

L'AVORTEMENT : ETHIQUE ET DROIT

Professeur Filiga Michel SAWADOGO

Introduction

Parmi les nombreux problèmes juridiques que pose la bioéthique, ou plus simplement l'éthique, l'avortement est certainement l'un des plus anciens, des plus universels et où les approches, même traditionnelles, connaissent de fortes divergences. Le problème se posant dans les mêmes termes dans tous les Etats, l'expérience des autres peut venir éclairer les solutions adoptées par le Burkina Faso.

Mais le débat sur les rapports entre éthique et droit, ancien parce que relevant même de la philosophie du droit, a été renouvelé depuis quelques années avec les progrès scientifiques prodigieux réalisés dans le domaine médical et biologique (reproduction artificielle, génétique humaine, etc. ...). Ainsi, ce débat intéresse, entre autres, le domaine de la procréation à travers ses deux attributs essentiels que sont le droit ou la liberté de procréer et le droit de refuser la procréation dont la manifestation la plus évidente est l'avortement encore appelé interruption de grossesse.

S'agissant de la liberté de procréer c'est la possibilité de décider si et quand la vie sexuelle doit aboutir à la procréation, qu'elle soit naturelle ou artificielle. Quant au droit de refuser de procréer, objet de nos préoccupations, le débat est activé et actualisé par l'évolution scientifique qui y a greffé deux nouvelles dimensions, l'une en amont, le diagnostic prénatal, et l'autre en aval, l'utilisation des embryons ou des fœtus.

Le diagnostic prénatal, grâce aux techniques évoluées (échographie ou prélèvement de cellules fœtales ou de sang fœtal), permet non seulement de déceler une anomalie ou une maladie existant in utero mais également d'identifier avec certitude une maladie génétique qui se développera à un stade ultérieur de la vie (par exemple, la chorée de Huntington, maladie très grave qui n'apparaît qu'après quarante ans). De la sorte, on pourra prendre toutes les dispositions pour apporter le traitement approprié à une telle anomalie dès la naissance si elle peut être réparée. Mais ce ne sera pas toujours le cas (exemple du mongolisme) et dans ces situations dramatiques, les parents, quelles que soient leurs convictions intimes, se retrouvent alors face à un choix : ou, en fonction de leur attachement à des principes religieux ou à des traditions culturelles (c'est souvent le cas en Afrique), décider de donner naissance à un enfant porteur d'un lourd handicap ou d'une maladie grave, ou bien alors recourir à l'IVG en toute conscience et en concertation avec le corps médical. Il existe donc un lien entre le diagnostic prénatal, l'avortement et les thérapeutiques nouvelles de la médecine fœtale ou néonatale. Et il y a lieu de craindre que le désir de l'enfant parfait, de la normalité à tout prix, bref de l'eugénisme², ne pousse insensiblement nos sociétés à n'intégrer ou à

² C'est un moyen de lutte contre les maladies mais c'est aussi un moyen de discrimination et de sélection des individus.

n'accepter que les seuls individus bien portants, ce qui serait inacceptable sur le plan humain et sur celui de la démocratie. Aussi le choix de l'IVG doit-il être entouré de garanties spéciales par le droit (organisation de centres agréés à consulter obligatoirement, intervention d'un médecin spécialiste, information des personnes intéressées).

Mais à la suite d'une IVG, le fœtus et les tissus expulsés sont susceptibles d'utilisations d'inégale valeur éthique : fabrication de cosmétiques, préparation d'armes bactériologiques, culture du pancréas prélevé en vue d'une greffe ultérieure, utilisation à des fins diagnostiques, thérapeutiques ou de recherche³. Il va sans dire que seules ces dernières utilisations doivent pouvoir être exceptionnellement autorisées mais soumises à un contrôle très strict et les autres énergiquement proscrites.

