



OBSERVATIONS ÉCRITES

*soumises à la Cour européenne des droits de l'homme
dans l'affaire*

B.B. contre la Pologne

(Requête n° 67171/17)

Grégor Puppinck, Directeur

Nicolas Bauer, Chercheur associé

17 septembre 2020

1. La requête, telle que communiquée par la Cour, ne cite aucune décision de justice attaquée par la requérante. Par ailleurs, les explications sur les faits et la loi polonaise méritent d'être réordonnées pour comprendre la situation.

Faits

2. La requérante, B.B., après avoir fait quatre fausses couches, a entrepris une fécondation *in vitro* (FIV) début novembre 2013, alors qu'elle avait 38 ans. Cette technique de procréation artificielle a un taux de réussite moyen autour de 12 % par cycle à cet âge¹. Malgré cette faible probabilité, la requérante a pu concevoir l'enfant par FIV dans une clinique privée.

3. Le 26 janvier 2014, un examen prénatal à l'hôpital de la Sainte Famille de Varsovie montre que la grossesse se passe bien pour l'enfant (12 semaines).

Le 5 février 2014, en raison des quatre fausses couches antérieures, un cerclage du col de l'utérus est posé dans un but préventif (13 semaines).

Le 28 mars 2014, un autre examen prénatal révèle des malformations fœtales (22 semaines). À son issue, la requérante est informée sur sa possibilité de mettre un terme à la grossesse. Elle est aussitôt transférée pour examens complémentaires dans un centre spécialisé disposant de meilleurs instruments de diagnostic (le *Mother and Child Institute*), où le handicap de l'enfant est confirmé. La requérante reçoit encore des informations sur l'avortement.

La requérante a souhaité avorter, mais, ayant dépassé les 22 semaines de grossesse et son fils étant viable en dehors de son corps, cela n'était pas légal en droit polonais (voir notre développement ci-après).

4. Le docteur Bogdan Chazan, qui était alors directeur de l'hôpital de la Sainte Famille de Varsovie, a pris en compte la volonté de la requérante de ne pas poursuivre la grossesse jusqu'à son terme. Le 2 avril 2014, il a mis fin à ses médicaments anti-contraction et le 4 avril, il a donné son accord pour retirer le cerclage, ce qui a été fait le 7 avril. Ces actes médicaux avaient pour but de permettre une éventuelle fausse couche naturelle. Il a par ailleurs précisé : « Il était évident pour moi que les dommages que l'avortement pouvait causer à la mère, surtout à cet âge de la grossesse, étaient plus dangereux pour elle que de porter le bébé à terme » (voir l'annexe)².

5. Le 14 avril, la requérante a renouvelé par écrit sa demande d'avorter (> 24 semaines). Le 16 avril, le docteur Chazan a répondu par écrit son objection de conscience à un tel acte. Le délai légal étant dépassé de plus de deux semaines, il n'a pas indiqué de contact de médecin pratiquant l'avortement.

6. À une date non précisée, au cours de la 24^e semaine de grossesse, la requérante s'est adressée à l'hôpital Bielany, bien connu en Pologne pour pratiquer des avortements. Elle est informée que le délai légal pour pratiquer l'avortement sur son enfant est dépassé. Dans cet hôpital, deux examens confirment le diagnostic et indiquent le caractère potentiellement fatal du handicap de l'enfant (18 avril et 4 juin). Le 30 juin 2014 (35 semaines), le fils de la requérante naît prématurément à l'hôpital Bielany, par césarienne, un mois avant la date prévue. Il reçoit des soins palliatifs et meurt le 9 juillet de la même année.

¹ « Fécondation in vitro : définition, étapes, prix, taux de réussite », [Le Journal des femmes – Santé](#), 24 juin 2019.

² L'ensemble des citations du témoignage du docteur Chazan (voir annexe) est traduite par nos soins.

Procédure

Dans cette affaire, la procédure et la campagne politico-médiatique sont indissociablement liées.

7. Le 9 juin 2014, la requérante a déposé une plainte auprès du Médiateur pour les droits des patients (ou « Commissaire ») contre le docteur Chazan. Cette procédure non judiciaire a abouti à un constat de violations des droits de la requérante. Le Médiateur n'est pas une instance judiciaire, il est nommé par le gouvernement, en l'occurrence par le Ministre de la santé du Gouvernement Tusk.

Le 10 juin 2014, une plainte pénale est déposée par l'Alliance de la gauche démocratique, un parti politique polonais.

Le 11 juin 2014, la presse polonaise rend publique une déclaration du Premier Ministre Tusk (Plateforme civique) déclarant « *Peu importe ce que lui dit sa conscience [le médecin] doit appliquer la loi. Chaque patient doit en être assuré* ». Il a ajouté « *si les procureurs décident qu'une loi a été violée, les tribunaux devront se prononcer sur la question*³ ».

