. p. 647.

(62) Mathieu, « Une jurisprudence selon Ponce Pilate (constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception) », *D.* 2001, n° 31, Jur. p. 2533.

(63) *Le monde*, 4 décembre 2003.

(64) Décision n° 92-317 DC du 21 janvier 1993, loi portant diverses mesures d'ordre social: « Considérant que l'article 38 de la loi écarte toute incrimination pénale à l'encontre de la femme qui pratique l'interruption de grossesse sur elle-même, en abrogeant les deux premiers alinéas de l'article 223-12 du nouveau Code pénal ; que des dispositions contenues dans le projet de loi initial tendaient à faciliter la répression

tant la protection de la femme, réduite à cette extrémité apparut prioritaire sur toute autre considération. Certes, on objectera qu'il s'agit encore une fois du cadre « volontaire », non pertinent ici, mais on notera tout de même que le Conseil n'a posé aucune objection de principe.

On a vu que le caractère involontaire de l'atteinte limite l'intérêt d'une incrimination et qu'à ce propos la Cour estime inutile l'intervention du droit pénal posant implicitement que la prévention par le mécanisme des coups et blessures suffit (65). Si ce raisonnement convainc lorsque la mise en danger ou l'homicide involontaire sont incriminés, il joue moins lorsque justement l'enfant à naître n'en est pas le bénéficiaire direct. Le fait de faire ingérer un produit qui involontairement mettra fin à la grossesse peut n'être pas poursuivi au titre d'une infraction protégeant la mère, faute d'atteinte à son intégrité ou de mise en danger. On ne peut penser, comme le fait implicitement la Cour, qu'une protection indirecte couvre tous les cas et qu'une protection directe ne soit pas nécessaire au même titre que la protection des embryons *in vitro*. Cette absence de choix en faveur du droit pénal justifie sans doute la position de la Cour.

b. Une marge nationale d'appréciation incompressible

In fine il faut poser que la solution donnée par la Cour EDH quant à la marge d'appréciation de l'État demeure la plus raisonnable. M. Levinet fait remarquer que cette marge ne doit pas exister pour un droit aussi fondamental (66). Mais on objectera que, si l'on écarte la phase de qualification, déjà vue, la marge d'appréciation ne joue que sur les obligations positives de l'État. En cette matière, la Cour demeure tout de même un peu plus à l'aise. Remettre en cause l'ensemble de la protection pénale de la vie anténatale en France eut été impossible tant il est vrai que les incriminations qui touchent de près ou de loin cette période ne tendent à protéger directement que la femme. Enfin, les sanctions pénales liées à la méconnaissance des conditions de l'IVG protègent d'autres intérêts que le fœtus.

Voilà pourquoi on peut adhérer à la conclusion de la Cour sans en épouser la totalité du raisonnement dans la mesure où ses prémisses reposent sur une

des actes d'entrave à l'interruption de la grossesse pratiquée dans les établissements de santé ; que dès lors l'amendement qui est à l'origine de l'article 38 de la loi peut être regardé comme ayant un lien avec le texte soumis aux assemblées ».

(65) « Si le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers ne saurait être admis en soi (arrêt *Perez c/France* [GC], n° 47287/99, § 70, 12 février 2004), la Cour a maintes fois affirmé qu'un système judiciaire efficace tel qu'il est exigé par l'article 2 peut comporter, et dans certaines circonstances doit comporter, un mécanisme de répression pénale » (§ 90).

(66) Note précitée au *JCP*, p. 1803, § 6.

appréciation à notre sens inexacte du droit national pertinent, négligeant l'effet des qualifications constitutionnelles.

Xavier BIOY

Maitre de conférences en Droit public
à l'Université des Sciences sociales Toulouse I
Centre d'Études et de Recherches Constitutionnelles et Politiques (CERCP)

(Extrait de l'arrêt de la CEDH, *Affaire Vo c/ France*,
du 8 juillet 2004)

[...]

