OBSERVATIONS ÉCRITES

soumises à la Cour européenne des droits de l'homme

dans l'affaire

M.L. contre la Pologne

(n° 40119/21)

Grégor Puppinck, Directeur de l'ECLJ

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

Mohammed Al Tarawneh, Président du Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies (2009-2016)

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)

Richard A. Falk, Rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme dans les TPO (2008-2014)

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)

Antonella Mularoni, Juge à la Cour (2001-2008)

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)

21 Mars 2022

CENTRE EUROPEEN POUR LE DROIT ET LA JUSTICE
4, Quai Koch, 67000 STRASBOURG, FRANCE – Tél : +33 (0) 3 88 24 94 40 – Fax : +33 (0)3 88 22 74 12

Ces Observations écrites sont également soutenues par :

Les associations Aktion Lebensrecht für Alle e.V., Asociación Española de Abogados Cristianos, Asociația Down Art Therapy, Asociația PRO VITA București, Center for Family and Human Rights (C-Fam), Federation of Catholic Family Associations in Europe (FAFCE), Femina Europa, Global Center for Human Rights, Inštitút pre ľudské práva a rodinnú politiku, o.z., International Solidarity and Human Rights Institute (ISHRI), Jeden z Nas, Juristes pour l'enfance, Polish Federation of pro-life and pro-family movements, Priests for Life, Promoción de los Derechos Civiles (PRODECI), Pro Vita & Famiglia, Unione Giuristi Cattolici Italiani et World Youth Alliance ;

Les universitaires Michel Bastit, Stéphane Caporal-Greco, Ligia D. Castaldi, Cyrille Dounot, Jean-Michel Lemoyne de Forges, Ana María Idárraga, Juana Acosta-López, Giovanna Razzano, Brian Scarnecchia et Pilar Zambrano ; les magistrats émérites Marie-Josèphe Beraudo et Isabelle Tribou ; les avocats et juristes Nicolas Bauer, André Bonnet, Françoise Besson, Victor-Vincent Dehin, Cécile Derains, Éric Dhorne, Kenneth C Fogarty, Guy de Foresta, Michał Górski, Guy Grosse, Priscille Kulczyk, Benoît de Lapasse, Gaëlle Lionel-Marie, Delphine Loiseau, Jean Paillot, Santiago Muzio de Place, Geoffrey Sumner, Jean-Baptiste de Varax et Geoffroy de Vries.

Le Centre européen pour le droit et la justice est une organisation non-gouvernementale internationale dédiée à la promotion et à la protection des droits de l'homme en Europe et dans le monde. L'ECLJ est titulaire du statut consultatif spécial auprès des Nations-Unies/ECOSOC depuis 2007.

L'ECLJ agit dans les domaines juridiques, législatifs et culturels en mettant en œuvre une stratégie efficace de sensibilisation, d'information et d'actions juridiques. L'ECLJ défend en particulier la protection des libertés religieuses, de la vie et de la dignité de la personne auprès de la Cour européenne des droits de l'homme et au moyen des autres mécanismes offertes par l'Organisation des Nations Unies, le Conseil de l'Europe, le Parlement européen, et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE).

L'ECLJ fonde son action sur « *les valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun des peuples [européens] et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable* » (Préambule du Statut du Conseil de l'Europe).

L'ECLJ déclare agir dans cette affaire de sa propre initiative, bénévolement, et n'avoir aucun conflit d'intérêt.

Résumé des observations

À titre principal

Considérant que la Convention, telle qu'interprétée par la Cour européenne, permet aux États « *de considérer l'enfant à naître comme une personne* [au sens de la Convention] *et protéger sa vie*[1] » ;

Considérant que la Pologne a fait ce choix en accordant une protection constitutionnelle à la vie de l'enfant à naître et en lui reconnaissant la qualité de sujet de droit ;

Considérant que, dès lors, la Cour doit faire application de la Convention européenne, à l'égard de la Pologne, comme s'appliquant à l'enfant à naître, conformément aux articles 2 et 53 de la Convention et à l'article 27 de la Convention d'Oviedo ;

Il en résulte que la requête est incompatible *rationae materiae* avec la Convention car elle met en cause l'impossibilité de mettre fin à la vie d'un enfant à naître, considéré en l'espèce comme une « personne » au sens de la Convention.

La requête visant en outre à réduire la protection et les droits dont bénéficient les enfants à naître en Pologne, elle correspond à la définition de l'abus de droit prohibé à l'article 17 de la Convention.

À titre subsidiaire

Considérant que la Convention ne garantit pas de droit à l'avortement ;

Considérant que les États qui décident de légaliser l'avortement doivent, ce faisant, respecter les droits et libertés garantis par la Convention, parmi lesquels la protection contre la discrimination ;

À supposer que la Cour estime que l'abolition de l'avortement eugénique constitue une ingérence dans les droits conventionnels de la requérante, une telle ingérence poursuivrait le but légitime et serait nécessaire à la protection de la vie, du respect de la dignité et de la non-discrimination des personnes handicapées, conformément notamment à la Convention des Nations unies sur les droits des personnes handicapées.