En juillet 2014, le député Piotr Ikonowicz, l'un des fondateurs du Parti socialiste polonais traite publiquement le docteur Chazan « *d'incarnation de Satan* », de personne « *possédée* », de « *dégénéré* », de « *personne sans conscience*⁴ ».

Au Parlement polonais, l'ancien premier ministre Leszek Miller (ex-parti communiste) traite le docteur Chazan de « *psychopathe*⁵ ». Il présenta ses excuses en avril 2016.

Le 21 juillet 2014, l'ancienne maire de Varsovie (Hanna Gronkiewicz-Waltz, Plateforme civique) a démis le docteur Chazan de ses fonctions de directeur d'hôpital.

Le 26 août 2014, une procédure en responsabilité civile est initiée contre l'hôpital et son assurance pour dommage moraux par le Médiateur, à laquelle se joint la requérante et son époux.

Le 30 avril 2015, le procureur abandonne la procédure pénale initiée par la plainte de l'Alliance de la gauche démocratique.

Le 30 mai 2015, le Médiateur abandonne ses poursuites disciplinaires contre le docteur Chazan.

Le 27 avril 2017, la procédure civile est également abandonnée suite à une transaction entre les parties (y compris la requérante).

Le 21 août 2017, B.B. a déposé une requête à la CEDH.

8. Une procédure en cours a en parallèle été initiée par le docteur Chazan contestant la légalité de son licenciement par le Maire de Varsovie.

9. Depuis, le docteur Chazan peine à retrouver du travail. Il a longtemps soigné bénévolement des patients dans l'organisation Caritas. En 2019, la municipalité de Varsovie s'est opposée à son embauche comme gynécologue dans un hôpital public de la ville. Il est à présent maître de conférences à l'université de Kielce.

Sur la recevabilité

10. Cette requête pose un problème manifeste de recevabilité, et il est surprenant que la Cour ait accepté de la communiquer. En effet, aucune décision interne n'est attaquée devant la CEDH, alors même que diverses voies de recours efficaces étaient disponibles et ont été employées. Étant parvenue à un accord, la requérante n'a plus la qualité de victime.

³ "PM Tusk: Doctors are not above the law", [Radio Poland](#), 11 juin 2014 (traduction non officielle).

⁴ Déclaration publiée sur le site [goniec.com](#).

⁵ Natalia Dueholm, "Former Polish prime minister apologizes for calling pro-life doctor a 'religious psychopath'", [Life Site News](#), 19 avril 2016.

11. Cette requête est en fait le prolongement d'une vaste campagne politico-médiatique développée à partir des faits en cause à une époque où le Gouvernement polonais était plus favorable à l'avortement que le gouvernement actuel. Elle vise à obtenir de la Cour qu'elle condamne la Pologne à faciliter le recours à l'avortement. Il s'agit en fait d'une *actio popularis*, menée dans le cadre d'une opération de *strategic litigation*. La requérante est d'ailleurs représentée par un membre de l'équipe du contentieux stratégique de la Fondation Helsinki de Pologne. Elle était précédemment représentée par un autre avocat qui fut arrêté en août 2015 pour crime organisé impliquant l'extorsion de fonds à 248 personnes handicapées ; il est lui aussi soutenu par cette Fondation Helsinki⁶.

12. L'absence de recours aux juridictions internes est contraire au caractère subsidiaire de la CEDH ; il a notamment pour effet de priver la Cour de la connaissance de faits établis en justice, la limitant au seul témoignage de la requérante. C'est la raison pour laquelle le docteur Chazan nous a autorisés à joindre son témoignage écrit à nos observations, afin que son point de vue soit connu (voir annexe des observations).

13. En substance, la requérante se plaint d'avoir souffert de la naissance et de la mort de son fils, et de ne pas avoir obtenu qu'il soit avorté *in utero*.

Elle estime que le système de santé polonais en est responsable, du fait du refus des médecins d'avorter son fils *in utero* et qu'elle n'ait pas été informée avec suffisamment de précision sur les modalités d'obtention de ce « service ».

La souffrance de la requérante est-elle une ingérence dans ses droits conventionnels ?

14. La souffrance de la requérante est réelle ; mais sa cause première est la maladie de l'enfant. Il n'est pas établi que sa souffrance eut été moindre en cas d'avortement, qui plus est tardif. Sur les questions d'avortement, la Cour a déjà considéré que l'impact psychologique était « *un élément par nature subjectif, personnel et impossible à étayer par des preuves documentaires ou objectives claires*⁷ ».

L'affirmation suivant laquelle voir son enfant mourir naturellement serait une souffrance plus forte que celle causée par un avortement n'est pas démontrée, plus encore en cas d'avortement tardif. Des témoignages de parents qui ont choisi de laisser naître et mourir naturellement leur enfant sont instructifs à cet égard. Ces parents ont vu leur enfant quelques heures ou jours, ont pu l'accompagner puis faire son deuil. Ils n'ont pas eu à supporter le poids moral d'avoir décidé de mettre fin à sa vie, et n'ont pas subi le traumatisme de l'avortement tardif. Ces couples qui ont accompagné le cours normal de la vie ont été généralement renforcés dans l'épreuve⁸. À l'inverse, un avortement impose une forme de culpabilité morale à ceux qui le décident, ne permet pas de faire le deuil de l'enfant, et constitue un acte violent.

