



European
Social
Charter

Charte
Sociale
Européenne



COUNCIL
OF EUROPE CONSEIL
DE L'EUROPE

**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX**

13 February 2013

Case No. 5

**International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF-EN) v.
Italy**
Complaint No. 87/2012

OBSERVATION FROM ECLJ

Registered at the Secretariat on 17 January 2012



OBSERVATIONS

soumises au Comité européen des Droits sociaux

dans l'affaire
**International Planned Parenthood Federation European Network
(IPPF EN) v. Italy**
Complaint No. 87/2012
par le *European Centre for Law and Justice*

à Strasbourg, le 17 janvier 2013

Grégor Puppinck,
Directeur

L'accès à l'avortement volontaire, c'est-à-dire à l'avortement non nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte, n'est pas un droit de l'homme, ni un droit social. À l'inverse, l'objection de conscience est un droit fondamental. Les obligations assumées par les Etats, au titre de la Charte sociale européenne, et en particulier de son article 11, n'imposent pas aux Etats d'assurer la mise à disposition de services d'avortements volontaires.

La requête de l'IPPF est fondée sur les présupposés erronés que la grossesse serait une « maladie » dont l'avortement serait le « traitement », traitement dont les femmes seraient injustement privées à cause du nombre croissant de médecins objecteurs de conscience. L'État aurait alors l'obligation d'assurer la jouissance effective du droit d'accès à l'avortement légal, au besoin en prenant des mesures visant à supprimer l'obstacle constitué par le nombre important d'objecteur de conscience. Or, une question se pose d'emblée, comment l'État pourrait-il réduire la proportion des objecteurs de conscience au sein d'une profession sans porter atteinte au droit lui-même à l'objection de conscience, et sans, *in fine*, fermer l'accès aux professions médicales aux personnes qui ne peuvent pas moralement commettre d'avortement volontaire.

Il y a deux erreurs initiales dans ce raisonnement : la première est de considérer l'avortement comme un traitement, un « soin de santé », car en aucune manière la grossesse est une maladie. L'avortement n'a pas en lui-même de vertu thérapeutique. La deuxième erreur est d'affirmer que l'avortement serait un droit fondamental tandis que l'objection de conscience ne serait qu'une faculté subjective individuelle.

La question de l'avortement réalisé en vue de sauver la vie de la mère ne pose aucun problème au regard de la problématique générale de l'avortement volontaire, et de la question particulière de l'objection de conscience. Dans ce cas, très rares, à tous égards, lorsque la vie de la mère est en danger, tout médecin à l'obligation déontologique et légale de prendre toutes les mesures proportionnées pour sauver la vie de cette femme, y compris des mesures qui peuvent avoir pour effet de mettre un terme à la grossesse. Dans ce cas l'avortement n'est pas désiré pour lui-même, il n'est pas une fin en soi, il n'est pas à proprement parler « volontaire ». Dans ce cas, l'avortement fait effectivement partie des « soins ». Comme le reconnaît le mémoire de l'IPPF, s'il existe un danger réel et imminent pour la vie de la mère, l'objection de conscience ne peut pas être exercée, donc l'objection de conscience ne met pas en cause le droit à la vie des femmes enceintes. La femme enceinte peut cependant choisir, et cela arrive, de privilégier lorsque cela est possible la vie de l'enfant qu'elle porte à la sienne. En aucun cas ce sacrifice héroïque ne peut être exigé par la loi, naturellement. La question de l'avortement réalisé en vue de sauver la vie de la mère est analogue à celle de l'administration de sédatifs aux agonisants, laquelle, bien que pouvant entraîner accélérer la mort du patient, constitue un soin tant qu'elle ne vise pas à tuer le patient, mais pour alléger ses souffrances. C'est une question de proportion, de rapport coût/bénéfice.

L'accès à l'avortement volontaire n'est pas un droit social. En effet, au titre de l'article 11 de la Charte sociale, le document d'information de mars 2009 réalisé par le secrétariat¹ indique que les Etats sont requis de mettre sous contrôle la mortalité infantile et maternelle ;

¹ THE RIGHT TO HEALTH AND THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER, March 2009, Information document prepared by the secretariat of the ESC, Page 8: "Women's right to health "The following rights concern more directly the mother but they also affect the unborn child." "Under Article 11 (right to protection of health), states are required to bring infant and maternal mortality under control. All measures should be taken to obtain a result as close as possible to "zero risk". The Committee monitors maternal and infant mortality rates. »

que toutes les mesures devraient être prises pour obtenir un résultat proche que possible du « risque zéro ». Les obligations de l'Italie au titre de l'article 11 ne vont pas plus loin et n'impliquent pas une obligation d'offrir un accès généralisé à l'avortement volontaire. Seul l'accès à l'avortement en cas de risque de mortalité maternelle est requis, et celui-ci n'est pas affecté par l'objection de conscience. De fait, il y a lieu de souligner que dans sa pratique constante, lors de l'examen des rapports nationaux, le Comité n'a jamais abordé la question de l'avortement. Plusieurs pays européens ont interdit, et continuent d'interdire pénalement l'avortement volontaire, comme l'Irlande, la Pologne, Malte, ou encore Monaco. Lors de l'examen des rapports nationaux visant ces pays, le Comité n'a jamais considéré que l'interdiction de l'avortement volontaire, ou son caractère restrictif, ne seraient pas conforme à la Charte sociale.

