



## OBSERVATIONS ÉCRITES

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

### ***K.C., K.B. et A.L. - B. contre la Pologne***

(Affaires n<sup>os</sup> 3639/21, 4188/21, 5876/21, 6030/21, 1819/21, 3682/21, 4957/21,  
6217/21, 3801/21, 4218/21, 5114/21, 5390/21)

**Grégor Puppinck**, Directeur de l'ECLJ

Ces observations écrites soumises à la Cour sont soutenues, entre autres, par

**Giovanni Bonello**, Juge à la Cour (1998-2010)

**Tonio Borg**, Commissaire européen à la santé (2012-2014)

**Javier Borrego Borrego**, Juge à la Cour (2003-2008)

**Vincent A. De Gaetano**, Juge à la Cour (2010-2019)

**Antoni Górski**, Juge à la Cour suprême de Pologne (1997-2017), Président du Conseil national de la magistrature (2010-2014)

**Rafael Nieto Navia**, Juge et Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (1982-1994) ; Juge aux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (1997-2005) et pour le Rwanda (1999-2003)

**Alfred de Zayas**, Expert indépendant des Nations unies pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable (2012-2018)

**Boštjan Zupančič**, Juge à la Cour (1998-2016) ; membre et vice-président du Comité contre la torture des Nations unies (1995-1998)

**Septembre 2021**

Ces Observations écrites sont également soutenues par :

Les associations Aktion Lebensrecht für Alle e.V.<sup>1</sup>, Ärzte für das Leben e.V.<sup>2</sup>, Asociación Española de Abogados Cristianos<sup>3</sup>, Asociația Down Art Therapy<sup>4</sup>, Asociația PRO VITA București<sup>5</sup>, Bundesverband Lebensrecht e.V.<sup>6</sup>, Center for Family and Human Rights (C-Fam)<sup>7</sup>, Federation of Catholic Family Associations in Europe (FAFCE)<sup>8</sup>, Femina Europa<sup>9</sup>, Juristes pour l'enfance<sup>10</sup>, Priests for Life<sup>11</sup>, Proelio Group Foundation<sup>12</sup>, Unione Giuristi Cattolici Italiani<sup>13</sup> et World Youth Alliance<sup>14</sup> ;

Les universitaires Michel Bastit, Stéphane Caporal-Greco, Paul Cullen, Ligia D. Castaldi, Cyrille Dounot, Giovanna Razzano, D. Brian Scarnecchia, Henri Temple et Pilar Zambrano ;

Les magistrats émérites Marie-Josèphe Beraudo et Isabelle Tribou ;

Les avocats et juristes Tanguy Barthouil, Nicolas Bauer, Pierre Bregeault, Victor-Vincent Dehin, Cécile Derains, Éric Dhone, Guy de Foresta, Emmanuel Garde, Michał Górski, Guy Grosse, Priscille Kulczyk, Benoît de Lapasse, Gaëlle Lionel-Marie, Delphine Loiseau, Benoît Nicolardot, Jean Paillot, Gerbert Rambaud, Santiago Muzio de Place, Yohann Rimokh, Geoffrey Sumner, Jean-Baptiste de Varax, Geoffroy de Vries, Éric Vuylsteke et Camille S. Williams.

---

<sup>1</sup> Cornelia Kaminski

<sup>2</sup> Paul Cullen

<sup>3</sup> Jose María Fernández Abril, Pablo Jarque Casabón, Beatriz Pérez Calzada, Polonia Castellanos Flórez

<sup>4</sup> Radu Bogdan Butu

<sup>5</sup> Bogdan Stanciu

<sup>6</sup> Alexandra Maria Linder

<sup>7</sup> Stefano Gennarini

<sup>8</sup> Nicolas Speranza

<sup>9</sup> Anne Girault, Alix Lejard

<sup>10</sup> Aude Mirkovic, Olivia Sarton

<sup>11</sup> Bob Lalonde

<sup>12</sup> Magdalena Korzekwa-Kaliszuk

<sup>13</sup> Mattia Ferrero

<sup>14</sup> Lord Pomperada

## Résumé des observations écrites

Ces douze requêtes instrumentalisent la Cour à des fins politiques en introduisant une *actio popularis* contre l'interdiction de l'avortement eugénique en Pologne. Elles promeuvent l'eugénisme, les stéréotypes et la discrimination systémiques contre les personnes handicapées. Ces requêtes auraient dû être rejetées par un juge unique. Cela a conduit MM. Javier Borrego-Borrego et Boštjan Zupančič, anciens juges de la Cour, à intervenir aux côtés de l'ECLJ.

### Ces requêtes sont manifestement irrecevables.

Ces requêtes ont pour origine **la peur et le rejet du handicap** ; elles sont un affront aux personnes handicapées qui sont stigmatisées et discriminées.

Ces requêtes violent les règles élémentaires de recevabilité, car les requérantes n'ont saisi aucune juridiction interne pour se plaindre de leur peur du handicap. La réalité de leur angoisse n'est pas établie. En outre, l'avortement n'est pas la seule, ni la meilleure réponse à l'angoisse causée par la peur du handicap. Il est possible de surmonter cette peur sans éliminer les enfants à naître handicapés. Enfin, il ne peut être exclu qu'un médecin ou un juge polonais autorise une femme à avorter son enfant, dans l'hypothèse où le handicap de celui-ci mettrait en danger la santé psychique de sa mère.

### L'avortement eugénique est contraire aux droits de l'homme.

Du fait de la nature même de l'acte de l'avortement, celui-ci ne pourra jamais être un droit, ni une liberté. La Pologne, au titre de sa marge d'appréciation, reconnaît l'enfant à naître comme un sujet de droit et lui accorde une protection juridique dès la conception. En lui faisant bénéficier du droit à la non-discrimination en raison du handicap, la Pologne se met en conformité avec les évolutions les plus récentes du droit international, qui proscrie le fait de mentionner le handicap comme un motif spécifique d'avortement.

Enfin, ce n'est pas la peur du handicap qui constitue une torture au sens de la Convention, mais la souffrance infligée aux enfants à naître par leur avortement eugénique, qui est le plus souvent tardif.