Ces nouvelles dimensions greffées à l'interruption de grossesse (diagnostic prénatal et utilisation des fœtus) n'occulent en rien le problème fondamental, inhérent à l'avortement qui réside dans l'opposition entre deux valeurs essentielles : le droit à la vie de l'enfant à naître et le droit de sa mère à disposer de son corps en vertu de sa liberté individuelle. L'une des deux doit-elle l'emporter sur l'autre ? Doivent-elles être conciliées ? Peuvent-elles l'être ? Il convient de tenter d'y donner des réponses en envisageant d'abord les rapports entre avortement et droit à la vie (I), puis les rapports entre avortement et droit de disposer de son corps (II). En tout état de cause, l'opposition entre les deux valeurs n'est que la traduction de la confrontation entre les intérêts des deux principaux protagonistes à l'acte d'avorter : la mère et l'enfant à naître. Pour la mère, son droit implique « de donner ou de ne pas donner la vie »⁴ pour l'enfant, à naître, son droit implique l'impossibilité de reprendre la vie une fois qu'elle est donnée. Il est évident que c'est le droit « de donner ou de ne pas donner – qui s'applique jusqu'au moment de la conception ; c'est l'impossibilité de reprendre qui s'applique après la naissance. Qu'en est-il de la période intermédiaire, c'est-à-dire entre la conception et la naissance ? Le droit à la vie commence-t-il à la conception ou à la naissance ? La réponse à cette question détermine qui est partisan et qui est adversaire de l'avortement

I - Interruption de grossesse et droit à la vie

D'emblée, toute interruption de grossesse constitue une négation du droit à la vie ou, tout au moins, une négation de la vie. Mais alors, on peut se demander qu'est-ce que le droit à la vie ? Quel est son contenu ? A qui est-il accordé et à partir de quand ? Comment le protège-t-on ? Il convient alors de bien cerner le concept du droit à la vie (A) et de voir comment il est garanti (B).

³ Ainsi, il existerait un trafic international de fœtus entre la Corée du Sud et les USA, la Grande Bretagne et la France qui posséderaient des banques de fœtus. Cf. Cl. Jacquinot. Les expérimentations sur les embryons humains vivants, la vie judiciaire, n° 2153, 1987.

⁴ l'expression est empruntée à M. Jean FOYER, député à l'Assemblée nationale française.

A - Le droit à la vie - un droit diversement entendu et diversement protégé

Le droit à la vie est d'abord un droit diversement entendu.

Au terme de l'alinéa premier de l'article 2 de la constitution du Burkina Faso⁵, « la protection de la vie, la sûreté et l'intégrité physique sont garanties ». Sans autres précisions, il faut certainement s'en remettre à la définition du droit à la vie telle qu'elle résulte de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 dans la mesure où l'Etat burkinabé souscrit pleinement à ces déclarations. Ces textes auxquels on peut joindre la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, n'étant pas plus explicites sur la définition et la valeur du droit à la vie, les juges constitutionnels, notamment européens, sont restés hésitants et ont affiché des conceptions sensiblement différentes.

Ainsi, en Allemagne, le juge constitutionnel⁶ a censuré une loi autorisant l'avortement pendant les douze premières semaines, aux motifs que la loi fondamentale reconnaît à la vie de l'enfant à naître une valeur au moins égale à celle de la femme et que la dignité de la vie humaine vaut déjà pour la vie non enfantée. Il en a conclu que l'avortement est inconstitutionnel mais peut être exceptionnellement autorisé. En Espagne, au Portugal et en Italie, on admet que les droits de l'embryon doivent être conciliés avec le droit non seulement à la vie mais aussi à la santé de la mère. En Espagne, on a ainsi substitué, lors de la rédaction de la Constitution, à la formule « la personne a droit à la vie » celle plus complète de « tous ont droit à la vie » afin que l'embryon qui n'est pas considéré comme une personne puisse être protégée. En Irlande, l'article 40 de la Constitution reconnaît clairement le droit à la vie de l'enfant à naître. Aux USA où l'avortement est considéré comme un droit pour la mère, la Cour suprême reconnaît le droit pour la femme de choisir l'avortement avant la date de viabilité du fœtus alors qu'après la période de viabilité, l'Etat peut limiter le droit à avorter, sous réserve de la protection de la santé et de la vie de la mère.

En France, en dépit des articles 16 du Code civil et 1er de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'IVG⁷, le Conseil constitutionnel n'a pas indiqué expressément si le droit de tout être humain au respect de sa vie dès le commencement de sa vie avait un caractère constitutionnel mais a admis que le législateur puisse écarter l'embryon non implanté du champ d'application de ce

⁵ Elle a été adoptée par référendum le 2 juin 1991 et promulguée le 11 juin 1991.

