



HAL
open science

L'inscription de l'interruption volontaire de grossesse au sein de la Constitution : entre intérêts juridiques et choix politiques

Damien Fallon

► To cite this version:

Damien Fallon. L'inscription de l'interruption volontaire de grossesse au sein de la Constitution : entre intérêts juridiques et choix politiques. 2024. hal-04491729

HAL Id: hal-04491729

<https://hal.science/hal-04491729>

Preprint submitted on 6 Mar 2024

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.

L'inscription de l'interruption volontaire de grossesse au sein de la Constitution : entre intérêts juridiques et choix politiques.

Damien Fallon
Maître de conférences en droit public
Université de Poitiers – Institut de droit public

Le 30 janvier 2024, l'Assemblée nationale adopte en première lecture, par 493 voix contre 30, le projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse (IVG)¹. Elle ouvre ainsi la voie à son inscription au sein de la Constitution.

Ce projet de loi constitutionnelle est au cœur d'au moins trois paradoxes. Le premier est que le droit à l'IVG n'est pas sérieusement menacé en France aujourd'hui. Depuis sa dépénalisation en 1975², le législateur n'a fait qu'en assouplir les conditions d'accès. Après l'avoir pérennisé en 1979³, il a étendu le délai légal de recours à l'IVG en le faisant passer respectivement de 10 à 12⁴ puis à 14 semaines⁵. Il a également supprimé progressivement l'obligation de recueillir le consentement des parents pour les mineurs⁶, la référence à la « situation de détresse » de la femme (qui en était en toute hypothèse seule juge)⁷ ainsi que la nécessité de respecter un délai de réflexion préalable de sept jours après la première consultation médicale⁸. D'ailleurs, le Comité présidé par S. Veil en 2008 et chargé de réfléchir à l'adjonction de nouveaux droits ou libertés au sein de notre Constitution n'a lui-même pas jugé utile d'y proposer l'inscription du droit à l'IVG⁹. Or, en proposant de rouvrir le débat sur l'opportunité de garantir ce droit, il existe en pratique un risque de l'affaiblir. Rien ne permet d'être certain que les choix politiques qui seront faits permettront d'assurer le même degré de protection qu'aujourd'hui.

Le second paradoxe est que ce projet de loi constitutionnelle a été proposé en réaction à la décision d'une Cour étrangère. En juin 2022, l'arrêt *Dobbs* de la Cour suprême américaine¹⁰ a en effet renversé la célèbre jurisprudence *Roe vs Wade* de 1973¹¹, par laquelle la Cour s'était appuyée sur le 14^{ème} amendement de la Constitution pour en déduire un droit de *privacy* justifiant et protégeant le droit à l'avortement. Dans l'arrêt *Dobbs*, la Cour suprême américaine ne déclare pas le droit à l'avortement inconstitutionnel, mais affirme simplement que ce dernier n'est pas garanti par la Constitution. Ce faisant, elle renvoie la question à la législation de

¹ Projet de loi constitutionnelle n° 1983 relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 décembre 2023.

² Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

³ Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse. Les dispositions initiales de la loi Veil prévoyaient simplement une suspension de l'incrimination pénale du recours à l'IVG pour une durée de 5 ans.

⁴ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

⁵ Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement.

⁶ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, précitée.

⁷ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

⁸ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

⁹ Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, *Redécouvrir notre Constitution, Rapport au Président de la République*, Paris, La documentation française, 2008. L'argument avancé par le Comité est qu'une telle révision serait inutile et ne changerait rien à l'effectivité des droits et libertés. Pire, elle risquerait de créer des ambiguïtés et des risques d'usages imprévus qui seraient contre-productifs. Il est cependant vrai que le Comité n'a pas envisagé l'idée d'un revirement de jurisprudence constitutionnelle qui viendrait supprimer un droit déjà consacré.

¹⁰ SCOTUS, 24 juin 2022, *Dobbs, State Health officer of the Mississippi department of health et al. v. Jackson Women's health organization et al.*, req. n° 19-1392.

¹¹ SCOTUS, 22 janvier 1973, *Roe v. Wade*, req. n° 70-18.

chaque État. L'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle déposé par E. Macron affirme explicitement se positionner en réaction à l'arrêt *Dobbs*, au prétexte que « la Cour Suprême a fait la démonstration que les droits et libertés qui nous sont les plus précieux peuvent être menacés alors qu'ils semblaient solidement acquis ». Il y a quelque chose ici d'un peu illusoire de croire que notre système juridique interne serait propre à répondre à des débats juridiques étrangers¹². Néanmoins, le revirement de la Cour suprême américaine a le mérite de rappeler que l'interprétation des énoncés juridiques reste à la discrétion des juridictions. Si le texte contraint l'interprète (sans jamais le lier totalement), alors il peut effectivement être utile de préciser le texte pour réduire le nombre des interprétations admissibles. À ce titre, l'inscription de l'interruption volontaire de grossesse au sein de la Constitution rendrait difficilement admissible une interprétation du Conseil constitutionnel visant à admettre son inexistence pure et simple. Il convient d'ailleurs de remarquer que les premiers débats au Parlement au sujet de la révision de la Constitution ne portaient que sur l'opportunité d'une constitutionnalisation et non sur l'opportunité du droit lui-même¹³.

