



OBSERVATIONS EN TIERCE INTERVENTION

soumises à la Troisième Section de la  
Cour Européenne des Droits de l'Homme

dans l'affaire

***Kruzmane c. la Lettonie***

(Requête n° 33011/08)

par le *European Centre for Law and Justice*

à Strasbourg, le 2 avril 2012

Grégor Puppink, Directeur  
Andreea Popescu, Juriste  
Claire de la Hougue, Avocate

## Sommaire

<b>I. LES PRINCIPES A APPLIQUER.....</b>	<b>3</b>
1. <i>La Convention européenne protège la vie humaine prénatale .....</i>	3
2. <i>La Convention ne crée pas de droit à l'avortement.....</i>	5
3. <i>L'Etat a l'obligation positive de protéger la vie .....</i>	6
4. <i>L'avortement est une dérogation au droit à la vie .....</i>	6
5. <i>Si l'Etat permet l'avortement, il demeure soumis à l'obligation positive de protéger la vie et de ménager les droits et intérêts concurrents.....</i>	6
6. <i>Intérêts et droits spécifiques à cette affaire.....</i>	8
a. <i>La stigmatisation des personnes handicapées et de leur famille : « l'handiphobie » .....</i>	8
b. <i>La préservation de la liberté des parents de ne pas supprimer l'enfant à naître handicapé.....</i>	8
c. <i>L'interdiction de l'eugénisme et des discriminations génétiques .....</i>	9
d. <i>L'interdiction de la discrimination pour des raisons de patrimoine génétique est l'une des exigences découlant de l'interdiction de l'eugénisme.....</i>	9
e. <i>En principe, les tests prédictifs de maladies génétiques (DPN) devraient avoir exclusivement une finalité médicale ou thérapeutique.....</i>	9
f. <i>Le risque de systématisation du dépistage .....</i>	10
g. <i>La transformation de la médecine prénatale en médecine eugénique.....</i>	10
<b>II. LES ERREURS A DISSIPER.....</b>	<b>11</b>
1. <i>La différence entre acte médical (sans finalité thérapeutique) et soin ou traitement (à finalité thérapeutique ou médicale) .....</i>	11
2. <i>La distinction entre la santé de la mère et celle de l'enfant porté.....</i>	12
3. <i>A propos du droit au respect de l'intégrité physique.....</i>	12
4. <i>A propos de l'incapacité de choisir.....</i>	13
5. <i>L'article 8 ne garantit pas de droit à l'enfant, ni a fortiori de « droit à l'enfant sain » .....</i>	13
6. <i>La Convention ne garantit pas de droit à un niveau ou à un type de soins médicaux particuliers .....</i>	13
<b>III. LA NON-RECEVABILITE DE L'AFFAIRE .....</b>	<b>14</b>
a. <i>Non-épuisement des voies de recours internes .....</i>	14
b. <i>Incompatibilité ratione personae.....</i>	14
c. <i>Incompatibilité ratione materiae .....</i>	14
d. <i>Quatrième instance .....</i>	14
e. <i>L'abus de droit : L.....</i>	15
<b>Documents annexés aux observations de l'ECLJ dans l'affaire Kruzmane c. Lettonie : .....</b>	<b>16</b>
<b>STATEMENT OF FACTS – RESUME DES FAITS REALISE PAR LA CEDH.....</b>	<b>17</b>

1. Cette affaire peut donner l'occasion à la Cour de clarifier sa jurisprudence s'agissant de l'eugénisme et de l'avortement. Ceci est nécessaire en raison de certaines confusions visibles dans la jurisprudence existante<sup>1</sup>, et cela est rendu possible compte tenu du nombre important d'affaires actuellement soumises à la Cour<sup>2</sup> sur ce thème. Ces affaires portent sur différents aspects de l'avortement et devraient être pensées ensemble afin de dégager un corpus jurisprudentiel cohérent. Parmi ces aspects, citons la question de l'accès à l'avortement pour les mineures, le droit à l'objection de conscience, le droit à l'information des mères sur l'avortement et les risques encourus, le « droit à l'enfant sain » par diagnostic prénatal et par diagnostic préimplantatoire, ce qui implique le droit de sélectionner et de supprimer l'embryon et le droit d'avorter pour motifs eugéniques. L'ECLJ a été autorisé à intervenir dans plusieurs de ces affaires, ainsi que précédemment devant la Grande Chambre, dans les affaires *A., B. et C. c. Irlande*, et *S. H. c. Autriche*.

2. Dans la présente affaire *Anita KRŪZMANE c. Lettonie*, la responsabilité de la Cour est grande. La Cour, « conscience de l'Europe »<sup>3</sup>, est invitée à se prononcer cette fois sur l'eugénisme. De cette décision dépend le maintien de la condamnation de l'eugénisme et de l'avortement comme instrument de l'eugénisme, ou au contraire sa normalisation.

Si la fille de M<sup>me</sup> Anita KRŪZMANE était née non handicapée, il n'y aurait pas d'affaire KRŪZMANE ; si cette enfant n'était pas née, ayant été dépistée et avortée, il n'y aurait pas davantage d'affaire. Concrètement, ce dont la requérante se plaint, c'est d'avoir donné naissance à une fille handicapée et de ne pas avoir pu avorter, faute de dépistage. En réalité, la question ultime qui se cache derrière la formulation alambiquée du grief de la requérante<sup>4</sup>, et à laquelle la Cour est invitée à répondre, peut se résumer ainsi : « La Convention garantit-elle aux parents un droit à l'eugénisme, et en particulier à la procédure de dépistage-élimination prénatale des fœtus malades ou handicapés ? Si oui, l'Etat a-t-il une obligation positive à cet égard ? »

Il convient de garder à l'esprit que les personnes trisomiques ne souffrent pas et sont globalement heureuses.

3. L'avortement et l'eugénisme sont contraires à la Convention, telle qu'elle a été pensée, rédigée et voulue par ses auteurs. Il ne fait aucun doute qu'en 1950, au sortir de la seconde guerre mondiale, les rédacteurs de la Convention rejetaient l'avortement et l'eugénisme, et qu'il était pour eux inconcevable que l'on puisse un jour prétendre faire de l'avortement et de l'eugénisme des droits fondés sur la Convention. Il est du devoir de la Cour de ne pas totalement renoncer à protéger la vie des enfants à naître face à une société tendant à nier la valeur et l'humanité de la vie, pour mieux la supprimer ou l'exploiter. Si la Cour a interprété la Convention de façon à pouvoir tolérer la pratique de l'avortement, il lui appartient cependant de poser des bornes à cette pratique, s'agissant par exemple de « l'avortement tardif » (notamment après le seuil de viabilité) et de « l'avortement sélectif » selon les caractéristiques de l'enfant, notamment génétiques (selon le sexe et l'état de santé de l'enfant).

---

<sup>1</sup> *Vo c. France*, n° 53924/00, [GC], arrêt du 8 juillet 2004, *Maria do Céu Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugal*, n° 16471/02, arrêt du 26 octobre 2004, *D c. Irlande*, n° 26499/02, décision du 27 juillet 2006, *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, arrêt du 20 mars 2007, *A., B. et C. c. Irlande*, n° 25579/05, [GC], arrêt du 16 décembre 2010, *R. c. Pologne*, n° 27617/04, arrêt du 26 mai 2011 ;

<sup>2</sup> Parmi les affaires pendantes identifiées : *Z c. Pologne* n° 46132/08 ; *P. et S. c. Pologne*, n° 57375/08 ; *Csoma c. Roumanie*, n° 8759/05 ; *Kruzmane c. Lettonie*, n° 33011/08, *Ozçakmak c. Turquie*, n° 24573/08 ;

<sup>3</sup> « La Conscience de l'Europe, 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme », Conseil de l'Europe octobre 2010 ;

<sup>4</sup> “The applicant complains under Article 8 of the Convention that, owing to the negligence of a doctor, she was denied adequate and timely medical care in the form of an antenatal screening test which would have indicated the risk of her foetus aving a genetic disorder and which would have allowed her to choose whether to continue the pregnancy”;

4. Bien que l'absence de droit à l'avortement et l'interdiction de l'eugénisme soient bien établis en droit international et européen, il est nécessaire de rappeler les principes applicables en l'espèce (I), compte tenu d'une certaine confusion introduite dans la jurisprudence récente de la Cour et dans la présente requête tendant à échafauder de tels droits sur des prémisses erronées qu'il convient de corriger (II).

