



COMMUNICATION

*soumise au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe
dans le cadre de la surveillance de l'exécution des arrêts*

Tysiqc c. Pologne (n° 5410/03)

R.R. c. Pologne (n° 27617/04)

P. et S. c. Pologne (n° 57375/08)

Grégor Puppinck, Directeur,

Nicolas Bauer,

Agathe Villain, Chercheurs associés.

Mai 2023

Introduction

Dans le cadre de la Règle n° 9 § 2 du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables, permettant à toute organisation non-gouvernementale de présenter une communication, et après les soumissions du Centre pour les Droits Reproductifs, de la Fédération pour les Femmes et le Planning Familial et de la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme, l'ECLJ souhaite présenter ses observations concernant le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) *Tysiqc c. Pologne* (n° 5410/03), *R.R c. Pologne* (n° 27617/04) et *P. et S. c. Pologne* (n° 57375/08).

En juillet 2021, l'ECLJ avait déjà soumis des observations écrites dans cette procédure. Il avait dénoncé une procédure de surveillance longue, alors que la Pologne avait déjà largement satisfait à ses obligations conventionnelles. Il avait également dénoncé des demandes abusives du Comité des Ministres. Depuis, la pression du Centre pour les Droits Reproductifs, de la Fédération pour les Femmes et le Planning Familial et de la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme a continué, jusqu'à un véritable acharnement contre la Pologne. Plutôt que de mettre fin à la procédure, le Comité a choisi de la prolonger inutilement et de répéter ses demandes, y compris celles qui outrepassent son mandat.

Le Comité des Ministres a en particulier réitéré sa demande faite à la Pologne de se justifier sur sa jurisprudence constitutionnelle du 22 octobre 2020, déclarant l'avortement eugénique contraire à la Constitution polonaise. Le Comité des Ministres a reconnu lui-même que cette demande « [sort] *du cadre des questions examinées par la Cour européenne dans ses arrêts* ». Cette demande paraît encore plus inappropriée en 2023, du fait qu'une requête contre cette jurisprudence constitutionnelle, *M.L. contre la Pologne*, est actuellement pendante à la CEDH¹. Le Comité des Ministres ne peut pas prétendre se prononcer sur cette jurisprudence constitutionnelle à la place de la Cour. L'ECLJ est intervenu en tant que tierce-partie dans l'affaire *M.L.* et a été officiellement soutenu par un groupe d'anciens juges de la CEDH et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ainsi que d'experts des Nations unies. Avec l'ECLJ, ils demandent à la Cour de reconnaître que l'avortement eugénique des enfants trisomiques peut être interdit, et même qu'il le devrait par respect pour les droits des personnes handicapées.

¹ *M.L. contre la Pologne*, n° 40119/21, communiquée le 8 octobre 2021.

Les présentes observations écrites s'inscrivent dans la prolongation de la surveillance de l'exécution des arrêts *Tysiqc, P. et S. et R.R.* Elles visent en particulier à contribuer au nouvel examen de l'exécution de ces arrêts lors de la réunion du Comité des Ministres de juin 2023.

Rappel des faits

L'arrêt *Tysiqc c. Pologne* (n° 5410/03) du 20 mars 2007, concernait le refus fait à la requérante de procéder à un avortement malgré le risque d'une détérioration de son état de santé à la suite de son accouchement. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention européenne, jugeant que le système légal de la Pologne ne permettait pas un accès effectif des femmes à l'avortement.

La seconde affaire, *R.R. c. Pologne* (n° 27617/04) du 26 mai 2011, concernait l'impossibilité pour une femme enceinte d'accéder à des tests génétiques prénatals lui permettant de savoir si elle remplissait les conditions légales d'un avortement. Suivant son raisonnement précédent, la Cour a également conclu à la violation de l'article 8 de la Convention européenne.

La dernière affaire, *P. et S. c. Pologne* (n° 57375/08) du 30 octobre 2012, concernait le refus des autorités médicales d'accorder à une mineure enceinte à la suite d'un viol, l'accès à l'avortement en temps utile et sans entraves. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention européenne, considérant que la législation polonaise ne permettait pas un accès effectif des femmes à l'avortement légal.

Le Comité des Ministres, dans le cadre de la procédure de surveillance d'exécution des arrêts², a repris à son compte les appréciations de la Cour ; ainsi, pour que la Pologne puisse se conformer à l'arrêt et dans le but de prévenir de futures violations, deux principaux axes d'actions avaient été premièrement envisagés :

- D'une part, il a été demandé à la Pologne de mettre en place des garanties procédurales effectives permettant à une femme enceinte de faire entendre ses arguments en cas de désaccord avec le médecin ou entre les médecins eux-mêmes, notamment sur le point de savoir si elle remplissait les conditions légales d'un avortement.