Au surplus, l'abolition de l'avortement eugénique est sans préjudice de la faculté d'avorter en Pologne au titre de l'exception prévue par la loi du 7 janvier 1993 sur le planning familial et applicable lorsqu'il est médicalement constaté que la poursuite de la grossesse mettrait en danger la vie ou la santé physique ou psychique de la femme.

Il en résulte que la requérante aurait pu avorter en Pologne si elle avait demandé à un médecin de constater que la poursuite de la grossesse mettait en danger sa santé.

La requérante n'a pas usé de cette faculté ; elle n'a pas davantage usé des voies de recours internes.

À titre très subsidiaire

L'angoisse de la requérante n'est pas imputable à la Pologne, mais à sa volonté d'avorter ;

À supposer qu'elle le soit, elle n'atteint pas le seuil requis pour l'application de l'article 3 ayant pu avorter dès le lendemain du jour prévu ;

En revanche, l'avortement tardif pratiqué aux Pays-Bas par démembrement du bébé constitue une torture et la véritable violation de la Convention en l'espèce, en plus de constituer une discrimination.

[1] *A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, 16 décembre 2010, § 222, confirmant *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, 8 juillet 2004.

Avertissements préalables

1. L'ECLJ ne doute pas de l'épreuve causée par l'annonce du handicap de l'enfant de la requérante et par son avortement, et compatit.

2. Cette affaire ne porte pas sur les restrictions générales portées par la Pologne à la pratique de l'avortement, mais sur les conséquences pour la requérante de l'abolition de l'avortement eugénique.

3. L'avortement a été introduit en Pologne pour la première fois par un décret de A. Hitler du 9 mars 1943 en tant que « *mesure de sécurité pour le peuple allemand* » afin de limiter la démographie de ce peuple. L'avortement fut ensuite promu durant l'occupation soviétique avec des intentions idéologiques et politiques. L'avortement n'est donc pas considéré généralement en Pologne comme une pratique libérale, à l'instar de l'Europe occidentale, mais au contraire comme une pratique anti-polonaise imposée depuis l'étranger, par les occupants nazis puis soviétiques.

Plan

4. Nous verrons tout d'abord que la requête est irrecevable *rationae materiae* car la Pologne reconnaît à l'enfant à naître la qualité de sujet de droit, et lui accorde par conséquent la protection de son droit au respect de la vie au titre de la Convention (I).

5. Nous verrons ensuite, à titre subsidiaire, que la Pologne peut légitimement abolir l'avortement eugénique au regard de la Convention européenne, et que cette abolition constitue même une obligation au titre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (II).

6. Nous verrons enfin, à titre très subsidiaire, que l'angoisse de la requérante n'est pas imputable à la Pologne, et à supposer qu'elle le soit, elle n'atteint pas le seuil requis à l'application de l'article 3. En revanche, l'avortement tardif tel que pratiqué aux Pays-Bas par démembrement du fœtus constitue une torture (III).

7. L'enjeu de cette affaire est considérable et mérite un renvoi en Grande Chambre. Il s'agit de déterminer si l'avortement eugénique des enfants handicapés est un droit de l'homme, ou si, au contraire, il peut ou doit encore être considéré comme une violation des droits de l'homme et des valeurs de la Convention.

I. À TITRE PRINCIPAL : LA REQUÊTE EST IRRECEVABLE *RATIONAE MATERIAE*

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

8. 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*[1] et *H. contre Norvège*[2], 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*[3] ». Dans l'affaire *H c. Norvège*, la Commission EDH « *n'exclut pas que dans certaines conditions* »… « *le fœtus peut bénéficier d'une certaine protection au regard de la première phrase de l'article 2*[4] ». Le Président Jean-Paul Costa expliquait en ce sens dans l'affaire *Vo c. France* 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*

[1] *Brüggemann et Scheuten c. République Fédérale d'Allemagne*, n° 6959/75, 19 mai 1976, § 60.
[2] *H. c. Norvège* (déc.), n° 17004/90, 19 mai 1992, p. 167.
[3] *Vo, op. cit.*, § 75.
[4] *H. c. Norvège*, p. 181 *op. cit.*

disposition[5] ». 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[6].

9. À plusieurs reprises, la Cour a reconnu que l'embryon – et a fortiori le fœtus humain - est « autrui » au sens de **l'article 8** § 2 de la Convention, dès lors que la protection de la potentialité dont il est porteur peut être rattachée au but consistant à protéger les « droits et libertés d'autrui » (Cf *Costa et Pavan c. Italie* no 54270/10, 28 août 2012, § 59 et *Parrillo c Italie*, [GC], no 46470/11, 25 aout 2015, § 167). Il en résulte, comme le souligne le Juge Pinto de Albuquerque, que « *l'embryon est un « autrui », un sujet doté d'un statut juridique qui peut et doit être mis en balance avec le statut juridique des géniteurs* » (opinion concordante sous Parrillo, § 31).