## I. LES PRINCIPES A APPLIQUER

### 1. La Convention européenne protège la vie humaine prénatale

5. La vie humaine est à la fois un « bien commun » de la société et un « bien privé » de celui qui en jouit, cela explique que la société a non seulement l'obligation négative de s'abstenir d'y porter atteinte (comme envers tout bien privé), mais qu'elle a en outre l'obligation positive de la protéger et de la promouvoir (comme envers tout bien commun). Cette double nature de bien privé et commun de la vie humaine explique aussi pourquoi la grossesse ne relève pas exclusivement de la vie privée de la mère<sup>5</sup>.

6. Les instruments internationaux de protection des droits de l'homme reconnaissent la vie comme le premier droit<sup>6</sup>. Le « principe du caractère sacré de la vie protégé par la Convention »<sup>7</sup> est reconnu par la Cour, qui énonce notamment que « le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme »<sup>8</sup>.

7. La Convention européenne ne contient aucune limitation quant au champ d'application *ratione temporis* du droit à la vie : elle protège « toute personne »<sup>9</sup>, pendant toute la durée de sa vie. Cela est normal, car la vie est une réalité matérielle avant d'être un droit subjectif : la vie est ou n'est pas. C'est un fait que la vie de chacun s'étale de sa conception à sa mort. Chaque vie humaine est un continuum qui commence à la conception et qui avance par étapes jusqu'à la mort. Si la détermination des limites extrêmes de la vie ne pose pas de difficulté d'appréciation, le développement de la fécondation *in vitro*, de l'avortement et de l'euthanasie ont remis en cause la coïncidence entre l'étendue de la vie elle-même et l'étendue, *ratione temporis*, de sa protection juridique : le droit s'est « détaché » de son objet réel. Le droit à la vie ne protège plus nécessairement la vie, mais seulement une partie de la vie dont l'étendue varie selon les législations nationales<sup>10</sup>. Alors qu'il y avait coïncidence entre l'étendue de la vie et le droit à la vie lorsque la Convention a été rédigée (les dérogations sont explicitement et limitativement indiquées

---

<sup>5</sup> *Bruggemann et Scheuten c. Allemagne*, n° 6959/75, Rapport de l'ancienne Commission du 12 juillet 1977, p. 138, §§ 59, 60 et 61 et *Boso c. Italie*, n° 50490/99, décision du 5 Septembre 2002 ;

<sup>6</sup> Déclaration d'Indépendance des Etats-Unis de 1776, Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, Déclaration des droits de l'enfant des Nations Unies de 1959, Convention des droits de l'enfant de 1989, Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme de 1948, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969, Déclaration des droits de l'homme dans l'islam de 1990 ;

<sup>7</sup> *Pretty c. RU*, n° 2346/02, arrêt du 29 avril 2002, § 65 ;

<sup>8</sup> *Pretty c. RU*, n° 2346/02, arrêt du 29 avril 2002, § 65 ; *McCann et autres c. R-U*, arrêt du 27 septembre 1995, § 147 et *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, §§ 92-94 ;

<sup>9</sup> Cela est confirmé par les travaux préparatoires par l'Assemblée consultative de 1949 qui manifestent clairement qu'il s'agit des droits que l'on possède du seul fait d'exister : « le Comité des ministres nous a chargés d'établir une liste de droits dont l'homme, en tant qu'être humain, devrait naturellement jouir ». Travaux préparatoires, vol. II, p. 89 ;

<sup>10</sup> Certains pays excluent l'enfant non né du champ d'application et permettent l'avortement jusqu'au 4<sup>ème</sup> et au 9<sup>ème</sup> mois, d'autres protègent l'embryon contre les manipulations biotechnologiques à partir du 6<sup>ème</sup> ou du 14<sup>ème</sup> jour ;

à l'article 2§2), la Cour a progressivement accepté ce « décollement » en accordant aux Etats, au titre de leur marge d'appréciation, la faculté de déterminer le commencement de la vie, et par suite, de réduire le champ d'application de l'article 2.

8. Ainsi, la Cour n'a jamais elle-même redéfini (pour le réduire) le champ d'application de l'article 2 : elle n'a jamais exclu par principe la vie prénatale (ni celle des mourants) de son champ d'application<sup>11</sup>. Plus subtilement, n'ayant pas la compétence pour créer une nouvelle dérogation à la liste limitative de l'article 2§2, la Cour a permis aux Etats d'échapper à l'application de l'article 2 en faisant à présent relever (dans une mesure limitée) la détermination de son champ d'application de la marge d'appréciation nationale<sup>12</sup>. Toutefois, la Cour n'a pas totalement retiré sa protection à la vie prénatale, elle a affirmé l'appartenance à « l'espèce humaine »<sup>13</sup> de l'embryon et de l'enfant à naître. En confirmant l'humanité de l'embryon et du fœtus, la Cour s'est conservé le moyen de le protéger contre les traitements inhumains et dégradants qu'elle jugerait inacceptables.

9. L'ancienne Commission n'avait pas exclu l'enfant à naître de la protection du droit à la vie, elle avait indiqué qu'il ne lui était pas nécessaire de trancher cette question<sup>14</sup>. S'agissant d'autres dispositions de la Convention, la Commission a déjà reconnu leur applicabilité à la vie prénatale<sup>15</sup>.

10. A l'inverse de la CEDH qui a refusé de déterminer le commencement de la protection juridique dont jouit l'embryon humain, la Grande Chambre de la Cour de Justice de l'Union européenne, dans l'affaire C-34/10 *Oliver Brüstle contre Greenpeace eV* du 18 octobre 2011, a ainsi défini l'embryon : « *tout ovule humain doit, dès le stade de sa fécondation, être considéré comme un «embryon humain» au sens et pour l'application de l'article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive, dès lors que cette fécondation est de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain* » (§ 35). La Cour a précisé que cette définition « *doit être considéré[e], aux fins d'application de la directive, comme désignant une notion autonome du droit de l'Union, qui doit être interprétée de manière uniforme sur le territoire de cette dernière* » (§ 26). Cette définition s'impose donc directement à l'ensemble des Etats membres, y compris la Lettonie. Considérant que « *le respect des principes fondamentaux garantissant la dignité et l'intégrité de l'Homme* » bénéficie à l'être humain « *aux différents stades de sa constitution et de son développement* »<sup>16</sup>, la CJCE a ainsi clairement posé le principe de la protection juridique de la dignité et de l'intégrité de

---

<sup>11</sup> *Boso c. Italie*, n° 50490/99, décision du 5 septembre 2002 : « *Aux yeux de la Cour, une telle prévision ménage un juste équilibre entre la nécessité d'assurer la protection du fœtus et les intérêts de la femme* » et *Vo c. France*, n° 53924/00, [GC], arrêt du 8 juillet 2004, §§ 86 et 95 : « *en l'absence de statut juridique clair de l'enfant à naître, celui-ci n'est pas pour autant privé de toute protection en droit français. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, la vie du fœtus était intimement liée à celle de sa mère et sa protection pouvait se faire au travers d'elle* » et « *à supposer même que l'article 2 de la Convention trouve application en l'espèce, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention* » ;

<sup>12</sup> *Vo c. France*, n° 53924/00, [GC], arrêt du 8 juillet 2004, § 82 ;

<sup>13</sup> *Vo c. France*, n° 53924/00, [GC], arrêt du 8 juillet 2004, § 84 ;

<sup>14</sup> *H. c. Norvège*, n° 17004/90, déc. de l'ancienne Commission du 19 mai 1992, *Bruggemann et Scheuten c. Allemagne*, n° 6959/75, Rapport de l'ancienne Commission du 12 juillet 1977, *X. c. R-U*, n° 8416/79, déc. de l'ancienne Commission du 13 mai 1980, § 7, *Reeve c. R-U*, n° 24844/94, déc. de l'ancienne Commission du 30 novembre 1994, *Boso c. Italie*, n° 50490/99, décision du 5 septembre 2002) et avait renvoyé la question à la marge d'appréciation des Etats membres (*H. c. Norvège*, n° 17004/90, déc. de l'ancienne Commission du 19 mai 1992 et *Boso c. Italie*, n° 50490/99, décision du 5 septembre 2002) ;

<sup>15</sup> *H. c. Norvège*, n° 17004/90, déc. de l'ancienne Commission du 19 mai 1992. Saisie sur le terrain de l'article 3 de la Convention par un père d'un fœtus qui se plaignait qu'aucune mesure n'avait été prise pour éviter le risque pendant l'avortement de faire souffrir le fœtus âgé de quatorze semaines, l'ancienne Commission a procédé à l'application de cet article de la Convention et a estimé ce grief mal fondé, faute de preuve de la souffrance fœtale, « *vu les modalités de l'avortement en question* » ;

<sup>16</sup> Voir en particulier le considérant 16 de la Directive : « *considérant que le droit des brevets doit s'exercer dans le respect des principes fondamentaux garantissant la dignité et l'intégrité de l'Homme* ».

l'embryon humain, laquelle s'oppose notamment à l'exploitation commerciale et à la brevetabilité des inventions dont la mise en œuvre requiert la destruction d'embryons humains.

