

Regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sur le droit à l'avortement

(obs. sous Com. dr. h., const. *Mellet c. Irlande*, 31 mars 2016)

PAR

Geoffrey WILLEMS

*Professeur à l'Université catholique de Louvain
Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine (CeFAP)*

ET

Laura COHEN

*Assistante à l'Université catholique de Louvain
Avocate au barreau de Bruxelles*

Résumé

Dans un contexte de droit international des droits de l'homme de plus en plus favorable à l'émergence d'un droit fondamental à l'avortement en cas de danger pour la vie ou la santé de la mère, de malformation grave du fœtus ou d'agression sexuelle, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a considéré, dans ses constatations *Mellet c. Irlande* du 31 mars 2016, que le régime très restrictif de l'avortement prévalant en droit irlandais viole les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cette décision historique pourrait et devrait amener la Cour européenne des droits de l'homme à réviser, lorsque l'occasion lui en sera donnée, la position excessivement retenue qu'elle avait pu adopter sur le droit à l'avortement dans son arrêt de Grande Chambre *A., B. et C. c. Irlande*.

Abstract

As international human rights law increasingly supports the emergence of a fundamental right to abortion in case of danger to the life or health of a woman, fetal impairment or pregnancy resulting from sexual assault, the UN Human Rights Committee considered in its views

ANTHEMIS

Mellet v. Ireland adopted on 31 March 2016 that the very restrictive Irish abortion regime was in breach of several provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights. This historical decision could and should prompt the European Court of Human Rights to reconsider, when the opportunity arises, the excessively restrained position on the right to abortion adopted in the Grand Chamber judgment *A., B. and C. v. Ireland*.

Introduction

Le droit international des droits de l'homme tend progressivement à consacrer non plus seulement le droit des femmes d'obtenir la mise en œuvre effective de l'avortement tel qu'il est éventuellement autorisé par le droit interne¹, mais également – à tout le moins dans les situations les plus dramatiques – un véritable droit à l'avortement².

Des mouvements sont en premier lieu observables dans les différents systèmes régionaux de protection qui pointent résolument vers la consécration du droit à l'avortement en tant que droit reproductif de la femme³. On relèvera, en premier lieu, que le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, adopté en 2003 à Maputo, est le premier traité international à consacrer expressément le droit à l'avortement «en cas d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ou la vie de la mère ou du

¹ Voy. not. Com. D.E.S.C., obs. gén. n° 14 sur le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12) (2000), §§ 8 et 12; Com. dr. enf., obs. gén. n° 15 sur le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible (art. 24) (2013), § 70; Com. élim. discr. femm., obs. gén. n° 24, Les femmes et la santé (art. 12) (1999), § 11. Voy. aussi les décisions pertinentes du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Com. élim. discr. femm., const. *L.C. c. Pérou*, 17 octobre 2011 et C.G. NGWENA, «A commentary on *LC v. Peru*: the CEDAW Committee's first decision on abortion», *Journal of African Law*, 2013, pp. 310-324) et du Comité européen des droits sociaux (Com. E.D.S., déc. *IPPF-EN c. Italie*, 10 septembre 2013 et J.-M. LARRALDE, «Le Comité européen des droits sociaux face aux dysfonctionnements des interruptions de grossesse», *cette Revue*, 2015, pp. 403 et s.), outre la jurisprudence du Comité des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme examinée dans le cadre de la présente contribution (voy. *infra*).

² C. ZAMPAS et J.M. GHER, «Abortion as a Human Rights – International and Regional Standards», *Human Rights Law Review*, 2008, pp. 249 et s.

³ C. COSENTINO, «Safe and Legal Abortion: An Emerging Human Right? The Long-Lasting Dispute with Sovereignty in ECHR Jurisprudence», *Human Rights Law Review*, 2015, p. 21.

foetus»⁴. Dans ses observations générales n° 2 adoptées à Luanda en mai 2014, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a explicité la portée de ce droit et les obligations – générales et spécifiques – qui en découlent pour les États⁵. On relèvera, ensuite, dans le cadre du système européen, que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a pu affirmer – dès 2008 – que «le choix ultime d'avoir recours ou non à l'avortement devrait revenir à la femme, qui devrait disposer des moyens d'exercer ce droit de manière effective»⁶. On relèvera, enfin, dans le cadre du système interaméricain, que la Cour de San José a adopté – en mai 2013 – des mesures provisoires obligeant le Salvador à permettre l'avortement d'une jeune femme dont le fœtus n'était pas viable et la vie menacée au titre d'un risque de violation du droit à la vie et à l'intégrité de la personne garanti par les articles 4 et 5 de la Convention interaméricaine⁷.

Des signaux similaires sont émis dans le cadre du système universel de protection des droits de l'homme basé sur les pactes et conventions onusiens. Les constatations adoptées le 17 octobre 2011 par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes dans l'affaire *L. C. c. Pérou* marquent à cet égard une étape significative, dès lors qu'il y est expressément affirmé que «l'État partie devrait [...] réviser sa législation en vue de dépénaliser l'avortement quand la grossesse résulte d'un viol ou d'un abus sexuel»⁸. Dans leurs observations finales faisant suite aux rapports élaborés par les États, les différents organes des traités ont au demeurant, à plusieurs reprises, appelé à la dépénalisation de l'avortement à tout le moins en cas danger pour la santé ou la vie de la femme⁹, en cas de malformation fœtale grave¹⁰ ou lorsque la grossesse résulte d'une agression sexuelle¹¹. Le 28 septembre 2016, un groupe d'experts des droits de l'homme des Nations Unies a expressément recommandé aux États de permettre l'avortement sans risque sur demande pendant le premier trimestre de grossesse après avoir rappelé que 47 000 femmes meurent

⁴ Art. 14, 2, c), du Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, adopté à Maputo le 11 juillet 2003. Voy. aussi F. QUILLERÉ-MAJZOU, «Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique: un projet trop ambitieux?», *cette Revue*, 2008, spéc. pp. 148-150.

⁵ Obs. gén. n° 2 sur l'article 14.1 (a), (b), (c) et (f) et l'article 14.2 (a) et (c) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique.

⁶ Résolution 1607 (2008) sur l'accès à un avortement sans risque et légal en Europe.

⁷ Cour interam. dr. h., arrêt *B. c. Salvador*, 29 mai 2013 (mesures provisoires).

⁸ Com. élim. discr. femm., *L. C. c. Pérou*, préc., point 9. Voy. aussi: C.G. NGWENA, «A commentary on *LC v. Peru*: the CEDAW Committee's first decision on abortion», *op. cit.*

⁹ Par exemple, Com. dr. enf., obs. fin., Tchad, CRC/C/15/Add.107 (1999), § 30.

¹⁰ Par exemple, Com. élim. discr. femm., obs. fin., Angola, CEDAW/C/AGO/CO/6 (2013), § 32.

¹¹ Par exemple, Com. dr. h., obs. fin., Guatémala, CCPR/C/GTM/CO/3 (2012), § 20.

annuellement à la suite de pratiques dangereuses pour interrompre une grossesse¹².

C'est dans ce contexte traduisant l'indéniable émergence d'un consensus global sur l'avortement conçu – au moins dans certaines hypothèses – comme un droit fondamental de la femme, que la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ont été appelés, à quelques années d'intervalle, à se prononcer sur le régime restrictif de l'avortement en droit irlandais. Les deux instances avaient d'ores et déjà pu auparavant exiger des États qu'ils garantissent l'accès effectif des femmes à l'avortement lorsqu'il est autorisé par le droit national (I). Dans son arrêt *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010, la Cour de Strasbourg n'a pas souhaité dépasser cette simple exigence de cohérence et consacrer un véritable droit à l'avortement. Le Comité des droits de l'homme n'a pas fait preuve de la même réserve dans les constatations – historiques – adoptées dans l'affaire *Mellet c. Irlande* le 31 mars 2016 (II).

I. La garantie de l'effectivité du droit à l'avortement

La Cour européenne des droits de l'homme ainsi que le Comité des droits de l'homme ont pu, à différentes reprises, exiger fermement des États qu'ils garantissent aux femmes un accès effectif aux avortements expressément autorisés par le droit national. Désormais, tant dans le système régional européen (A) que dans le système universel (B), cette exigence d'effectivité procède non seulement du droit au respect de la vie privée, mais également de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Pour autant, cette jurisprudence – qui se limite en somme à imposer aux États un devoir de cohérence – n'implique nullement la reconnaissance d'un droit fondamental à l'avortement.