10. La Cour a aussi reconnu l'applicabilité à l'enfant - avant la naissance - d'autres dispositions conventionnelles, en particulier les **articles 3** et 8 dans des affaires où le père dénonçait la torture subie par l'enfant durant l'avortement[7] et l'atteinte au respect de leur vie familiale[8]. La Grande Chambre de la Cour a aussi jugé à l'unanimité que « les embryons humains ne sauraient être réduits à des « biens » au sens de cette disposition ».

11. D'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme visent l'enfant à naître. La Convention américaine relative aux droits de l'homme adoptée le 22 novembre 1969 dispose que « Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie » (art. 4.1). De même, la Convention relative aux droits de l'enfant a été adoptée le 20 novembre 1989 « Ayant à l'esprit que, comme indiqué dans la Déclaration des droits de l'enfant, ''l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance'' » (préambule de la CIDE).

12. Notons que en 1948, l'Association Médicale Mondiale[9] prit l'initiative d'actualiser le Serment d'Hippocrate par l'ajout 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* ».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, hors cas de danger pour la mère. En 1979, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) reconnaissait « *Les droits de chaque enfant à la vie dès le moment de sa conception*[10] » et soulignait, quelques années plus tard, « *que dès la fécondation de l'ovule, la vie humaine se développe de manière continue*[11] ».

2. Les États peuvent reconnaître à l'enfant à naître la qualité de « personne » au sens de la Convention et le protéger

13. Même si la Cour n'exclut 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*[12] » 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***

[5] Opinion séparée dans *Vo, op. cit.*, § 10.
[6] Voir par exemple *Şentürk*, n° 13423/09, 9 avril 2013, § 107.
[7] *H. c. Norvège, op. cit.*
[8] *Ibid.* ; *Boso c. Italie*, n° 50490/99, 5 septembre 2002.
[9] 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* ».
[10] APCE, Recommandation 874 (1979) du 4 octobre 1979 relative à une Charte européenne des droits de l'enfant.
[11] 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.
[12] *Vo, op. cit.*, § 82.

sa vie[13] ». 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 actuellement l'avortement est distinct, et sans effet sur la faculté reconnue par la Cour aux États de fixer le point de départ du droit à la vie et de sa protection.

14. La Convention d'Oviedo pose, en son article 18, l'obligation aux États d'assurer « *une protection adéquate de l'embryon* ». Le rapport explicatif de la Convention d'Oviedo indique que « *La Convention ne définit pas le terme "toute personne" (en anglais "everyone").* (…). *En l'absence d'unanimité, parmi les États membres du Conseil de l'Europe, sur la définition de ces termes, il a été convenu de laisser au droit interne le soin éventuel d'apporter les précisions pertinentes aux effets de l'application de la présente Convention* » (§ 18). Le rapport ajoute que « *La Convention utilise aussi l'expression "être humain" en énonçant la nécessité de protéger l'être humain dans sa dignité et son identité. Il a été constaté qu'il est un principe généralement accepté selon lequel la dignité humaine et l'identité de l'espèce humaine doivent être respectées dès le commencement de la vie* » (§ 19).

15. 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 1er 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*[14]. » Cette reconnaissance a valeur constitutionnelle et repose sur les articles 30[15] et 38[16] 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).

16. La protection prénatale de la vie humaine est donc antérieure à la décision du Tribunal constitutionnel du 22 octobre 2020. Celle-ci a fait application du droit constitutionnel en vigueur à la question de l'avortement eugénique, et a en conséquence aboli cette pratique.

17. 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 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 », elle doit alors lui accorder la protection de sa vie et de sa dignité, ainsi que le bénéfice de la Convention européenne conformément à la doctrine de l'applicabilité conditionnelle de la Convention.

18. Le 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.

19. Le choix de la Pologne est en outre 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[17], ainsi

---

[13] *A, B et C, op. cit.*, § 222, confirmant *Vo, op. cit.*

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

[15] 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.* »

[16] Art. 38 de la Constitution polonaise : « *La République de Pologne garantit à tout homme la protection juridique de la vie* ».

[17] 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* ».

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 de la vie humaine 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[18].

20. Il en résulte que, en Pologne, les enfants à naître bénéficient du droit au respect de la vie garanti à l'article 2 de la Convention européenne. La Cour ne peut pas condamner ce choix de reconnaître l'enfant à naître comme un sujet ayant droit à la vie, et de le protéger.

