

« IVG III », LA CONVENANCE PLUTÔT QUE LA DÉTRESSE. À PROPOS DE LA DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, N° 2014-700 DC DU 31 JUILLET 2014, LOI POUR L'ÉGALITÉ RÉELLE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES

*"IVG III", CONVENIENCE RATHER THAN DISTRESS.
THE DECISION OF THE FRENCH CONSEIL CONSTITUTIONNEL,
N°2014-700 DC OF 31 JULY 2014, A LAW FOR REAL EQUALITY
BETWEEN WOMEN AND MEN*

Par **Xavier BIOY***

DROIT DE LA FAMILLE
ET DES PERSONNES

RÉSUMÉ

Le Conseil constitutionnel a examiné la suppression de la condition selon laquelle la femme qui souhaite recourir à une interruption de grossesse doit se trouver en état de détresse. Il en a admis la constitutionnalité, sans motiver cette solution. Les requérants pensaient que cela remet en cause la protection de l'embryon, mais le Conseil estime que cela ne heurte aucune exigence constitutionnelle. Il s'agit là d'une évolution de sa jurisprudence.

MOTS-CLÉS

Interruption de grossesse, contrôle de constitutionnalité, liberté personnelle, dignité de la personne, embryon.

* Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole, Directeur de l'Institut Maurice Hauriou et de l'Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques ». xavier.bioy@ut-capitole.fr

SUMMARY

The French Conseil constitutionnel judged the abolition of the condition according to which the woman who wishes to abort has to be in state of distress. The Conseil admitted the constitutionality of the Law, without motivating this solution. The applicants thought that it questions the protection of the embryo, but the judge dares that it strikes no constitutional requirement. This is a turn of its jurisprudence.

KEYWORDS

Termination of pregnancy, control of constitutionality, personal freedom, dignity of the person, the embryo.

TEXTE, EXTRAIT DE LA DÉCISION

« 1. Considérant que les sénateurs requérants déferent au Conseil constitutionnel la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ; qu'ils mettent en cause la conformité à la Constitution de son article 24 ;

- Sur l'article 24 :

2. Considérant que, dans sa rédaction résultant de l'article 4 de la loi du 17 janvier 1975 susvisée, la première phrase de l'article L. 162-1 du code de la santé publique, devenu son article L. 2212-1, dispose : « La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse » ; que l'article 24 de la loi déferée remplace les mots : « que son état place dans une situation de détresse » par les mots : « qui ne veut pas poursuivre une grossesse » ;

3. Considérant que, selon les requérants, la suppression de l'exigence selon laquelle le droit de la femme de demander l'interruption de sa grossesse est conditionné à une situation de détresse n'est pas justifiée ; qu'elle romprait le compromis et l'équilibre résultant de la loi du 17 janvier 1975 et porterait dès lors atteinte « au principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » ;

4. Considérant que la loi du 17 janvier 1975 a autorisé une femme à demander l'interruption volontaire de sa grossesse lorsque « son état » la « place dans une situation de détresse » ; que ces dispositions réservent à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation ; que la modification, par l'article 24, de la rédaction des dispositions de la première phrase de l'article L. 2212-1, qui prévoit que la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut en demander l'interruption à un médecin, ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle ; que, par suite, cet article doit être déclaré conforme à la Constitution ; »

COMMENTAIRE

La décision commentée ne restera dans les mémoires qu'en raison de son surnom d' « IVG III ». Après les décisions de 1975 et de 2001 (04 juillet 2001 – Décision n° 2001-449 DC, *IVG II*) qui ont été des moments forts de sa jurisprudence, il semble que le juge constitutionnel ait été négligeant, si ce n'est sur le fond éthique et politique, à tout le moins sur la qualité de sa motivation.

