



## OBSERVATIONS EN TIERCE INTERVENTION

Soumises à la Troisième Section

Cour Européenne des Droits de l'Homme

Dans l'affaire

***M.P. et autres contre Roumanie***

N° 39974/10

*European Center for Law and Justice*

*Pro-Vita Bucuresti*

*Alianta Familiilor din Romania*

À Strasbourg, le 30 Octobre 2012

Par  
Andreea Popescu,  
Juriste à l'ECLJ

Grégor Puppink  
Directeur de l'ECLJ

La présente affaire concerne trois requérants : un couple de parents et leur fils conçu par insémination artificielle, et né sans tibia. Ils considèrent avoir droit à une indemnisation en contre partie du préjudice subi par l'enfant du fait d'être né, ainsi que du préjudice subi par les parents du fait de la naissance. La mère de l'enfant se plaint de ne pas avoir avorté, ce qu'elle aurait fait si elle avait été informée par ses médecins, avant et pendant sa grossesse, sur la maladie de son enfant à naître. Dans la requête introductive, les requérants revendiquent un « *droit fondamental d'un être humain de ne pas être le résultat d'un acte de mal praxis médical* », droit qui, selon eux, « *s'inscrit dans la catégorie des droits couverts par le droit à la vie (article 2 de la Convention) et le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 de la Convention)* », car aujourd'hui « *l'insémination artificielle permet aux couples de réaliser un désir communément accepté comme naturel, mais irréalisable pour les requérants par les voies naturelles* » et que « *la technologie implique et oblige à l'exercice d'un contrôle rigoureux des procédures par rapport au hasard de la procréation naturelle* ».

En d'autres termes, la Cour est une nouvelle fois saisie d'une requête fondée ultimement sur un droit allégué à « l'enfant sain ». Ce n'est que sur l'existence implicite ou explicite d'un tel droit que peut se déduire une obligation positive pour l'Etat de fournir les moyens d'éviter la naissance d'un enfant handicapé, et d'indemniser les parents dans les cas où une telle naissance n'a pas été évitée.

Les observations sont structurées comme suit :

- En ce qui concerne l'article 2 de la Convention, il convient de noter que cet article ne garantit pas un droit de ne pas naître, mais un droit à la vie et que cet article ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce (I).
- Quant à l'article 8 de la Convention, les griefs des requérants ne sont pas clairs ni étayés. Les requérants n'indiquent pas pour quelles raisons ils considèrent que leur droit aurait été violé. On peut envisager deux hypothèses : néanmoins, pour plusieurs raisons qui seront exposées en ce qui suit, aucune d'elles ne permet à aboutir à un constat de violation de l'article 8 de la Convention (II).
- Les obligations positives de l'Etat sur le terrain de l'article 8 de la Convention ne s'étendent pas jusqu'à imposer à l'Etat d'instituer un système d'indemnisation pour le préjudice d'être né ou pour le préjudice d'une naissance non-désirée en vue de protéger le droit à la vie privée et familiale des requérants (III).

## **I. L'article 2 de la Convention ne garantit pas un droit de ne pas vivre (*wrongfull life*)**

### **A. L'enfant n'est pas le résultat d'une erreur médicale**

Contrairement à l'affirmation des requérants, il n'y a aucun lien entre une éventuelle faute des médecins et le handicap de l'enfant. S'il y a eu faute, elle ne concernait que le dépistage de la maladie. Le handicap de l'enfant n'était pas dû à un acte ou à une omission des médecins, car il préexistait. Même s'il était dépisté avant la naissance, les médecins ne pouvaient pas soigner l'enfant avant sa naissance. C'est à ce constat que la cour d'appel de Bucarest est arrivée : « *il est évident, qu'en ce qui concerne l'enfant, il n'y a pas un lien de causalité entre le fait illicite et le préjudice produit, car si le médecin avait vu à l'échographie l'anomalie, la conséquence aurait été l'interruption de grossesse. Dans cette situation on ne peut pas apprécier que pour l'enfant il aurait été mieux de ne pas naître que de naître avec un « tibia agensis », car le droit à la vie est le plus important et la malformation n'est pas de nature à affecter substantiellement sa qualité de vie. En ce sens, il ressort des pièces du dossier que la malformation dont l'enfant souffre peut être corrigée à l'avenir par des interventions chirurgicales* ».