La Cour européenne, notamment sa Grande Chambre, a clairement dit à plusieurs reprises que l'autonomie individuelle garantie au titre de la vie privée par « l'article 8 de la Convention ne peut pas être interprété comme conférant un droit autonome à l'avortement »². La Cour a par ailleurs jugé irrecevables plusieurs requêtes dirigées contre les limitations légales nationales en ce qu'elles ne reconnaissent pas un tel droit³ (voir le mémoire ci-joint). Les avortements réalisés pour des motifs économiques et sociaux et sur simple demande n'ont aucun caractère thérapeutique, ni par suite aucun caractère d'urgence. D'ailleurs, les conseillers juridiques du *Centre for Reproductive Rights* admettent l'inexistence d'un droit positif en droit international à l'exercice de tels avortements (voir mémoire)⁴.

Concrètement, il est temps d'arrêter de penser à l'avortement avec l'idéologie de la seconde moitié du siècle dernier. Aujourd'hui, alors que un tiers des grossesses en Europe s'achève par un avortement, l'avortement n'est plus un droit, une liberté ou un progrès à conquérir, c'est un drame personnel et un problème de santé publique et de société sur lequel on tente de fermer les yeux. Au-delà de l'argumentation juridique, ce que l'ECLJ voudrait dire à votre Comité, c'est que l'avortement doit être regardé humainement, du point de vue médical et socio-économique. L'avortement ne doit pas être considéré idéologiquement, dans la perspective ultralibérale de l'affirmation d'une puissance individuelle illimitée de vie et de mort sur tout enfant à naître ; puissance qui au nom du respect dû envers l'autonomie individuelle pourrait exiger de l'État qu'il mette en œuvre et exécute ce « droit », y compris en forçant le personnel médical dans leur conscience.

Le mémoire des requérants s'inscrit dans cette logique idéologique lorsqu'il prétend l'existence d'un « droit personnel et inaliénable » à l'avortement sur demande, c'est-à-dire à l'avortement fonder sur la seule autonomie personnelle⁵, sans motif objectif. On ne peut pas mélanger et traiter indifféremment, comme le fait le requérant, les rares cas d'avortements provoqués pour sauver la vie de la mère et pour préserver sa santé physique, avec ceux réalisés pour des motifs économiques et sociaux et sur simple demande.

² *A., B. et C. c. Irlande*, n° 25579/05, [GC], arrêt du 16 décembre 2010, § 214 ;

³ Dans l'affaire n° 16471/02 *Maria do Céu Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugal* du 26 octobre 2004, la Cour a jugée irrecevable une requête dirigée contre « la loi portugaise en matière d'avortement et d'interruption volontaire de grossesse porte atteinte, en tant que telle, [au motif qu'elle serait contraire] à un certain nombre de dispositions de la Convention car elle interdit l'interruption de la grossesse sur simple demande de la femme enceinte. »

⁴ Voir Christina Zampas and Jaime M. Gher, "Abortion as a Human Right —International and Regional Standards", *Human Rights Law Review*, 8:2(2008).

⁵ "the personal and inalienable rights to life, health and self-determination of the pregnant woman seeking access to procedures for the termination of the pregnancy".

Dans la réalité quotidienne, l'avortement est un drame pour les femmes et les couples qui le subissent, et le Comité européen des Droits sociaux devrait considérer les causes sociales et économiques de ce phénomène. En effet, 75 % des femmes ayant avorté disent avoir avorté sous une contrainte de nature socio-économique⁶ : elles disent avoir dû renoncer à leur enfant, et subir la violence de l'avortement, par peur de perdre leur emploi, en raison de leurs faibles ressources financières, en raison de pressions et de violences conjugales, par crainte de ne pas pouvoir finir leurs études, par manque de place dans leur logement, et surtout en raison de leur isolement et de l'insuffisance du soutien accordé par la société aux mères célibataires. C'est parce que l'État manque à ses obligations économiques et sociales de soutien aux familles et aux femmes enceintes que tant d'avortements ont lieu. Face à ces cas de détresse sociale, l'État ne peut pas se contenter d'offrir aux femmes un « droit » à l'avortement. L'obligation de l'État, au titre notamment de la Charte sociale, de soutenir les femmes enceintes et la famille devrait être rappelée, développée et exposée dans ses différentes composantes par votre Comité (soutien financier et sociale, structures d'accueil, adoption, développement des crèches, etc.). Le Comité pourrait, et même devrait, interroger les États sur les mesures qu'ils prennent pour réduire le nombre d'avortements.