1. Le 27 novembre 1991, la requérante, M^{me} Thi-Nho Vo, d'origine vietnamienne, se présenta à l'hôpital de l'Hôtel-Dieu de Lyon pour y subir la visite médicale du sixième mois de sa grossesse.

2. Le même jour, une autre femme, nommée M^{me} Thi Thanh Van Vo, devait se faire enlever un stérilet dans le même établissement. Le médecin, le D^r G., qui devait effectuer cette opération appela dans la salle d'attente «M^{me} Vo», appel auquel la requérante répondit.

Après un bref entretien, le médecin constata que la requérante ne comprenait pas bien le français. Ayant étudié le dossier, il entreprit d'ôter le stérilet sans aucun examen préalable de la patiente. En cours d'opération, le médecin perça la poche des eaux, entraînant ainsi une importante perte du liquide amniotique.

Après un examen clinique qui révéla l'existence d'un gros utérus, le médecin prescrivit une échographie. Il apprit alors que celle-ci venait d'être faite et comprit qu'une erreur sur la personne avait été commise. La requérante fut immédiatement hospitalisée.

Le D^r G. tenta ensuite de procéder à l'enlèvement du stérilet sur M^{me} Thi Thanh Van Vo et, n'y réussissant pas, prescrivit une intervention sous anesthésie générale devant avoir lieu le lendemain matin. Une nouvelle erreur était alors commise et la requérante, conduite au bloc opératoire à la place de M^{me} Thi Thanh Van Vo, ne dut qu'à ses protestations et au fait qu'un médecin anesthésiste la reconnut, d'échapper à l'intervention chirurgicale destinée à son homonyme.

3. La requérante quitta l'hôpital le 29 novembre 1991. Le 4 décembre 1991, elle y revint pour la vérification de l'évolution de sa grossesse ; les médecins constatèrent que le liquide amniotique ne s'était pas reconstitué et que la grossesse ne pouvait plus se poursuivre. Une interruption thérapeutique de la grossesse fut effectuée le 5 décembre 1991.

4. Le 11 décembre 1991, la requérante et son compagnon portèrent plainte avec constitution de partie civile pour blessures involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail de moins de trois mois commises sur elle-même et pour homicide commis sur son enfant. Suite à cette plainte, trois rapports d'expertise furent déposés (...)

5. Sur pourvoi du médecin, la Cour de cassation, par un arrêt du 30 juin 1999, cassa l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon et dit n'y avoir lieu à renvoi :

« Vu l'article 111-4 du Code pénal ;

Attendu que la loi pénale est d'interprétation stricte ;

[..]

Attendu que, pour déclarer [le médecin] coupable d'homicide involontaire, la juridiction du second degré relève que l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaissent l'existence, pour toute personne, d'un droit à la vie protégé par la loi ; qu'elle souligne que la loi du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse, pose le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, désormais rappelé par l'article 16 du Code civil dans la rédaction issue de la loi du 29 juillet 1994 ; qu'ensuite elle énonce qu'en intervenant sans examen clinique préalable, le médecin a commis une faute d'imprudence et de négligence, qui présente un lien de causalité certain avec la mort de l'enfant que portait la patiente ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que les faits reprochés au prévenu n'entrent pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du Code pénal, la Cour d'appel a méconnu le texte susvisé ».

[..]

6. La singularité de la présente affaire place le débat sur un autre plan. La Cour est 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 tiers. 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 au titre de cet article. Elle suppose au préalable de se pencher sur l'opportunité pour la Cour de s'immiscer dans le débat lié à la détermination de ce qu'est une personne et quand commence la vie, dans la mesure où cet article dispose que la loi protège « le droit de toute personne à la vie ».

7. Comme cela découle du rappel jurisprudentiel effectué ci-dessus, l'interprétation de l'article 2 à cet égard s'est faite dans un souci évident d'équilibre, et la position des organes de la Convention, au regard des dimensions juridiques, médicales, philosophiques, éthiques ou religieuses de la définition de la personne humaine a pris en considération les différentes approches nationales du problème. Ce choix s'est traduit par la 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, laissant place à un large pouvoir discrétionnaire de l'État en la matière qu'exprime fort bien l'avis du Groupe européen d'éthique au niveau communautaire : « 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 autres » (paragraphe 40 ci-dessus).