A. Les arrêts *Tysiack, R.R. et P. et S. de la Cour européenne des droits de l'homme*

En Pologne, une loi de 1993 admet qu'un médecin puisse procéder à un avortement en cas de danger pour la vie ou la santé de la mère, lorsque le fœtus est gravement malformé ou malade ou si la grossesse résulte d'une agression

¹² H.C.D.H., «L'avortement à risques tue toujours des dizaines de milliers de femmes à travers le monde, avertissent les experts des droits de l'homme de l'ONU», <http://www.ohchr.org/> (dernière consultation le 20 janvier 2017).



sexuelle¹³. Dans trois arrêts successivement rendus à l'encontre de cet État et qui concernaient chacun l'une des trois hypothèses d'avortement autorisé, la Cour de Strasbourg a jugé que les conditions de mise en œuvre du droit à l'avortement ne rencontraient pas les exigences de la Convention.

Dans l'arrêt *Tysiak c. Pologne* du 20 mars 2007, la Cour a conclu à la violation du seul droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention¹⁴ au titre de l'impossibilité dans laquelle la requérante s'était trouvée d'obtenir un avortement thérapeutique pourtant autorisé par le législateur. Ainsi, bien que le risque médical présenté par la grossesse ait été admis par plusieurs médecins, l'hôpital public auquel elle s'était présentée avait refusé, au terme d'un examen sommaire, de mettre en œuvre l'interruption de grossesse. La requérante avait donc finalement accouché et sa santé s'en était effectivement trouvée dégradée. Ayant considéré d'emblée que les faits allégués ne pouvaient constituer des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3, la Cour a jugé que la Pologne avait méconnu ses obligations découlant de l'article 8 dès lors, en particulier, qu'aucun organe indépendant n'était susceptible d'être saisi en cas de désaccord entre la femme enceinte et le corps médical. En conséquence, la requérante «[s'était] trouvée plongée dans une incertitude prolongée et [avait] éprouvé de grandes angoisses lorsqu'elle envisageait les conséquences négatives découlant de sa grossesse et de son accouchement susceptibles d'affecter sa santé» (§ 124).

Dans l'arrêt *R.R. c. Pologne* du 26 mai 2011, la Cour a par contre conclu à la fois à la violation de l'article 8 et de l'article 3 dans un contexte où la requérante n'avait pas pu obtenir en temps utile les informations nécessaires à la détermination de son choix d'avorter ou non. En l'espèce, un risque de malformation décelé par échographie n'avait pu être confirmé par un test génétique qu'après

¹³ L'article 4a de la loi dispose ainsi que : «1. Seul un médecin peut pratiquer un avortement, et ce lorsque: 1) la grossesse met en danger la vie ou la santé de la mère; 2) des tests prénatals ou d'autres résultats médicaux montrent qu'il existe un risque élevé que le fœtus soit atteint d'une malformation grave et irréversible ou d'une maladie incurable qui menace sa vie; 3) il existe de sérieuses raisons de croire que la grossesse résulte d'un acte criminel.»

¹⁴ Les organes de la Convention européenne des droits de l'homme ont depuis longtemps admis que l'avortement relève du champ d'application du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8. Dès 1977, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait ainsi pu affirmer, dans son rapport *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne*, que «la grossesse et l'interruption de la grossesse relèvent de la vie privée et aussi, dans certaines conditions, de la vie familiale» (Comm. eur. dr. h. (plén.), rapp. *Brüggemann et Scheuten c. R.F.A.*, 12 juillet 1977). Voy. aussi Comm. eur. dr. h., décision *X. c. Royaume-Uni*, 13 mai 1980 et Comm. eur. dr. h., décision *H. c. Norvège*, 19 mai 1992. La Cour a expressément fait sienne cette appréciation dans une décision *Boso c. Italie* du 5 septembre 2002.

l'écoulement du délai légal pour avorter. La requérante avait en conséquence mis au monde, le 11 juillet 2002, un enfant affecté du syndrome de Turner. La Cour a relevé que le test génétique en cause était nécessaire à la requérante pour être fixée sur la santé du fœtus et que la procrastination des médecins et institutions l'avait empêchée d'en bénéficier à temps. La jeune femme, particulièrement vulnérable, avait dès lors subi de longues semaines d'incertitude relativement à la santé du fœtus, à la sienne et au futur de sa famille avant d'apprendre, trop tard pour avorter, que l'enfant souffrait bel et bien de l'affection en question. Les souffrances en cause revêtaient, aux yeux de la Cour, une intensité telle qu'il y avait lieu de constater, en l'espèce, à la fois une violation de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants et un manquement aux obligations positives découlant du droit au respect de la vie privée (§§ 162 et 214).

La Cour a reconduit ce double constat de violation de la Convention dans un troisième arrêt polonais, *P. et S. c. Pologne*, rendu le 30 octobre 2012. Ce n'était plus ici la santé de la mère ou du fœtus qui était en cause, mais la circonstance que la grossesse de la requérante, alors âgée de 15 ans, résultait d'un viol. Aux hôpitaux de Lublin et de Varsovie, on avait donné à la jeune fille et à sa mère des informations confuses et/ou contradictoires et exercé sur elles diverses pressions afin de les dissuader de recourir à l'avortement avant de refuser finalement d'y procéder. L'avortement avait subséquemment pu être mis en œuvre à Gdansk, à l'intervention du ministère de la Santé et suivant des modalités pratiquement clandestines, alors même que la possibilité d'avorter ensuite d'un viol était prévue par la loi polonaise. La Cour a rappelé que les États doivent s'organiser pour que le respect de la liberté de conscience des professionnels de la médecine n'empêche pas les patients d'accéder à des services auxquels ils ont droit en vertu de la loi et a jugé, ici encore, que les articles 3 et 8 de la Convention avaient été violés (§§ 112 et 169).

Cette jurisprudence polonaise constitue assurément un important pas en avant dans la reconnaissance et la protection des droits reproductifs des femmes. Dès l'arrêt *Tysiack*, la Cour dénonce vigoureusement la « discordance flagrante entre le droit théorique reconnu aux femmes d'avorter [...] et la réalité de la mise en œuvre concrète de ce droit »¹⁵. Les arrêts *R.R.* et *P. et S.* accentuent sensiblement la protection conventionnelle des femmes remplissant les conditions légales pour avorter en considérant expressément – au regard, notamment, de leur vulnérabilité¹⁶ – que les souffrances endurées sont d'une intensité suffisante

¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Tysiack c. Pologne*, 20 mars 2007, § 124; voy. aussi Gde Ch., arrêt *A. B. et C. c. Irlande*, 16 décembre 2010, § 254.

¹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *R.R. c. Pologne*, 26 mai 2011, § 159 et arrêt *P. et S. c. Pologne*, 30 octobre 2012, § 162.

pour déclencher la protection offerte par l'article 3 contre les traitements inhumains et dégradants¹⁷. *In fine*, le juge européen des droits de l'homme formule, d'une voix claire et puissante, l'exigence que les États autorisant l'avortement sous certaines conditions mettent en place un cadre procédural et institutionnel adéquat et garantissent l'accès, en temps utile, aux informations nécessaires pour l'exercice, par les femmes concernées, de leur autonomie personnelle.

Dans ces trois affaires, les requérantes ne mettaient pas en cause les conditions d'un avortement légal telles qu'elles étaient définies par la loi de 1993. C'est dès lors à juste titre que la Cour a rappelé qu'elle «[n'avait] pas [...] à rechercher si la Convention [garantissait] un droit à l'avortement»¹⁸ et que la Convention ne garantissait pas, en tant que tel, un quelconque droit à l'avortement¹⁹. Certains ont cependant relevé – non sans pertinence – que le premier arrêt polonais s'inscrivait dans «la ligne jurisprudentielle libérale de la Cour» et pouvait constituer une étape «subtile» ou «implicite» vers «le droit reconnu à toute femme de procéder ou non à une interruption volontaire de grossesse»²⁰. D'autres ont fait valoir – de manière tout aussi convaincante – que l'entrée en scène de l'article 3, qui revêt *a priori* un caractère absolu, constituait un facteur important susceptible de «modifier complètement la perspective de l'avortement comme droit de l'homme» et d'«inverser l'issue de futures affaires»²¹. On sait que, jusqu'à présent, ces prémonitions ne se sont pas réalisées, mais – ainsi qu'on le verra ci-après – il n'est pas interdit de penser que cela pourrait bientôt être le cas.

B. Les constatations Huamán c. Pérou et L.M.R. c. Argentine du Comité des droits de l'homme

Sur ce premier terrain de l'effectivité du droit à l'avortement tel que reconnu par le droit national, le Comité des droits de l'homme s'est d'emblée montré plus «volontariste» ou plus «activiste» que la Cour de Strasbourg. Ainsi,

¹⁷ J.-M. LARRALDE, «La Cour européenne des droits de l'homme et le droit à l'avortement: entre avancées prudentes et conservatisme assumé – Cour européenne des droits de l'homme, *R.R. c. Pologne*, 26 mai 2011», *cette Revue*, 2012, pp. 614-616.