Mais il ne suffit pas de parler des droits sociaux des femmes enceintes et de la violence qu'elles subissent par l'avortement, il faut aussi avoir le courage de considérer l'enfant. Cet enfant à naître existe, il a une réalité physique et juridique. Le droit italien reconnaît la qualité de « personne » à l'enfant à naître et lui assure, en principe, sa protection⁷ ; de même la Cour européenne n'a jamais exclu l'enfant à naître du champ d'application de l'article 2 garantissant le droit à la vie : elle a toujours refusé de trancher la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 (voir le mémoire ci-joint).

Le vrai problème n'est pas d'assurer un meilleur accès à l'avortement (des millions sont pratiqués chaque année), c'est à l'inverse le trop grand nombre d'avortements et leur caractère de plus en plus incontrôlés. En effet, n'importe quelle jeune fille peut acheter aujourd'hui sur Internet des abortifs médicamenteux, et avorter seule, à l'insu de ses parents et de ses proches, avec les conséquences psychologiques et les risques physiques que cela comporte. A cet égard, il faut noter que les requérants n'intègrent pas suffisamment dans leur analyse et leurs statistiques la proportion importante et croissante des avortements médicamenteux. En France par exemple, la *Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques*, du Ministère de la Santé indique que la moitié des avortements pratiqués le sont par voie médicamenteuse⁸. Ainsi, comme le souligne le gouvernement italien dans ses observations⁹, l'avortement médicamenteux est considéré comme un moyen de répondre de façon aisée à la plupart des demandes avortement. Cela étant, l'avortement médicamenteux ne fait que déplacer le problème sur les pharmaciens chargés de délivrer le produit, et sur les infirmières chargées de superviser l'avortement.

⁶ D'après les statistiques du *Guttmacher institut* favorable à l'avortement.

Voir www.guttmacher.org/pubs/fb_induced_abortion.html

⁷ La loi 40 sur la procréation médicalement assistée pose comme principe, en son article 1^{er}, que l'embryon conçu est un sujet qui dispose de droits, comme les autres sujets impliqués dans l'AMP. La législation italienne reconnaît indiscutablement à l'embryon conçu la qualité de sujet de droit. Toute la loi 40 et ses textes d'application visent à organiser l'AMP dans le respect des droits de l'embryon.

⁸ <http://www.ecouteivg.org/news/12/15/La-moitie-des-IVG-sont-aujourd-hui-medicamenteuses.html>

⁹ "since 2010, the national health service has organized a pharmacological abortion services. This method is increasingly used by women and is provided by an increasing number of facilities. All this, together with the organizational actions prepared by the Regions and by the health authorities contribute to reducing the impact of the high value given to conscientious objection."

Les instances internationales de protection des droits de l'homme, en particulier les instances quasi-juridictionnelles productrices de *soft law*, sont utilisées pour affirmer et construire de façon prétorienne un droit fondamental à l'avortement¹⁰. C'est l'objet de cette requête auprès de votre Comité, qui vise à introduire l'accès à l'avortement au statut de droit social, et à réduire la portée du droit à l'objection de conscience. Ce double objectif se heurte d'une part au fait que l'avortement n'est ni un traitement médical, ni un droit de l'homme (voir mémoire ci-joint), et d'autre part, au fait que l'objection de conscience à l'avortement volontaire est un droit fondamental qui n'accepte aucune dérogation (lorsque l'avortement n'est pas nécessaire pour sauver la mère d'un risque de mort imminente).

L'IPPF n'avance pas le moindre exemple concret de cas dans lequel une patiente n'aurait pas été en mesure de subir un avortement nécessaire au regard de son état de santé, ni même d'ailleurs, un avortement sur demande. Aucun élément concret n'est avancé pour prouver que les structures médicales italiennes ne sont pas capables de prendre en charge sur l'ensemble du territoire des patientes enceintes lorsque leur vie ou leur santé sont menacées. C'est là la seule obligation (de moyen) à laquelle sont tenus les Etats parties à la Charte. Concernant l'existence d'une prétendue discrimination en Italie dans l'accès à l'avortement, elle n'est pas fondée dans les faits, et même assez étrange dans sa formulation, en effet selon le mémoire de l'IPPF il existerait une discrimination entre les femmes selon qu'elles sont enceintes ou non : « *In the matter of the voluntary termination of pregnancy, (...), there exists instead a kind of discrimination between women seeking access to termination procedures and women not seeking such access, whether they are pregnant or not.* »¹¹ Faut-il comprendre que cette « discrimination » romprait l'égalité entre les femmes dans leur « droit à ne pas être enceinte » ? C'est porter très loin dans l'absurde le discours théorique sur les notions de droit à l'avortement, de non-discrimination, et d'égalité.