Le troisième paradoxe tient au fait qu'il s'agit d'un projet de loi constitutionnelle piloté en réalité par le Parlement. On connaissait déjà les fausses propositions de lois (qui sont en réalité des projets déguisés). Voilà maintenant le faux projet de loi (qui est en réalité une proposition déguisée). En effet, dans le sillage de l'arrêt *Dobbs*, ce ne sont pas moins de 6 propositions de lois constitutionnelles (PPLC) qui ont été déposées, entre les mois de juin et d'octobre 2022¹⁴. Certaines proposent d'inscrire le droit à l'avortement à l'article 66 de la Constitution¹⁵, d'autres dans le Préambule de la Constitution¹⁶, d'autres encore directement à l'article 1^{er}¹⁷. C'est finalement la proposition n° 293, déposée par Mathilde Panot, qui a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 24 novembre 2022. Elle propose la création d'un nouvel article 66-2 qui dispose que « la loi garantit l'effectivité et l'égal accès au droit à l'interruption volontaire de grossesse ». Saisi de ce texte, le Sénat a voté, le 1^{er} février 2023, la proposition en ces termes : « la loi détermine les modalités selon lesquelles s'exerce la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse ». Cette formulation ne figurerait plus dans un article 66-2 mais plus simplement à l'article 34 de la Constitution. Alors même que l'Assemblée et le Sénat ne se sont pas mis d'accord sur la formulation à retenir, les parlementaires attachés à la réforme ont eux-mêmes fait part de leurs doutes quant au choix de la procédure mobilisée. En effet, s'agissant d'une proposition de révision, elle ne peut être adoptée que par la voie du référendum. Or, une telle procédure nécessite l'ouverture d'une campagne référendaire dont rien ne dit qu'elle serait favorable à la garantie du droit à l'IVG. Les parlementaires en ont donc appelé au président de la République pour qu'il reprenne la proposition pour son propre compte¹⁸. Après avoir un peu tardé¹⁹, ce fut finalement chose faite avec l'annonce d'un projet de loi constitutionnelle au mois d'octobre 2023 à l'occasion des célébrations du 65^{ème} anniversaire de

¹² Pr ex. : R. Letteron, « IVG : pourquoi importer la crise américaine ? », Blog Libertés Chéries, 28 juin 2022, disponible en ligne.

¹³ Cf. L. Marguet, « La constitutionnalisation du droit à l'IVG », JPBlog, 5 décembre 2022, disponible en ligne.

¹⁴ À l'Assemblée nationale : PPLC n° 8 du 30 juin 2022 (Aurore Bergé et Marie-Pierre Rixain), n° 15 du 6 juillet 2022 (Mathilde Panot) puis n° 293 du 7 octobre 2022 (Mathilde Panot). Au Sénat : PPLC n° 734 du 27 juin 2022 (Laurence Rossignol), n° 853 du 2 août 2022 (Mélanie Vogel) puis n° 872 du 2 septembre 2022 (Mélanie Vogel).

¹⁵ PPLC n° 8, 15 et 872.

¹⁶ PPLC n° 734.

¹⁷ PPLC n° 853.

¹⁸ Par exemple : Rapport n° 488 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi constitutionnelle visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, par Mathilde Panot, 16 novembre 2022, p. 17.

¹⁹ Une première annonce a été faite le 8 mars 2023, à l'occasion de l'hommage national à Gisèle Halimi.

la Constitution. Le Conseil d'État a rendu un avis favorable sur le texte le 7 décembre²⁰ qui sera finalement présenté en Conseil des ministres le 12.

L'avant-projet de loi constitutionnelle prévoyait une modification de l'article 34 de la Constitution par l'adjonction d'un dix-huitième alinéa ainsi rédigé : « La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté de la femme, qui lui est garantie, d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse ». Le texte adopté en Conseil des ministres tient compte des remarques formulées par le Conseil d'État en proposant de retenir la formulation suivante : « La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse ». C'est cette formulation qui sera adoptée sans modification par l'Assemblée nationale le 30 janvier 2024.

Le choix de la constitutionnalisation reste un choix politique. Il revêt en effet une forte dimension symbolique par le fait que le pouvoir politique affiche expressément une volonté de garantir le droit des femmes. D'un point de vue juridique, l'intérêt est plus limité. L'inscription de l'IVG au sein de la Constitution permet certes d'éviter que le Conseil constitutionnel puisse nier son existence (I). En revanche, la formulation choisie ne permet pas forcément aux femmes de bénéficier d'une protection plus étendue. Tout dépendra de l'interprétation qu'en retiendra le Conseil constitutionnel (II).

