

Projet de loi

portant modification de l'article 353 du Code pénal.

Avis du Conseil d'Etat

(16 juillet 2010)

Par dépêche du 22 janvier 2010, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous avis, élaboré par le ministre de la Justice. Au texte du projet étaient joints l'exposé des motifs ainsi que le commentaire de l'article unique.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis comporte un article unique qui modifie l'article 353 du Code pénal. Cet article détermine les situations et conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse n'est pas punissable.

Il y a lieu de rappeler que c'est la loi du 15 novembre 1978 relative à l'information sexuelle, à la prévention de l'avortement clandestin et à la réglementation de l'interruption de la grossesse qui a donné à l'article 353 sa teneur actuelle, abrogeant et remplaçant en même temps les six autres articles faisant partie du chapitre premier du Code pénal intitulé « De l'avortement » du Titre VII intitulé « Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique ».

L'article 353 détermine dans son premier paragraphe les situations dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse pourrait être indiquée et par conséquent devenir impunissable. Le deuxième paragraphe précise les conditions qui doivent être remplies si une telle situation est constatée. Le troisième paragraphe, pour lequel les auteurs n'ont prévu aucune modification, déroge à ces dispositions au cas où deux médecins qualifiés attestent par écrit qu'il existe une menace très grave pour la santé ou la vie de la femme enceinte ou de l'enfant à naître.

Il prévoit ainsi trois situations dans lesquelles l'interruption volontaire de grossesse pourrait ne pas être punissable, ni pour la femme ni pour le médecin qui la pratiquerait:

1) lorsque la poursuite de la grossesse, ou les conditions de vie que pourrait entraîner la naissance, risquent de mettre en danger la santé physique ou psychique de la femme enceinte;

2) lorsqu'il existe un risque sérieux que l'enfant à naître sera atteint d'une maladie grave, de malformations physiques ou d'altérations psychiques importantes;

3) lorsque la grossesse peut être considérée comme étant la conséquence d'un viol.

L'interruption de grossesse peut être pratiquée dans les douze premières semaines de la grossesse.

Avant d'aborder le texte sous avis proprement dit, le Conseil d'Etat tient à comparer les points essentiels de la loi actuelle aux législations de nos pays limitrophes.

La loi du 15 novembre 1978 précitée associe donc le respect d'une durée maximale de la grossesse au constat de cas particuliers. Elle ne conçoit partant la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse qu'en situation d'exception.

Cette situation d'exception se retrouve également dans les législations française, belge et allemande, qui ont notamment retenu la même durée de respectivement 12 semaines de grossesse ou 14 semaines d'aménorrhée.

En France, c'est l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique qui dispose que « La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse ». En Belgique, l'article 350 du Code pénal spécifie qu'« il n'y aura pas d'infraction lorsque la femme enceinte, que son état place en situation de détresse, a demandé à un médecin d'interrompre sa grossesse (...) ». En Allemagne, le premier alinéa du paragraphe 218a du Code pénal prévoit la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse pour la femme qui l'a pratiquée avant la fin de la douzième semaine de grossesse sous condition d'une consultation obligatoire auprès d'un centre de consultation agréé.

L'article 353 du Code pénal luxembourgeois prévoit également dans son premier paragraphe que la femme doit avoir consulté un médecin gynécologue ou obstétricien qui l'informe des risques médicaux que comporte l'intervention et qu'elle lui a donné son accord par écrit.

En France, le médecin sollicité par une femme en vue de l'interruption de sa grossesse doit, dès la première visite, informer celle-ci des méthodes médicales et chirurgicales d'interruption de grossesse et des risques et des effets secondaires potentiels. Il doit lui remettre un dossier-guide, mis à jour au moins une fois par an, comportant notamment le rappel des dispositions légales en la matière, la liste et les adresses des organismes de consultation et des établissements où sont effectuées des interruptions volontaires de la grossesse. Les directions départementales des affaires sanitaires et sociales assurent la réalisation et la diffusion des dossiers-guides destinés aux médecins.

En Belgique, le médecin sollicité par une femme en vue d'interrompre sa grossesse doit informer celle-ci des risques médicaux actuels ou futurs qu'elle encourt à raison de l'interruption de grossesse. Il doit rappeler les diverses possibilités d'accueil de l'enfant à naître et faire appel, le cas échéant, au personnel des services d'information pour accorder l'assistance et donner les conseils appropriés. Il doit s'assurer de la détermination de la femme à faire pratiquer une interruption de grossesse.

En Allemagne, dans le contexte d'une demande d'interruption volontaire de grossesse demandée par la femme et pratiquée avant la fin de la douzième semaine de grossesse, le médecin commet une infraction s'il n'a pas donné à la femme l'occasion de lui soumettre les raisons de sa demande d'interruption volontaire de grossesse et s'il n'a pas conseillé la femme sur la portée de l'intervention, notamment sur la procédure, les conséquences, les risques et les possibles répercussions physiques et psychiques.

Le paragraphe 2 de l'article 353 du Code pénal luxembourgeois prévoit que, sauf danger imminent pour la vie de la femme enceinte, l'interruption de la grossesse ne pourra être pratiquée que sur des femmes ayant depuis trois mois leur domicile légal au Grand-Duché de Luxembourg. Une telle clause de résidence n'existe ni en Belgique ni en Allemagne. En France, elle a été abrogée en 2001. Une circulaire ministérielle informait que cette abrogation s'est imposée afin d'adapter la loi française aux dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Circulaire DGS/DHOS n° 2001-467 du 28 septembre 2001 relative à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception).

Le même paragraphe 2 prévoit un délai d'au moins une semaine entre la consultation du médecin et l'interruption volontaire de grossesse. En France, ce délai est également de sept jours, sauf dans le cas où le terme des douze semaines risquerait d'être dépassé. Un délai de deux jours entre l'interruption volontaire de grossesse et l'entretien dans un centre d'information, obligatoire pour une femme mineure, doit être respecté, ce délai pouvant être inclus dans celui d'une semaine. En Belgique, le médecin ne pourra, au plus tôt, pratiquer l'interruption de grossesse que six jours après la première consultation. En Allemagne, un délai de trois jours après la consultation obligatoire doit être respecté.