¹⁸ Cour eur. dr. h., *Tysiac c. Pologne*, préc., § 104.

¹⁹ A. MORICEAU, «La Cour européenne des droits de l'homme et la garantie de l'avortement thérapeutique (Cour européenne des droits de l'homme, 5 juillet 2006, *D. c. Irlande* et 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*)», *R.D.I.D.C.*, 2007, p. 503.

²⁰ J.-M. LARRALDE, «La Cour européenne des droits de l'homme et la promotion des droits des femmes – Cour européenne des droits de l'homme, 4^e section, *Tysiac c. Pologne*, 20 mars 2007», *cette Revue*, 2007, p. 873.

²¹ C. COSENTINO, «Safe and Legal Abortion: An Emerging Human Right?», *op. cit.*, pp. 19-20.

l'instance onusienne a-t-elle mobilisé d'entrée de jeu tout à la fois l'interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7 du Pacte) et le droit au respect de la vie privée (art. 17 du Pacte).

Dans ses constatations *Huamán c. Pérou* adoptées le 24 octobre 2005, le Comité a ainsi conclu à une double violation du Pacte dans une affaire où une jeune femme avait été contrainte de mener à terme une grossesse dangereuse pour sa vie et sa santé alors que l'enfant n'était pas viable.

L'auteur de la communication était tombée enceinte à l'âge de 17 ans et l'échographie avait révélé que le fœtus était atteint d'une anomalie congénitale (l'anencéphalie) qui condamnait l'enfant à mourir rapidement après sa naissance et mettait en danger la santé et la vie de la mère. Dès lors que l'article 119 du Code pénal péruvien autorise l'avortement s'il est le seul moyen de sauver la vie de la mère ou d'éviter un dommage grave et permanent à sa santé, Mme Huamán et son gynécologue avaient planifié un curetage utérin. Cependant, le directeur de l'hôpital en cause avait ultérieurement – au titre d'une interprétation restrictive du Code pénal – refusé de délivrer son autorisation écrite sans laquelle il ne pouvait être procédé à l'interruption de la grossesse. La jeune femme avait finalement accouché d'une petite fille anencéphale qui avait vécu durant quatre jours. Après sa mort, elle avait sombré dans une profonde dépression (2.1-2.5).

L'État n'ayant pas répondu aux allégations contenues dans la communication, le Comité a donné plein crédit à l'affirmation de Mme Huamán – étayée par une attestation de médecins attachés au *Center for Reproductive Rights* – suivant laquelle elle remplissait les conditions requises pour un avortement légal. Il a considéré, en premier lieu, que le refus opposé à l'auteur par les autorités médicales lui avait causé, en violation de l'article 7, des souffrances mentales considérables liées notamment à l'obligation de porter un enfant condamné à naître sévèrement malformé et à mourir rapidement (6.3). Il a jugé, en second lieu, que le refus litigieux avait constitué une immixtion arbitraire dans la vie privée de l'auteur, contraire à l'article 17, dès lors que le choix qu'elle avait posé d'avorter ainsi que la loi le lui permettait n'avait pas été respecté (6.4)²².

Il s'en est fallu de peu pour que la condamnation des autorités péruviennes soit encore plus ferme et inclue, en outre, le constat d'une violation du droit

²² Le Comité onusien a, au surplus, noté la vulnérabilité spécifique de l'auteur en tant que mineur et a, partant, constaté la violation de l'article 24 du Pacte qui ne connaît pas d'équivalent dans la Convention européenne et prévoit le droit des mineurs à l'attention particulière qu'exige leur condition (6.5).

à la vie garanti par l'article 6. Le Comité a ainsi constaté que « par leur refus postérieur d'assurer l'intervention requise, [les] autorités auraient pu mettre en danger la vie de l'auteur » et jugé que « les faits [...] [faisaient] apparaître une violation de l'article 6 du Pacte » (6.2). Cependant, il a finalement considéré qu'au regard des violations déjà constatées en l'espèce, il n'était pas nécessaire de se prononcer sur le droit à la vie (6.3)²³.

Dans ses constatations *L.M.R. c. Argentine* du 29 mars 2011, le Comité a semblablement conclu à la violation de plusieurs dispositions du Pacte dans un contexte où, à défaut de pouvoir obtenir la mise en œuvre du droit à l'avortement prévu par le droit argentin, une mère et sa fille avaient recouru à l'avortement clandestin.

L'auteur de la communication était la mère d'une jeune femme handicapée mentale qui s'était trouvée enceinte à la suite d'une agression sexuelle et pour laquelle elle avait dès lors sollicité un avortement expressément permis, en ce cas, par l'article 46 du Code pénal argentin²⁴. Après que l'hôpital de Guernica eut refusé de procéder à l'intervention, l'auteur et sa fille s'étaient adressées à un hôpital de La Plata où – après avis du Comité d'éthique – les préparatifs de l'interruption volontaire de grossesse avaient été engagés. Un juge des mineurs avait cependant décidé qu'il ne pouvait être procédé à l'avortement et le processus avait été interrompu jusqu'à ce que la Cour suprême réforme cette décision et confirme la possibilité d'avorter. Même alors, toutefois, les autorités hospitalières aussi bien que l'auteur de la communication et sa fille avaient fait l'objet de pressions et l'hôpital avait finalement refusé de procéder au titre du trop grand avancement de la grossesse. Il avait alors été recouru à un avortement clandestin, plus aucun médecin n'acceptant de le pratiquer (2.1-2.9).

Dès lors que l'État admettait expressément que la décision prise par le juge des mineurs, alors qu'aucune intervention judiciaire n'est normalement requise pour la mise en œuvre d'un avortement légal, pouvait constituer une violation du droit à la vie privée, le Comité a constaté, en premier lieu, la violation de l'article 17 du Pacte (9.3). En renvoyant à ses constatations *Huamán c. Pérou*, il a décidé, en second lieu, qu'en ne garantissant pas l'exercice du droit à l'in-

²³ Le membre argentin, Hypólito Solari-Yrigoyen, s'est à cet égard désolidarisé de la majorité du Comité en soulignant que le droit à la vie est violé non seulement par les actes qui ôtent la vie, mais aussi quand la vie est mise gravement en danger.

²⁴ Cette disposition prévoit que « l'avortement [...] n'est pas punissable; 1) s'il est pratiqué afin d'éviter un risque pour la vie ou pour la santé de la mère et si ce risque ne peut pas être évité par d'autres moyens; 2) si la grossesse est le résultat d'un viol ou d'un attentat à la pudeur commis sur une femme handicapée mentale ou démente. Dans ce cas, le consentement du représentant légal est exigé pour pratiquer l'avortement ».

terruption de grossesse, l'État argentin avait causé à L.M.R. une souffrance physique et morale contraire à l'article 7 aggravée par la situation de handicap de la jeune fille (9.2).

La mère de la jeune fille faisait également valoir – pertinemment²⁵ – que l'obligation de recourir à un avortement clandestin constituait une violation du droit à la vie garanti par le Pacte, dans un contexte où «l'avortement clandestin constitue un problème de santé publique qui continue de coûter la vie à des milliers de femmes dans le pays et constituent la première cause de mortalité maternelle» (3.7). L'instance onusienne a cependant estimé que le dossier ne rendait pas compte d'un risque particulier pour la vie de la fille de l'auteur de la communication qui aurait été lié aux spécificités de sa grossesse ou aux circonstances de l'avortement et que le grief fondé sur l'article 6 du Pacte était dès lors irrecevable (8.6).

La *soft* jurisprudence du Comité des droits de l'homme a donc anticipé de quelques années les développements de la jurisprudence strasbourgeoise en considérant d'emblée que les souffrances imposées aux femmes empêchées de bénéficier d'un avortement légal engageaient l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. Le Comité onusien hésite par contre à s'aventurer sur le terrain du droit à la vie garanti par l'article 6. Si l'on peut probablement accepter, à cet égard, que les constatations *L.M.R.* s'en tiennent au constat qu'*in casu* il n'y avait pas eu de mise en danger de la vie de l'intéressée, l'on ne parvient pas réellement à comprendre la démarche mise en œuvre par le Comité dans *Huamán* qui désamorce, au dernier moment, un constat de violation déjà bien engagé²⁶.