I/ Un intérêt certain

Le principal intérêt d'une inscription du libre recours à l'IVG au sein de la Constitution est de lui conférer une valeur supra-législative, dont il ne dispose pas à l'heure actuelle de manière autonome (A). Cela permet en outre d'affirmer son existence en soi, sans tomber dans le piège des débats relatifs à sa conciliation avec le droit à la vie pour l'enfant à naître (B).

A) L'absence de droit fondamental à l'IVG

Le droit à une interruption volontaire de grossesse n'est reconnu de manière autonome ni au niveau européen ni au niveau constitutionnel.

En droit de l'Union européenne, ce dernier n'a été envisagé que sous l'angle des services économiques, et plus précisément des services médicaux. Il bénéficie à ce titre du principe de libre accès aux prestations de service. C'est ce que la Cour de justice a jugé dans son arrêt *SPUC* de 1991²¹. Elle était saisie d'une mesure prise par les autorités irlandaises visant à interdire à des associations étudiantes de diffuser des informations sur les modalités d'accès à l'IVG au Royaume-Uni. L'affaire a été examinée sous l'angle de la libre prestation de services. En l'espèce, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas d'atteinte au droit communautaire, mais uniquement car il n'y avait pas de lien établi entre les cliniques pratiquant l'IVG et les associations étudiantes.

En janvier 2022, E. Macron a exprimé son souhait d'intégrer le droit à l'avortement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, alors que la France prenait la présidence tournante du Conseil de l'UE. Les eurodéputés se sont exprimés en ce sens le 7

²⁰ CE, Ass., *Avis sur un projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse*, n° 407667.

²¹ CJCE, 14 octobre 1991, *Society for the protection of Unborn Children (SPUC) c/ Grogan*, aff. C-159/90.

juillet en votant en faveur d'une résolution demandant l'inscription du droit à l'avortement au sein de la Charte²².

En droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, le droit à l'avortement est envisagé sous l'angle de l'article 8 de la Convention. Ce lien est établi dès l'affaire *Brüggemann et Scheuten c/ RFA* de 1977²³. La Commission admet que le droit à la vie privée entraîne « la possibilité d'établir des relations de différentes sortes, y compris des relations sexuelles, avec d'autres personnes ». Néanmoins, elle considère que le droit à la vie privée n'est pas sans limite. Il ne vaut que dans les hypothèses où l'individu ne rentre pas en contact avec la vie publique. Par extension, la Commission considère que la grossesse ne relève pas exclusivement de la vie privée de la femme, dans la mesure où sa propre vie se retrouve associée à celle du fœtus. Partant, elle en conclut que toute réglementation de l'IVG n'emporte pas forcément atteinte à l'article 8§1 (§61)²⁴. Ce lien entre droit à l'avortement et droit à la vie privée sera précisé en 2002, par la décision sur la recevabilité dans l'affaire *Boso c/ Italie*²⁵. Il s'agissait d'une femme qui avait avorté sans l'accord de son mari. Le père arguait d'une atteinte à son propre droit à la vie privée en raison de l'avortement de son épouse. La Cour a rejeté la requête en considérant que « le droit du père potentiel au respect de sa vie privée et familiale » ne peut pas être « interprété assez largement pour englober le droit d'être consulté ou celui de saisir un tribunal à propos d'un avortement que son épouse se propose de faire pratiquer sur sa personne ».

Il faudra finalement attendre 2010 et la célèbre décision de Grande chambre *A.B.C. c/ Irlande*²⁶ pour que la Cour EDH affirme expressément que le droit au respect à la vie privée et familiale ne saurait « s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement » (§214). Il s'agissait du cas de trois requérantes parties pratiquer un avortement en Angleterre en raison de la difficulté d'accès à ce droit en Irlande. Elles ont choisi d'attaquer l'État irlandais en raison des obstacles que celui-ci avait mis à l'exercice effectif de leur droit. Dans sa décision *A.B.C.*, la Cour reconnaît qu'un État peut tout à fait « choisir de considérer l'enfant à naître comme une personne et protéger sa vie » (§222), mais ce choix n'est pas imposé par la Convention. Dès lors, dans l'analyse des ingérences alléguées, il appartient à la Cour d'opérer une conciliation entre d'un côté, le droit au respect de la vie privée de la femme enceinte, et de l'autre, la protection de l'enfant à naître. En l'espèce, la Cour a admis que l'Irlande avait méconnu les droits fondamentaux de l'une des trois requérantes au motif qu'il n'existait pas de procédure effective et accessible qui lui aurait permis d'établir qu'elle avait le droit d'avorter légalement. En effet, si la Convention EDH ne garantit pas un droit à l'avortement, elle impose toutefois aux États d'en garantir l'effectivité dès lors que la législation nationale l'autorise, et ce, au titre de leurs obligations positives (§116)²⁷.