15. Les médecins, dans l'exercice de leur profession, doivent souvent choisir un moindre mal. En l'occurrence, ils ont choisi de retirer les dispositifs visant à prévenir une fausse couche, de faire naître l'enfant prématurément par césarienne, puis de l'accompagner jusqu'à la mort par des soins palliatifs. Si la naissance a été provoquée (ce que les faits n'indiquent pas), il s'agit alors d'une véritable « interruption de grossesse », mais sans fœticide préalable. Les médecins peuvent estimer que l'enfant et sa mère ont été traités avec humanité, et avoir exercé leur profession dans le respect des règles déontologiques.

⁶ Jacek Wierciński, Marcin Dubieniecki siedzi w areszcie bezprawnie? Helsińska Fundacja Praw Człowieka ma wątpliwości, [Dziennik Zachodni](#), 30 septembre 2015.

⁷ *A., B. et C. c. Irlande*, n° 25579/05, [GC], 16 décembre 2010, § 126.

⁸ Voir « Avec Pierre-Marie : une grossesse particulière », [vidéo de l'ECLJ](#), 30 janvier 2017.

16. À supposer que la souffrance causée par la naissance de l'enfant soit pire que celle causée par son avortement tardif, ce qui n'est pas démontré, cette souffrance ne peut être imputable au système de santé que si celui-ci était en mesure de la réduire. Trois conditions semblent nécessaires à cela :

1. *Que les médecins aient eu connaissance de la gravité de l'état de santé de l'enfant à une date où l'avortement pouvait encore être pratiqué légalement ;*

17. Ce fait n'est pas établi car le 14 avril 2014 le docteur Chazan pensait que l'enfant serait viable ; la preuve en est qu'il a proposé à la requérante de le confier à l'adoption après sa naissance. Le fœtus avait en outre atteint et dépassé 20 semaines, seuil de viabilité fixé par l'OMS. C'est suite à l'examen du 4 juin 2014 que le caractère probablement fatal des malformations fut établi par l'hôpital Bienaly. Le docteur Chazan déclare en ce sens : « *Les examens prénataux avaient donné au garçon des chances de survie, ce qui a été confirmé par un chirurgien pour enfants* » (voir l'annexe). En fait, la gravité de l'état de santé de l'enfant n'est apparue complètement qu'après sa naissance.

2. *Qu'il soit établi que la requérante n'a pas reçu d'informations suffisantes quant à ses possibilités d'accéder à l'avortement ;*

18. Les faits, tels que rapportés par la requérante, ne permettent de connaître avec précision les informations relatives à l'avortement délivrées à la requérante. Le fait est que ni l'hôpital, ni les médecins n'ont été condamnés par une instance judiciaire pour manquement au devoir d'information.

D'après le docteur Chazan, il est connu à Varsovie que l'hôpital de la Saint famille ne pratique pas d'avortement ; il l'avait d'ailleurs orienté rapidement à l'institut spécialisé *Mother and Child*. Dans son témoignage, il précise : « *Elle aurait pu réaliser sa volonté dans un autre hôpital, mais elle a insisté pour se faire avorter à l'hôpital de la Sainte Famille* » (voir l'annexe). La requérante s'est d'ailleurs rendue à l'hôpital Bienaly qui est bien connu en Pologne pour pratiquer des avortements.

3. *Que la pratique de l'avortement soit considérée en Pologne comme un droit créance ou une liberté plutôt que comme un acte médical ;*

19. L'avortement eugénique est légal en Pologne à condition notamment que l'enfant ne soit pas viable. Cette condition assure le respect du droit à la vie de l'enfant à naître tout en permettant son avortement.

L'avortement est un acte médical, surtout lorsqu'il est causé par l'état de santé de l'enfant ou de la mère. C'est donc aux médecins d'apprécier s'il est justifié d'y recourir, avec l'accord de la mère, compte tenu des circonstances et dans le respect de la loi. La Cour a déjà reconnu que s'il existe un droit à *refuser un soin*, la Convention ne garantit pas de droit à *recevoir un soin médical particulier*. Ceci s'applique aussi à « l'avortement médical », qui devrait donc obéir aux mêmes règles que tous les soins de santé s'agissant de la faculté de contester le refus d'un médecin de l'administrer.

20. Cette approche est conforme à la Convention et à son interprétation par la Cour qui a déjà déclaré à plusieurs reprises que celle-ci ne contient pas de droit autonome à l'avortement. La Cour a ainsi jugé que « *l'article 8 de la Convention ne peut pas être interprété comme conférant un droit autonome à l'avortement*⁹ ». En outre, la Cour a jugé irrecevables plusieurs requêtes dirigées contre les limitations légales nationales en ce qu'elles ne reconnaissent pas un droit à l'avortement¹⁰.