II. La consécration d'un véritable droit à l'avortement

Les instances internationales de protection des droits de l'homme pourraient bientôt ne plus se contenter d'exiger que les femmes aient effectivement accès aux avortements autorisés. Le jugement porté par ces instances sur le régime

²⁵ J. SAURA ESTAPÁ, «El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones en perspectiva de derechos humanos», *Revista Electronica de Estudios Internacionales*, 2015, p. 17, <http://www.reei.org/> (dernière consultation le 19 janvier 2017).

²⁶ On relèvera encore que, dans les deux affaires, le Comité a en outre conclu à la violation de l'article 2 de la Convention qui garantit aux individus un recours utile en cas de violation des droits protégés. On constatera, de même, que, dans l'affaire péruvienne comme dans l'affaire argentine, les allégations formulées par l'auteur sous l'angle de l'exigence de non-discrimination prévue à l'article 3 ne sont pas réellement examinées par l'instance onusienne.

très restrictif de l'avortement tel qu'il est conçu et mis en œuvre en Irlande offre à cet égard un exemple significatif. En 2010, une Cour européenne partagée a encore validé l'interdiction pratiquement absolue de l'avortement telle qu'elle est actuellement prévue en droit irlandais (A). En 2016, le Comité des droits de l'homme a par contre expressément censuré la conception étroite du droit à l'avortement défendue par l'Irlande (B). La lecture combinée des décisions permet d'entrevoir la possibilité que soit consacré, dans un futur relativement proche, un véritable droit à l'avortement en cas de risque pour la santé de la mère, d'affection grave du fœtus ou d'agression sexuelle.

A. *La protection constitutionnelle du droit à la vie de l'enfant à naître*

L'article 40.3.3 de la Constitution irlandaise n'autorise l'avortement que lorsque la vie, et non la santé, de la femme est exposée à un risque réel et substantiel.

Cette disposition a été introduite sous la forme d'un huitième amendement à la Constitution à la suite d'un référendum organisé en 1983 en raison des craintes suscitées par l'éventualité d'une consécration du droit à l'avortement par la Cour suprême (*An Chúirt Uachtarach*). Elle affirmait, dans sa formulation initiale, que «l'État reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et, compte dûment tenu du droit égal de la mère à la vie, s'engage à le respecter dans ses lois et, dans la mesure du possible, à le protéger et à le défendre par ses lois». L'interprétation de cet amendement constitutionnel a rapidement suscité d'importantes controverses, liées en particulier à la possibilité de recourir à l'avortement à l'étranger²⁷ et à la légitimité de la diffusion d'informations relatives aux options accessibles hors d'Irlande²⁸.

Un nouveau référendum a donc été organisé en 1992 qui a débouché sur l'adoption des treizième et quatorzième amendements à la Constitution irlandaise complétant le texte de l'article 40.3.3 qui précise désormais expressément que la protection constitutionnelle du droit à la vie de l'enfant à naître «ne peut limiter la liberté de se rendre dans un État étranger» et qu'elle «ne peut limiter la liberté d'obtenir ou de transmettre, sur le territoire irlandais, des informations relatives à des services légalement disponibles dans un autre État, sous réserve des conditions prévues par la loi». Dans la foulée, le législateur

²⁷ Cour suprême d'Irlande, arrêt *Attorney General c. X e.a.*, *Irish reports*, 1992, vol. 1, p. 1.

²⁸ Cour suprême d'Irlande, arrêt *Attorney General (SPUC) c. Open Door Counselling*, *Irish reports*, 1988, p. 593.

a adopté, en 1995, le *Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of Pregnancies) Act* qui détermine les conditions dans lesquelles les informations sur les services d'avortement offerts à l'étranger peuvent être diffusées en Irlande.

B. L'arrêt A., B. et C. c. Irlande de la Cour européenne des droits de l'homme

Dans son arrêt *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la conception très restrictive du droit à l'avortement exprimée dans la Constitution irlandaise – excluant notamment tout avortement lié à un risque pour la santé et/ou le bien-être de la mère – n'était pas contraire aux dispositions de la Convention.

1. La situation des requérantes

La première requérante avait été dépressive pendant ses quatre premières grossesses et luttait à nouveau contre la dépression alors qu'elle était enceinte pour la cinquième fois. Elle se battait contre l'alcoolisme, cherchait à récupérer la garde de ses enfants, tous placés, et ne pouvait dès lors pas envisager de poursuivre la grossesse (§ 14). La deuxième requérante était tombée enceinte par accident alors qu'elle avait pris la «pilule du lendemain» et deux médecins différents lui avaient indiqué qu'elle courait un risque important de grossesse extra-utérine. Elle se sentait en outre dans l'impossibilité de s'occuper seule d'un enfant à cette époque de sa vie (§ 19). Les deux femmes s'étaient rendues en Angleterre pour avorter et considéraient que l'impossibilité d'avorter en Irlande emportait – notamment – violation des articles 3, 8 et 14 de la Convention (§ 113).

2. L'absence de traitement inhumain ou dégradant (art. 3)

Sous l'angle de l'article 3, les requérantes faisaient valoir que la pénalisation de l'avortement entraînait une atteinte à la dignité des femmes en les désignant à la vindicte publique, tout en exacerbant leurs sentiments d'angoisse. En outre, à leurs yeux, les deux possibilités qui leur étaient ouvertes – aller avorter à l'étranger ou poursuivre leur grossesse – avaient «un caractère dégradant» et constituaient «un affront délibéré à leur dignité» (§ 162). La Cour, sans nier que le fait d'avoir dû avorter à l'étranger avait représenté «une charge psychologique importante» (§ 126) et que l'avortement aurait été «physiquement

moins pénible sans la nécessité de se déplacer» (§ 127), a estimé que le traitement appliqué aux requérantes n'atteignait pas le seuil de gravité requis pour l'application de l'article 3 (§ 164).

3. L'absence de violation du droit au respect de la vie privée (art. 8)

Sous l'angle de l'article 8, les requérantes faisaient notamment valoir que l'Irlande ne pouvait se prévaloir de la poursuite d'un but légitime «compte tenu du point de vue moral opposé défendu par les organes de protection des droits de l'homme dans le monde entier» (§ 170). En outre, elles exposaient que l'interdiction litigieuse ne correspondait plus aux perceptions du peuple irlandais «dont certains éléments [indiquaient] qu'il [était] en faveur d'un accès plus large à l'avortement légal» et qu'elle contrastait vivement avec «les régimes plus souples en faveur desquels il y [avait] selon elles un consensus clair aux niveaux européen et international» (§§ 170 et 174).

La Cour a considéré que les griefs des requérantes relevaient bien du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention. L'impossibilité dans laquelle elles s'étaient trouvées d'avorter en Irlande constituait une ingérence dans ce droit, prévue par la loi et poursuivant l'objectif légitime de «protéger la morale, dont la défense du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect en Irlande». Il restait alors à examiner s'il existait un rapport de proportionnalité entre les restrictions litigieuses et cet objectif (§§ 216-228).

La Cour s'est, à ce stade, employée à neutraliser l'effet habituel du consensus européen sur l'ampleur de la marge d'appréciation étatique. Ainsi, ayant opportunément relevé qu'il existait «dans une majorité substantielle des États membres du Conseil de l'Europe une tendance en faveur de l'autorisation de l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais» (§ 235), elle a néanmoins considéré – au regard de l'incertitude fondamentale sur le début de la vie²⁹ – que pareil consensus européen n'était pas susceptible de réduire en l'espèce «de manière décisive» la marge de manœuvre irlandaise (§§ 236-237).

Les juges européens ont ensuite relevé qu'un «long, complexe et épineux débat» avait été conduit au plan interne relativement à la question de l'avortement au terme duquel il restait interdit d'y recourir pour des raisons de santé ou de bien-être, tandis qu'il était par contre possible de se rendre dans un autre État à cette fin (§ 239). En tenant compte de cette possibilité, la Cour a considéré qu'«en interdisant sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais

²⁹ Voy. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vo c. France*, 8 juillet 2004.

concernant la nature de la vie [...] et la protection à accorder en conséquence au droit à la vie des enfants à naître l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être sur son territoire, l'État irlandais [n'avait] pas excédé la marge d'appréciation dont il [jouissait] en la matière» (§ 241).

Six juges dissidents ont – à juste titre – vivement critiqué l'approche de la majorité, tant au titre de la «désactivation» du consensus européen traduisant une renonciation de la Cour à l'«une des principales fonctions de [sa] jurisprudence [qui] est de conduire progressivement à une application harmonieuse de la protection des droits de l'homme qui transcende les frontières nationales», qu'au titre de la «surpondération» des valeurs morales prévalant dans la société irlandaise qui laissait craindre «un véritable tournant, dangereux, dans la jurisprudence de la Cour»³⁰.