## 1. La Convention garantit le droit à la vie

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>1</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>2</sup>, l'Etat disposant d'une certaine marge d'appréciation dans la détermination des moyens mis en œuvre pour remplir cette obligation. La Convention ne contient aucune limitation quant au champ d'application temporel du droit à la vie : elle protège « toute personne »<sup>3</sup>, pendant toute la durée de sa vie, de sa conception à sa mort. Comme la Cour l'indiquait dans l'affaire *Vo c. France*, « l'article 2 de la Convention est silencieux sur les limites temporelles du droit à la vie et, en particulier, il ne définit pas qui est la « personne » dont « la vie » est protégée par la Convention »<sup>4</sup>. 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 de son champ d'application<sup>5</sup>. Le « principe du caractère sacré de la vie protégé par la Convention »<sup>6</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>7</sup>. C'est parce que la vie est un bien en soi avant d'être un bien pour la personne elle-même et pour la société, qu'elle est protégée par la Convention ; c'est pour ce motif que les requérants ne peuvent pas prétendre avoir subi un préjudice du fait de la naissance de leur enfant handicapé, à moins d'adopter une autre conception de la vie, une conception utilitariste et inégalitaire dans laquelle la valeur ontologique d'une personne est déterminée par la société ; c'est précisément contre une telle conception que les droits de l'homme et la Convention ont été institués après-guerre. La valeur et la dignité de la vie ne dépendent pas de la santé, de la race ou du sexe de la personne en cause.

## 2. La Convention ne contient pas un droit de ne pas naître

La Cour européenne, comme les droits nationaux (voir annexe droit comparé) ne reconnaissent pas pour des raisons évidentes un droit à la non-existence qui pourrait être violé par l'existence de la personne.

---

<sup>1</sup> *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, arrêt du 29 avril 2002, § 39 ;

<sup>2</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>3</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>4</sup> *Vo c. France*, n° 53924/00, GC, arrêt du 8 juillet 2004, § 75.

<sup>5</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>6</sup> *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, arrêt du 29 avril 2002, § 65 ;

<sup>7</sup> *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, arrêt du 29 avril 2002, § 65 ; *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 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 ;

La conclusion de la Cour dans l'affaire *Pretty* peut être appliquée, par extension, aux faits de la présente affaire : « Dans toutes les affaires dont elle a eu à connaître, la Cour a mis l'accent sur l'obligation pour l'Etat de protéger la vie. » Le droit à la vie « n'a aucun rapport avec les questions concernant la qualité de la vie ou ce qu'une personne choisit de faire de sa vie. (...) 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. La Cour estime donc qu'il n'est pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique »<sup>8</sup>. Pour la même raison « la grossesse ne relève pas exclusivement de la vie privée de la mère »<sup>9</sup>.

En l'espèce, l'enfant n'était pas titulaire d'un droit à ne pas naître ou à ne pas naître avec un handicap ou d'un droit à une qualité de vie après sa naissance, pour considérer que sa propre naissance puisse constituer un préjudice pour lui<sup>10</sup>.

### **3. Le droit à la vie de l'enfant était pleinement protégé à partir de la 14<sup>ème</sup> semaine**

L'enfant n'était pas titulaire d'un droit à ne pas naître ; au contraire, au moins à partir de la 14<sup>ème</sup> semaine, après épuisement du délai légal d'avortement, l'enfant à naître était pleinement titulaire du droit à la vie en vertu du droit roumain. Cela impliquait pour la Roumanie une obligation renforcée de protection, s'agissant de la vie d'une personne fragile et vulnérable. Conformément à sa jurisprudence, la Cour doit dès lors reconnaître en l'espèce l'applicabilité de l'article 2 à partir de la 14<sup>ème</sup> semaine, et en déduire que l'enfant à naître était destinataire des obligations positives et négatives de l'Etat découlant de cet article.

## **II. L'article 8 de la Convention ne garantit pas aux parents un droit de ne pas donner naissance à un enfant handicapé (wrongfull birth)**

Les griefs des requérants ne sont pas précisés et étayés. Dès lors, il faut envisager deux hypothèses :

- ils se plaignent de la naissance d'un enfant sans tibia (1);
- ils se plaignent de ce que la requérante n'a pas avorté (2).

