

## Voir c'est savoir. Sur la constitutionnalisation du droit de l'avortement

ALAIN LARABY <sup>a</sup>

<sup>1</sup>L'expression est d'Eugène Viollet-le-Duc qui a rénové notamment Notre-Dame de Paris au XIX<sup>e</sup> siècle. La flèche a été détruite lors de l'incendie de la cathédrale en 2019. La Révolution française l'avait détruite, en réponse sans doute aux excès de l'Eglise. Sa réapparition par deux fois relance l'édifice vers le Ciel comme l'entendaient les bâtisseurs d'origine. Sa visibilité témoigne de la foi du Moyen âge dont l'architecture religieuse s'efforçait de capter la lumière « divine ».

L'ère des Constitutions des XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles valoriseront une autre lumière, plus proche des préoccupations quotidiennes. Les Lumières glorifieront la liberté humaine de chacun, trop assujettie au bon vouloir des Princes, de leur aristocratie plus ou moins fermée et des prélats au-dessus des gens. On ne recherche plus la protection d'un pouvoir arbitraire, mais celle d'un texte de loi hors pair : une Constitution des Lumières, tant en Angleterre qu'aux Etats-Unis naissants et en France.

1. Le présent article était à l'origine un argumentaire pour celles et ceux qui entendaient faire entrer le droit de l'IVG dans la Constitution française. Ce droit vient d'être consacré. C'est heureux. Il nous semble toutefois que l'argumentaire, qui nous avons depuis enrichi, garde sa pertinence pour justifier, de façon théorique, la pérennité de ce nouveau droit constitutionnel.

<sup>a</sup>Alain Laraby, ex-assistant de faculté et -assistant parlementaire  
ex-avocat à Paris et -solicitor à Londres  
ex-diplomate et intervenant à SciencesPo Paris  
©Intentio N° 4, 2024.

## 1. BIEN FIXER LES IDÉES

Dans le chapitre 16 du Livre 29 de *l'Esprit des lois*, Montesquieu fait état de choses à observer dans la composition des lois. Leur style doit être *simple*, l'expression directe étant mieux comprise que la réfléchie. Les lois surtout *ne doivent point être subtiles. Elles sont faites pour des gens de médiocre entendement. Elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille.*

Le juriste omet d'indiquer que les lois ne sont vraiment intelligibles que si elles répondent à un vécu collectif qui les a imaginées telles. Cette volonté surgit, sans que les gens au pouvoir souvent s'y attendent, lors de contestations du droit en place dont la stabilité justifie trop, pour certains, l'obéissance à une idéologie dominante.

Il en fut ainsi du droit à l'avortement qui advint à la lumière en France, en 1972, à l'occasion du procès de Bobigny.

Au cours de ce procès, Maître Gisèle Halimi plaida contre la loi même qui était discriminante à l'égard des femmes en pénalisant toute tentative d'avortement. En l'espèce, une jeune fille de 16 ans, d'un milieu déshérité, avait avorté après s'être fait violée. Dénoncée par son propre violeur (un comble en droit!), elle fut poursuivie, ainsi que sa mère et ses « complices », parmi lesquels la femme qui avait pratiqué l'avortement (il y eut deux procès, mais on simplifie l'affaire). Sur le conseil de leur avocate, et avec leur consentement, les accusées ne se sont pas contentées de solliciter les circonstances atténuantes, eu égard au viol et à leur précarité. Elles ont osé affirmer, devant un tribunal correctionnel, composé d'hommes, leur droit à l'IVG, en déclarant que le corps d'une femme lui appartient et à personne d'autre.

Une telle revendication s'inscrivait dans le sillage des Lumières pour lesquelles chaque homme doit pouvoir disposer de sa liberté, de son corps et de ses biens. Ce postulat fut énoncé par Locke, mais il était question du droit de chaque homme, pas encore de celui de chaque femme.

Bien que le procureur soulignât que le délit subsistait et que le tribunal n'avait pas à juger la loi, une quasi-relaxe fut obtenue. Le procès fut moins celui des accusées que celui de la loi répressive contenue dans l'article 317 du Code pénal de 1810. L'affaire, portée habilement sur la place publique, poussa les pouvoirs en place à changer la loi en 1975. Ce fut le résultat d'un nouveau combat, mené par une autre femme, la ministre Simone Veil, qui batta au Parlement contre la majorité politique de l'Assemblée.