La comparaison de notre législation avec les textes législatifs français, belges et allemands montre donc que dans ces trois pays, l'interruption volontaire de grossesse est seulement dépénalisée avant la fin de la douzième semaine sous certaines conditions: ou bien elle est associée à une consultation obligatoire (c'est le cas de l'Allemagne) et aucune indication ne doit être mentionnée par la femme, ou bien la femme fait état d'une situation de détresse sans autre spécification, ce qui justifiera la dépénalisation (en France et en Belgique). Le médecin, qui n'est pas obligé à concourir à une interruption volontaire de grossesse, a néanmoins un devoir d'information face à la femme qui le consulte.

Le Conseil d'Etat fait abstraction d'un examen des différentes théories du début potentiel de la vie de l'être humain dont les droits fondamentaux doivent être protégés, ainsi que du statut juridique du fœtus.

Le contexte sociétal dans lequel s'inscrit en 2010 la réforme de la législation actuelle sur l'avortement diffère sensiblement de celui de 1978.

Pour l'Organisation mondiale de la santé (OMS), la santé sexuelle et reproductive se réfère non seulement à l'absence de dysfonctions, de maladies ou de problèmes de santé liés à la sexualité (infertilité, avortement,

infection sexuellement transmissible, etc.), mais d'une manière plus générale à un processus continu de bien-être physique, psychologique et socioculturel associé à la sexualité. On est ainsi passé en quelques décennies d'une analyse centrée sur la santé des femmes en tant que mères, à une perspective s'intéressant aux femmes et aux hommes impliqués dans le processus de reproduction, puis à une approche globale de la sexualité et des risques qui lui sont associés. Le concept de « santé sexuelle et reproductive » est aujourd'hui utilisé pour orienter les programmes de planification familiale, de prévention et de prise en charge des infections sexuellement transmissibles et du VIH, des violences sexuelles, des dysfonctions sexuelles et des maladies de l'appareil génital.

Le rapport sur l'« évaluation des politiques de prévention des grossesses non désirées et de prise en charge des interruptions volontaires de grossesse suite à la loi du 4 juillet 2001 », publié en octobre 2009 par l'Inspection générale des affaires sociales en France sous l'autorité de la ministre de la Santé, a rappelé que « les questions relatives à la santé sexuelle et reproductive constituent un enjeu essentiel de santé publique, reconnues comme telles par le législateur. L'interruption volontaire de grossesse est inscrite dans le code de la santé publique depuis la loi du 4 juillet 2001, qui fixe par ailleurs un objectif ambitieux en matière d'éducation à la sexualité à l'école. La prévention des grossesses non désirées, l'accès à l'interruption volontaire de grossesse et sa prise en charge dans de bonnes conditions figurent parmi les objectifs de la loi de santé publique du 9 août 2004. (...) »

Huit ans après l'adoption de la loi de 2001, le contexte français demeure paradoxal: la diffusion massive de la contraception n'a pas fait diminuer le nombre des interruptions volontaires de grossesse, qui se maintient aux environs de 200.000 par an (par rapport à 820.000 naissances en 2009), et le fonctionnement réel des dispositifs ne répond souvent pas à la volonté affichée de donner la priorité à une approche préventive. Ainsi les obligations légales concernant l'éducation sexuelle dans les établissements scolaires ne sont que partiellement et inégalement appliquées. Les jeunes peuvent recourir de façon gratuite et anonyme à la contraception d'urgence et à l'interruption volontaire de grossesse, mais pas à la contraception régulière, sauf dans les centres d'éducation et de planification familiale, dont l'accessibilité demeure limitée.

Une partie des interruptions volontaires de grossesse apparaît donc évitable par un effort accru et mieux ciblé de prévention des grossesses non désirées. Mais il serait illusoire d'en attendre une maîtrise totale de la fécondité. Des travaux de recherche montrent qu'une augmentation de 50% de la prévalence de la contraception ne diminue que de 32% le nombre d'IVG. En effet, les facteurs qui conduisent à une grossesse imprévue et à la décision de l'interrompre sont multiples, complexes, et échappent pour une large part à l'intervention publique. On estime que 40% des femmes en France auront recours à l'interruption volontaire de grossesse à un moment donné de leur vie. L'interruption volontaire de grossesse n'est donc pas un événement exceptionnel, elle constitue une composante structurelle de la vie sexuelle et reproductive et doit être prise en compte en tant que telle. »

En effet, en dépit d'une couverture contraceptive fortement médicalisée en France, une grossesse sur 3 est toujours qualifiée de non

prévue par les femmes elles-mêmes, dont les 2/3 surviennent sous contraception. Ainsi, l'étude des trajectoires contraceptives des femmes ayant recours à une interruption volontaire de grossesse montre que la moitié d'entre elles avaient changé de contraception dans les 6 mois précédant l'échec. En cas de grossesse non prévue, 60% des femmes ont recours à une interruption volontaire de grossesse. L'incidence annuelle des interruptions volontaires de grossesse en France, de l'ordre de 14 interruptions volontaires de grossesse pour 1000 femmes, est restée relativement stable ces dernières années, et se situe parmi les plus élevées d'Europe occidentale (elle est deux fois supérieure à celle des Pays-Bas, qui a pourtant une législation moins restrictive); une hausse du nombre de recours à l'interruption volontaire de grossesse est enregistrée depuis quelques années chez les jeunes femmes.