Il en résulte que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention, qui est « un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » (voir l'arrêt *Tyrer d'Royaume-Uni* du 25 avril 1978, série A, n° 26, pp. 15-16, § 31, et la jurisprudence ultérieure). Les raisons qui la poussent à ce constat sont, d'une part,

que la solution à donner à ladite protection n'est pas arrêtée au sein de la majorité des États contractants, et en France en particulier, où la question donne lieu à débat (paragraphe 83 ci-dessous) et, d'autre part, qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie (paragraphe 84 ci-dessous).

8. La Cour observe que la Cour de cassation française, par trois arrêts consécutifs rendus en 1999, 2001 et 2002 (paragraphe 22 et 29 ci-dessus), a considéré que le principe de la légalité des peines et des délits — qui impose une interprétation stricte de la loi pénale — empêche que les faits reprochés en cas d'atteinte mortelle au fœtus puissent entrer dans les prévisions de l'article 221-6 du Code pénal réprimant l'homicide involontaire « d'autrui ». En revanche, si à la suite d'une faute involontaire, la mère accouche d'un enfant vivant qui décède peu de temps après sa naissance, l'auteur pourra être condamné pour homicide involontaire sur la personne du nouveau-né (paragraphe 30 ci-dessus). La première solution, en contradiction avec celle de plusieurs cours d'appel (paragraphe 21 et 50 ci-dessus), fut interprétée comme une invitation faite au législateur à combler un vide juridique ; ce fut également la position du tribunal correctionnel en l'espèce, « le tribunal ne peut créer le droit sur une question que [le législateur n'a] pu encore définir ». Le législateur français a esquissé une telle définition, en proposant la création d'un délit d'interruption involontaire de grossesse (paragraphe 32 ci-dessus), proposition de loi qui a échoué face aux craintes et incertitudes qu'une telle incrimination pouvait susciter à l'égard de la détermination du début de la vie, et aux inconvénients jugés supérieurs aux avantages de cette nouvelle incrimination (paragraphe 33 ci-dessus). Par ailleurs, la Cour note que simultanément au constat répété de la haute juridiction selon lequel l'article 221-6 du Code pénal n'est pas applicable au fœtus, le législateur français est en passe de réviser les lois de bioéthique de 1994, qui avaient inséré dans le code pénal des dispositions relatives à la protection de l'embryon humain (paragraphe 25 ci-dessus), et qui nécessitaient un nouvel examen face aux progrès de la science et des techniques (paragraphe 34 ci-dessus). De cet aperçu, il ressort qu'en France, la nature et le statut juridique de l'embryon et/ou du fœtus ne sont pas définis actuellement et que la façon d'assurer sa protection dépend de positions fort variées au sein de la société française.

9. Au plan européen, la Cour observe que la question de la nature et du statut de l'embryon et/ou du fœtus ne fait pas l'objet d'un consensus (paragraphe 39 et 40 ci-dessus), même si on voit apparaître des éléments de protection de ce/ces derniers, au regard des progrès scientifiques et des conséquences futures de la recherche sur les manipulations génétiques, les procréations médicalement assistées ou les expérimentations sur l'embryon. Tout au plus peut-on trouver comme dénominateur commun aux États l'appartenance à l'espèce humaine ; c'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne, laquelle est d'ailleurs protégée par le droit civil dans bon nombre d'États comme en France, en matière de succession ou de libéralités, mais aussi au Royaume-Uni (paragraphe 72 ci-dessus), qui doivent être protégés 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 2. 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 les précisions pertinentes aux effets de l'application de cette convention (paragraphe 36 ci-dessus). Il en est de même du Protocole additionnel prohibant le clonage humain et du projet de Protocole relatif à la recherche biomédicale qui ne définissent pas le concept d'être humain (paragraphe 37

et 38 ci-dessus). Il n'est pas enfin sans intérêt de noter la possibilité pour la Cour d'être saisie en application de l'article 29 de la Convention d'Oviedo pour donner des avis relatifs à l'interprétation de cette convention.

