



HAL
open science

Penser les droits reproductifs comme un tout : avortement, contraception et accouchement sous X en droit français

Lisa Carayon

► **To cite this version:**

Lisa Carayon. Penser les droits reproductifs comme un tout : avortement, contraception et accouchement sous X en droit français. Mon corps, mes droits ! L'avortement menacé ? 2019, 2019, 978-2-84934-375-3. <hal-02096688>

HAL Id: hal-02096688

<https://hal.science/hal-02096688v1>

Submitted on 22 Jun 2022

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.



HAL Authorization

**Penser les droits reproductifs comme un tout :
avortement, contraception et accouchement sous X en droit français¹.**

Lisa Carayon

Publié dans *Mon corps, mes droits ! L'avortement menacé ?*,

L. BRUNET et A. GUYARD-NEDELEC, Mare Martin, 2019

Écrire sur les droits reproductifs, et en particulier sur les droits reproductifs des femmes, nécessite une affirmation préliminaire : toute recherche juridique sur la question part d'une position axiologique. Il est inutile de prétendre ici à la froide et « neutre » analyse du droit. Les évaluations portées sur les normes, et sur les effets des normes, sont, en la matière, nécessairement influencées par la lecture que l'on a des rapports de force, de pouvoirs et de domination dans lesquels peuvent être prises les personnes et, en premier lieu, les femmes.

Notre positionnement est ici le suivant : le contrôle de leur reproduction par les individus est une question intimement liée au fonctionnement démocratique, pour les hommes comme pour les femmes. En effet, cette question est directement en lien avec les rapports entre public et privé ; avec l'investissement de chacun dans les sphères économique, professionnelle et politique ; avec les rapports de pouvoir entre les sexes. C'est pourquoi, si les questionnements portant sur les droits reproductifs concernent aussi bien les hommes que les femmes, ils sont beaucoup plus prégnants pour les femmes. D'une part, évidemment, parce que la reproduction engage leur corps et, d'autre part, parce que subsiste socialement une assignation des femmes à la maternité et aux tâches domestiques, au premier rang desquelles le soin des enfants.

Dans cette perspective, les droits reproductifs doivent selon nous s'entendre de toutes les méthodes, tant matérielles que juridiques, de ne pas devenir parents. Il serait très artificiel de distinguer ici contraception, avortement et accouchement sous X : certes, ces trois méthodes n'impliquent pas les mêmes actes ni les mêmes conséquences mais elles sont toutes trois des techniques permettant de ne pas avoir la charge d'un enfant. Nous tâcherons de montrer en quoi les considérer de façon distincte ne tient pas compte de la réalité vécue par les femmes.

Ceci posé, il faut évidemment admettre que le droit français est dans une dynamique positive en ce qui concerne l'accès à un contrôle de sa reproduction. Cette dynamique s'exprime à la fois sur le plan pratique et sur le plan symbolique. Sur le plan pratique tout d'abord, l'accès à la contraception et à l'avortement est en élargissement constant. La stérilisation contraceptive

¹ Les éléments exposés dans cette contribution ont été préalablement développée dans les articles suivants : « IVG et contraception : quel accès à une liberté génésique ? », in *La loi et le genre*, S. Hennette-Vauchez, D. Roman, M. Pichard (dir.), éd. CNRS, 2014, p. 107 ; « *Les femmes et la reproduction en Droit français : l'abnégation forcée* », in *L'abnégation en droit civil*, A.-S. HULIN et R. LECKEY (dir.), éd. Yvons Blais, Montréal, 2017, p. 77.

a été légalisée par la loi du 4 juillet 2001² ; le délai de recours à l'IVG est passé à la même date de dix à douze semaines de grossesse et le délai de réflexion auparavant imposé aux femmes pour accéder à l'avortement a été supprimé³, comme d'ailleurs l'entretien social obligatoire⁴, initialement « *inspiré par un souci de dissuasion* »⁵. Bref, l'offre contraceptive s'est diversifiée et les femmes ayant recours à l'avortement sont passées, en l'espace de quarante ans, du statut de criminelles à celle de personnes protégées. Depuis 1993, la loi prévoit même un délit d'entrave à l'IVG⁶, dont le domaine d'application ne cesse de s'étendre⁷. Les avancées dans le domaine des droits reproductifs sont également symboliques. Parmi elles, la suppression de la condition de « détresse » dans l'accès à l'IVG par la loi du 4 août 2014⁸ a donc modifié formellement les conditions d'accès à l'IVG : peut désormais demander à avorter non plus « *la femme que son état place dans une situation de détresse* » mais celle « *qui ne veut pas poursuivre une grossesse* ». Cette évolution a été conçue comme devant affirmer un véritable droit des femmes à avorter⁹. Cet état du droit français pourrait conduire à le placer parmi les systèmes offrant aux personnes, et en particulier aux femmes, une maîtrise individuelle de leur reproduction ; cette affirmation se vérifie d'autant plus que d'autres États étudiés dans cet ouvrage font preuve d'infiniment plus de rigidité en la matière.

Pourtant, un contrôle parfaitement libre de leur reproduction est loin d'être une réalité pour toutes les femmes résidant en France. Malgré les indubitables progrès de ces dernières décennies, cette liberté est toujours entravée par des problèmes matériels et financiers – qui sont évidemment le reflet de choix politiques – **(I)** ; par une présentation négative de l'avortement dans les textes et une conception stéréotypée de la reproduction dans les normes juridiques **(II)** et enfin par une conception des droits reproductifs construite comme un équilibre à garantir entre intérêts concurrents **(III)**.

² Loi n° 2001-588 du 4 juill. 2001 relative à l'IVG et à la contraception, *JO* 7 juill. 2001.

³ Loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 réformant le système de santé : *JO* 27 janv. 2016, texte n° 1. Art. 82. V. nos obs. *D.* 2016.921.

⁴ L'obligation subsiste pour les mineures. Bien que peu de majeures le demande, cet entretien doit leur être proposé, ce qui n'est pas toujours le cas : IGAS, *La prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse*, oct. 2009, n° RM2009-098A, p. 24

⁵ B. Génévois, *D.*, 1981, jur., p. 38. V. A.-M. Devreux, « De la dissuasion à la normalisation. Le rôle des conseillères dans l'entretien pré-IVG », *Revue française de sociologie*, 1982, 23-3. p. 470 ; D. Bourgault-Coudeville, « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexions sur un acte médical aux implications controversées », *Revue française des affaires sociales*, 2011/1 (n° 1), p. 30.

⁶ Art. L.2223-1 et s. CSP.

⁷ La loi a récemment étendu cette notion d'entrave à la diffusion de fausses informations, notamment sur internet : loi n° 2017-347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse : *JO* 21 mars 2017.

⁸ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : *JO* 5 août 2014, p. 12949. Art. 24.

⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport de la commission des lois n° 1663, par S. Denajal, 18 déc. 2013, p. 165. Cette évolution reprenait la première recommandation d'un rapport du Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes : *Rapport relatif à l'accès à l'IVG*, n° 2013-1104-SAN-009, 7 nov. 2013, p. 11.

I. LA QUESTION FINANCIERE

Parce que les instruments budgétaires sont le bras armé de l'État dans la mise en œuvre des politiques publiques, la question financière ne peut pas être distinguée des questions de fond sur les droits reproductifs. La difficulté est évidemment qu'en la matière, il est souvent difficile de distinguer ce qui relève de la position intentionnelle – ne pas consentir d'effort financier *dans le but* de limiter l'accès à certains services – de la position négligente – choisir de faire des économies *sans considération* pour les conséquences pratiques de ce choix. Quelle qu'en soit la raison, il faut constater que, malgré les progrès déjà accomplis, des difficultés matérielles subsistent dans l'accès à la contraception (A) et à l'avortement (B).

A. Contraception et remboursement

Avant tout chose, il convient de noter que la France ne souffre pas d'un problème de couverture contraceptive : seules 7,7% des femmes en âges de procréer, ne souhaitant pas d'enfant et ayant une sexualité potentiellement fécondante n'utilisent aucun moyen de contraception¹⁰. Pourtant, les recours à l'IVG concernent, dans plus de 60% des cas des femmes qui avaient utilisé un moyen de contraception¹¹. Pourquoi ce pourcentage ?

Outre le fait qu'aucun moyen de contraception n'est efficace à 100%, et qu'il est donc impossible de parvenir à une absence totale de grossesses non-désirées, il est indéniable qu'une source importante d'échec de contraception se trouve dans le fait que le procédé mis en œuvre n'est pas toujours en adéquation avec les modes de vie. Cet état de fait est dû, en tout premier lieu, à l'existence d'un « schéma contraceptif » préservatif-pilule-stérilet, parfois imposé aux femmes par des habitudes médicales peu remises en question. Or, cette réalité s'explique, en partie, par des raisons financières.

En effet, si de nombreuses méthodes contraceptives sont aujourd'hui remboursées¹², ce financement n'est pas identique pour toutes les techniques. Ainsi, si certaines pilules, l'implant et les dispositifs intra-utérins (DIU ou stérilets) ne sont remboursés qu'à hauteur de 65%¹³, d'autres contraceptifs – préservatifs¹⁴, anneaux vaginaux, patches, capes et diaphragmes,

¹⁰ INPES et MINISTERE DU TRAVAIL DE L'EMPLOI ET DE LA SANTE, *Contraception : les Françaises utilisent-elles un contraceptif adapté à leur mode de vie ?*, oct. 2011, p. 4.

¹¹ *Ibid*, p. 8.

¹² Loi n° 74-1026 du 4 déc. 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, JO 5 déc. 1974, p. 12123.

¹³ La stérilisation contraceptive est quant à elle remboursée à 80% pour les hommes et à 100% pour les femmes.

¹⁴ Même en cas de prescription médicale : Cass. soc., 4 mars 1987, n° 85-13.304.

spermicides et certaines pilules – ne sont quant à eux pas du tout remboursés. Certes, cette différence peut être expliquée par le fait que ces dernières méthodes sont un peu moins efficaces que les premières¹⁵, mais ce choix n'est pas sans conséquences, pratiques et symboliques.

Conséquences pratiques parce que certaines femmes sont contraintes à des dispositifs non remboursés en raison de contre-indications médicales¹⁶, mais surtout parce que l'efficacité d'une contraception dépend avant tout de facteurs environnementaux : un préservatif bien utilisé est plus efficace qu'une pilule mal prise¹⁷. La charge financière liée à la contraception peut donc mener à des choix contraints et inadaptés, voire à des interruptions de contraception. Bien sûr, pour les personnes les plus vulnérables, la loi organise un accès gratuit à la contraception : les produits contraceptifs sont disponibles gratuitement dans les planning familiaux pour les mineures¹⁸ et les femmes qui ne disposent pas d'une assurance sociale¹⁹. Cependant, outre le fait que le Planning n'est pas partout accessible, on peut interroger la démarche qui consiste à créer des palliatifs pour les situations les plus délicates sans remettre en cause la norme générale.