### **1. Première hypothèse : le respect dû à leur vie privée et familiale aurait été violé du fait de la naissance d'un enfant sans tibia**

On peut bien sûr comprendre que la malformation de leur deuxième enfant a eu des conséquences pénibles sur leur vie privée et familiale des requérants. Il faut préciser que ces conséquences pénibles ne résultent pas de la naissance de l'enfant, mais de la malformation dont il souffre.

Toutefois, à défaut de précision de la part des requérants, on ne sait pas en quoi consiste concrètement cette violation. Si cet aspect peut rentrer dans le champ de l'application de

<sup>8</sup> *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, arrêt du 29 avril 2002, §§ 39 et 40 ;

<sup>9</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>10</sup> *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, arrêt du 29 avril 2002, § 39 ;

l'article 8 de la Convention, encore faut-il que les circonstances de l'espèce permettent le constat d'une violation. Or en l'espèce, la responsabilité de l'Etat ne peut pas être engagée pour plusieurs raisons :

**a) Le recours de la requérante à l'insémination artificielle n'est pas une circonstance déterminante**

La seule raison pour laquelle les requérants ont recours à l'insémination artificielle, en utilisant les gamètes du couple, était de pallier à l'infertilité du père qui était suspectée par les médecins. Ils n'ont pas eu recours à cette technique pour pallier à un problème génétique et pour procéder à une sélection génétique des embryons pour avoir un enfant sain. La technique de l'insémination artificielle n'empêche en rien la transmission des maladies génétiques. Si les requérants voulaient éviter la naissance d'un enfant atteint d'une maladie génétique, il aurait fallu recourir à une fécondation *in vitro* et à un dépistage préimplantatoire.

L'AMP ne peut pas être tenue pour responsable du handicap de l'enfant. Ainsi, le fait que la grossesse de la requérante était le résultat d'une technique d'assistance médicale à la procréation (AMP) et non pas d'une procréation naturelle, écarte la responsabilité de l'Etat et des praticiens qui ont pratiqué l'AMP.

**b) Les médecins échographistes étaient tenus à une obligation de moyens**

Une fois possible, à partir de la 13<sup>ème</sup>-14<sup>ème</sup> semaine de grossesse, le dépistage de cette maladie ne dépend pas seulement de la compétence des médecins, mais aussi des aléas des échographies. Les médecins échographistes E.S. et D.A. étaient tenus à une obligation de moyens et non pas de résultat. Cette obligation de moyens s'apprécie en fonction des connaissances médicales et techniques disponibles à l'époque en Roumanie. Leur obligation était de surveiller la grossesse et son évolution et non pas de diagnostiquer et de traiter une maladie non détectable, dans certains cas, à l'échographie. Aucun d'eux n'a réussi à détecter la maladie, car les résultats et l'interprétation des tests ne dépendaient pas seulement de leur diligence, mais aussi de plusieurs facteurs comme la qualité de la technique utilisée, la position du fœtus, l'épaisseur de la paroi abdominale.... En outre, les tests n'indiquent pas la certitude de l'existence, mais le risque d'une maladie.

Enfin et surtout, les médecins échographistes ne peuvent pas être tenus pour responsables de la naissance de l'enfant.

**c) L'information reçue par la requérante sur le risque de la maladie était adéquate**

Le médecin A.V., qui a accueilli la requérante pour l'insémination artificielle, l'a correctement informée sur le risque de la maladie chez l'enfant. L'information du médecin était adéquate, compte tenu de ce que la requérante lui avait dit (elle n'avait pas présenté des actes médicaux relatifs à la maladie de son premier enfant ou à sa maladie à aucun moment de son suivi) et de l'inexistence à l'époque des faits de tests génétiques ou moléculaires permettant de dépister la *tibia agenesis*. De tels tests ne sont toujours pas disponibles en Roumanie. La charge de la preuve sur le défaut d'information incombait à la requérante et elle n'a aucunement prouvé le contraire devant les tribunaux internes.