Aujourd'hui, certains sont révoltés à l'idée que les cendres de Gisèle Halimi puissent être transférées au Panthéon. Quoi! vocifèrent-ils, n'a-telle pas

dénoncé la torture pendant la guerre d'Algérie et sali ainsi l'armée! Un héros – une héroïne – ne saurait révéler au jour des mains sales blanchies par l'oubli (*et in petto, dans le genre*). Le droit à l'avortement ne saurait non plus être inscrit dans la Constitution, même si ce droit est issu de luttes historiques légitimes ressenties comme telles. Au diable, les libertés d'expression et de démonstration censées être offertes à tous par le droit régénéré par la Révolution.

## 2. LE *telling argument* DES OPPOSANTS

Quel est l'argument supposé convaincant pour ne pas constitutionnaliser le droit à l'avortement? Pour le Président du Sénat en exercice, la loi fondamentale n'est pas *un catalogue de droits sociaux et sociétaux* (sic). « Quoi! La liberté d'avorter ne satisfait-elle pas un intérêt particulier? Soyons sérieux : la Constitution ne peut être le dépositaire des revendications reconnues des groupes de pression dans notre pays. »

Ces propos laissant coi, venant d'un homme de pouvoir qui n'éprouve aucune gêne à cumuler mandat sur mandat (il vient d'être élu par ses pairs pour un 5<sup>e</sup> mandat, avec avantages et privilèges exorbitants).

Il est étrange également, contre le bon sens, de comparer le droit à l'avortement à un tel intérêt, alors que les femmes représentent un peu plus que la moitié de la population. Les femmes qui chantent dans une chorale, ou qui aiment aujourd'hui jouer au football, forment assurément des catégories spécifiques, mais les femmes qui connaîtront un jour l'angoisse d'une grossesse non désirée représentent potentiellement toutes les femmes, y compris celles qui y sont contre malgré l'apparence.

D'aucuns s'écriront : - Cher monsieur, il existe des grossesses non désirées qui sont une heureuse surprise ou une « bénédiction » pour les femmes! – Sans contredit, mais il existe aussi, cher monsieur, beaucoup de femmes qui en endurent les affres pour diverses raisons (grossesse prématurée pour des jeunes femmes encore adolescentes, impécuniosité des ménages pour y faire face, voire pauvreté et détresse aggravées pour les femmes abandonnées; viol ou inceste dans le pire).

Le personnage de l'Etat évoqué pourrait rétorquer, chiffres à l'appui, que les femmes ne constituent qu'un sous-ensemble, fût-il majoritaire, de la population. Elles seraient comme des nombres impairs au sein des nombres entiers.

### 3. LA THÉORIE DES ENSEMBLES INFINIS

On répliquera de même que si les hommes peuvent être assimilés, par contrecoup, à des nombres pairs, ils constituent aussi un sous-ensemble. Mais en appeler ainsi aux nombres est mal raisonner. Hommes et femmes ne paraissent des sous-ensembles finis qu'en un temps et un espace donné. Chaque groupe forme en fait un ensemble dont l'horizon est repoussé à l'infini, à l'instar de la volonté générale qui est un ensemble « ouvert », non réductible à la volonté de tous du moment (Paix aux cendres de Rousseau! tant demeure incontournable la distinction entre ces deux types de volonté, la générale ne pouvant être représentée définitivement par quiconque, par un tribun démagogue ou une autorité politique quelconque : Président de la République, assemblée parlementaire, cour suprême.

Dans de tels ensembles, la partie est égale au tout, n'en déplaie à ceux qui soutiendraient fallacieusement le contraire. Les femmes et les hommes sont des parties égales au tout et entre elles. . .

Le sophisme qui perdure rappelle en droit la doctrine « *séparés, mais égaux* » de la jurisprudence nord-américaine, confortée par l'arrêt *Plessis v. Fergusson* en 1896. Les Noirs étaient perçus comme une catégorie particulière, et non comme des hommes à part entière. Il a fallu attendre l'arrêt *Brown v. Board of education*, rendu en 1954, pour renverser cette doctrine funeste sur la base du XIV<sup>e</sup> Amendement, adopté en 1866, qui interdisait, de façon implicite, la ségrégation fondée sur la race.