² Convention européenne des droits de l'homme, article 46. 2 : « *L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution.* »

- D'autre part, il a été demandé à la Pologne de garantir l'accès à des informations fiables pour les femmes souhaitant procéder à un avortement, même dans le cas où ces dernières font face à l'objection de conscience des médecins.

Dans le cadre de ses observations, l'ECLJ souhaite réitérer ses inquiétudes quant à la longueur de la procédure de surveillance, aboutissant dans les faits à une surveillance abusive. Il souhaite rappeler au Comité des Ministres que la Pologne a largement satisfait à ses obligations et que les récentes demandes du Comité sortent désormais de son mandat.

I. Une obligation d'exécution déjà honorée par la Pologne

A. Les mécanismes procéduraux en cas de désaccord entre la femme enceinte et les médecins

Il s'agit pour les femmes enceintes de pouvoir contester de manière effective les décisions des médecins refusant de procéder à un avortement pour des raisons médicales (*Tysic c. Pologne*), ou à un examen prénatal (*R.R c. Pologne*).

Dans son rapport d'action du 20 décembre 2019³, la Pologne rappelle qu'elle reconnaît le droit d'une patiente « d'objecter » à l'opinion ou à la décision d'un médecin. Cette possibilité ne se limite pas à un refus d'avortement.

L'État polonais estime que le refus d'un médecin de pratiquer un avortement peut affecter le droit à la vie privée d'une patiente. À la suite du premier arrêt de la Cour, une réforme législative a été entreprise par les autorités polonaises. Depuis la loi du 6 novembre 2008 sur les Droits du patient et la Commission pour les droits du patient, les patientes peuvent porter leurs requêtes devant une Commission médicale, concernant le refus d'un médecin de procéder à un avortement ou à des tests prénatals.

L'efficacité de cette Commission est garantie de différentes manières ; tout d'abord, elle fait intervenir trois praticiens, désignés sur une liste annuellement renouvelée. De plus, deux des trois membres de la Commission médicale sont de la même spécialité que le médecin ayant rendu la décision faisant l'objet de la contestation. Également, elle dispose d'un délai maximal de trente jours pour rendre sa décision (article 31(5) de la loi sur le Droit du patient). Dans son

³ “Updated Action Report, Information on measures aiming at the execution of the judgment in the case *Tysic against Poland*”, 20 December 2019.

rapport d'action du 20 décembre 2019⁴, le Gouvernement polonais rappelle que la patiente, ou son représentant légal, a la possibilité de participer directement aux réunions de la Commission médicale pour partager des informations et des clarifications sur l'affaire.

Les autorités polonaises ont entrepris plusieurs actions visant à faire connaître cette Commission et son fonctionnement auprès des patients. Dans leur rapport d'action du 20 décembre 2019, il est fait mention de la publication de la procédure sur le site internet de la Commission et sur celui de nombreuses autres organisations non-gouvernementales. De plus, en octobre 2010, une campagne d'information nationale a été initiée : « *Patients, connaissez-vous vos droits ?* ». Enfin, des dépliants explicatifs ont été distribués à toutes les communautés locales, avec la consigne de les diffuser largement.

B. L'accès à des informations fiables concernant l'avortement même en cas d'objection de conscience de la part du médecin

Le Comité des Ministres demande aux autorités de veiller à ce que les femmes reçoivent les informations adéquates sur l'accès à l'avortement⁵, particulièrement si elles sont confrontées à l'objection de conscience des médecins. Dans son rapport d'action, le Gouvernement polonais a rappelé que l'accès à l'avortement légal constituait un service garanti par la loi relative au Planning familial de 1993. De plus, les hôpitaux ont l'obligation de fournir aux patientes des informations transparentes sur la façon d'accéder à ce service⁶.

Tout d'abord, toutes les entités médicales en vertu de la loi du 15 avril 2011 sur les Institutions de Santé doivent rendre publiques les informations relatives à l'étendue et à la portée de leurs services disponibles. À la demande du patient, les entités doivent fournir des informations détaillées sur les services médicaux fournis, particulièrement les diagnostics ou les soins thérapeutiques.