**d) Les requérants ne sont pas ou plus victimes**

*En ce qui concerne l'enfant*, il n'est pas victime au sens de la Convention, car d'une part, il n'est pas titulaire d'un droit de ne pas naître avec ou sans handicap ou d'un droit de ne pas vivre. D'une autre part, dès sa naissance, son handicap était pris en charge par l'Etat. Cette aide consiste dans la prise en charge par l'Etat des traitements médicaux et des prothèses nécessaires pour pallier l'absence de tibia, l'enfant ayant reçu deux prothèses par an à partir de 2004, la dernière prothèse datant de 2012. En outre, l'Etat met aussi à la disposition des

personnes handicapées diverses aides financiers<sup>11</sup>. En tout état de cause, la protection de l'enfant à naître était assurée par la protection de la mère<sup>12</sup>, qui en espèce a fait usage de l'action civile délictuelle contre les médecins et a reçu des dédommagements à titre de préjudice moral.

*En ce qui concerne les parents*, qu'ils soient titulaires ou non d'un droit de ne pas donner naissance à un enfant handicapé, ils ne peuvent plus se prétendre victimes au sens de la Convention, dès lors que les tribunaux internes, à la suite d'un procès équitable et ayant dûment motivé leur décisions<sup>13</sup>, ont reconnu et réparé la violation alléguée<sup>14</sup>, en constatant la négligence du médecin échographiste E.S. et en allouant aux requérants à titre de dommage moral environ 5 000 euros, tout en jugeant que les requérants étaient en partie personnellement responsable de leur situation<sup>15</sup>. Leur demande à titre de dommage matériel était rejetée, car d'une part, l'Etat a couvert et continue de couvrir par le système de sécurité sociale les dépenses médicales et les prothèses dont a bénéficié et bénéficie leur enfant, et d'une autre part, parce que l'existence d'autres dépenses n'était pas étayée<sup>16</sup>.

#### **e) Grief type IV<sup>ème</sup> instance**

En ce qui concerne le mécontentement des requérants quant au montant de la somme allouée par les tribunaux internes à titre de préjudice moral ou au rejet de leur demande à titre de préjudice matériel, il convient de noter que c'est un grief de type « IV<sup>ème</sup> instance », car il n'appartient pas à la Cour de se substituer aux autorités internes, qui sont « *mieux placées que le juge international pour évaluer, à la lumière des traditions juridiques locales, le contexte particulier de la controverse juridique qui leur est soumise et les divers droits et intérêts concurrents* »<sup>17</sup>, et d'établir à leur place le montant à allouer aux requérants.

### **2. Deuxième hypothèse : le respect dû à la vie privée et familiale des requérants a été violé parce que la requérante n'a pas avorté**

A titre préalable, nous attirons l'attention de la Cour sur la qualité du père : peut-il se prétendre affecté dans ses droits du fait que sa femme n'a pas avorté leur enfant ? Le père a-t-il un droit à être associé à la décision de sa femme quant à l'avortement<sup>18</sup>, peut-il prétendre avoir un intérêt personnel garanti par la Convention dans la réalisation d'un avortement sur une tierce personne, comme la Cour vient de le reconnaître dans l'affaire *P. et S. contre Pologne* (n° 57375/08) au bénéfice de la mère ?

#### **a) La Convention ne contient pas de droit à l'avortement**

En ce qui concerne le droit à l'avortement, la Grande Chambre a énoncé clairement que « *l'article 8 de la Convention ne peut pas être interprété comme conférant un droit autonome*

---

<sup>11</sup> L'enfant recevant le double de l'allocation mensuelle pour les enfants, l'aide à domicile, sa mère percevant une indemnisation pour s'occuper de lui, ainsi que de diverses réductions notamment pour le transport ;

<sup>12</sup> Dans l'affaire *Vo c. France*, n° 53924/00, arrêt du 8 juillet 2004, §§ 91-95, la Cour a constaté que l'action en dommage pour les parents était suffisante pour protéger le droit à la vie de l'enfant à naître ;

<sup>13</sup> *Jensen c. Danemark*, n° 48470/99, décision du 20 septembre 2001 ;

<sup>14</sup> *Scordino c. Italie* (n° 1) [GC], n° 36813/97, 29 mars 2006, §§ 178 et suiv. et § 193 ;

<sup>15</sup> *Paşa et Erkan Erol c. Turquie*, n° 51358/99, arrêt du 12 décembre 2006 ;