⁶ Cf. décision du 28 mai 1993 et A. Grosser, Constitution et Etat de droit, le Monde 9 juin 1993

⁷ L'article 16 C.Civ., issu de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (J.O- 30 juillet 1994, p. 11056) dispose : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité, de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

Pour sa part, l'art. 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975 dispose : « La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie...».

droit⁸. Il y a bien là reconnaissance de la nécessité de protéger l'embryon, potentialité de personne, mais le législateur s'est refusé à lui accorder un statut pour trois raisons :

- parce que la définition de l'embryon est scientifique et incertaine ;
- parce qu'un tel statut remettrait en cause l'utilisation du stérilet comme méthode contraceptive
- parce qu'enfin, la vie est un processus continu qui conduit à ne donner à l'embryon un statut spécifique, pas plus qu'à l'enfant ou au vieillard.

Mais alors, il est paradoxal de reconnaître un droit à la protection de la vie dès son commencement, d'affirmer que la vie est un processus continu dont l'origine est la fécondation d'un ovule par un spermatozoïde et d'écarter certains embryons de ce droit. C'est pourtant l'attitude adoptée par le législateur français, à propos du problème des embryons dont il permet la destruction, sous certaines conditions, s'ils ne font plus l'objet d'un projet parental. Le Conseil constitutionnel en déduit implicitement que l'embryon non implanté n'est pas sujet de droits constitutionnels mais un objet.

Comme on peut le constater, toute la problématique du droit à la vie revient à la question de la nature juridique de l'embryon. Est-il un sujet de droit, une personne ou seulement un objet dont la mère est propriétaire ?

Selon un principe généralement admis en droit, la personnalité juridique n'est accordée qu'à l'enfant né vivant et viable. L'embryon ne serait donc pas en principe une personne juridique. Mais ce principe n'est pas absolu puisque déjà en droit romain, un autre principe (*infans conceptus pro jam nato habetur quoties de commodis ejus agitur*)⁹ permettait de faire acquérir des droits à l'enfant simplement conçu. En droit civil aujourd'hui, des droits de successions et la possibilité de bénéficier de libéralités sont reconnus à l'enfant conçu¹⁰. Mais il s'agit de lui reconnaître ici une personnalité « conditionnelle » puisque le fœtus n'est sujet de droit qu'à la condition qu'il naisse vivant et viable. On ne saurait donc en déduire un principe général pour la personnalité juridique du fœtus avant la naissance.

Au bout du compte, le droit à la vie n'a de contenu et de portée qu'en fonction de la nature juridique faite à l'embryon. Mais la délicatesse du débat autour de cette nature n'a pas permis aux législateurs nationaux de le trancher souvent dans un sens ou dans tel autre. Cela est également perceptible dans la disparité des réglementations adoptées au sujet du droit à la vie.

⁸ ' Cf. décision n°94-343-344 DC du 27 juillet 1994, **J.O.** R.F. 29 juillet 1994 p. 11024. Il est à noter que les embryons exclus du champ de la protection le seront à cause de préoccupations scientifiques et qu'il ne s'agira que d'embryons conçus in vitro et non implantés.

⁹ L'enfant conçu est réputé né toutes les fois qu'il va de son intérêt.

¹⁰ " L'exercice anticipé des prérogatives de l'autorité parentale ne saurait être exclu.

Le droit à la vie est ensuite un droit diversement réglementé. La plupart des législations nationales relatives au droit à la vie se réfèrent aux textes internationaux (Déclaration universelle des droits de l'homme, Convention européenne des droits de l'homme, Charte africaine des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques) pour expliquer et légitimer leurs textes nationaux en la matière. Ces textes n'étant généralement pas très explicites, chaque législateur donne au droit à la vie un contenu approprié à son contexte sociologique, juridique et politique. La protection du droit à la vie se rencontre néanmoins essentiellement en matière d'interruption de grossesse.