3. La requête constitue un abus de droit

21. La requête met en cause l'abolition de l'avortement eugénique, et vise donc à réduire la protection et les droits dont bénéficient les enfants à naître en Pologne. Considérant que, en Pologne, les enfants à naître bénéficient de la protection de la Convention, la présente requête constitue donc un abus de droit prohibé à l'article 17 de la Convention, car elle vise à la « destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. »

II. À TITRE SUBSIDIAIRE : LA POLOGNE PEUT ABOLIR L'AVORTEMENT EUGÉNIQUE

1. L'absence de droit à l'avortement au titre de la Convention

22. Tant que l'embryon ou le fœtus humains seront reconnus comme des êtres vivants « *appartenant à l'espèce humaine*[19] », l'avortement ne pourra être ni une liberté, ni un droit, mais tout au plus une exception au droit à la vie. En effet, il est impossible de disposer d'une liberté ou d'un droit sur l'existence d'un être appartenant à l'espèce humaine, moins encore lorsque cet être bénéfice de la qualité de « personne » dans l'ordre juridique national. Comme la Cour l'a souligné à plusieurs reprises, « *la grossesse ne peut pas être considérée comme relevant uniquement de la sphère de la vie privée*[20] » 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*[21] ». L'avortement ne concerne pas seulement la vie privée de la femme, mais aussi et d'abord l'existence de l'enfant à naître.

23. Au fil de sa jurisprudence, la Cour européenne a précisé que la Convention ne garantit aucun droit à subir un avortement[22], ni de le pratiquer[23], ni même de concourir impunément à sa réalisation à l'étranger[24]. Elle a aussi jugé que l'interdiction de l'avortement ne viole pas, en soi, la Convention[25]. Ainsi, il n'existe pas de droit à pratiquer ni à subir un avortement au titre de la Convention européenne.

Historiquement, la question n'a jamais été de savoir si la Convention fait obligation aux États de légaliser l'avortement, mais si elle le tolère. Ce n'est que parce qu'un nombre croissant d'États a légalisé

[18] *Bayev et autres c. Russie*, n° 67667/09, 20 juin 2017, § 70.
[19] *Vo c. France, op. cit.*, § 84.
[20] *Brüggemann, op. cit.*, §§ 59-61 et *Boso, op. cit.* (traduction non officielle).
[21] *Ibid.*, § 61.
[22] *Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugal*, n° 16471/02, 26 octobre 2004.
[23] *Jean-Jacques Amy c. Belgique*, n° 11684/85, 5 octobre 1988.
[24] *Jerzy Tokarczyk c. Pologne*, n° 51792/99, 31 janvier 2002.
[25] 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.

l'avortement que la Commission, puis la Cour, ont estimé devoir tolérer cette pratique au regard de l'article 2, au titre de la marge d'appréciation.

24. Dès lors que la Convention ne contient pas de droit à l'avortement, elle ne fait pas obstacle, en soi, à la restriction des conditions d'accès à l'avortement prévues dans le droit national. La Cour peut seulement vérifier si les modalités de cette restriction ne portent pas une atteinte excessive à des droits et libertés garantis par la Convention.

2. Si un État décide de légaliser l'avortement, il doit le faire dans un cadre juridique qui respecte les droits et libertés garantis par la Convention

25. Même si les États peuvent légaliser l'avortement au titre de leur marge d'appréciation, 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* » (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)[26]. 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).

26. Selon la Cour européenne, le législateur national « *jouit d'une ample marge d'appréciation pour définir les circonstances dans lesquelles il autorise l'avortement*[27] », toutefois « *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*[28] ». Ainsi, si un État décide d'autoriser l'avortement, son cadre juridique doit respecter la Convention. Lorsqu'elle est saisie d'une affaire particulière, il appartient alors à la Cour de « *contrôler si la mesure litigieuse atteste d'une mise en balance proportionnée des intérêts concurrents en jeu*[29] ».

27. La Cour a déjà identifié plusieurs droits et intérêts mis en concurrence en cas d'avortement.

28. Il y a d'abord les droits 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*[30] », ou encore au regard de « *la nécessité légitime de protéger le fœtus* »[31]. Comme indiqué précédemment, la Cour fait application à l'enfant à naître des articles 2, 3 et 8 de la Convention. De nombreux textes européens et internationaux reconnaissent que la dignité de l'embryon et du fœtus doit être respectée. Par exemple, l**a Grande Chambre de la Cour de Justice de l'Union Européenne** (CJUE), dans l'arrêt *Brüstle/Greenpeace eV*, C-34/10, du 18 octobre 2011, a jugé que les êtres humains au stade embryonnaire bénéficient de la protection juridique accordée au titre du respect de la dignité humaine.

29. L'avortement ne se réduit pas à une confrontation entre les droits de la mère et ceux de l'enfant à naître ; il met aussi en cause les droits des tiers et des intérêts de la société. La Cour a ainsi identifié l'intérêt légitime de la société à limiter le nombre d'avortements[32], ainsi que l'intérêt de la société à protéger la morale[33].