Or, outre ses effets pratiques, ces règles sont également très contestables sur le plan symbolique. La répartition actuelle des remboursements fait en effet peser entièrement la charge contraceptive sur les femmes. Pourtant, comment justifier que le préservatif, et en premier lieu le préservatif masculin, ne soit pas un instrument de contraception remboursé ? Contraceptif efficace et seule barrière aux infections sexuellement transmissibles, il est aberrant que le Conseil de l'ordre des pharmaciens puisse affirmer que le préservatif est un produit commercial que les pharmacies n'ont pas l'obligation de proposer²⁰. On perçoit alors comment des considérations en apparence purement financières peuvent avoir un impact concret sur les droits reproductifs et le partage des responsabilités entre hommes et femmes dans ce domaine. Cette question budgétaire se retrouve également dans le domaine de l'accès à l'avortement.

B. Accès à l'avortement et moyens du service public

¹⁵ ANAES, *Recommandations pour la pratique clinique. Stratégies de choix des méthodes contraceptives chez la femme*, 2004, p. 5.

¹⁶ *Ibid.* p. 34 s.

¹⁷ *Ibid.* p. 5.

¹⁸ Les mineures de plus de quinze ans ont la possibilité de se procurer gratuitement et anonymement en pharmacie des produits contraceptifs : décret n° 2013-248 du 25 mars 2013, *JO* 27 mars 2013, p. 5133.

¹⁹ Art. L.2311-4 CSP.

²⁰ CNOP, 22 avr. 1996 : *Bull. Ord. pharm.* 1996, n° 352, p. 284.

Depuis peu, l'IVG est un acte remboursé à 100%²¹. Cette mesure a été rendue effective en février 2016, date où l'ensemble des actes nécessaires à cette intervention a été inclus dans le forfait de remboursement²². Certes, il existe encore des dysfonctionnements dans ce domaine puisqu'il arrive que soient pratiqués, dans l'illégalité, des dépassements d'honoraire²³, mais les difficultés principales concernent les moyens publics accordés à l'IVG.

À première vue, la tendance en la matière semble être à l'extension des lieux d'accès à l'avortement. La loi du 26 janvier 2016 a ainsi amplifié les compétences des sages-femmes et des centres de santé dans le dispositif d'accès à l'avortement. Les premières ont désormais la possibilité de pratiquer des avortements médicamenteux en ville, les seconds de proposer des IVG instrumentales. Mais cette extension bienvenue des points d'accès à l'avortement ne peut masquer qu'il s'agit là d'une mesure visant à pallier la baisse régulière du nombre de centres d'accueil en vue d'une IVG. Entre 1996 et 2007, le nombre d'établissements réalisant des IVG a diminué de 21% en France métropolitaine²⁴. En dix ans, c'est 5% des établissements publics et 48% des établissements privés pratiquant l'IVG qui ont fermé leurs portes²⁵ alors que le nombre d'IVG restait à peu près stable²⁶. Or, ce choix des établissements privés n'est pas sans lien avec des questions budgétaires. Le prix de l'interruption de grossesse est en effet au cœur des stratégies d'activité du privé. Ce prix, établi par arrêté²⁷, n'a pas été revalorisé entre 2009²⁸ et 2013 pour les IVG instrumentales²⁹ et n'a été reconsidéré qu'en 2016 pour les IVG médicamenteuses³⁰. Si certains établissements privés cessent leurs activités, c'est donc moins pour des raisons strictement idéologiques que financières.

Cette diminution des lieux de pratique de l'avortement entraîne une double limitation dans l'exercice des droits reproductifs. Tout d'abord, il existe des lieux où l'accès à l'IVG entre la dixième et la douzième semaine de grossesse est impossible. C'est le cas notamment de la

²¹ Le remboursement à 100% de l'IVG a été acquis par la loi n° 2012-1404 du 17 déc. 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 (*JO* 18 déc. 2012, p.19821. Art. 50), complétée par le décret n° 2013-248 du 25 mars 2013 relatif à la participation des assurés prévue à l'article L. 322-3 du Code de la sécurité sociale pour les frais liés à une IVG et à l'acquisition de contraceptifs par les mineures (*JO* 27 mars 2013, p. 5133).

²² Arrêté du 26 févr. 2016 relatif aux forfaits afférents à l'interruption volontaire de grossesse, *JO* 8 mars 2016, texte n° 30.

²³ HCEF, *Accès à l'avortement*, 17 janv. 2017, p. 12.

²⁴ M. Collet, « Un panorama de l'offre en matière de prise en charge des IVG : caractéristiques, évolutions et apport de la médecine de ville », *Revue française des affaires sociales*, 2011/1 n° 1, p. 91.

²⁵ SÉNAT, Rapport d'information n° 592, 2 juill. 2015, p. 54. V. aussi MINISTÈRE des AFFAIRES SOCIALES et de la SANTÉ, *Rapport IVG : état des lieux et perspective d'évolution du système d'information*, juill. 2016, p. 20.

²⁶ Pour un aperçu rapide de l'évolution du nombre d'avortements depuis 1976 v. <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/avortements-contraception/avortements/> [consulté le 24 sept. 2017].

²⁷ Art. L.162-38 CSS.

²⁸ Arrêté du 4 août 2009 modifiant l'arrêté du 23 juill. 2004 relatif aux forfaits afférents à l'IVG, *JO* 22 août 2009, p. 13785

²⁹ Arrêté du 26 mars 2013 modifiant l'arrêté du 23 juill. 2004 modifié relatif aux forfaits afférents à l'IVG, *JO* 29 mars 2013, p. 5360.

³⁰ Arrêté du 26 février 2016 relatif aux forfaits afférents à l'interruption volontaire de grossesse : *JO* 8 mars 2016.