11. Le droit international protège aussi la vie humaine prénatale, la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 rappelle ainsi le principe, déjà énoncé dans la Déclaration des droits de l'enfant, adopté le 20 novembre 1959 par l'assemblée générale des Nations Unies, suivant lequel « *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* » (souligné par nous).

12. Les pays ayant conservé une conscience aigüe de la valeur de la vie humaine maintiennent la correspondance entre le droit et son objet : ils protègent le droit à la vie du commencement naturel à la fin de la vie, en interdisant la création *in vitro* d'embryons non implantés, l'avortement volontaire et l'euthanasie. Ces Etats, qui maintiennent entier le champ d'application de l'article 2 comme comportant une responsabilité de protéger la vie avant la naissance, peuvent se prévaloir pour ce faire de l'article 2 : ils en respectent intégralement les obligations, au-delà du seuil minimal *actuellement* définit (avec peu de précision) par la Cour, conformément à l'article 53 de la Convention<sup>17</sup> qui pose que l'Etat peut librement offrir une protection des droits de l'homme plus étendue que celle garantie par la Convention. Ainsi, les moyens mis en œuvre par ces Etats pour protéger la vie (notamment l'interdiction de l'avortement) concourent à la réalisation des obligations librement consenties par l'Etat, conformément aux articles 2 et 53 de la Convention.

## 2. La Convention ne crée pas de droit à l'avortement

13. En réponse à des requêtes demandant que soit reconnu un droit à porter atteinte à la vie humaine, la Cour a énoncé clairement que « *l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie* »<sup>18</sup>, et que « *l'article 8 de la Convention ne peut pas être interprété comme conférant un droit autonome à l'avortement* »<sup>19</sup>. En outre, la Cour a jugé irrecevables plusieurs requêtes dirigées contre les limitations légales nationales en ce qu'elles ne reconnaissent pas un droit à l'avortement<sup>20</sup>.

14. La pouvoir interprétatif de la Cour est réel, mais non illimité : « *la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, mais la Cour ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ. Il en va particulièrement ainsi quand il s'agit, comme ici, d'une omission délibérée* »<sup>21</sup>. Plus encore, et en toute hypothèse, la Cour ne peut interpréter la Convention *contra legem* en reconnaissant un droit diamétralement opposé à un droit garanti par la Convention. A cet égard, la

---

<sup>17</sup> L'article 53 de la Convention se lit comme suit : « *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>18</sup> *Pretty c. R-U*, n° 2346/02, arrêt du 29 avril 2002, § 39 ;

<sup>19</sup> *A., B. et C. c. Irlande*, n° 25579/05, [GC], arrêt du 16 décembre 2010, § 214 ;

<sup>20</sup> Par exemple, dans l'affaire n° 16471/02 *Maria do Céu Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugal* du 26 octobre 2004, la Cour a jugé irrecevable une requête dirigée contre « *la loi portugaise en matière d'avortement et d'interruption volontaire de grossesse porte atteinte, en tant que telle, [au motif qu'elle serait contraire] à un certain nombre de dispositions de la Convention car elle interdit l'interruption de la grossesse sur simple demande de la femme enceinte.* »

<sup>21</sup> *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, arrêt du 18 décembre 1986, § 53 ;

Convention doit être lue comme un tout, elle ne peut pas d'une part, imposer une obligation de protection de la vie par la loi et d'une autre part condamner un Etat en raison de sa politique de prévention de l'avortement ou du suicide<sup>22</sup>.

### 3. L'Etat a l'obligation positive de protéger la vie

15. La Convention protège toute vie humaine en instituant dans son article 2 le droit de « toute personne » se trouvant dans la juridiction d'un Etat membre d'avoir sa vie protégée « par la loi »<sup>23</sup>. Cela oblige l'Etat « non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière » (obligation négative de l'Etat de ne pas intervenir), « mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction » (obligation positive de l'Etat impliquant la garantie de la jouissance effective du droit à la vie des individus)<sup>24</sup>. L'Etat dispose d'une certaine marge d'appréciation dans la détermination des moyens mis en œuvre pour remplir cette obligation, le rôle de la Cour étant d'analyser, au cas par cas, si l'Etat a pris les mesures nécessaires pour assurer « le droit de toute personne à la vie ».

### 4. L'avortement est une dérogation au droit à la vie

16. A la différence de la Cour qui rend variable, au titre de la marge d'appréciation, le champ d'application de l'article 2, la plupart des droits nationaux permettant l'avortement le permettent par dérogation au principe du droit à la vie. Ces droits nationaux ne remettent donc pas en cause l'applicabilité de principe du droit à la vie au bénéfice de la vie prénatale : ils maintiennent cette applicabilité mais posent seulement une faculté limitée de dérogation<sup>25</sup>. Ainsi, l'avortement n'est pas un droit en lui-même, c'est une faculté *limitée* au regard du principe auquel il déroge, c'est-à-dire au regard de l'obligation positive de protéger la vie et au regard des intérêts concurrents.

### 5. Si l'Etat permet l'avortement, il demeure soumis à l'obligation positive de protéger la vie et de ménager les droits et intérêts concurrents

17. Il convient de rappeler que dans l'appréciation par l'Etat des différents intérêts légitimes, un droit fondamental, comme le droit à la vie et à la santé, ne peut pas être subordonné ou mis sur un pied d'égalité avec un droit non garanti par la Convention<sup>26</sup>. Il n'y a donc pas d'équivalence, ni de mise en balance possible, entre le prétendu « droit à l'avortement » de la mère et les droits effectivement garantis par la Convention, dont notamment le droit à la vie.

18. Ainsi, le fait pour un Etat de permettre une dérogation à un droit ne le dispense pas de ses obligations conventionnelles à l'égard de ce droit et à l'égard des autres droits et intérêts affectés

---

<sup>22</sup> *Haas c. Suisse*, n° 31322/07, arrêt du 20 janvier 2011, § 54 ;

<sup>23</sup> *Pretty c. R-U*, n° 2346/02, arrêt du 29 avril 2002, § 39 ;

<sup>24</sup> *H. c. Norvège*, n° 17004/90, déc. de l'ancienne Commission du 19 mai 1992, *L.C.B. c. R-U*, arrêt du 9 juin 1998, § 36 et *Pretty c. R-U*, n° 2346/02, arrêt du 29 avril 2002, § 38 ;

<sup>25</sup> En application de la doctrine de *l'applicabilité conditionnelle* de la Convention, cette reconnaissance dans l'ordre interne ne devrait pas être sans conséquences sur les obligations conventionnelles au titre de l'article 2 ;

<sup>26</sup> *Chassagnou et autre c. France*, [ GC ], n°s 25088/94, 2833/95 et 2844/95, arrêt du 29 avril 1999, § 113 : « lorsque des restrictions sont apportées à un droit ou une liberté garantie par la Convention dans le but de protéger des « droits et libertés » qui ne figurent pas, en tant que tels, parmi ceux qu'elle consacre : dans une telle hypothèse, seuls des impératifs indiscutables sont susceptibles de justifier une ingérence dans la jouissance d'un droit garanti » ;

par cette mesure. La Cour l'a rappelé à plusieurs reprises, si l'Etat décide de permettre l'avortement, « *le cadre juridique établi doit « permettre de prendre en compte les différents intérêts légitimes en jeu de manière adéquate et conformément aux obligations découlant de la Convention* »<sup>27</sup>. La Cour a déjà eu l'occasion d'identifier un certain nombre de ces droits fondamentaux et intérêts légitimes déterminant le cadre juridique de l'accès à l'avortement légal.