---

[26] Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement des Nations unies, Le Caire, 5-13 septembre 1994.
[27] *A., B. et C., op. cit.*, § 249.
[28] *Ibid.*, § 249 ; *R. R. c. Pologne*, n° 27617/04, 26 mai 2011, § 187 ; *P. et S. c. Pologne*, n° 57375/08, 30 octobre 2012, § 99 ; *Tysiąc c. Pologne*, n° 5410/03, 20 mars 2007, § 116.
[29] *A., B. et C., op. cit.*,§ 238.
[30] *A., B. et C., op. cit.*, § 213, faisant référence à *Tysiąc, op. cit.*, § 106 ; *Vo, op. cit.* §§ 76, 80 et 82.
[31] *H. c. Norvège, op. cit.*, p. 182
[32] *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, 13 février 2003, § 45.
[33] *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.

30. La Cour reconnaît également que le droit au respect de la vie familiale du « *père potentiel*[34] » et de la grand-mère potentielle[35] est affecté par l'avortement de leur enfant ou petit enfant. Elle a aussi reconnu l'obligation pour l'État d'informer les femmes sur les risques liés à l'avortement[36]. Elle a encore reconnu que d'autres droits peuvent être affectés dans des situations spécifiques, comme la liberté de conscience des professionnels de santé[37] ainsi que l'autonomie et l'éthique des institutions médicales[38].

3. L'avortement en raison du handicap viole le principe de non-discrimination et porte atteinte à la dignité des personnes handicapées

31. 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[39]. Il n'est donc pas nécessaire de considérer l'enfant à naître 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.

32. Dès lors, la pratique de l'avortement ne doit pas être discriminatoire, en particulier fondée sur le sexe, la « race » ou l'état de santé de l'enfant à naître. La Cour n'a jamais eu l'occasion de juger de tels avortements discriminatoires pour la simple raison que les victimes directes de cette pratique sont mortes, et que leurs parents n'ont pas d'intérêt personnel à obtenir le constat de cette violation. Tel n'est pas le cas du Comité des droits des personnes handicapées des Nations unies dont le mandat permet de se prononcer directement sur les législations et les pratiques nationales.

33. 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 le handicap serait incompatible avec une vie heureuse*[40] ». Le Comité juge l'avortement en raison du handicap comme une discrimination qui stigmatise les personnes handicapées.

34. 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[41]. En 2019, le Comité a réitéré sa recommandation à l'Espagne visant à « Abolir toute distinction juridique quant à la période pendant laquelle une grossesse peut être interrompue en raison d'un risque de malformation fœtale… car ces dispositions contribuent à la stigmatisation du handicap, ce qui peut donner lieu à des discriminations ». (CRPD/C/ESP/CO/2-3). 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*[42] ».

35. Concernant d'autres pays, le CDPH a aussi dénoncé « Les attitudes discriminatoires à l'égard du handicap et les informations partiales données par les services d'appui psychosocial aux parents qui attendent un enfant, aboutissant à une interruption de grossesse, en particulier en cas de diagnostic de trisomie 21 et de spina bifida » (Turquie 2019 CRPD/C/TUR/CO/1).

---

[34] *X. c. Royaume-Uni*, n° 7215/75, 5 novembre 1981.
[35] *P. et S., op. cit.*
[36] *Csoma c. Roumanie*, n° 8759/05, 15 janvier 2013.
[37] *Tysiąc, op. cit.*, § 121 ; *R. R., op. cit.*, § 206.
[38] *Rommelfanger c. RFA* (déc.), n° 12242/86, 6 septembre 1989.
[39] Voir, par exemple, *Sommerfeld c. Allemagne* [GC], nº 31871/96, 8 juillet 2003. § 53 ; *A.H. et autres c. Russie*, nos 6033/13 et 15 autres, 17 janvier 2017, § 380.
[40] 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.
[41] 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.
[42] CDPH, Conclusion des observations sur le Royaume-Uni et l'Irlande du Nord, 2017, § 12 et § 13.

Tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ont ratifié la Convention sur les droits des personnes handicapées dont le Comité DPH est l'interprète authentique.

36. De façon très explicite, **la Rapporteur 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[43] 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.

37. 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 lorsque le handicap de l'enfant met en danger la mère.

38. 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*[44] ». Cette proposition fut rejetée en raison de sa similitude avec la législation nazie. En effet, par une circulaire secrète du 13 septembre 1934, le régime nazi autorisa l'avortement sur les femmes susceptibles d'engendrer une « descendance héréditairement malade[45] ». Cette circulaire faisait partie de la politique eugéniste nazie, avec la stérilisation et l'euthanasie des personnes handicapées. Elle fut abolie après-guerre, par respect pour les droits de l'homme.

39. 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[46].