Les Noirs américains ne constituent pas une qu'une minorité ayant des intérêts propres à défendre. Ce sont des citoyens disposant des mêmes droits civils et politiques que les autres. Dans son journal *L'Amérique au jour le jour*, publié en 1946, Simone de Beauvoir estimait que *l'idée « d'égalité dans la différence » manifeste en fait un refus de l'égalité.*<sup>2</sup> Dans la société française comme dans l'américaine, les femmes ne constituent pas non plus une « catégorie » à part sous le rapport de la citoyenneté. Elles ne sont pas séparées mais égales aux hommes en droit, ne pouvant, cependant, s'en réclamer autant.

Le diagnostic peut être appliqué manifestement à la question du droit à l'avortement que doit pouvoir faire prévaloir toute femme. L'égalité des hommes et des femmes dans la différence, eu égard au droit en cause, est à l'évidence un refus de l'égalité entre les hommes et les femmes de disposer

2. Passage cité in Philippe Raynaud, *Trois Révolutions de la liberté. Angleterre, Amérique, France*, Puf, Paris, 2009, p.378.

de sa liberté, de son corps et de ses biens. Cette égalité devrait être reconnue, sans finasserie, à chacun et à chacune.

#### 4. UNE SINGULARITÉ, SOURCE D'UNIVERSALITÉ

Le débat sur l'IVG apparaît plus profond qu'il n'y paraît au regard des ensembles infinis, introduit par Cantor à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.<sup>3</sup> Mais quand on en parle, en juriste, sous l'angle de la théorie de droit, un tel débat ne l'est-il pas autant ?

Pensons à la notion de *pyramide ou hiérarchie des normes*, envisagée par Kelsen dans la première moitié du siècle suivant. Selon cet auteur, la validité du droit en vigueur (le droit dit positif) repose sur la présupposition d'une *norme fondamentale* par rapport à laquelle toutes les autres « normes » (ou règles juridiques) tirent leur propre justification. Si on obéit au droit, à la Constitution, aux lois et aux règlements, c'est implicitement en vertu de cette norme.

La démonstration de Kelsen ressemble à *la descente infinie* de Fermat au XVII<sup>e</sup> siècle, puisque la recherche de la validité juridique se perd dans une régression infinie. Son origine devient introuvable, à moins de poser un objet théorique singulier : cette fameuse norme fondamentale (*Grundnorm*). La chaîne causale finira ainsi par rencontrer sa cause ultime.<sup>4</sup> (La descente infinie est un raisonnement par récurrence par l'absurde portant sur la suite des entiers naturels. Cette suite, strictement décroissante, s'avère nécessairement finie ; on ne peut descendre en deçà de 0. A l'époque, Hobbes raisonna pareillement pour fonder la société politique nouvelle, conciliant la liberté et la sécurité des individus).<sup>5</sup>

Aujourd'hui, la présupposition de Kelsen apparaît bel et bien comme une pure fiction. Sa conception ne permet pas notamment de rendre compte *du comportement et des raisonnements des tribunaux, qui ne peuvent se borner, comme le fait un législateur, à invoquer leur compétence*. Sa théorie méconnaît, en outre, la distinction, entre énoncés et normes. Une loi par ex. est moins en réalité une norme qu'un énoncé, l'expression d'une volonté créatrice prenant la forme d'une interprétation. Il n'empêche que la pyramide tient tou-

3. Patrick Dehornoy, « Cantor et les infinis », 2018, <https://journals.openedition.org/bibnum/890>

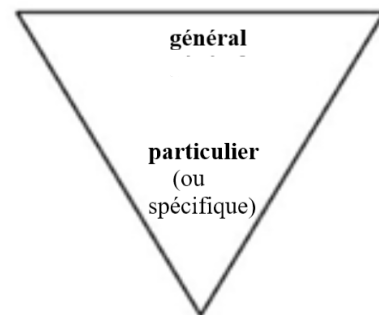
4. Marc Lamballais, 'Kelsen et la pyramide des normes », sans date, <https://www.les-philosophes.fr/>

