



HAL
open science

La clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison ?

Tatiana Gründler

► **To cite this version:**

Tatiana Gründler. La clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison ?. *Droit et Cultures*, 2017, 74, pp.155-178. 10.4000/droitcultures.4329 . hal-01659412

HAL Id: hal-01659412

<https://hal.science/hal-01659412v1>

Submitted on 8 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**La clause de conscience en matière d'IVG,
un antidote contre la trahison ?**

Tatiana Gründler

*Maître de conférences, Université Paris Nanterre
Centre de théorie et d'analyse du droit, équipe CREDOF, UMR 7074*

« Si les médecins, si les personnels sociaux, ou même un certain nombre de citoyens participent à ces actions illégales [avortements clandestins] c'est bien qu'ils s'y *sentent contraints* ; en opposition parfois avec *leurs convictions personnelles*, ils se trouvent confrontés à des situations de fait qu'ils ne peuvent ignorer »¹.

Dans ce discours prononcé devant les députés par Simone Veil à l'automne 1974 lors de la présentation du projet de loi sur l'interruption volontaire de grossesse, la conscience, sans être nommée, occupe une place cruciale. La contrainte – à laquelle se réfère la ministre de la santé – pesant sur ceux qui se livrent à des actes alors sanctionnés pénalement est indiscutablement d'ordre moral tout comme les convictions personnelles antagoniques qui peuvent être les leurs. Le conflit potentiel ressenti par certains professionnels de santé entre l'obligation morale de répondre au besoin exprimé par une femme et l'interdit moral de porter atteinte à la vie, loin d'être nié, est affirmé et assumé par la ministre. Elle en tire argument pour souligner la force des demandes des femmes et la nécessité de ne plus sanctionner les personnes qui peuvent aller jusqu'à braver leur conscience pour y répondre.

Le législateur en 1975 entend cela en votant une loi dépénalisant l'avortement sous certaines conditions. Il va même au-delà et prend en compte d'une autre manière la conscience des professionnels de santé en organisant son respect grâce à l'insertion dans le texte de ce qu'il est convenu de nommer clause de conscience : « Un médecin n'est jamais tenu de donner suite à une demande d'interruption de grossesse ni de pratiquer celle-ci [...], aucune sage-femme, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse »².

L'expression « clause de conscience » est absente du Code de la santé publique. Seules figurent quelques rares occurrences du terme « conscience » pour caractériser l'état d'une personne en fin de vie³, pour qualifier le soin qui doit animer le médecin dans son traitement des patients⁴ ou encore pour dépendre la qualité de l'appréciation à laquelle doit se livrer le médecin concernant la dénonciation de sévices subis par des personnes vulnérables⁵ ou la non révélation d'un diagnostic⁶.

¹ Discours de Simone Veil, Assemblée nationale 26 novembre 1974. Les soulignages sont les nôtres.

² Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, dont l'article 4 insère dans le Code de la santé publique l'article L162-8.

³ L'article L1110-2 du Code de la santé publique est la seule disposition de valeur législative mentionnant la conscience. C'est à propos du patient qui peut demander - depuis loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie - à recevoir une sédation profonde et continue pour altérer sa conscience jusqu'au décès.

⁴ Les patients doivent être traités avec la même conscience et sans discriminations - Article R1132-13 du Code de la santé publique.

⁵ Article R4127-44 du Code de la santé publique.

⁶ Voir notamment article R4127-239 du Code de la santé publique.

On dénombre cependant, dans la version actuelle du Code de la santé publique, trois clauses de conscience spécifiques : en matière d'interruption volontaire de grossesse (IVG), de stérilisation à visée contraceptive et de recherche sur l'embryon ou les cellules souches⁷. Bien que non mentionnée dans les dispositions législatives et réglementaires, c'est bien de conscience qu'il s'agit.

La conscience est susceptible de deux acceptions, l'une clairement psychologique désigne l'intuition qu'a l'esprit de ses états et de ses actes, l'autre, à connotation morale, renvoie à la propriété qu'a l'esprit humain de porter des jugements normatifs spontanés et immédiats sur la valeur morale de certains actes individuels déterminés⁸. Dominique Laszlo-Fenouillet voit ainsi dans la conscience « le siège de la morale personnelle du sujet, que cette morale paraisse donnée à celui qui y adhère par foi ou choix personnel et raisonné, ou qu'elle soit construite et posée par lui, qu'elle soit le fruit d'un acte de réception ou de législation »⁹.

A priori antinomiques¹⁰ et étrangers l'un à l'autre, morale et droit sont susceptibles d'exercer sur l'individu deux systèmes de normes prenant potentiellement la forme de deux injonctions contradictoires. Un conflit normatif peut alors peser sur l'individu. Plusieurs situations sont susceptibles de se présenter selon que la résolution du conflit conserve une dimension purement individuelle ou revête un caractère collectif. Dans cette dernière hypothèse, il est possible que la solution se trouve dans la désobéissance civile définie par John Rawls comme « un acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement »¹¹. À l'opposé, le conflit morale/droit peut ne pas sortir de la sphère individuelle. Ainsi Antigone décide, au prix de sa vie, de désobéir aux lois de Créon et d'enterrer son frère conformément aux prescriptions divines dont elle se réclame. C'est aussi à cette résolution individuelle du conflit normatif droit/morale que s'emploie la clause de conscience. Si celle-ci se distingue de la désobéissance civile, c'est donc par sa dimension individuelle mais pas uniquement¹². Elle s'en éloigne aussi dans ses finalités qui se résument à la préservation de l'intégrité de la conscience subjective, sans enjeu de transformation du droit. En outre, la clause entretient un rapport plus étroit avec ce dernier puisqu'étant prévue et organisée par le droit elle ne lui est pas extérieure. Comme pour l'objection de conscience au service militaire, la clause de conscience prévue en matière d'interruption volontaire de grossesse tire sa validité du droit, de la loi, qui admet explicitement qu'il y soit dérogé pour des motifs de conscience. Ce n'est pas toujours le cas. Il arrive que le droit admette de fait la place de la conscience, religieuse par exemple, sans pourtant la doter de la protection de la loi. Ainsi la circoncision pratiquée sur un enfant au nom de la conscience religieuse de ses parents ne dispose d'aucun fondement textuel. Elle contrevient à l'exigence de nécessité médicale préalable à toute atteinte à l'intégrité du corps¹³, sans bénéficier d'une législation dérogatoire comme il en existe notamment s'agissant d'actes non nécessaires tels que la stérilisation

⁷ Article L2123-1 et L2151-7-1 du Code de la santé publique.

⁸ André Lalonde, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010, entrée « conscience », p. 173.

⁹ Dominique Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 235, 1993, p. 5 et 6.

¹⁰ L'antinomie viendrait du fait que la morale prescrit des normes à usage interne, pour s'auto-gouverner, tandis que le droit prescrit des normes à usages externes visant à contraindre autrui (Dominique Laszlo-Fenouillet, *op. cit.*, p. 9).

¹¹ John Rawls, *Théorie de la justice*, 1971, Seuil, 1987, p. 405.

¹² Hannah Arendt, *Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine*, « De la désobéissance civile », Agora, 2005 : « [...] il est nécessaire d'établir une distinction entre les objecteurs de conscience et ceux qui se livrent à la désobéissance civile » (p. 58). « Contrairement à l'objecteur de conscience, celui qui pratique la désobéissance civile fait partie d'un groupe [...]. La plus grande erreur, dans ce débat serait, à mon sens d'estimer que l'on se trouve en présence d'individus qui se dressent, au nom de leur conscience et de leur subjectivité, contre les lois » (p. 100).

¹³ Article 16-3 du Code civil.

contraceptive ou l'avortement sans motif médical. Cet acte bénéficie cependant d'une tolérance forte dans notre droit¹⁴.

Les objections de conscience légales « organisent l'éviction d'une règle de droit en principe applicable mais à laquelle un individu refuse de se soumettre par impératif moral »¹⁵. Relève de cette catégorie la clause de conscience prévue en matière d'interruption volontaire de grossesse qui consiste dans la faculté pour le médecin ainsi que pour les autres membres du personnel de santé dont le concours est nécessaire à la réalisation de cet acte de refuser de l'accomplir parce que, bien qu'autorisé par la loi, il contredit leurs convictions personnelles¹⁶ aux fondements moral, éthique, religieux.

S'agissant des médecins, la clause de conscience est peu remise en cause, largement admise, sans doute parce qu'il est entré dans la conscience collective que le médecin ne peut porter atteinte à la vie, comme cela figure d'ailleurs dans le serment d'Hippocrate, prononcé lors de chaque soutenance de thèse de l'impétrant. Bien que celui-ci ne contienne plus, dans sa version actuelle¹⁷, de références aux abortifs¹⁸, il est communément admis que certains médecins pourraient ressentir comme une trahison, par rapport à la vision qu'ils ont de leur mission, leur participation à des avortements.

Le respect de la conscience pose en effet la question de la trahison. Dans la pièce de Sophocle, Antigone veut ensevelir son frère, au mépris de l'édit de Créon, précisément pour ne pas faire œuvre de trahison¹⁹.

¹⁴ Seules des actions relatives à l'exercice de l'autorité parentale ou de mise en cause de la responsabilité de l'établissement public dans lequel l'acte a été pratiqué ont pu être trouvées. Voir Tatiana Gründler, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude (du principe) », *Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger*, Les études hospitalières, 2015, p. 423.