Cette apparente stabilité masque donc en fait un double mouvement: d'un côté, on enregistre une baisse des échecs de contraception et des grossesses non prévues grâce à la diffusion des méthodes médicales de contraception, de l'autre, on observe une augmentation de la probabilité d'avoir recours à l'IVG en cas de grossesse non prévue. Cette augmentation de la probabilité d'interrompre une grossesse non prévue traduit une évolution sensible de la norme procréative, c'est-à-dire des conditions socialement définies pour devenir parents « au bon moment ».

*

Parmi les instruments internationaux ayant trait à la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse, il y a lieu de relever la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en 1979 et est entrée en vigueur en 1981. Elle a été signée par le Luxembourg, le 17 juillet 1980, et ratifiée le 2 février 1989. Le préambule et les 30 articles de la Convention définissent ce qui constitue la discrimination à l'encontre des femmes.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, souvent désigné par son acronyme anglais CEDAW, est composé de 23 experts indépendants et a pour tâche de surveiller l'application de cette convention.

Le premier paragraphe de l'article 12 de cette convention dispose que « les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine des soins de santé en vue de leur assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les moyens d'accéder aux services médicaux, y compris ceux qui concernent la planification de la famille ». Dans sa recommandation 24 (1999), le CEDAW recommande aux gouvernements de « donner une place prioritaire à la prévention des grossesses non désirées, par la planification familiale et l'éducation sexuelle », et de « réduire les taux de mortalité maternelle par des services de maternité sans risques, et d'assistante prénatale. Le cas échéant, il faudrait amender la législation qui fait de l'avortement une infraction pénale et supprimer les peines infligées aux femmes qui avortent ».

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes examine les rapports périodiques des pays ayant signé la Convention sur les mesures prises par ces pays pour se conformer aux dispositions de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Après avoir examiné le rapport initial et le deuxième rapport périodique du Luxembourg en juillet 1997, le CEDAW s'est déclaré vivement préoccupé par la législation en vigueur en matière d'avortement, législation qui pénalisait les femmes. Il a noté que, de surcroît, il n'existait pas de dispositions, telle la distribution gratuite de contraceptifs, propres à prévenir les avortements.

L'accessibilité effective à une interruption volontaire de grossesse a été dans les dernières années le sujet de prises de position et du Parlement européen et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

Dans sa résolution du 10 février 2010 sur l'égalité entre les femmes et les hommes au sein de l'Union européenne, le Parlement européen a considéré que « la reconnaissance de l'autonomie physique et sexuelle totale des femmes est une condition *sine qua non* de toute bonne politique en matière de droits à la santé sexuelle et reproductive, ainsi que des politiques de lutte contre la violence à l'égard des femmes ». Il a insisté sur le fait que « les femmes doivent avoir le contrôle de leurs droits sexuels et reproductifs, notamment grâce à un accès aisé à la contraception et à l'avortement »; et sur le fait que « les femmes doivent avoir accès gratuitement à des consultations sur l'avortement ». Par conséquent, il a marqué son soutien aux mesures et actions visant à améliorer l'accès des femmes aux services de santé sexuelle et reproductive et à mieux les informer de leurs droits et des services disponibles.

Dans sa résolution 1607 (2008) du 16 avril 2008, intitulée « Accès à un avortement sans risque et légal en Europe », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a réaffirmé que « l'avortement ne peut en aucun cas être considéré comme un moyen de planification familiale. L'avortement doit être évité, autant que possible. Tous les moyens compatibles avec les droits des femmes doivent être mis en œuvre pour réduire le nombre de grossesses non désirées et d'avortements. »

Elle a rappelé que « dans la majorité des pays d'Europe, l'avortement est autorisé pour des raisons diverses, notamment la préservation de la santé physique et mentale de la mère, mais aussi dans les situations de viol ou d'inceste, en cas d'anomalie fœtale ou pour des motifs économiques et sociaux, et, dans certains pays, sur simple demande. » Elle s'est néanmoins déclarée « préoccupée par le fait que, dans beaucoup de ces pays, de nombreuses conditions sont imposées et restreignent l'accès effectif à des services d'avortement sans risque, abordables, acceptables et adaptés. Ces restrictions produisent des effets discriminatoires, puisque les femmes qui sont bien informées et qui ont les moyens financiers appropriés peuvent souvent avoir plus facilement recours à l'avortement légal et sans risque. »

L'Assemblée a « affirmé le droit de tout être humain, en particulier des femmes, au respect de son intégrité physique et à la libre disposition de son corps. Dans ce contexte, le choix ultime d'avoir recours ou non à un avortement devrait revenir à la femme, qui devrait disposer des moyens

d'exercer ce droit de manière effective. Elle invite les Etats membres du Conseil de l'Europe notamment

- à garantir l'exercice effectif du droit des femmes à l'accès à un avortement sans risque et légal;
- à respecter la liberté du choix de la femme et à offrir les conditions d'un choix libre et éclairé, sans promouvoir particulièrement l'avortement;
- à lever les restrictions qui entravent, en fait ou en droit, l'accès à un avortement sans risque, et notamment à prendre les mesures nécessaires pour créer les conditions sanitaires, médicales et psychologiques appropriées, et pour assurer une prise en charge financière adéquate. »

Pour les auteurs, le projet de loi sous avis devra répondre aux exigences de cette résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en date du 16 avril 2008 et notamment permettre d'atteindre les trois objectifs cités ci-dessus.

Ils constatent que ni la loi de 1978 ni l'évolution de l'information sexuelle et des moyens contraceptifs n'ont pu éviter les avortements. Beaucoup de femmes restent confrontées à des situations difficiles et délicates du moment qu'elles veulent ou sont contraintes, par leur éventuelle situation de détresse d'ordre physique, psychique ou social, de devoir pratiquer une interruption volontaire de la grossesse. Ce qui plus est, on peut présumer que beaucoup d'avortements se pratiquent dans la clandestinité ou à l'étranger.

Le Conseil d'Etat ne peut que se rallier à la constatation de ces faits.