10. Eu égard à ce qui précède, la Cour est convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention. Quant au cas d'espèce, elle considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le point de savoir si la fin brutale de la grossesse de M^{me} Vo entre ou non dans le champ d'application de l'article 2, dans la mesure où, à supposer même que celui-ci s'appliquerait, les exigences liées à la préservation de la vie dans le domaine de la santé publique n'ont pas été méconnues par l'État défendeur. La Cour s'est en effet demandée si la protection juridique offerte par la France à la requérante, par rapport à la perte de l'enfant à naître qu'elle portait, satisfaisait aux exigences procédurales inhérentes à l'article 2 de la Convention.

A cet égard, elle observe qu'en l'absence de statut juridique clair de l'enfant à naître, celui-ci n'est pas pour autant privé de toute protection en droit français. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, la vie du fœtus était intimement liée à celle de sa mère et sa protection pouvait se faire au travers d'elle. Il en allait particulièrement ainsi dès lors qu'aucun conflit de droit n'existait entre la mère et le père, pas plus qu'entre l'enfant à naître et ses parents mais où la perte du fœtus résultait de la négligence involontaire d'un tiers.

[...]

12. Dans la décision *Boso c. Italie* précitée, la Cour a considéré que, à supposer même que le fœtus puisse être considéré comme étant titulaire de droits protégés par l'article 2 de la Convention (paragraphe 79 ci-dessus), la loi italienne relative à l'interruption volontaire de grossesse ménageait un juste équilibre entre les intérêts de la femme et la nécessité d'assurer la protection de l'enfant à naître. En l'espèce, l'objet du litige concerne l'atteinte mortelle involontaire de l'enfant à naître, contre la volonté de la mère, et au prix d'une souffrance toute particulière de celle-ci ; force est de constater que leurs intérêts se confondaient. Dès lors, il appartient à la Cour d'examiner, sous l'angle de la question du caractère adéquat des voies de recours existantes, la protection dont la requérante disposait pour faire valoir la responsabilité du médecin dans la perte de son enfant *in utero* et pour obtenir réparation de l'interruption de sa grossesse qu'il lui a fallu subir. La requérante allègue que seul un recours de nature pénale eût été à même de satisfaire aux exigences de l'article 2 de la Convention. La Cour ne partage pas ce point de vue pour les raisons suivantes.

13. La Cour rappelle que la première phrase de l'article 2, qui se place parmi les articles primordiaux de la Convention en ce qu'il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (*Aie Cann et autres c/Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, série A, n° 324, § 147), impose à l'État non seulement de s'abstenir de donner la mort « intentionnellement », mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (voir par exemple *LCB c/Royaume-Uni*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III, § 36).

14. Ces principes s'appliquent aussi dans le domaine de la santé publique. Les obligations positives impliquent la mise en place par l'État d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades. Il s'agit également d'instaurer un système

judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées, et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes (*Powell c/Royaume-Uni*, (déc), n° 45305/99, CEDH 2000-V ; *Calvelli et Ciglio* précité, § 49).

15. Si le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers ne saurait être admis en soi (arrêt *Perez c/France* [GC], n° 47287/99, § 70, 12 février 2004), la Cour a maintes fois affirmé qu'un système judiciaire efficace tel qu'il est exigé par l'article 2 peut comporter, et dans certaines circonstances doit comporter, un mécanisme de répression pénale. Toutefois, si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale. Dans le contexte spécifique des négligences médicales, « pareille obligation peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause, et le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages et intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées » (*Calvelli et Ciglio* précité, § 51 ; *Giuliano Lazzarini et Maria Paola Ghiacci c. Italie* (déc), n° 53749/00, 7 novembre 2002 ; voir également l'arrêt *Mastromatteo c/Italie* [GC], n° 37703/97, § 90, CEDH 2000-VIII).