4. La question du droit de recevoir des informations (art. 10)

Les requérantes alléguaient au surplus que le manque d'informations sur les options dont elles disposaient dans leur situation avait aggravé dans leur chef le poids des restrictions à l'avortement prévues par le droit irlandais.

Il convient de rappeler, à cet égard, que, dans son arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992, la Cour avait pu juger que l'interdiction faite à deux associations de fournir à des femmes enceintes des informations sur les possibilités d'avortement à l'étranger était contraire à l'article 10 de la Convention (§ 80)³¹. C'est d'ailleurs à la suite de cette condamnation strasbourgeoise que le législateur irlandais a adopté, en 1995, le *Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of Pregnancies) Act*³².

La Cour a toutefois estimé, en l'espèce, que les allégations des requérantes étaient «générales et non étayées», dès lors que «ni l'une ni l'autre [n'indiquait] précisément quelles informations sur [la possibilité d'avorter à l'étranger] elle aurait recherché[es] sans pouvoir les obtenir» (§ 130). Bien plus, elle a finalement jugé que la possibilité d'accéder à ce type d'informations telle qu'elle était

³⁰ Opinion partiellement dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni et Poalelungi.

³¹ Ayant affirmé notamment que «la liberté d'expression [valait] aussi pour les 'informations' ou 'idées' qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population» (§ 71), la Cour a souligné en particulier que les associations en cause avaient été poursuivies alors même que le droit pénal irlandais n'érigait pas en infraction le fait de se rendre à l'étranger pour y subir un avortement et que la décision de la Cour suprême irlandaise revêtait un caractère absolu (§§ 72-73).

³² Voy. Cour eur. dr. h., *A., B. et C. c. Irlande*, préc., § 56.

organisée en Irlande contribuait, en réalité, à la proportionnalité de l'interdiction litigieuse. Ainsi, c'est en soulignant expressément que «les femmes en Irlande peuvent sans enfreindre la loi aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande» que les juges européens ont conclu à l'absence de violation de l'article 8 (§ 241).

5. Le refus d'examiner l'affaire sous l'angle de l'interdiction de la discrimination (art. 14)

Les requérantes alléguaient encore que les restrictions et limitations à l'avortement prévues par la Constitution irlandaise étaient discriminatoires et donc contraires à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. Ainsi, «en leur qualité de femmes, elles auraient eu à supporter, du fait de ces restrictions et limitations, une charge excessive» (§ 269).

La Cour a cependant jugé – ainsi qu'elle le fait parfois³³ – que l'analyse qu'elle avait conduite sous l'angle de l'article 8 la dispensait d'examiner l'affaire également sous l'angle de l'article 14 (§ 270). Pareille option est déjà contestable lorsque l'examen antérieur sous l'angle d'une disposition isolée a révélé une violation de celle-ci. Elle l'est encore bien davantage en l'absence d'un tel constat, tant il est vrai qu'une lecture sous l'angle de l'interdiction de la discrimination a sa dynamique propre susceptible de conduire à un autre résultat.

6. L'impact de l'arrêt *A., B. et C. c. Irlande*

L'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire *A., B. et C.* valide donc la conception extrêmement restrictive du droit à l'avortement telle qu'elle s'est consolidée en Irlande depuis le référendum de 1983.

Cette décision a certainement déçu ceux qui voyaient dans l'affaire irlandaise une opportunité pour la Cour de Strasbourg de rendre une décision équivalente au célèbre arrêt *Roe v. Wade* de la Cour suprême des États-Unis³⁴. On a pu regretter, en particulier, que la Cour refuse – comme elle avait au demeurant déjà pu le faire dans l'arrêt *Tysiac*³⁵ – d'envisager l'affaire sous l'angle de l'article 14 et élude de la sorte la dimension de genre que revêtent les questions

³³ Voy. par ex. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.H. e.a. c. Autriche*, 3 novembre 2011; arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas*, 3 avril 2012; arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne*, 1^{er} juillet 2014.

³⁴ B. WEINSTEIN, «Reproductive Choices in the Hands of the States: The Right to Abortion under the European Convention on Human Rights in Light of *A, B & C v. Ireland*», *American University International Law Review*, 2012, p. 437.

³⁵ Cour eur. dr. h., *Tysiac c. Pologne*, préc., § 144.

liées aux droits reproductifs³⁶. De façon plus générale, on a pu juger – dans le sillage des juges dissidents – que le choix opéré par la Cour de faire prévaloir les valeurs morales irlandaises sur le consensus européen manifestait un affaiblissement du mouvement de « constitutionnalisation » auquel préside *a priori* la Cour européenne³⁷.

L'affaire ne concernait toutefois pas uniquement le caractère très limité des exceptions à l'interdiction constitutionnelle de l'avortement, mais aussi – à l'instar des affaires polonaises précitées³⁸ – la difficulté pour les femmes d'obtenir la mise en œuvre de ce droit très limité à l'interruption volontaire de grossesse. Sous cet angle, la Cour a considéré que l'impossibilité pour une troisième requérante – dont la vie était menacée par la grossesse – de savoir s'il lui était possible ou pas d'avorter en Irlande violait l'article 8 de la Convention. Par là même, elle confirmait l'approche retenue par l'arrêt *Tysiac* en 2007 sans considérer encore, comme elle le ferait peu de temps après, dans les arrêts *R.R.* et *P. et S.*, que l'article 3 était également violé.

L'arrêt a dès lors pu avoir, sous cet angle spécifique de l'effectivité du droit à l'avortement d'ores et déjà reconnu, un impact important, puisque le législateur irlandais a expressément adopté en 2013 un *Protection of Life During Pregnancy Act* qui clarifie les conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse peut avoir lieu légalement³⁹. Il reste à voir, alors, si la Cour européenne pourra bientôt – à la lumière d'un mouvement international encore renforcé par les constatations *Mellet c. Irlande* – se montrer plus audacieuse et faire advenir un véritable droit à l'avortement, par-delà la simple exigence de cohérence interne qui constitue actuellement son seul acquis jurisprudentiel⁴⁰.

³⁶ D. FENWICK, « 'Abortion jurisprudence' at Strasbourg: deferential, avoidant and normatively neutral? », *Legal Studies*, 2014, spéc. pp. 231-239. Voy. aussi D. FENWICK, « The modern abortion jurisprudence under Article 8 of the European Convention on Human Rights », *Medical Law International*, 2012, pp. 273-276.

³⁷ F. DE LONDRA et K. DZEHTSIAROU, « Grand Chamber of the European Court of Human Rights, *A, B & C v Ireland*, Decision of 17 December 2010 », *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 262.

³⁸ Voy. *supra*.

³⁹ F. DE LONDRA, « Fatal Fœtal Abnormality, Irish Constitutional Law and *Mellet v. Ireland* », *Medical Law Review*, 2016, p. 7.

⁴⁰ C. COSENTINO, « Safe and Legal Abortion: An Emerging Human Right? », *op. cit.*, p. 21.

C. *Les constatations Mellet c. Irlande* *du Comité des droits de l'homme*

Les différentes instances concourant au système de protection universel des droits de l'homme avaient d'ores et déjà pu inviter l'Irlande à revoir le régime de l'avortement⁴¹, mais elles n'avaient jamais été saisies d'un cas concret leur permettant de constater expressément que le caractère excessivement restrictif du droit d'avorter violait l'une des conventions signées dans le giron des Nations Unies⁴². Dans ses constatations *Amanda Jane Mellet c. Irlande*⁴³, le Comité de droits de l'homme a pris le parti, historique, de condamner l'État défendeur au titre de l'incrimination pénale de l'avortement lorsque l'enfant est atteint d'une malformation fœtale mortelle.

1. La situation de la requérante

Enceinte, la requérante s'était rendue à l'hôpital public de Dublin pour une visite de contrôle au cours de laquelle un médecin lui avait appris que le fœtus était atteint d'une anomalie artérielle congénitale mortelle. L'auteur avait alors été informée de ce que, même si le fœtus était voué à une mort certaine, elle ne pouvait subir une interruption volontaire de grossesse en Irlande (2.1). Une sage-femme l'avait ensuite informée de ses possibilités : soit mener jusqu'à son terme la grossesse d'un enfant non viable, soit «voyager». La sage-femme n'avait pas précisé ce qu'elle entendait exactement par «voyager», et l'hôpital avait par la suite refusé de fournir toute information supplémentaire (2.2). Contre l'avis de son gynécologue, l'auteur avait finalement décidé de se rendre au Royaume-Uni, à ses frais, afin d'y subir un avortement (2.3). De retour en Irlande, elle n'avait bénéficié d'aucun suivi de la part de l'hôpital (2.5). Mme Mellet invoquait, dans ce contexte, la violation de diverses dispositions du Pacte.