5. Alain Laraby, *Le constitutionnalisme des Lumières*, thèse, Université de Nanterre, soutenue le 11 mars 2024. §62<sup>quater</sup>.

jours debout, le fonctionnement du droit ne pouvant totalement faire fi de la conformité à une autorité juridique supérieure (sauf au sommet de l'Etat où les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont en concurrence, au même niveau, d'interprétation et d'action).<sup>6</sup>

On inclinerait à croire, cependant, que la hiérarchie demeure telle quelle. N'est-on pas toujours dans l'idée que, du sommet, ruisselle le général vers le particulier (Constitution, lois, règlement, personnes physiques ou morales)? Ne restons-nous pas dans un ordre juridique caractérisé par un système de relations qui va de l'extension la plus large à la moins large? L'ordre de dépendance est logiquement inversé.

Les adversaires de l'IVG sauteront sur l'occasion pour dire : - Vous ne pouvez pas mieux faire. Voyez combien votre droit à un tel droit est au bas de la pyramide! Ce n'est qu'un intérêt spécifique, attaché aux seules femmes qui veulent avorter. (*On retrouve l'argument du Président du Sénat*). – Ce droit, vous paraît, certes, très particulier, mais sa « singularité » est, comme on dit en mathématiques, *générique*. Elle excède sa singularité élémentaire apparente pour annoncer un droit plus fondamental que le général du moment. Par sa nature, elle est instable, contenant en elle tant de revendications de traiter la femme aussi également que l'homme qui ne doit pas être le seul à avoir la « propriété » de son corps.



Comme l'écrit René Thom, *une singularité a un pouvoir génératif qui lui permet de structurer l'espace environnant*. Il en est ainsi du point sur une ligne droite à l'origine d'une bifurcation. Un tel point « se déploie » en créant un espace autre, associé au premier (par ex., celui d'un cône en 2D ou 3D, à partir du centre d'un cercle, ce point devenant conique). Il s'agit, en topologie, d'une *singularité générique* qui peut être transformée par une perturbation arbitrairement petite. La concernant, *il y a concentration en un point d'une forme globale que l'on peut reconstruire par déploiement ou désingularisation*.

6. Michel Troper, *La philosophie du droit*, Puf, Paris, 2003, p.82; « La pyramide est toujours debout », *Revue de droit public*, 1978, n° 6.

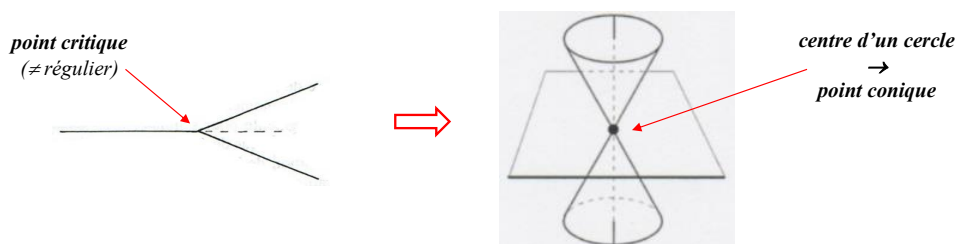


FIGURE 5.1 – fig. a : à l'approche d'un « **point critique** » (par ex. une température critique pour un aimant que l'on veut refroidir), le système a « le choix » pour réaliser son état le plus stable). L'information, concentrée en ce point, était en effet instable.

fig.b : sur le plan horizontal, on peut imaginer un **point** au centre d'un cercle d'équation  $x^2 + y^2 = 1$  (de rayon 1 par ex.). Ce point est aussi **critique ou singulier** lorsqu'il se transforme en point conique  $x^2 + y^2 - z^2 = 0$  (avec  $z$  comme axe vertical).

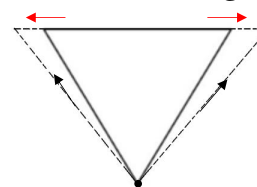
René Thom, *Paraboles et catastrophes*, Flammarion, Paris, 1983, p.91 ; *Apologie du logos*, Hachette, Paris, 1990, p.210 et 512 ; Francis Bailly « Approche des phénomènes critiques en physique », in *Logos et catastrophes*, Patino, Genève, 1988, p.142.