16. En l'espèce, en plus de la poursuite du médecin pour blessures involontaires sur la personne de la requérante qui se solda certes par l'amnistie de la contravention dont la requérante ne se plaint pas, celle-ci disposait de la possibilité d'engager une action en responsabilité contre l'administration à raison de la faute alléguée du médecin hospitalier (voir *Kress c/France* [GC], n° 39594/98, §§ 14 et suivants, CEDH 2001-VI). Par ce moyen, la requérante aurait eu droit à une audience contradictoire sur le fond de ses allégations de faute (*Powell* précité, p. 459) et à obtenir, le cas échéant, réparation de son préjudice. Une demande d'indemnisation au juge administratif avait des chances sérieuses de succès et la requérante aurait pu obtenir la condamnation du centre hospitalier au versement de dommages et intérêts. Ceci résulte du constat clair auquel avaient abouti les expertises judiciaires (paragraphe 16 ci-dessus) en 1992, soit avant que l'action ne soit prescrite, sur le dysfonctionnement du service hospitalier en cause et la négligence grave du médecin, laquelle selon la cour d'appel (paragraphe 21 ci-dessus) ne traduisait cependant pas une méconnaissance totale des principes les plus élémentaires et des devoirs de sa mission qui l'aurait rendu détachable du service.

17. L'argument de la prescription de l'action en responsabilité administrative invoquée par la requérante ne saurait prospérer aux yeux de la Cour. A cet égard, elle rappelle sa jurisprudence selon laquelle le « droit à un tribunal », dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation (voir, parmi d'autres, arrêt *Brualla Gomez de la Torre c/Espagne* du 19 décembre 1997, *Recueil* 1997-VIII, p. 2955, § 33). Parmi ces restrictions légitimes, figurent les délais légaux de prescription qui, selon la Cour, dans les affaires d'atteinte à l'intégrité de la personne, ont « plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs

potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé » (*Stubbings et autres c/Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1996, *Recueil* 1996-IV, § 51, p. 1502-1503).

18. En l'espèce, un délai de prescription de quatre ans ne lui semble pas, en tant que tel, excessivement court et ce d'autant plus en l'espèce, vu la gravité du dommage ressenti par la requérante et sa volonté immédiate de poursuivre le médecin. Cependant, il ressort du dossier que le choix de la requérante se porta délibérément vers la juridiction pénale sans qu'elle fût, semble-t-il, jamais éclairée sur la possibilité de saisir la juridiction administrative. Certes, le législateur a étendu récemment ce délai à dix ans dans le cadre de la loi du 4 mars 2002 (paragraphe § 28 ci-dessus). Il l'a fait dans le but d'unifier les délais de prescription des actions en réparation quelle que soit la juridiction compétente, administrative ou judiciaire. Ceci permet de prendre en compte l'évolution générale d'un système de plus en plus favorable aux victimes de fautes médicales dont la voie administrative apparaît à même de répondre au souci d'équilibre entre la prise en compte du dommage qu'il faut réparer et la « judiciarisation » à outrance des responsabilités pesant sur le corps médical. La Cour ne considère cependant pas que cette nouvelle réglementation puisse faire regarder l'ancien délai de quatre ans comme trop bref.

19. En conclusion, la Cour estime que dans les circonstances de l'espèce, l'action en responsabilité pouvait passer pour un recours efficace à la disposition de la requérante. Ce recours, qu'elle n'a pas en l'occurrence engagé auprès des juridictions administratives, aurait permis d'établir la faute médicale dont elle se plaignait et de garantir dans l'ensemble la réparation du dommage causé par la faute du médecin, et les poursuites pénales ne s'imposaient donc pas en l'espèce.