L'IPPF prétend que "*The unsatisfactory implementation of the provision means that the rights to life and health are irreparably sacrificed, as well as the woman's right to self-determination*": cette affirmation est biaisée et non prouvée. Premièrement, le droit à la vie des femmes enceintes n'est pas susceptible d'être affecté par l'objection de conscience ; deuxièmement, l'IPPF ne prouve pas que des femmes voulant avorter pour préserver leur santé ne sont pas en mesure de le faire dans le délai légal ; et troisièmement, l'avortement sur demande n'est pas un soin de santé, il est totalement étranger au droit à la santé et aux droits de l'homme en général.

Ce qui inquiète les requérants, c'est la persistance de l'objection de conscience à l'encontre de l'avortement. La conscience morale du personnel médical est l'ultime obstacle à l'affirmation d'un droit à l'avortement. S'il est aisé pour le législateur et le juge de créer un tel droit, il est beaucoup plus difficile et coûteux pour le médecin et les infirmières de le mettre en œuvre. Autant la réalité de l'enfant à naître est aisément surmontable (il ne pèse que quelques grammes), autant celle du médecin et des infirmières l'est moins. C'est contre la persistance de l'objection de conscience que diverses organisations militent avec persévérance, tant auprès de la Cour européenne des droits de l'homme que de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Ces deux organes du Conseil de l'Europe ont refusé ces démarches et ont au contraire réaffirmé le droit à l'objection de conscience, tout en indiquant que les droits objection et avortement ne doivent pas être mis en balance (en faisant prévaloir l'un sur

10 Voir Douglas A. Sylva et Susan Yoshihara, "Rights By Stealth: The Role of UN Human Rights Treaty Bodies in the Campaign for an International Right to Abortion", *International organizations research group*, White paper, number Eight, 2009.

¹¹ Page 24

l'autre) mais doivent être conciliés par l'État en assurant l'un et l'autre lorsque l'avortement est justifié légalement.

L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a ainsi réaffirmé dans sa résolution relative au « *droit à l'objection de conscience dans le cadre des soins médicaux légaux* » que :
« nul hôpital, établissement ou personne ne peut faire l'objet de pressions, être tenu responsable ou subir des discriminations d'aucune sorte pour son refus de réaliser, d'accueillir ou d'assister un avortement, une fausse couche provoquée ou une euthanasie, ou de s'y soumettre, ni pour son refus d'accomplir toute intervention visant à provoquer la mort d'un fœtus ou d'un embryon humain, quelles qu'en soient les raisons »¹².

L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe avait déjà eu l'occasion d'affirmer que « *le droit à l'objection de conscience est une composante fondamentale du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion reconnu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne des Droits de l'Homme* »¹³ s'agissant d'autres domaines d'application de l'objection de conscience.

Le droit à l'objection de conscience, notamment face à l'avortement, est également garanti, entre autres textes, dans l'article 10.2 de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**, relatif à la liberté de pensée, de conscience et de religion qui pose que « *Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* » ; il est également garanti à l'article 18 du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques**, et dans la quasi-totalité des droits nationaux en cas de légalisation de l'avortement.

La Cour européenne des droits de l'homme, notamment dans les affaires *Tysiack* et *RR*¹⁴ contre la Pologne, a reconnu au titre de la Convention européenne, le droit du personnel de santé à *l'exercice effectif de leur liberté de conscience dans le contexte professionnel*. Il ressort notamment de ces arrêts qu'il appartient à l'Etat, et non aux médecins confrontés personnellement à une demande d'avortement, d'organiser le système de santé de sorte que l'exercice effectif de la liberté de conscience et la faculté d'avorter suivant les conditions posées par la loi, soient l'un et l'autre assurés.¹⁵ Sur ce point, il faut souligner que « l'objection de conscience » et « l'accès à l'avortement » ne doivent pas être mis en balance l'un par rapport à l'autre car l'objection de conscience relève du *for interne* garanti par l'article 9, sans qu'aucune dérogation soit possible. Forcer un médecin, dans certains cas seulement, à pratiquer un avortement ne réduit pas corrélativement l'atteinte portée à sa liberté de conscience : sa violation est complète.

En outre, il est un principe établi selon lequel la Cour ne peut mettre en balance que des droits garantis par la Convention. Entre « l'accès à l'avortement » et « l'objection de conscience », seul ce dernier est un droit garanti par la Convention. Suivant la règle établie en Grande Chambre dans *Chassagnou*, et rappelée plus haut, il faut des « *impératifs indiscutables* » pour

¹² APCE, Résolution 1763 (2010) du 7 octobre 2010 sur « Le droit à l'objection de conscience dans le cadre des soins médicaux légaux ».