19. On peut notamment citer : le droit à la vie de l'enfant à naître<sup>28</sup>, l'intérêt de la société, y compris la protection de la morale, dont un aspect est le droit à la vie de l'enfant à naître<sup>29</sup>, l'intérêt légitime de limiter le nombre des avortements<sup>30</sup>, les droits des parents, le droit à l'information de la mère, notamment quant aux risques liés à l'avortement, le droit à la protection de la santé de la mère, notamment quant aux risques liés à l'avortement<sup>31</sup>, le droit au respect de l'intégrité physique contre les avortements forcés, le droit à la liberté de conscience des personnes et des professionnels de santé<sup>32</sup>, le respect de la liberté des institutions de santé fondées sur une éthique ou sur des convictions religieuses<sup>33</sup>, la protection des personnes vulnérables<sup>34</sup>, l'interdiction de l'eugénisme, la protection des éléments du corps humain, notamment contre l'exploitation commerciale des cellules et tissus des embryons et fœtus avortés (notamment en cosmétique)<sup>35</sup>, ou encore le respect de la dignité du corps humain.

20. En outre, l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe ainsi que les Nations Unies ont récemment affirmé la nécessité d'interdire l'avortement sélectif fondé sur le sexe<sup>36</sup>. Cela est cohérent avec l'article 14 de la Convention d'Oviedo<sup>37</sup>, suivant lequel « *l'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître (...)* ». De même, on peut penser que la Cour ne tolérerait pas la pratique de l'avortement tardif, pratiqué après le seuil de viabilité de l'enfant<sup>38</sup>, ou l'avortement sélectif selon la race de l'enfant, la couleur de sa peau, les circonstances de sa conception (enfant naturel ou adultérin), les ressources économiques de ses parents ou le nombre d'enfants déjà conçus (politique chinoise de l'enfant unique). De tels avortements n'affectent pas seulement l'article 2, mais aussi les articles 3, 12 et 14.

---

<sup>27</sup> *A., B. et C. c. Irlande*, n° 25579/05, [GC], arrêt du 16 décembre 2010, § 249 et *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04, arrêt du 26 mai 2011, § 187 ;

<sup>28</sup> *H. c. Norvège*, n° 17004/90, décision de l'ancienne Commission du 19 mai 1992, *Boso c. Italie*, n° 50490/99, décision du 5 septembre 2002 and *Vo c. France*, n° 53924/00, [GC], arrêt du 8 juillet 2004, §§ 86 et 95 ;

<sup>29</sup> *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, § 63, et *A., B. et C. c. Irlande*, n° 25579/05, [GC], arrêt du 16 décembre 2010, §§ 222 et 227 ;

<sup>30</sup> *Odièvre c. France*, [GC], n° 42326/98, arrêt du 13 février 2003, § 45 ;

<sup>31</sup> *Csoma c. Roumanie*, n° 8759/05, affaire communiquée le 7 juillet 2011 ;

<sup>32</sup> *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, arrêt du 24 septembre 2007, § 121 et *R.R. c. Pologne*, n° 27617/04, arrêt du 26 mai 2011, § 206 ;

<sup>33</sup> *Rommelfanger c. RFA*, n° 12242/86, déc de l'ancienne Commission du 6 septembre 1989 ;

<sup>34</sup> « *les enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace les mettant à l'abri de formes graves d'ingérence dans des aspects essentiels de leur vie privée* » *Mutatis mutandis Covezzi et Morselli c. Italie*, n° 52763/99, § 104, 9 mai 2003 ; *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* du 24 septembre 1996, Recueil 1996-IV, § 64, *mutatis mutandis, Z. et autres c. Royaume-Uni* [GC], no 29392/95, § 73, A. c. *Royaume-Uni*, arrêt du 23 septembre 1998, § 22 ;

<sup>35</sup> Voir le Rapport de Oriane Merger sur *L'utilisation des embryons et fœtus issus d'interruptions de grossesse, spontanées ou volontaires*, 2004. Université Paris XII, INSERM, 2004, <http://www.ethique.inserm.fr/> ;

<sup>36</sup> Le 3 octobre 2011, l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté la Résolution 1829 (2011) et la Recommandation 1979 (2011) sur l'avortement sélectif en fonction du sexe ;

<sup>37</sup> Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4.IV.1997 ;

<sup>38</sup> Le plus extrême étant « l'avortement par naissance partielle » qui est un infanticide réalisé pendant l'accouchement à terme, et autorisé dans certains Etats nord-américains ;

21. L'ensemble de ces droits et intérêts légitimes, dont la liste ci-dessus est appelée à se préciser avec le développement du contentieux, viennent encadrer l'action de l'Etat dans la définition du cadre juridique de l'avortement s'il décide de le légaliser.

## 6. Intérêts et droits spécifiques à cette affaire

Dans le cadre de la présente affaire, il convient de tenir compte en particulier des intérêts et de respecter les droits suivants :

### a. La stigmatisation des personnes handicapées et de leur famille : « l'handiphobie »

22. Le dépistage des maladies génétiques afin, non pas de soigner mais d'éliminer la personne dépistée, constitue une incitation structurelle à la discrimination et à la violence en raison de l'état de santé, du handicap et des caractéristiques physiques des personnes handicapées. Les victimes de cette incitation structurelle sont non-seulement les embryons et fœtus détruits ou avortés, mais également les personnes qui ont survécu à cette procédure de dépistage-élimination, et qui sont considérés comme socialement coupables d'être nés. Cette stigmatisation est une violation des droits des personnes handicapées<sup>39</sup>. Des actions en justice sont en cours, introduites par les familles de personnes trisomiques, contre les discours stigmatisant incitant à la suppression des trisomiques<sup>40</sup>.

### b. La préservation de la liberté des parents de ne pas supprimer l'enfant à naître handicapé

23. La pression sociale et du corps médical en faveur de la suppression systématique des enfants à naître handicapés exerce une contrainte forte sur la liberté des parents dans leur choix de garder l'enfant.<sup>41</sup> Confrontée à un diagnostic de pathologie ou à la simple annonce d'un risque statistique de pathologie, il faut réfléchir à l'autonomie réelle de la patiente face à l'argumentation médicale, et aux moyens de la préserver. Presque systématiquement, à l'annonce de la maladie ou du handicap, le discours médical prend le pouvoir sur la conscience des patients qui s'en remettent entièrement à la médecine. On peut noter que la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme requière, en son article 5.2 (b) « le consentement préalable, libre et éclairé » de l'intéressé à l'égard d'un diagnostic portant sur le génome d'un individu et (c) « le droit de chacun de décider d'être informé ou non des résultats d'un examen génétique et de ses conséquences devrait être respecté ». Ces dispositions protectrices devraient aussi s'appliquer à la mère ou aux parents de l'enfant à naître soumis au diagnostic.

En outre, la pression eugéniste est doublée d'un manque d'information sur le handicap. Cela est particulièrement le cas de la trisomie (voir les annexes) qui fait l'objet de stéréotypes très négatifs alors que les personnes trisomiques ne souffrent pas et sont globalement heureuses.

---

<sup>39</sup> Voir notamment la Déclaration des droits du déficient mental, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2856 (XXXVI) du 20 décembre 1971 ;

<sup>40</sup> Voir par exemple l'action portée contre la porte-parole d'un hôpital de Bucarest pour avoir déclaré à un journal, après l'avortement d'un enfant trisomique de 24 semaines qu'« *un enfant trisomique est mort pour la société. En d'autres mots, il tourmente ses parents au moins pour 20 ans* », le tribunal faisant droit à l'action. Jugement du tribunal de première instance de Bucarest n° 786 du 27 janvier 2012 ;

<sup>41</sup> Voir la thèse de doctorat de Michèle GOUSSOT-SOUCHET, *Confrontée à l'interruption sélective de grossesse, quelle est l'autonomie de la patiente face à l'argumentation médicale? Analyse des aspects éthiques de la décision d'interruption sélective de grossesse pour anomalie grave d'un jumeau bichorial*, Université Paris Descartes, INSERM, Novembre 2009. Voir également le mémoire de recherche en Ethique de Paris 5 de Georges ABITAYEH, *Complexité du consentement dans l'interruption médicale de grossesse*.  
<http://www.ethique.inserm.fr> ;

### **c. L'interdiction de l'eugénisme et des discriminations génétiques**

24. La prohibition de l'eugénisme est au fondement du droit médical qui repose sur le principe de la finalité thérapeutique de la médecine. La finalité de la médecine est de soigner, elle n'est pas de supprimer les malades ou de faire progresser la science aux dépens des patients. Cela a été rappelé avec force durant les procès de Nuremberg. Ce principe est traduit notamment par celui, bien établi<sup>42</sup>, de la primauté de l'être humain sur les intérêts de la science et de la société.