40. 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*), qui est condamné en tant que discrimination[47]. De même, **le Fond des Nations Unies pour la Population** (UNFPA) reconnaît explicitement que l'avortement en raison du sexe est « une forme de discrimination[48] ». Il en est de même de **l'OMS** qui déclare, conjointement avec d'autres organisations, « *le déséquilibre de ration entre les sexes est une manifestation inacceptable de discrimination à l'égard des filles et des femmes et une violation de leurs droits fondamentaux.* »[49] **L'APCE** a aussi condamné l'avortement en fonction du sexe de l'enfant[50].

---

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

[44] ONU Femmes, Proposition du Groupe de travail de la Commission sur le statut des femmes, Travaux préparatoires, E/CN.4/SR.35, p. 1266.

[45] Benoît Massin, « Stérilisation eugénique et contrôle médico-étatique des naissances en Allemagne nazie : la mise en pratique de l'Utopie médicale », in Alain Giami, Henri Leridon, *Les enjeux de la stérilisation*, INED, 2000, p. 65.

[46] Voir Tribunal constitutionnel, jugement du 22 octobre 2020, affaire K 1/20, § 163.

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

[48] United Nations Population Fund, *Gender-Biased Sex Selection* (15 mars 2017), https://www.unfpa.org/gender-biased-sex-selection.

[49] *Preventing Gender-Biased Sex Selection: An Interagency Statement OHCHR, UNFPA, UNICEF, UN Women, and WHO, World Health Organization*, 12 (2011), https://tinyurl.com/yyjt84z9; see also Nandini Oomman and Bela R. Ganatra, Sex Selection: The Systematic Elimination of Girls, Reproductive Health Matters: An International Journal on Sexual and Reproductive Health and Rights, 183, (2002), https://tinyurl.com/y23n2ezq.

[50] APCE, Rés. 1829 03/10/2011 et Rec. 1979 03/10/2011, *La sélection prénatale en fonction du sexe*.

41. **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 d'avortement, au profit de la référence à la seule non-viabilité du foetus. 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]*[51] ». 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*[52] ».

42. 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*[53] ».

43. L'abolition de l'avortement eugénique est aussi conforme à, et même imposée par l'article 3.2 de la **Charte des droits fondamentaux de l'U.E.**, lequel dispose que « *Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés* : (…) - *l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes* ».

44. L'abolition de l'avortement eugénique est aussi conforme à, et imposée par la **Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme** (1997) qui interdit toute discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques, en disposant que « *Nul ne doit faire l'objet de discriminations fondées sur ses caractéristiques génétiques, qui auraient pour objet ou pour effet de porter atteinte à ses droits individuels et à ses libertés fondamentales et à la reconnaissance de sa dignité*. » (art. 6).

45. Selon le droit des traités et la pratique de la CEDH, la Convention européenne doit être interprétée et appliquée à la lumière de son objet et de son but, en tenant compte de « *toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* » (Convention de Vienne, art. 31(3)(c)). La CDPH, l'article 3.2 de la Charte des droits fondamentaux et la Déclaration universelle sur le génome humain sont des règles pertinentes dont la prise en compte permet d'expliciter les obligations internationales en matière d'eugénisme et de protection des personnes handicapées.

46. Il importe aussi d'éviter d'imposer à un État des obligations internationales contradictoires, ce qui serait le cas si la CEDH jugeait en faveur de la requérante, car la Pologne ne pourrait exécuter ce jugement qu'en violant ses autres obligations internationales.

47. La position adoptée par le Tribunal constitutionnel polonais n'est pas isolée. Elle est partagée non seulement par le Comité des droits des personnes handicapées des Nations unies (CDPH), mais aussi par un nombre croissant d'États, en particulier **aux États-Unis d'Amérique** qui interdisent l'avortement en fonction du sexe, de la race ou des caractéristiques génétiques.

48. Ainsi, en mai 2021, 12 États fédérés interdisent l'avortement sur la base d'un diagnostic de trisomie 21 : Arizona, Arkansas, Dakota du Nord, Dakota du Sud, Indiana, Kentucky, Louisiane, Mississippi, Missouri, Ohio, Tennesse et Utah[54].

49. À titre d'illustration, le texte de loi de l'Ohio dispose :

> "[n]o person shall purposely perform or induce or attempt to perform or induce an abortion on a pregnant woman if the person has knowledge that the pregnant woman is seeking the abortion, in whole or in part, because of … [a] test result indicating Down syndrome, … [a] prenatal

[51] Comité des droits de l'homme, Conclusion des observations sur le Honduras, 2017, § 17.
[52] 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.
[53] 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.
[54] K. Beck Johnson, J.D. and L. Grossberndt, Prenatal Nondiscrimination Acts: Why They Are Essential, *Family Research Council*, Issue Analysis, n° IS21E01, mai 2021, p. 5.

> diagnosis of Down syndrome, … [or a]ny reason to believe the unborn child has Down syndrome." Ohio Revised Code § 2919.10(B).