<sup>16</sup> *Freimanis et Līdums c. Lettonie*, n° 74860/01, arrêt du 9 février 2006, § 68 ;

<sup>17</sup> *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01, arrêt du 13 juillet 2004, § 46 ;

<sup>18</sup> *X. c. Autriche*, n° 7075/1975, décision de la Commission du 10 décembre 1976, *X. c. Norvège*, n° 867/1960, décision de la Commission du 9 mai 1961 et *Boso c. Italie*, n° 50490/99, décision du 5 septembre 2002, *mutatis mutandis*, *X. c. Royaume-Uni*, n° 8416/1979, décision de la Commission du 13 mai 1980 ;

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>. Si le pouvoir d'interprétation de la Cour est réel, il n'est pas illimité, il ne peut pas s'étendre jusqu'à créer un droit nouveau non contenu dans la Convention<sup>21</sup>. 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 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'autre part imposer une obligation contraire<sup>22</sup>.

### **b) La requérante n'avait plus la possibilité d'avorter selon le droit interne**

La cour d'appel de Bucarest a erronément constaté la négligence du médecin échographiste E.S. par rapport à l'accès de la requérante à l'avortement, car conformément au droit roumain<sup>23</sup>, au-delà de la 14<sup>ème</sup> semaine de grossesse la requérante ne pouvait avoir accès à un avortement que si « l'interruption de la grossesse était nécessaire pour sauver la vie, la santé ou l'intégrité corporelle de la femme enceinte d'un danger grave et imminent et qui ne pouvait pas être écarté autrement » ou si elle « s'imposait pour des raisons thérapeutiques ».

- S'agissant de « la vie, la santé ou l'intégrité corporelle de la femme enceinte », rien ne permet d'estimer que l'enfant à naître la mettait en danger du fait de sa *tibia agenesis*.

- S'agissant des raisons thérapeutiques, il faut préciser que l'autorité compétente en la matière, à savoir le Collège des médecins de Roumanie, s'est exprimé sur ce point, ainsi que son président M. Vasile Arastasoiaie, en précisant qu'une malformation ne constitue pas un motif d'interruption de grossesse après la 14<sup>ème</sup> semaine de grossesse<sup>24</sup>. Selon le droit roumain et la déontologie médicale, la *tibia agenesis* n'est pas une malformation assez grave pour justifier un avortement au-delà du délai légal. Cela est conforme aux solutions retenues dans la plupart des Etats européens pour lesquels l'avortement dit thérapeutique est admis seulement à la condition que la maladie dont souffre l'enfant à naître soit incurable et d'une particulière gravité. Or, manifestement, la *tibia agenesis* n'est pas une maladie incurable, ni d'une particulière gravité ; l'enfant à naître est parfaitement viable, et son tibia peut être remplacé par une prothèse, ce qui d'ailleurs a été le cas.

Or, la requérante semble avoir décidé de faire les échographies seulement pendant la 24<sup>ème</sup> et la 32<sup>ème</sup> semaine de grossesse (6<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> mois), alors que l'enfant est déjà viable, et bien après le délai légal de l'avortement en Roumanie ; la requérante n'avait donc plus la possibilité d'avorter. La responsabilité déontologique et pénale des médecins aurait pu être engagée s'ils avaient réalisés un tel avortement tardif.

### **c) La Convention ne garantit pas un droit à l'enfant sain**

Le désir des requérants d'avoir un enfant sain ne peut s'ériger en droit. Admettre un droit des couples à avoir un enfant sain en faisant appel au dépistage prénatal est contraire à la

---

<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 ;

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

<sup>23</sup> Article 185 du Code pénal relatif à l'avortement ;

<sup>24</sup> Déclaration du président du Collège des médecins de Roumanie, M. Vasile Arastasoiaie, dans le journal *Jurnalul National* du 27 avril 2011 ;

Convention et constitue une extension inconsiderée de la portée de l'article 8. Cela obligerait inéluctablement tous les Etats européens à autoriser le dépistage prénatal à but eugénique.

#### **d) La Convention s'oppose à tout prétendu droit à l'eugénisme**

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. Ce principe bien établi<sup>25</sup> est notamment celui 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 faite la Grande Chambre de la Cour de Justice dans l'affaire *Brüstle*<sup>26</sup>.