L'introduction du droit de l'IVG n'est pas qu'un accident de parcours gênant dans une situation régulière. Ce n'est pas une discontinuité sans importance, incapable de délimiter un avant et un après.

La volonté de tous les hommes, qui avait réussi à « lisser » à son avantage le droit positif, est contrainte de s'universaliser en une volonté générale plus complète, incluant un droit des femmes qui n'était pas reconnu. La constitutionnalisation de ce droit devrait empêcher la volonté majoritairement masculine de considérer le changement de valeur qu'emporte un tel droit comme un simple défaut. Il serait si bon de s'en débarrasser comme dans quelques Etats des Etats-Unis qui en contestent toujours, ou à nouveau, l'existence.

Le rapport homme/femme gagne encore un peu plus en qualité, grâce à une singularité qui renferme une structure globale sous la fausse apparence d'un droit d'un groupe social minoritaire factionnel. Il est le fruit d'un combat qui avait commencé avec le droit à la contraception et, plus avant, avec la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, rédigée en 1791 par Olympe de Gouges sous la Révolution française. Les femmes ne veulent plus être citoyennes sans citoyenneté pleine et entière.

**universalisation du général**



**(droit à l'IVG)**

## 5. UNE REDONDANCE SUPERFLUE ?

D'aucuns continuent d'avancer que la reconnaissance en pleine lumière du droit à l'avortement est superflue. Et de contre-citer Montesquieu, lui-même, au soutien de leur idée : *Comme les lois inutiles affaiblissent les nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation.* (ibid.) Allons ! un tel droit n'a-t-il pas déjà été inscrit dans la loi Veil de 1975 ? Dans sa décision du 27 juin 2001, le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas, en sus, renforcé la protection d'une telle *liberté de la femme* en la découlant du principe de la liberté posé à l'art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ?

Que demander encore et encore, sinon d'insérer inopportunément un symbole dans une Constitution qui n'a que faire d'un *bis repetita* non juridique ? Nous sommes des professionnels du droit, circulez !

Que répondre à nouveau à ces experts qui peuvent être au demeurant des femmes contre-militantes ?

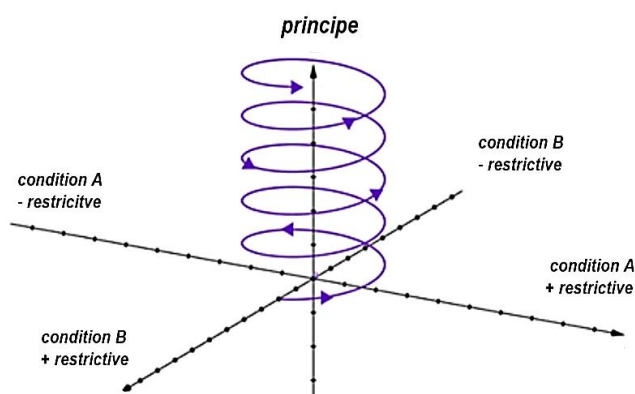
Reprenons la loi Veil qui n'a fait pas raisonnablement de l'interruption volontaire de grossesse un droit absolu. Ce droit est relatif comme tout droit, y compris le droit très général de la liberté. Des conditions de fond et de mise en œuvre régulent le droit à l'IVG. Mais « le droit à la vie », comme le proclament les milices anti-avortement, ne saurait être plus absolu que le droit naturel moderne à sa propre conservation. Selon les philosophes des Lumières hollandaises, anglo-américaines et françaises, un tel droit, sous-jacent au droit positif, implique la capacité de chaque individu de juger ce qui est bon pour lui-même. Cette évaluation porte aussi sur le choix du meilleur moyen d'assurer sa *self-preservation*.