¹³ APCE, Recommandation 1518 (2001) du 1^{er} mars 2002 sur « *L'exercice du droit à l'objection de conscience au service militaire dans les Etats membres du Conseil de l'Europe* », § 8.

¹⁴ 26 May 2011, *R.R. v. Poland*, n° 27617/04: « For the Court, States are obliged to organise the health services system in such a way as to ensure that an effective exercise of the freedom of conscience of health professionals in the professional context does not prevent patients from obtaining access to services to which they are entitled under the applicable legislation. » § 206.

¹⁵ 26 May 2011, *R.R. v. Poland*, n° 27617/04: « For the Court, States are obliged to organise the health services system in such a way as to ensure that an effective exercise of the freedom of conscience of health professionals in the professional context does not prevent patients from obtaining access to services to which they are entitled under the applicable legislation. » § 206.

justifier une ingérence dans la jouissance d'un droit garanti¹⁶. Même à supposer l'existence de tels impératifs indiscutables, ce qui n'est pas le cas, un droit garanti (la conscience) ne saurait être subordonné à une faculté non garantie (l'avortement).

Selon la Cour européenne, lorsque l'avortement est légal, l'Etat ne doit donc pas mettre en balance « l'objection de conscience » et « l'accès à l'avortement », mais assurer leur coexistence simultanée, dans les limites et conditions légales d'accès à l'avortement.

À l'inverse de cette démarche de « **conciliation** », le requérant demande au Comité de considérer les droits et facultés en présence par leur mise en « **balance** »¹⁷. Mettre en balance conduit nécessairement à faire prévaloir un aspect sur l'autre suivant les circonstances. Or, il faut le répéter, l'objection de conscience à l'avortement volontaire est un droit fondamental qui n'admet aucune exception, et ne peut donc pas être mis en balance suivant les circonstances. En cas d'urgence pour la vie de la mère, le droit à l'objection de conscience n'a pas à être mis en balance, car il est alors inexistant.

Cette requête vise à réduire le droit à l'objection de conscience en rendant son exercice plus difficile. Ni plus ni moins, il s'agit de faire prévaloir le « droit » à l'avortement sur la « faculté » d'objection de conscience, alors que précisément c'est l'avortement qui est une faculté ouverte par le législateur sous conditions, et l'objection de conscience qui est un droit fondamental garanti tant par le droit interne que par le droit international. L'IPPF dans son mémoire parle de « *right* » pour désigner l'avortement, et d'« *opportunity* » pour désigner l'objection de conscience.

La logique de cette requête est la même que celle qui structurerait le projet initial de Résolution et de Recommandations de Madame McCafferty : elle se fonde sur un renversement de perspective, en affirmant en substance l'existence d'un « droit » à l'avortement alors qu'il ne s'agit que d'une faculté, et, inversement, cette logique réduit le droit à la liberté de conscience du personnel médical à une simple faculté d'objection. Plus fondamentalement, l'objectif majeur tant de cette requête de l'IPPF que du projet de Mme McCafferty est avant tout théorique et paradigmatique. En effet, il porte ultimement sur la qualification morale de l'avortement et de l'exercice de la conscience. Dans l'optique promue par l'IPPF et Mme McCafferty, le « droit à l'avortement » devient la règle et l'objection de conscience devient l'exception. Réduire le droit fondamental de l'objection morale à une simple exception revient à inverser le rapport de moralité entre l'avortement et l'objection de conscience. Avec cette approche, c'est l'objection de conscience qui devient en quelque sorte injuste et immorale, car contraire au « droit à l'avortement ». Cette exception serait fondée non plus sur l'injustice objective du fait de mettre volontairement un terme à une vie humaine, mais seulement sur la subjectivité individuelle du praticien de santé, c'est-à-dire sur son opinion, sa religion ou ses convictions individuelles. L'avortement serait un « devoir public », tandis que la « liberté de conscience » ne serait qu'un droit privé, susceptible de limitation. Cette logique vise à rabaisser l'objection de conscience à une simple question d'opinion personnelle et subjective. Cependant, avant d'être un « droit », l'objection de conscience est d'abord et avant tout un « devoir ». L'objection de conscience est un « devoir » de nature morale imposant à une personne de refuser d'exécuter un commandement jugé injuste. L'objection de conscience *stricto sensu* ne saurait donc être un « droit positif », car elle existe, par nature, en dehors du droit : elle trouve son origine et sa légitimité dans la norme morale supra-juridique perçue et imposée par la conscience. Puisque l'objection de conscience

¹⁶ *Chassagnou et autre c. France*, [GC], n^{os} 25088/94, 2833/95 et 2844/95, arrêt du 29 avril 1999, § 113.