## Procédure

Les douze requérantes ont introduit leurs requêtes auprès de la Cour en décembre 2020 ou janvier 2021, après avoir été invitées à le faire par la *Federation for Women and Family Planning* (FEDERA) et la *Fondation Helsinki pour les droits de l'homme* (HFHR)<sup>15</sup>. Les requérantes soutiennent que l'interdiction de l'avortement eugénique viole le droit au respect de leur vie privée ainsi que l'interdiction des traitements inhumains et dégradants garantis respectivement aux articles 8 et 3 de la Convention.

---

<sup>15</sup> Helsińska Fundacja Praw Człowieka: “Skargi do międzynarodowych organów ochrony praw człowieka a tzw. orzeczenie TK w sprawie aborcji.” ([en ligne](#)) ; Paulina Nowosielska, “Z aborcją do europejskiego trybunału? Nie będzie to rozwiązanie łatwe”, *Gazeta Prawna*, 2 février 2021 ; “Aborcja w Polsce. Do unijnego trybunału napłynęło tysiąc skarg od Polek – Wiadomości”, *Wiadomości w Onet*, 8 juillet 2021. Voir aussi [cette page](#) sur le site web de FEDERA : « Recours collectif de femmes : introduction d'une requête devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme à Strasbourg contre la décision du Tribunal constitutionnel sur l'avortement ».

## ***Incompatibilité ratione materiae des requêtes avec la Convention***

La Convention européenne garantit le droit à la vie, non à l'avortement, encore moins à l'avortement eugénique qui discrimine les personnes handicapées.

La Convention européenne n'offre pas davantage de protection contre le stress et l'angoisse à l'idée d'attendre un enfant handicapé, et de ne pouvoir l'avorter. Les requêtes sont donc manifestement infondées.

## ***Absence de la qualité de victime***

À supposer que la Cour estime ces requêtes fondées, il y a lieu d'observer qu'aucune des requérantes n'a demandé à recourir à un avortement eugénique en Pologne, et ne s'est donc heurtée à un refus. Aucune requérante n'est une victime effective, ni même une victime potentielle, car celles qui sont enceintes attendent un enfant en bonne santé. En outre, à la date du dépôt des requêtes et donc des faits en cause, l'avortement eugénique n'était pas encore interdit en Pologne. La relation entre la situation des requérantes et l'interdiction de l'avortement eugénique repose donc sur une simple conjecture, ce qui ne suffit pas à leur reconnaître la qualité de victimes potentielles<sup>16</sup>. Les requérantes ne sont donc pas des « victimes » de cette interdiction au sens de l'article 34 de la Convention européenne.

En outre, à supposer même que l'une des requérantes ait été enceinte d'un enfant handicapé lors du dépôt de sa saisie de la Cour, on ne peut, sans distorsion, considérer la mère comme victime de la vie et du handicap de son enfant.

## ***Non épuisement des voies de recours***

Les requérantes n'ont pas saisi les juridictions internes alors même qu'il n'est pas exclu qu'elles y obtiennent gain de cause. En effet, à supposer que l'angoisse des requérantes face au handicap soit réellement une « torture », le juge interne pourrait leur appliquer l'exception prévue par la loi du 7 janvier 1993 sur le planning familial en cas de menace pour la santé de la femme enceinte du fait de cette angoisse.

De fait, les présents recours constituent une *actio popularis*, c'est-à-dire un recours introduit par des personnes qui ne sont pas des victimes et qui instrumentalisent la Cour dans le but de modifier la législation interne. L'article 34 de la Convention ne reconnaît<sup>17</sup> et n'admet pas<sup>18</sup> l'*actio popularis* et « n'autorise pas que les requérants se plaignent d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention<sup>19</sup> ». Il ne permet pas de contester directement à la Cour des dispositions nationales au motif qu'elles pourraient, éventuellement, se révéler défavorables au requérant. Un tel recours viole le caractère subsidiaire et judiciaire – et non politique – de la Cour européenne.

Ces requêtes sont donc manifestement irrecevables, et doivent être rejetées.

## ***Absence d'ingérence***

À supposer que ces requêtes soient déclarées recevables, l'interdiction de l'avortement eugénique ne constitue pas une ingérence, ni une violation des droits des requérantes au titre de la Convention. Nous allons rappeler A.) l'absence de droit à l'avortement au titre de la Convention et B.) l'obligation, au titre

---

<sup>16</sup> *Senator lines GmbH v. 15 member states* (dec.) [GC], n° 56672/00, 10 mars 2004.

<sup>17</sup> *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, 6 septembre 1978, § 33 ; *Parti travailliste géorgien c. Géorgie* (déc.), 8 juillet 2008, n° 9103/04 ; *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, 29 avril 2008, § 33.

<sup>18</sup> *Perez c. France* [GC], n° 47287/99, 12 février 2004 § 70I).

<sup>19</sup> *Norris c. Irlande*, n° 8225/78, 26 octobre 1988 § 31 ; *Monnat c. Suisse*, n° 73604/01, 21 septembre 2006, §§ 31-32 ; *Dudgeon c. R-U*, n° 7525/76, 22 octobre 1981, §§ 40-41.

du droit international, de supprimer la mention du « handicap » comme motif spécifique d'avortement légal. Enfin, nous allons montrer que C.) l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants requiert non pas la légalisation de l'avortement eugénique, mais son interdiction, surtout lorsque l'on considère le fait qu'il est généralement pratiqué de façon tardive, alors que le fœtus est capable de ressentir la douleur. En l'absence d'ingérence dans un droit garanti par la Convention, il n'y a pas lieu de s'interroger sur sa base légale, sa finalité et sa proportionnalité.

La véritable question qui se pose, s'agissant de l'avortement eugénique, est de savoir si sa pratique – et non pas son interdiction – est conforme aux droits de l'homme.

## **A. L'absence de droit à l'avortement au titre de la Convention**

### **1. L'avortement ne peut pas être une liberté individuelle, ni un droit de l'homme**

Tant que l'embryon ou le fœtus seront reconnus comme des êtres vivants « appartenant à l'espèce humaine<sup>20</sup> », l'avortement ne pourra être ni une liberté, ni un droit, mais tout au plus une dérogation au droit à la vie, permise au titre du moindre mal.