Corse, de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane³¹. Cette liste révèle la dimension intersectionnelle de la liberté réelle de disposer de son corps, qui est également une question de race et de classe³². Alors même que des politiques drastiques de maîtrise des naissances ont longtemps été menées dans les DOM-TOM, au mépris bien souvent des droits des femmes de ces régions³³, c'est aujourd'hui une politique inverse qui semble se mettre insidieusement en place³⁴. Plus généralement, la restriction des lieux d'accès à l'IVG a un impact direct sur la liberté de choix des *méthodes* d'avortement. Car si la loi du 26 janvier 2016 a affirmé symboliquement le droit pour les femmes d'être informées de toutes les méthodes abortives et d'en choisir une librement, la méthode médicamenteuse a connu un développement important, et concerne aujourd'hui plus de la moitié des IVG pratiquées³⁵. Cette augmentation n'est pas inquiétante *en elle-même*, et pourrait être le signe que les IVG sont prises en charge plus précocement. Mais la réalité est bien souvent que la méthode utilisée est imposée aux femmes qui sollicitent un avortement dans un établissement hospitalier³⁶, ces derniers pouvant en outre avoir tendance à privilégier la méthode médicamenteuse pour des raisons de coût. C'est pourquoi le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes préconise de mettre en place des enquêtes *testing* afin d'évaluer la réalité de l'accès à la méthode d'IVG choisie³⁷.

Au-delà de préoccupations strictement budgétaires, la légèreté avec laquelle ont trop longtemps été considérées les questions matérielles liées à l'IVG est sans doute le reflet d'une *représentation* négative, dans le système normatif, du libre exercice des droits reproductifs.

II. UNE REPRESENTATION NEGATIVE DES DROITS REPRODUCTIFS

Le droit n'est pas qu'une chambre d'enregistrement du réel. Par ses affirmations, il modèle la réalité en exprimant les valeurs d'une société³⁸. Le choix des mots n'est donc pas sans impact sur les représentations sociales des actes encadrés par le droit. Or, en matière de droits reproductifs, on ne peut que constater que le droit maintient le refus de la procréation dans le champ de l'anormalité.

³¹ HCEF, *Rapport relatif à l'accès à l'IVG*, *op. cit.*, p. 42.

³² La Corse fait partie des départements les plus touchés par la pauvreté : v. L. Auzet, M. Février, A. Lapinte, « Niveaux de vie et pauvreté en France : les départements du Nord et du Sud sont les plus touchés par la pauvreté et les inégalités », *Insee Première*, n° 1162, oct. 2007.

³³ F. Vergès, *Le ventre des femmes. Capitalisme, racialisation, féminisme*, Albin Michel, 2017.

³⁴ La question n'est cependant pas propre à ces régions. On constate ainsi des difficultés d'accès à l'IVG en Île-de-France pour les femmes les plus fragiles financièrement et socialement : *Rapport IVG : état des lieux et perspective d'évolution du système d'information*, *op. cit.*, p. 26.

³⁵ *Rapport IVG : état des lieux et perspective d'évolution du système d'information*, *op. cit.*, p. 20.

³⁶ SÉNAT, *Rapport d'information n° 592*, *op. cit.*, p. 54.

³⁷ HCEF, *Accès à l'avortement*, 17 janv. 2017, p. 4.

³⁸ V. par ex. D. Lochak, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », in *Homosexualités et droit*, D. Borillo (dir.), PUF, 2^e éd., 1999, p. 55.

Le premier exemple de cette réticence se trouve dans l'encadrement de la stérilisation contraceptive. S'il est normal que cet acte grave soit encadré et que les patient·es souhaitant y recourir soient informé·es des conséquences de leur choix, il faut souligner quelques particularités du régime propre à cette méthode. La stérilisation contraceptive n'est en effet possible qu'après un délai de réflexion de quatre mois³⁹. Ce délai, et ce n'est pas anodin, est bien supérieur à celui qui est imposé pour d'autres actes médicaux non curatifs, en particulier pour les actes de chirurgie esthétique⁴⁰. Lors de la première consultation, la personne est informée par le biais d'un dossier, son consentement étant recueilli par écrit lors d'une seconde consultation. On ne peut alors qu'être frappée par le parallèle entre cette procédure et celle qui était, jusqu'à récemment, appliquée à l'IVG. Et le parallèle ne s'arrête pas là. En effet, le législateur a choisi d'inclure, dans les textes relatifs à la stérilisation, une clause de conscience⁴¹. Jusqu'alors, celle-ci ne concernait pourtant que les actions portant atteinte à la vie⁴². Le caractère irréversible et non directement thérapeutique de l'acte ne peut justifier une telle clause : hors urgences vitales, tout acte médical étant gouverné par la liberté contractuelle, les médecins peuvent refuser d'agir si ce qui leur est demandé est contraire à leur conscience⁴³. Cette disposition spécifique est donc une norme de compromis visant à faciliter l'adoption d'un texte controversé. Mais la difficulté est qu'elle introduit un rapprochement indu entre stérilisation et atteinte à la vie : une telle disposition suggère qu'il est contestable de pratiquer la stérilisation. On perçoit ici la façon dont la réflexion sur la contraception et celle sur l'avortement ne peuvent pas être fondamentalement distinguées : un tel jugement négatif sur les pratiques de contrôle de la reproduction, se retrouve en effet dans la réglementation de l'IVG.

On en veut pour preuve une question, certes marginale, mais tout à fait éloquente : la responsabilité des échecs d'IVG. En droit français, la responsabilité civile d'une personne peut être engagée dès lors que celle-ci a commis une faute et que cette faute est la cause d'un préjudice à autrui. Chacune de ces conditions – la faute, le préjudice, le lien de causalité – contient évidemment un jugement de valeur, une appréciation sur la normalité du comportement de l'auteur·e des faits et sur la légitimité des intérêts de la victime. Or, l'état actuel de la jurisprudence tend à laisser penser que, lorsqu'un·e médecin a commis une faute médicale conduisant à l'échec d'une IVG (geste mal réalisé, absence de vérification échographique de

³⁹ Art. L.2123-1 CSP.