¹⁷ "From Art. 9 it clearly emerges that the legislature intended to achieve a balance between the rights to life and health of the woman seeking access to procedures for the termination of pregnancy, and the freedom of conscience of medical personnel."

s'exerce à l'égard du « droit positif » au titre de la « loi morale », le droit positif ne peut pas, par nature, être la source juridique de la faculté d'exercer l'objection de conscience. Il faut donc comprendre l'expression « droit à l'objection de conscience » comme la reconnaissance, par le droit positif, de la légitimité du refus d'exécution d'un acte jugé contraire à la justice, telle que perçue par la conscience.

En instituant un droit à l'objection de conscience, le droit positif reconnaît sa propre imperfection morale, son injustice, et il en limite les conséquences. Reconnaisant cette imperfection, mais dans l'incapacité d'y remédier totalement, le législateur peut renoncer d'avance, au cas par cas, à sanctionner ceux qui refusent de se soumettre à des ordres ou de collaborer à des actions en raison de leur injustice. Le « droit à l'objection de conscience » ne porte donc pas, strictement, sur l'exercice de l'objection de conscience mais sur sa sanction : le droit à l'objection de conscience protège l'objecteur contre les pressions et sanctions éventuelles qui pourraient le contraindre à agir de façon légale mais injuste.

Dans les développements suivants, nous allons tenter d'expliquer la nature juridique de l'objection de conscience, et de démontrer qu'elle n'est pas un droit subjectif que l'État accorde à individu, mais un droit personnel et inaliénable que l'individu possède en propre, de façon naturelle : le droit et le devoir de ne pas donner la mort volontairement. Il convient tout d'abord de rappeler brièvement que le droit à l'objection de conscience est une variante du droit déontologique au refus de soin.

Le droit déontologique au refus de soin

Selon un principe général de déontologie médicale « un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles »¹⁸, qui vaut pour tout soin, « hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité »¹⁹.

Dans certains cas, le médecin a non seulement le droit, mais aussi l'obligation de refuser des soins :

- Soit au nom du « principe de la raison proportionnée » : l'acte médical pour être licite doit poursuivre une nécessité ou une finalité thérapeutique et respecter l'équilibre bénéfiques/risques : un médecin doit refuser de réaliser tout acte dépourvu de finalité thérapeutique, ainsi que tout acte dont il estime les risques potentiels supérieurs aux bénéfices escomptables. L'appréciation de la balance bénéfice/risque varie selon les praticiens (notamment selon leur compétence). Sur ce point, la Cour a reconnu le fait que la Convention ne garantit pas un droit d'accès à telle ou telle pratique médicale²⁰. La santé n'est pas un service comme un autre, le patient n'est pas un consommateur qui aurait « droit » aux techniques, médicaments ou procédures de son choix.

- Soit au nom des obligations légales et déontologiques : lorsque les soins envisagés excèdent ses compétences.

Suivant ces principes, la seule situation pouvant être considérée comme respectant ces critères concerne les soins urgents et nécessaires pour sauver la vie de la mère, lesquels soins pouvant avoir comme conséquence (et non comme but) de mettre un terme à la grossesse ; à condition que le médecin soit qualifié.

¹⁸ Article 47 du code de déontologie médicale en vigueur en France. (article R4127-47 CSP) :

« Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée. Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avvertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins ».

¹⁹ *Idem*

²⁰ *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, arrêt du 24 septembre 2007, § 107;

L'avortement est un soin de santé proportionné lorsque la vie de la mère est en danger, car ce sont deux vies qui sont alors dans la balance, celle de l'enfant et celle de la mère. Dès lors que la vie de la mère n'est pas en danger, la proportionnalité de l'avortement n'est plus évidente. Or, si un médecin considère qu'un acte médical n'est pas proportionné (rapport coût/bénéfice), il a le droit, et même le devoir, de ne pas l'accomplir.

Ainsi, s'agissant de l'avortement demandé en dehors du cas de danger pour la vie de la mère, la loi n° 194 de 1978 permet aux médecins de pratiquer une interruption volontaire de grossesse à la demande de la mère avant la fin de la douzième semaine lorsque la poursuite de sa grossesse, l'accouchement ou bien la maternité pourraient mettre en danger sa santé physique ou psychique, compte tenu des conditions de santé de l'intéressée, des conditions économiques, sociales ou familiales, des circonstances dans lesquelles la conception a eu lieu, de la prévision d'anomalies ou de malformations du fœtus (art. 4). Ce sont là des conditions très larges, dont l'application a le plus souvent peu de rapports directs avec une cause proprement médicale.

Dans ce cas, contrairement à ce qu'indique le mémoire de l'IPPF²¹, le médecin a pleinement le droit d'exercer son objection de conscience garantie à l'article 9 de la loi de 1978.