50. Très récemment, cette loi a été jugée conforme à la Constitution américaine par la Cour d'appel des États-Unis (6e circuit) dans la décision *Preterm-Cleveland v. McCloud*, 994 F.3d 512 (6th Cir. 2021). La loi du Tennessee, qui lui est quasiment identique, est également examinée par la même Cour d'appel et celle-ci a déjà annulé la suspension de l'application de la loi, d'ici à ce qu'elle se prononce sur le fond de l'affaire.

51. Plus généralement, six États fédérés ont interdit l'avortement fondé sur toute malformation génétique ou chromosomique chez l'enfant à naître[55] et six États fédérés ont interdit l'avortement demandé en raison de la race de l'enfant à naître[56]. Ce sont des interdictions de principe, fondées sur la lutte contre la discrimination raciale et l'eugénisme. Elles concernent avant tout le personnel médical qui ne doit pas pratiquer d'avortement lorsqu'il sait que la mère souhaite obtenir un avortement pour le motif discriminatoire interdit.

4. L'avortement reste possible en Pologne pour sauver la vie de la mère

52. La loi du 7 janvier 1993 sur le planning familial permet l'avortement, par exception, lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la vie ou la santé de la mère, y compris sa santé psychique. Cette exception est compatible avec l'application de l'article 2 à l'enfant à naître, car dans ce cas, la mort n'est pas infligée « intentionnellement » : elle est un *effet second*, non désiré, d'un acte médical visant le but premier, légitime et proportionné de sauver la mère. Un avortement visant à sauver la vie de la mère est compatible avec l'article 2. En revanche, cette exception n'est pas applicable lorsque l'avortement est demandé en raison des caractères propres de l'enfant, tels que son état de santé, sa « race » ou son sexe. Un tel avortement ayant pour *but premier* de supprimer l'enfant serait une violation de son droit à la vie, doublée d'une discrimination en fonction de son état de santé, sa « race » ou son sexe.

53. Pour une meilleure compréhension, il convient ici de rappeler qu'une exception doit toujours viser ultimement le but de la règle à laquelle elle fait exception. Ainsi, l'exception de légitime défense vise au respect de l'interdiction de (se faire) tuer. De même, l'exception au respect de la vie de l'enfant doit viser au respect de la vie de la mère, et non à la destruction de l'enfant pour elle-même.

54. En abolissant l'avortement en raison de l'état de santé de l'enfant, le juge Polonais a assuré la cohérence et l'effectivité de la protection du droit à la vie de l'enfant, sans toutefois interdire la faculté de pratiquer l'avortement pour sauver la mère. Il en résulte que la requérante aurait pu avorter en Pologne si elle avait demandé et obtenu d'un médecin le constat que la poursuite de la grossesse mettait en danger sa santé psychique. En pratique, des médecins délivrent de tels certificats médicaux. La requérante n'a pas usé de cette faculté ; elle n'a pas davantage usé des voies de recours internes. Elle ne peut donc pas reprocher *a posteriori* à la Pologne de ne pas avoir tenu compte de son état psychique pour l'autoriser à avorter en Pologne.

III. À TITRE TRÈS SUBSIDIAIRE : L'ANGOISSE DE LA REQUÉRANTE N'EST PAS IMPUTABLE À LA POLOGNE

1. L'angoisse de la requérante n'est pas imputable à la Pologne

55. Le fait générateur de l'angoisse de la requérante est sa peur et son rejet du handicap de son enfant. Peut-être aurait-elle eu moins peur si la population était davantage sensibilisée à l'accueil des personnes handicapées et informées sur la trisomie 21. Face à la peur du handicap, il convient de supprimer non pas les personnes handicapées, mais les préjugés.

---

[55] Le Dakota du Nord, l'Indiana, le Kentucky, la Louisiane, le Mississippi et l'Oklahoma. *Ibid.*, p. 6.
[56] L'Arizona, l'Indiana, le Kentucky, le Mississippi, le Missouri et le Tennessee, *Ibid.*, p. 7.

Lorsque, le 12 janvier 2021, la requérante a été informée de la trisomie de son enfant, elle ne pouvait pas ignorer le jugement du Tribunal constitutionnel polonais d'octobre 2020. Elle a donc décidé d'avorter tout en sachant cette pratique contraire à la Constitution et que son interdiction allait entrer en vigueur de façon imminente par la publication de ce jugement.

56. La requérante ne disposait pas d'un droit à ce que l'avortement eugénique reste légal en Pologne. C'est le fait de contourner l'interdiction polonaise de l'avortement eugénique en allant avorter à l'étranger qui a causé à la requérante un supplément de désagréments et de frais. Mais cette décision de contourner l'interdiction polonaise n'est aucunement imputable à la Pologne.