Au Burkina Faso, jusqu'en 1996, l'avortement provoqué ou interruption volontaire de grossesse était purement et simplement interdit. Seul l'avortement thérapeutique était autorisé mais entouré de précautions¹¹. Le droit à la vie de l'enfant à naître paraissait, on ne peut mieux, garanti. Le Code pénal en vigueur interdit de façon générale toute IVG ou tentative d'IVG (article 386) et réserve deux hypothèses : l'interruption pratiquée sur demande de la femme placée en situation de détresse pour viol et inceste (article 387, al.2) et l'interruption pratiquée pour motif thérapeutique, c'est-à-dire si « le maintien de la grossesse met en péril la santé de la femme » ou s'« il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic » (art. 387, al. 1^{er})

Il punit ensuite le fait de fournir à la femme les moyens matériels de pratiquer l'interruption sur elle-même. Peu importent les moyens proposés, la qualité du coupable, que la femme fasse ou non usage des moyens fournis qu'elle soit effectivement enceinte ou seulement supposée telle et qu'elle y ait consenti ou non (article 383). La peine est un emprisonnement de un à cinq ans et une amende de 300.000 F à 1.500.000 F. S'il en est résulté la mort, l'emprisonnement sera de dix à vingt ans (art. 383 al.2). Et dans le cas où le coupable se livrerait habituellement à de tels actes (art. 383), l'emprisonnement sera de cinq à dix ans (cas de l'article 383 al. 1) ou à vie (cas de l'article 383 al. 2)

Il punit enfin d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 50.000 à 600.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque par tout moyen de diffusion et de publicité incite à l'avortement

En France, depuis l'adoption de la loi Veil du 17 janvier 1975 et de la loi du 31 décembre 1979 relatives à l'IVG, on a assisté à une certaine libéralisation de l'avortement dans le sens d'un élargissement de l'avortement thérapeutique¹² et de donner la possibilité à la femme enceinte de demander et d'obtenir l'interruption de sa grossesse avant la fin de la dixième semaine. Le législateur français punit, outre

¹¹ Il n'était autorisé que lorsque la vie de la mère était en danger et sa nécessité devait être constatée par le médecin traitant et confirmée par deux autres médecins.

¹² C'est de ces lois françaises dont le législateur burkinabé s'est inspiré en 1996 pour élargir le champ de l'avortement thérapeutique mais il n'est pas allé aussi loin que le législateur français puisqu'il a limité les cas de détresse aux seuls cas de viol et d'inceste.

la fourniture de moyens matériels comme au Burkina Faso, l'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressé (art. 223-10 Code pénal) et l'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (art. L. 162-15 Code Santé publique, issu de la loi du 27 janvier 1993). Une telle entrave peut consister dans le fait de perturber l'accès aux établissements autorisés à pratiquer les IVG ou la libre circulation des personnes à l'intérieur de ces établissements et le fait d'exercer des menaces ou des intimidations à l'encontre des personnels médicaux et non-médicaux travaillant dans ces établissements ou des femmes venues y subir une IVG¹³.

Au total, la législation actuelle du Burkina Faso est restée fidèle à sa conception ancienne du droit à la vie avec le rejet de principe de toute IVG tandis que le législateur français s'est voulu moins rigoureux à cet égard. Cependant même le législateur français n'a pas osé s'aventurer trop loin dans cette direction puisque, aux dires même de l'initiatrice de la loi du 17 janvier 1975, « l'avortement doit rester l'exception, l'ultime recours pour des situations sans issue »

Ainsi le droit à la vie est diversement réglementé, ce qui traduit par ailleurs son caractère relativement limité

B - Le droit à la vie - un droit limité

Lorsque l'on examine les législations relatives à l'IVG, on observe que même les moins permissives à son égard ne font pas du droit à la vie un principe absolu, à protéger coûte que coûte. A prendre l'exemple du Burkina Faso, on pourrait penser que le caractère très répressif de la législation sur l'IVG garantit totalement le droit à la vie. Ce n'est pas le cas puisque l'avortement thérapeutique y a même vu son champ d'action s'élargir pour prendre en compte des situations que le progrès scientifique a permis de révéler (par le diagnostic prénatal ou qui n'étaient pas prévues par le législateur d'avant 1996 alors qu'elles pouvaient mériter plus de considération à cet égard (cas du viol et de l'inceste).

La généralité des expressions utilisées par le législateur français pour permettre à la femme placée « dans une situation de détresse » ouvre la voie aux juges pour prendre en compte toutes les autres situations que le législateur n'a pas pu envisager. La liste des situations d'avortement thérapeutique peut donc toujours s'allonger. Au demeurant, si l'avortement est autorisé lorsque la vie de la mère est en danger, cela n'est-il pas normal puisque ce sont alors deux vies qui seraient menacées au lieu d'une ; mais n'est-ce pas alors tuer une vie pour conserver une vie ? La vie de la mère a-t-elle plus de valeur que celle de l'enfant à naître ? Le droit à la vie n'en est que plus relatif.