Une illustration peut en être donnée par les deux décisions du 12 mars 2020, *Grimmark et Steen c/ Suède*²⁸. La Cour a jugé qu'était justifié le refus systématique des hôpitaux suédois d'engager des sage-femmes refusant de pratiquer des avortements. Les requérantes invoquaient une atteinte à leur liberté de pensée, de conscience et de religion, à leur liberté d'expression, ainsi

²² Résolution du Parlement européen du 7 juillet 2022 sur la décision de la Cour suprême des États-Unis de remettre en cause le droit à l'avortement aux États-Unis et la nécessité de protéger ce droit ainsi que la santé des femmes dans l'Union européenne (2022/2742(RSP), JOUE, 7 juillet 2022.

²³ Com. EDH, 12 juillet 1977, *Brüggemann et Scheuten c/ RFA*, DR 10/100.

²⁴ Ce faisant elle s'éloigne un peu de ce qu'elle avait jugé dans sa décision sur la recevabilité où elle avait déclaré l'année précédente que : « la grossesse et l'interruption de la grossesse relèvent de la vie privée et aussi, dans certaines conditions, de la vie familiale », et qu'à ce titre « la réglementation juridique de l'avortement constitue une ingérence dans la vie privée ».

²⁵ CEDH, 5 septembre 2002, *Boso c/ Italie*, req. n° 50490/99.

²⁶ CEDH, GC, 16 décembre 2010, *A. B. et C. c/ Irlande*, req. n° 25579/05.

²⁷ Cette décision de 2010 a conduit à l'adoption du *Protection of Life during Pregnancy Act* de 2013.

²⁸ CEDH, 12 mars 2020, req. n° 43726/17 et n° 62309/17.

qu'au principe de non-discrimination. La Cour a considéré que ces atteintes étaient justifiées par un but légitime : « protéger la santé des femmes cherchant à avorter » (§20). En outre, la Cour a relevé que si la législation suédoise pouvait imposer des contraintes telles qu'imposer des actes d'avortement, celles-ci sont justifiées par le fait que « l'exercice effectif de la liberté de conscience dans le cadre professionnel n'empêche pas la fourniture des services » d'avortement au sein du système de santé.

En France, le Conseil constitutionnel n'a jamais choisi de consacrer un droit autonome à l'IVG. Saisi de la constitutionnalité de la loi Veil de 1975, il s'est contenté de relever que la loi ne méconnaissait pas « le principe énoncé dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la Nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte »²⁹. Par la suite, il a choisi de se rapprocher de la position de la Cour EDH en rattachant formellement le droit à l'IVG à la liberté personnelle, fondée sur l'article 2 de la DDHC³⁰. Comme pour la Cour de Strasbourg, il ne s'agit pas de consacrer un droit autonome à l'IVG mais simplement de considérer que la liberté de la femme d'opérer des choix personnels s'étend au choix de recourir à une IVG³¹. À ce titre, le Conseil admet que la Constitution impose un 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 qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ». La liberté de la femme est donc garantie, mais uniquement au nom d'une conciliation avec la protection de l'embryon au titre du principe de dignité. Malgré tout, il est possible de penser qu'une loi qui supprimerait le droit à l'IVG pourrait déjà - en l'état du droit - être jugée inconstitutionnelle, au motif qu'elle priverait de garantie légale les exigences constitutionnelles en matière de liberté personnelle.

B) L'esquive du débat sur le droit à la vie pour l'enfant à naître

L'une des difficultés de reconnaître un droit autonome à l'IVG est qu'il peut potentiellement rentrer en conflit avec un éventuel droit à la vie pour l'enfant à naître. C'est l'argument souvent avancé pour dénier tout droit à l'IVG³², tel que l'a d'ailleurs fait l'arrêt *Dobbs* en 2022 (§32). Les débats à l'Assemblée sur le projet de loi constitutionnelle ont fait ressurgir cette question, aussi bien en Commission qu'en séance publique. Certains députés ont en effet fait valoir qu'en inscrivant l'IVG au sein de la Constitution cela allait créer « un déséquilibre entre la liberté de recourir à l'IVG, qui aura une valeur explicitement constitutionnelle et protégée à ce titre, et le respect de la vie de l'enfant à naître qui en demeurera dépourvu »³³.

À l'heure actuelle, la question d'un droit à la vie pour l'enfant à naître reste suspendue. La Cour EDH a toujours choisi de refuser de l'admettre, en renvoyant à la marge d'appréciation des États. Dans l'affaire *Brüggemann et Scheuten* de 1977, qui concernait l'évolution de la législation pénale en matière d'IVG en Allemagne, la Commission avait estimé qu'il n'était pas nécessaire « d'examiner [...] si l'enfant à naître doit être considéré comme « une vie » au sens de l'article 2 de la Convention ». (§60). Dans son arrêt de 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande*³⁴, la Cour a condamné l'État irlandais pour avoir interdit à deux sociétés de fournir des informations aux femmes enceintes concernant le recours à l'avortement. Mais elle s'est placée sur le terrain de la liberté de conscience et d'expression, et non sur celui du droit à

²⁹ CC, 15 janvier 1975, *IVG*, n° 74-54 DC.