#### *a. L'avortement ne peut pas être une liberté individuelle*

Une liberté consiste en l'exercice d'une faculté naturelle de la personne, telles les facultés de penser, de s'exprimer, de se déplacer ou de fonder une famille. La Convention protège l'exercice de ces facultés naturelles contre les entraves et ingérences arbitraires de l'État. Ces libertés, comme toutes libertés, trouvent leur limite en « autrui », qu'il s'agisse des droits des tiers, de la santé ou de la sécurité publiques. Or l'avortement n'est pas une faculté naturelle, mais un acte médical. En outre, à la différence des libertés qui trouvent leurs limites en dehors d'elles-mêmes, « en autrui », l'avortement trouve sa limite en lui-même, car il porte « sur autrui ». Or, on ne peut avoir de liberté sur autrui, mais seulement alors un pouvoir. Ainsi, dès lors que l'on reconnaît l'existence du fœtus comme une réalité humaine, ne serait-ce que potentielle, distincte à certains égards de la femme qui le porte, il est impossible de qualifier l'avortement de « liberté ». D'ailleurs, en pratique, nulle ne peut avorter « librement » : il y a toujours des conditions matérielles, si ce n'est légales.

Soutenir que l'avortement est une liberté implique nécessairement l'erreur consistant à ignorer l'altérité et l'humanité de l'embryon et du fœtus humains.

#### *b. L'avortement ne peut pas être un droit*

La Convention garantit principalement des libertés, sous la forme de « droit au respect de la liberté de », considérant que l'État a le devoir de ne pas faire entrave au bon exercice des facultés naturelles de la personne. Or à défaut de liberté d'avorter, il ne peut pas exister de droit au respect de la liberté d'avorter. Tout droit individuel implique l'existence d'un devoir corrélatif de l'État envers cette personne. L'État n'a pas seulement le devoir de respecter les libertés, il a aussi des obligations résultant de sa propre fonction, notamment assurer la paix et la justice. Ainsi, le droit à un procès équitable repose sur le devoir de l'État de garantir la justice. Or, s'agissant de l'avortement, il n'existe pas de devoir de l'État susceptible d'impliquer un droit corrélatif et général à l'avortement, considérant que l'État a, avant tout, le devoir de protéger la vie de ses citoyens. C'est uniquement lorsque la vie de la mère est en danger que la question de l'avortement, en tant que composante éventuelle du droit au soin, se pose.

Plus fondamentalement, il faut rappeler que l'objet d'un droit est forcément un acte bon en soi, et juste, tel que soigner un enfant et sa mère. Un acte tel que l'avortement ne peut pas être désiré pour lui-même

---

<sup>20</sup> *Vo c. France*, [GC], n° 53924/00, 8 juillet 2004, § 84.

(à la différence des véritables droits), mais seulement comme un moindre mal, par dérogation, et en vue d'un bien proportionné au mal consenti, tel que la vie de la mère. C'est la raison pour laquelle l'avortement n'est jamais conçu juridiquement comme un droit, mais toujours comme une dérogation au droit à la vie, soumise à conditions. Déclarer l'avortement comme un droit, et non plus comme une dérogation, aurait pour effet de briser la cohérence des droits de l'homme et d'y introduire la contradiction en opposant, notamment, le « droit » à l'avortement à ceux des professions médicales, ou à ceux des personnes handicapées.

Plus encore, la reconnaissance d'un droit à l'avortement ruinerait la fondation anthropologique universelle des droits de l'homme car elle implique de substituer la volonté individuelle à la dignité inhérente de l'être humain (quelle que soit sa condition), comme fondement ultime des droits humains. Le but des droits de l'homme est de placer le respect de la dignité au-dessus de la volonté, qu'il s'agisse de la volonté du souverain ou de celle des individus. Placer la volonté individuelle au fondement des droits de l'homme est un retour au positivisme contre lequel les droits de l'homme ont été établis.

L'impossibilité théorique pour l'avortement d'être une liberté individuelle ou un droit de l'homme se vérifie en pratique : l'avortement est tout au plus une exception au droit à la vie.

D'ailleurs, aucun État participant à la rédaction de la Convention européenne des droits de l'homme n'autorisait alors l'avortement qui était, au contraire, condamné pénalement. En 1979, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) reconnaissait encore « *Les droits de chaque enfant à la vie dès le moment de sa conception*<sup>21</sup> » et soulignait, quelques années plus tard, « *que dès la fécondation de l'ovule, la vie humaine se développe de manière continue*<sup>22</sup> ».

Notons qu'à la même époque, l'Association Médicale Mondiale<sup>23</sup> prit l'initiative d'actualiser le Serment d'Hippocrate par l'ajout en 1948 d'un *Serment de Genève* dans l'esprit de la Charte de San Francisco. Par ce texte, les médecins promettent de garder « *le respect absolu de la vie humaine dès la conception* » et de refuser que « *des considérations de religion, de nation, de race, de parti ou de classe sociale viennent s'interposer entre mon devoir et mon patient* ».

## **2. La Convention et la Cour n'excluent pas explicitement l'enfant à naître du champ d'application de la Convention**

La Cour n'a jamais jugé que - dans l'ordre de la Convention - l'enfant à naître n'était pas une personne. Avec prudence, elle a toujours refusé, depuis les affaires *Brüggemann et Scheuten contre RFA*<sup>24</sup> et *H. contre Norvège*<sup>25</sup>, 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, estimant que « *l'article 2 de la Convention est silencieux sur les limites temporelles du droit à la vie*<sup>26</sup> ». Le Président Jean-Paul Costa expliquait en ce sens que « *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*<sup>27</sup> ». Or, force est de constater que la Cour examine les atteintes à la vie des enfants à naître sur le terrain de l'article 2<sup>28</sup>. Plus encore, la Cour a déjà fait application d'autres dispositions conventionnelles avant la

<sup>21</sup> APCE, Recommandation 874 (1979) du 4 octobre 1979 relative à une Charte européenne des droits de l'enfant.

<sup>22</sup> APCE, Recommandation 1046 (1986) du 24 septembre 1986 relative à l'utilisation d'embryons et fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales.

<sup>23</sup> L'Association Médicale Mondiale (AMM) est une confédération d'associations professionnelles créée en 1947 dans l'esprit de la Charte des Nations Unies et des deux procès de Nuremberg. Elle a « *pour objectif d'assurer l'indépendance des médecins et les plus hautes normes possibles en matière d'éthique et de soins - des mesures particulièrement importantes pour les médecins après la Seconde guerre mondiale* ».

<sup>24</sup> *Brüggemann et Scheuten c. République Fédérale d'Allemagne*, n° 6959/75, 19 mai 1976, § 60.