¹⁵ Dominique Laszlo-Fenouillet, *op. cit.*, p. 2154.

¹⁶ « Clause de conscience », *Dictionnaire permanent de Santé, bioéthique et biotechnologies*, Editions législatives, point 2.

¹⁷ La version actuelle du serment est accessible sur le site du Conseil national de l'ordre des médecins, <https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/serment.pdf>

¹⁸ La portée de l'interdit est discutée.

D'aucuns estiment que c'est simplement à la femme que la remise d'un abortif est interdit car son corps appartient en fait à son époux (« Ce qu'on oublie c'est que les femmes n'avaient pas d'autonomie dans la Grèce antique. Il n'était pas question de remettre un abortif aux femmes, dont l'utérus appartenait à leur époux... Mais on pouvait en donner à leur mari, s'ils le jugeaient utile », <http://www.martinwinckler.com/spip.php?article901>). D'autres montrent que ce n'est pas la pratique abortive qui est prohibée mais d'une méthode spécifique en raison de sa dangerosité pour la femme. La version d'origine du texte, grec, se référait exclusivement au procédé des « pessaires abortifs », et non à l'ensemble des procédés abortifs. Cette pratique s'inscrivait dans l'éthique médicale classique puisqu'elle visait à prévenir les risques pour la santé de la femme que la technique impliquait. C'est une retraduction qui a conduit à y voir la prohibition de l'ensemble des procédés abortifs : « le grec est précis et sans équivoque, *pepson phthorion* signifie pessaire abortif. Il s'agit de suppositoires vaginaux, de tampons de laine imbibés de substances irritantes diluées le plus souvent dans une base huileuse ou grasseuse et placés dans la matrice. Une des raisons de l'interdiction de ce type de pessaires trouve sans doute son origine dans sa dangerosité, provoquant l'évacuation souhaitée de l'embryon, mais aussi la mort de la femme. Ainsi cette interdiction des pessaires répond-elle au même souci déontologique que la première proposition de la phrase : préserver la santé et la fécondité de la femme. Il ne s'agirait donc pas d'une interdiction des pratiques abortives, puisqu'elles ne sont pas pensées comme telles, mais seulement d'une recommandation éthique, le médecin ne souhaitant pas être complice du suicide de la patiente ; au plus sera-t-il le témoin de sa mort si elle se l'est administrée seule », Lydie Bodiou, « Le Serment d'Hippocrate et les femmes grecques », *Clio. Histoire, femmes et sociétés [En ligne]*, 21 | 2005, §9

¹⁹ La pièce s'ouvre sur un dialogue sororal dans lequel il est question de trahison et de reniement.

Sophocle, *Antigone*, Traduction nouvelle de Leconte de Lisle, 1877, Paris : impr. A. Lemerre :

Ismène :

« Penses-tu à l'ensevelir, quand cela est défendu aux citoyens ? »

Antigone :

La trahison renvoie le plus souvent à un rapport à autrui - le fait de livrer ou d'abandonner une personne comme celui de tromper la confiance d'une personne -. Mais le terme peut aussi désigner « l'action d'agir en contradiction avec un engagement, une cause »²⁰. C'est bien l'enjeu du mythe d'Antigone : le refus de la loi des hommes pour ne pas trahir celle des dieux et, ce faisant, pour ne pas se renier, en renonçant à un engagement qui lui est constitutif.

En assortissant la légalisation de l'avortement d'une clause de conscience, le législateur a eu comme préoccupation, en 1975, que les médecins ne se trahissent pas. Si cela a l'apparence d'une conciliation entre droit à l'avortement et liberté de conscience, il n'en est rien, dans la mesure où ce sont, dans ce cadre, deux droits antithétiques²¹. L'avortement nécessitant l'intervention du corps médical, la faculté pour celui-ci de s'y soustraire compromet nécessairement le droit nouvellement consacré. Pourquoi alors le corps médical bénéficie-t-il d'une telle tolérance ? En raison de la puissance - réelle et symbolique - de la profession, un pouvoir considérable lui est donné. L'Etat délègue à ses membres la résolution du conflit entre droit à la vie et droit à l'avortement²².

Cette concession accordée par le législateur aux médecins du fait ainsi d'un rapport de forces donné et d'un contexte particulier - celui entourant l'adoption de la loi de 1975 - s'avère fondamentalement et, sur le long terme, problématique. Car ce choix initial et néanmoins pérenne du législateur conduit à privilégier l'autonomie individuelle sur l'intérêt général que la loi est censée poursuivre. La « faveur » octroyée aux médecins et auxiliaires de santé, c'est-à-dire aux débiteurs de l'obligation créée par la loi sur l'IVG, induit un « contrecoup » sur le créancier, à savoir sur les femmes titulaires du droit nouveau²³.

Or cette situation peut s'analyser sous le prisme de la trahison. L'objectif du législateur, avec la consécration de la clause de conscience, était de permettre au professionnel de santé de ne pas agir en contradiction avec un de ses idéaux (I), mais cela a conduit le législateur à trahir le droit au sens où une dénaturation de certains de ses objets se dessine. Le fait qu'il organise le respect des engagements des individus tend en effet à une altération de la substance juridique (II). En conséquence, le refus de la trahison sur un plan individuel conduit à une trahison sur un plan plus global.

I. Ne pas se trahir, objet de la clause de conscience

« Certes, j'ensevelirai mon frère qui est le tien, si tu ne le veux pas. Jamais on ne m'accusera de trahison. » Dans une autre traduction (Sophocle, *Théâtre complet*, traduction de Robert Pignarre, Flammarion, 1964, p. 70), le dialogue prend les termes suivants :

Ismène :

« Quoi ! Tu songes à l'ensevelir ? Mais c'est violer l'édit ! »

Antigone :

« Polynice est mon frère ; il est aussi le tien quand tu l'oublierais. On ne me verra pas le renier, moi »

²⁰ *Trésor de la langue française*.

²¹ Thomas Dumortier, « La loi IVG : l'effectivité de quel droit ? », in Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, PU de Paris 10, 2008, p. 120.

²² Thomas Dumortier, *op. cit.*, p. 125.

²³ On doit cette analyse en termes de faveur et de contrecoup à Dominique Laszlo-Fenouillet (Dominique Laszlo-Fenouillet, *op. cit.*, p. 198 notamment). Appliquée à des clauses professionnelles, dont celle reconnue aux médecins pour les IVG, cette analyse conduit l'auteure à considérer la faveur comme d'autant plus acceptable en ce domaine qu'une substitution de débiteurs peut être assurée, un médecin pouvant être remplacé par un autre. « [...] la faveur dont fait preuve le droit à l'égard des [...] médecins [...] paraît donc bienvenue » (Dominique Laszlo-Fenouillet, *op. cit.*, p. 203).

La clause de conscience prévue en matière d'avortement est un instrument normatif destiné à éviter qu'un professionnel de santé n'agisse en contradiction avec un engagement, un idéal²⁴, et, ainsi, ne se trahisse. L'appréhension de l'interruption volontaire de grossesse en tant qu'acte possible de trahison se mesure moins à l'aune de la consécration de cette clause en 1975 qu'à sa pérennité. En effet, à l'époque, celle-ci n'est que l'une des manifestations de la détermination du Gouvernement, soutenu par nombre de parlementaires, de dépénaliser sous conditions l'avortement. Lucide sur les oppositions à une telle libéralisation du droit – oppositions politiques reflétant des oppositions de valeurs – le législateur perçoit la clause de conscience comme une source de tempérance, dans un contexte très spécifique (A). Plus significative nous semble être sa conservation depuis : plus significative d'un conflit de valeurs, plus significative également d'une faveur faite aux professions médicales (B).

A. Une clause nécessaire *a priori*

La loi de 1975 fournit un modèle type d'introduction législative d'une clause de conscience dans la mesure où, d'une part, il s'agit d'un texte de compromis et où, d'autre part, son objet a trait à la vie.

1. Il est devenu banal de présenter cette loi comme un texte de compromis. « C'est en ces termes que le texte voté en janvier 1975 a été généralement qualifié par les observateurs. La loi, qui devait réaliser l'ajustement, n'aurait pu le faire qu'imparfaitement en raison des multiples conflits, groupes de pressions, antagonismes, qui se sont faits jour au cours de la préparation et du vote du texte, et ont conduit les promoteurs du projet à adopter des positions médianes, sur la légalisation de l'avortement »²⁵.

Ce souci du compromis apparaît sur différents plans. Il résulte en premier lieu du champ d'application *ratione temporis* de la loi. Ce texte ne légalise pas l'avortement mais prévoit simplement la suspension, pendant une période de cinq ans, de l'infraction prévue alors à l'article 317 du Code pénal. Après cet essai – qui inspirera la manière de légiférer en matière de bioéthique à partir de 1994 –, les parlementaires ont définitivement confirmé, en 1979, le droit à l'avortement²⁶ en supprimant la disposition du Code pénal afférente. Le caractère provisoire de la loi révèle cet effort de compromis qui ressort en second lieu de la structure de la loi constituée d'un principe (le respect de la vie), d'une exception (le droit d'avorter) ainsi que d'une possible dérogation à l'exception (la clause de conscience)²⁷. Il convient ici d'insister sur la singularité d'une loi dont l'objet, énoncé dans son titre, porte sur l'interruption volontaire de grossesse et qui s'ouvre pourtant sur ces mots : « La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie »²⁸. Le principe de respect de la vie est donc posé de façon solennelle par le législateur avant que celui-ci n'envisage l'« atteinte à ce principe », « en cas de nécessité et selon les conditions définies par la loi ». L'interruption volontaire de grossesse organisée par cette loi qui en fixe les nombreuses conditions est donc seulement une exception. S'il est fréquent qu'une norme prévoit et organise de possibles dérogations, il est plus original que l'objet de la loi ait le fragile statut,

²⁴ Voir, in *Trésor de la langue française*, 2^e sens du terme trahison.