(Pour la même raison, le respect de la vie n'abolit pas davantage le droit au suicide des personnes qui éprouvent des souffrances aiguës, ou une dégradation extrême. Montaigne au XVI<sup>e</sup> siècle et Hume au XVIII<sup>e</sup> siècle le firent déjà valoir en leur temps. Les partisans du droit à la vie « dès son commencement » oublient que leurs coreligionnaires d'autrefois avaient instauré l'Inquisition, partisane du « droit » à une mort, avant terme, cruelle, pire que l'« Enfer ». L'euthanasie, médicalement assistée, devrait être reconnue en France, comme en d'autres pays, dans les mêmes termes que la loi Veil, mais la gérontocratie papale et épiscopale ne veut pas quitter si tôt le pouvoir ni les médecins sur les patients.



## 6. PRINCIPE *versus* CONDITIONS

Toute disposition constitutionnelle implique une négociation entre un principe et des conditions plus ou moins restrictives suivant les majorités politiques du moment. Le résultat est à l'image d'un mouvement spiralé ascendant, lorsque le droit en vigueur « progresse » dans le sens d'un droit naturel en renouvellement incessant. Nous retrouvons l'idée architecturale de Notre-Dame de Paris : une flèche qui s'élance vers l'empyrée du droit, supportée par un édifice, aux murs moins épais et aux colonnes plus effilées que dans l'art roman grâce à l'ajout d'arcs-boutants. Les conditions législatives jouent ce rôle de contrebutement au service de l'élévation d'un principe au niveau de la Constitution.



## 7. DES CONTRAINTES ET NON UNE SIMPLE OBLIGATION MORALE

La constitutionnalisation du droit à l'avortement ne serait pas moins inutile, n'en démontrent pas ceux qui lui sont hostiles.

Regardons un instant du côté de la *common law* dans laquelle tout droit est un droit à agir, une procédure qui en garantit l'exercice ou la protection. Comme l'avait observé le père de l'Europe, Jean Monnet, les Anglais respectent les faits, non les hypothèses. *Now you are a fact, we shall deal with you*, relève-t-il. L'Américain est aussi *sensible à ce qui marche ; c'est l'action qui l'entraîne, pas les mots*.<sup>7</sup>

La constitutionnalisation du droit à l'avortement n'est pas un mot de plus, mais une action ou un blocage de plus. Pour en ôter l'insertion dans une Constitution, Il faut des accommodements qui prennent du temps, et

7. Jean Monnet, *Mémoires*, Livre de poche, Paris, 1976, p.552, 665 et 690.

des accords entre des pouvoirs séparés et relativement indépendants. Il est rationnel d'inscrire dans une Constitution un principe à portée universelle en droit interne, en laissant à la loi son application sous réserve que ses conditions, discutées en diverses assemblées, n'y portent pas trop atteinte.

*I do what I mean.* On connaît l'expression.

Aux Etats-Unis, certains Etats fédérés ont commencé à comprendre qu'il faut deux niveaux de protection. La Cour suprême de la Caroline du Sud a déjà procédé à la constitutionnalisation d'un tel droit, mais trois autres Etats ont effectué un pas plus décisif : ils ont amendé leurs propres Constitutions pour y inclure les *abortion rights*. C'est dire si la France ne serait ni isolée ni pionnière dans cette direction. Le tir de barrage a, aussi, fonctionné en pure défense : consultée, la population de l'Etat du Kentucky a rejeté un amendement qui déclarait qu'il n'existe pas, voyons, simplement de tels droits.<sup>8</sup>

Si ces droits mêmes avaient fait l'objet d'un amendement à la Constitution fédérale de 1787, il est probable que la jurisprudence *prochoice*, consécutive à l'arrêt *Roe v. Wade* de 1973, n'aurait pas été renversée aussi facilement par l'arrêt *prolife*, rendu dans *Dobbs* en juin 2022, par la Cour suprême des Etats-Unis. La majorité des juges la composant aujourd'hui prétend être fidèle aux intentions originelles des Pères fondateurs, mais *a conservative federal appeals court judge* estime que *the justices had strayed from originalism in parts of their blockbuster [spectaculaires] opinions on abortion and guns...*<sup>9</sup>

La constitutionnalisation du droit à l'avortement contraint, quasi-mécaniquement, le législateur à *ne toucher les lois que d'une main tremblante*, suivant l'expression de Montesquieu dans *Les Lettres persanes*, Lettre CXXIX).