<sup>25</sup> *H. c. Norvège* (déc.), n° 17004/90, 19 mai 1992, p. 167.

<sup>26</sup> *Vo, op. cit.*, § 75.

<sup>27</sup> Opinion séparée dans *Vo, op. cit.*, § 10.

<sup>28</sup> Voir par exemple *Şentürk*, n° 13423/09, 9 avril 2013, § 107.



naissance, en particulier les articles 3 et 8 dans des affaires où le père dénonçait la torture subie par l'enfant durant l'avortement<sup>29</sup> et l'atteinte au respect de leur vie familiale<sup>30</sup>.

C'est parce que la Cour n'a jamais exclu explicitement l'enfant à naître de sa protection que l'article 8 de la Convention, qui garantit le droit à l'autonomie personnelle, « *ne saurait (...) s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement*<sup>31</sup> ». Il faudrait en effet que l'enfant à naître soit réduit à néant pour pouvoir disposer d'un droit-pouvoir sur sa vie. Au fil de sa jurisprudence, la Cour européenne a précisé que la Convention ne garantit aucun droit à subir un avortement<sup>32</sup>, ni de le pratiquer<sup>33</sup>, ni même de concourir impunément à sa réalisation à l'étranger<sup>34</sup>. Elle a aussi jugé que l'interdiction de l'avortement ne viole pas, en soi, la Convention<sup>35</sup>. Ainsi, il n'existe pas de droit à l'avortement au titre de la Convention européenne.

Bien que la Cour n'exclue pas, par principe, l'enfant à naître du champ de la Convention, elle autorise toutefois 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*<sup>36</sup> » et par conséquent de sa protection. Il en résulte que les États peuvent « *légitimement choisir de considérer l'enfant à naître comme une personne et protéger sa vie*<sup>37</sup> ». La Cour renvoie ainsi la question du point de départ de la vie et de sa protection aux ordres juridiques internes. Le fait que la majorité des États européens permettent l'avortement est distinct, et sans effet sur la liberté pour les États de fixer le point de départ du droit à la vie et de sa protection.

5

### 3. Les États peuvent reconnaître l'enfant à naître comme une « personne » au sens de la Convention, au titre de leur marge d'appréciation

La Pologne a fait le choix de reconnaître l'enfant à naître comme un sujet de droit et lui accorde sa protection juridique dès la conception. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 janvier 1993 sur le planning familial, la protection du fœtus humain et les conditions de réalisation de l'interruption de grossesse dispose que « *Le droit à la vie est protégé, y compris pendant la phase prénatale, dans les limites fixées par la loi*<sup>38</sup>. » Cette reconnaissance a valeur constitutionnelle et repose sur les articles 30<sup>39</sup> et 38<sup>40</sup> de la Constitution garantissant respectivement la dignité inaliénable de l'être humain et le droit à la vie. L'énoncé de cette protection juridique dès la conception ne date pas du jugement d'octobre 2020 (affaire K 1/20), mais est déjà contenu dans celui du 28 mai 1997 (affaire K 26/96) dans lequel le Tribunal constitutionnel avait affirmé que « *Dès son commencement, la vie humaine devient ainsi une valeur constitutionnellement protégée. Cela vaut également pour la phase prénatale* » (3) et que « *la vie, y compris la vie en phase prénatale, est l'une des valeurs constitutionnelles fondamentales* » (4.1). C'est ainsi que le 22 octobre 2020, le Tribunal constitutionnel a « *confirmé sa position selon laquelle la vie humaine est une valeur à chaque phase du développement et, en tant que valeur prenant sa source dans les dispositions de la*

<sup>29</sup> *H. c. Norvège, op. cit.*

<sup>30</sup> *Ibid* ; *Boso c. Italie*, n° 50490/99, 5 septembre 2002.

<sup>31</sup> *A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, 16 décembre 2010, § 214 ; *P. et S. c. Pologne*, n° 57375/08, 30 octobre 2012, § 96.

<sup>32</sup> *Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugal*, n° 16471/02, 26 octobre 2004.

<sup>33</sup> *Jean-Jacques Amy c. Belgique*, n° 11684/85, 5 octobre 1988.

<sup>34</sup> *Jerzy Tokarczyk c. Pologne*, n° 51792/99, 31 janvier 2002.

<sup>35</sup> Voir not. dans *A, B et C c. Irlande, op. cit.*, les requérantes A et B qui ont contesté sans succès l'interdiction de l'avortement pour motif de santé et de bien-être.

<sup>36</sup> *Vo, op. cit.*, § 82.

<sup>37</sup> *A, B et C, op.cit.*, § 222, confirmant *Vo, op. cit.*

<sup>38</sup> « *Cette disposition doit [...] être lue de manière déclarative* » : voir Tribunal constitutionnel, jugement du 22 octobre 2020, affaire K 1/20, § 146.

<sup>39</sup> Art. 30 de la Constitution polonaise : « *La dignité inhérente et inaliénable de l'homme constitue la source des libertés et des droits de l'homme et du citoyen. Elle est inviolable et son respect et sa protection sont le devoir des pouvoirs publics.* »

<sup>40</sup> Art. 38 de la Constitution polonaise : « *La République de Pologne garantit à tout homme la protection juridique de la vie* ».

*Constitution, elle doit être protégée par le législateur* » (§ 151), avant de conclure que « *l'enfant à naître, en tant qu'être humain - homme - doté d'une dignité inhérente et inaliénable, est un sujet ayant droit à la vie, et par conséquent le système juridique - conformément à l'article 38 de la Constitution - doit lui garantir une protection appropriée de cet intérêt essentiel sans lequel sa nature de sujet de droit serait niée* » (§ 151). Dès lors que la Pologne reconnaît à l'enfant, dès avant sa naissance, la qualité de « sujet de droit », il est légitime de lui accorder la protection de sa vie et de sa dignité, et même la protection de la Convention européenne, conformément à la doctrine de l'applicabilité conditionnelle de la Convention.

Ce choix du législateur polonais n'est pas unique. C'est aussi le cas, notamment, de l'Italie qui reconnaît l'embryon comme un « sujet » (loi n° 40/2004) et de la CJUE qui, dans l'arrêt *Brüstle/Greenpeace eV*, C-34/10, du 18 octobre 2011, a reconnu que dès la conception, l'embryon humain bénéficie de la protection reconnue à l'être humain.