⁹ A., B. et C., *op. cit.*, § 214.

¹⁰ Par exemple, dans l'affaire n° 16471/02 *Maria do Céu Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugal* du 26 octobre 2004, la Cour a jugé irrecevable une requête dirigée contre « *la loi portugaise en matière d'avortement et d'interruption volontaire de*

21. La pouvoir interprétatif de la Cour est réel, mais non illimité : « *la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, mais la Cour ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ. Il en va particulièrement ainsi quand il s'agit, comme ici, d'une omission délibérée*¹¹ ». Plus encore, et en toute hypothèse, la Cour ne peut interpréter la Convention *contra legem* en reconnaissant un droit diamétralement opposé à un droit garanti par la Convention. À cet égard, la Convention doit être lue comme un tout, elle ne peut pas d'une part, imposer une obligation de protection de la vie par la loi et d'une autre part condamner un État en raison de sa politique de prévention de l'avortement ou du suicide¹².

22. En droit international, il n'existe pas non plus de droit à l'avortement, mais un « *droit à la vie*¹³ », un « *droit de se marier et de fonder une famille*¹⁴ » ou encore une protection spéciale accordée aux mères « *avant et après la naissance des enfants*¹⁵ ». Un tel droit à l'avortement ne figure ni dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), ni dans la récente Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (« *Convention d'Istanbul* »). Le 23 septembre 2019, à l'occasion de l'Assemblée générale des Nations unies, 21 États, dont la Pologne et deux autres États membres du Conseil de l'Europe, ont fait une déclaration conjointe pour rappeler qu'il n'existe aucun droit international à l'avortement¹⁶.

L'hypothétique ingérence est proportionnée à des buts légitimes

23. À supposer que la Cour estime 1) que la souffrance subie par la femme du fait de la naissance de son fils ait été pire que celle qui aurait résulté de son avortement, 2) que cette souffrance atteigne le niveau de gravité requis pour constituer une violation de l'article 3, et 3) que cette souffrance soit imputable au système de santé, il conviendrait alors d'observer si la décision des médecins était justifiée au regard des droits et intérêts concurrents.

24. Si, selon la Cour, le législateur national « *jouit d'une ample marge d'appréciation pour définir les circonstances dans lesquelles il autorise l'avortement*¹⁷ », il n'en demeure pas moins que « *le cadre juridique correspondant doit présenter une certaine cohérence et permettre de prendre en compte les différents intérêts légitimes en jeu de manière adéquate et conformément aux obligations découlant de la Convention*¹⁸ ». Ainsi, la Convention n'impose ni ne s'oppose à la légalisation de l'avortement, mais le cadre juridique de l'avortement doit respecter la Convention. Lorsqu'elle est saisie d'une affaire particulière, il appartient alors à la Cour de « *contrôler si la mesure litigieuse atteste d'une mise en balance proportionnée des intérêts concurrents en jeu*¹⁹ ». Il s'agit là du

grossesse porte atteinte, en tant que telle, [au motif qu'elle serait contraire] à un certain nombre de dispositions de la Convention car elle interdit l'interruption de la grossesse sur simple demande de la femme enceinte. »

¹¹ *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, 18 décembre 1986, § 53.

¹² *Haas c. Suisse*, n° 31322/07, 20 janvier 2011, § 54.

¹³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, article 6.

¹⁴ *Ibid.*, article 23.

¹⁵ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, article 10.

¹⁶ "Joint Statement on Universal Health Coverage United Nations", 74^e session de l'Assemblée Générale des Nations unies, 23 septembre 2019 ([accessible ici](#)).

¹⁷ *A., B. et C.*, *op. cit.*, § 249.

¹⁸ *A., B. et C.*, *op. cit.*, § 249 ; *R. R. c. Pologne*, n° 27617/04, 26 mai 2011, § 187 ; *P. et S. c. Pologne*, n° 57375/08, 30 octobre 2012, § 99 ; *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, 20 mars 2007, § 116.

¹⁹ *A., B. et C.*, *op. cit.*, § 238.

principe pivot du raisonnement développé par la Cour ; il s'appuie sur la jurisprudence antérieure dont « *il résulte [...] que la solution donnée procède toujours de la confrontation de différents droits ou libertés, parfois contradictoires*²⁰ ».