Le devoir d'objection de conscience

L'objection de conscience n'est pas un « droit subjectif » que quiconque pourrait invoquer de façon irrationnelle contre toute obligation, et qu'il conviendrait d'encadrer pour préserver la cohérence de la société. Ce n'est pas le cas car le droit à l'objection de conscience découle non pas de l'autonomie individuelle (art. 8), mais de la liberté de conscience (art. 9), c'est-à-dire de la liberté à l'égard des normes morales qui s'imposent à la personne (hétéronomie).²²

En fait, juridiquement, l'objection de conscience est d'abord un devoir de désobéissance face aux ordres injustes, bien que légaux. Ce devoir, formulé à l'époque contemporaine par le Quatrième Principe du Code de Nuremberg²³, a été à plusieurs reprises affirmé par la Cour européenne, notamment dans les affaires *Polednova c. République Tchèque*²⁴ et *K.-H. W. c. Allemagne*²⁵. Ce devoir de désobéissance traduit la supériorité de la conscience sur la loi positive. Les médecins nazis, *Polednova* et *K.-H. W.* ont été jugés coupables dès lors qu'ils n'ont pas tiré les conséquences de leur faculté morale de jugement. Le devoir d'objection de conscience existe ainsi indépendamment de sa reconnaissance par le droit positif, et sa non-reconnaissance par les régimes nazis et communistes n'a pas exonéré les médecins nazis, *Polednova* et *K.-H. W.* de leur obligation morale et pénale de la pratiquer.²⁶

²¹ "As noted, however, the same Art. 9 of Law no. 194 of 1978 provides that conscientious objection can never compromise the life and health of the woman, thereby identifying a precise balance between the legal positions held by those involved."

²² Les normes morales relèvent de l'hétéronomie, visée par l'article 9 de la Convention, tandis que l'autonomie individuelle par laquelle la personne choisit pour elle-même ses propres normes, est visé à l'article 8.

²³ Principe 4 des « *Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal* : « Le fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international, s'il a eu moralement la faculté de choisir ».

²⁴ *Polednova c. République Tchèque*, 21 juin 2011, requête n° 2615/10. Affaire concernant la condamnation d'une femme pour avoir participé en tant que procureur à un simulacre de procès ayant conduit à la condamnation à mort de quatre opposants au régime communiste.²⁴, dans laquelle la Cour a admis que l'on « ne saurait non plus accepter l'argument de la requérante selon lequel elle n'avait fait qu'obéir aux instructions de ses supérieurs » car « l'intéressée avait dû être consciente du fait que les questions de la culpabilité et de la peine avaient été tranchées par les autorités politiques bien avant le procès et que les principes fondamentaux de la justice s'en trouvaient complètement bafoués. »

²⁵ *K.-H. W. c. Allemagne* (n° 37201/97, [GC], 22 mars 2001). L'affaire *K.-H. W.* concernait un soldat d'Allemagne de l'Est qui a reçu l'ordre de tirer sur un fugitif à la frontière dans laquelle la Cour a reconnu comme légitime la condamnation d'un soldat pour avoir exécuté des ordres injustes. Le soldat « devait, en tant que simple citoyen, savoir que de tirer sur des personnes non armées qui cherchaient simplement à quitter leur pays méconnaissait les droits fondamentaux et les droits de l'homme » (§ 104).

²⁶ Voir G. Puppink, *Conscientious objection at the European Court of Human Rights - Comments on the Bayatyan v. Armenia judgment and some other pending cases.*

Ils avaient l'obligation de refuser d'accomplir ou de collaborer à des pratiques contraires à la dignité humaine. C'est le respect de la dignité humaine, telle que perçue par la conscience (hétéronomie), qui fonde le devoir et le droit à l'objection de conscience.

Le respect de la vie et de la dignité de la personne humaine : fondement de l'objection de conscience.

Le respect de la vie et de la dignité de la personne humaine est la norme supra-juridique fondamentale qui sous-tend non seulement les droits de l'homme, mais aussi, plus particulièrement, les principes du droit médical. La Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine (Convention d'Oviedo) proclame à la suite de nombreux autres instruments internationaux, en son article 1^{er}, que « Les parties à la présente convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité... ». De ce principe initial découle les principes de primauté de l'être humain²⁷, d'intégrité et d'indisponibilité du corps humain, lesquels organisent le droit médical, en posant notamment à leur tour le principe de l'interdiction des atteintes à l'intégrité physique dans un but non thérapeutique pour elle-même²⁸. Ainsi, récemment, faisant application de ces principes, la Cour, dans l'affaire *V.C. c. Slovaquie*²⁹, a souligné que la stérilisation forcée porte non seulement atteinte à la liberté, mais aussi à la dignité de la personne humaine.

Un médecin à qui l'on demanderait de porter atteinte à la vie ou à la dignité de l'un de ses patients a l'obligation d'objecter à la réalisation de l'acte qui lui est demandé.