Par ailleurs, on peut s'étonner que le législateur burkinabé qui semble plus protecteur du droit à la vie de l'enfant à naître que le législateur français, ait exclu

¹³ Il est à noter que la rédaction de ce texte a été inspirée par quelques actions - commandos » dont la presse a fait état.

de l'incrimination l'IVG au cas de viol ou d'inceste, la vie de la mère n'étant pas souvent vraiment en danger dans ces cas-là ; et pourtant, on va permettre de tuer la vie pour sauvegarder d'autres valeurs de la vie. Le droit à la vie alors vaut-il moins que le droit à l'honneur ou à la réputation ? La protection du droit à la vie, même lorsqu'on reconnaît l'embryon comme une personne, ne semble pas avoir un caractère absolu. On peut aussi s'interroger sur le point de savoir si le droit à la vie n'est pas également entravé par l'exercice d'un autre droit en sens opposé aux intérêts de l'enfant à naître, le droit de la femme de refuser la procréation, en vertu de sa liberté individuelle

II- Interruption de grossesse et droit de refuser la procréation

La controverse sur l'IVG a opposé et oppose deux familles de pensée : celle qui la refuse par respect du droit à la vie, de valeurs morales ou religieuses et d'intérêts Collectifs¹⁴ et celle qui l'accepte par respect de la liberté individuelle de la femme, la décision de prolonger ou d'interrompre une grossesse relevant de la vie privée de la mère. En effet, comment admettre une dépénalisation, partielle ou totale, de l'IVG sans reconnaître qu'elle ne serait qu'une affirmation du droit à la liberté de procréation de la femme ? Il paraît incontestable que les législations comme celles du Burkina Faso qui incriminent l'avortement ne sont pas favorables à la reconnaissance à la femme de la liberté de procréer ou de ne pas procréer au nom du nécessaire respect du droit à la vie appliqué à l'embryon ou au fœtus. Mais n'est-ce pas le prolongement normal du droit à la vie que le droit de la transmettre ? Ce droit naturel est implicitement reconnu dans le droit de fonder une famille consacrée par les articles 23 du Pacte international sur les droits civils et politiques et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, le droit de fonder une famille n'est pas absolu puisqu'à la question de savoir si toute personne a le droit, à toute condition, d'avoir un enfant, le Comité consultatif national d'éthique française pour les sciences de la vie et de la santé a répondu négativement¹⁵. La liberté de procréer doit être consciente et c'est pourquoi il est prévu un contrôle de la procréation tant naturelle qu'artificielle. La liberté de procréation n'implique pas seulement une liberté consciente de procréer ; elle implique également le droit de ne pas procréer, la liberté de refuser de procréer. Un tel droit peut sinon justifier du moins expliquer une libéralisation de l'IVG (A). Son exercice ne sera pas pour autant absolu (B).

A - Le droit de refuser la procréation - une dimension essentielle de la liberté-de procréation.

¹⁴ Cf. art. 4 de la Charte des droits de la famille présentée par le St Siège le 22 octobre 1983 : « La vie humaine doit être absolument respectée et protégée dès le moment de sa conception. a) l'avortement est une violation directe du droit fondamental à la vie de tout être humain ».

¹⁵ " Cf. son avis du 23 octobre 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle.

Avec la liberté consciente de procréer, le droit de refuser la procréation constitue l'une des composantes de la liberté de procréation. Cette liberté elle-même est une des prérogatives essentielles de l'homme résultant de son droit à disposer de son corps. Ce droit fait partie d'un ensemble de libertés reconnues à toute personne humaine et qu'on peut qualifier de « liberté physique ». Le Conseil constitutionnel ne s'est pas trompé alors, lorsque, appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi Veil du 17 janvier 1975, il a pu la considérer comme une loi de « liberté » dans la mesure où « elle institue la libre maternité et la libre disposition de son corps par chacun », ce qui est conforme à la Déclaration de 1789 qui fait de la liberté le but de toute association politique en précisant que « la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui et parce que Le fœtus ne peut être considéré comme cet autrui que vise la Déclaration... »¹⁶.