25. La Cour a déjà identifié plusieurs droits et intérêts mis en concurrence en cas d'avortement. L'avortement ne se réduit pas à une confrontation entre les droits de la mère et ceux de l'enfant à naître. Comme la Cour l'a souligné à maintes reprises, « *le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée devrait se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître*²¹ ». De fait, « *la grossesse ne peut pas être considéré comme relevant uniquement de la sphère de la vie privée*²² » de la femme, et « *l'article 8.1 ne peut pas être interprété comme signifiant que la grossesse et son avortement sont, en principe, seulement une matière relevant de la vie privée de la mère*²³ ». D'autres droits et intérêts légitimes sont en jeu. Outre ceux de l'enfant à naître, la Cour a pu identifier à ce jour l'intérêt légitime de la société à limiter le nombre d'avortements²⁴ ou à protéger la morale²⁵. Dans le champ des articles 3 et 8 de la Convention, la Cour fait application, dès avant la naissance, de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants²⁶. Elle reconnaît également que le droit au respect de la vie familiale du « *père potentiel*²⁷ » et de la grand-mère potentielle²⁸ est affecté par l'avortement de leur enfant ou petit enfant. La Cour a aussi reconnu l'obligation pour l'État d'informer les femmes sur les risques liés à l'avortement²⁹. La Cour a encore reconnu que d'autres droits peuvent être affectés dans des situations spécifiques, comme la liberté de conscience des professionnels de santé³⁰ ainsi que l'autonomie et l'éthique des institutions médicales³¹.

Le respect de l'enfant à naître

En l'espèce, le principal intérêt concurrent à l'avortement est le respect de l'enfant.

La vie de l'enfant à naître est protégée

26. Le droit polonais reconnaît que l'enfant à naître est une personne et lui accorde sa protection dès la conception. Cette protection est renforcée à partir du seuil de viabilité. Aux yeux du médecin, il est un patient au même titre que la mère. Cette approche est conforme à la Convention. En effet, la Cour autorise les États, dans la limite de leur marge d'appréciation, à déterminer dans leur ordre juridique interne « *le point de départ du droit à la vie*³² ». La Cour renvoie la question du point de départ de la vie aux ordres internes et n'a jamais jugé que - dans l'ordre de la Convention - l'enfant à naître n'était pas une personne. La Cour a toujours refusé, depuis les affaires *Brüggemann et*

²⁰ *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, 8 juillet 2004, § 80.

²¹ *Tysiack, op. cit.*, § 106 ; *Vo*, §§ 76, 80 et 82 ; *A., B. C., op. cit.*, § 213.

²² *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne*, n° 6959/75, 17 mars 1978, §§ 59- 61 et *Boso c. Italie* (déc.), n° 50490/99, décision du 5 Septembre 2002 (traduction non officielle).

²³ *Brüggemann, op. cit.*, § 61.

²⁴ *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, 13 février 2003, § 45.

²⁵ *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, n° 14234/88, 14235/88, 29 octobre 1992, § 63 ; *A., B. et C., op. cit.*, §§ 222-227.

²⁶ Voir : *Boso, op. cit.*

²⁷ *X. c. Royaume-Uni*, n° 7215/75, 5 novembre 1981.

²⁸ *P. et S., op. cit.*

²⁹ *Csoma c. Roumanie*, n° 8759/05, 15 janvier 2013.

³⁰ *Tysiack, op. cit.*, § 121 ; *R. R., op. cit.*, § 206.

³¹ *Rommelfanger c. RFA* (déc.), n° 12242/86, 6 septembre 1989.

³² *Vo* [GC], *op. cit.*, § 82.

*Scheuten contre RFA*³³ et *H. contre Norvège*³⁴, d'exclure par principe l'enfant à naître du champ d'application de la Convention et de déclarer que celui-ci n'est pas une personne au sens de l'article 2 de la Convention. C'est là une subtilité à bien saisir : la Cour permet aux États de ne pas accorder dans leur ordre interne une totale protection *rationae temporis* à la vie prénatale, mais dans l'ordre conventionnel, la Cour ne prive pas la vie prénatale de toute protection, car à la différence des lois nationales qui permettent l'avortement pendant un certain délai, « *l'article 2 de la Convention est silencieux sur les limites temporelles du droit à la vie*³⁵ » et la Cour n'a jamais jugé que l'enfant à naître n'est pas une personne. Si la Convention ne protégeait pas la vie prénatale, il n'y aurait pas lieu de reconnaître aux États une marge d'appréciation à cet égard, car toute marge est nécessairement inscrite dans le cadre d'une obligation préexistante. Le juge Jean-Paul Costa expliquait ainsi : « *Si l'article 2 avait été jugé radicalement inapplicable, il aurait été inutile – et c'est vrai aussi en l'espèce – de se poser la question de la protection du fœtus et de la violation de l'article 2 ; et de motiver de cette façon la non-violation de cette disposition*³⁶ ». Effectivement, la Cour n'est pas incompétente *rationae materiae* pour apprécier l'existence d'une atteinte à la vie d'un enfant à naître ; elle ne déclare pas davantage dénuées de tout fondement les requêtes qui invoquent l'article 2 au bénéfice d'enfants mort-nés³⁷. Enfin, il n'y a pas que l'article 2 qui soit applicable à l'enfant à naître, la Cour lui a aussi appliqué d'autres dispositions, en particulier les articles 3 et 8 dans des affaires où le père dénonçait la torture subie par l'enfant durant l'avortement³⁸ et l'atteinte au respect de leur vie familiale³⁹.