Puis, selon la Régulation du ministère de la santé du 8 septembre 2015, sur les termes généraux et conditions de fourniture de services médicaux, tous les hôpitaux ayant signé un contrat avec le Fond National de la Santé (NHZ) sont tenus de fournir les services prévus par la loi susmentionnée. Ainsi, le refus de pratiquer un avortement dans les conditions prévues par la loi, avec l'échec simultané d'orienter la femme vers une autre entité médicale dans laquelle elle pourra avoir accès à ce service, a pour effet la rupture fautive du contrat.

⁴ *Ibid.*

⁵ Résolution intérimaire CM/ResDH(2021)44.

⁶ "Updated Action Report, Information on measures aiming at the execution of the judgment in the case *Tysiąg against Poland*", 20 December 2019 – *b. Patients' right to information (p.4)*.

Ce devoir d'information médicale a été rappelé en mai 2019 par le biais des Recommandations de consultations nationales dans le domaine de l'obstétrique, de la gynécologie et de la périnatalogie, concernant les soins aux patientes voulant mettre fin à leur grossesse dans les circonstances prévues par la loi de 1993. Ces recommandations rappellent l'obligation des hôpitaux d'informer les patients sur les services disponibles et indique que la violation de la loi peut entraîner l'imposition de pénalités contractuelles ou de sanctions par la Commission pour le droit des patients. La compétence de la Commission médicale est déterminante afin de garantir que les hôpitaux respectent leur obligation de fournir des informations ; ainsi, toute information ou plainte à propos d'un manquement à cette obligation contractuelle constitue une base à la procédure de clarification.

Enfin, une ligne nationale gratuite a été installée et permet d'informer les appelants sur leurs droits, de les orienter dans le dépôt d'une plainte pour la violation de leurs droits ou encore de leur fournir les contacts des entités médicales.

Désormais, la Pologne assure des garanties effectives à l'accès légal à l'avortement, après avoir intégré les différentes mesures requises par le Comité des Ministres. Pourtant, il semble que ces dernières soient jugées insuffisantes par le Comité. Ainsi, l'adoption de la résolution intérimaire du Comité des Ministres du 11 mars 2021, a largement étendu son domaine de surveillance, allant jusqu'à s'intéresser à de nouveaux « obstacles » à l'accès légal à l'avortement. L'intervention massive d'ONG pro-avortement et du Commissaire aux droits de l'homme ont participé à l'extension abusive de cette surveillance.

II. L'exigence excessive de réduire le droit à la liberté de conscience

Dans sa résolution intérimaire, le Comité « invite instamment les autorités à veiller à ce que l'avortement légal et l'examen prénatal soient effectivement accessibles dans tout le pays sans disparités régionales importantes et sans retard dû au refus de les pratiquer en raison du recours à la clause de conscience » et « à inclure dans la législation l'obligation pour les hôpitaux d'orienter un patient vers un établissement alternatif de soins de santé si un service est refusé pour des raisons de conscience ».

Dans sa résolution, le Comité des Ministres exige que la clause de conscience des médecins ne freine pas l'accès des femmes à l'avortement ou aux soins prénatals. La Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe qualifie l'objection de conscience d'un « obstacle sévère et insurmontable ». Une telle qualification est inquiétante voire dangereuse car elle méconnaît le caractère fondamental du droit à la liberté de pensée, de

conscience et de religion⁷, considérée par la Cour européenne des droits de l'homme comme « l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention⁸ ».

A. La protection fondamentale de l'objection de conscience, droit individuel qui peut être exercé collectivement

La liberté de conscience garantit à toute personne le droit d'adhérer ou non à une conviction, ce qui relève du *for interne*. Cette liberté permet également à chacun de pouvoir agir selon les impératifs de sa conscience⁹ et relève en cela du *for externe*. Ce droit de manifester ses convictions est particulièrement protégé s'agissant de sa dimension négative¹⁰, qui suppose le fait de ne pas être contraint d'agir contre sa conscience¹¹. En effet, obliger quelqu'un à faire le mal affecte le *for externe* de la liberté de conscience, mais aussi indissociablement le *for interne*, en portant atteinte à sa conviction elle-même. L'objection de conscience, en protégeant le refus d'agir, représente ainsi une garantie indispensable à la protection de la liberté de conscience.

C'est pourquoi, le droit à l'objection de conscience fait l'objet d'une protection spécifique dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹² en lien direct avec la liberté de conscience ; son caractère fondamental ne fait ainsi pas de doute. Le droit à l'objection de conscience des médecins est essentiel face à l'intégration de pratiques immorales et non-thérapeutiques dans le champ de la médecine (avortement, euthanasie, stérilisation...). La garantie d'une clause de conscience a d'ailleurs été l'argument déterminant pour faire accepter par le politique la dépénalisation de ces pratiques controversées ; elle constitue une garantie pour le personnel médical de ne pas être forcé à commettre des actes qu'il réprouve.