*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* ».

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* » (article 12). De même, la Recommandation de l'APCE n° 1046 de 1986<sup>27</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* ».

#### **e) L'interdiction de la discrimination pour des raisons de patrimoine génétique<sup>28</sup>**

La Convention d'Oviedo énonce que « *Toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite* » (article 11). De même, la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme<sup>29</sup> énonce : « *chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques* » (article 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* » (article 6). Il faut préciser que des dispositions de la Convention d'Oviedo portent explicitement sur la vie prénatale et sur embryons humains afin de les protéger.

<sup>25</sup> Voir notamment l'article 2 de la Convention d'Oviedo ;

<sup>26</sup> Affaire C-34/10 *Oliver Brüstle contre Greenpeace eV* du 18 octobre 2011 ;

<sup>27</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 ;

<sup>28</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>29</sup> Adoptée au sein de l'UNESCO le 11 novembre 1997 ;



## **f) La stigmatisation des personnes handicapées et de leur famille**

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 êtres détruits ou avortés, mais également les personnes qui ont survécu à cette procédure de dépistage-élimination, et qui sont considérées comme socialement coupables d'être nés, comme le résultat d'une erreur médicale, comme en l'espèce. Cette stigmatisation est une violation des droits des personnes handicapées<sup>30</sup>. Des actions en justice sont actuellement en cours, introduites par les familles de personnes trisomiques, contre les discours stigmatisant incitant à la suppression des trisomiques<sup>31</sup>.

## **III. Les obligations positives de l'Etat sur le terrain de l'article 8 de la Convention**

### **A. La mise en place d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour la protection du droit à la vie privée et familiale des requérants**

Sous l'angle de l'article 8 de la Convention, l'Etat a l'obligation de protéger les individus contre les ingérences arbitraires des autorités publiques<sup>32</sup> et de prendre des mesures pour assurer le respect effectif de la vie privée et familiale<sup>33</sup>, tout en ménageant un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents. Ainsi, l'obligation de l'Etat se résume à la mise en place d'« *un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect de ses obligations positives* »<sup>34</sup>. En l'espèce, à l'époque des faits, la Roumanie disposait d'un cadre juridique clair, suffisant et adéquat pour satisfaire les droits de la requérante en matière de santé. Ce cadre juridique établissait quels étaient les droits des patients<sup>35</sup>, les obligations et la responsabilité de médecins<sup>36</sup>, y compris dans le cadre du suivi d'une grossesse, les conditions de l'engagement de la responsabilité civile délictuelle des médecins<sup>37</sup>, les conditions dans lesquelles la requérante pouvait avoir accès à un avortement légal<sup>38</sup> et la prise en charge du handicap de l'enfant des requérants par l'Etat<sup>39</sup>.

---

<sup>30</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>31</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>32</sup> *Sijakova et autres c. L'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, n° 67914/01 décision du 6 mars 2003 ;

<sup>33</sup> *Dickson c. Royaume-Uni*, n° 44362/04, arrêt du 4 décembre 2007, § 70 ;

<sup>34</sup> *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, arrêt du 25 janvier 2000, § 108 ;

<sup>35</sup> Notamment les articles 6, 8, 12, 13, 26, 27, 28 et 37 de la loi n° 46/2003 sur les droits des patients ;

<sup>36</sup> Notamment le Code déontologique des médecins de l'époque des faits ;

<sup>37</sup> Les articles 998- 1000 du code civil ;

<sup>38</sup> Notamment l'article 185 du Code pénal et la position du Collège des médecins de Roumanie ;

<sup>39</sup> Notamment la loi n° 53/1992 (la première loi qui encadre la protection sociale des personnes ayant un handicap), l'ordonnance du gouvernement n° 30/2004 sur l'assistance médicale, les médicaments et les prothèses gratuits dont bénéficient certaines catégories de personnes (y compris le requérant) et d'autres normes comme l'ordonnance d'urgence du gouvernement n° 12/2001 et l'arrêté du Gouvernement n° 216/2001 sur la protection de l'enfant, la loi n° 71/2002 et l'arrêté du Gouvernement n° 218/2002 sur l'éducation, la loi n° 519/2002 sur la santé, la loi n° 84/1995 sur l'éducation, la stratégie gouvernementale dans le domaine de la protection de l'enfant en difficulté 2001-2004, l'ordre du ministre de la santé et de la famille et du secrétaire d'Etat de l'Autorité Nationale pour la Protection de l'enfant et l'adoption n° 705/ 12.709/2002 ;

Ce cadre juridique a permis également aux requérants de porter leurs griefs en justice et d'obtenir, à la suite d'un procès équitable, des dommages moraux pour la négligence du médecin E.S. Ils ont bénéficié aussi de l'aide de l'Etat pour les personnes ayant un handicap<sup>40</sup>.