Le choix de la Pologne est conforme à l'article 53 de la Convention rappelant le principe selon lequel les États sont libres d'offrir un degré plus élevé de protection des droits de l'homme<sup>41</sup>, ainsi qu'à l'article 27 de la Convention d'Oviedo indiquant qu'aucune des dispositions de la Convention ne peut être interprétée « *comme limitant ou portant atteinte à la faculté pour chaque Partie d'accorder une protection plus étendue à l'égard des applications de la biologie et de la médecine que celle prévue par la présente Convention* ». Très clairement, la Pologne peut accorder une protection plus étendue à l'enfant à naître que celle, minimale, requise par la Cour. Un consensus en faveur d'une plus faible protection ne peut pas contraindre un État à réduire la protection qu'il accorde. La référence au consensus ne peut servir qu'à l'élévation du niveau global de protection des droits, et non à sa réduction<sup>42</sup>.

#### **4. Si les États décident de légaliser l'avortement, ils doivent le faire dans un cadre juridique qui respecte les autres principes, droits et libertés garantis par la Convention, parmi lesquels la protection contre la non-discrimination**

Même si les États peuvent légaliser l'avortement, la protection de la vie et la prévention de l'avortement sont des obligations internationales. En effet, 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)<sup>43</sup>. L'APCE 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).

Si, selon la Cour européenne, le législateur national « *jouit d'une ample marge d'appréciation pour définir les circonstances dans lesquelles il autorise l'avortement*<sup>44</sup> », 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*<sup>45</sup> ». Ainsi, si un État décide d'autoriser l'avortement, son cadre juridique doit alors respecter la Convention. Lorsqu'elle est saisie d'une affaire particulière, il appartient alors à la Cour de

<sup>41</sup> Convention Européenne des Droits de l'Homme, art. 53, « *Aucune des dispositions de la présente convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie* ».

<sup>42</sup> *Bayev et autres c. Russie*, n° 67667/09, 20 juin 2017, § 70.

<sup>43</sup> Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement des Nations unies, Le Caire, 5-13 septembre 1994.

<sup>44</sup> *A., B. et C., op. cit.*, § 249.

<sup>45</sup> *Ibid.*, § 249 ; *R. R. c. Pologne*, n° 27617/04, 26 mai 2011, § 187 ; *P. et S. c. Pologne, op. cit.*, § 99 ; *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, 20 mars 2007, § 116.



« contrôler si la mesure litigieuse atteste d'une mise en balance proportionnée des intérêts concurrents en jeu<sup>46</sup> ».

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<sup>47</sup> ». De fait, « la grossesse ne peut pas être considérée comme relevant uniquement de la sphère de la vie privée<sup>48</sup> » 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<sup>49</sup> ».

D'autres droits et intérêts légitimes sont en jeu. Outre ceux de l'enfant à naître<sup>50</sup>, la Cour a pu identifier l'intérêt légitime de la société à limiter le nombre d'avortements<sup>51</sup> ou à protéger la morale<sup>52</sup>. 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 dégradants<sup>53</sup>. Elle reconnaît également que le droit au respect de la vie familiale du « père potentiel<sup>54</sup> » et de la grand-mère potentielle<sup>55</sup> 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'avortement<sup>56</sup>. Elle a encore reconnu que d'autres droits peuvent être affectés dans des situations spécifiques, comme la liberté de conscience des professionnels de santé<sup>57</sup> ainsi que l'autonomie et l'éthique des institutions médicales<sup>58</sup>.

7

## **B. L'avortement en raison du handicap viole le principe de non-discrimination**

Le principe de non-discrimination s'applique de manière quasi autonome, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une violation de la Convention, dès lors que la matière en cause « tombe » dans le champ de la Convention<sup>59</sup>. Il n'est donc pas nécessaire de considérer le fœtus comme une *personne* au titre de la Convention pour appliquer le principe de non-discrimination à la pratique de l'avortement pour motif de handicap. Il suffit de considérer que sa vie, et cette pratique, entrent dans le champ d'application de la Convention, ce qui est le cas.

Selon le **Comité des droits des personnes handicapées des Nations unies (CDPH)**, « Les lois qui autorisent explicitement l'avortement en raison d'un handicap violent la Convention des droits des personnes handicapées », notamment parce que ce type d'avortement « perpétue le préjugé selon lequel

<sup>46</sup> *A., B. et C., op. cit.*, § 238.

<sup>47</sup> *Tysiack, op. cit.*, § 106 ; *Vo, op. cit.* §§ 76, 80 et 82 ; *A., B. C., op. cit.*, § 213.

<sup>48</sup> *Brüggemann, op. cit.*, §§ 59- 61 et *Boso, op. cit.* (traduction non officielle).

<sup>49</sup> *Ibid.*, § 61.

<sup>50</sup> *Tysiack, op. cit.*, § 106 ; *Vo, op. cit.*, §§ 76, 80 et 82 ; *A., B. C., op. cit.*, § 213.

<sup>51</sup> *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, 13 février 2003, § 45.

<sup>52</sup> *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.

<sup>53</sup> Voir : *Boso, op. cit.*

<sup>54</sup> *X. c. Royaume-Uni*, n° 7215/75, 5 novembre 1981.

<sup>55</sup> *P. et S., op. cit.*

<sup>56</sup> *Csoma c. Roumanie*, n° 8759/05, 15 janvier 2013.

<sup>57</sup> *Tysiack, op. cit.*, § 121 ; *R. R., op. cit.*, § 206.

<sup>58</sup> *Rommelfanger c. RFA* (déc.), n° 12242/86, 6 septembre 1989.

<sup>59</sup> Voir, par exemple, *Sommerfeld c. Allemagne* [GC], n° 31871/96, 8 juillet 2003. § 53 ; *A.H. et autres c. Russie*, n° 6033/13 et 15 autres, 17 janvier 2017, § 380.

*le handicap serait incompatible avec une vie heureuse*<sup>60</sup> ». Pour le Comité, l'avortement en raison du handicap est en soi une discrimination qui stigmatise les personnes handicapées.