La protection de la vie et la prévention de l'avortement sont des obligations internationales

27. Lors de la Conférence du Caire de 1994, les gouvernements se sont engagés à « *prendre des mesures appropriées pour aider les femmes à éviter l'avortement, qui ne devrait en aucun cas être encouragé comme une méthode de planification familiale* » (7.24) et à « *réduire le recours à l'avortement* » (8.25). Cet engagement a été renouvelé l'année suivante, lors de la quatrième conférence mondiale sur les femmes, les États affirmant que « *tout devrait être fait pour éliminer la nécessité de recourir à l'avortement* » (§ 160.k)⁴⁰.

L'Assemblée du Conseil de l'Europe a également invité les États européens « *à promouvoir une attitude plus favorable à la famille dans les campagnes d'information publiques et à fournir des conseils et un soutien concret pour aider les femmes qui demandent un avortement en raison de pressions familiales ou financières* » (APCE, 2008).

Protéger l'enfant à naître de la souffrance de l'avortement

28. L'avortement, surtout lorsqu'il est tardif, est traumatisant pour l'enfant et pour la femme. En France, en cas d'avortement tardif, le fœtus est généralement tué par injection létale dans le cœur ou dans le cordon ombilical, puis la naissance est provoquée. Dans certains pays, une méthode plus brutale est employée, appelée dilatation-évacuation. En Angleterre et au Pays de Galles, on recourt à cette méthode dans 76 % des avortements entre 15 et 19 semaines de grossesse et dans 44 % des

³³ *Brüggemann, op. cit.*, § 60.

³⁴ *H. c. Norvège* (déc.), n° 17004/90, 19 mai 1992, p. 167.

³⁵ *Vo* [GC], *op. cit.*, § 75.

³⁶ Opinion séparée dans *Vo* [GC], *op. cit.*, § 10.

³⁷ *Şentürk*, § 107.

³⁸ *H.* (déc.), *op. cit.* ; *Boso, op. cit.*

³⁹ *H.* (déc.), *op. cit.*

⁴⁰ Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement des Nations unies, Le Caire, 5-13 septembre 1994.

avortements après la 20^e semaine de grossesse⁴¹. Elle est couramment employée aux Pays-Bas et au Canada. Cette méthode consiste à dilater le col de l'utérus puis à extraire avec une pince les membres du fœtus. Pour terminer l'avortement, le médecin s'assure qu'il ne manque rien. Cela signifie que le corps du fœtus est assemblé comme un puzzle car il a été démembré pendant l'opération. S'il n'y a pas eu d'injection préalable pour causer le fœticide (comme en Angleterre), ou si l'injection n'a pas causé la mort du fœtus⁴², cela signifie que le fœtus était vivant pendant qu'il était démembré. Au mieux il a reçu une partie de l'anesthésie administrée à sa mère. Cette méthode effrayante et cruelle est inhumaine et constitue une véritable torture.

29. La communauté médicale a longtemps été d'avis que les enfants, avant la 29^e - 30^e semaine, n'étaient pas capables de ressentir la douleur durant l'avortement⁴³. Par conséquent, le personnel médical a pratiqué de manière habituelle des avortements sur des enfants, même dans leur 20^e semaine, sans s'inquiéter d'infliger une quelconque souffrance ou douleur au fœtus, malgré des études scientifiques qui démontraient que les fœtus et les nouveau-nés peuvent ressentir la douleur tout aussi bien, voire mieux que les adultes⁴⁴. Depuis une quinzaine d'années, le regard de la communauté médicale sur la capacité de l'enfant à naître de 20 semaines ou moins à sentir la douleur a changé⁴⁵. Des études scientifiques montrent également que le fœtus est sensible au toucher dès 8 semaines, et qu'il ressent la souffrance dès la 14^e semaine. À 20 semaines, il a ses « *structures physiques nécessaires pour éprouver de la douleur*⁴⁶ ». Les chercheurs ont observé que « *le fœtus réagit à la stimulation d'une aiguille sur la veine intrahépatique par un mouvement du corps et de la respiration vigoureux, ce qui n'est le cas lorsque la stimulation a lieu sur le cordon placentaire*⁴⁷ ».

30. La souffrance fœtale, et même embryonnaire, est légalement reconnue chez les animaux. La directive 2010/63/UE relative à la protection des animaux utilisés à des fins scientifiques⁴⁸ a établi une protection pour ces animaux en raison de la reconnaissance par la recherche scientifique qu'ils peuvent ressentir la douleur et la souffrance (§ 6). La directive reconnaît qu'il est « *scientifiquement démontré* » que les « *formes fœtales des mammifères* » (qui comprennent aussi les êtres humains) ont « *une aptitude à éprouver de la douleur, de la souffrance de l'angoisse* », même avant le troisième tiers de la grossesse⁴⁹.

⁴¹ Department of Health, Abortions Statistics, England and Wales: 2013, Table 7a p. 25, published June 2014.