Le Comité des Ministres invite la Pologne à inclure dans sa législation une obligation pour tous les hôpitaux de référer les patientes, ayant fait face à une objection de conscience, à un autre médecin pouvant procéder à l'avortement. Bien que l'obligation ne soit pas directement imposée aux médecins, elle participe à l'érosion de leur droit à la liberté de conscience et de religion. Cette obligation force en effet les médecins à coopérer directement à l'acte que leur conscience réprouve. La Convention européenne encadre pourtant strictement les limites que les États peuvent poser à ce droit¹³. Une restriction à ce droit pour favoriser la pratique

⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 18 et Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 9.

⁸ CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, § 35.

⁹ G. Puppincck (dir.), *Conscience et objection de conscience en droit international*, in « Droit et prévention de l'avortement en Europe », LEH Edition, 2016, p. 224.

¹⁰ Dimension positive et négative de la liberté de conscience, *Objection de conscience et droits de l'homme*, Grégor Puppincck, p.31-38, Ed. Téqui.

¹¹ Comité des droits de l'homme, *Yoon et Choi c. République de Corée*, 3 novembre 2006, § 8.3.

¹² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Article 10.2.

¹³ Convention européenne des droits de l'homme, article 9, § 2.

d'avortements n'entrent pas dans ce cadre et constitue donc une violation de la liberté de conscience des médecins.

En outre, une obligation générale sur les hôpitaux méconnaît la dimension institutionnelle de l'objection de conscience¹⁴. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a reconnu son importance en particulier en matière d'avortement, dans sa résolution 1763 selon laquelle « *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* ».

Les lignes directrices de l'Organisation pour la Coopération et la Sécurité en Europe peuvent également être mentionnées. Elles préconisent la prise en compte par les États de l'objection de conscience pour les individus et pour les groupes¹⁵. En ce sens, certains États ont mis en place des clauses institutionnelles¹⁶, notamment au profit des communautés ou groupements ayant une identité religieuse.

La vocation de la médecine est la fourniture de soins et la préservation de la vie. La pratique légalisée de l'avortement constitue une exception à ce principe moral supérieur¹⁷. L'acceptation progressive de ces pratiques ne peut pas être la source d'une obligation légale ignorant cette vocation première et qui est en flagrante contradiction avec la morale de la majorité des religions. Une telle obligation, applicable à tous les hôpitaux, serait une entrave à la liberté fondamentale des membres de leur personnel d'agir en accord avec cette morale.

Dans un second temps, il s'agit de rappeler que l'hôpital est une personne morale dont les obligations sont exécutées par des personnes physiques. Ces dernières sont dotées d'une conscience individuelle, et certaines actions peuvent engager leur conscience de manière grave. La dimension institutionnelle de l'objection de conscience tend à prendre en compte et à garantir le droit individuel de chacun au sein d'un groupement. Concernant le cas de l'avortement, le fait pour un membre de l'administration, comme pour un médecin, de référer

¹⁴ Jean-Pierre Schoupe, La dimension institutionnelle du droit à l'objection de conscience, in « Droit et prévention de l'avortement en Europe » dir. Grégor Puppink, LEH Edition, 2016.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ En Espagne, par exemple, l'article 16.1 de la Constitution reconnaît la possibilité de clauses de sauvegarde au profit des groupements.

¹⁷ Les procès de Nuremberg, et le « Code de Nuremberg » a fait ressortir le devoir des médecins à l'objection de conscience notamment pour s'opposer à des pratiques immorales, même s'il se trouve qu'elles sont autorisées par la loi.

un patient à un autre médecin acceptant de pratiquer cet acte le rend directement complice. Sans sa participation, l'acte ne peut être finalisé.

Ainsi, l'obligation contractuelle permet de ne pas faire peser une obligation déraisonnable sur l'ensemble des hôpitaux et sur leur personnel ; dans les faits, ce système ne limite pas l'accès des femmes à l'avortement ; car d'une part, au regard de plusieurs avantages découlant d'un partenariat national, la majorité des hôpitaux se sont déjà soumis à une telle obligation en signant un contrat avec le Fonds national de santé polonais (NFZ). De même, tous les hôpitaux sont soumis à un devoir d'information, ce qui permet à chaque femme de connaître la portée des services disponibles dans chaque hôpital.