## **B. La mise en place d'un système d'indemnisation n'est pas requise par la Convention**

L'article 8 n'inclue pas un droit de recevoir une indemnisation<sup>41</sup> en l'absence d'injustice, or la maladie n'est pas une injustice. En l'espèce, l'indemnité n'est pas due en contrepartie d'une injustice, mais est accordée au titre de la solidarité sociale. On entre alors dans le champ des droits sociaux, que la Convention ne garantit pas directement.

Qui plus est, dans une affaire similaire<sup>42</sup>, l'ancienne Commission a apprécié que l'impossibilité pour l'intéressée de réclamer une indemnisation pour le préjudice d'être né ne viole pas la Convention. En affirmant que cette question relève de la marge d'appréciation de l'Etat, en raison des considérations d'ordre moral et éthique qu'elle implique, elle a observé qu'en droit interne les médecins n'avaient pas d'obligation envers l'enfant à naître de supprimer sa vie, d'autant plus que cela est contraire à l'ordre public. Ensuite, l'ancienne Commission a jugé que cette impossibilité poursuivait le but légitime de préserver le droit à la vie. Enfin, elle a considéré que cette impossibilité était proportionnée au but poursuivi, vu que la responsabilité des médecins pouvait être engagée pour tout acte inadéquat qui entraînait un handicap chez l'enfant et qui affectait les parents, ces-derniers pouvant demander une compensation pour les dommages soufferts et pour le coût des soins.

En la matière, il n'y a pas de consensus entre les Etats membres<sup>43</sup> (voir aussi le droit comparé sur la question en annexe). A supposer que l'Etat ait une obligation découlant de la Convention d'instituer un tel système d'indemnisation, il jouirait alors d'une large marge d'appréciation<sup>44</sup>. En effet, « *lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national* »<sup>45</sup> « *pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre*<sup>46</sup>. » « *Elle n'a donc pas à substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales compétentes s'agissant de déterminer le meilleur moyen de*

---

<sup>40</sup> *Draon c. France*, GC, n° 1513/03, arrêt du 6 octobre 2005, § 114 ;

<sup>41</sup> *August c. Royaume-Uni*, n° 36505/02, décision du 21 janvier 2003 ;

<sup>42</sup> *Reeve c. Royaume-Uni*, n° 24844/94, décision de la Commission du 30 novembre 1994 ;

<sup>43</sup> Il n'y a pas de consensus parmi les pays membres du Conseil de l'Europe en ce qui concerne le préjudice d'être né et le préjudice d'une naissance non désirée. Le préjudice d'être né n'est pas reconnu, compte tenu du fait que l'enfant ne peut pas prétendre avoir un droit à ne pas exister (Portugal, Pays-Bas), la non-existence n'ayant aucune valeur (Pays-Bas), que l'existence d'un enfant ne peut pas être considérée comme un dommage, que l'être humain doit accepter la vie (Allemagne), que l'enfant a le droit de naître et non pas de ne pas naître ou de ne pas naître s'il n'est pas sain (Italie) (Angleterre et Pays des Galles). Ceux qui permettent de réclamer un préjudice pour une naissance non désirée, distinguent entre le dommage moral et le dommage matériel. Le dommage moral est alloué aux parents (Pays-Bas et Italie), seulement à la femme (Allemagne, Angleterre et Pays des Galles). Le dommage matériel couvre tous les coûts y compris les charges particulières (Pays-Bas, Allemagne, Italie), seulement le préjudice des parents, l'enfant ayant un handicap bénéficiant de l'aide de la solidarité nationale (France) ou seulement le coût associé à la grossesse (Angleterre et Pays des Galles)