2. Un traitement cruel, inhumain ou dégradant (art. 7)

L'auteur de la communication faisait valoir, tout d'abord, que l'article 7 du Pacte, qui interdit les traitements cruels, inhumains ou dégradants, avait, en l'espèce, été violé. Elle a souligné, à cet égard, en particulier qu'elle n'avait pas pu bénéficier – en Irlande – des soins de santé génésique et de l'accompagne-

⁴¹ Voy. spéc. Com. dr. h., obs. fin., Irlande, CCPR/C/IRL/CO/4 (2014), § 9.

⁴² F. DE LONDRAIS, «Fatal Fœtal Abnormality, Irish Constitutional Law and *Mellet v. Ireland*», *op. cit.*, p. 8.

⁴³ Com. dr. h., const. *Amanda Jane Mellet c. Irlande*, 31 mars 2016.

ment au deuil dont elle avait besoin. Elle avait été forcée de choisir entre continuer la gestation d'un enfant mourant dans son pays ou recourir à l'avortement à l'étranger et avait été exposée à la honte et à la stigmatisation (3.1-3.4). L'État irlandais a fait valoir, en réponse, que la vie de l'intéressée n'était pas en danger et qu'aucun agent de l'État ne lui avait infligé un traitement cruel, inhumain ou dégradant tandis que l'interdiction d'avorter en cas de malformation fœtale mortelle réalisait un équilibre entre les intérêts du fœtus et ceux de la femme (7.3).

Le Comité a relevé que le cadre législatif irlandais avait soumis l'auteur de la communication, particulièrement vulnérable en tant que femme enceinte ayant appris que son enfant n'était pas viable, à des souffrances physiques et mentales intenses. La détresse physique et mentale de Mme Mellet avait été exacerbée par les différentes circonstances qu'elle décrivait dans sa communication : l'impossibilité d'obtenir les soins et le soutien nécessaires, le choix cruel à faire entre poursuivre la grossesse en Irlande et avorter à l'étranger, la honte et la stigmatisation, l'abandon des restes du fœtus, puis la livraison inattendue de ses cendres par un coursier, et l'absence d'accès à des soins post-abortifs. Ces expériences négatives auraient pu être évitées si l'auteur avait pu mettre fin à sa grossesse dans l'environnement rassurant et familial de son propre pays, sous la responsabilité de médecins qu'elle connaissait et en qui elle avait confiance et en bénéficiant de la couverture financière à laquelle elle aurait eu droit en poursuivant la grossesse (7.4). La situation de détresse de l'auteur de la communication avait par ailleurs encore été aggravée par les obstacles qu'elle avait rencontrés pour obtenir, de la part du corps médical, les informations dont elle avait besoin quant aux options médicales envisageables et appropriées (7.5).

Le Comité a estimé que les souffrances endurées par l'auteur de la communication constituaient un traitement cruel, inhumain ou dégradant au sens du Pacte⁴⁴. Dès lors que le texte de l'article 7 ne prévoit aucune possibilité de limitation ou de justification susceptible d'en excuser la violation, il a conclu à la violation de cette disposition (7.6).

3. Une atteinte au droit au respect de la vie privée (art. 17)

Mme Mellet dénonçait aussi une violation de l'article 17⁴⁵, en faisant valoir que l'impossibilité d'avorter en Irlande constituait une interférence arbitraire

⁴⁴ Voy. à cet égard Com. dr. h., obs. gén. n° 20 sur l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7).

⁴⁵ Voy. à cet égard Com. dr. h., obs. gén. n° 16 sur le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile et de la correspondance, et le droit d'être protégé contre les atteintes à l'honneur et à la réputation (art. 17).

dans son droit au respect de la vie privée et, plus particulièrement, dans son droit au respect de l'intégrité physique et psychologique et à l'autonomie reproductive (3.5-3.7). Aux yeux de l'État irlandais, l'impossibilité litigieuse telle qu'elle était expressément prévue par la loi procédait de la recherche méticuleuse d'un équilibre entre la protection du fœtus et les droits de la femme (7.7). L'Irlande a également fait valoir que l'affaire se distinguait des précédents *Huamán c. Pérou* et *L.M.R. c. Argentine*, dès lors qu'il n'y avait pas, en l'espèce, de refus arbitraire de procéder à un avortement prévu par la loi, puisque précisément l'avortement réclamé était clairement interdit ainsi qu'il avait été d'emblée signalé par le personnel médical (4.11). L'affaire se rapprochait, à ses yeux, bien plutôt de l'affaire *A., B. et C. c. Irlande*, dans le cadre de laquelle la Cour européenne avait jugé que la prohibition de l'avortement pour raison de santé ou de bien-être et l'obligation corrélative d'avorter à l'étranger ne méconnaissaient pas l'article 8 de la Convention (4.10).

Le Comité a commencé par rappeler qu'en vertu de sa jurisprudence⁴⁶, la décision d'une femme de recourir à l'avortement tombe sous le coup de l'article 17. Il a ensuite constaté que l'État avait interféré dans la décision de l'auteur de ne pas continuer sa grossesse non viable et qu'une telle immixtion était prévue par la loi irlandaise. Il restait cependant à voir si l'ingérence en cause était ou non arbitraire au sens de l'article 17. À cet égard, le Comité a spécifiquement relevé, en premier lieu, que le fœtus n'était en l'occurrence pas viable. Il a souligné, en deuxième lieu, que les options ouvertes à l'auteur étaient inévitablement sources d'intenses souffrances. En troisième et dernier lieu, il a pointé que le voyage réalisé pour interrompre la grossesse avait eu des conséquences négatives significatives qui auraient pu être évitées (7.7-7.8).

Sur la base de ces différents éléments, le Comité des droits de l'homme a considéré que l'interférence dans le droit protégé par l'article 17 était déraisonnable et arbitraire en manière telle que cette disposition avait été violée (7.8).

4. La question du droit de recevoir des informations (art. 19)

Sous l'angle spécifique de l'article 19 du Pacte, l'auteur de la communication affirmait encore que son droit de recevoir des informations avait été violé. Elle affirmait, à cet égard, que les dispositions du *Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of Pregnancies) Act* exerçaient, en raison de leur imprécision et – plus particulièrement – de la difficulté à différencier le « soutien » susceptible d'être apporté aux femmes ayant pris la décision

⁴⁶ Com. dr. h., const. *Karen Noelia Llantoy Huamán c. Pérou*, 24 octobre 2005 et Com. dr. h., const. *L.M.R. c. Argentine*, 29 mars 2011.

d'avorter (expressément autorisé) et la « promotion » de l'avortement (pénalement réprimé), un « *chilling effect* » sur les membres du personnel médical qui s'étaient abstenus – en l'espèce – de lui procurer les informations auxquelles elle avait droit, se bornant à lui indiquer qu'une « femme dans sa situation » pourrait faire le choix de « voyager » (3.10-3.11). L'État irlandais faisait valoir, quant à lui, que ce grief fondé sur l'article 19 n'était pas étayé par des informations suffisantes, tandis qu'il n'était pas contesté que Mme Mellet avait été *in fine* renvoyée par le personnel hospitalier vers un centre de planning familial où elle avait pu bénéficier de l'ensemble des informations nécessaires (4.12).

Le Comité des droits de l'homme n'a envisagé ce grief qu'après avoir conclu à la violation des articles 7 et 17 du Pacte et a dès lors jugé qu'il n'y a avait pas lieu de se livrer en outre à un examen séparé sous l'angle de l'article 19 de celui-ci. Encore faut-il bien relever que la question de l'accès à l'information a – comme dans l'arrêt *A., B. et C. c. Irlande*, mais au profit, cette fois, de l'auteur de la communication⁴⁷ – été prise en considération pour l'examen mené sous l'angle du droit au respect de la vie privée, le Comité trouvant dans les dispositions du *Regulation of Information Act* et dans l'affirmation non contestée de Mme Mellet, suivant laquelle le personnel médical ne lui avait pas procuré l'information nécessaire, un motif supplémentaire de conclure à la violation de l'article 17 (7.5).

5. La discrimination fondée sur le sexe... éludée (art. 2, 3 et 26)

Enfin, l'auteur invoquait les articles 2⁴⁸, 3⁴⁹ et 26⁵⁰ du Pacte en faisant valoir que les dispositions irlandaises pénalisant l'avortement violaient le droit à l'égalité et la non-discrimination sur la base du sexe et du genre. À ses yeux, le droit irlandais applicable à l'avortement était structurellement discrimina-

⁴⁷ Voy. *supra*.

⁴⁸ L'article 2 dispose que « 1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation [...] ».

⁴⁹ L'article 3 dispose que « les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte ».