²⁵ Evelynne Serverin, « De l'avortement à l'interruption volontaire de grossesse : l'histoire d'une requalification sociale », *Déviance et Société*, Genève, 1980, vol. 4, n°1, p. 4.

²⁶ Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

²⁷ Sur les notions d'exception et de dérogation, voir Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadriège, respectivement p. 363 et p. 673.

²⁸ Article 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975. Cette disposition est aujourd'hui intégrée à l'article L2211-1 du Code de la santé publique : comme il est dit à l'article 16 du Code civil, « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

comme dans le cas d'espèce, d'exception. La structure du dispositif juridique comporte un niveau supplémentaire, également révélateur de cette fragilité, l'exception à l'exception, qui prend la forme de la clause de conscience. L'article L162-8 du Code de la santé publique tel qu'écrit par la loi de 1975 dispose en effet qu'« un médecin n'est jamais tenu de donner suite à une demande d'interruption de grossesse ni de pratiquer celle-ci [...] »²⁹.

La clause de conscience apparaît donc comme l'une des voies de réalisation du compromis recherché entre « les forces "conservatrices" et les forces "novatrices" »³⁰. Cette recherche du compromis est telle que d'aucuns qualifient la loi de « tissu d'hypocrisies »³¹, tandis que d'autres y voient une « source d'ambiguïté »³², ambiguïté ainsi résumée : la loi de 1975 « respecte la volonté des femmes, mais encadre leur décision, dans une nette perspective de dissuasion »³³.

Manifestement soucieux d'équilibre, le Conseil constitutionnel annonce la pérennité d'une clause apparemment conjoncturelle en faisant d'elle une condition de validité de la loi. Les juges de la rue Montpensier affirment en effet en 1975 que « la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, *dès lors*³⁴, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »³⁵. Le fondement de la clause est constitutionnel et on déduit *a contrario* de cette solution qu'une loi qui remettrait en cause la liberté du praticien serait inconstitutionnelle³⁶.

2. Au regard de la clause de conscience, l'IVG constitue un cas d'école parce que cette pratique questionne les contours de la vie humaine protégée, d'abord, et parce qu'elle concerne le personnel médical, ensuite.

Michèle Ferrand-Picard a montré comment, dans une logique stratégique, la clause de conscience avait été indispensable en 1975 à l'adoption de la loi. A partir du moment où la réalisation de l'acte nouvellement autorisé était confiée aux médecins, leur adhésion, comme celle des auxiliaires de santé, s'avérait indispensable³⁷. Or, partant du principe que leur

²⁹ L'alinéa suivant de l'article L162-8 étend cette clause aux sages-femmes, infirmiers et auxiliaires médicaux susceptibles de concourir à une interruption volontaire de grossesse.

³⁰ Michèle Ferrand-Picard, « Médicalisation et contrôle social de l'avortement. Derrière la loi, les enjeux », *Revue française de sociologie*, 1982, 23-3. La libéralisation de l'avortement, p. 389.

³¹ « [...] cette loi est un tissu d'hypocrisies puisque son article 1^{er} garantissant "le respect de tout être humain dès le commencement de la vie" est pratiquement contredit par tous les articles suivants ! » (Joël-Benoît D'Onorio, « Loi Veil : réflexions sur un premier bilan », *JCP G*, n° 23, 4 juin 1986, p. I 3246).

³² « La loi IVG organise le droit pour la femme à avorter, en posant des conditions [...]. Sous cet angle, elle ne fait qu'encadrer l'exercice d'une liberté publique. Mais par ailleurs, elle énonce le principe du "respect de l'être humain dès le commencement de la vie". L'ambiguïté de cette loi est alors patente, qui énonce un principe et dans le même temps un droit qui lui porte atteinte » (Thomas Dumortier, « La loi IVG : l'effectivité de quel droit ? », in Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, PU de Paris 10, 2008, p. 122).

³³ Michelle Zancarini-Fournel, Florence Rochefort, Bibia Pavard, *Les lois Veil. Les événements fondateurs : Contraception 1974, IVG 1975*, Armand Colin, 2012. Voir également Alexandre Bonduelle, « La clause de conscience et le fonctionnaire », *LPA*, 27 septembre 1996, n° 117, p. 16 : « le texte porte les stigmates du tiraillement du législateur, partagé entre la volonté de libéraliser tout en souhaitant voir les effets se limiter au maximum ».

³⁴ Nous soulignons.

³⁵ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, considérant 8.

³⁶ Voir en ce sens Gérard Mémeteau, « Avortement et clause de conscience du pharmacien », *La semaine juridique*, *JCP* n° 18, 2 mai 1990, p. 13443.

³⁷ Michèle Ferrand-Picard, « Médicalisation et contrôle social de l'avortement. Derrière la loi, les enjeux », *Revue française de sociologie*, 1982, p. 391-392.

déontologie - qui leur impose d'exercer leur mission « dans le respect de la vie humaine »³⁸ - était susceptible d'entrer en contradiction avec une pratique dont la loi leur confiait la charge, le législateur consacre le droit de tout professionnel de santé de ne pas participer à un tel acte pouvant être perçu comme contraire à son éthique. A l'époque, les prises de position publiques de l'Ordre des médecins sont dénuées d'ambiguïté : elles rejettent le principe d'une légalisation de l'IVG³⁹ et, à défaut, exigent le respect de la conscience individuelle des médecins⁴⁰.

La clause de conscience en matière médicale ne concerne pourtant pas les seules IVG. Elle est reconnue également aux médecins pour les stérilisations à visée contraceptive autorisées depuis 2001⁴¹ ainsi qu'aux chercheurs qui ne sont jamais tenus de participer aux recherches sur les embryons humains ou cellules souches embryonnaires⁴². Dans ces trois hypothèses (IVG, stérilisation, recherches sur l'embryon), la clause est introduite dans une loi libérale, autorisant un acte jusque-là prohibé et touchant de très près la vie humaine. Avant 1975, l'avortement était, sauf motif médical, interdit ; avant 2001 la stérilisation était proscrite excepté pour motif thérapeutique et, avant 2013, les recherches scientifiques sur les embryons humains étaient par principe prohibées, sauf dérogations. La clause de conscience médicale apparaît donc comme une contrepartie offerte aux professionnels de la santé à une libéralisation du droit.

Si ces actes ont peu de points communs, tous ont trait, de manière différente, aux débuts de la vie humaine. La recherche sur l'embryon et l'interruption de grossesse se distinguent dans leurs finalités respectives, mais toutes deux se rapportent à l'embryon. Le cas de la stérilisation est plus original dans la mesure où celle-ci ne fait qu'empêcher une possible fécondation. La vie supposée en cause n'est alors qu'une vie hypothétique. Une autre parenté entre ces actes tient au fait qu'ils ne répondent pas à la nécessité médicale exigée par la loi pour toute atteinte à l'intégrité physique⁴³. Ce point commun entre la stérilisation à visée contraceptive et l'avortement explique selon nous⁴⁴ le renforcement de la seconde condition à une telle atteinte au corps posée par l'article 16-3 du Code civil, le consentement, grâce en particulier au délai de réflexion⁴⁵. S'agissant d'actes touchant la vie humaine et non

³⁸ Article 2 (article R4127-2 du Code de la santé publique) : « Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort. »

³⁹ L'Ordre des médecins publie le 6 février 1973 un communiqué s'opposant à tout changement de la législation : « Le Conseil de l'Ordre rejette tout rôle du corps médical tant dans l'établissement des principes (des avortements pour convenances personnelles) que dans leur décision et leur exécution ; met en garde le législateur contre toute mesure libéralisant l'avortement, au mépris du risque de détérioration de l'éthique médicale et de ses conséquences. En cas de libéralisation de l'avortement, le législateur devrait prévoir des lieux spécialement aménagés à cet effet (avortoirs) et un personnel d'exécution particulier ».

⁴⁰ « Dans l'hypothèse où la loi française reconnaîtrait la légitimité de l'avortement pour des raisons sociales ou psychologiques, le Conseil de l'Ordre serait très attentif à ce qu'aucun médecin ne puisse être obligé de pratiquer des avortements contre sa conscience ».

⁴¹ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception : « Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer cet acte à visée contraceptive mais il doit informer l'intéressée de son refus dès la première consultation » (article L2123-1 du Code de la santé publique, dernier alinéa).

⁴² Article L2151-7-1 du Code de la santé publique introduit par l'article 53 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 qui permet de déroger, sous certaines conditions, à l'interdiction de la recherche sur l'embryon humain. Cette clause figure toujours dans le Code alors que depuis la loi de 2013 la recherche n'est plus par principe interdite (Loi n° 2013-715 du 6 août 2013).