Refuser en France un tel droit aux femmes ajoute un élément philosophique insupportable aux violences parfois physiques qu'elles subissent et qui ne sont guère réprimées par la justice. Faut-il rappeler qu'Olympe de Gouges fut guillotinée sous la Révolution par la partie terroriste de la gauche de l'époque. En 1791, elle osa, c'était trop, rédiger *une Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* en réponse aux manques criants de la Déclaration des hommes. Sous le couvert de l'homme comme être générique, se cachait une inégalité des sexes. Condorcet, sous la même Révolution ne s'y était pas trompé non plus. Dans un manifeste, il s'indigna que les femmes soient traitées en mineures politiques. *Tous [les hommes, même les plus éclairés]*

8. The New York Times, Nov.9, 2022 ; Jan.8 2023

9. Adam Liptak, *A Conservative Judge's Critique of the Supreme Court's Reliance on Tradition*, The New York Times, Feb. 23, 2024.

*rés] n'ont-ils pas violé le principe de l'égalité des droits en privant tranquillement la moitié du genre humain de celui de concourir à la formation des lois?*<sup>10</sup>

Dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le Sénat français s'était illustré déjà en opposant une fin de non-recevoir au droit de suffrage féminin, au prétexte pris de l'immaturation passionnée des intéressées et du risque de bouleverser l'ordre établi. Des femmes qui pensent (et qui jouissent), quelle horreur! La Haute Assemblée a l'art insigne, jusqu'ici, d'établir, aux yeux de tous, sa légitimité démocratique.

#### 8. UN ULTIME CONTRE-ARGUMENT : UN PÉTARD MOUILLÉ

En péroration, l'opposition actuelle à constitutionnaliser le droit à l'avortement pourrait arguer, en contre-citant à nouveau Montesquieu, qu'*une loi doit avoir son effet, et il ne faut pas permettre d'y déroger par une convention particulière*. (De l'esprit des lois, Livre 29, chap.16). S'il est vrai qu'il ne faut pas multiplier les exceptions et les exemptions au point de dénaturer la loi, il est des exceptions qui sont des principes auxquels il importe de ne pas déroger par principe. C'est le cas du droit en question.

Mais, du côté des adeptes du droit à l'avortement, il ne faut non plus se bercer trop d'illusions, si un tel droit parvient enfin à être hissé dans la Constitution. Une exception, si singulière soit-elle, peut toujours faire l'objet, en droit constitutionnel, de multiples et diverses interprétations en compétition. Comme le relève le constitutionnaliste Michel Troper, aucune norme n'échappe à un tel bain d'acide ou à une telle corrosion due à la liberté de manœuvre et au bluff des acteurs. On peut espérer au plus que les butées mutuelles, inhérentes à la balance des pouvoirs, tempèrent ce jeu intra-institutionnel.<sup>11</sup>

Un tel jeu est fait d'actions et de réactions, d'interprétations, de ré- ou de contre-interprétations, tant des lois que des dispositions de la Constitution. Son existence garantit quand même davantage la liberté des femmes à interrompre leur grossesse si elles le jugent nécessaire sous réserve d'en respecter les conditions. Le risque zéro n'existe pas en droit, comme en toute entreprise. Il ne faut pas être grand clerc pour craindre, aux Etats-Unis, une éventuelle collusion des pouvoirs, animés d'une même idéologie réactionnaire. Un tel

10. Journal de la Société de 1789, 3 juil. 1789, in Elisabeth et Robert Badinter, *Condorcet*, Fayard, Paris, 1988, p.296.

11. Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Puf, Paris, 1994; *Le droit et la nécessité*, Paris, Puf, 2011.

événement pourrait se produire entre la présente Cour suprême fédérale, qui s'est largement déportée d'un côté, et les deux autres pouvoirs qui sortiront des urnes prochainement.

Une vision pessimiste ajouterait en codicille : collusion ou pas, une cour suprême ou un conseil constitutionnel sont toujours capables d'interpréter comme bon leur semble une disposition constitutionnelle, aussi nouvelle soit-elle. Rien ne l'empêcherait d'en faire une peau de chagrin, attristant assurément ses initiateurs. Quelle digue institutionnelle pourrait contrer cette tendance inéluctable au gouvernement des juges, mêlant au final, dans leurs considérants, leurs vues propres ?