En résultent, toujours selon les auteurs, des situations d'injustice sociale et d'injustice par rapport à l'accès à une médecine de qualité accessible à toutes qui expose beaucoup de femmes à des risques pour leur santé, qui pourraient être évités.

Pour les auteurs, l'avortement devra rester une situation d'exception qui devra éviter des situations de détresse pour la femme dans le respect de ses droits d'autodétermination. Ainsi, l'appréciation de l'état de détresse appartiendra désormais à la femme. Les auteurs rappellent qu'avec la loi en vigueur, le choix de la femme était négligé et l'appréciation de l'indication légale confiée au médecin.

Le Conseil d'Etat porte l'attention sur les risques auxquels exposerait un texte législatif qui ferait dépendre la dépénalisation d'un avortement demandé par la femme enceinte dans les délais prévus de l'appréciation d'un médecin sur l'existence d'une indication.

Dans l'arrêt *Tysiqc c. Pologne* du 20 février 2007, la Cour européenne des droits de l'Homme a notamment examiné les relations entre une entrave à l'accessibilité d'un avortement et l'atteinte de la vie privée de la femme enceinte entraînant une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme disposant que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale.

La Cour a observé que, suivant la loi polonaise de 1993 sur l'interruption de grossesse, un avortement pouvait être légalement pratiqué en Pologne dans les cas où la grossesse représentait une menace pour la vie

ou la santé de la femme et que dans ces conditions la Cour n'a pas à rechercher en l'espèce si la Convention garantit ou non un droit à l'avortement.

Elle a considéré que l'affaire concerne le droit de M^{me} Tysiàc au respect de sa vie privée et a rappelé qu'une législation qui réglemente l'interruption de grossesse touche à la sphère de la vie privée dans la mesure où, lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe.

La Cour a examiné le grief du point de vue de l'obligation positive que l'article 8 fait peser sur tout Etat de garantir l'intégrité physique des futures mères.

La Cour a considéré que le législateur, dès lors qu'il décide d'autoriser l'avortement, ne doit pas l'encadrer par des règles juridiques limitant dans la réalité la possibilité d'obtenir une telle intervention. De surcroît, il doit prévoir une forme de procédure devant un organe indépendant et compétent qui, après avoir eu l'occasion d'entendre la femme enceinte en personne, puisse rendre rapidement une décision motivée. Tenant compte de la nature même des questions en jeu dans les décisions d'interruption de grossesse, la Cour estime que les procédures en place doivent être conçues pour que pareilles décisions soient prises en temps et en heure, afin de prévenir ou limiter le préjudice qui pourrait découler pour la santé de la femme d'un avortement tardif.

La Cour constate toutefois que l'arrêté en question ne prévoyait aucun cadre procédural particulier pour traiter et résoudre les cas de désaccord sur l'opportunité d'un avortement thérapeutique, soit entre la femme enceinte et les médecins, soit entre les médecins eux-mêmes.

Aussi la Cour conclut-elle que le droit polonais appliqué en l'espèce ne comportait aucun mécanisme effectif permettant d'établir si les conditions permettant un avortement thérapeutique étaient ou non remplies. Cela a engendré pour M^{me} Tysiàc une situation d'incertitude prolongée en conséquence de laquelle l'intéressée a subi une détresse et une angoisse importantes quant aux possibles conséquences négatives de la grossesse et de l'accouchement sur sa santé.

Eu égard aux circonstances de l'affaire considérées dans leur ensemble, la Cour conclut que, dans le contexte d'une controverse portant sur le droit à un avortement thérapeutique, l'Etat polonais est resté en défaut de sauvegarder le droit de M^{me} Tysiàc au respect de sa vie privée et qu'il y a donc eu violation de l'article 8.

Le Conseil d'Etat estime que l'appréciation de l'indication ne peut être confiée à un médecin que si le contrôle de sa décision est prévu par un cadre procédural afin de permettre de statuer sur l'opportunité de l'avortement en cas de désaccord entre le médecin et la femme enceinte.

Partant, il approuve la démarche des auteurs dans la mesure où elle respecte l'autodétermination de la femme enceinte et réserve l'appréciation d'une indication d'une interruption volontaire de la grossesse à la femme. La situation de détresse affectant le bien-être général, tant physique que

mental et social de la femme concernée, ne peut être qu'une perception intrinsèque de la femme ne pouvant pas être soumise à une interprétation par autrui. Il n'appartiendra donc ni à un médecin ni à une autre personne qui pourrait être consultée, à mettre en question le bien-fondé de cette perception.

Un élément nouveau dans le projet de loi sous avis est la consultation préalable à caractère obligatoire qui sera de rigueur pour toute interruption volontaire de grossesse avant la fin de la douzième semaine de grossesse.

Le Conseil d'Etat souligne l'importance particulière d'une consultation dont doit pouvoir bénéficier gratuitement et sans délai chaque femme chez qui la grossesse va de pair avec une situation de détresse. S'il est du devoir d'un médecin de conseiller une femme enceinte qui demande un avortement sur toutes les questions d'ordre médical en rapport avec l'interruption de grossesse, et notamment sur les différents moyens d'avortement et les risques qu'ils comportent, ces conseils doivent pouvoir être complétés par des informations circonstanciées, notamment sur les droits, aides et avantages garantis par la loi aux familles, aux femmes célibataires ou non, sur les possibilités offertes par l'adoption et sur les possibilités de soutien psychologique et social. Le Conseil d'Etat rappelle que l'offre de tels conseils est explicitement prévue par l'article 5 de la loi du 15 novembre 1978 relative à l'information sexuelle, à la prévention de l'avortement clandestin et à la réglementation de l'interruption de la grossesse, qui a prévu la création ou le subventionnement de tels centres de consultation et d'information par l'Etat.