⁴³ Article 16-3 du Code civil.

⁴⁴ Voir Tatiana Gründler « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude (du principe) », *Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger*, Les études hospitalières, 2015.

⁴⁵ Cette analyse est toutefois remise en cause par la suppression en 2016 du délai d'une semaine imposé à la femme souhaitant avorter entre son premier rendez-vous en ce sens et son second, destiné à la réalisation de

strictement nécessaires d'un point de vue médical, le législateur, qui entreprend de les autoriser, fait deux concessions : l'une concerne le patient et prend la forme d'exigences renforcées relativement à son consentement ; l'autre se rapporte au médecin avec l'inclusion d'une clause de conscience lui permettant de ne pas pratiquer l'acte désormais autorisé.

Du point de vue des fondements explicatifs de la clause de conscience, l'IVG apparaît donc comme un cas topique puisqu'elle est l'acte cumulant le critère de la non nécessité médicale et celui de la mise en cause de la vie, à la différence des deux autres hypothèses de clause de conscience médicale. Son invocation, dans le cadre des débats sur la fin de vie, dans l'éventualité d'une consécration de l'euthanasie, s'inscrit dans la même logique⁴⁶.

Compte tenu des spécificités de l'IVG, c'est une clause de conscience largement entendue qu'a prévue le législateur en 1975. D'abord, dans sa portée personnelle, dès lors qu'elle concerne les médecins ainsi que tout professionnel médical participant à l'acte : le médecin, la sage-femme, l'infirmier et l'auxiliaire médical⁴⁷. Ensuite, dans sa portée matérielle puisqu'aucune exception à l'usage de cette clause n'est envisagée. Contrairement à la disposition parfois⁴⁸ présentée comme une clause de conscience générale qui autorise le médecin à refuser des soins pour des raisons professionnelles ou personnelles⁴⁹, les cas d'urgence ne constituent pas une limite à la primauté accordée à la conscience individuelle. Aussi Eugène Clavel en déduit-il le caractère absolu de ladite clause. Il est vrai que dans son jugement rendu quelques mois seulement après l'adoption de la loi IVG le Tribunal correctionnel de Rouen avait rejeté l'argument selon lequel le refus pour raisons de conscience du médecin de pratiquer un avortement ne constituait pas une non assistance à personne en danger au sens du Code pénal dès lors que la situation de détresse de la femme ne s'apparentait pas à une situation de péril⁵⁰.

S'intéressant aux clauses de conscience, David Hiez montre qu'elles s'inscrivent dans un rapport variable au changement normatif. Elles peuvent ainsi être une des voies empruntées pour la revendication d'un changement tout comme, en sens inverse, à l'instar de la clause de conscience en matière d'IVG, traduire une réticence au changement. C'est le cas « lorsque la norme morale la plus traditionnelle est incontestablement en opposition avec la solution juridique nouvelle et l'adoption d'une clause de conscience apparaît donc comme une faveur consentie pour faciliter la réception de la nouvelle règle juridique »⁵¹. Concession stratégique en 1975 d'un législateur attentif aux divergences existant au sein de la société et s'exprimant sur les bancs des assemblées, la clause de conscience est l'une des traductions juridiques de la

l'avortement (Modification de l'article L2212-5 du Code de la santé publique par l'article 82 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé).

⁴⁶ Voir notamment les débats parlementaires relatifs à la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 sur les nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, Rapport n° 2585 fait au nom de la Commission des affaires sociales sur la proposition de loi. Certains proposaient un amendement ajoutant une clause de conscience s'agissant de l'acte de sédation profonde et continue, ce qu'a fermement et avec constance rejeté Jean Léonetti. Voir également la proposition de loi n° 2435 de Véronique Massonneau en date du 9 décembre 2014 qui prévoyait le principe d'un droit universel d'accès aux soins palliatifs et la possibilité pour toute personne malade de demander à bénéficier d'une euthanasie ou d'un suicide assisté et comportait un article 6 destiné à intégrer dans le Code de la santé publique une disposition proche de ce qui existe en matière d'IVG : « Le médecin n'est pas tenu d'apporter son concours à la mise en œuvre de l'euthanasie ou du suicide médicalement assisté ; dans le cas d'un refus de sa part, il doit, dans un délai de deux jours, s'être assuré de l'accord d'un autre praticien et lui avoir transmis le dossier. »

⁴⁷ Loi inchangée sur ce point, même si, désormais, la sage-femme est autorisée à pratiquer une IVG (article L2212-8 du Code de la santé publique tel qu'issu de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016).

⁴⁸ Voir Gérard Mémeteau, *op. cit.*

⁴⁹ Article L1110-3 du Code de la santé publique.

⁵⁰ Tribunal correctionnel de Rouen, 9 juillet 1975, *JCP* 1976, II, 18258.

⁵¹ David Hiez, « La clause de conscience ou la conscience source du droit ? », *Libres propos sur les sources du droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 223.

prise en compte, au moment de ce changement législatif majeur, « des valeurs morales et religieuses profondément ancrées dans les représentations sociales telles que le respect de la vie »⁵². Le maintien de cette clause depuis est plus étonnante.

B. Une clause maintenue *a posteriori*

Le mouvement de libéralisation de l'avortement depuis les années 1970 aurait pu conduire à une remise en cause de la clause de conscience : au reflux de l'anormalité de l'IVG aurait pu correspondre un regain d'anormalité de la clause de conscience⁵³. Or il n'en est rien. Bien au contraire, celle-ci a pu être perçue « comme le dernier obstacle à une totale banalisation de l'avortement ».⁵⁴ Simplement mieux encadrée par le législateur, elle fait l'objet de nouvelles revendications.

1. Le cadre juridique de l'avortement est aujourd'hui plus libéral. S'agissant de l'IVG sans motif médical, l'assouplissement des conditions est tout aussi constant qu'indéniable. La condition objective, celle du délai légal, a été étendue en 2001 passant de 10 à 12 semaines de grossesse. C'est une bonne illustration du phénomène selon lequel l'acceptation accrue de l'avortement – dont l'accès est facilité par le desserrement de l'étau temporel – ne conduit aucunement à un allègement de la clause de conscience. A l'inverse, le risque d'une recrudescence de son invocation est ressorti des débats précédant l'adoption de la loi du 4 juillet 2001. En ce sens, Israël Nisand, auteur d'un rapport commandé par la ministre de la santé de l'époque anticipait qu'« une modification du délai légal [...] risquerait d'augmenter dans des proportions difficiles à évaluer le recours à la clause de conscience »⁵⁵. Les raisons évoquées par plusieurs acteurs au cours des débats parlementaires résidaient dans les risques accrus encourus par les femmes et dans le changement de technique utilisée⁵⁶.

Plus récemment, les deux conditions subjectives originelles qu'étaient l'état de détresse et le délai de réflexion accordé à la femme manifestant son souhait de mettre un terme à sa grossesse ont été supprimées suite à leur assouplissement. La situation de détresse, après avoir été symboliquement retiré de l'intitulé du chapitre du Code de la santé publique en 2001⁵⁷, n'est plus exigée depuis 2014 pour accéder à un avortement précoce⁵⁸. L'intérêt d'une telle condition est discuté dès l'origine dans la mesure où la loi exige « un état de détresse

⁵² Michèle Ferrand-Picard, « Médicalisation et contrôle social de l'avortement. Derrière la loi, les enjeux », *Revue française de sociologie*, 1982, p. 383.

⁵³ Alexandre Bonduelle, « La clause de conscience et le fonctionnaire », *LPA*, 27 septembre 1996, n° 117, p. 16.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Israël Nisand, *L'IVG en France : propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les femmes*, La documentation française, 1999, p. 21.

⁵⁶ « [...] outre la question de la responsabilité qu'il faudra mieux définir, le respect de la clause de conscience me paraît plus que jamais s'imposer » (Jean-François Mattei, Assemblée nationale, Débats parlementaires, 1^{ère} séance, 29 novembre 2000) car, comme le soulignait lors de son audition le professeur René Frydman, la technique d'IVG change : « jusqu'à douze semaines, on emploie une méthode d'aspiration que l'on peut considérer comme un geste médical, alors qu'à partir de douze semaines, il s'agit d'un acte chirurgical ; les instruments utilisés nécessitent un complément de formation pour les médecins, car la pratique n'est pas tout à fait la même. Une réforme aussi importante ne peut pas se faire sans la participation des médecins » (Audition du professeur René Frydman devant la Délégation aux droits des femmes, Assemblée nationale, 10 octobre 2000).

⁵⁷ Article 1^{er} de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

⁵⁸ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes modifiant l'article L2212-1 du Code de la santé publique.

incontrôlable »⁵⁹, ce qui signifie, selon Evelyne Serverin, que « toute femme avortante est présumée irréfragablement être en situation de nécessité, que donc l'exception portée par la loi (en cas de nécessité) devient la règle au moins pendant les dix premières semaines de grossesse »⁶⁰. Et en 1980 dans ses conclusions sur l'affaire Lahache dans laquelle l'époux contestait, par le biais d'une action en responsabilité exercée contre le centre hospitalier ayant répondu favorablement à la demande de sa femme d'avorter, Bruno Genevois affirma que « l'état de détresse [...] n'est pas une notion à caractère objectif qui serait soumise à l'appréciation d'un tiers », mais une « notion purement subjective que la femme apprécie souverainement ». Aussi « les consultations organisées par la loi sont [-elles] destinées à éclairer la femme sur la portée de son choix mais non à substituer à sa décision celle d'un tiers »⁶¹. La Haute juridiction administrative conclut en l'espèce que la femme majeure a le « droit d'apprécier elle-même si la situation justifie l'interruption de grossesse »⁶². Le délai de réflexion d'une semaine imposé à la femme après la première consultation n'a plus cours non plus. Assoupli, déjà, en cas de risque de dépassement du délai légal pour une IVG précoce, il a été supprimé de la loi⁶³.