⁵⁰ L'article 26 dispose que « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

toire à l'égard des femmes dont il méconnaissait l'autonomie reproductive et les besoins spécifiques en termes de santé reproductive. De la sorte, il renforçait la vulnérabilité des femmes et consacrait l'infériorité de leur statut social (3.15-3.20). Selon l'État irlandais, il ne pouvait y avoir de discrimination en l'espèce, puisque les facultés et la situation des femmes enceintes sont, de manière « inhérente », différentes de celles d'un homme. La différenciation en cause était donc une différence « de fait » ou une différence « axiomatique » à accepter en tant que telle. Au demeurant, à supposer même que les règles litigieuses puissent être considérées discriminatoires, elles trouvaient une justification raisonnable – à nouveau – dans la recherche soigneuse d'un équilibre entre les droits du fœtus et ceux de la femme qui le porte (4.13-4.15).

La position du Comité est surprenante, puisqu'alors même que le débat entre l'auteur de la communication et l'État s'était de la sorte noué autour de la question de la discrimination fondée sur le genre, il a – quant à lui – opté pour une approche détournée en se focalisant sur la question – marginale – d'une éventuelle différenciation entre, d'une part, les femmes qui décident d'avorter à l'étranger et, d'autre part, celles qui poursuivent une grossesse appelée à se terminer par une fausse couche ou l'accouchement d'un enfant mort-né. Alors que les premières étaient laissées à elles-mêmes, privées de suivi médical et tenues d'assumer le coût des soins dont elles avaient besoin, les secondes continuaient d'être pleinement prises en charge, sur tous les plans, par le système de santé irlandais. Pour le Comité, cette différenciation n'était ni objective, ni raisonnable et ne poursuivait au demeurant aucun but légitime au sens du Pacte. Il a donc conclu à la violation de l'article 26, mais au titre d'une discrimination entre l'auteur et d'autres femmes, édulcorant par là même la dimension de genre qui était au cœur de la communication et des débats avec l'État (7.9-7.11).

Plusieurs membres du Comité ont dès lors expressément regretté, dans des opinions séparées jointes aux constatations, pareil évitement de la question du genre.

Dans sa remarquable opinion séparée, Sarah Cleveland a notamment souligné que le Comité n'avait pas réellement rencontré les arguments de l'auteur de la communication relatifs à la discrimination de genre. Elle a fait valoir, à cet égard, que la justification proposée par l'État, fondée sur l'idée que les différences entre hommes et femmes qui sont basées sur des caractéristiques biologiques spécifiques de l'un et l'autre sexe ne pourraient constituer des discriminations, n'était plus admise en droit international des droits de l'homme et dans les positionnements du Comité (§ 6). Elle a affirmé, en s'appuyant sur l'observation générale n° 18 du Comité relative à l'égalité de droits entre hommes et femmes (art. 3), que les États doivent bannir à la fois les discriminations directes et indirectes et œuvrer à une « émancipation effective et égale des



femmes» (§ 7). Elle a aussi souligné, en s'appuyant sur l'observation générale n° 28 relative à la non-discrimination, qu'étaient interdites les différenciations qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher la pleine jouissance des droits protégés, en manière telle qu'une discrimination peut exister même en l'absence d'intention de discriminer (§ 8). À ses yeux, l'interdiction quasiment totale de l'avortement en Irlande empêchait l'accès à des soins reproductifs dont seules les femmes ont besoin sans imposer, dans ce domaine, de restrictions similaires aux hommes, en manière telle qu'il y avait bien eu en l'espèce une discrimination fondée sur le sexe et le genre (§ 13). Pareille discrimination découlait de la circonstance, également dénoncée par Mme Mellet, que la réglementation irlandaise, en faisant prévaloir sur les droits des femmes l'objectif de protéger un fœtus non viable, exprimait – jusqu'à l'absurde – des stéréotypes de genre incompatibles avec les standards du droit international des droits de l'homme (§ 15)⁵¹.

Un point de vue sensiblement différent a été exprimé par Anja Seibert-Fohr dans son opinion partiellement dissidente. Solidaire du constat de violation des articles 7 et 17 du Pacte, limité à la situation de l'espèce caractérisée par la non-viabilité incontestée du fœtus, elle a fait valoir que le Comité aurait dû s'arrêter là et ne pas envisager l'affaire sous l'angle de la discrimination. À ses yeux, les griefs qui avaient donné lieu au constat de violation des articles 7 et 17 étaient similaires à ceux fondant le constat de l'existence d'une discrimination prohibée. Cependant, ces griefs – liés à l'absence de soins de santé et de soutien au deuil dans le cas de l'auteur de la communication et à la nécessité de se rendre, à ses frais, à l'étranger – avaient d'ores et déjà été «absorbés» par les conclusions atteintes par le Comité sous l'angle des articles 7 et 17. En outre, a-t-elle poursuivi, l'analyse menée par le Comité sur la base de l'article 26 manquait de rigueur, puisqu'il ne se prononçait clairement ni sur la comparabilité de la situation de Mme Mellet et de celle des femmes qui poursuivent la grossesse, ni sur le fondement de la discrimination dont elle aurait pu être victime. À cet égard, elle a toutefois approuvé que le Comité n'ait pas considéré qu'il s'agissait en l'espèce d'une discrimination fondée sur le genre, puisque, même si l'interdiction litigieuse n'affectait que les femmes, la distinction s'expliquait par la différence biologique entre les hommes et les femmes qui exclut objectivement les premiers du champ d'application de la loi.

⁵¹ Voy. dans le même sens, l'opinion séparée de Yadh Ben Achour et l'opinion séparée de Víctor Rodríguez Rescia, Olivier de Frouville et Fabián Salvioli, §§ 7-11.

6. L'impact des constatations *Mellet c. Irlande*

Les constatations *Mellet c. Irlande* marquent certainement une étape importante pour la conquête des droits reproductifs, dès lors qu'elles constituent la première condamnation ferme du principe même de la pénalisation de l'avortement par un organe international exerçant des fonctions de nature juridictionnelle.

L'on peut certainement regretter que l'analyse conduite par le Comité sous l'angle de l'exigence de non-discrimination escamote – d'une manière qui n'est pas sans rappeler le traitement réservé au droit à la vie dans l'affaire *Huamán*⁵² – le cœur du grief soulevé par l'auteur de la communication.

Il n'en demeure pas moins, et c'est bien là l'essentiel, que le Comité affirme par contre sans ambiguïté que la pénalisation de l'avortement en cas de grossesse non viable est contraire au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. On peut peut-être aussi, à l'instar de certains auteurs, être tenté d'y voir un signal plus fort qui dépasserait le cadre de cette hypothèse particulière. En effet, comme le souligne Fiona de Londras, l'essentiel des éléments qui ont conduit le Comité à estimer que les articles 7 et 17 du Pacte avaient été violés concerne toutes les femmes qui sont contraintes à avorter à l'étranger, privées de soins et de soutien dans leur pays et frappées d'opprobre par l'incrimination de l'interruption volontaire de grossesse, et cela quel que soit le motif qui détermine leur choix⁵³.

Il reste que l'impact réel qu'auront les constatations sur le droit irlandais reste à ce stade incertain. Si les forces réformatrices se prévalent de la décision onusienne pour renforcer la revendication d'une révision constitutionnelle, leurs opposants font valoir que la décision rendue n'est pas contraignante et ne devrait pas prévaloir sur la volonté du peuple⁵⁴. Le 7 juillet 2016, le Parlement irlandais a rejeté un projet de loi visant à légaliser l'avortement en cas de malformation grave du fœtus⁵⁵. À ce stade, un panel de 99 citoyens irlandais présidé par une juge de la Cour suprême – la *Citizens' Assembly*⁵⁶ – est appelé à remettre au gouvernement en juin 2017 un rapport portant sur différentes

⁵² Voy. *supra*.

⁵³ F. DE LONDRA, «Fatal Foetal Abnormality, Irish Constitutional Law and *Mellet v. Ireland*», *op. cit.*, p. 16.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁵ M. O'HALLORAN et S. BARDON, «Fatal foetal abnormalities Bill defeated in Dáil vote», *The Irish Times*, 7 juillet 2016, <http://www.irishtimes.com> (dernière consultation le 20 janvier 2017).

⁵⁶ <https://www.citizensassembly.ie/en/>.

questions de société, au premier rang desquelles le sort du huitième amendement à la Constitution⁵⁷.

Conclusion

Le droit international des droits de l'homme tend progressivement à consacrer le droit à l'avortement en cas de danger pour la santé de la mère, de malformation grave affectant le fœtus ou d'agression sexuelle. Le fait qu'à quelques années d'intervalle, la Cour européenne et le Comité des droits de l'homme se soient prononcés sur la légitimité de la législation irlandaise relative à l'avortement offre une belle opportunité de comparer l'approche des deux instances et de s'interroger sur les relations qui peuvent exister entre elles.