⁴⁰ Soumises à un délai de réflexion de quinze jours : art. D.6322-30 CSP.

⁴¹ Art. L.2123-1 CSP.

⁴² Avortement et recherche sur l'embryon : art. L.2212-8 et L.2151-7-1 CSP.

⁴³ Art. R.4127-47 al. 2 CSP.

l'expulsion de l'embryon etc.), un *préjudice de naissance* ne peut pas être reconnu à la femme dès lors que l'enfant est né en bonne santé.

Deux affaires sont sur ce point particulièrement symptomatiques⁴⁴. Les trois décisions rendues refusent d'engager la responsabilité du médecin ou de l'établissement de santé, considérant que la naissance d'un enfant sain ne peut être considérée par principe comme un préjudice réparable. Le Conseil d'État laisse cependant la porte ouverte à une indemnisation si la femme apporte la preuve de « *circonstances ou d'une situation particulières* »⁴⁵. Quelles sont donc ces « circonstances particulières » ? La Cour d'appel de Paris les a admises dans un cas où la femme avait découvert très tardivement que la grossesse s'était poursuivie⁴⁶ ; la Cour d'appel de Riom a évoqué le cas où la grossesse serait issue d'un viol. Cette juridiction affirme plus généralement, et la Cour de cassation ne démentira pas, que « *la naissance d'un enfant ne peut constituer par elle-même, au plan moral, un dommage [...]. La naissance, [...] ne peut être présumée causer à la mère qui a mis l'enfant au monde une profonde affliction dont le retentissement se poursuivra longtemps* ». L'angoisse d'attendre un enfant qu'on ne désire pas, les dangers de l'accouchement, les conséquences matérielles de cette naissance sur sa vie professionnelle ou personnelle, tout cela ne peut être réparé, car ce sont, dans l'idée de la jurisprudence, des « charges normales » de la maternité. On voit ici comment l'accès effectif aux droits reproductifs est limité *de fait* puisque lorsque celui-ci est entravé de façon fautive, les conséquences de cette entrave ne peuvent être réparées.

Or cette limite trouve bien sa source dans une conception stéréotypée de la maternité dans laquelle la naissance d'un enfant « normal » est nécessairement un événement heureux ; par opposition à la naissance d'un enfant handicapé ou issu d'un viol. Cette vision des choses est évidemment très discutable dès lors que l'on se trouve face à des femmes qui *souhaitaient* avorter. La spécificité du traitement de l'avortement apparaît cependant lorsque l'on confronte ces décisions aux cas où le comportement médical fautif concernait l'accès à la *contraception*. Dans trois cas d'échec de stérilisation où la patiente n'avait pas été informée du risque résiduel de grossesse, les cours d'appel ont reconnu l'existence d'un préjudice moral du fait de la grossesse non désirée⁴⁷. L'arrêt le plus récent admet par ailleurs l'existence d'un préjudice lié aux souffrances de l'accouchement⁴⁸. La différence de mise en œuvre de la responsabilité

⁴⁴ CA Riom, 6 juill. 1989 : *D.* 1990.284, note P. Le Tourneau suivi de Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1991. *Bull. civ.* I, n° 213 ; *RTD civ.* 1991, p. 753, note P. Jourdain ; *D.* 1991, 566, note P. Le Tourneau ; *D.* 1992.II.21784, note J.-F. Barbieri ; CE 2 juill. 1982, n° 23141.

⁴⁵ *Ibid.* ; cette formule est également utilisée pour dénier l'existence d'un préjudice en cas d'échec de contraception : CA Metz 19 fév. 2013, n°11/01192

⁴⁶ CA Paris, 29 nov. 2001, n° 2000/10826.

⁴⁷ CA Nîmes, 27 mars 2007, n° 04/05125 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1983, n° 82-12227.

⁴⁸ CA Versailles, 5 avr. 2012, n° 10/06362.

interroge et pourrait traduire une divergence de jugement entre le comportement de femmes qui cherchaient à avorter et de celles qui cherchaient à ne pas tomber enceintes.

Cette position de la jurisprudence s'inscrit plus largement dans une construction juridique de l'avortement comme une *liberté consentie* aux femmes mais non comme un *droit* qui leur serait *garanti*. Ainsi, malgré la disparition de la notion de « détresse » dans le recours à l'avortement, la rédaction de l'article L. 2211-2 du Code de santé publique est resté inchangée : l'avortement consiste toujours textuellement en une atteinte au respect de la vie, en raison d'une situation « *de nécessité* ». L'utilisation du concept d'« état de nécessité » montre que le droit présente toujours l'avortement comme une *exception* à un principe de protection de la vie, mais aussi comme une *concession* accordée aux femmes. Ce terme évoque en effet le cas où une personne est contrainte à un acte délictueux pour sauvegarder ses intérêts légitimes⁴⁹. Son utilisation sous-entend donc que l'avortement est un acte moralement répréhensible et que cette pratique est attentatoire à des intérêts extérieurs à ceux des femmes. L'avortement est ainsi construit comme un régime imposant des limites au pouvoir des femmes sur leur propre corps, en raison d'un intérêt concurrent. Ce constat peut en réalité s'appliquer à l'ensemble droits reproductifs et c'est pourquoi il est nécessaire de les aborder conjointement.