Afin d'appuyer cette demande, le Comité des Ministres a également visé le nombre faible voire inexistant d'avortements réalisés dans certaines régions ; cet argument a été pointé du doigt respectivement par la société civile et par la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe. La disparité régionale est présentée comme un indice supplémentaire de l'accès ineffectif à des soins autorisés par la loi. Cependant, loin d'être révélateur, il s'agit aussi de le comprendre au sein d'une réalité sociale.

B. L'absence de lien causal entre la pratique de l'objection de conscience et le faible nombre d'avortements en Pologne

Le choix fait par une femme de recourir ou non à un avortement peut être influencé par un certain nombre de facteurs. Il est d'abord influencé par des facteurs subjectifs, le choix relevant en premier lieu de la conscience intime de la femme. Pourtant, ces facteurs ne peuvent être traités de manière isolée ; en effet, certains facteurs extérieurs objectifs peuvent également influencer une telle décision¹⁸.

D'abord, le faible recours à l'avortement en Pologne peut s'expliquer par le fait que « *les comportements sexuels et conjugaux ont été préservés des bouleversements contemporains, du fait en particulier de la prévalence des valeurs catholiques dans la population et la place conservée de l'institution du mariage*¹⁹ ».

La place primordiale donnée à la famille s'explique par la proportion de catholiques en Pologne, estimée à 85,9 % de la population²⁰. L'influence chrétienne et la place de l'institution

¹⁸ Chérline Louissaint, Les facteurs risques de l'avortement, in « Droit et prévention de l'avortement en Europe » dir. Grégor Puppink, LEH Edition, 2016, p. 27.

¹⁹ *Ibid.*, Stabilité familiale et nombre contenu d'avortements p. 37.

²⁰ Central Intelligence Agency, Religion, <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/poland>

familiale permettant de jouer un rôle positif concernant l'accueil d'un enfant, même non-désiré. Le mariage constitue un cadre de stabilité, propice à la parentalité.

Il existe en Pologne un attachement important aux valeurs familiales, ce qui explique que ce soit l'un des pays de l'Union européenne avec le taux de nuptialité le plus élevé (4,8 pour 1000 femmes en 2018) ; et par conséquent, le nombre de naissances hors mariage qui est l'un des plus bas (23,4 %). Plusieurs études sociologiques ont révélé que pour la majorité de la population, la famille est l'un des buts les plus importants de la vie, avant le travail et les loisirs ; et cela pour toutes les catégories socioprofessionnelles confondues. Cela explique également que la Pologne soit l'un des pays dans lesquels les femmes se marient le plus tôt à 26,6 ans en moyenne en 2013²¹, et où l'âge moyen de la maternité est également en-deçà de celui de l'Union européenne.

Pour toutes ces raisons, reprocher à la Pologne son faible taux d'avortements revient à lui demander de lutter contre l'exercice de plusieurs droits de l'homme, en particulier le droit à la liberté de religion et le droit de se marier et de fonder une famille.

III. La demande faite à la Pologne de se justifier sur sa jurisprudence constitutionnelle

Dans un second temps, le Comité des Ministres reconnaissant lui-même « [sortir] *du cadre des questions examinées par la Cour européenne dans ses arrêts* » décide cependant d'appeler « *aux autorités pour qu'elles présentent leur évaluation de l'impact de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 22 octobre 2020 sur l'accessibilité des examens prénatals, en particulier parce que ces examens ne sont pas strictement liés à l'avortement légal mais permettent également de prendre des décisions éclairées pendant la grossesse en ce qui concerne le traitement prénatal ou la préparation de la naissance, et à veiller à ce qu'elle ne soit pas limitée* ».

En Pologne, l'avortement est considéré comme un crime mais est toléré dans trois cas exceptionnels : lorsque la grossesse présente un danger pour la santé ou la vie de la mère, lorsque la conduite de tests prénatals révèle la grande probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une déficience sévère ou irréversible, ou lorsque la grossesse résulte d'un acte criminel. Dans son arrêt du 22 octobre 2020, le Tribunal constitutionnel a déclaré que l'avortement eugénique, entrant dans la deuxième catégorie des exceptions précédemment citées, est contraire à l'article

²¹ Eurostat (online data code : demo_find).

38 de la Constitution polonaise protégeant le droit à la vie, ainsi qu'à son article 30 garantissant le respect de la dignité humaine.