Depuis 2011, ce Comité a déjà jugé à propos de l'Espagne, de l'Autriche et de la Hongrie, que le handicap du fœtus ne doit pas faire l'objet d'un régime spécifique d'avortement, s'agissant notamment du délai légal qui, dans certains pays, peut être très tardif en cas de handicap<sup>61</sup>. Le Comité a aussi recommandé au Royaume-Uni « *de modifier sa loi sur l'avortement en conséquence* », estimant que « *les droits des femmes à l'autonomie reproductive et sexuelle doivent être respectés sans légaliser l'avortement sélectif sur la base de la déficience du fœtus*<sup>62</sup> ».

Cette position est conforme à l'intention des rédacteurs de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, mais aussi de la Déclaration universelle des droits de l'homme. En effet, durant sa rédaction, la diplomate danoise Bodil Begtrup proposa de prévoir une exception au respect du droit à la vie afin de permettre la « *prévention de la naissance d'enfants handicapés mentalement* » et d'enfants « *nés de parents souffrant de maladie mentale*<sup>63</sup> ». Cette proposition fut rejetée, en raison notamment de sa similitude avec la législation nazie.

De façon très explicite, **la Rapporteuse Spéciale de l'ONU sur les droits des personnes handicapées**, Mme Catalina Devandas Aguilar, a dénoncé dans son rapport au Conseil des droits de l'homme de 2020<sup>64</sup> l'idéologie selon laquelle il existerait « *Des vies qui ne vaudraient pas la peine d'être vécues* », faisant écho au titre de l'ouvrage de Binding et Hoche de 1920 ayant fondé la politique eugéniste nazie. Mme Devandas Aguilar est elle-même atteinte de spina-bifida, un motif majeur d'avortement ; elle fut l'une des principales rédactrices de la Convention sur les droits des personnes handicapées.

Ainsi, la Convention relative aux droits des personnes handicapées, s'oppose à ce que le handicap ou l'état de santé soit un motif spécifique d'avortement, car cela constitue une discrimination en fonction du handicap. La législation relative à l'avortement doit s'appliquer de façon égale aux enfants à naître, quel que soit leur état de santé. Il doit y avoir égalité de traitement, que l'accès à l'avortement soit restreint, comme en Pologne, ou très large, s'agissant notamment des délais. Toutefois, le CDPH fait remarquer que cette interdiction s'impose à l'État, mais n'empêche pas les parents d'avorter, compte tenu du handicap de l'enfant, en particulier lorsque le handicap de l'enfant met en danger la vie ou la santé de la mère.

La position du CDPH ne diffère pas de celle du Tribunal constitutionnel polonais qui a affirmé en substance, dans son jugement du 22 octobre 2020, que le simple fait d'un handicap ou d'une maladie incurable de l'enfant en phase prénatale, lié à des considérations d'ordre eugénique ou portant sur l'éventuel inconfort de vie de l'enfant malade, ne peut pas décider seul de l'admissibilité de l'interruption de grossesse<sup>65</sup>.

Il peut être observé que la même approche est adoptée par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) à l'encontre de l'avortement sélectif selon le sexe (*gendercide*)<sup>66</sup>, qui est condamné en tant que discrimination.

---

<sup>60</sup> Comité des Droits des Personnes Handicapées (CDPH), « Commentaires sur le projet d'Observation générale n°36 du Comité des droits de l'homme sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques » (trad. libre), 2018, accessible [en ligne](#).

<sup>61</sup> CDPH, Conclusion des observations sur l'Espagne, 2011, § 17 et § 18 ; Conclusion des observations sur l'Autriche, 2013, § 14 et § 15 ; Conclusion des observations sur la Hongrie, 2012, § 17 et § 18.

<sup>62</sup> CDPH, Conclusion des observations sur le Royaume-Uni et l'Irlande du Nord, 2017, § 12 et § 13.

<sup>63</sup> ONU Femmes, Proposition du Groupe de travail de la Commission sur le statut des femmes, Travaux préparatoires, E/CN.4/SR.35, p. 1266.

<sup>64</sup> Conseil des droits de l'homme, 43<sup>e</sup> session, 24 février-20 mars 2020, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, doc. A/HRC/43/41.

<sup>65</sup> Voir Tribunal constitutionnel, jugement du 22 octobre 2020, affaire K 1/20, § 163.

<sup>66</sup> Comité pour l'Élimination de la Discrimination à l'égard des Femmes, *Observations finales : Chine*, §17-18, ONU. Doc. CEDAW/C/CHN/CO/6 (2006); Carole J. Petersen, Justice Reproductive, Public Policy, and Abortion on the Basis of Fetal Impairment: Lessons from International Human Rights Law and the Potential Impact of the

**Le Comité des droits de l'homme des Nations unies** a modifié sa position concernant l'avortement eugénique, abandonnant progressivement la référence au handicap comme motif spécifique d'exception à l'avortement, au profit de la référence à la seule non-viabilité. En effet, sa position antérieure consistait à estimer que les États n'ont pas l'obligation conventionnelle de légaliser l'avortement, mais doivent toutefois prévoir des exceptions « *en cas de viol, d'inceste, de danger pour la vie ou la santé de la mère, ou de non viabilité du fœtus due à une malformation [fetal unviability due to an abnormality]*<sup>67</sup> ». Dans des Observations plus récentes, le Comité des droits de l'homme n'a plus fait référence à la malformation, indiquant que l'avortement devrait être possible lorsque l'enfant est « non-viable<sup>68</sup> ».

La position du Comité des droits de l'homme reste en deçà des exigences du Comité des droits des personnes handicapées qui s'oppose à l'avis selon lequel les déficiences létales du fœtus devraient être un motif spécifique d'avortement, notant que « *Même si l'état est considéré comme fatal, il y a toujours une décision prise sur la base de la déficience. Souvent, il est impossible de dire si une déficience est fatale. L'expérience montre que les évaluations sur les conditions de déficience sont souvent fausses*<sup>69</sup> ».

Le Gouvernement polonais semble vouloir s'aligner sur la position du Comité des droits de l'homme puisque, le 30 octobre 2020, il a déposé un projet de loi prévoyant la possibilité de recourir à l'avortement en cas de non-viabilité du fœtus.

Il faut encore souligner que dans sa décision d'octobre 2020, le Tribunal Constitutionnel incite le législateur à instaurer des mesures d'aide aux familles élevant un enfant handicapé. Il juge en effet que « *Le législateur ne peut pas faire peser sur la seule mère la charge d'élever un enfant atteint d'un handicap grave et irréversible ou d'une maladie incurable, car c'est avant tout aux pouvoirs publics et à la société dans son ensemble qu'il incombe de s'occuper des personnes se trouvant dans les situations les plus difficiles* » (§ 184).