III. UNE CONCEPTION DES DROITS REPRODUCTIFS COMME UN AFFRONTMENT D'INTERETS

La première limite au droit de décider librement de sa reproduction est évidemment, pour les femmes, l'existence d'un délai de recours à l'IVG. Ce délai, aujourd'hui de douze semaines de grossesse, est le fruit d'un compromis politique arraché de haute lutte en 1974. Le débat était alors présenté comme un affrontement entre deux intérêts publics : la protection de la natalité, de la vie, de la « féminité » d'une part, et la protection de la santé publique d'autre part. Si l'accès libre à l'avortement est évidemment le résultat de la lutte des femmes pour le contrôle de leur corps⁵⁰, il ne faut pas oublier que la loi Veil fût construite comme une mesure visant à combattre les conséquences sanitaires des avortements clandestins. Or, ce qui était alors le résultat d'un *compromis* politique est aujourd'hui défendu comme une position d'*équilibre*, non plus entre l'intérêt de la Nation et la protection de la santé – ce discours n'est plus audible – mais entre les intérêts des femmes et la protection de l'enfant à naître.

⁴⁹ Art. 122-7 C. pén. V. Fr. Desports et Fr. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 10^e éd., Economica, 2003, spéc. p. 691.

⁵⁰ Sur la dévalorisation du rôle des mouvements féministes dans la légalisation de l'avortement v. B. Pavard, Fl. Rochefort et M. Zancarini-Fournel, *Les lois Veil. Contraception 1974, IVG 1975*, coll. U Histoire, Armand Colin, 2012, p. 175 et s.

La récente décision du Conseil constitutionnel portant sur la loi sur l'entrave à l'IVG est ainsi la première dans laquelle l'avortement est qualifié de *droit des femmes*⁵¹. Jusque-là, le Conseil avait toujours analysé les dispositions concernant l'avortement en termes d'« *équilibre [...] 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* »⁵². L'avortement n'était ainsi analysé que comme une balance d'intérêts – la liberté des femmes contre la dignité humaine de l'embryon. Cette analyse en termes d'« intérêts concurrents » a été reprise par la Cour européenne des droits de l'Homme notamment dans son arrêt *A., B. et C. contre Irlande*⁵³. La Cour analyse en effet le droit irlandais, très restrictif concernant l'avortement, au regard d'une part des « *idées morales profondes du peuple irlandais* » mais aussi du fait que « *les droits revendiqués au nom du fœtus et ceux de la future mère étant inextricablement liés [...] [il faut laisser aux États] une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte* ». La protection de la vie prénatale est ainsi construite comme un intérêt protégé *contre* les droits et libertés des femmes.

Cette analyse explique qu'il soit aujourd'hui très difficile, sur le plan politique, de remettre en cause le compromis arraché en 1974 : dès lors que les droits reproductifs des femmes sont présentés comme *opposés* à l'intérêt abstrait des embryons, la remise en cause de l'existence même d'un délai d'avortement est quasiment impossible. Pourtant, J. J. Thomson a montré il y a longtemps pourquoi la condamnation *morale* de l'avortement ne peut fonder sa prohibition *juridique*⁵⁴. Contraindre une personne à engager son corps pour sauvegarder la vie d'un tiers est en effet une situation inacceptable dans tout autre domaine du droit. Ainsi analysée, la prohibition de l'avortement libre au-delà de la douzième semaine de grossesse est paradoxale puisqu'aucune disposition légale ne saurait par ailleurs contraindre un parent à donner ne serait-ce qu'une goutte de son sang pour sauver la vie de cet enfant une fois né. Ainsi, dès lors que l'on refuse d'analyser les droits reproductifs en termes de *conciliation* d'intérêts, on peine à trouver des arguments en faveur du maintien d'un délai à l'IVG. Ce délai est d'autant plus contestable qu'il n'existe pas en cas d'interruption *médicale* de grossesse (IMG), c'est-à-dire lorsque la vie de la femme enceinte est en jeu ou que l'embryon est atteint d'une grave

⁵¹ C. const., 16 mars 2017, n° 2017-747 DC. Cons. 10.

⁵² C. const. 27 juin 2001, n° 2001-446 DC : JO 7 juill. 2001, p. 10828. V. aussi C. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC : JO 16 janv. 1975, p. 671. Cons. 9.

⁵³ V. not. St. Hennette-Vauchez, « Vademecum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2011, n° 20, p. 1360.

⁵⁴ « A defense of abortion », *Philosophy and Public Affairs*, I (1), automne 1971. Pour la version française : *Raisons politiques*, 2003/4 n° 12, p. 3. Sur critiques formulées contre cet article v. J. E. Mahon, « *Abortion and the Right to Be Pregnant* », in *Philosophy and Political Engagement. Reflexion in the Public Sphere*, A. Fives et K. Breen (éd.), éd. Palgrave MacMillan, 2016, p. 57.

pathologie incurable⁵⁵. Une des explications à cette absence de délai est d'ailleurs qu'il est souhaitable de laisser aux femmes le temps de ne pas prendre de décision précipitée⁵⁶. Mais pourquoi ne pas utiliser exactement le même argument pour l'IVG ? Parce que deux présupposés sont ici à l'œuvre.

Le premier est qu'il existe de « bonnes raisons » d'avorter, motifs légitimes qui sont déterminés à l'extérieur des femmes, par la loi, par la décision médicale. Ce point est évidemment un argument politique qui procède d'un arbitrage entre une position paternaliste de surplomb à l'égard des femmes et une posture de confiance en leur jugement moral. Le second est que la liberté totale d'avorter risquerait de favoriser des pratiques eugénistes. Cette dernière inquiétude, évidemment légitime, peut être aisément réfutée. D'une part en considérant que le système actuel est *déjà* eugéniste puisqu'il autorise la destruction des embryons non-sains. D'autre part en affirmant qu'en la matière « *il suffit d'écouter les femmes* »⁵⁷, mais plus largement les couples. Certes, il existe probablement des cas où les personnes décident d'avorter pour des motifs qui, vus de loin, peuvent sembler futiles. Cependant, non seulement le traitement de ces cas relève probablement davantage des politiques publiques que d'interdictions strictes, mais surtout, ces pratiques minoritaires ne reflètent pas la démarche de réflexion éthique à laquelle se livre l'immense majorité des couples confrontés à une décision d'avortement tardif⁵⁸. Un exemple de droit comparé pourrait en outre dédramatiser une telle proposition : le Québec, qui ne dispose actuellement d'aucun délai d'avortement.