La loi déferée au Conseil constitutionnel par plus de soixante sénateurs, bien qu'elle compte soixante-dix-sept articles, n'a été contestée que pour son article 24

relatif à l'interruption volontaire de grossesse. On laissera de côté les éléments tenant à la procédure législative, soulevés d'office par le Conseil pour compléter sans jurisprudence relative à la procédure des ordonnances et au droit d'amendement. Saisi de la question de la suppression de la condition de détresse que la loi « Veil » imposait depuis quarante ans, sans que cela n'entrave le recours à l'IVG, le juge répond que cette condition ne prive aucune exigence constitutionnelle de protection. Mais le lecteur n'aura qu'à lire entre les lignes si il souhaite en connaître les motifs. Il semble que l'argument selon lequel supprimer cette condition affecterait l'équilibre que la loi opérait entre la liberté corporelle de la femme et la dignité de la personne humaine « manque en fait », car c'est à la femme que revient sa seule appréciation.

On avouera une certaine incompréhension de cette solution au regard de la jurisprudence antérieure qui avait affirmé et confirmé que les conditions d'accès à l'IVG faisaient partie intégrante de l'appréciation de la constitutionnalité de la loi dont l'objet est justement de concilier deux normes constitutionnelles d'application en l'occurrence contradictoires.

1. L'ARGUMENT DE L'ÉQUILIBRE RÉALISÉ PAR LA LOI

Selon les requérants, auxquels on prêterait une oreille attentive, la loi aménageait à l'origine une conciliation entre deux principes constitutionnels. Les termes de cette conciliation ont fortement évolué en défaveur de la protection de l'être humain, sans que jamais le Conseil constitutionnel ne s'en inquiète.

1.1. Les garanties législatives de la dignité de la personne humaine

Les premières décisions de 1975, 1994 et de 2001 ont placé l'embryon sous la protection du principe du respect de l'être humain dès le commencement de la (puis « sa ») vie, ce qui reprend la qualification législative. En 1975, le Conseil considère bien que la loi Veil ouvre une « dérogation » en cas de nécessité : « Considérant que la loi déferée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1^{er}, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elles définit ». C'est dire si le juge constate qu'un équilibre est créé par la loi.

En 2001, il décide de confronter la liberté personnelle de la femme (liberté de disposer de son corps, composante de la liberté personnelle) au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Cela ne fait pas du fœtus une personne car cela aurait également dû, ce qui n'a pas été le cas, entraîner en 1993

l'inconstitutionnalité de la dépénalisation de l'auto-avortement, ce dernier ne connaissant pas de « délai ». Le juge constitutionnel a estimé que le respect de l'être humain, principe législatif, était une garantie de la dignité de la personne. Ainsi, dans le cas où il serait méconnu, cette dernière le serait aussi. Le ton était donné dans la décision *Bioéthique I* (n° 94-343/394 DC d 27 juillet 1994) : « le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » en estimant que ce principe, ainsi que les autres principes de la loi bioéthique alors adoptée, « tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (cons. 18). Le respect peut alors être subsumé sous la dignité. Rappelons les termes de l'équilibre (considérant n°5 : « la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »).

Rappelons que la jurisprudence européenne ne force nullement la main aux États en matière d'avortement. Si l'autonomie de la femme permet de considérer que les conditions posées à l'IVG sont bien des ingérences dans son droit au respect de sa vie privée, la Cour européenne n'en respecte pas moins les choix nationaux, y compris lorsque les limites sont larges et strictes (1), à condition de ne pas entraver l'information en la matière et de ne pas mettre la femme en danger (2).

1.2. Les conditions de recours à l'IVG, sont des composantes de ces garanties

La condition de « détresse », aux termes de la loi et des débats qui ont entouré autant son adoption que ses modifications de 2001 et 2014, signifiait que le choix de l'IVG devait justement être un « choix » éclairé et non un réflexe de convenance. Le recours à l'IVG n'est certes pas un moyen de contraception. Il apparaissait donc logique que la loi impose une analyse attentive des motifs y conduisant. Autrefois, les différents entretiens médicaux et la rencontre des services sociaux conduisaient à ce que des éléments de réponse soient posés et que des alternatives à l'IVG soient examinées. En vue de libérer davantage la femme de ces

contraintes, ces éléments ont été supprimés, ne laissant que cette « détresse ». Pour les mineures, la consultation préalable, qu'elle soit accompagnée par le représentant légal ou, à défaut, un adulte de leur choix, a encore pour but de s'assurer qu'aucune pression en faveur de l'avortement n'a été exercée.