20. Partant, à supposer même que l'article 2 de la Convention trouve application en l'espèce (paragraphe 85 ci-dessus), la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. *Joint au fond*, à l'unanimité, les exceptions du Gouvernement tirées de l'incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec les dispositions de la Convention et du défaut d'épuisement des voies de recours internes et les *rejette* ;
2. *Déclare*, à l'unanimité, la requête *recevable* ;
3. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention.

OPINION SÉPARÉE DE M. LE JUGE ROZAKIS À LAQUELLE SE JOIGNENT
MM. LES JUGES CAFLISCH, FISCHBACH, LORENZEN
ET MTM LA JUGE THOMASSEN
(Extrait)

Il apparaît donc qu'au stade actuel de l'évolution du droit et de la morale en Europe la vie de l'enfant à naître, bien que protégée dans certains de ses aspects, ne peut être assimilée à la vie post-natale et ne bénéficie donc pas d'un droit, au sens du « droit à la vie » que protège l'article 2 de la Convention. Partant, il se pose un problème d'applicabilité de l'article 2 dans les circonstances de l'espèce.

Au lieu de parvenir à cette conclusion inévitable, dictée par le raisonnement même de l'arrêt, la majorité de la Grande Chambre opte pour une position neutre en déclarant : « la Cour est convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention » (paragraphe 85 de l'arrêt).

Un autre aspect me paraît problématique dans le raisonnement de la majorité : malgré ses doutes manifestes ou, en tout cas, son hésitation à admettre l'applicabilité de l'article 2 en l'espèce, elle abandonne finalement sa position neutre et fonde son constat de non-violation sur l'argument selon lequel les exigences procédurales inhérentes à la protection de l'article 2 de la Convention ont été satisfaites en l'espèce. En employant la formule « à supposer même » relativement à l'applicabilité de l'article 2 et en liant la vie du fœtus à celle de la mère (« la vie du fœtus était intimement liée à celle de sa mère et sa protection pouvait se faire au travers d'elle (...) » — paragraphe 86 de l'arrêt), la majorité fait subrepticement passer l'aspect matériel de l'article 2 de la Convention au premier plan de l'affaire. On peut, me semble-t-il, légitimement interpréter de cette façon la position de la majorité, surtout si l'on tient compte, d'une part, du fait que l'examen du respect des garanties procédurales de l'article 2 pour déterminer s'il y a eu ou non violation présuppose l'applicabilité apparente de cette disposition (et le recours à la formule « à supposer même » ne change rien au problème si, en fin de compte, le seul vrai motif sous-jacent aux conclusions de la Cour réside dans l'hypothèse introduite par la formule) et, d'autre part, que les faits de l'espèce ne font pas apparaître la moindre menace pour le droit à la vie de la mère justifiant de faire jouer les garanties procédurales de l'article 2 de la Convention.

Pour les motifs exposés ci-dessus, je ne puis suivre le raisonnement de la majorité et conclus qu'eu égard à l'état actuel des choses l'article 2 est inapplicable en l'espèce.

OPINION SÉPARÉE DE M. LE JUGE COSTA,
À LAQUELLE SE RALLIE M. LE JUGE TRAJA

7. Que l'éthique soit impuissante en l'état actuel à dégager un consensus sur les termes de personne et de droit à la vie, cela empêche-t-il que le droit les définisse ? Je ne le pense pas. Le travail du juriste, en particulier du juge, et singulièrement d'un juge des droits de l'homme, implique de dégager des *notions* — notions autonomes s'il le faut, notre Cour ne s'en est jamais privée — qui correspondent à des mots ou expressions figurant dans le texte de référence (pour elle, la Convention et ses protocoles). Ce que la Cour, dès le début, a fait pour les « droits et obligations de caractère civil », la « matière pénale », le « tribunal », pourquoi ne le ferait-elle pas pour la « personne » ou le « droit à la vie » (que la Convention européenne des droits de l'homme ne définit pas), même s'il s'agit de concepts philosophiques et non techniques ?