Outre des aides financières aux personnes handicapées, notamment dans le cadre du programme « *Rodzina 500 +* »<sup>70</sup>, des campagnes de sensibilisation ont cours, avec le soutien du Gouvernement, pour favoriser notamment l'accueil, la formation, l'emploi et la non-discrimination des personnes handicapées. C'est le cas notamment des campagnes « *Stop Barrierom* », « *Niewidzialna Niepełnosprawność* » (Handicap invisible), « *Poczta Polska bez barrier* ».

## **C. L'interdiction de la torture requiert celle de l'avortement eugénique tardif**

### **1. L'angoisse des requérantes n'est pas une torture au sens de la Convention**

*L'angoisse des requérantes est causée par la peur du handicap*

L'angoisse des requérantes est causée par la peur du handicap, non par l'interdiction de l'avortement eugénique. Le fait que certaines personnes souffrent d'une caractéristique de leurs enfants (potentiels), qu'il s'agisse du handicap, du sexe, de la couleur ou autre, n'est pas causé par l'absence d'un droit

---

Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 28 J.L. & Health 121 (2015) available at <http://engagedscholarship.csuohio.edu/jlh/vol28/iss1/7>

<sup>67</sup> Comité des droits de l'homme, Conclusion des observations sur le Honduras, 2017, § 17.

<sup>68</sup> Comité des droits de l'homme, Conclusions des observations sur la Jordanie, 2017, § 21; Conclusion des observations sur l'Île Maurice, 2017, § 16; Conclusion des observations sur le Cameroun, 2017, § 22; Conclusion des observations sur la RDC, 2017, § 22; Conclusion des observations sur la République Dominicaine, 2017, § 16.

<sup>69</sup> CDPH, Commentaires sur le projet d'Observation générale n°36 du Comité des droits de l'homme sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 2018, accessible [en ligne](#).

<sup>70</sup> Voir p. ex. Marlena Słupińska-Strysik, « 500 plus dla niepełnosprawnych », 4 mai 2021 ([en ligne](#)) ; Luiza Beblot, « Zamiast 500+ nawet 1500+. Kto może skorzystać na zmianach? », Dzień dobry tvn, 29 janvier 2021 : <https://dziendobry.tvn.pl/newsy/1500-na-dziecko-niepełnosprawne-poslowie-proponuja-zmiane-w-programie-500-da326705-5317578>

d'avorter les enfants possédant cette caractéristique, mais par l'intolérance et la discrimination, encouragées par la société s'agissant du handicap. Face à la peur du handicap, il convient non pas de supprimer les personnes handicapées, mais les préjugés.

Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, l'avortement n'est pas la seule réponse à la peur du handicap, et encore moins une réponse requise par les droits de l'homme. À l'inverse, face à la peur du handicap, la Pologne s'est engagée dans des campagnes de sensibilisation.

#### *L'angoisse des requérantes n'est pas imputable à l'Etat*

L'angoisse des requérantes est causée par la peur d'avoir un enfant handicapé ; or cette peur, pas plus que le handicap, n'est imputable à l'État.

En outre, la grossesse n'est pas une fatalité dont l'État aurait l'obligation de protéger les femmes. L'État, en revanche, suite à l'interdiction de l'avortement eugénique, a considérablement accru les aides publiques aux personnes handicapées et à leurs proches. L'avortement n'est pas la seule réponse au handicap.

#### *L'angoisse des requérantes est relative*

Les requérantes n'apportent pas la preuve de leur angoisse, ni des éléments objectifs permettant de l'évaluer et de démontrer qu'elle atteint le seuil requis à l'application de l'article 3. Rappelons d'abord que pour qu'il y ait atteinte aux droits des requérantes protégés à l'article 3, il faudrait d'abord qu'il y ait un mauvais traitement. Aucun soin médical n'a été refusé aux requérantes, ni même aucun avortement. Les requérantes ne sont donc pas victimes d'un traitement prohibé par l'article 3.

En outre, un mauvais traitement doit atteindre un seuil minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3<sup>71</sup>. En général, un tel traitement implique des lésions corporelles ou de vives souffrances physiques ou mentales<sup>72</sup>. En deçà de telles conséquences, la Cour a pu parfois qualifier tout de même des traitements de « dégradants », en évaluant non uniquement le traitement lui-même mais aussi ses conséquences subjectives. En ce cas, pour être qualifié de « dégradant », il faut au moins que le traitement « suscite chez l'intéressé des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à briser sa résistance morale et physique<sup>73</sup> ». Par ailleurs, pour la Cour, l'article 3 est « une valeur de civilisation étroitement liée au respect de la dignité humaine<sup>74</sup> ».

Dans *A, B et C c. Irlande*, la Grande chambre a considéré que des restrictions légales en matière d'avortement, y compris son interdiction, ne pouvaient pas en elles-mêmes être envisagées sous l'angle de l'article 3<sup>75</sup>. Les griefs des requérantes tirés de l'article 3 de la Convention avaient alors été rejetés pour défaut manifeste de fondement.

Les requérantes n'apportent pas davantage la preuve que la souffrance causée à la femme par l'hypothèse de la naissance d'un enfant handicapé soit pire que celle subie par l'enfant durant son avortement tardif (cf. *infra*). À cet égard, la Cour a déjà considéré que l'impact psychologique de l'avortement est « d'un élément par nature subjectif, personnel et impossible à étayer par des preuves documentaires ou objectives claires<sup>76</sup> ». En revanche, les souffrances subies par le fœtus sont établies scientifiquement. En outre, à la différence de ce que soutiennent les requérantes, des témoignages de parents attestent qu'il est moins violent pour l'enfant et ses parents de laisser l'enfant naître et mourir naturellement.

#### *Les pères sont ignorés dans ces requêtes*

Les requérantes agissent auprès de la Cour comme si les enfants hypothétiques seraient sans père. Or, un père peut assumer ses responsabilités et soutenir sa femme dans l'accueil d'un enfant handicapé, tout

<sup>71</sup> *Muršić c. Croatie* [GC], n° 7334/13, 20 octobre 2016, § 97.

<sup>72</sup> *Ibid.*, § 98.