Quelles que soient les réserves que l'on peut nourrir sur cette modification⁶⁴, elle participe de la libéralisation de l'avortement.

2. Pour autant, l'existence de la clause de conscience n'a pas été discutée ; celle-ci a simplement été mieux encadrée.

Aucun formalisme nouveau n'est requis du professionnel de santé opposé à la pratique de l'avortement. Celui-ci n'a pas à déclarer préalablement son refus d'y participer de sorte qu'aucune forme de publicité et donc aucune information des patientes en amont n'est envisageable. La raison tient notamment au fait que la clause de conscience peut jouer de manière systématique, en vertu d'une opposition de principe, sur le modèle de l'éthique de conviction de Max Weber, mais également dans certaines hypothèses spécifiques, en fonction de circonstances particulières, conformément à l'éthique de la responsabilité⁶⁵. Un professionnel peut ainsi accepter de participer à certaines IVG et refuser son concours à d'autres selon ce que lui dicte sa conscience en fonction des situations. Le maintien de cette latitude n'est évidemment pas sans poser des difficultés du point de vue de l'accès à l'avortement⁶⁶. C'est la raison pour laquelle, sans jamais remettre en cause la totale liberté d'invocation de la clause, liberté qui semble être à ses yeux consubstantielle à la prise en

⁵⁹ « Pourquoi laisser cette disposition dans le texte ? » Michel Debré au cours des débats parlementaires à l'Assemblée nationale, cité par Evelyne Serverin, « De l'avortement à l'interruption volontaire de grossesse : l'histoire d'une requalification sociale », *Déviance et société*, 1980, Vol. 4, n° 1, p. 15.

⁶⁰ Evelyne Serverin, *Ibid.*

⁶¹ Conclusions de Bruno Genevois, CE 31 octobre 1980, n° 13028, *Dalloz*, 1981, p. 39.

⁶² CE 31 octobre 1980, n° 13028, 1^{er} considérant.

⁶³ Participent de cette considération accrue de la volonté de la femme enceinte la suppression du caractère obligatoire de l'entretien psycho social en 2001 pour la femme majeure (modification de l'article L2212-4 du Code de la santé publique) et de l'autorisation des détenteurs de l'autorité parentale pour la jeune-femme mineure (article L2212-7 du Code de la santé publique).

⁶⁴ « Une réforme au service des femmes ? », voici la question posée par Sophie Paricard. Soulignant que pour les actes ne répondant pas à une nécessité thérapeutique, comme c'est le cas de ce type d'IVG un délai de réflexion est accordé, l'auteur craint que la suppression de ce délai ne menace à terme le caractère non médical (Sophie Paricard, « Améliorer l'accès à l'IVG », *Dictionnaire permanent Santé, bioéthique, biotechnologies*, Février 2016, p. 30.) Voir sur le sens de ce délai de réflexion Tatiana Gründler, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude (du principe) », *Mélanges en l'honneur de Michel Bélangier*, Les études hospitalières, 2015, p. 491-492.

⁶⁵ Max Weber, *Le Savant et le politique*, [nouvelle traduction], La Découverte, 2003, p. 192, cité par Thomas Dumortier, « La loi IVG : l'effectivité de quel droit ? », in Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, PU de Paris 10, 2008, p. 132.

⁶⁶ Voir *infra*, décisions sur le bien fondé du Comité européen des droits sociaux.

compte des convictions personnelles, le législateur tente d'en limiter les effets négatifs sur l'exercice du droit des femmes.

La modification littérale de l'ancien article L162, devenu l'article L2121-8 du Code de la santé publique, nous semble ainsi traduire le souhait du législateur de mieux garantir l'information des patientes afin de pallier l'exercice de la clause : le médecin ne doit plus informer la patiente de son refus « dès sa première visite » mais, à partir de 1979, « au plus tard lors de sa première visite » - ce qui permettait d'envisager une information délivrée dès la prise de rendez-vous, une fois connu son motif – et, depuis 2001, « sans délai ». Surtout, les parlementaires commencent en 1979 à se préoccuper de la situation spécifique des médecins chefs de service opposés aux IVG au sein d'établissements publics en exigeant de leurs conseils d'administration la création d'une unité *ad hoc*. Il faut cependant attendre 2001 pour que le refus du chef de service d'apporter son concours à des IVG ne vaille que pour lui et non plus pour le service qu'il dirige au sein d'un établissement public⁶⁷. Le chef de service conserve en conséquence, en tant que médecin, sa clause de conscience à titre individuel. Il peut donc se soustraire à la pratique des IVG. En revanche, il ne peut, comme chef de service, imposer ce refus aux praticiens exerçant dans son service. Ceci heurterait, comme le relève à juste titre le juge constitutionnel, la liberté de conscience des autres médecins que la loi cherche, avec cette clause, précisément à préserver⁶⁸. A l'occasion du contrôle de cette loi, le Conseil constitutionnel « offre une très forte assise constitutionnelle au principe de la clause de conscience »⁶⁹. Se fondant sur sa jurisprudence relative à la liberté de conscience, qualifiée de principe fondamental reconnu par les lois de la République en 1977⁷⁰, le Conseil constitutionnel⁷¹ ne rattache plus la clause de conscience à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, comme en 1975, mais à l'article 10 de ce texte, à l'alinéa 5 du Préambule constitutionnel de 1946 et au PFRLR de la liberté de conscience dégagé en 1977.

3. La consolidation de la clause de conscience que traduisent sa pérennité législative et sa protection constitutionnelle se double de propositions d'extension. On assiste à des demandes de reconnaissance de nouvelles clauses de conscience dans une plus ou moins grande continuité avec l'actuelle clause de conscience médicale en matière d'IVG. Ces revendications ont pu concerner les pharmaciens pour la délivrance de produits contraceptif

⁶⁷ Suppression par la loi de 2001 des deux derniers alinéas de l'article L2212-8 du Code de la santé publique : « Lorsque le chef de service concerné refuse d'en assumer la responsabilité, le conseil d'administration doit créer une unité dotée des moyens permettant la pratique des interruptions volontaires de grossesse ».

⁶⁸ Voir la critique sur ce point de Bertrand Mathieu : « le législateur limite la portée de ce principe à l'exercice d'une activité qui heurte la conscience de celui qui est amené à la pratiquer et non à l'organisation de cette activité. Conscient, d'ailleurs, de cette considérable restriction apportée au principe, le Conseil la justifie par un motif, apparemment surabondant, celui selon lequel les dispositions de la loi « concourent par ailleurs au respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant la loi et devant le service public » (Bertrand Mathieu, « Une jurisprudence selon Ponce Pilate (constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception) », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2533).

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 77-87 DC, 23 novembre 1977, Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement, considérant 5.

⁷¹ *Ibid.*, Considérant 13.

ou abortif⁷² ou les maires dans le cadre de la législation de 2013 sur le mariage entre personnes du même sexe⁷³.

Bien qu'il ait envisagé largement les professionnels de santé concernés par cette clause, le texte de 1975 n'appréhende les pharmaciens ni explicitement ni implicitement. Ils ne figurent en effet pas dans l'énumération des bénéficiaires de la clause⁷⁴ et on serait bien en peine d'en trouver trace dans les travaux parlementaires. Il est vrai qu'à l'époque l'IVG relève du monopole des médecins et est effectuée exclusivement au sein d'établissements hospitaliers. Les pharmaciens n'étant pas concernés par les IVG ils se trouvent logiquement exclus du bénéfice de la clause de conscience correspondante. Or la question d'une possible extension de celle-ci à leur profit s'est posée en deux temps. D'abord parce que la délivrance de contraceptifs a été l'occasion pour des praticiens d'officine de manifester leurs convictions religieuses en refusant la vente. La réaction à une telle attitude a été unanime : instances ordinales⁷⁵ comme judiciaires⁷⁶ et européennes⁷⁷ ont écarté toute possibilité de refus, pour convictions personnelles, de délivrance de contraceptifs dès lors que la demande du patient/client est régulière (c'est-à-dire fondée sur une prescription valide) et que ces professionnels disposent d'un monopole de délivrance. Ensuite parce que l'apparition, puis, l'essor de l'IVG médicamenteuse – rendue possible par l'association de la prise de mifégyne (RU 486) et de prostaglandine – a renouvelé les termes du problème impliquant de façon nouvelle les pharmaciens dans l'interruption de grossesse. Bien que leur concours ne soit qu'indirect – puisque ces professionnels se contentent de délivrer des produits prescrits par d'autres⁷⁸ – des demandes d'extension de la clause de conscience sont régulièrement

⁷² Voir aussi l'introduction du directeur adjoint du Centre hospitalier de Valenciennes accompagné d'une dizaine de personnes dans le service d'orthogénie de son établissement afin de réclamer un élargissement de la clause de conscience au personnel administratif (Fait relaté par Alexandre Bonduelle « La clause de conscience et le fonctionnaire », *LPA*, 27 septembre 1996, n° 117, p. 16).