Les dérogations légales au principe du respect de la vie et de la dignité de la personne humaine : champ d'application de l'objection de conscience.

Cependant, certaines lois permettent, par dérogation, qu'il soit porté atteinte à la vie ou à la dignité de la personne, et en particulier à l'intégrité d'une personne dans un but non thérapeutique pour elle-même. Tel est le cas des lois ayant dépénalisé l'avortement³⁰, l'euthanasie, la stérilisation contraceptive³¹, ou la recherche scientifique sur la personne (y compris sur l'embryon) sans bénéficiaire personnel direct. Ces lois ont institué des dérogations : l'avortement est une dérogation³² au principe du respect de la vie et non un droit en soi. C'est la raison pour laquelle l'avortement a été exclu de la définition conventionnelle des « soins de santé reproductive et sexuelle »³³, ainsi que du champ d'application du « droit à la santé » développé par l'OMS.

Le champ d'application du droit à l'objection de conscience porte sur ces dérogations légales, il « concerne tous les actes médicaux non thérapeutiques, lorsqu'ils portent en germe un risque d'atteinte à l'intégrité ou la dignité de l'individu ou de la « réification » de la personne

<http://www.strasbourgconsortium.org/content/blurbs/files/Puppinck%20Conscientious%20objection%20at%20the%20European%20Court%20of%20Human%20Rights.pdf>

²⁷ Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Article 2 – Primauté de l'être humain « L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science. » ;

²⁸ Il en découle aussi l'interdiction de porter atteinte au respect du corps humain tant vivant que mort, de vendre des organes, produits ou éléments du corps humain, ou encore de rémunérer une personne se prêtant à la recherche médicale

²⁹ *V.C. c. Slovaquie*, n° 18968/07, arrêt du 8 novembre 2011 ;

³⁰ Tant chirurgical que médicamenteux.

³¹ En France, qualifiée par « la Cour de cassation dans un avis (6 juill. 1998, D. : JCP G 1998, IV, 3005 ; Juris-Data n° 1998-003278) d'atteinte à l'intégrité du corps humain, prohibée par l'article 16-3 du Code civil, la stérilisation contraceptive est désormais rendue licite par le législateur (L. n° 2001-588, 4 juill. 2001 : JCP G 2001, III, 20528).

³² En France, l'avortement a été dépénalisé par la loi du 17 janvier 1975. Le législateur a, dans l'article 1er de cette loi, rappelé le principe général, et créé dans l'article 2d une dérogation. Le principe général est le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie, lequel résulte du principe de dignité humaine. L'exception est la possibilité de recourir à l'IVG ou l'IMG dans certaines circonstances et sous conditions (état de grossesse, détresse, dans un établissement de santé).

³³ Piero A. TOZZI, *Sovereignty, International Law and the Protection of the Unborn (Souveraineté, Droit international et protection de l'enfant à naître)*, C-Fam, N.1, juin 2009, <http://www.c-fam.org/publications/id.75/default.asp>.

humaine. Seuls de tels actes sont en effet susceptibles de heurter la conscience du médecin et les valeurs en jeu rendent légitime ce refus »³⁴. Le champ d'application de l'objection de conscience est donc clairement limité.

Le droit implicite à l'objection de conscience.

Le droit à l'objection de conscience existe par principe, car nul ne peut être contraint de porter atteinte à la vie ou à la dignité humaine, même si cette atteinte est tolérée par la loi. Ainsi, lorsque le législateur juge nécessaire de permettre une dérogation au principe du respect de la vie et de la dignité, comme en dépénalisant sous conditions l'avortement, l'euthanasie ou la recherche sur l'embryon³⁵, il assortit généralement cette dérogation d'une « clause de conscience » expresse. En instituant une telle « clause de conscience », le législateur a le mérite de reconnaître l'imperfection morale de ses lois et d'en limiter le caractère contraignant, car il serait contraire à la justice de contraindre les personnels médicaux à collaborer à une violation de la dignité ou à une atteinte à la vie. Ainsi, pour pouvoir pratiquer légalement un avortement, une euthanasie, ou encore une fécondation *in vitro*, il convient non seulement de respecter les conditions posées par la loi, mais il est nécessaire en outre que la personne qui réalise cet acte soit volontaire, et non forcée.

Par conséquent, le droit à l'objection de conscience existe par principe en dehors de toute permission législative ; à l'inverse, c'est le médecin et l'établissement médical qui pratiquent l'avortement (ou l'euthanasie, ou la recherche sur l'embryon, etc.) qui ont besoin de la permission de la loi et de l'agrément des autorités sanitaires.

³⁴ *Dictionnaire permanent. Bioéthique et biotechnologies*, Paris, éditions législatives.

³⁵ Le législateur français a expressément étendu la clause de conscience à la recherche sur l'embryon.