C'est *a priori* le sentiment d'un vif contraste que l'on éprouve dès lors que l'approche de la Cour européenne est à ce stade largement empreinte de « retenue » tandis que l'approche du Comité des droits de l'homme semble beaucoup plus « déterminée ». Ce sentiment doit toutefois probablement être relativisé dès lors que les situations factuelles soumises aux deux instances étaient différentes. Peut-être la Cour européenne aurait-elle conclu à la violation de la Convention si elle avait été saisie par une femme condamnée à porter un fœtus non viable. En sens inverse, peut-être que le Comité des droits de l'homme aurait admis la position irlandaise dans le cas de femmes souhaitant avorter pour des raisons de santé ou de bien-être. Au demeurant, les évolutions de la jurisprudence strasbourgeoise – les arrêts *R.R.* et *P. et S.* – ouvrent des perspectives nouvelles notamment en raison de l'irruption dans le contentieux de l'avortement des garanties absolues portées par l'article 3 de la Convention. Peut-on en effet concevoir que les souffrances endurées par une femme dont le fœtus est atteint de malformations sévères ou est le fruit d'un viol et qui est privée d'accès à l'avortement n'engagent la protection de cette disposition que pour autant que l'État permette, en pareils cas, l'avortement⁵⁸?

Les décisions de la Cour et du Comité ont par contre manifestement en commun de laisser apparaître une grande réticence à appréhender la question de l'avortement dans la perspective éminemment pertinente des discriminations fondées sur le genre. Si la Cour de Strasbourg entend manifestement ne pas

⁵⁷ P. LEAHY, «Over 4,500 submissions on abortion made to Citizens' Assembly», *The Irish Times*, 16 décembre 2016, <http://www.irishtimes.com> (dernière consultation le 20 janvier 2017).

⁵⁸ C. COSENTINO, «Safe and Legal Abortion: An Emerging Human Right?», *op. cit.*, pp. 19-20.

s'aventurer sur ce terrain délicat, le Comité prend quant à lui le parti de s'y engager puis d'éluder la difficulté en focalisant son analyse sur la différenciation opérée entre les femmes selon le choix qu'elles posent. Chacun à sa manière, la Cour européenne et le Comité onusien refusent en quelque sorte de décider si la réglementation de l'avortement qui – par hypothèse – ne peut concerner que les femmes est susceptible de donner lieu à une différence inacceptable fondée sur le sexe.

Incontestablement, l'absence de cette réflexion spécifique dans les décisions rendues par les deux organes internationaux constitue une regrettable lacune dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme relative à l'interruption volontaire de grossesse⁵⁹. À cet égard, les juges strasbourgeois et le Comité onusien pourraient s'inspirer davantage des observations générales et finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et, plus encore, des constatations adoptées dans l'affaire *L. C. c. Pérou*. Le Comité y a notamment considéré que l'impossibilité d'avorter dans laquelle s'était trouvée une adolescente violée traduisait la perpétuation du «préjugé qui veut que le fœtus est plus important que la santé de la mère» et violait dès lors l'article 5 de la Convention qui engage les États à lutter contre les stéréotypes de genre⁶⁰. L'enjeu réside ici précisément dans le dépassement de l'approche classique du test de non-discrimination et de la vérification préalable de la comparabilité, puisque la grossesse et l'avortement sont des circonstances qui ne peuvent par hypothèse concerner qu'une femme⁶¹. Il s'agit donc de faire émerger un nouveau cadre d'analyse pour l'appréhension des discriminations fondées sur le genre dans le contexte reproductif⁶². Une telle approche renouvée pourrait notamment prendre le parti de la comparabilité des femmes enceintes et des hommes du point de vue de l'accès aux traitements médicaux et mobiliser la

⁵⁹ En ce sens : D. FENWICK, « 'Abortion jurisprudence' at Strasbourg: deferential, avoiding and normatively neutral? », *Legal Studies*, 2014, spéc. pp. 231-239 et F. GÓMEZ-SÁNCHEZ TORREALVA, « El aborto terapéutico en adolescentes: Comentarios al Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en la Comunicación n° 1153/2003 », *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2012, spéc. pp. 101 et s.

⁶⁰ Suivant cette disposition, « les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour [...] modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ».

⁶¹ D. FENWICK, « 'Abortion jurisprudence' at Strasbourg ... », *op. cit.*, pp. 234-239.

⁶² R. COOK et S. HOWARD, « Accommodating Women's Differences Under the Women's Anti-Discrimination Convention », *Emory Law Journal*, 2007, spéc. pp. 1076 et s.

figure des discriminations indirectes pour mettre en évidence la circonstance que l'objectif – *a priori* neutre du point de vue du genre («*gender neutral*») – de protéger la vie prénatale pèse en réalité de manière disproportionnée sur les femmes⁶³.

On peut, par ailleurs, regretter que le dialogue entre la Cour européenne et le Comité des droits de l'homme reste à ce stade particulièrement ténu. Globalement, les juges européens se sont jusqu'ici bornés – tout au plus – à viser les observations finales formulées par le Comité à propos de l'État entrepris, alors que des références à *Huamán* puis à *L. M. R.* auraient été particulièrement pertinentes⁶⁴. En sens inverse, le Comité des droits de l'homme n'a fait dans ses constatations *Mellet* aucune référence à la jurisprudence strasbourgeoise, alors même que l'auteur de la communication et l'État avaient expressément débattu de la portée à donner à l'arrêt *A., B. et C.*⁶⁵. Il est décevant de constater la faiblesse ou l'absence des interactions entre les deux organes dans ce contentieux spécifique de l'avortement tant est évident le surcroît de légitimité que peuvent puiser les juges internationaux des droits de l'homme dans les raisonnements et décisions de leurs pairs.

Au contraire des arrêts de la Cour de Strasbourg, les constatations du Comité des droits de l'homme ne sont pas juridiquement contraignantes à l'égard des États destinataires, mais revêtent seulement force «de la chose 'interprétée'»⁶⁶ ou «de la chose 'constatée'»⁶⁷. Ainsi, alors que l'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose expressément que «les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties», l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques indique seulement qu'à l'issue d'une procédure sur communication individuelle «le Comité fait part de ses constatations à l'État partie intéressé et au particulier». En conséquence, bien qu'une modification du Protocole sur ce point ait pu être envisagée et en dépit des efforts déployés par le Comité pour en renforcer l'autorité, les constatations onusiennes continuent indubitablement de ressor-

⁶³ D. FENWICK, «'Abortion jurisprudence' at Strasbourg ...», *op. cit.*, pp. 235-236.

⁶⁴ Cour eur. dr. h., *Tysiac c. Pologne*, préc., §§ 48-50 et 115; *A., B. et C. c. Irlande*, préc., § 111; *R. R. c. Pologne*, préc., §§ 84 et 194.

⁶⁵ Com. dr. h., const. *Mellet c. Irlande*, 31 mars 2016, §§ 4.3, 4.10, 4.14 et 7.7.

⁶⁶ C. CHANET, «Préface», in E. Decaux (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques – Commentaire article par article*, Economica, Paris, 2012, p. VI.

⁶⁷ L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, coll. «Droit & Justice», Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 400.



tir au «*soft law*» international des droits de l'homme⁶⁸. Du droit «mou» au droit «dur», il peut cependant n'y avoir qu'un pas, et la Cour européenne des droits de l'homme a déjà pu s'offrir en relais ou en caisse de résonance pour investir de l'autorité propre au «*hard law*» les principes dégagés dans la quasi-jurisprudence de l'instance onusienne⁶⁹.

Dans semblable contexte, on ne peut que formuler le souhait que les juges de Strasbourg puissent trouver dans les constatations *Mellet* une raison supplémentaire de renouveler leur interprétation de la Convention et d'abandonner la position adoptée dans l'arrêt *A., B. et C.* Il y aurait là un formidable exemple de la façon dont les jurisprudences des deux instances internationales peuvent, par-delà les différences objectives de leurs offices respectifs, se renforcer mutuellement au bénéfice du développement des droits.



⁶⁸ O. QUIRICO, «Droit 'flou', droit 'doux' ou droit 'mou'? Brèves réflexions sur la 'texture' des mesures conservatoires et des constatations dans les procédures individuelles devant le Comité des droits de l'homme», in D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville et J.E. Viñuales (éd.), *Unité et diversité du droit international – Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nihoff, Leiden/Boston, 2014, pp. 875-887.

⁶⁹ Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, «Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme: questions de légitimité et de méthode», *cette Revue*, 2012, spéc. pp. 464 et s.