Dans son arrêt, le Tribunal constitutionnel réaffirme que la vie humaine, qu'importe son stade de développement, bénéficie d'une protection constitutionnelle. Il rappelle que l'enfant à naître, en tant qu'être humain possède une dignité inhérente et inaliénable, qui doit être protégée par le système national pour le bien commun. Il rappelle également qu'il n'existe pas de « droit à l'avortement ». Seule la nécessité de protéger la vie et la santé de la mère peuvent être considérées comme une variante de la nécessité supérieure de protection de la vie de l'enfant à naître. La restriction d'un droit inaliénable tel que le droit à la vie, doit être légitimée par la nécessité de protéger un autre droit ou une liberté constitutionnelle. Les critères de légitimation de l'avortement eugénique n'ont pas été reconnus comme suffisants à la restriction du droit à la vie de l'enfant à naître.

De plus, les requérants de la question constitutionnelle avaient pointé du doigt plusieurs incompatibilités, notamment que le respect de ces principes était conditionné à l'état de santé de l'enfant à naître, ce qui représentait une discrimination directe.

Alors même que cet arrêt concerne des faits qui « *sortent du cadre des questions qui ont été examinées par la Cour* », le Comité des Ministres justifie cet empiètement par le souhait de s'assurer que ce nouvel arrêt n'entraînera pas de difficultés pratiques supplémentaires dans l'accès à l'avortement. Cependant, il s'agit de rappeler que la Pologne peut librement décider de sa position législative en matière d'avortement, cela au regard du respect de sa Constitution et de la marge d'appréciation qui est reconnue dans ce domaine par le Conseil de l'Europe.

A. La marge d'appréciation reconnue aux États membres

Dans un domaine qui soulève plusieurs questions morales et éthiques controversées, le Conseil de l'Europe a reconnu la nécessité de laisser une marge d'appréciation aux États ; celle-ci a notamment été rappelée dans l'arrêt *A, B et C c. Irlande* ; « *lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est restreinte [...]. Par contre, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large [...]. La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention* » (al. 11 à 13).

La question de l'avortement soulève des problématiques qui ne bénéficient pas d'un consensus au sein des États parties au Conseil de l'Europe ; principalement du fait des divergences quant au commencement de la vie et des droits de l'enfant à naître. Consciente de cette difficulté, la Cour européenne a adopté une politique de tolérance en choisissant de ne pas se prononcer sur le « *point de départ du droit à la vie* ». Dans l'affaire *A, B et C c. Irlande*, la Cour a jugé qu'il n'y a pas de consensus scientifique et juridique quant à la détermination du point de départ de la vie d'une personne, ce qui a pour conséquence d'accorder *a fortiori* aux États une large marge d'appréciation²².

Dans un second temps, la Cour a correctement tiré conséquence du lien entre le point de départ du droit à la vie et la protection qui en découle. Dans l'affaire *A, B et C c. Irlande*, elle annonce que « *dès lors qu'on accorde aux États une marge d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître, il faut nécessairement leur laisser aussi une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte*²³ ». Ainsi, la décision du Tribunal constitutionnel s'inscrit dans cette marge d'appréciation reconnue aux États parties et est en conformité avec le droit de la Convention.

B. L'absence de droit à l'avortement

La simple applicabilité de l'article 2 de la Convention à la vie prénatale fait obstacle à la reconnaissance d'un droit à l'avortement. Le statut de l'enfant à naître conditionne la question de l'avortement et dépend donc de l'appréciation de chaque État. La Cour elle-même ne s'est jamais opposée à la reconnaissance de la dignité humaine de l'enfant à naître, empêchant formellement toute reconnaissance d'un droit à l'avortement.

La reconnaissance de la dignité de l'enfant à naître a été évoquée par la Cour dans l'arrêt *Vo c. France*, en effet elle affirme que « *la question de la nature et du statut de l'embryon et/ou du fœtus ne fait pas l'objet d'un consensus [...]. Tout au plus peut-on trouver comme dénominateur commun aux États l'appartenance à l'espèce humaine ; c'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne [...] qui doivent être protégées au nom de la dignité humaine*²⁴ ».

De plus, au cours de sa jurisprudence, la Cour a confirmé qu'il n'était pas possible de faire découler de la Convention européenne ni un droit à subir un avortement²⁵, ni un droit de

²² CEDH, *A, B et C c. Irlande*, § 222.

²³ *Id.*, § 237.

²⁴ CEDH, *VO c. France*, § 84.

²⁵ CEDH, *Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugal*, 26 octobre 2004.

le pratiquer²⁶, ni un droit de recourir impunément à sa réalisation à l'étranger²⁷. S'agissant du droit à la vie privée de la femme, la Cour a confirmé que l'article 8 ne saurait être interprété comme consacrant un droit à l'avortement²⁸.

La Cour de Justice de l'Union européenne a également reconnu le principe de dignité humaine des enfants à naître dans son arrêt *Brüstle c. Greenpeace*²⁹ ; l'application de ce principe supérieur a justifié le refus de la brevetabilité d'un projet scientifique provoquant la destruction d'embryons humains.