³⁰ CC, 27 juin 2001, *IVG II*, n° 2001-446 DC.

³¹ *Idem* : 16 mars 2017, n° 2017-747 DC, cons.10.

³² Par ex. A.-M. Le Pourhiet, « Le droit à l'avortement n'existe nulle part », *La Croix*, 25 juin 2022.

³³ O. Marleix, CR des débats, 2^{ème} séance, 24 janvier 2024.

³⁴ CEDH, 29 octobre 1992, *Open door et Dublin Well Woman c/ Irlande*, req. n° 14234/88 et n° 14235/88.

la vie. Elle a considéré que les faits de l'espèce n'impliquaient pas « de déterminer si la Convention garantit un droit à l'avortement ou si le droit à la vie, reconnu par l'article 2, vaut également pour le fœtus » (§66).

Après avoir longtemps esquivé la question, la Cour a fini par choisir explicitement de ne pas y répondre dans son arrêt *Vo c/ France* de 2004³⁵. Il s'agissait d'une affaire où une femme avait dû subir un avortement thérapeutique à la suite d'une erreur médicale. La Cour juge que, faute de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États. Partant, « il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention [...] » (§85). Cette position a été confirmée le 11 octobre 2016, dans son arrêt *Sayan c/ Turquie*³⁶. Il s'agissait d'une césarienne faite en urgence sur une femme qui venait de décéder, mais l'enfant n'a pas survécu. La Cour, réunie en Grande Chambre, juge qu'en « l'absence d'un consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie [relève] de la marge d'appréciation que la Cour estime généralement devoir être reconnue aux États dans ce domaine ». La Grande Chambre a donc considéré « qu'il n'est ni souhaitable, ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention ».

En droit constitutionnel, cette question reste également non tranchée. D'ailleurs, les solutions sont assez variables selon les États. En Belgique, la Cour constitutionnelle belge refuse de prendre parti. Dans un arrêt du 24 septembre 2020³⁷, qui concernait une demande d'annulation de la loi de 2018 sur l'IVG, elle relève qu'aucune disposition constitutionnelle ni conventionnelle n'établit par elle-même « que l'être humain bénéficierait, dès sa conception, de la protection » qu'elle garantit. En Allemagne en revanche, la Cour constitutionnelle juge que le fœtus est bien titulaire du droit à la vie dès le moment de la conception³⁸. À l'inverse, les Cours constitutionnelles slovaque³⁹ et colombienne⁴⁰ ont refusé de reconnaître des droits constitutionnels au fœtus. Depuis 1983, la Constitution irlandaise affirmait expressément l'existence d'un droit à la vie pour l'enfant à naître (art. 40 3° 3 : *L'État reconnaît le droit à la vie du fœtus et, en respectant pleinement le droit égal de la mère à la vie, garantit dans sa législation le respect de ce droit et, dans la mesure du possible, de le défendre et de le faire valoir par ses lois* »). Cet article a finalement été abrogé en 2018, ce qui a permis l'extension du droit à l'avortement jusqu'à la douzième semaine de grossesse⁴¹. En Pologne, le 22 octobre 2020, le Tribunal constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution une loi qui autorisait l'avortement sur la base d'une malformation grave ou d'une maladie mortelle chez l'enfant à naître⁴². Ce faisant, il reconnaît implicitement un droit à la vie pour l'enfant à naître⁴³, qui prend le pas sur la liberté de la femme à disposer de son corps. Le tribunal constitutionnel a qualifié cette possibilité de « pratique eugénique » visant à opérer un tri entre les enfants à naître, selon qu'ils sont ou porteurs d'un handicap ou d'une maladie lourde. Depuis janvier 2021,

³⁵ CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, req. n° 53924/00.

³⁶ CEDH, 11 octobre 2016, *Sayan c/ Turquie*, req. n° 81277/12.

³⁷ Arrêt n° 122/2020 du 24 septembre 2020.

³⁸ BVerG, 25 février 1975, *Avortement I*.

³⁹ Cour constitutionnelle slovaque, 4 décembre 2007, PL. ÚS 12/01-297.

⁴⁰ Cour constitutionnelle colombienne, 21 février 2022, C-355-2006.

⁴¹ *Health Regulation of Termination of Pregnancy Act*, n° 31, 13 décembre 2018

⁴² TC Polonais, 22 octobre 2020, *Planning familial, protection du fœtus humain et conditions d'interruption de grossesse*, K 1/20.

⁴³ La censure était en partie justifiée par une atteinte à l'article 38 de la Constitution polonaise qui dispose « La République de Pologne protège par la loi la vie de tout être humain ».

l'avortement reste toutefois possible en cas de viol, d'inceste ou de danger pour la vie ou la santé physique de la mère.