Le législateur français, à l'instar du législateur burkinabé¹⁷ semble, à travers les lois de 1975 et de 1979 relatives à l'IVG, avoir placé résolument la décision d'avorter dans le champ de la vie privée de la mère. Même si elle est obligatoirement informée, médicalement et socialement conseillée, c'est à elle que revient l'initiative de l'IVG si elle s'estime placée dans une situation de détresse (art L 162-4 du Code Santé publique). Cette décision relève du droit de la femme de disposer seule de son corps. Ce droit a été rappelé par le Conseil d'Etat qui a décidé que si l'article L 162-4 du Code Santé publique prévoit à titre facultatif la participation du couple à la consultation et à la décision à prendre, ce texte « n'a ni pour objet ni pour effet de priver la femme majeure du droit d'apprécier elle-même si sa situation justifiait l'interruption de la grossesse »¹⁸. Ainsi apparaît reconnu et protégé le droit de la femme de refuser de procréer et d'interrompre la procréation. Mais un tel droit ne sera pas toujours garanti à la femme.

B - Le droit de refuser la procréation : un droit limité

Le problème ici est de savoir si du fait de la libéralisation de l'avortement, on peut affirmer que le fœtus n'a pas de droit à la vie et que par conséquent, la mère peut en disposer librement. S'agit-il d'un droit subjectif exclusif de la mère ? L'exercice du droit de refuser la procréation se heurte à des écueils certains, ce qui le rend relatif.

En effet la liberté de recourir à une IVG autre que thérapeutique, même dans les Etats où elle est reconnue comme la France, trouve une limite d'ordre temporel : elle ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la dixième semaine de grossesse (art

¹⁶ Cf. Cons. Const. 15 janvier 1975, JCP 1975 II 18030, note E.M. BEY, très critique à l'égard de cette décision.

¹⁷ Cf. notamment l'art. 387 al.2. C. Pénal ; c'est, entre autres, par là que le législateur burkinabé tiré son inspiration des lois françaises de 1975 et 1979.

¹⁸ Santé privée Cf. C.F.-. Ass., 31 octobre 1980, D.S. 1981 J. 38 ; Voir dans le même sens, Cass. Civ. 2è 10 décembre 1980 Bull. Civ. N°258 p. 176.

162-1 Code Santé publique)¹⁹. Par ailleurs, la femme désireuse d'interrompre sa grossesse doit suivre une procédure rigoureuse en deux phases (médicale et sociale) organisée en vue non seulement de la faire réfléchir mais surtout de l'inciter à renoncer à son projet²⁰. Une foi décidée, l'IVG ne peut être pratiquée que par un médecin et elle ne peut avoir lieu que dans un établissement d'hospitalisation public ou public (art. L 176 Code Santé publique). Ces conditions d'application et la pratique de la loi conduiraient environ 5000 françaises chaque année à aller en Grande Bretagne ou la législation fixe un délai plus long que celui de dix semaines".²¹

Un autre écueil réside dans le fait qu'en cas d'échec d'une IVG, la naissance d'un enfant n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation, à moins qu'existent des circonstances ou une situation particulière susceptible d'être invoquée par l'intéressé.²²

Par ailleurs, et si le droit de refuser la procréation est un droit propre de la femme, la procréation intéresse les parents, notamment le père. Dans ce sens, on peut se demander s'il suffit d'être seule pour procréer ou s'il faut être deux et parfois trois. En matière d'avortement, la plupart des législations ne requièrent pas l'accord du père. Mais ici, le problème peut être vaste dans la mesure où il va s'agir de décider du sort des embryons qui peuvent, entre autres, faire l'objet de destruction²³, de donation aux fins de recherche à des fins thérapeutiques, indépendamment de l'avortement ou après celui-ci.

Toutes ces questions dépassent assurément le champ limité de la vie privée et même familiale. La natalité, la population, la famille touchent à d'importants intérêts moraux, sociaux et politiques. C'est à l'effet de prendre en compte ces limites du droit de refuser la procréation que des mesures sont prises de plus en plus pour assurer un contrôle de la procréation naturelle (mesure de régulation des naissances ou relatives à la stérilisation non volontaire de certaines catégories d'individus) et singulièrement artificielle en raison des nombreux problèmes éthiques posés (insémination artificielle par le conjoint ou par donneur). En tout état de cause, l'Etat a des intérêts légitimes depuis le début de la grossesse à protéger la santé de la femme et la vie du fœtus, qui peut devenir un enfant.

Le droit de refuser la procréation, pour toutes ces raisons, apparaît restreint et son exercice relatif.