Se pose la question de la plus-value qu'apporterait le caractère obligatoire d'une telle consultation, du moment où la loi garantirait qu'elle doit être explicitement proposée par le médecin lors de la première consultation. En quoi une simple consultation, dont ni le contenu ni la durée ni le contrôle de sa qualité et de sa confidentialité ne sont détaillés par le législateur, pourra-t-elle être décisive pour qu'une femme enceinte en détresse demandant un avortement puisse acquérir l'impunité et ne soit plus assimilée aux femmes sanctionnées pénalement parce qu'elles se sont volontairement fait avorter, comme le prévoit actuellement l'article 351 du Code pénal?

Qu'attendent en particulier les auteurs du caractère obligatoire de cette consultation chez une femme qui est enceinte suite à un viol, et que la loi actuelle ne force pas à cette démarche?

Le Conseil d'Etat, tout en étant convaincu de l'utilité d'informer systématiquement la femme concernée sur l'existence et l'utilité de ces consultations, reste réservé en ce qui concerne leur caractère contraignant pour la femme. S'il y a contrainte, elle consiste dans l'obligation imposée au médecin de garantir à la femme l'exercice de son droit à l'information. Cette information comporte aussi bien tous les aspects médicaux en rapport avec l'acte presté que les conseils d'ordre psycho-social dont doit pouvoir bénéficier toute femme enceinte concernée. Le médecin devra se faire délivrer une confirmation écrite par la femme qui demande une interruption volontaire de grossesse qu'elle a été correctement informée par ses soins. Afin de faciliter l'accessibilité aux centres de consultation, le Conseil d'Etat recommande de prévoir l'installation de tels centres de consultation

également dans les établissements hospitaliers ou autres établissements agréés pour pouvoir y pratiquer des interruptions de grossesse, comme c'est prévu par la législation belge.

Les dispositions relatives à la consultation d'un centre de consultation et d'information familiales doivent également s'appliquer dans les cas d'interruption de grossesse après l'expiration du délai de 12 semaines de grossesse selon les conditions définies au paragraphe 3 de l'article 353 du Code pénal.

De même, le Conseil d'Etat souligne l'importance d'une accessibilité adéquate pour toutes les femmes concernées à des consultations dans ces centres après l'interruption de grossesse, notamment pour les femmes mineures non émancipées.

Il appartiendra à l'Etat de garantir la mise à disposition de moyens adéquats pour assurer une accessibilité adéquate des femmes enceintes aux centres de consultation.

Le Conseil d'Etat constate que la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse pour toute femme qui a fait pratiquer un avortement a été introduite dans la législation sur l'avortement de plusieurs pays européens (dont la France, les Pays-Bas et le Danemark), alors que des peines pécuniaires ou même des peines privatives de liberté sont prévues dans d'autres pays (dont la Belgique, la Suisse et l'Allemagne). Vu le contexte européen, la question sur l'opportunité du maintien de sanctions pénales dans le chef de la femme qui se fera avorter au Luxembourg en dehors des conditions posées par le projet de loi sous avis se pose. Quel que soit le choix retenu, la disposition actuelle inscrite dans l'article 351 prévoyant qu'il n'y aura pas infraction lorsque la femme qui s'est faite avorter volontairement a agi sous l'empire d'une situation de détresse particulière ne pourra pas être maintenue suite aux modifications de l'article 353 prévues par le projet de loi sous avis.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat estime qu'une modification de l'article 353-1 s'impose afin qu'il reste en cohérence avec l'article qui le précède.

En effet, étant donné que l'avis du médecin sur une indication d'interruption volontaire de grossesse n'est pas requis, mais qu'il est par contre obligé de remplir son devoir d'information face à la femme enceinte qui consulte, le libellé actuel de l'article 353-1 prête à confusion, et la référence à l'avis du médecin est dès lors à supprimer.

En modifiant l'article 353 du Code pénal, les auteurs du projet de loi sous avis partent de l'idée que les dispositions réglant l'accès à l'interruption volontaire de grossesse doivent rester partie intégrante du Code pénal.

Si l'interruption volontaire de grossesse est admise dans certaines situations, si elle peut être indiquée face à certaines circonstances de la vie, si elle est encadrée par des mesures d'information dans un but de prévention et d'encadrement, la question se pose s'il est adéquat de faire figurer la législation ayant trait à cette matière dans un titre intitulé « Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique ». Le

Conseil d'Etat se demande s'il est préférable de faire figurer les dispositions y relatives dans un chapitre intégrant la loi du 15 novembre 1978 relative à l'information sexuelle, à la prévention de l'avortement clandestin et à la réglementation de l'interruption de la grossesse, et de s'inspirer ainsi de la législation française où ces dispositions sont intégrées dans le Code de la santé publique, à l'exception des dispositions pénalisant la pratique d'une interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée et le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures.

L'intégration de ces dispositions dans la loi précitée fournit l'occasion pour évaluer et adapter les mesures de prévention et de protection inscrites dans cette loi, qui selon le Conseil d'Etat devraient être considérablement étendues pour avoir l'efficacité requise.

Examen de l'article unique

Les auteurs du projet de loi proposent d'introduire l'indication « détresse sociale » parmi les situations dans lesquelles une interruption de grossesse n'est pas une infraction. Dans le texte de loi en vigueur, l'interruption volontaire de grossesse est admise lorsque la poursuite de la grossesse, ou les conditions de vie que pourraient entraîner la naissance, risquent de mettre en danger la santé physique ou psychique de la femme enceinte.

Le terme de santé physique ou psychique est donc remplacé par celui de détresse physique, psychique ou sociale dans le projet de loi sous avis.

Le Conseil d'Etat note d'abord que le terme de détresse n'a pas de définition juridique. La détresse, si on la considère comme sentiment d'abandon, de solitude, d'impuissance que l'on éprouve dans une situation difficile et angoissante, a une valeur éminemment subjective. C'est un sentiment propre à la femme, qui, comme l'a soulevé le Conseil d'Etat dans ses considérations générales, ne peut être soumis à une interprétation par autrui. En effet, l'existence et la sévérité d'un symptôme, qu'il s'agisse d'une douleur physique, d'une angoisse, d'une oppression, ou justement d'un sentiment de détresse, sont déterminées par la perception de la personne concernée qui les décrit. L'évaluation d'une détresse ne peut donc être que totalement personnelle.