8. Et d'ailleurs, dans le domaine de l'article 2, elle l'a déjà fait, au moins pour le droit à la vie. Par exemple en imposant aux États des obligations positives de protection de la vie humaine. Ou bien en considérant que, dans des circonstances exceptionnelles, des actes potentiellement meurtriers de la part d'agents de l'État peuvent conduire au constat de violation de l'article 2. La jurisprudence a donc étendu, sinon la notion de vie, du moins celles de droit à la vie, ou d'atteinte à la vie.

9. Par contre, on ne peut pas, je crois, s'en tirer par l'échappatoire commode selon laquelle Madame Vo, qui est une personne, avait un droit à la vie (de son enfant à naître). Il est vrai que la jurisprudence a élargi la notion de *victime*, par exemple en admettant qu'un neveu est recevable à alléguer que l'article 2 a été violé à raison du

meurtre de son oncle (arrêt *Yasa c/Turquie*) du 2 septembre 1998, *Ree*, 1998-VI). Mais ici il s'agit du droit invoqué à la vie d'un enfant non né, et ce type de précédents ne peut s'appliquer au cas de la requérante que si on admet que l'enfant non né a lui-même un droit à la vie : pour qu'elle soit victime au sens de l'article 34 de la Convention, encore faut-il que Madame Vo le soit de la violation d'un droit reconnu par celle-ci, *quod est demonstrandum*.

10. Il me semble précisément que la Commission et la Cour se sont déjà placées dans l'hypothèse où l'article 2 est applicable à l'enfant à naître (sans avoir affirmé pour autant que l'enfant à naître est une personne). Elles ont en effet conclu, à plusieurs reprises, que, même si elles n'avaient pas à trancher cette question d'applicabilité, il n'y avait de toutes façons pas en l'espèce de violation de l'article 2, par exemple dans un cas d'interruption de grossesse conforme à la loi, « celle-ci ménageant un juste équilibre entre les intérêts de la femme et la nécessité d'assurer la *protection* du fœtus » (voir la décision *Boso c/Italie* du 5 septembre 2002, citée dans l'arrêt, mais aussi, en des termes moins nets, la décision de la Commission du 19 mai 1992 dans l'affaire, également citée, *H. c/Norvège*). Si l'article 2 avait été jugé radicalement inapplicable, il aurait été inutile — et c'est vrai aussi dans la présente affaire — de se poser la question de la protection du fœtus et de la violation de l'article 2 ; et de motiver de cette façon la non-violation de cette disposition.

11. On peut se tourner vers le droit de l'État défendeur, non qu'il soit un modèle à imposer aux autres, mais parce qu'il est directement en cause dans la présente affaire. Or le Conseil d'État, dès 1990, a jugé que la loi française relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) (que le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 74-DC du 15 janvier 1975, avait déclarée non contraire à la Constitution, tout en considérant qu'il ne lui appartenait pas d'examiner sa conformité à la Convention) n'était pas incompatible avec l'article 2 de celle-ci, pas plus qu'avec l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (qui stipule : « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi... ») ; surtout, le Conseil d'État a ainsi admis sans ambiguïté, fût-ce de façon implicite, que cette loi entrait dans le champ d'application de l'article 2 (voir sa décision du 21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques, publiée au Recueil page 369 avec les conclusions de Bernard Stirn, qui l'éclaircit).

12. Soit dit en passant, cette jurisprudence, qui émane de la plus haute juridiction administrative française, montre bien, me semble-t-il, qu'une décision de notre Cour affirmant sans ambages que la « fin de vie » d'un enfant à naître ressortit au champ de l'article 2 de la Convention ne menacerait en rien, au moins dans leur principe, les législations nationales qui, dans de très nombreux pays d'Europe, admettent, sous certaines conditions bien entendu, la licéité de l'interruption volontaire de grossesse (...). Bref, je ne vois aucune raison convaincante en droit, ni aucune considération décisive d'opportunité, qui puisse me conduire à penser que l'article 2, ici, devrait ne pas s'appliquer.