Néanmoins, en 2001, le Conseil avait déjà argué de la liberté de la femme pour accepter la suppression de l'obligation d'énumérer les « droits, aides et avantages garantis par la loi aux familles, aux mères, célibataires ou non, et à leurs enfants, ainsi que des possibilités offertes par l'adoption d'un enfant à naître » (cons. 10). Comme le dit le commentaire officiel aux *Cahiers* « la loi du 4 juillet 2001 a parachevé le mouvement vidant de toute portée juridique concrète la référence à la « situation de détresse » ». L'essentiel des conditions posées en 1975 avait ainsi été déjà abrogé en 2001 (loi du 4 juillet 2001) : suppression des dispositions de l'article 2221-1 du CSP qui sanctionnaient le délit de propagande et de publicité directe ou indirecte pour les établissements pratiquant l'IVG ou pour des médicaments, produits ou méthodes permettant une IVG ; suppression du caractère obligatoire de la consultation sociale préalable à l'IVG pour les femmes majeures même si cet entretien doit être systématiquement proposé. Par ailleurs, la réalisation d'une interruption de grossesse concernant une femme étrangère n'est plus soumise à aucune condition de durée et de régularité du séjour en France.

Que reste-t-il de la conciliation de 1975 ? Est-il encore vrai que l'avortement est toujours un traumatisme comme l'affirmait Mme Veil alors, ce qui voulait dire que l'IVG resterait un acte exceptionnel et responsable ? Le nombre des IVG augmente et les témoignages de gynécologues se multiplient selon lesquels des femmes de plus en plus nombreuses recourent plusieurs fois à des IVG et peinent à la distinguer de la contraception. La vertu de la loi n'est-elle pas aussi de rappeler des choix collectifs et des valeurs, même, et surtout, symboliquement ? La loi n'a ni vocation à culpabiliser, ni à déculpabiliser les femmes qui ont recours à l'IVG : mais elle a celle de protéger l'être humain qu'est l'embryon *in utero* qu'elle qualifie elle-même ainsi. Sinon, pourquoi ne pas avoir abrogé le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, posé par cette même loi Veil ? Demeure ainsi l'article L. 2211-2 du code de la santé publique selon lequel l'IVG n'admet une atteinte au respect de la vie qu'en raison d'une situation « de nécessité ». Cela ne lui retire pas sa qualité de droit. Autant on ne peut pas penser, comme beaucoup l'ont pourtant écrit, que la dépénalisation de l'avortement n'a ouvert qu'une « tolérance » (l'IVG est un véritable droit relevant d'une mission de service public) autant ce droit ne paraît pas devoir être inconditionnel et inconditionné comme le législateur de 2014 l'a voulu, avec le consentement du Conseil constitutionnel.

(1) CEDH, 16 décembre 2010, *A, B, C c. Irlande*.

(2) D. ROMAN, « L'avortement devant la CEDH : À propos de l'arrêt CEDH, 18 mars 2007, *Tysiac c. Pologne* », *RDSS* 08/2007, n° 4, p. 643-650.

2. LA RÉPONSE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SELON LAQUELLE L'ARGUMENT MANQUE EN FAIT

On sera convaincu que, loin d'être anodine, cette décision du Conseil fait évoluer sa jurisprudence vers l'inversion du système : le principe est la liberté corporelle, la dérogation est la protection de l'embryon. Il eut été souhaitable que le Conseil l'explique plus avant. Le Conseil semble, comme la réponse du gouvernement à la saisine, admettre qu'une condition non contrôlée par la puissance publique n'en soit pas une. Quelle serait au mieux non contraignante, au pire non normative. En réalité, le Conseil n'a pas souhaité y regarder de plus près.