Le Conseil d'Etat peut donc suivre les auteurs du projet de loi, qui dans leur commentaire de l'article unique rappellent qu'« en ce qui concerne la notion même de détresse, cette notion ne se retrouve dans aucune définition légale. En effet, il est difficile d'objectiver une telle situation dans une loi pénale. L'appréciation de l'état de détresse, appréciation éminemment subjective, doit appartenir à la femme enceinte. »

Aux yeux du Conseil d'Etat, ce constat soulève deux problèmes de fond:

1. Le Conseil d'Etat se demande ce que les auteurs entendent sous le terme de détresse sociale. Si la santé est communément définie comme un état complet de bien-être physique, mental et social, et qu'elle ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité, et si cette définition

tient à la fois compte des dimensions physique, psychique et sociale, ceci n'implique pas qu'on puisse compartimenter la santé en une santé physique, une santé psychique et une santé « sociale ». Dans le même ordre d'idées, il faut éviter de se lancer dans une typologie du sentiment détresse. Une atteinte physique a le plus souvent également une répercussion sur l'état psychique de la personne concernée, une souffrance psychique se traduit souvent par une projection somatique et l'importance de la situation sociale de l'individu est difficilement dissociable de son effet sur son état psychosocial. C'est au contraire une approche holistique qui devrait être à la base de la détermination d'un état de santé, ou, à l'inverse, d'un état de détresse.

Aussi le Conseil d'Etat invite-t-il les auteurs à ne pas décliner l'état de détresse de la femme enceinte en différentes variations. Le Conseil d'Etat souligne dans ce contexte que dans le commentaire de l'article unique, les auteurs eux-mêmes précisent que leur démarche consiste à « aligner la législation luxembourgeoise à celle de nos voisins européens qui connaissent l'hypothèse de la détresse sociale depuis un certain temps déjà ». Par la suite, ils citent les exemples de la France et de la Belgique. Or, comme le Conseil d'Etat l'a développé dans ses considérations générales, ces pays ont retenu la notion de détresse sans spécifier autrement ce terme.

En outre, ces deux pays n'ont pas retenu d'autres hypothèses, alors que le texte proposé par les auteurs maintiendrait les indications d'existence d'un risque sérieux que l'enfant à naître sera atteint d'une maladie grave, de malformations physiques ou d'altérations psychiques importantes et d'une grossesse pouvant être considérée comme étant la conséquence d'un viol.

Le Conseil d'Etat est d'avis que ces deux hypothèses n'ont plus de raison à être spécifiées lorsque la notion de situation de détresse est retenue.

En effet, il n'est guère concevable qu'un viol entraînant une grossesse ne soit pas à l'origine d'un état de détresse ressenti par la femme qui justifie *per se* un avortement.

En ce qui concerne le risque que l'enfant à naître sera atteint d'une maladie grave, de malformations physiques ou d'altérations psychiques importantes, le Conseil d'Etat est d'avis que ce n'est pas le risque même de la naissance d'un enfant gravement malade qui doit être considéré en tant qu'indication, mais l'état de détresse qu'il déclenche chez la femme enceinte.

2. L'article 353, tel que le conçoivent ses auteurs, vise à enlever au comportement incriminé son caractère illicite, afin qu'il n'y ait plus d'infraction.

Dans cette optique, l'interprétation par le juge de l'état de détresse pose problème. La notion de détresse n'est pas définie par des critères objectifs, mais elle doit s'analyser en une situation personnelle qui ne peut être objectivée et qui varie d'une femme à l'autre¹.

¹ Rapport de la commission nationale d'évaluation de la loi belge du 3 avril 1990, rapport à l'attention du parlement, 24 juillet 1997, commentaire de Mme van KESSEL, CVP. (J-18, p.19)

Contrairement aux autres causes de justification prévues par le nouvel article 353, qui elles sont objectivement retraçables, l'appréciation d'une notion aux contours non clairement circonscrits comme celle de détresse crée une incertitude quant à l'issue d'une poursuite pénale à la suite d'une interruption volontaire de grossesse car elle met le juge dans l'impossibilité pratique de vérifier l'existence des éléments constitutifs de l'infraction.

Il ressort de l'exposé des motifs qu'une telle insécurité n'a manifestement pas été voulue par les auteurs du projet, d'après lesquels le nouveau texte devrait justement donner davantage de sécurité juridique devant la loi pénale, tant à la femme qu'au médecin. Par ailleurs, le Conseil d'Etat rappelle que dans l'arrêt de la CEDH Tysiac contre Pologne, plus amplement décrit dans les considérations générales, la Cour a noté que « l'interdiction de l'avortement prévue dans la loi, combinée avec le risque pour les médecins de se voir accusés d'une infraction pénale...., est tout à fait susceptible d'avoir un effet dissuasif sur les praticiens lorsqu'ils décident si les conditions pour autoriser un avortement légal sont réunies dans un cas particulier. Les dispositions définissant les conditions dans lesquelles il est possible de bénéficier d'un avortement légal doivent être formulées de façon à atténuer cet effet. Une fois que le législateur a décidé d'autoriser l'avortement, il ne doit pas concevoir le cadre légal correspondant d'une manière qui limite dans la réalité la possibilité d'obtenir une telle intervention (point.116). »

Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat insiste, sous peine d'opposition formelle, à ce que l'autodétermination reconnue par les auteurs du projet à la femme enceinte se reflète également dans le texte de l'article 353.

Il s'entend que du point de vue du médecin la confirmation par écrit de la situation de détresse de la femme est un élément essentiel pour constituer une cause de justification dans son chef.