C. L'interdiction de l'avortement eugénique

La limitation des exceptions permettant l'accès à l'avortement ne répond pas seulement à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à naître, elle requiert aussi la prise en compte d'autres droits et libertés concurrents³⁰. La Cour européenne a déjà reconnu l'intérêt légitime de la société à limiter le nombre d'avortements notamment pour lutter contre l'eugénisme³¹.

L'interdiction de l'eugénisme est au cœur de l'éthique médicale qui est fondée sur le principe de la finalité thérapeutique de la médecine, elle est faite pour guérir et non pour supprimer ou faire progresser la science au détriment du respect de la vie des patients. C'est cette idéologie qui a clairement été condamnée dans les procès de Nuremberg. En ce sens, le droit international interdit clairement la pratique de l'eugénisme. La Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine affirme ainsi que « *toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite*³² ».

L'interdiction de l'avortement eugénique, pratiqué en raison du patrimoine génétique de l'enfant, est non seulement conforme au droit international, mais est davantage requis par ce dernier ; en 2018, le Comité des droits des personnes handicapées avait déclaré que « *les lois qui autorisent explicitement l'avortement pour cause de handicap violent la Convention relative aux droits des personnes handicapées (article 4, 5 et 8)*³³ ».

²⁶ CEDH, *Jean-Jacques Amy c. Belgique*, 5 octobre 1998.

²⁷ CEDH, *Jerzy Tokarczyk c. Pologne*, 31 janvier 2002.

²⁸ CEDH, *P et S c. Pologne*.

²⁹ CJUE, *Oliver Brüstle c. Greenpeace*, 18 octobre 2011.

³⁰ CEDH, *Tysiqc c. Pologne*.

³¹ CEDH, *Costa et Pavan c. Italie*, 28 août 2012.

³² Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (Convention d'Oviedo), 4 avril 1997 - article 11.

³³ Committee on the Rights of Persons with Disabilities Comments on the draft General Comment No36 of the Human Rights Committee on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

De plus, l'expérience prouve que les diagnostics sont souvent erronés, et même si ce n'est pas le cas, cela participe au stéréotype selon lequel le handicap serait incompatible avec une vie heureuse. Dans le même temps, la banalisation de l'avortement eugénique stigmatise les femmes enceintes d'enfant porteurs d'un handicap et qui souhaitent poursuivre leur grossesse ; plus grave encore, elle stigmatise les enfants « survivants » qui ne seraient pas dignes d'avoir survécus.

En Pologne, la majorité des avortements sont pratiqués pour des raisons eugéniques. Plus particulièrement, la découverte de l'anomalie chromosomique de la trisomie 21 explique plus du tiers des avortements pratiqués en Pologne³⁴. Pourtant, cette maladie génétique n'empêche pas le développement normal dans la société.

D. Les obligations positives des États de prévenir le recours à l'avortement

La Pologne fait suite aux engagements pris dans plusieurs instruments internationaux³⁵ de réduire le recours à l'avortement, et cet engagement a été repris par les organes du Conseil de l'Europe. Notamment l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution 1607 qui « réaffirme que l'avortement ne peut en aucun cas être considéré comme un moyen légitime de planification familiale. L'avortement doit être évité autant que possible. Tous les moyens compatibles doivent être mis en œuvre pour réduire le nombre de grossesses non-désirées et d'avortements ». L'Assemblée conclut cette résolution en soulignant que « toute politique de planification familiale doit avoir pour but principal de réduire le nombre de grossesses non-désirées et d'avortements ». La prévention de l'avortement consiste essentiellement en la protection de la femme ou du couple contre le risque d'être placé dans la situation d'avorter, ce qui peut être le fait de pressions sociales et médicales particulièrement lors de la découverte du handicap d'un enfant à naître.

La faculté pour une famille d'éviter l'avortement d'un enfant handicapé repose largement sur l'accueil que la société peut offrir à cet enfant³⁶ ; la Convention relative aux droits des personnes handicapées demande aux États « lorsque la famille immédiate n'est pas en mesure de s'occuper d'un enfant handicapé, à ne négliger aucun effort pour assurer la prise en charge de l'enfant par la famille élargie, et si cela n'est pas possible dans le cadre familial au sein de la communauté³⁷ ».