- *En droit européen*, l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux, relatif au « droit à l'intégrité de la personne », indique 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 ». L'adverbe *notamment* indique bien que c'est l'eugénisme en tant que tel qui est interdit, et que cette interdiction n'est pas conditionnée au but de sélection des personnes. Cet article 3 de la Charte s'applique aussi avant la naissance, comme en témoigne la disposition suivante relative à l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains, et l'interprétation qu'en a fait la Grande Chambre de la Cour de Justice dans l'affaire *Brüstle*.

- *Au niveau national*, l'eugénisme est aussi très largement interdit. Ainsi, par exemple, le droit français pose le principe du respect de l'intégrité de l'espèce humaine, lequel interdit, entre autre, l'eugénisme qui est qualifié de « crime contre l'espèce humaine ».

### **d. L'interdiction de la discrimination pour des raisons de patrimoine génétique<sup>43</sup> est l'une des exigences découlant de l'interdiction de l'eugénisme**

25. Ce principe est bien établi, rappelons que la Convention d'Oviedo énonce que « *Toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite* » (art. 11). De même, la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme<sup>44</sup> énonce : « *chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques* » (art. 2) et que par conséquent, « *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).

### **e. En principe, les tests prédictifs de maladies génétiques (DPN) devraient avoir exclusivement une finalité médicale ou thérapeutique**

26. L'une des conséquences du principe fondamental de la finalité thérapeutique de la médecine est que les tests prédictifs de maladies génétiques devraient eux-aussi avoir une finalité médicale. Ainsi, la Convention d'Oviedo pose le principe suivant : « *Il ne pourra être procédé à des tests prédictifs de maladies génétiques ou permettant soit d'identifier le sujet comme porteur d'un gène responsable d'une maladie soit de détecter une prédisposition ou une susceptibilité génétique à une maladie qu'à des fins médicales ou de recherche médicale, et sous réserve d'un conseil génétique approprié* » (art. 12). De même, la Recommandation de l'APCE n° 1046 de 1986<sup>45</sup> énonce que « *toute intervention sur l'embryon vivant in utero ou in vitro ou sur le fœtus in utero ou à l'extérieur de l'utérus à des fins diagnostiques autres que celles déjà prévues par la législation nationale n'est légitime que si elle a pour but le bien-être de l'enfant à naître et de favoriser son développement* ».

---

<sup>42</sup> Voir notamment l'article 2 de la Convention d'Oviedo ;

<sup>43</sup> Article 6 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'UNESCO (du 11 novembre 1997), article 11 de la Convention d'Oviedo ; Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) groupe de travail sur la protection de l'embryon et du fœtus humains (CDBI-CO-GT3), 19 juin 2003 ;

<sup>44</sup> Adoptée au sein de l'UNESCO le 11 novembre 1997 ;

<sup>45</sup> Recommandation relative à l'utilisation d'embryons et fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales a confirmé ce principe, en énonçant ;

27. S'agissant des maladies génétiques sans traitement, le dépistage n'a pas de finalité thérapeutique ou médicale, ce n'est ni un « soin » ni un « traitement » : ce n'est qu'un « acte » réalisé dans le contexte médical, et qui déroge au principe fondamental de la finalité thérapeutique de la médecine en l'orientant vers la suppression du patient plutôt que de la maladie, et, *in fine*, vers l'eugénisme.

#### **f. Le risque de systématisation du dépistage**

28. Face à cette perspective eugéniste, la dernière barrière que les législateurs semblent pouvoir lui opposer est celle du refus de l'institutionnalisation de la politique eugéniste que provoquerait la systématisation du dépistage. Le Comité Consultatif National d'Éthique français (CCNE) dans son avis n° 107 indique en ce sens : « *Le critère qui permet de distinguer le dépistage de la trisomie 21 (avec ses conséquences en termes d'IMG) d'une politique eugénique est qu'aucune des étapes (dépistage, diagnostic, IMG) n'est obligatoire. Rien ne saurait être imposé aux couples* »<sup>46</sup>. Il ajoute aussitôt, « *La différence entre obliger à dire et inciter à faire est aussi fondamentale que fragile* » (p. 12). Dans le même sens, après avoir noté que le DPN « soulève aussi des questions éthiques en relation avec la décision de poursuivre ou non la grossesse en cas de résultat défavorable » et que « le risque de recours abusif à la technique (possibilité d'eugénisme, sélection du sexe ou d'autres caractéristiques pour des raisons non médicales) de même que le risque de révélation ou d'usage abusifs des informations génétiques issues du DPN soulèvent également des problèmes éthiques », le Groupe européen d'éthique, dans son avis<sup>47</sup> indique également – contre la systématisation du DPN- que « *Aucun test génétique prénatal ne doit être imposé par la loi, par les services de santé publique ou par toute autre institution ou personne. Les tests ne doivent avoir lieu qu'à la demande de la femme ou du couple après que toutes les informations leur ont été fournies notamment grâce au conseil génétique* » (paragraphes 2.2).

#### **g. La transformation de la médecine prénatale en médecine eugénique**

29. La systématisation du couple « dépistage-suppression » est devenu un obstacle au progrès scientifique et humain au point que des scientifiques et médecins s'en inquiètent publiquement. Ainsi, rien qu'en France, une initiative regroupe à ce jour près de 900 médecins et professionnels de santé concernés par la médecine prénatale<sup>48</sup>, afin d'alerter sur l'évolution du diagnostic prénatal, et en particulier sur le dépistage de la trisomie 21. Ils demandent en particulier de 1) *rééquilibrer l'information délivrée aux femmes sur la trisomie 21*, 2) *desserrer la contrainte du dépistage généralisé* et 3) *organiser un débat national sur la question de l'eugénisme*<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Voir Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, Avis n°107, « Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI) », p. 12 accessible ici : [http://www.ccne-ethique.fr/docs/Avis\\_107.pdf](http://www.ccne-ethique.fr/docs/Avis_107.pdf) ;

<sup>47</sup> Groupe de Conseillers pour l'Éthique de la Biotechnologie auprès de la commission européenne, Avis n°6 *sur les aspects éthiques du diagnostic prénatal* ;

<sup>48</sup> Comité pour Sauver la Médecine Prénatale - <http://www.sauverlamedecineprenatale.org/> ;

<sup>49</sup> Nous reproduisons ici le résumé de leur Appel :

*1/ Rééquilibrer l'information délivrée aux femmes sur la trisomie 21* : Pour permettre de décider en connaissance de cause, il faut inclure dans l'information sur la trisomie 21 l'apport des familles et des réseaux associatifs directement concernés par ce handicap. Ces personnes sauront témoigner de la vie quotidienne avec des enfants porteurs de trisomie 21, en tenant compte aussi de la dimension positive de leur existence.

*2/ Desserrer la contrainte du dépistage généralisé* : Retrouver la liberté de prescrire ou non les tests de dépistage. Il s'agit de refonder le système sur la confiance accordée aux praticiens : ils doivent être responsables de proposer les tests, en conscience, en fonction de la situation de santé de la femme (âge, antécédents) et de sa réelle attente. Car il s'agit aussi de respecter certaines patientes qui se disent harcelées par les propositions systématiques de tests.

30. C'est sur cette systématisation que la Cour est invitée à se prononcer : en invitant la Cour à énoncer qu'elle avait à l'égard de l'Etat un droit subjectif à bénéficier de la procédure de « dépistage-élimination » de son enfant trisomique, la requérante propose à la Cour de s'engager dans ce glissement qui, de la tolérance envers l'eugénisme individuel, mène à l'institutionnalisation de l'eugénisme.

Les développements précédents suffisent à répondre à cette question et à s'opposer à la demande de la requérante. Cependant, il convient encore de pointer certaines confusions susceptibles d'induire la Cour en erreur.

## II. LES ERREURS A DISSIPER

31. Bien que la Cour, notamment la Grande Chambre, ait clairement énoncé l'absence de droit à l'avortement découlant de la Convention, une certaine confusion s'est introduite dans la jurisprudence récente de la Cour tendant à échafauder un tel droit sur certains fondements erronés qu'il convient de dénoncer.

### 1. La différence entre acte médical (sans finalité thérapeutique) et soin ou traitement (à finalité thérapeutique ou médicale)

32. La requête soumise à l'examen de la Cour introduit une confusion entre acte médical (sans finalité thérapeutique) et soin ou traitement (à finalité thérapeutique ou médicale) dans le but d'appliquer au dépistage de la trisomie le régime juridique des traitements à finalité thérapeutique. Il est important de comprendre qu'il y a une différence de nature entre ces actes, et que cette différence explique l'existence (et exige l'application) de régimes juridiques différents aux actes médicaux, selon qu'ils aient –ou non- une finalité thérapeutique. Les dispositions du *Medical Treatment Law* invoqués par la requérante (sections 23 et 41) ne portent que sur les « *medical treatment* » et exposent les principes de droit médical habituels les concernant s'agissant des obligations des médecins et des droits des patients. En revanche, le DPN, visé par l'ordonnance No. 324 fait partie des « *antenatal and prenatal care* » et n'est pas un « *medical treatment* » : c'est un dépistage. C'est donc une erreur que de prétendre lui appliquer les dispositions invoquées du *Medical Treatment Law*.