¹⁹ Un tel délai, dont le principe se retrouve dans toutes les législations ayant opté pour la liberté de l'IVG se fonde essentiellement sur des raisons d'ordre médical.

²⁰ Cf. les art. L 162-5 et L 162-7 Code Santé publique).

²¹ Cf. « 6000 françaises à Londres, France Inter, Emission « Tabou » du 18 décembre 1983.

²² Cf. C.E. Ass. 2 juillet 1982, Mlle R., D. S. 1984 J 425, note J. B.

²³ Un auteur fait remarquer que la terminologie utilisée est souvent plus proche de celle applicable aux choses que de celle applicable aux personnes.

Conclusion

Au terme de nos investigations, on peut observer que si l'incrimination de l'avortement peut autoriser, au Burkina Faso en particulier, à affirmer que l'enfant simplement conçu a droit à la vie, on ne pourra pas, à l'inverse, déduire de la légalisation de l'avortement que cet enfant n'a pas de droit à la vie et que par conséquent, sa mère peut en disposer librement. La légalisation de l'avortement n'est, en effet, que le fruit d'un compromis visant à régler un conflit entre les intérêts de la mère (nécessité de lui éviter des risques physiques ou une détresse morale) et l'intérêt du fœtus à la vie. Du reste, l'objectif du législateur français de 1975 et de 1979 n'était pas de trancher le débat pour ou contre le droit de l'enfant conçu à la vie ou pour ou contre le droit de la mère à refuser de procréer. Il s'agissait pour lui de lutter contre le fléau des avortements clandestins et de l'avortement en général par des moyens nouveaux. Il semble qu'il n'y soit pas parvenu²⁴. Le législateur français de 1994 n'a guère contribué non plus à clarifier le statut de l'embryon humain. Il ne le définit pas et se contente de poser les limites de l'utilisation de l'embryon. Ce constat paraît regrettable à l'heure où tout démontre que l'enfant simplement conçu est un être humain et qu'au regard du droit, il ne saurait être traité comme une chose, un objet de droit²⁵. « Cela n'implique pas de lui appliquer toutes les règles concernant les personnes déjà nées. Mais cela impose de ne pas lui refuser les droits et la protection spécifique que réclame son intérêt et que justifie son humaine et fragile condition ». Et n'est-ce pas là le message dont la tradition juridique est porteuse !

Toujours est-il que le laconisme du législateur face aux nombreux problèmes éthiques révélés par le développement prodigieux de la biologie et de la génétique, a généré un véritable droit de l'éthique médicale²⁶. Le débat n'est pour autant pas tranché. Et cela est dommage. « Si l'homme se prend pour une chose, s'il accepte qu'on le prenne pour une chose, s'il cesse de croire qu'il est un homme qui doit être respecté, il n'y aura plus d'espérance, et la fin de l'espérance, c'est la fin de la civilisation. C'est sur la différence entre la personne et la chose que se jouera le XXI^e siècle²⁷ ».

Du côté des législations prohibitives de l'avortement comme celle du Burkina Faso, il se pose des problèmes tels que :

- l'interprétation large ou restrictive des cas dans lesquels l'avortement est admis : la mise en péril de la santé de la mère, l'affection grave et incurable de l'enfant à naître, la détresse découlant du viol ou de l'inceste ;

²⁴ Voir à ce sujet, les développements que nous avons faits supra à propos du caractère relatif du droit de refuser la procréation.

²⁵ Cf. P. RAYNAUD, L'enfant peut-il être objet de droit ?, Dalloz 1988 Chronique, p. 109.

²⁶ Voir pour plus de détails à ce sujet, « Le droit des comités d'éthique » par C. BYK et G. MEMENTEAU. éd ESKA Paris 1996.

²⁷ Cf. P. MALAURIE et L. AYNES, « Les personnes, les incapacités. Cujas 1992.

- de l'effectivité des textes et de la répression pour des délits qui sont difficiles d'appréhension, à un moment où on dénonce l'impunité de crimes plus choquants pour la conscience collective ;
- le risque de multiplication d'avortements clandestins pouvant attenter à la vie de la mère et d'abandons de nouveaux nés ;
- l'amélioration de la condition sociologique des filles mères traditionnellement exclues de la famille ou tout au moins pendant beaucoup de leur considération sociale.

Ce sont là des problèmes auxquels la collectivité tout entière devra trouver des solutions idoines.