Dans cette perspective, qui fait primer le pouvoir des femmes sur leur corps sur tout intérêt qui leur serait extérieur, une seule question se pose légitimement : *quid* de la situation où, la grossesse étant suffisamment avancée, l'avortement nécessiterait de tuer le fœtus *in utero* et ensuite de déclencher un accouchement ? En effet, dans cette hypothèse, l'atteinte portée à l'intégrité corporelle ne serait pas moins importante si le fœtus n'était pas tué mais simplement accouché avant terme. Cette situation pourrait cependant être résolue par le mécanisme de l'accouchement sous X, qui permet aux femmes d'accoucher sans créer de lien avec l'enfant. Et pourtant, cette technique est actuellement remise en cause, au motif d'une protection des droits des enfants à la connaissance de leurs origines et des droits des géniteurs⁵⁹. Ces deux

⁵⁵ Cependant, y compris dans ces cas, il faut aux femmes une autorisation médicale pour avorter.

⁵⁶ CCNE, avis n°107, 2009, p. 19.

⁵⁷ S. VEIL présentant son projet de loi à l'Assemblée nationale : <http://www.ina.fr/video/I07169806/simone-veil-et-son-projet-de-loi-relatif-a-l-ivg-video.html>.

⁵⁸ Pour une étude qualitative à propos de décision d'IMG : M. GAILLE, « Des terres morales inconnues », *Anthropologie & Santé* [en ligne], 12/2016.

⁵⁹ V. not. Ministère des affaires sociales et de la santé, *Filiation, origines, parentalité : Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, avril 2014, rapport établi par I. Théry et A.-M. Leroyer.

arguments sont pourtant bien fragiles, dès lors qu'on constate qu'ils ne sont utilisés que *contre* les intérêts des femmes.

La possibilité d'accoucher anonymement n'est pas présentée dans les textes comme une véritable liberté des femmes⁶⁰. Certaines des dispositions sont même clairement culpabilisantes. Le Code de l'action sociale et des familles énonce ainsi que la femme qui demande à accoucher sous X est informée « *de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire* »⁶¹. L'aide qui peut être apportée à ces femmes n'est évoquée que plus loin : la liberté de choix des femmes est symboliquement placée au second plan. Est valorisée une vision stéréotypée de l'importance de connaître son « histoire », valeur élevée ici au rang de vérité juridique.

Pour protéger cet « accès aux origines », tout enfant né sous X peut, depuis 2002, s'adresser au Centre National d'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP) afin d'obtenir des renseignements sur la femme dont il est issu. Le Centre dispose alors de larges pouvoirs d'investigation pour la retrouver⁶². Si elle est identifiée, elle peut lever l'anonymat ou prendre contact anonymement avec l'enfant. La liberté des femmes est donc théoriquement préservée par le fait qu'elles sont interrogées *avant* que leur identité soit dévoilée. Plusieurs éléments soulignent cependant l'hypocrisie du système. Tout d'abord, l'identité de la femme sera révélée après sa mort, sauf si elle s'y est expressément opposée de son vivant, c'est-à-dire si elle a été interrogée une première fois. La liberté laissée aux femmes n'est donc pas conçue comme un choix de vie, comme une décision que les femmes peuvent également prendre pour leur entourage, mais comme une démarche purement personnelle, voire égoïste. Cette norme est pourtant sans lien avec la réalité de l'accouchement anonyme.

Bien qu'il soit difficile d'établir des statistiques sur les motivations des femmes demandant le secret de l'accouchement, quelques études ont été menées⁶³. On y apprend par exemple que 46% des femmes accouchant anonymement ont par ailleurs déjà un enfant. L'accouchement anonyme est donc souvent une décision prise dans un contexte familial : révéler l'identité des femmes après leur mort revient donc à nier que leur liberté reproductrice est aussi une liberté individuelle de déterminer leur vie familiale.

Le régime de l'accès aux origines ne va d'ailleurs pas jusqu'au bout de la logique de l'« histoire » à tout prix. En effet, la révélation de l'identité de la génitrice ne pourra se faire

⁶⁰ V. T. Gründler, « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X ? », *Revue des droits de l'homme*, 2013-3 ; N. Hervieu, « L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines », *Actualité Droits-Libertés* du 29 sept. 2012, CREDOF.

⁶¹ Art. L.222-6

⁶² IGAS, *Audit du fonctionnement du CNAOP*, 2011, p. 20 et s.

⁶³ La plus récente : C. Villeneuve-Gokalp, « Les femmes qui accouchent sous le secret en France, 2007-2009 », *Population*, 2011/1, vol. 66, p. 135. Nous nous appuyons sur ces chiffres.

que dans l'hypothèse où l'enfant le souhaite : il est impossible à une femme de retrouver l'enfant dont elle a accouché s'il ne le demande pas⁶⁴. Ce n'est donc pas la vérité en général qui est recherchée mais uniquement la vérité pour les enfants qui le désirent⁶⁵. De la même façon, l'idée d'une protection des intérêts des *géniteurs* est ici largement illusoire. Malgré les droits qui leur ont été accordés par la loi de 2002, les affaires concernant les « pères » sont rarissimes. Ce fait peut être expliqué par deux facteurs. Tout d'abord le fait que, bien souvent, les hommes consentent à l'accouchement anonyme⁶⁶. En ce sens, comme d'ailleurs la liberté contraceptive ou abortive, la liberté d'accoucher sous X bénéficie *aussi aux hommes*. Seconde explication : c'est souvent l'attitude du géniteur qui est évoquée par les femmes comme raison de leur choix⁶⁷.