33. Le droit récent a introduit des dérogations permettant qu'il soit porté atteinte à la vie ou à la dignité de la personne, et en particulier à l'intégrité d'une personne dans un but non thérapeutique pour elle-même. Tel est le cas des lois ayant dépenalisé l'avortement<sup>50</sup>, l'euthanasie, la stérilisation

---

3/ *Organiser un débat national sur la question de l'eugénisme* : Ce débat démocratique est nécessaire. Il doit viser l'application pratique à la médecine prénatale, et spécialement à la trisomie 21, de la disposition de la loi de bioéthique précisant dès 1994 que « toute pratique eugénique tendant à l'organisation et à la sélection des personnes est interdite ».

<sup>50</sup> Tant chirurgical que médicamenteux ;

contraceptive<sup>51</sup>, la recherche scientifique sur la personne (y compris sur l'embryon) sans bénéfice personnel direct, etc. Ces actes dérogent au principe de la finalité thérapeutique de la médecine, c'est pourquoi ils obéissent à un régime juridique spécial qui vise notamment à protéger les autres droits et intérêts en jeu, dont le respect des principes de dignité, d'intégrité, de primauté de l'être humain, le respect du consentement et la limitation de l'atteinte portée à l'intégrité physique de la personne<sup>52</sup>. L'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) a publié des recommandations reconnaissant que l'objectif principal du dépistage génétique devrait rester la prévention et le traitement précoce des maladies, et qu'il n'aurait, en principe, pas lieu d'être pratiqué en l'absence de traitement<sup>53</sup>.

34. Appliquer au dépistage de la trisomie la qualité et le régime des traitements médicaux serait donc une grave erreur chargée de lourdes conséquences, anthropologiques et concrètes : cela systématiserait le dépistage et identifierait la médecine à l'eugénisme. Comme l'indique l'OMS, « Le dépistage génétique ne peut se faire que sur une base volontaire et non obligatoire »<sup>54</sup> ; cela est vrai de tous les actes médicaux non thérapeutiques.

35. Ajoutons qu'en l'espèce, appliquer au dépistage de la trisomie le régime des traitements médicaux aurait aussi pour effet d'imposer rétroactivement des obligations nouvelles au médecin.

## 2. La distinction entre la santé de la mère et celle de l'enfant porté

Il convient également de dissiper la confusion tendant à confondre la mère et l'enfant.

36. S'agissant de leur corps, le corps de l'enfant n'est pas absorbé par celui de la mère ; médicalement et juridiquement, il est *distinct* (en médecine, l'enfant à naître est un patient). La Commission a précisé en ce sens que « l'article 8 § 1 ne peut pas s'interpréter comme signifiant que la grossesse et son interruption relèvent exclusivement de la vie privée de la mère » et « qu'on ne saurait dire que la grossesse relèvent uniquement de la vie privée. Lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe »<sup>55</sup>.

37. S'agissant de leur santé, la santé de la mère et de l'enfant ne se confondent pas. Ainsi, en l'espèce, la mère n'est atteinte d'aucune maladie, sa santé n'est pas menacée par la trisomie de son enfant. A la différence d'autres affaires portant sur des grossesses pathologiques<sup>56</sup> où la santé de la mère et la vie de l'enfant peuvent être liées, ce n'est pas le cas de M<sup>me</sup> Kruzmane. Elle ne peut pas se prétendre atteinte dans son droit à la santé, dès lors, la requérante n'a pas la qualité de victime, directe ou indirecte.

## 3. A propos du droit au respect de l'intégrité physique

38. Dans l'affaire *R.R. c. Pologne*, la Cour a commis un contre-sens dans sa compréhension du « droit au respect de l'intégrité physique » en en faisant, en substance, une expression du « droit à

---

<sup>51</sup> En France, qualifiée par « la Cour de cassation dans un avis (6 juill. 1998, D. : JCP G 1998, IV, 3005 ; Juris-Data n° 1998-003278) d'atteinte à l'intégrité du corps humain, prohibée par l'article 16-3 du Code civil, la stérilisation contraceptive est désormais rendue licite par le législateur (L. n° 2001-588, 4 juill. 2001 : JCP G 2001, III, 20528) ;

<sup>52</sup> Voir Grégor PUPPINCK, Thèse de doctorat, *L'auteur de la norme bioéthique*, Dir. Gérard MEMETEAU, Faculté de Droit de Poitiers, 2009, p. 500 ;

<sup>53</sup> Cité dans le Rapport de l'agence française de la biomédecine, *Etat des lieux du diagnostic prénatal en France*, 2008 ;

<sup>54</sup> Principes de l'OMS, 1998, *Idem*, cité p. 10 ;

<sup>55</sup> *Bruggemann et Scheuten c. RFG*, n° 6959/75, Rapport de la Commission du 12 juillet 1977, §§ 59 et 61 ;

<sup>56</sup> *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, arrêt du 20 mars 2007, §§ 119, 120 et 127 ;

disposer de son corps »<sup>57</sup>. Or, le droit à l'intégrité physique est le principe fondamental du droit pénal et du droit médical selon lequel *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne*<sup>58</sup>. L'avortement, en tant qu'acte exigeant de pénétrer l'intégrité physique de la mère et du fœtus est en soi une atteinte à l'intégrité du corps humain. La Section a donc commis un contre-sens complet.

#### 4. A propos de l'incapacité de choisir

39. Il faut remarquer l'hypocrisie de l'affirmation suivant laquelle le préjudice de la requérante réside dans le fait de ne pas avoir été en mesure de « choisir de continuer ou non la grossesse ». Son choix ne fait aucun doute. Il est évident que ce qui est en jeu ce n'est pas sa faculté de choisir, mais le fait de ne pas avoir avorté. D'ailleurs, pour pouvoir se plaindre du fait de ne pas avoir pu « choisir », cela suppose d'une part l'existence d'une « liberté » juridiquement reconnue de choisir -qui n'existe pas s'agissant de l'avortement- et d'autre part que cette liberté ait été *contrainte* (comme pour la liberté de choisir sa religion), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

#### 5. L'article 8 ne garantit pas de droit à l'enfant, ni a fortiori de « droit à l'enfant sain »

40. Il convient également de rappeler que l'article 8, pas plus que l'article 12, ne garantit de droit à l'enfant<sup>59</sup>, ni de « droit à l'enfant sain ». Sur ce point, nous renvoyons à nos observations soumises dans les affaires *Costa et Pavan c. Italie* et *S.H. c. Autriche*<sup>60</sup> dans lesquelles nous montrons que seul le désir de procréer *naturellement* est contenu dans le champ de la vie privée, tandis que désir de procréer *artificiellement* excède la vie privée car il requière nécessairement l'action de la société et met en jeu d'autres droits et intérêts sociaux.

#### 6. La Convention ne garantit pas de droit à un niveau ou à un type de soins médicaux particuliers

41. Cela est énoncé avec constance par la Cour<sup>61</sup>, notamment l'arrêt de section dans l'affaire *S. H. c. Autriche* : « *il y a lieu de souligner que les États ne sont nullement tenus de légiférer en matière de procréation artificielle ni de consentir à son utilisation* » (§ 74). Les États n'ont pas d'obligation positive de légaliser la procréation artificielle ni, *a fortiori* le DPI ou le DPN.

Après ce tour d'horizon des principes applicables et des erreurs à éviter dans l'élaboration d'un corpus jurisprudentiel cohérent sur l'eugénisme et l'avortement, il reste à relever les motifs de non-recevabilité de la requête, qui ajoutent, si cela était nécessaire, de nouveaux motifs pour rejeter la requête.

---

<sup>57</sup> Le prétendu « droit à disposer de son corps » est contraire au principe fondamental de l'inaliénabilité du corps humain.