⁴² Selon [une étude](#), l'injection provoque vraiment la mort dans 87 % des cas. Ce qui signifie que dans 13 % des cas, l'enfant survit. Nucatola D, Roth N, Gatter M. "A randomized pilot study on the effectiveness and side-effect profiles of two doses of digoxin as fetocide when administered intraamniotically or intrafetally prior to second-trimester surgical abortion". Janvier 2010, 81(1):67-74.

⁴³ Lee SJ, Ralston HJP, Drey EA, Partridge, JC, Rosen, MA, *A Systematic Multidisciplinary Review of the Evidence*, 294 *JOURNAL OF THE AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION* 8, 947-954 (2005).

⁴⁴ Anand and Hickey, "Pain And Its Effects In The Human Neonate And Fetus" *The New England Journal Of Medicine*, Volume 317, Number 21: Pages 1321-1329, 19 November 1987 ([accessible ici](#)).

⁴⁵ *Pain of the Unborn: Hearing before the Subcomm. on the Constitution, Comm. on the Judiciary House of Rep.*, 109th Cong., 1st Session, No. 109-57, 15 (Nov. 1, 2005); Pain-capable Unborn Child Protection Act, H.R. 36, 114th Cong., 1st Session, §2 (6) (May 14, 2015).

⁴⁶ Glover V. "The fetus may feel pain from 20 weeks", in: *The Fetal Pain Controversy, Conscience*. 25:3 (2004) 35-37.

⁴⁷ Anand KJS & Hickey PR, *Pain and its Effects in the Human Neonate and Fetus*, 317 *NEW ENGL. J. MED.* 21, 1321-1329 (1987); Vivette Glover & Nicholas M. Fisk, *Fetal Pain: Implications for Research and Practice*, 106 *BRIT. J. OBSTETRICS & GYNAECOLOGY* 881 (1999).

⁴⁸ Directive [2010/63/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2010 relative à la protection des animaux utilisés à des fins scientifiques, JOUE 20 octobre 2010, L 276/33.

⁴⁹ Voir par exemple le § 9 : « *Il convient que la présente directive s'applique aussi aux formes fœtales des mammifères, car certaines données scientifiques montrent que ces formes, dans le dernier tiers de leur période de développement, présentent un risque accru d'éprouver de la douleur, de la souffrance et de l'angoisse, qui peuvent aussi affecter négativement leur développement ultérieur. Il est aussi démontré scientifiquement que des procédures appliquées à des formes embryonnaires*

31. L'avortement tardif est techniquement difficile à réaliser (à 20 semaines, le taux de complications est dix fois supérieur à celui avant 10 semaines, selon les statistiques officielles du Royaume-Uni⁵⁰) et il arrive que les bébés viables qui étaient censés être avortés naissent vivants. Après 21 semaines, certains peuvent respirer sans aide pendant un long moment. Naître vivant après un avortement n'a rien d'exceptionnel. Cette possibilité est recensée sur la liste des maladies publiée (en anglais) par l'OMS, au chapitre XVI intitulé *Certain conditions originating in the perinatal period*, rubrique P96-4, *Termination of pregnancy affecting foetus and newborn*⁵¹.

32. Lorsqu'il est mis fin à une grossesse à partir de seize semaines, la méthode employée est souvent de provoquer la naissance. La plupart du temps, le cœur du bébé s'arrête pendant les contractions et il naît mort. Il arrive cependant que certains survivent au travail, et leur nombre augmente avec l'âge gestationnel. À partir de 22-24 semaines, comme il est fréquent que l'enfant naisse vivant, le plus souvent un fœticide est pratiqué : une injection dans le cordon ou parfois directement dans le cœur du bébé, précédée ou non d'une anesthésie, pour arrêter le cœur. C'est un acte techniquement difficile, qui peut par conséquent avoir un taux d'échec élevé. Selon une étude, le taux de succès est 87 %, autrement dit il y a 13 % « d'échecs » par lesquels l'enfant naît alors vivant et parfois viable⁵². Des données précises sont disponibles dans le document joint.

33. Ces informations sur la réalité de l'avortement tardif permettent de comprendre la décision de certains médecins de ne pas le pratiquer, et de « laisser faire la nature » en accompagnant la mère et l'enfant. Il est difficile de soutenir que la pratique d'un tel avortement aurait été davantage respectueuse de l'enfant que sa naissance accompagnée de soins palliatifs, et lui aurait causé moins de souffrance.

La description de cette pratique permet aussi de comprendre les motifs de l'objection de conscience des médecins.