*(un moment de réflexion, après ce coup peu anticipé dans le foie, mais on reprend ses esprits)*

Une disposition à ciel ouvert dans une Constitution comme le droit à l'avortement attirerait en France davantage l'attention qu'une disposition législative peu connue, ou très vaguement, par le plus grand nombre. On voit mieux le fronton que l'intérieur du temple. Les citoyennes mobilisées veilleront publiquement à sa lisibilité dans les textes, la jurisprudence et sur le plan des conditions matérielles.

Une réduction drastique du sens, et de sa portée, par une interprétation très minimaliste, déclencherait une plus grande mobilisation populaire, comme celle de beaucoup des femmes américaines après le rejet de l'arrêt *Roe*. Dans les élections locales, des femmes Républicaines n'ont pas soutenu les candidats de leur parti politique.<sup>12</sup> Un signe inquiétant pour les uns, réconfortant pour les autres. En tout état de cause, la pyramide du droit ne peut pas dépendre que d'idéologues juristes d'un seul bord.

Rien ne sert donc de tarder, dans notre pays, de faire mieux connaître aux femmes leurs droits et aux hommes de mieux l'entendre. Voir, c'est savoir, mais aussi faire savoir.

Le 4 mars 2024, les Constituants français, députés *et sénateurs*, ont fini par entendre la voix des femmes. Ils ont voté pour le droit à l'IVG dans la Constitution. *Victoire!* clame le Haut Conseil de l'égalité entre les femmes et les hommes.<sup>13</sup>

12. *How overturning Roe could backfire for Republicans*, The New York Times, May 13, 2022.

13. <https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/sante-droits-sexuels-et-reproductifs/actualites/article/victoire-l-ivg-entre-dans-la-constitution>

## POST-SCRIPTUM

Les affaires judiciaires portant sur l'avortement ne sont pas chose nouvelle en Occident. Il faut continuer d'entendre, à leur sujet, le message de la Grèce ancienne : il faut *souffrir pour comprendre* et *la mesure est le bien suprême*, clame le chœur, de façon répétée, dans l'*Agamemnon* d'Eschyle. Il faut avoir souffert avant de faire des lois ou prendre des arrêts qui s'appliquent aux gens. Il faut fuir les extrêmes qui absolutisent le droit sans tenir compte des circonstances qui s'imposent aux mêmes gens. La mesure, c'est la modération tenant compte du contexte.

À la lumière de ces principes de bon sens, les philosophes, dont Aristote, reconnaissaient le droit à l'avortement à l'occasion, malgré un reste d'horreur religieuse qui subsistait dans la société. En droit, l'avortement pouvait parfois faire l'objet d'une inculpation par la voie de la procédure de la *graphè*, comme l'*hubris* (la démesure, entendue de façon juridique), mais d'application restreinte (paiement d'une amende). Ce qui avait été vécu comme une violation d'un tabou devenait, à l'avènement de la démocratie, inactif ou neutralisé, - laïcisé.

Plus connu à Athènes pour son talent oratoire dans les causes publiques (trahison, corruption), Lysias ne dédaigna pas intervenir dans des causes privées dans lesquelles entrait l'avortement au même titre que des dettes non honorées. Dans un cas d'espèce, Lysias défendit une femme accusée par un des parents du mari d'avoir avorté alors que les fils de cette femme témoignaient en sa faveur. Dans un tel cas, le caractère criminel de l'avortement dépendait de la viabilité du fœtus. Pour s'en assurer, on recourut à l'avis des médecins et sages femmes - chose d'autant plus notable que l'idée propre de l'expertise était une rareté dans la procédure grecque.<sup>14</sup>

On était loin de la fureur dogmatique actuelle aux Etats-Unis de certaines cours de « justice sectaire », dites suprêmes, dans certains Etats et au niveau fédéral.

14. Eschyle, *Agamemnon* [458 av. J.-C.], Le Club français du livre, Paris, 1965, trad. Paul Mazon ; Aristote, *La politique*, VII, 1135b ; Lysias [V<sup>e</sup> s. av. J.-C.], *Discours (XVI-XXV)*, Les Belles Lettres, Paris, 1926, pp.238-240, avec le commentaire des traducteurs.