<sup>58</sup> Selon la formulation de l'article 16-3 du Code civil français ;

<sup>59</sup> *S. H. c. Autriche*, req. n° 57813/00, décision sur la recevabilité du 15 novembre 2007, § 4. *X et Y c. Royaume-Uni*, req. n° 7229/75, 15 décembre 1977, 12 DR 32. *Margarita Šijakova and Others v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia"* (Dec), no. 67914/01, 6 March.2003 « *the right to procreation is not covered by Article 12 or any other Article of the Convention* » ;

<sup>60</sup> Elles sont publiées sur le site <http://eclj.org/Cases/> ;

<sup>61</sup> Voir notamment *Tysiack c. Pologne*, n° 5410/03, 20 mars 2007, *Chypre c. Turquie*, GC, n° 25781/94 ; *Nikky SENTGES c. Pays-Bas* n° 27677/02, déc ;

### III. LA NON-RECEVABILITE DE L'AFFAIRE

L'affaire pose plusieurs questions quant à sa recevabilité :

- a. **Non-épuisement des voies de recours internes**, car la requérante n'a pas soumis, ni même en substance, son grief relatif à l'interprétation par les tribunaux internes de la loi sur le traitement médical (« *Medical Treatment Act* ») et à la manière dont cette interprétation a eu des répercussions sur sa vie privée.
- b. **Incompatibilité *ratione personae***, car il n'était pas établi si, selon le droit interne, la requérante se trouvait dans l'une des situations lui permettant d'avorter, afin de se considérer « *victime* » de la prétendue négligence du médecin. En outre, la requérante n'ignorait pas la possibilité de recourir au test AFP, d'autant plus qu'elle a déjà donné naissance à un enfant ayant une maladie génétique (§ 7). A la différence de la requérante dans l'affaire *R.R. c. Pologne* qui « *avait cherché avec persistance et sans succès d'avoir accès à des tests génétiques prénataux* »<sup>62</sup>, la requérante n'a jamais demandé à son médecin d'avoir accès au test.
- c. **Incompatibilité *ratione materiae***, car la requérante essaye de remettre en cause l'issue de la procédure pénale engagée contre le médecin pour négligence. Or la Convention ne garantit ni le droit de provoquer contre des tiers l'exercice des poursuites pénales, ni le droit à ce qu'une procédure pénale aboutisse à une condamnation<sup>63</sup>.
- d. **Quatrième instance**, car le grief de la requérante remet en cause essentiellement l'issue des deux procédures internes, pénale et civile. La requérante demande à la Cour de rétablir des faits déjà établis par les juridictions internes (quant à la négligence du médecin) et de substituer son interprétation du droit interne (de façon erronée en confondant *acte* et *traitement*) à l'interprétation des juridictions internes, et cela alors même qu'elle n'a pas soulevé ce grief auprès des juridictions internes. Or, la Cour, bien qu'il lui revienne d'opérer un contrôle européen du respect de la Convention, ne peut pas outrepasser les limites des compétences générales que les États contractants, par leur volonté souveraine, lui ont déléguées, conformément à l'article 19 de la Convention<sup>64</sup>. La Cour doit respecter l'autonomie des ordres juridiques et elle n'est pas compétente pour connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf s'il s'agit « *d'arbitraire flagrant et évident, contraire à la justice et au bon sens* »<sup>65</sup>, et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention. Elle ne peut apprécier elle-même les éléments de fait ou de droit ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle

---

<sup>62</sup> *R. R. c. Pologne*, n° 27617/04, arrêt du 26 mai 2011, §§ 196, 197 ;

<sup>63</sup> *Priebke c. Italie*, n° 48799/99, déc. Du 5 avril 2001, *Serraino c. Italie*, n° 47570/99, déc. du 10 janvier 2002 et *Perez c. France*, [GC], n° 47287/99, § 70 ;

<sup>64</sup> L'article 19 de la Convention dispose : « *afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles, il est instituée une Cour européenne des droits de l'homme* » ;

<sup>65</sup> *Syssoyeva et autres c. Lettonie* [GC], § 89 [GC], § 89 : la Cour ne peut pas contester les constats et les conclusions émanant des instances nationales, notamment quant à l'établissement des faits de l'affaire, l'interprétation et l'application du droit interne, l'admissibilité et l'appréciation des preuves au procès, l'équité substantielle du résultat d'un litige civil et la culpabilité ou non d'un accusé dans une affaire pénale. La seule hypothèse où la Cour peut exceptionnellement remettre ces constats et conclusions en cause est le cas où ils sont entachés d'un arbitraire flagrant et évident, contraire à la justice et au bon sens et entraînant par lui-même une violation de la Convention ;

décision plutôt que telle autre, sinon, elle s'érigerait en juge de troisième ou quatrième instance et elle méconnaîtrait les limites de sa mission<sup>66</sup>.

- e. **L'abus de droit** : La Convention dispose en substance que nul ne peut utiliser les droits garantis par la Convention dans le but de rechercher l'abolition ou la limitation de ces mêmes droits<sup>67</sup>. La Cour fait application de cette disposition, avec retenue, lorsqu'elle estime que la requête ou les faits qui en sont à l'origine mettent en cause, avec un certain degré de gravité<sup>68</sup>, les valeurs intrinsèques de la Convention.

A toutes fins utiles, nous nous permettons enfin d'ajouter une série de documents annexes dont la liste suit sur la trisomie 21 et son dépistage.

---

<sup>66</sup> *García Ruiz c. Espagne*, [GC], § 28 ; *Perlala c. Grèce*, § 25 ;

<sup>67</sup> L'article 17 dispose : « Aucune des dispositions de la (...) Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la (...) Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à [la] Convention. »

<sup>68</sup> Voir notamment pour une affaire relative à un ouvrage concernant les effets de l'immigration en France, dans laquelle la Cour a refusé d'appliquer l'article 17 : *Soulas et autres c. France*, n° 15948/03, § 48, du 10 juillet 2008.

## **Documents annexés aux observations de l'ECLJ dans l'affaire Kruzmane c. Lettonie :**

1. « 21 mars : Journée mondiale de la Trisomie 21 reconnue par l'ONU », *Fondation Jérôme Lejeune* du 1<sup>er</sup> mars 2012 ;
2. « La Trisomie 21 fait sa campagne » et des photos de la campagne en France et en Espagne, *Fondation Jérôme Lejeune* du 1<sup>er</sup> mars 2012 ;
3. « Découverte de molécule à potentiel thérapeutique pour la Trisomie 21 », *Fondation Jérôme Lejeune* du 17 novembre 2011 ;
4. « Regards et vécus autour de la Trisomie », enquête, *Les amis d'Eléonore et Le Cabinet Règle de trois*, septembre 2010 ;
5. « 15 ans de dépistage de la trisomie 21 : l'erreur française », Recueil des conférences- janvier-février 2012, [www.sauverlamedecineprenatale.org](http://www.sauverlamedecineprenatale.org) ;
6. « Réflexions d'experts sur les enjeux éthiques du dépistage de la trisomie 21 » ;
7. « La France au risque de l'eugénisme », *Le Monde* du 4 février 2007 ;
8. « Le Pr. Mattei : « Il existe en France un eugénisme de masse » », *Famille Chrétienne* du 30 mai au 5 juin 2009 ;
9. « Il faut déconstruire un automatisme » le Pr. Didier Sicard dans *La vie* du 31 mars au 6 avril 2011 ;
10. Journée mondiale de la trisomie 21, un dépistage controversé », *Le quotidien du médecin* du 21 mars 2012 ;
11. « Trisomie : l'appel des associations contre les dérives eugéniques, C'est de ta peur dont j'ai peur », *La vie* du 7 février 2011 ;
12. « Un Comité pour sauver la médecine prénatale » (paroles des médecins), [www.sauverlamedecineprenatale.org](http://www.sauverlamedecineprenatale.org) ;
13. « Témoignages sur le dépistage prénatal de la trisomie 21 », [www.sauverlamedecineprenatale.org](http://www.sauverlamedecineprenatale.org) ;
14. « Le Conseil d'Etat français sur l'eugénisme », *La Documentation française-Paris* 2009.

## STATEMENT OF FACTS – RESUME DES FAITS REALISE PAR LA CEDH

### THIRD SECTION

Application no. 33011/08  
by Anita KRŪZMANE against Latvia

#### STATEMENT OF FACTS

#### THE FACTS

1. The applicant, Ms Anita Krūzmane, is a Latvian national who was born in 1961 and lives in Rīga Parish. She is represented before the Court by Ms S. Olsena, a lawyer practising in Rīga.

##### **A. The circumstances of the case**

2. The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

###### *1. Antenatal medical care*

3. On 18 October 2001 the applicant, who was forty years old at that time and who had two children, underwent a gynaecological examination at the Ādaži Hospital (*SIA Ādažu slimnīca*). Her doctor, L., estimated that the applicant was in the fifth or sixth week of pregnancy.