<sup>73</sup> *Ibid.* Voir aussi, entre autres, *Idalov c. Russie*, [GC], n° 5826/03, 22 mai 2012, § 92 ; *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, 29 avril 2002, § 52, ainsi que *Ananyev et autres*, n° 42525/07 et 60800/08, 10 janvier 2012, § 140, et *Varga et autres c. Hongrie*, n° 73957/01, 10 mars 2015, § 70.

<sup>74</sup> *Bouyid c. Belgique* [GC], n° 23380/09, 2015, § 81.

<sup>75</sup> *A, B et C, op. cit.*, § 165.

<sup>76</sup> *Ibid.*, § 126.

comme il peut aussi souffrir terriblement de la décision unilatérale prise par la femme d'avorter leur enfant. Il se peut aussi que le père propose à la mère d'élever seul l'enfant handicapé si celle-ci n'en veut pas.

## 2. La souffrance causée par l'avortement tardif est une torture

L'interdiction de la torture et des traitements inhumains n'exige pas la légalisation de l'avortement, mais plutôt son interdiction, surtout lorsque l'on considère les conditions de l'avortement eugénique qui est le plus souvent pratiqué tardivement, après le diagnostic du handicap.

### a. La protection de l'article 3 bénéficie à l'enfant à naître

Dans l'affaire *H. c. Norvège*<sup>77</sup>, l'ancienne Commission européenne, saisie par un père se plaignant de la souffrance infligée à son enfant à naître par l'avortement de celui-ci, a accepté de faire application de l'article 3 à l'enfant. Elle a considéré la requête mal fondée à défaut de preuve des souffrances du fœtus : « *La Commission n'a été saisie d'aucun élément pouvant étayer les allégations du requérant quant à la douleur infligée au fœtus [...] Vu les modalités décrites pour l'avortement en question, la Commission n'estime pas que l'affaire révèle une quelconque apparence de violation de l'article 3 de la Convention.* »

À présent, cette souffrance du fœtus est scientifiquement prouvée, s'agissant en particulier de l'avortement eugénique qui est généralement pratiqué tardivement durant la grossesse, jusqu'à l'accouchement.

### b. L'avortement tardif est une torture

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-Uni<sup>78</sup>) 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 fetus and newborn*<sup>79</sup>.

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 de 87 %, autrement dit il y a 13 % « d'échecs » par lesquels l'enfant naît alors vivant et parfois viable<sup>80</sup>. Dans ce cas, il est abandonné à la mort, ou tué, généralement par asphyxie ou par injection d'anesthésiant utilisé pour la péridurale.

---

<sup>77</sup> *H. c. Norvège, op. cit.*

<sup>78</sup> Ministère de la Santé du Royaume-Uni, "Abortion Statistics, England and Wales: 2011", National Statistics, May 2012, page 22, tableau 8.

<sup>79</sup> Le document est accessible sur le [site de l'OMS](#).

<sup>80</sup> Nucatola D, Roth N, Gatter M., "Une étude pilote randomisée sur l'efficacité et les profils d'effets secondaires de deux doses de digoxine comme fœticide lorsqu'elles sont administrées par voie intra-amniotique ou intrafœtale avant un avortement chirurgical du deuxième trimestre.", janvier 2010 81(1):67-74.



Dans certains pays, comme le Royaume Uni, les Pays-Bas et le Canada, la méthode de « dilatation-évacuation » est employée<sup>81</sup>. Elle consiste à dilater le col de l’utérus puis à extraire avec une pince les membres du fœtus. 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 fœtus, cela signifie que le fœtus était vivant pendant qu’il était démembré.

Des études scientifiques montrent que le fœtus est sensible au toucher dès 8 semaines, et qu’il ressent la souffrance dès la 14<sup>e</sup> semaine<sup>82</sup>. À 20 semaines, il a ses « *structures physiques nécessaires pour éprouver de la douleur* »<sup>83</sup>. 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* »<sup>84</sup>. Une étude publiée en 2020 dans le *Journal of Medical Ethics* prouve que le fœtus peut ressentir la douleur dès le quatrième mois de la grossesse. Son auteur principal, le Pr. Stuart Derbyshire, a travaillé comme consultant pour *Planned Parenthood* et le *Pro-choice forum* au Royaume-Uni<sup>85</sup>. Une autre étude, parue en 2020 dans *Nature*, confirme la capacité des fœtus à ressentir la douleur, même en l’absence de cortex cérébral, dès lors que les structures subcorticales pour la perception de la douleur sont présentes<sup>86</sup>.

La souffrance fœtale, et même embryonnaire, des mammifères est reconnue en droit européen. La directive 2010/63/UE relative à la protection des animaux utilisés à des fins scientifiques<sup>87</sup> reconnaît qu’il est « *scientifiquement démontré* » que les « *formes fœtales des mammifères* » ont « *une aptitude à éprouver de la douleur, de la souffrance de l’angoisse* » (§ 6), même avant le troisième tiers de la grossesse. Cela justifie de leur appliquer, dès avant la naissance la protection de la directive 2010/63/UE. Ainsi, l’avortement tardif, pratiqué sur les humains, ne serait pas accepté s’il était pratiqué sur des animaux.

---

<sup>81</sup> Ministère de la Santé du Royaume-Uni, Abortions Statistics, England and Wales: 2013, Table 7a p. 25, publiées en 2014.

<sup>82</sup> *Pain of the Unborn: Hearing before the Subcomm. on the Constitution, Comm. on the Judiciary House of Rep.*, 109<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>ère</sup> Session, n° 109-57, 15 (1<sup>er</sup> novembre 2005) ; Pain-capable Unborn Child Protection Act, H.R. 36, 114<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>ère</sup> Session, §2 (6) (14 mai 2015).

<sup>83</sup> Glover V. “Le fœtus peut ressentir de la douleur à partir de 20 semaines” (trad. libre), in: *The Fetal Pain Controversy, Conscience*. 25:3 (2004) 35-37.

<sup>84</sup> 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 1 Gynaecology 881 (1999).

<sup>85</sup> Derbyshire SWG, Bockmann JC., *Reconsidering foetal pain*, J Med Ethics 2020;46:3–6.

<sup>86</sup> Bellieni, C.V. “Analgesia for fetal pain during prenatal surgery: 10 years of progress”, *Pediatric Research* (2020) ([en ligne](#)).

<sup>87</sup> 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.