Enfin, la cause majeure des accouchements anonymes est passée sous silence : selon l'étude ici utilisée, 80% des femmes qui accouchent anonymement ont appris leur grossesse *après* le délai légal d'IVG. On peut alors suggérer que certaines auraient choisi l'avortement si elles l'avaient pu. Une question s'impose⁶⁸ : si l'on considère que naître sous X est une situation socialement insupportable, pourquoi ne pas envisager de supprimer le délai d'IVG⁶⁹ ? Cette réflexion n'est toutefois possible que si l'on conçoit les droits reproductifs comme un tout et non comme une juxtaposition de mécanismes indépendants.

CONCLUSION

Parce qu'ils ne sont pas véritablement conçus comme des droits, comme des outils d'égalité et de liberté individuelle des femmes et des hommes, les droits reproductifs ne sont pas appréhendés par le droit français comme une question unitaire. Ils évoluent bien souvent de façon fractionnée, par une lutte des petits pas. Chaque « étape » de la reproduction est ainsi traitée comme une question indépendante. Chaque droit reproductif est alors conçu comme devant pallier les échecs des précédents : l'avortement est consenti parce que la contraception n'est pas toujours efficace, l'accouchement sous X est accepté car l'avortement n'est pas

⁶⁴ La révélation de l'identité d'une enfant adoptée est une faute de l'administration : H. Rival, *AJDA* 2013, p. 262.

⁶⁵ *Rapport parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, 12 nov. 2012, p. 49 et s. Il ne s'agit pas de nier que les « retrouvailles » puissent parfois constituer un événement positif : M. Duyme, Fr. Perriard, *Qualité et satisfaction de vie des personnes pupilles de l'État ou enfants adoptés ayant rencontré leurs parents de naissance à l'âge adulte*, oct. 2014.

⁶⁶ Dans l'étude utilisée, 20% d'hommes ont expressément donné leur accord ; 53% étaient informés de la grossesse : C. Villeneuve-Gokalp, *loc. cit.*, p. 158.

⁶⁷ 43 % des motivations invoquées sont liées au géniteur (indifférence, violence etc.) : *ibid.*, p. 153 et s.

⁶⁸ V. L. Marguet et M. Mesnil, « Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], *Actualités Droits-Libertés*, n° 45.

⁶⁹ Dans ce sens v. M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, th. dact., Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2014, n° 518 ; ainsi que notre thèse, *La catégorisation des corps, étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Paris 1, 2016, à paraître éd. IRJS, n° 879.

toujours possible. Mais à chaque stade, le droit fait peser sur les femmes davantage de contrôle. Pour résumer, ces droits sont associés « à la procréation et non à la liberté de non-procréation et aux aléas de la liberté sexuelle »⁷⁰. Malgré tous les progrès accomplis, les droits reproductifs restent conçus comme des *concessions*, non comme les instruments nécessaires à l'exercice d'une liberté de contrôler son corps et de choisir sa vie.

D'où viendront les évolutions à venir ? Peut-être des professions médicales si elles s'attachent à rendre concret le *droit*, pour l'instant largement théorique, à une information complète et à un libre choix des méthodes de contraception et d'avortement. À ce titre, l'annonce récente d'une augmentation du prix de la consultation de première contraception et de prévention des MST chez les jeunes femmes⁷¹ est ambivalente. Elle pourrait éventuellement se justifier si cette consultation était l'occasion d'une information approfondie sur toutes les techniques de contraception, leurs avantages et leurs inconvénients. Mais, outre qu'on s'étonne que cette consultation soit réservée aux femmes⁷², une telle orientation n'a de vraies chances d'advenir que si la *formation* des professionnels sur les droits reproductifs est renforcée. Mais si une grande part d'entre eux reste figée dans un schéma contraceptif préservatif-pilule-stérilet, cette augmentation annoncée des coûts pourrait alourdir la charge pesant sur les femmes⁷³ sans leur apporter davantage de liberté. Il se pourrait alors que l'évolution vienne des femmes elles-mêmes mais aussi des couples : les usages des contraceptifs tendent en effet vers une mutation des habitudes contraceptives, parmi lesquelles une augmentation de l'usage du préservatif et du stérilet⁷⁴. Reste à voir si cette tendance se confirme mais si elle montrait une plus grande prise de contrôle de leurs choix contraceptifs de la part des femmes et une responsabilisation des hommes dans la contraception, elle pourrait constituer un premier pas vers des revendications plus collectives. Car ce n'est que par la voie politique que les dispositifs juridiques portant sur droits reproductifs pourront être profondément et durablement transformés.

⁷⁰ À propos de l'avortement : B. Pavard, Fl. Rochefort et M. Zancarini-Fournel, *op. cit.*, p. 184.

⁷¹ Décision du 21 juin 2017 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie, JORF n°0213 du 12 septembre 2017.

⁷² Outre que l'information sur les MST ne prend pas moins de temps pour les hommes que pour les femmes, pourquoi ne pas concevoir une consultation identique pour les jeunes hommes au cours de laquelle ils seraient informés des divers modes de contraception, ne serait-ce que pour les comprendre ?

⁷³ Cette nouvelle consultation devrait être remboursée intégralement mais les modalités de prise en charge en tiers payant pour garantir l'anonymat et éviter l'avance de frais ne sont pas encore précisément définies.

⁷⁴ D. Rahib, M. Le Guen, N. Lydié, « Baromètre santé 2016. Contraception. Quatre ans après la crise de la pilule, les évolutions se poursuivent », Santé publique France, 2017, not. p. 5.