⁷³ Le Conseil constitutionnel saisi par le Conseil d'Etat dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité a jugé qu'en « ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil ; qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience » (Décision n° 2013-353QPC, 18 octobre 2013, considérant 10). L'invocation de la clause de conscience pour les maires auxquels la célébration d'un mariage entre deux personnes de même sexe est demandée apparaît d'une autre nature que celle en vigueur dans le champ médicale, raison pour laquelle « il semble curieux d'accorder quelque audience et quelque crédit à la revendication, par les officiers d'état civil chargés d'appliquer la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe » (Jean-Jacques Zadig, « La loi et la liberté de conscience » *RFDA*, 2013 p. 957).

⁷⁴ Voir Gérard Mémeteau qui montre que, malgré sa largesse, l'expression « auxiliaires médicaux quels qu'il soient » n'inclut pas les pharmaciens (Gérard Mémeteau, « Avortement et clause de conscience du pharmacien », *La semaine juridique*, *JCP* n° 18, 2 mai 1990).

⁷⁵ Est retenue la faute professionnelle à l'encontre de pharmaciens ayant refusé la vente de contraceptifs (Conseil national de l'ordre des pharmaciens, 22 avril 1996, Bull. Ord. Pharm. 1996, n° 352, p. 284).

⁷⁶ Cour d'appel de Bordeaux 14 janvier 1997, Crim. 21 octobre 1998 : « le refus de délivrer des médicaments contraceptifs ne résulte nullement d'une impossibilité matérielle de satisfaire la demande en raison d'une indisponibilité des produits en stock, mais est opposé au nom de convictions personnelles qui ne peuvent constituer, pour les pharmaciens auxquels est réservée la vente de médicaments, un motif légitime au sens de l'article L122-1 » du Code de la consommation.

⁷⁷ CEDH 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c. France*, req. n° 49853/99 : la requête introduite par les pharmaciens bordelais a été jugée irrecevable : « dès lors que la vente de ce produit est légale et intervient sur prescription médicale uniquement, et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle »

⁷⁸ Frédéric Freund, « Les convictions religieuses de deux pharmaciens ne peuvent constituer un motif légitime de refus de vente de contraceptifs », *JCP entreprises* n° 43, 28 octobre 1999, p. 1734.

exprimées et ont abouti à une proposition concrète dans le cadre de la révision du Code de déontologie des pharmaciens sérieusement envisagée avant d'être abandonnée⁷⁹.

Même restreinte en l'état actuel du droit positif à l'IVG, c'est-à-dire à un acte mettant en cause la vie humaine, même appliquée aux seules personnes apportant un concours actif à la réalisation de l'acte, la clause de conscience, en permettant l'éviction de la règle juridique, est source de déséquilibre de l'édifice juridique, voire cause de trahison de celui-ci⁸⁰.

II. La trahison du droit, conséquence de la clause de conscience

Au sein du conflit inter-normatif que tente de résoudre la clause de conscience l'élément qui sort victorieux ne va pas de soi. Comme le montre David Hiez, si on s'intéresse aux deux systèmes normatifs en cause, la clause de conscience en matière d'IVG traduit la primauté du droit sur la morale « puisque c'est le droit lui-même qui fournit le cadre de la solution à la contestation dont il fait l'objet »⁸¹. Si, en revanche, le conflit est analysé au niveau des contenus, on doit reconnaître la force revêtue par la conscience qui permet à l'individu de « se soustraire à une obligation juridique »⁸² faisant ainsi « primer la règle morale sur la règle juridique »⁸³.

Au-delà de ces questions théoriques de primauté, la reconnaissance d'une clause de conscience par le législateur nous semble constituer une trahison de l'objet de la loi de 1975 en rendant possible la non mise en œuvre du droit qu'elle consacre (A). En outre, la clause pose des problèmes particuliers dans le cadre des IVG pratiquées dans le cadre du service public hospitalier. En admettant que des agents y manifestent leurs convictions personnelles au détriment des usagers, la loi oublie totalement les exigences constitutionnelles de neutralité du service public (B). Sous ces deux aspects, la clause de conscience en matière d'IVG mérite d'être interrogée.

A. Une trahison de la loi : l'organisation de l'ineffectivité

La trahison concerne en premier lieu l'objet loi lui-même et tient au fait qu'une place prépondérante est reconnue, avec cette clause législative, à un ordre concurrent de l'ordre juridique. Historiquement, le droit s'est affirmé progressivement, par rapport à d'autres sources de régulation sociale, parallèlement à l'affirmation de l'Etat : régulations familiale, religieuse, professionnelle, communautaire... « Or la clause de conscience est une des manifestations de la réaffirmation de ces ordres concurrents du droit »⁸⁴ qui fragilise l'impérativité du droit. La trahison porte en second lieu sur l'objet de cette loi spécifique, la loi de 1975 dans ses versions successives, dans la mesure où l'on peut sans difficulté convenir

⁷⁹ Clause qui aurait pris la forme suivante : « Sans préjudice du droit des patients à l'accès ou à la continuité des soins, le pharmacien peut refuser d'effectuer un acte pharmaceutique susceptible d'attenter à la vie humaine. Il doit alors informer le patient et tout mettre en œuvre pour s'assurer que celui-ci sera pris en charge sans délai par un autre pharmacien. Si tel n'est pas le cas, le pharmacien est tenu d'accomplir l'acte pharmaceutique ». Cette clause ne figure finalement pas dans la version du projet de nouveau Code de déontologie adoptée le 6 septembre 2016 par l'Ordre.

⁸⁰ Même Gérard Mémeteau, pourtant favorable à la clause de conscience et à son extension au profit du pharmacien, convient qu'elle constitue « un risque de dissolution du corps social » (Gérard Mémeteau, « Avortement et clause de conscience du pharmacien », *La semaine juridique*, JCP n° 18, 2 mai 1990, p. 13443).

⁸¹ David Hiez, « La clause de conscience ou la conscience source du droit ? », *Libres propos sur les sources du droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 220-221.

⁸² *Ibid.*

⁸³ David Hiez, *op. cit.*, p. 214.

⁸⁴ David Hiez, *op. cit.*, p. 219.

que son objet est de permettre aux femmes d'avorter de façon légale et qu'avec la clause de conscience le législateur crée lui-même un obstacle à l'effectivité.

1. La clause constitue une source d'ineffectivité théorique du droit à l'avortement. La loi sur l'IVG consacre deux droits, celui des femmes à avorter et celui des médecins à refuser une telle intervention. Deux droits aux fondements juridiques solides, la liberté telle que reconnue par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour le premier et l'article 10 du même texte, ainsi que l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pour le second. « Deux droits [aussi] dont l'exercice de l'un annihile théoriquement l'exercice de l'autre »⁸⁵. Le risque, voire l'incohérence du législateur, acculé à un tel compromis en 1975, est d'avoir rendu théoriquement possible un usage généralisé de la clause de conscience qui conduirait alors à l'ineffectivité pure et simple du droit pourtant reconnu aux femmes d'obtenir l'interruption de leur grossesse.

Il s'agit-là d'une différence avec l'objection de conscience au service militaire à laquelle on compare souvent la clause de conscience médicale. Si les deux couvrent des hypothèses dans lesquelles le droit laisse une autonomie à la conscience permettant au sujet de manifester son opposition à une règle juridique sans sortir de la légalité, elles se distinguent par le fait que la première s'inscrit dans un rapport vertical et la seconde un rapport horizontal⁸⁶. L'objection de conscience permet en effet à l'individu de déroger à la conscription ; il peut ainsi se soustraire à l'obligation de porter les armes imposée au profit de l'Etat. Avec la clause de conscience médicale ce n'est pas un rapport de l'individu à l'Etat qui est en cause mais d'individu à individu. La femme souhaitant avorter a besoin des services dispensés par les professionnels de santé qui peuvent les lui refuser. La clause perturbe des rapports interindividuels et compromet potentiellement la réalisation du droit subjectif reconnu aux femmes.

2. Cette contradiction interne à la norme est susceptible de déployer des effets négatifs concrets sur les droits des femmes.

Le problème de l'effectivité du droit à l'avortement est une préoccupation partagée. Ainsi dans sa recommandation n° 24 le Comité sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes soulignait la nécessité, lorsque des professionnels refusent de pratiquer des actes concernant la reproduction allant à l'encontre de leurs convictions, de faire en sorte que les femmes soient adressées à des confrères⁸⁷. Cette mise en garde du Comité d'experts onusien s'explique par le fait que la France ne fait pas preuve d'originalité en prévoyant une clause de conscience dans une loi reconnaissant l'avortement. De nombreuses législations étrangères contiennent ce type de mesure, qu'elles soient restrictives comme en Pologne⁸⁸ ou plus libérales comme en Italie⁸⁹. Les juges européens ont été invités ces dernières années à se pencher sur les difficultés subséquentes. Ainsi, en dépit de l'absence de tout droit génésique

⁸⁵ Thomas Dumortier, « La loi IVG : l'effectivité de quel droit ? », in Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, PU de Paris 10, 2008, p. 120.

⁸⁶ Thomas Dumortier, *op. cit.*, p. 129.