Le respect de la liberté de conscience des médecins

34. Dans deux affaires concernant la Pologne, la Cour européenne, considérant que l'objection de conscience et l'accès à l'avortement relèvent respectivement des articles 9 et 8 de la Convention et entrent en conflit, a jugé que, dès lors que les États décident de légaliser l'avortement, ceux-ci « *sont tenus d'organiser leur système de santé de manière à garantir que l'exercice effectif de la liberté de conscience des professionnels de la santé dans le contexte de leurs fonctions n'empêche pas les patients d'accéder aux services auxquels ils ont droit en vertu de la législation applicable*⁵³ ». La Cour a refusé de faire prévaloir un droit sur l'autre et a imposé à l'État l'obligation de créer un mécanisme permettant de concilier ces droits concurrents. La Cour a insisté sur ce point, après avoir relevé que la loi polonaise a reconnu la nécessité d'assurer que les médecins ne sont pas obligés d'accomplir des services auxquels ils sont opposés, et de mettre en place un mécanisme par lequel un tel refus peut être exprimé. Ce mécanisme inclut aussi des éléments permettant de concilier le droit à l'objection de conscience avec l'intérêt du patient⁵⁴.

et fœtales à un stade de développement plus précoce peuvent occasionner de la douleur, de la souffrance, de l'angoisse ou un dommage durable si on laisse vivre ces formes au-delà des deux premiers tiers de leur développement. »

⁵⁰ Department of Health, "Abortion Statistics, England and Wales: 2011", National Statistics, May 2012, page 22, tableau 8.

⁵¹ Le document est [accessible ici](#).

⁵² Nucatola D, Roth N, Gatter M., "A randomized pilot study on the effectiveness and side-effect profiles of two doses of digoxin as feticide when administered intraamniotically or intrafetally prior to second-trimester surgical abortion.", 2010 Jan;81(1):67-74. doi: 10.1016/j.contraception.2009.08.014. Epub., consultable à [cette adresse](#).

⁵³ R. R., *op. cit.*, §206 ; P. et S., *op. cit.*, § 106.

⁵⁴ P. et S., *op. cit.*, § 107.

35. En l'espèce, il n'est pas contesté que la loi polonaise faisait obligation aux médecins d'informer la patiente sur sa faculté d'avorter sa grossesse, de l'informer de leur éventuelle objection et dans ce cas, de lui indiquer un médecin non-objecteur.

36. La difficulté en l'espèce a consisté pour les médecins consultés à indiquer un tel médecin non-objecteur. Le docteur Chazan indique dans son témoignage deux motifs ayant fait obstacle :

« Je n'ai pas dirigé la patiente vers un autre médecin, car je ne connais pas de liste de médecins pratiquant des avortements. Il faudrait que je les appelle à l'aide d'un annuaire téléphonique. En outre, en dirigeant la femme vers ce médecin, je participerais en fait à l'organisation de cet avortement, ce que, pour des raisons morales, je ne pouvais pas envisager ».

37. Le premier motif se situe au plan des principes, car indiquer un tel médecin aurait consisté en une participation indirecte à l'avortement, contraire à ses convictions. La Cour constitutionnelle polonaise a donné raison sur ce point au docteur Chazan en jugeant cette obligation contraire à la Constitution⁵⁵.

38. Le second motif est d'ordre pratique. Il consiste dans la difficulté, voire l'impossibilité, pour un médecin de connaître à l'avance la décision de ses confrères sur ce cas précis, surtout avant que ceux-ci n'aient été consultés par le patient. En l'espèce, il y a lieu d'observer qu'aucun médecin, y compris de l'hôpital Bielany pourtant connu pour sa pratique fréquente de l'avortement, ne l'a estimé justifié.

39. Une solution conforme aux exigences fixées par la Cour dans sa jurisprudence consisterait, comme cela est pratiqué en France, à assurer la publicité d'une liste des médecins et institutions pratiquant l'avortement en Pologne. Ainsi, les patients pourraient être directement informés par des personnes n'ayant pas d'objection de principe à cette pratique.

40. Il convient enfin de signaler la Résolution 1763 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui a solennellement rappelé que :

« Nul hôpital, établissement ou personne ne peut faire l'objet de pressions, être tenu responsable ou subir des discriminations d'aucune sorte pour son refus de réaliser, d'accueillir ou d'assister un avortement, une fausse couche provoquée ou une euthanasie, ou de s'y soumettre, ni pour son refus d'accomplir toute intervention visant à provoquer la mort d'un fœtus ou d'un embryon humain, quelles qu'en soient les raisons ».

41. Enfin, l'importance de l'objection de conscience dans le domaine médical a été rappelée dans la Résolution 1928 du 24 avril 2013 « Sauvegarder les droits de l'homme en relation avec la religion et la conviction, et protéger les communautés religieuses de la violence ». L'APCE a appelé les États « à garantir le droit à une objection de conscience bien définie en rapport avec des questions sensibles du point de vue éthique comme le service militaire ou d'autres services liés aux soins de santé et à l'éducation, conformément aussi à diverses recommandations déjà adoptées par l'Assemblée, à condition que les droits des autres de ne pas être victimes de discrimination soient respectés et que l'accès à des services légaux soit garanti » (§ 9.10).

* * *

⁵⁵ Voir l'Affaire K 12/14, décision rendue le 7 octobre 2015.