<sup>44</sup> *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, arrêt du 10 avril 2007, § 82, *Knect c. Roumanie*, arrêt du 2 octobre 2012 ;

<sup>45</sup> *James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1986, série A no 98, p. 32, § 46, dans lequel la Cour a estimé conforme à la Convention le fait que « *le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale* » ;

<sup>46</sup> *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, § 67, *Zehnalova et Zehnal, Draon c. France* §§ 111-116, *Levenez c. France* ;

*réglementer les questions* »<sup>47</sup> ou « *pour apprécier l'opportunité de la mise en place d'un tel régime, ni en quoi pourrait consister la politique optimale en ce domaine social difficile* »<sup>48</sup>. La Cour a jugé dans d'autres affaires qu'il était légitime de la part de l'Etat de se préoccuper « *sur le plan des principes, du bien-être de tout enfant éventuel lorsqu'elles élaborent et appliquent [une] politique : la conception d'un enfant constitue l'objet même de cet exercice. (...) l'Etat a l'obligation positive de garantir la protection effective des enfants* »<sup>49</sup> ou de tenir compte des motifs d'intérêt général, comme l'éthique (la nécessité de se prononcer sur un choix fondamental de société), l'équité et la bonne organisation du système de santé<sup>50</sup> ou de « *répondre au souci d'équilibre entre la prise en considération du dommage qu'il faut réparer et la « judiciarisation » à outrance des responsabilités pesant sur le corps médical* »<sup>51</sup>.

\* \* \*

En arrière-plan de l'idée d'un droit opposable à l'enfant sain et à une indemnisation en cas contraire, il y a l'idée que la société, par l'effet conjugué des droits de l'homme et de la science, devrait protéger toute personne contre les aléas de la nature et du destin, perçus comme des injustices, des violation d'un droit à la santé et à la maîtrise de son existence (autonomie). Cette aspiration situe le droit à la santé dans une logique totalisante qui entend garantir à chaque personne sa qualité de vie, et l'assurer contre les malheurs éventuels. Ce véritable droit au bonheur et à la santé aurait deux versants : l'un de prévention contre la maladie et le handicap ; l'autre d'indemnisation contre l'alea, c'est-à-dire contre l'échec de maîtrise des dangers. Mais nous serions alors dans une société « totalisante », qui prend en charge tous les aspects de notre existence, et qui conçoit la médecine comme un outil de maîtrise du vivant, et non pas comme un art visant « seulement » à nous soigner.

La prétention à vouloir toujours plus maîtriser notre existence conduit, paradoxalement, à nous faire dépendre davantage de moyens extérieurs. L'article 8, qui protège la vie privée, aurait ainsi pour effet paradoxal de créer à la charge de l'Etat des obligations sans cesse croissantes. L'Etat, plutôt que de devoir se désinvestir de la vie privée de ses citoyens devrait au contraire s'y investir davantage pour donner à chacun les moyens de maîtriser son existence.

Cela étant, la Cour pourrait utilement rappeler de façon réaliste que :

- l'article 2 ne contient pas de droit à ne pas naître,
- l'article 8 ne contient pas de droit à ne pas donner naissance à un enfant handicapé, ni à avorter,
- la Convention ne contient pas de « droit à la santé », mais que le droit international reconnaît un « droit à la protection de la santé »<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> *S. H. et autres c. Autriche* [GC], no 57813/00, § 92 ;

<sup>48</sup> *Mutatis mutandis, Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, n° 9310/81, arrêt du 21 février 1990, § 44 ;

<sup>49</sup> *L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 36, Recueil des arrêts et décisions 1998-III, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, §§ 115-116, *Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], no 29392/95, § 73, CEDH 2001-V, *Dickson c. Royaume-Uni*, n° 44362/04, arrêt du 4 décembre 2007, § 76 ;

<sup>50</sup> *Draon c. France*, GC, n° 1513/03, arrêt du 6 octobre 2005, § 77 ;

<sup>51</sup> *Vo c. France*, n° 53924/00, arrêt du 8 juillet 2004, § 93 ;

<sup>52</sup> A l'article 25-1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; à l'article 11 de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 ; à l'article 12-1 du Pacte relatif aux droits sociaux, économiques et culturels du 16 décembre 1966 ; à l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000.