57. L'avortement n'est pas la seule réponse à la peur du handicap. Comme d'innombrables parents avant, la requérante aurait pu poursuivi la grossesse de son enfant, elle aurait alors bénéficié d'aides pour l'élever, ou aurait pu le confier à l'adoption ou à une institution. Elle n'était pas obligée d'avorter ; ce fut sa décision. Mais l'intérêt de l'enfant était de vivre, les personnes porteuses de trisomie 21 témoignent d'ailleurs largement de leur joie de vivre.

58. Dans sa décision d'octobre 2020, le Tribunal Constitutionnel polonais demande au législateur d'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 +* »[57], 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 Barierom », « Niewidzialna Niepełnosprawność » (Handicap invisible), « Poczta Polska bez barier ».

2. À supposer que l'angoisse de la requérante soit imputable aux autorités polonaises, elle n'atteint pas le seuil requis à l'application de l'article 3

59. À supposer que l'angoisse de la requérante soit imputable aux autorités polonaises, il y aurait lieu de constater d'une part que celle-ci est relative, et d'autre part que la mesure litigieuse n'a eu qu'un impact matériel limité sur la requérante. La requérante n'apporte pas d'éléments objectifs permettant d'évaluer son angoisse et de démontrer qu'elle atteint le seuil requis à l'application de l'article 3[58].

60. En outre, le fait que la requérante ait pu avorter à l'étranger dès le lendemain (29 janvier) de la date de l'avortement prévue initialement en Pologne le 28 janvier relativise grandement le préjudice allégué par la requérante et prouve que l'entrée en vigueur du jugement le 27 janvier n'a eu qu'une conséquence très limitée sur la situation de la requérante. L'extrême rapidité avec laquelle la requérante a obtenu un avortement à l'étranger indique manifestement qu'elle n'a pas été désemparée par l'entrée en vigueur du jugement, pas plus qu'elle n'en a été surprise, puisque cette entrée en vigueur était imminente.

Enfin, la Grande Chambre de la Cour a admis le choix éthique fondamental opéré par la France de refuser toute indemnisation au préjudice allégué résultant du fait de ne pas avoir pu avorter un enfant handicapé (affaires *Maurice c. France* [GC], no 11810/03, et *Draon c. France* [GC], no 1513/03, du 6 octobre 2005).

3. La souffrance causée par l'avortement tardif peut constituer une torture

61. L'interdiction de la torture et des traitements inhumains exige l'interdiction de l'avortement eugénique, car il est le plus souvent pratiqué tardivement, après le diagnostic du handicap.

---

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

[58] *Muršić c. Croatie* [GC], n° 7334/13, 20 octobre 2016, § 97.

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

62. Dans l'affaire *H. c. Norvège*[59], 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*. »

63. À présent, cette souffrance du foetus est scientifiquement prouvée, s'agissant en particulier de l'avortement pratiqué tardivement durant la grossesse.

b. L'avortement tardif est une torture

64. En l'espèce, l'avortement a été réalisé dans la 17e semaine de grossesse aux Pays-Bas. À ce stade, l'enfant mesure 19 cm et pèse 200 g environ, et ses organes sont déjà bien formés. Des études scientifiques montrent que le fœtus est sensible au toucher dès 8 semaines, et qu'il ressent la souffrance dès la 14e semaine[60]. 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[61]. 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[62].

65. Aux Pays-Bas (ainsi qu'au Royaume-Uni et au Canada), la méthode employée pour l'avortement au-delà de 16 semaines consiste en la « dilatation-évacuation »[63]. Cela 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, ou si l'injection n'a pas causé la mort du fœtus, cela signifie que le fœtus était vivant pendant qu'il était démembré.

66. Dans d'autres pays, on provoque l'accouchement dont les contractions entrainent généralement la mort du bébé. Il arrive cependant que certains enfants y survivent, et leur nombre augmente avec l'âge gestationnel. Naître vivant après un avortement n'est pas 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 fœtus and newborn*[64].

67. 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[65] 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.

---

[59] *H. c. Norvège, op. cit.*
[60] *Pain of the Unborn: Hearing before the Subcomm. on the Constitution, Comm. on the Judiciary House of Rep.*, 109e Congrès, 1ère Session, n° 109-57, 15 (1er novembre 2005) ; Pain-capable Unborn Child Protection Act, H.R. 36, 114e Congrès, 1ère Session, §2 (6) (14 mai 2015).
[61] Derbyshire SWG, Bockmann JC., Reconsidering foetal pain, J Med Ethics 2020;46:3–6.
[62] Bellieni, C.V. "Analgesia for fetal pain during prenatal surgery: 10 years of progress", Pediatric Research (2020) (accessible en ligne).
[63] Ministère de la Santé du Royaume-Uni, *Abortions Statistics, England and Wales: 2013*, Table 7a p. 25, publiées en 2014.
[64] Le document est accessible sur le site de l'OMS.
[65] 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.