En tenant compte de toutes ces considérations, le Conseil d'Etat propose de s'inspirer plus étroitement des législations belges et françaises auxquelles les auteurs se réfèrent et de donner à la première phrase du paragraphe 1^{er} le libellé suivant:

« (1) Il n'y aura pas d'infraction lorsque la femme enceinte, que son état place en situation de détresse, a demandé à un médecin d'interrompre sa grossesse et que cette interruption est pratiquée avant la fin de la 12^{ième} semaine de grossesse ou avant la fin de la 14^{ième} semaine d'aménorrhée, et à condition que la femme enceinte:

1^o (...),»

tout en ajoutant un nouvel alinéa à la fin du paragraphe 1^{er}, ayant la teneur suivante:

« L'appréciation de la situation de détresse est souveraine dans le chef de la femme enceinte. »

Le paragraphe 1^{er} précise également les obligations du médecin, gynécologue ou obstétricien, que la femme enceinte consulte.

Ainsi, il doit déterminer le siège et l'âge exact de la grossesse et informer la patiente des différentes méthodes d'interruption de grossesse existantes ainsi que des risques médicaux et des effets secondaires potentiels

de ces méthodes. L'obligation d'informer adéquatement la femme enceinte fait partie des principes déontologiques liant le médecin qui « doit au patient qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, formulée dans un langage clair et adapté à ses capacités de compréhension et d'assimilation » (article 35 du Code de déontologie). Les données à communiquer à la patiente comprennent notamment les investigations à prévoir et les risques des mesures diagnostiques et interventionnelles prévues. Ce droit d'information à la patiente dès sa première consultation ne devrait pas être compromis par un refus de soins pour des raisons professionnelles ou personnelles.

De par ses obligations déontologiques, le médecin doit également assurer la continuité des soins aux malades. Ainsi, de manière générale, lorsque le médecin traitant ne peut plus assurer personnellement une prise en charge adéquate d'un malade, il facilite la prise en charge par un confrère disposant de compétences et de moyens plus adaptés à l'état du patient. Ceci reste également vrai dans le cas de figure d'une femme qui demande un avortement selon les dispositions du projet de loi sous avis. Cependant, le Conseil d'Etat considère qu'il ne faut pas obliger le médecin d'« indiquer à la femme enceinte le nom d'un ou de plusieurs médecins disposés à pratiquer une interruption de grossesse selon les modalités prévues au présent article lorsque celui-ci, pour une raison quelconque, ne saurait être en mesure de pratiquer une telle intervention ». D'abord, il y a lieu de préciser que le médecin vers lequel la patiente sera orientée soit un médecin facilement accessible. En effet, on ne peut guère considérer que le médecin suffit à son devoir d'assurer la nécessité de la continuité de la prise en charge s'il fournit à la femme enceinte l'adresse d'un médecin pratiquant des interruptions de grossesse à l'étranger, par exemple. Mais surtout, le Conseil d'Etat se demande comment le médecin pourra s'assurer de disposer du nom d'un ou plusieurs médecins disposés à pratiquer une interruption de grossesse sans qu'il existe une liste officielle des établissements agréés où pratiquent ces médecins. Partant, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il appartient au ministre ayant la Santé dans ses attributions de mettre à la disposition du médecin une telle liste, et il propose dès lors de formuler le quatrième tiret du point 1 comme suit:

« – remettre à la femme enceinte la liste des établissements agréés pour pratiquer une interruption volontaire de grossesse selon les modalités prévues au présent article lorsque le médecin, pour une raison quelconque, n'est en mesure de pratiquer une telle intervention. La prédite liste est mise à disposition du médecin par le ministre ayant la Santé dans ses attributions. »

A l'endroit des considérations générales, le Conseil d'Etat a souligné l'importance et l'utilité des conseils prodigués dans les centres de consultation et d'information familiale. Il a insisté sur le respect du droit à l'information de la femme enceinte dans une situation de détresse et sur les efforts à déployer pour la faire bénéficier des structures adéquates. Il reste réservé quant à l'obligation imposée à une femme de s'y rendre contre sa volonté. Comme l'indiquent les auteurs dans l'exposé des motifs, ces centres trouvent leur base légale au chapitre I relatif aux mesures de prévention et de protection de la loi du 15 novembre 1978. Il propose dès lors de supprimer le point 2 et de donner au troisième tiret du point 1 le libellé suivant:

« - informer la femme enceinte de l'existence et des objectifs des centres de consultation et d'information familiale prévus à l'article 5 de la loi du 15 novembre 1978 relative à l'information sexuelle, à la prévention de l'avortement clandestin et à la réglementation de l'interruption de la grossesse. Il lui remet la liste de ces centres de consultation et d'information qui est mise à sa disposition par le ministre compétent. »

Le Conseil d'Etat insiste pour que les conditions d'agrément des centres de consultation et d'information familiale soient davantage précisées dans l'article 5 de la loi du 15 novembre 1978 précitée afin d'y garantir effectivement l'accessibilité de la femme à toutes les informations nécessaires.

Conformément au droit commun, la femme mineure non émancipée qui demande à faire interrompre sa grossesse doit recueillir le consentement du ou d'un de ses représentants légaux. Les auteurs du projet de loi ne mentionnent pas expressément ce cas de figure, mais se limitent à prévoir au cinquième tiret du point 1 l'hypothèse de la femme mineure non émancipée qui refuse de recueillir le consentement de son ou ses représentants légaux. Dans ce cas, l'accord par écrit respectivement de la femme mineure non émancipée et du ou d'un des représentants légaux n'est pas requis, pour autant qu'elle se laisse accompagner par une personne de confiance majeure de son choix. Dans ces conditions, le certificat du médecin attestant le choix de la femme mineure non émancipée se substitue à l'obligation de la femme de marquer l'accord par écrit. Le projet de loi aurait été inspiré du texte français en la matière.