En France, la Constitution est muette sur ce point. Dans sa décision de 1975, le Conseil admet que la loi sur l'IVG porte « atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie » mais uniquement dans des conditions strictement définies et sans en faire un principe constitutionnel. En 1994, dans les lois sur la bioéthique, le législateur a posé « le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ». Mais il choisit dans le même temps de ne pas le rendre applicable aux embryons fécondés *in vitro*. Dans sa décision *Bioéthique*, le Conseil constitutionnel décide de ne pas prendre parti⁴⁴. Il maintient le *statu quo* dans sa décision *IVG II* de 2001 (cons. 4). Ce qui est remarquable, c'est que dans le commentaire autorisé de la décision de 2001, le Conseil constitutionnel affirme que la Constitution reconnaît bien un droit à vie (fondé sur l'article 2 DDHC et l'alinéa 11 du Préambule de 1946) mais ne précise pas si ce droit s'applique à l'enfant à naître : « à partir de quel stade de la gestation y a-t-il "personne humaine" disposant du droit à la vie ? La question n'a jamais été tranchée par le Conseil car, dans le silence de la Constitution, elle relève de la métaphysique et de la médecine et non du juge des lois ».

II/ Un intérêt limité

L'intérêt juridique de reconnaître le droit à l'IVG dépend assez largement de la formulation retenue. En effet, s'il s'agit simplement de reconnaître une habilitation au profit du législateur, alors la constitutionnalisation est parfaitement inutile dans la mesure où celle-ci existe déjà. À ce titre, il convient de préciser que le choix de consacrer une « liberté » plutôt qu'un « droit », n'entraîne aucune conséquence juridique (A). En revanche, la question se pose de savoir si la mention « liberté garantie » permettra au Conseil constitutionnel d'y voir davantage qu'une simple norme d'habilitation (B).

A) L'absence de portée du débat sur la distinction entre droit et liberté

Après l'adoption de la proposition de loi en termes différents par l'Assemblée nationale et le Sénat, un débat s'est noué autour de la portée de cette différence. L'Assemblée a voté « la loi garantit l'effectivité » là où le Sénat a choisi « la loi détermine les modalités » du droit à l'IVG. Pour S. Hennette-Vauchez la distinction n'est pas neutre : le verbe « garantir » est d'avantage contraignant que le verbe « détermine »⁴⁵. L'idée de garantie impliquerait en effet une idée de non-régression, conforme à l'idée qui a présidé au mouvement d'inscription de l'IVG dans la Constitution en réaction à l'arrêt *Dobbs*. *A contrario*, le fait de simplement « déterminer » les conditions de l'IVG autoriserait le législateur à revenir sur le niveau de garantie actuelle. Ce dernier pourrait tout à fait abaisser le délai ou durcir les conditions de recours à l'IVG, sans que la Constitution ne soit pour autant méconnue. À l'inverse, O. Beaud considère que cette distinction est sans portée, ou plus exactement, avec une portée faible. Dans tous les cas, le fait que le droit à l'IVG soit présent au sein de la Constitution obligerait le législateur à le mettre

⁴⁴ « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur » (cons. 10).

⁴⁵ S. Hennette-Vauchez, C. Froidevaux-Metterie et N. Bajos, « Le droit à l'IVG dans la Constitution, une "arnaque" à la liberté », *Le Monde*, 14 février 2023 ; S. Hennette-Vauchez, « Raisons et déraison dans l'interprétation de la constitution », *JPBlog*, 14 mars 2023, disponible en ligne.

en œuvre⁴⁶. Ainsi, la loi ne pourrait pas réduire drastiquement les conditions de recours à l'IVG sans la priver de garanties légales.

L'intervention du projet porté désormais par E. Macron interroge également sur la portée de la formulation retenue, et ce, pour deux raisons.

La première est le choix d'ajouter un nouvel alinéa à l'article 34 de la Constitution. En d'autres termes, il s'agit d'élargir la compétence du législateur pour déterminer les conditions de recours à l'IVG. Or, cette compétence existe déjà, notamment en raison du second alinéa de l'article 34 qui dispose que la loi fixe les règles relatives aux « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». S'il ne s'agit que d'envisager le droit à l'IVG comme une simple norme d'habilitation législative, alors la révision est juridiquement inutile. C'est pourquoi le projet de révision mentionne que cette habilitation a pour objet « la liberté garantie à la femme » d'avoir recours à une IVG. Certes, la formulation est moins contraignante que celle proposée par certains membres de la doctrine et laisse place à une potentielle régression du niveau de garantie⁴⁷. Elle ne joue pas le rôle d'un cliquet constitutionnel. Néanmoins, la formulation oblige le législateur à prévoir un seuil minimal de garantie.

La seconde interrogation porte sur le choix du terme « liberté » plutôt que celui de « droit à » recourir à une IVG. Intuitivement en effet, le terme de liberté apparaît moins contraignant pour les pouvoirs publics que celui de droit, qui implique en retour l'idée d'obligation. Toutefois, contrairement à ce que soutiennent certaines positions militantes⁴⁸, ce choix terminologique est sans incidence juridique.