⁸⁷ Recommandation générale n° 24 (vingtième session, 1999), Article 12 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes - Les femmes et la santé, point 11.

⁸⁸ La loi de 1993 sur le planning familial (protection du fœtus humain et conditions dans lesquelles l'interruption de grossesse est autorisée) prévoit que l'avortement n'est légal que jusqu'à la douzième semaine de grossesse lorsque celle-ci met en danger la vie ou la santé de la mère ou lorsque des tests prénatals ou d'autres résultats médicaux montrent qu'il existe un risque élevé que le fœtus soit atteint d'une malformation grave et irréversible ou d'une maladie incurable qui menace sa vie, ou encore lorsqu'il existe de sérieuses raisons de croire que la grossesse résulte d'un viol ou d'un inceste.

⁸⁹ Article 4 de la loi n°194/1978 sur les normes relatives à la protection sociale de la maternité et à l'interruption volontaire de grossesse.

dans le texte dont elle contrôle le respect par les Etats, la Cour européenne a fait de l'effectivité du droit à l'avortement (qu'un Etat a pu reconnaître dans sa législation nationale) la condition du respect de la Convention. Les Hautes parties contractantes sont, certes, libres, au regard de la Convention, de reconnaître ou non un tel droit, mais quand elles le font elles doivent en garantir l'effectivité. Et le juge de mentionner expressément le problème posé par la clause de conscience⁹⁰. Le Comité européen des droits sociaux a quant à lui insisté, dans deux décisions sur le bien-fondé, rendues en 2013 et 2015 contre l'Italie, sur la remise en cause de l'effectivité du droit à la protection de la santé garanti par l'article 11 de la Charte sociale européenne induite par l'usage de la clause de conscience⁹¹.

Dans sa première décision rendue sur le sujet, le Comité d'experts européens a jugé que la non organisation des modalités d'exercice de l'objection de conscience méconnaissait le droit à la santé. Les services de santé ne compensant pas les carences engendrées par la présence de nombreux membres du personnel de santé objecteurs de conscience⁹², des femmes doivent, pour avorter, se rendre dans d'autres régions italiennes, voire à l'étranger, ou se trouvent dissuadées d'avorter⁹³. L'effectivité du droit à la protection de la santé est de ce fait compromise en Italie. En outre, l'Etat méconnaît l'article E du traité sur l'interdiction des discriminations dans la jouissance des droits sociaux dans la mesure où son abstention est à l'origine de discriminations intersectionnelles en matière d'accès aux services de santé (discriminations résultant des effets combinés du sexe, de l'état de santé, de la situation géographique et de la condition économique des femmes)⁹⁴.

Les positions adoptées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sont également instructives surtout si l'on s'intéresse à leur généalogie. En 2008, des parlementaires ont présenté une proposition de résolution intitulée « Accès des femmes à des soins médicaux légaux : problème du recours non réglementé à l'objection de conscience », à la suite de quoi un rapport éponyme a été rendu par la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille⁹⁵. La résolution finalement adoptée par l'Assemblée parlementaire s'éloigne sensiblement de la finalité initiale. Si elle se dit « inquiète de la manière dont la non-réglementation de cette pratique touche de façon inégale les femmes, notamment celles qui ont de faibles revenus ou qui vivent dans les zones rurales⁹⁶, son titre souligne la

⁹⁰ CEDH, 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, req., n°27617/04, §206. « Pour autant que le Gouvernement invoque dans ses observations le droit reconnu aux médecins de refuser de pratiquer certains actes pour des motifs de conscience et qu'il s'appuie à cet égard sur l'article 9 de la Convention, la Cour rappelle que le terme « pratiques » au sens de l'article 9 § 1 ne désigne pas n'importe quel acte ou comportement public motivé ou inspiré par une religion ou une conviction (*Pichon et Sajous c. France*, n° 49853/99). La Cour estime que les Etats sont tenus d'organiser leur système de santé de manière à garantir que l'exercice effectif de la liberté de conscience des professionnels de la santé dans le contexte de leurs fonctions n'empêche pas les patients d'accéder aux services auxquels ils ont droit en vertu de la législation applicable. »

⁹¹ Décision sur le bien fondé, 10 septembre 2013, *Fédération internationale pour le Planning familial-Réseau européen (IPPF EN) c. Italie*, §41. Voir aussi Décision sur le bien fondé 12 octobre 2015, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italie*.

⁹² Dans certaines régions les chiffres d'objecteurs de conscience sont très élevés. Ainsi en Italie du Sud plus de 80% des gynécologues le sont alors que le personnel médical est majoritairement objecteur (56,5%). Rapport officiel relatif à la mise en œuvre de la loi n° 194/1978 présenté par le Ministère de la santé au Parlement, 2011, chiffres cités dans la décision du Comité européen des droits sociaux, *IPPF EN c. Italie*, §83.

⁹³ Comité européen des droits sociaux, *op. cit.*, *IPPF EN c. Italie*, §175 ; Comité européen des droits sociaux, *op. cit.*, *CGIL c. Italie*, §193.

⁹⁴ Comité européen des droits sociaux, *op. cit.*, *IPPF EN c. Italie*, §190 ; Comité européen des droits sociaux, *op. cit.*, *CGIL c. Italie*, § 204 et s.

⁹⁵ Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, Mme Mc Cafferty, *Accès des femmes à des soins médicaux légaux : problème du recours non réglementé à l'objection de conscience*, Doc. 12347, 20 juillet 2010.

⁹⁶ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1763 (2010), Le droit à l'objection de conscience dans le cadre des soins médicaux légaux.

transformation à l'oeuvre : « Le droit à l'objection de conscience dans le cadre des soins médicaux légaux ». De problème l'objection de conscience devient un droit. Symboliquement l'accent n'est plus mis sur les droits des femmes mais sur le droit à l'objection de conscience des professionnels de santé. Le changement est également notable dans son contenu sous des apparences similaires. L'insistance sur la dimension individuelle de la clause, présente dans le projet, est abandonnée au profit du rappel pur et simple de ce droit à l'objection ; dans le même sens, l'affirmation d'une obligation d'administrer les soins, malgré l'objection de conscience, en cas d'urgence ou d'absence de confrères en mesure de les dispenser, a laissé place à une vague affirmation de la garantie offerte aux patients de bénéficier d'un traitement approprié en cas d'urgence. Le recul de l'effectivité des droits au profit d'une garantie accrue de l'objection de conscience est manifeste.

Dominique Laszlo-Fenouillet dans son analyse générale des objections de conscience montrait que l'acceptabilité de la faveur accordée au moyen d'une telle clause provenait du fait que son contrecoup se limitait à l'organisation d'un transfert d'obligation de débiteur refusant l'acte à autrui⁹⁷. Elle soulignait alors que l'organisation d'une telle substitution devait être assurée par l'Etat dans la mesure où la liberté de conscience est une liberté que l'Etat s'est engagé à protéger. L'acceptabilité de la clause dépend donc de la nature de la dette à transférer (la pratique de l'IVG dans notre cas), de la fréquence de l'utilisation de l'objection de conscience (nombre d'objecteurs de conscience au sein du personnel de santé) et, bien entendu, du nombre d'individus susceptibles d'assurer la dette (nombre de confrères pouvant réaliser l'acte).

En France les pouvoirs publics ont eu en tête de réunir les conditions pour rendre possible la substitution de dette. Depuis la loi de 1979, un décret fixe la liste des établissements tenus de pratiquer les IVG de sorte qu'en vertu d'un décret de 1982 tous les hôpitaux publics disposant d'un service de maternité ou de chirurgie doivent se doter de telles unités⁹⁸. Un des objectifs de la loi de 2001 était justement d'améliorer l'effectivité du droit à l'avortement, objectif non pleinement réalisé compte-tenu du refus de certains médecins ou établissements de santé de pratiquer des IVG. Si les médecins de ville peuvent opposer la clause de conscience et ainsi refuser la pratique de l'IVG, les établissements de santé possédant un service de gynécologie et/ou de chirurgie sont tenus de les réaliser. Une circulaire le rappelle clairement : « la pratique des IVG étant une mission de service public, tout chef de service est tenu d'en assurer l'organisation, dès lors que, conformément à la loi hospitalière, l'établissement lui en a confié la mission »⁹⁹.

Différents rapports portant sur l'accès à l'IVG font le constat de dysfonctionnements qui contreviennent aux obligations légales et font pourtant l'objet d'une tolérance¹⁰⁰. Aussi le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes s'étonne-t-il que « les refus de certains établissements de santé aient été intégrés par les pouvoirs publics, qui ont alors abaissé le niveau d'exigence prévu et ainsi acté un service public qui ne satisfait pas à ses obligations »¹⁰¹.

⁹⁷ Dominique Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 235, 1993, p. 202.

⁹⁸ Décret du 27 septembre 1982, Journal officiel du 29 septembre 1982.

⁹⁹ DGS/DHOS n°2001/467 du 28 octobre 2001.

¹⁰⁰ « [...] les orientations nationales des Schémas Régionaux d'Organisation des Soins (SROS) recommandent la présence a minima d'un établissement de santé en mesure d'assurer ce type d'IVG par territoire de santé. », Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Rapport relatif à l'accès à l'IVG, Volet 2 : Accès à l'IVG dans les territoires*, 7 novembre 2013, p. 42.