4. According to the applicant's medical records examined by the national courts, on 15 January 2002, in her eighteenth week of pregnancy, the applicant had an appointment with doctor L. The doctor suggested that the applicant have a consultation with a specialist and, *inter alia*, issued a referral for the applicant to undergo an alpha-fetoprotein ("AFP") test. The applicant later alleged that she had not in fact been referred for the AFP test by doctor L. and, consequently, had not taken the test.

5. From 24 to 31 January 2002, the applicant was admitted to the Ādaži Hospital as an inpatient due to feeling generally unwell. From February to June 2002 the applicant regularly consulted doctor L. On 5 June 2002 the applicant gave birth to a daughter suffering from Down's syndrome.

###### *2. Examination of the quality of the applicant's medical care*

6. After the birth of her daughter, the applicant complained to the Inspectorate for Quality Control of Medical Treatment (*MADEKKI* – "the Inspectorate") about the quality of the antenatal medical care provided by L. In particular, the applicant complained that the doctor had failed to refer her for the AFP test, which would have indicated the risk of foetal abnormality.

7. On 25 July 2002 the Inspectorate noted that, according to the applicant's medical records, on 15 January 2002, in the eighteenth week of the applicant's pregnancy, doctor L. had referred her for the AFP test. However, the doctor had failed to ensure that the applicant took the test. It also established that the applicant had failed to inform the doctor that her eldest son had suffered from a congenital genetic disorder. It established that the applicant had received antenatal medical care in accordance with national law, save for the AFP test. The Inspectorate concluded that doctor L. had failed to ensure that the applicant took the AFP test, which was contrary to Ordinance No. 324 concerning antenatal and prenatal care, issued by the Ministry of Welfare on 20 October 1995. The doctor was given an administrative fine.

###### *3. Attempts to institute criminal proceedings*

8. On 20 October 2004 the applicant asked the Office of the Prosecutor to investigate alleged negligence on the part of doctor L. She also asked the office to investigate alleged falsification of her medical records. According to the applicant, the doctor had entered data into her medical records after the fact, including a referral of her for the AFP test. To prove the

allegation, she submitted an unauthorised copy of her medical records made in 2002 which did not contain a referral for the AFP test.

9. In November 2004 and April 2005 the Saulkrasti Police Department refused to institute criminal proceedings. After having questioned doctor L., the investigators established that the applicant had been referred for the test but that she had not turned up for it. In addition, the investigators found that there were no technical means available to precisely establish the time when the contested data had been entered into the applicant's medical file. The Office of the Prosecutor overturned both decisions and remitted the complaint for further investigation. On 30 September 2005 the Saulkrasti Police Department repeatedly refused to institute criminal proceedings. It established that it was not possible to determine whether the disputed referral for the AFP test had been missing from the applicant's medical records in 2002.

10. Upon an appeal by the applicant, on 17 May 2006 the Office of the Prosecutor revoked the last-mentioned decision and the applicant's medical records were sent for technical analysis. The experts were asked to compare the original medical records and the copy of 2002 and establish whether the original documents had been modified. The expert report of 7 July 2006 concluded that the medical records were not falsified but that they had been supplemented with new information over an extended period of time. On 12 September 2006 the applicant was informed that the criminal proceedings had been terminated owing to the expiry of the statutory limitation period.

#### 4. *Civil proceedings*

11. Meanwhile, on 16 August 2005 the applicant submitted a statement of claim for damages against the Ādaži Hospital. The applicant contended that owing to the defendant's negligence she had been unable to find out about any foetal abnormality and, thus, decide whether to terminate or continue the pregnancy. The applicant claimed compensation for non-pecuniary and pecuniary damage, compensation for lost wages and a lump-sum maintenance award for her daughter. It appears that she had also unsuccessfully requested the court to order a forensic expertise of the original medical records.

12. The lower court dismissed the claim. It concluded that there was no causal link between the actions of doctor L. and the birth of the applicant's child. Even if doctor L. had been given an administrative fine for her failure to ensure that the applicant took the AFP test, this was insufficient to prove that doctor L. had been at fault. As it could not be proved that the doctor had falsified the applicant's medical records, the court held that the applicant had failed to turn up for the AFP test and to inform the doctor of her eldest child's condition.

13. Upon an appeal by the applicant, on 17 April 2007 the Civil Chamber of the Supreme Court (*Augstākās tiesas Civillietu tiesu palāta*) examined the evidence with respect to falsification of the applicant's medical records in detail and dismissed the applicant's allegations. The court concluded that the applicant had been referred for the test and that the doctor could not be held at fault for the child's genetic condition. It also repeated the lower court's reasoning that no causal link could be established between the actions of the doctor and the child's condition. It also noted that

“The result of the AFP test ... could neither confirm nor exclude genetic abnormality of a foetus, but would serve as an indication for further examination.

Therefore the [applicant's] allegations that the results of the AFP test would have provided her [with] an opportunity to choose whether to continue with or terminate the pregnancy could not in itself serve as a basis to uphold the claim.”

The court found no infringement of the applicant's rights and the claim for damages was accordingly dismissed.

14. In an appeal on points of law subsequently filed by the applicant, she argued that the appellate court had failed to correctly assess whether the actions of the defendant, i.e. the failure to ensure the AFP test, had infringed the applicant's right to find out about any foetal abnormality. On 26 September 2007 (the full text of the judgment was made available on 22 October 2007) the Senate of the Supreme Court dismissed the applicant's appeal on points of law, on the basis that it mainly concerned the assessment of evidence already examined by the lower courts.

15. On 1 August 2007 the applicant asked the Senate of the Supreme Court to reopen the civil proceedings on the basis of newly discovered evidence. In particular, she based her application on the expert report of 7 July 2006 (see above) of which she had not previously been aware. On 5 December 2007 the Senate dismissed the applicant's request.

## **B. Relevant domestic law**

### *1. Medical Treatment Law*

16. Section 23 provides that a patient has the right to refuse, in writing, to receive medical treatment. The patient's doctor is responsible for providing information on the consequences of the refusal. If the patient has agreed to follow a medical treatment plan, s/he is obliged to obey the instructions of medical personnel.

17. According to Section 41, a patient's doctor should explain a medical treatment plan to the patient and inform him or her of the possible complications of the prescribed treatment and medicines.

2. *Ordinance No. 324 concerning antenatal and prenatal care, issued by the Ministry of Welfare on 20 October 1995*

18. Pursuant to Paragraph II (3), as from 1 January 1996 medical institutions were ordered to ensure antenatal care in accordance with the provisions set out in Annex No. 1, the “Antenatal programme”. The Annex provided that from the sixteenth to eighteenth week of pregnancy a certified general practitioner or gynaecologist shall, *inter alia*, refer patients older than thirty-five years old for an AFP test.

## COMPLAINTS

The applicant complains under Article 8 of the Convention that, owing to the negligence of a doctor, she was denied adequate and timely medical care in the form of an antenatal screening test which would have indicated the risk of her foetus having a genetic disorder and which would have allowed her to choose whether to continue the pregnancy. She also complains that the national courts, by wrongly interpreting the Medical Treatment Act, failed to establish an infringement of her right to respect for her private life in this regard.

The applicant complains under Article 6 of the Convention of inequality of arms during the civil proceedings, in that the courts, without sufficient reasoning, dismissed her request that they order a forensic assessment of a piece of evidence submitted by the defendant.

She further complains under Article 6 that:

(i) the decision by which the Senate of the Supreme Court dismissed her application to reopen the civil proceedings was not subject to appeal;

(ii) she was deprived of access to court, in that she sustained considerable financial losses caused by the obligation to pay the defendant’s expenses incurred during the civil proceedings; and

(iii) the investigation of her complaint regarding alleged falsification of her medical records was excessively lengthy.

The applicant also complains under Article 8 of the Convention of a violation of the protection of her personal data.

## QUESTIONS TO THE PARTIES

1. Has there been unjustified interference with, or failure to respect, the applicant’s private life within the meaning of Article 8 of the Convention by the fact that the applicant had allegedly failed to receive complete antenatal care as prescribed by the domestic law?

2. Was the expert report prepared in the course of the criminal proceedings available to the civil court?

The Parties are requested to submit other relevant materials from the civil proceedings and the investigation pursued by the Inspectorate for Quality Control of Medical Treatment concerning the alleged negligence of doctor L., especially the materials containing the latter’s submissions about the contested events.