Certes, d'un point de vue purement conceptuel, droits et libertés peuvent être distingués. L'usage courant des termes montre que le mot droit désigne plutôt la faculté de réclamer ou d'exiger quelque chose, alors que le terme liberté désignerait plutôt une simple faculté d'agir, de penser ou de s'exprimer. Toutefois, l'usage courant des mots droit et liberté ne nous apprend rien sur l'usage qui en est fait ni dans le monde du droit en général, ni dans le champ des droits fondamentaux en particulier.

Or, dans le champ des droits fondamentaux, la distinction droit et liberté n'emporte aucune conséquence particulière. Les deux sont en effet étroitement imbriqués : le droit implique la liberté et la liberté implique le droit : tout droit implique la liberté de s'en servir ; toute liberté implique l'existence d'un droit venant la garantir. D'ailleurs, selon les usages, le terme de liberté peut inclure ou non celui de droit et inversement. En droit européen, la Charte des droits fondamentaux de l'UE, sous le vocable « Libertés » du chapitre II, consacre en réalité des « droits » (droit au respect de la vie privée et familiale, droit à la protection des données à caractère personnel, droit de se marier et droit de fonder une famille). La Convention européenne des droits de l'homme ne fait pas non plus de distinction particulière en se contentant d'affirmer qu'elle vise à garantir « les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». En droit interne, le Conseil d'État admet par exemple que constituent des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du CJA des libertés proprement dites (par ex. la liberté d'aller et venir, la liberté d'expression, la liberté de manifestation...) mais également des droits (droit à la vie privée, droit à la vie, droit de propriété, droit de grève, ou encore « le

⁴⁶ O. Beaud, « Pour une interprétation raisonnable de la disposition votée par le sénat sur la constitutionnalisation du droit à l'IVG », JPBlog, 18 février 2023, disponible en ligne ; « Réplique à une réponse. Contenu et portée d'une controverse sur la constitutionnalisation du droit de recourir à l'avortement », JPBlog, 1^{er} avril 2023, disponible en ligne.

⁴⁷ V. par exemple la proposition de S. Henette-Vauchez, D. Roman et S. Slama, « Droit à l'IVG : ouvrons une nouvelle ère du constitutionnalisme », AOC, 12 juillet 2022.

⁴⁸ B. Mathieu, « L'avortement n'est pas un droit fondamental, mais une liberté fondamentale », La Croix, 27 juin 2022.

droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé »⁴⁹). Dans le cadre de la QPC, la question est possible dès lors que la loi porte atteinte aux « droits et libertés que la Constitution garantit » sans distinction particulière.

En pratique, l'idée selon laquelle la différence de terme impliquerait une différence de fonction est fautive. La portée conférée à un droit ou une liberté ne provient pas de la manière dont ils sont formulés mais plutôt de la nature de la réclamation portée par le requérant. La distinction entre droit et liberté dispose d'un caractère « fallacieux »⁵⁰. Ainsi, une liberté ne doit pas être considérée comme purement défensive car telle est sa nature. Elle disposera plutôt d'une fonction défensive à chaque fois qu'un particulier demandera que l'État n'empiète pas sur elle. Inversement, elle aura une fonction positive à chaque fois qu'un individu réclamera que l'État mette en œuvre les conditions pratiques de sa réalisation. Obligations positive et négative sont deux fonctions cumulatives d'un même droit ou d'une même liberté. À ce titre, les droits dits « libertés » peuvent conduire à des obligations de prestations positives. À l'inverse, les droits dits « créances » peuvent conduire à des obligations d'abstention⁵¹.

Les débats qui ont présidé à l'adoption du projet de loi ont montré que les rédacteurs avaient bien conscience – au moins partiellement - de l'absence de portée quant au choix du mot liberté plutôt que celui de droit. Dans son avis, le Conseil d'État a admis que « au vu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui ne retient pas, en la matière, une acception différente des termes de droit et de liberté, [...] la consécration d'un droit à recourir à l'interruption volontaire de grossesse n'aurait pas une portée différente de la proclamation d'une liberté ». Le rapport de la Commission des lois rappelle cette observation en précisant que : « Si le Gouvernement a choisi ce terme, c'est dans un souci de clarté. Il s'agit, non pas de créer un droit absolu et sans limite, mais de faire référence à l'autonomie de la femme et de garantir ainsi l'exercice d'une liberté qui lui appartient, dans les conditions prévues par la loi ».

B) Le doute sur le caractère subjectif du droit à l'IVG

L'adoption définitive du projet de loi constitutionnelle fera donc de la femme un bénéficiaire du droit à l'IVG. L'avis du Conseil d'État précise d'ailleurs que le terme « femme » doit s'entendre ici comme « toute personne ayant débuté une grossesse, sans considération tenant à l'état civil, l'âge, la nationalité et la situation au regard du séjour en France » (§ 15).