2.1. Une condition appréciée par sa seule destinataire ne serait pas normative

Or, il n'est pas interdit de penser que la condition de détresse n'était pas vidée de toute portée normative. Le discours juridique a une vertu propre : dire les objectifs de la loi pour guider ses interprètes, notamment concernant la valeur de l'être humain. On ne voit pas pourquoi une idée aussi communément admise n'a pas cours en l'espèce.

2.1.1. Une condition non contrôlée est-elle une contrainte qui nierait l'existence d'un droit ?

Bien sûr, chaque juriste sait que tous les droits, même souvent les droits fondamentaux, connaissent des conditions et des conciliations qui n'en remettent pas en cause la fondamentalité. Or, le point de départ du législateur dans le cas de la disposition contestée devant le Conseil, est exactement inverse. Les motifs de la loi reprennent l'avis du 7 novembre 2013 du Haut Conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes qui a recommandé de supprimer la référence à l'état de détresse au motif que tant qu'il y aurait des conditions (même non contraignantes) il n'y aurait pas « un vrai droit » : l'expression de « femme en situation de détresse renvoie à l'idée que l'IVG doit être un ultime recours, la faisant basculer d'un droit à une concession dans des cas exceptionnels ». Il faut sans doute rappeler que l'IVG est un droit depuis 1975, mais un droit qui porte atteinte au respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, un droit conditionné, comme bien d'autres.

2.1.2. Une condition dont le respect n'est pas contrôlé n'est-elle pas normative ?

Le Conseil semble justifier sa solution, non pas en ayant recours à la traditionnelle formule qui laisse au

législateur le soin de faire des choix politiques (liés à des connaissances techniques) sur lesquels le juge se défend de se prononcer, mais en estimant que la condition de détresse relève de l'appréciation de la femme, qu'elle n'a donc pas d'utilité juridique. C'est en quelque sorte sa normativité qui se trouve niée. Or, une obligation juridique existe indépendamment de sa sanction. C'est d'ailleurs pour cela que les députés ont entendu la supprimer. La dimension performative, inhérente au discours juridique comme discours normatif, existe ici pleinement en indiquant, à l'interprète qu'est la femme enceinte, la manière dont elle doit percevoir sa situation et sa volonté au regard de la loi : mettre fin à une vie en développement. Voilà ce que le Conseil aurait pu « prendre au sérieux », pour paraphraser Dworkin.

2.2. La prudence du Conseil dans les débats de société

Il semble donc que le Conseil ait confondu normativité et contrainte. Ce que pourtant il se garde de faire sur d'autres terrains comme celui de la normativité de la loi.

Cette décision est convergente avec d'autres dans le renoncement que le Conseil montre à ne serait-ce que rappeler les exigences constitutionnelles (pour le reste on se rangera à l'avis du doyen Favoreu selon lequel il ne revient pas au juge de refaire les choix politiques). On peut se souvenir de la décision relative à l'autorisation de la recherche sur l'embryon qui a cru voir dans les quelques conditions que la loi pose une protection de l'embryon *in vitro*. Certes certaines conditions cherchent à éviter que l'on ait recours à des embryons humains, leur utilisation devant rester subsidiaire, mais elles ne protègent pas l'embryon, unique et individuel, qui sera détruit dans la recherche. Le Conseil traite de catégories trop abstraites ; « l'embryon » est, pour lui, « les embryons en général », en utiliser le moins possible suffirait à excuser que certains le soient.

Il semble qu'il en soit de même pour la législation sur l'IVG. On peut croire que le principe est la protection de l'être humain et que l'exception, pendant douze semaines, est la liberté de la femme. Sinon quel serait l'objet de la loi ? Un simple rappel ? En réalité, le Conseil semble avoir inversé les préséances, faisant de la liberté de la femme le principe. Faut-il écrire une loi qui déroge à la liberté de la femme pour protéger l'embryon et le fœtus ? Si la Constitution rend parfaitement légitime de lutter contre l'entrave à l'IVG, ce que d'autres textes font aussi, il ne faut sans doute pas déséquilibrer le dispositif en ce sens. ■