¹⁰¹ *Ibid.*

La continuité du service public n'est donc pas assurée quand le problème de l'accès inégal voire discriminatoire¹⁰² est posé. S'y ajoute celui du respect de la neutralité du service public, condition, là encore, de l'égalité des usagers.

B. Une trahison du service public : l'abandon de la neutralité

L'expression employée par Dominique Laszlot-Fenouillet de « faveur » du droit¹⁰³ accordée à la conscience permet d'insister sur le privilège offert aux médecins y compris les médecins agents du service public. La dérogation à des règles essentielles du service public que la clause de conscience permet en matière d'IVG témoigne de l'ampleur de la faveur ainsi garantie aux professionnels de santé. Cette clause offre en effet à des agents du service hospitalier l'opportunité de manifester auprès des usagers leur opinion au mépris du principe de neutralité y compris dans le contexte actuel d'exigences de neutralité étendues aux usagers.

1. La clause de conscience médicale reconnue en matière d'IVG constitue une remise en cause de la neutralité des agents du service public de santé.

On connaît l'ambivalence, l'ambiguïté, du statut des médecins libéraux, dont la rémunération est garantie par la sécurité sociale et dont les règles de la profession sont néanmoins marquées du sceau de la liberté comme le rappellent à l'envi les principes de liberté contractuelle, d'installation, de prescription. Avec la clause de conscience dont ils disposent apparaît une autre contradiction, cette fois entre le statut des praticiens hospitaliers et la liberté dont ils disposent. Par l'existence de cette clause, le législateur participe en effet de la remise en cause du principe de neutralité du service public. L'accès à l'avortement illustre parfaitement comment la fragilisation de la neutralité du service public est source d'inégalité entre les usagers. Cette inégalité ne provient pas du fait qu'en raison de son opinion, distincte de celle de l'utilisateur, l'agent traiterait ce dernier de manière moins favorable, mais résulte du fait que cette opinion étant admise juridiquement, le praticien peut tout simplement se soustraire à sa mission au sein du service public, remettant conséquemment en cause l'accès de l'utilisateur à la prestation à laquelle il a pourtant droit. Le patient qui se voit opposer la clause est dès lors placé dans une situation d'inégalité par rapport aux autres usagers du service de santé qui demandent des prestations pour lesquelles aucune clause de ce type n'existe. Il est aussi désavantagé par rapport aux usagères du service public souhaitant interrompre leur grossesse qui ont face à elles un professionnel de santé non objecteur de conscience.

Le Conseil constitutionnel est paru conscient de ce risque encouru par le principe d'égalité des usagers devant le service public. Saisi de la disposition législative supprimant la possibilité, pour le chef de service d'un établissement public de santé, de s'opposer à ce que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans son service, il a souligné, après en avoir admis la constitutionnalité¹⁰⁴, que la restriction de la portée de la clause concourait au respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant le service public¹⁰⁵.

¹⁰² Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1763 (2010), Le droit à l'objection de conscience dans le cadre des soins médicaux légaux, point 2.

¹⁰³ Dominique Laszlot-Fenouillet, *La conscience*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 235, 1993, notamment p. 198-199.

¹⁰⁴ Voir *supra*, I. B.

¹⁰⁵ « Considérant que, si le chef de service d'un établissement public de santé ne peut, en application de la disposition contestée, s'opposer à ce que des interruptions volontaires de grossesse soient effectuées dans son service, il conserve, en application des dispositions précitées du code de la santé publique, le droit de ne pas en pratiquer lui-même ; qu'est ainsi sauvegardée sa liberté, laquelle relève de sa conscience personnelle et ne saurait s'exercer aux dépens de celle des autres médecins et membres du personnel hospitalier qui travaillent dans son

Au-delà de cette utile¹⁰⁶ incise du Conseil constitutionnel on constate une indifférence certaine de la doctrine quant au fait que la clause de conscience entraîne une méconnaissance des exigences fondamentales du service public¹⁰⁷.

Cette indifférence peut surprendre tant en comparaison de la réaction claire dont a fait majoritairement l'objet la revendication d'une clause de conscience au profit des maires concernant la célébration de mariages de personnes homosexuelles qu'au regard du traitement réservé aux usagers du service public sur le fondement de la neutralité. Sur le premier point, rappelons simplement que face à la revendication de certains maires à la reconnaissance d'une clause de conscience, on a objecté le fait qu'ils étaient officiers d'état civil et devaient à tout le moins appliquer la loi. Cela n'est pas contestable mais rend alors encore plus étonnant le fait que cette rigueur et ce bon sens ne vaillent pas dans l'analyse de la clause de conscience des médecins acteurs du service public. Sur le second aspect quelques précisions peuvent s'avérer nécessaires.

2. L'indifférence concernant l'opposition fondamentale entre la clause de conscience médicale et la neutralité du service public étonne dans le contexte contemporain de cristallisation autour de la question de la laïcité. Depuis le début des années 2000, on constate l'extension de ce principe au-delà de son cadre d'origine, au détriment des usagers principalement du milieu scolaire. Ce mouvement a commencé avec la loi de 2004 sur l'interdiction du port de signes religieux ostensibles au sein des établissements scolaires¹⁰⁸. Mais la question s'est étendue aux parents accompagnateurs de sortie scolaire avec un avis du Conseil d'Etat non dénué d'ambiguïté¹⁰⁹. Au-delà de l'enceinte scolaire, en dehors même du cadre du service public, des effacements de tenues religieuses ont été exigés avec la loi de 2010 visant de fait le port du voile intégral¹¹⁰. La question déborde de façon récurrente le champ du service public comme en témoigne la multiplication de contentieux internes¹¹¹ et européens¹¹² mettant en scène des salariés auxquels un règlement intérieur impose de ne pas

service ; que ces dispositions concourent par ailleurs au respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant la loi et devant le service public » (Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, considérant 15).

¹⁰⁶ Voir en sens contraire Bertrand Mathieu pour qui le Conseil constitutionnel « Conscient [...] de cette considérable restriction apportée au principe, [...] la justifie par un motif, apparemment surabondant, celui selon lequel les dispositions de la loi « concourent par ailleurs au respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant la loi et devant le service public ». On ne sait alors si cette considération conditionne la constitutionnalité de la loi ou exprime seulement une réticence, plus morale que juridique, à la validation de l'atteinte portée à la liberté de conscience » (Bertrand Mathieu, « Une jurisprudence selon Ponce Pilate (constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception) », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2533).

¹⁰⁷ Voir cependant Françoise Dekeuwer-Défossez, « Avortement », *Encyclopédie pénale*, 1986, n° 57 soulignant que la clause de conscience s'oppose aux exigences du secteur public.

¹⁰⁸ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

¹⁰⁹ CE, Avis du 23 décembre 2013 dans lequel le Conseil d'État précise que les parents accompagnateurs de sorties scolaires ne sont ni des agents ni des collaborateurs du service public mais des usagers du service public. Ils ne doivent donc en principe pas se soumettre au principe de neutralité religieuse. Toutefois, cette affirmation est nuancée le juge rappelant que « les exigences liées au bon fonctionnement du service public de l'éducation peuvent conduire l'autorité compétente, s'agissant des parents d'élèves qui participent à des déplacements ou des activités scolaires, à recommander de s'abstenir de manifester leur appartenance ou leurs croyances religieuses ».

¹¹⁰ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

¹¹¹ Cass. 25 juin 2014, n° 612.

¹¹² Voir les conclusions de Mme l'avocat général Kokott dans l'affaire C-157/15, Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions NV. En substance, elle conclut que si l'interdiction se fonde sur une règle générale de l'entreprise qui interdit les signes politiques, philosophiques et religieux visibles au travail, elle peut être justifiée afin de mettre en œuvre la politique légitime de neutralité fixée par l'employeur en matière de religion et de convictions. Voir les conclusions en sens inverse

manifeste sa religion. Si les solutions apportées ne font pas consensus, si elles ne brillent pas par leur univocité, il n'en demeure pas moins qu'elles révèlent un souci de neutralité au-delà de la sphère traditionnelle de ce principe. Il est en conséquence surprenant que ce dernier perde du terrain dans son champ d'origine : le service public, à l'égard des agents. Or c'est bien de cela qu'il est question avec la clause de conscience par laquelle la loi autorise un professionnel de santé à faire prévaloir sa morale, ses convictions éthiques ou ses croyances religieuses, dans un service public.

On peut voir dans cette clause de conscience le privilège d'une profession ; on peut y voir le recul des exigences et donc des spécificités du service public ; on peut y voir la manifestation du terrain cédé à la morale par le droit ; on peut y voir au contraire la maîtrise de la morale par le droit ; on peut aussi y voir - et on serait tenté d'y voir cela - au-delà de l'ambiguïté des rapports entretenus entre la clause de conscience médicale et la trahison, le peu d'intérêt juridique porté aux droits génésiques.

La protection des convictions a joué contre l'impérativité du droit et l'intérêt général et *in fine* contre la liberté des femmes. L'autonomie individuelle des uns se fait inévitablement au détriment de celle des autres.

de l'avocat général Eleanor Sharpston dans l'affaire C-188/15 Bougnaoui et ADDH/Micropole SA : le règlement de travail d'une entreprise qui impose à une travailleuse d'ôter son foulard islamique lors de ses contacts avec la clientèle constitue une discrimination directe illicite.