La question se pose néanmoins de savoir si elle en sera également le titulaire. En d'autres termes, la liberté de recourir à l'IVG pourrait-elle être invoquée dans le cadre de la procédure de QPC contre une loi qui viendrait potentiellement y porter atteinte ?

Pour le Gouvernement, cela ne semble faire aucun doute. Il affirme en effet dans les motifs du projet de loi que « cette liberté sera juridiquement protégée sous le contrôle du juge constitutionnel saisi, soit directement à l'issue du vote d'une loi, soit ultérieurement par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité ». Cette possibilité a pu nourrir les débats quant à la portée de la liberté ainsi reconnue, notamment au regard de la clause de conscience des médecins. Celle-ci étant reconnue au niveau législatif, n'y a-t-il pas un risque de remise en cause au nom du libre recours à l'IVG ? C'est pourquoi le rapporteur de la Commission des lois a cru bon de préciser que « la rédaction proposée n'implique nullement une évolution du droit

⁴⁹ CE, 20 septembre 2022, req. n° 451129.

⁵⁰ A. Vidal-Naquet, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, Paris, Panthéon-Assas, 2007, p. 271.

⁵¹ Contribuant ainsi à illustrer leur caractère indivisible. V. par ex., permis de très nombreuses références : M.-C. Ponthoreau, *Le principe d'indivisibilité des droits*, RFDA, 2003, n° 5, p. 928.

existant et ne saurait être source d'un nouveau contentieux, par exemple par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité »⁵².

Il est raisonnable de penser que le Conseil constitutionnel admettra effectivement que le libre recours à l'IVG fasse bien partie des droits et libertés que la Constitution garantit. Pourtant, son inscription à l'article 34 est susceptible de donner un argument à ses opposants pour lui dénier potentiellement cette qualité. En effet, le Conseil constitutionnel a, de jurisprudence constante, toujours refusé d'intégrer les règles de procédure dans le champ de la QPC⁵³. Il en va ainsi de toutes les dispositions instaurant une habilitation au profit du législateur⁵⁴. Or, par son inscription au sein de l'article 34, la rédaction proposée consiste essentiellement en une habilitation à poser les garanties nécessaires à l'IVG.

Néanmoins, il semble que le Conseil constitutionnel opère une distinction quant au type d'habilitation en cause. Il distingue en effet selon que la norme d'habilitation guide ou non l'exercice de la compétence législative. S'il s'agit simplement de fixer un domaine d'intervention, elle ne sera pas invocable en QPC. S'il s'agit de préciser le sens de l'intervention législative, alors elle peut éventuellement rentrer dans la catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit.

Il en va ainsi du principe de libre administration des collectivités territoriales. Ce dernier est mentionné à l'article 34 qui dispose que la loi en détermine les principes fondamentaux. Invocable en contrôle *a priori* depuis 1979⁵⁵, il est également invocable en QPC depuis 2010⁵⁶. Cependant, dans la décision de 2010, le principe de libre administration n'a pas été invoqué au visa de l'article 34 mais à celui de l'article 72, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Depuis 2011, le Conseil constitutionnel admet toutefois que la libre administration dispose d'un double rattachement, aux articles 34 et 72⁵⁷.

À l'heure actuelle, il semble que le Conseil constitutionnel n'a jamais accepté la recevabilité d'un droit ou d'une liberté au seul visa de l'article 34 de la Constitution. D'ailleurs, dès lors que les requérants se plaignent d'une incompétence négative du législateur, le Conseil exige que la méconnaissance de l'article 34 affecte par ailleurs un autre droit ou liberté constitutionnels⁵⁸. Gageons que, si la question devait se poser, le libre recours à l'IVG devienne la première liberté garantie par voie de QPC sans qu'il soit besoin d'un autre rattachement constitutionnel.

⁵² Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, par Guillaume Gouffier Valente, 17 janvier 2024, p. 37.

⁵³ CC, 22 juillet 2010, *M. Alain C.*, n° 2010-4/17 QPC, cons. 7 : « Considérant que le grief tiré de la méconnaissance de la procédure d'adoption d'une loi ne peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ». *Idem* : 28 février 2014, n° 2013-370 QPC, cons. 11.

⁵⁴ Tel le libre consentement à l'impôt tiré de l'article 14 DDHC : 30 juillet 2010, n° 2010-19/27 QPC, cons. 16 ; de l'obligation de transposition des directives : 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, cons. 19 ; ou encore la possibilité de modifier les limites d'une collectivité territoriale : 2 juillet 2010, n° 2010-12 QPC, cons. 3.

⁵⁵ CC, 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, n° 79-104 DC, cons. 9.

⁵⁶ CC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et a.*, n° 2010-29/37 QPC cons. 6, 7 et 8.

⁵⁷ CC, 8 juillet 2011, *Département des Landes*, n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, cons. 4.

⁵⁸ CC, 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*, n° 2010-5 QPC.