Ainsi, bien que le motif eugénique de l'avortement ait été éliminé du système juridique polonais, le Tribunal a insisté sur la responsabilité du législateur à veiller à ce que les

³⁴ <https://eclj.org/eugenics/eu/pologne--le-tribunal-constitutionnel-abroge-lavortement-eugenique?lng=fr>

³⁵ Déclaration du Caire sur la population et le développement, ONU, 1994.

³⁶ Droit et prévention de l'avortement en Europe, Garantir le droit de ne pas avorter, p.96.

³⁷ Convention relative aux droits des personnes handicapées, article 23-5.

réglementations destinées à protéger les familles ayant des enfants malades ou handicapés soient conformes aux exigences constitutionnelles. Dans ce contexte, le Tribunal a noté que le législateur ne pouvait pas faire peser sur la seule mère la charge d'élever un enfant gravement ou définitivement handicapé, car la responsabilité principale de s'occuper des individus dans la plus grande détresse incombe aussi aux autorités publiques et à la société tout entière³⁸.

E. Sur l'évaluation de l'impact de la décision sur l'accès aux tests prénatals

Le Comité des Ministres s'inquiète du fait que l'arrêt du Tribunal constitutionnel pourrait entraîner une disponibilité limitée des examens prénatals, qui permettent de prendre des décisions sans rapport avec l'avortement légal³⁹. C'est pourtant le raisonnement inverse qu'il faut faire. Avant cette décision du Tribunal constitutionnel, les médecins étaient réticents à pratiquer des tests prénatals justement en raison du fait que ces tests étaient susceptibles de justifier un recours à l'avortement. Cependant, suite à l'arrêt du Tribunal constitutionnel, les examens prénatals seront au contraire facilités et encouragés par les médecins car ils seront réalisés dans l'optique d'une meilleure préservation de la vie, principe au cœur de la décision constitutionnelle.

L'objectif du diagnostic prénatal est d'identifier les défauts ou les maladies des enfants à naître afin de fournir un traitement précoce (y compris un traitement intra-utérin). En outre, l'examen prénatal peut aider les parents à s'assurer de la thérapie dont leur enfant pourrait avoir besoin après la naissance. La pratique de ces tests sera donc largement encouragée en ce qu'elle répondra à un objectif de soins.

Cette opinion est confirmée dans les « *Conditions de financement du programme d'examen prénatal* » actuelles qui ont été adoptées avant l'entrée en vigueur de la décision du Tribunal constitutionnel⁴⁰ : « *l'identification du risque d'aberrations chromosomiques et la détection de multiples défauts de développement à un stade précoce de la grossesse permettent d'assurer une grossesse sûre et de commencer un traitement au stade prénatal. Elle permet également aux parents de se préparer à la mise en œuvre immédiate d'un traitement médical spécialisé après la naissance de l'enfant* ».

Les médecins n'ayant plus à craindre de procéder à des tests prénatals pouvant conduire effectivement à un avortement n'auront plus de raison d'objecter à leur pratique. Au contraire,

³⁸ Ordi Iuris Institute - Analyse de la loi gouvernante l'avortement en Pologne à la suite de la publication du jugement du tribunal constitutionnel du 22 octobre 2020, affaire n° 1/20, <https://en.ordoiuris.pl/analysis-law-governing-abortion-poland-following-publication-ruling-constitutional-tribunal-22>

³⁹ Résolution intérimaire, note 4.

⁴⁰ Annexe à l'ordonnance du président du Fonds national de santé polonais (NFZ) n° 78/2018/DSOZ.

ces derniers auront l'ambition de connaître l'état de santé de l'enfant afin de déterminer les meilleurs soins à lui apporter, ainsi qu'à préparer au mieux les parents à l'accueil de l'enfant.

Conclusion :

Les différentes mesures prises par la Pologne dans le cadre de l'exécution des arrêts *Tysi c c. Pologne*, *R.R c. Pologne* et *P. et S. c. Pologne* répondent largement aux demandes formulées initialement par le Comité des Ministres. Cependant, les différentes interventions des organisations pro-avortement ont instrumentalisé cette surveillance afin de contester l'ensemble de la législation et de la jurisprudence polonaises en matière d'avortement. Le Comité a c d  à ces demandes, qui outrepassent sa mission de surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour. La Pologne ne se trouve donc plus dans l'obligation de répondre aux nouvelles demandes du Comité, qui empiètent gravement sur sa souveraineté. Au contraire, la Pologne devrait être félicitée des engagements qu'elle prend en faveur de la préservation de la vie et de la défense de la dignité humaine, en accord avec ses engagements internationaux. Pour ces raisons, l'ECLJ espère que le Comité des Ministres clôturera rapidement la surveillance de l'exécution de ces arrêts.