Le Conseil d'Etat ne peut pas approuver cette approche permettant la pratique d'une interruption volontaire de grossesse sans consentement écrit. Il recommande de prévoir que le médecin s'est effectivement efforcé d'obtenir de la femme mineure non émancipée son consentement pour que le ou les représentants légaux soient consultés. Si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, le médecin devra la conseiller sur le choix d'une personne de confiance majeure qui l'accompagnera dans sa démarche. Cette personne de confiance signera ensemble avec la femme mineure non émancipée la confirmation écrite prévue au point 3. Le Conseil d'Etat peut concevoir que des institutions tels l'Ombudscomité fir d'Rechter vum Kand ou d'autres organismes similaires constituent une interface appropriée pour assister le mineur dans sa démarche. Une telle solution augmenterait à la fois la protection du médecin et de la personne de confiance en cas de conflit avec les représentants légaux opposés à l'interruption volontaire de grossesse.

Eu égard à ces observations, le Conseil d'Etat propose de donner au cinquième tiret le libellé suivant:

« - s'efforcer d'obtenir de la femme mineure non émancipée qui désire garder le secret à l'égard de son ou ses représentants légaux son consentement pour que celui-ci ou ceux-ci soient consultés. Si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée. Dans ce cas, le médecin conseillera la

mineure sur le choix d'une personne majeure qui l'accompagnera dans la suite de la procédure. »

Le point 3 prévoit un accord écrit de la femme concernée. Pour le Conseil d'Etat, le terme « accord » n'est pas approprié, car il suggère un rôle passif. Or, l'initiative part de la femme concernée qui est demandeuse de l'intervention. La déclaration par écrit ne doit pas seulement acter le consentement à l'acte prévu, elle doit explicitement rendre compte de la détermination de la femme concernée, confirmer qu'elle se trouve en situation de détresse et qu'elle a eu accès à toute l'information à laquelle elle a droit.

Le Conseil d'Etat propose donc de formuler le point 3 comme suit:

« - ait confirmé par écrit sa situation de détresse, sa détermination à faire procéder à une interruption de grossesse, l'obtention de la part du médecin des informations mentionnées au point 1° et son consentement à l'intervention prévue.

La femme mineure non émancipée signera la confirmation écrite qui sera contresignée soit par un de ses représentants légaux soit par la personne de confiance désignée conformément au point 1°, afin d'attester que la décision de la mineure procède d'un choix libre et éclairé.

Cette confirmation écrite n'est pas requise si la vie de la femme enceinte est en danger.

Lorsqu'elle est hors d'état de manifester sa volonté, l'accord du représentant légal *ad hoc* est requis. »

Le paragraphe 2 maintient au point a) la condition d'un domicile légal depuis au moins trois mois dont doit pouvoir se prévaloir la femme enceinte. Les auteurs du projet de loi ne justifient pas le maintien de cette disposition dans l'exposé des motifs. Le Conseil d'Etat a décrit dans les considérations générales la situation législative en matière d'avortement dans les pays limitrophes. Il n'en ressort pas qu'une femme qui demande une interruption volontaire de grossesse soit particulièrement attirée vers le Luxembourg, même après la modification de la loi. A l'inverse, l'absence d'une clause de domiciliation dans les pays limitrophes a permis d'aider de nombreuses femmes luxembourgeoises dans le passé. Maintenir cette clause équivaldrait à traiter inégalement les citoyennes européennes en termes d'accès à l'avortement sur le territoire luxembourgeois, et en premier lieu les salariées frontalières, de nationalité luxembourgeoise ou autre. Par ailleurs, cette clause pose problème à l'égard de l'article 60 du Traité CE (article 57 du Traité UE) qui assure la libre prestation de services alors que l'interruption médicale de grossesse, réalisée conformément au droit de l'Etat où elle a lieu, est un service au sens de cet article d'après l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 4 octobre 1991 (affaire C-159/90). Le Conseil d'Etat insiste dès lors à ce que la condition d'un domicile légal soit supprimée du nouveau texte de l'article 353 sous examen.

Vu que cette clause n'apporte pas de plus-value et qu'elle est juridiquement contestable, le Conseil d'Etat insiste pour qu'elle soit supprimée.

Etant donné que le Conseil d'Etat a proposé la suppression du point 2 du paragraphe 1^{er}, il y a lieu de maintenir en conséquence le délai de 7 jours après la consultation du médecin au point b) du paragraphe 2.

Eu égard aux observations faites par le Conseil d'Etat à l'endroit du point 1 tiret 5 et du point 3 du paragraphe 1^{er}, il y a lieu de remplacer le terme « accord de la femme enceinte » par « déclaration de la femme enceinte » au point c).

Au point d), il est prévu que si l'interruption de grossesse est réalisée par moyens médicamenteux et que le médecin traitant le juge possible, celle-ci peut être réalisée en ambulatoire. Le Conseil d'Etat s'oppose à cette éventualité qui peut mettre en péril la sécurité de la patiente, notamment en regard du risque hémorragique. Il insiste pour que la réalisation d'interruptions volontaires de grossesse se fasse exclusivement dans un établissement hospitalier ou tout autre établissement agréé à cette fin par arrêté du ministre ayant la Santé dans ses attributions. Le point d) du paragraphe 2 de l'article 353 sous examen prendra la teneur suivante:

« (2) (..)

d) dans un établissement hospitalier ou tout autre établissement agréé à cette fin par arrêté du ministre ayant la Santé dans ces attributions, pour toute interruption de grossesse chirurgicale et interruption de grossesse par moyens médicamenteux. »

En ce qui concerne les situations de grossesse visées au paragraphe 3 qui vont de pair avec une menace très grave pour la santé ou la vie de la femme enceinte ou de l'enfant à naître, permettant une interruption de grossesse après le délai de 12 semaines de grossesse, le Conseil d'Etat rappelle la nécessité particulière de faire bénéficier le couple concerné des conseils prodigués dans les centres de consultation et d'information familiale.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 juillet 2010.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder