
Le droit à l'avortement : une analyse comparative des lois et politiques américaines et belges

Auteur : Bodson, Stéphanie

Promoteur(s) : van der Mensbrugge, François

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique : 2022-2023

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/16836>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

Le droit à l'avortement : une analyse comparative des lois et politiques américaines et belges

Stéphanie BODSON

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique 2022-2023

Nombre de caractères : 54 088

Recherche menée sous la direction de :
Monsieur François VAN DER MENSBRUGGHE

Professeur

REMERCIEMENTS

En premier lieu, je tiens à remercier mes parents pour m'avoir offert ces études et pour m'avoir soutenu tout au long de celles-ci.

Ensuite, je tiens à remercier mes frères, Christophe et Sébastien Debatty, pour avoir relu ce travail et m'avoir apporté de précieux conseils.

De façon plus générale, je tiens à remercier ma famille pour avoir été à mes côtés au cours de ces cinq années.

Enfin, je tiens à remercier mon promoteur, Monsieur Van Der Mensbrugge, pour m'avoir permis de réaliser ce présent travail.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	5
I. COMMENT LA PRATIQUE A FAÇONNE LE DROIT A L'AVORTEMENT AUX ÉTATS-UNIS ET EN BELGIQUE	6
A. De la prohibition à la légalisation : l'influence des changements sociétaux sur les politiques de l'avortement	6
1. Un fossé entre le droit et la pratique	6
2. Une légalisation cruciale	9
B. Les points d'ombre du droit à l'avortement	13
1. Une lecture erronée de la Constitution ?	13
2. La question de la santé publique	15
3. La compétence législative en matière d'avortement	16
II. L'EQUILIBRE FRAGILE DU DROIT A L'AUTODETERMINATION DES FEMMES FACE AU RESPECT DE LA VIE A NAITRE	18
A. Le 14e amendement : la pierre angulaire du droit à l'avortement américain	18
1. La <i>due process clause</i> : une clause constitutionnelle au cœur de la controverse	18
2. La doctrine de la <i>stare decisis</i> : un rempart contre les remises en question de la clause de <i>due process</i> dans le droit à l'avortement ?	21
B. La dépénalisation partielle : un compromis belge	22
1. La loi Lallemand-Michielsens de 1990	22
2. Trente ans de dépénalisation partielle : vers un changement de perspective ?	23
C. La nécessité d'une neutralité juridique face à un conflit moral	24
III. L'EVOLUTION A TRAVERS LE TEMPS DU DROIT A L'AVORTEMENT	26
A. Dobbs : le revirement inévitable d'une protection structurellement défailante	26
1. Le changement de majorité au sein de la Cour suprême	26
2. Des signes annonciateurs d'un changement de cap juridique	26
3. Dobbs : le revirement jurisprudentiel redouté	27
B. Les timides avancées belges depuis les années 90	30
1. La loi de 2018 : entre progrès symbolique et limites concrètes	30

2.	L'impact de l'Amérique : quelles attentes pour le futur ?	31
C.	La polarisation croissante des positions sur l'avortement aux États-Unis et en Belgique	31
1.	Les critères d'accès à l'avortement : état des lieux	31
2.	Deux courants évoluant en sens inverse	32
	CONCLUSION	34

Introduction

« *L'avortement pose une question morale profonde. La Constitution ne prohibe pas les citoyens de chaque État de réglementer ou d'interdire l'avortement. Roe et Casey se sont attribués cette autorité. La Cour annule ces décisions et rend cette autorité au peuple et à ses représentants élus* »¹. Ces quelques mots effectuent un revirement jurisprudentiel majeur aux États-Unis où, désormais, le droit à l'avortement n'est plus garanti par la Constitution. Ce bouleversement majeur a provoqué une véritable onde de choc internationale et a ravivé un débat essentiel qu'est celui du droit à l'autonomie des femmes sur leur corps.

De nombreux questionnements découlent de l'arrêt *Dobbs v. Jackson's Whole Women's Health Organization* et il est, plus que jamais, nécessaire de comprendre les causes et conséquences d'une telle décision. Aussi, il est inévitable de se questionner sur l'éventualité d'un retour en arrière similaire en Belgique.

Ce présent travail a pour objectif de répondre à ces différentes interrogations en réalisant une analyse comparative du droit à l'avortement entre les États-Unis et la Belgique.

Tout d'abord, ce travail va débiter avec l'histoire de la légalisation de l'avortement. Cette histoire s'est inscrite dans un contexte bien précis qu'il convient d'examiner. Aussi, les différents aspects controversés de cette légalisation seront mis en exergue. Ces aspects comprennent une analyse constitutionnelle de l'avortement, les limites imposées par la santé publique et la question de la compétence législative.

Ensuite, un développement quant à la fragilité de l'interruption volontaire de grossesse (IVG) au sein des deux régimes légaux sera exposé. En premier lieu, le quatorzième amendement de la Constitution américaine sera analysé à travers sa clause de *due process*. Par la suite, le concept de *stare decisis* et son application dans l'arrêt *Dobbs* seront approfondis. Quant à la Belgique, les attentes de la dépénalisation partielle de l'avortement seront mises en comparaison avec les avancées réelles qu'elle a apportée. Enfin, une recherche concernant l'importance de la dimension morale de l'avortement et la manière dont elle accentue la fragilité des lois qui lui sont relatives sera abordée.

Enfin, la dernière partie de ce travail portera sur l'évolution de l'avortement au sein des deux pays. Il conviendra d'aborder le revirement de jurisprudence des États-Unis ainsi que le contexte à travers lequel il s'inscrit. L'évolution belge sera ensuite examinée ainsi que les potentiels impacts que l'Amérique a pu avoir sur celle-ci.

¹ *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S., _ (2022) (slip op., at 2).

I. Comment la pratique a façonné le droit à l'avortement aux États-Unis et en Belgique

- A. De la prohibition à la légalisation : l'influence des changements sociétaux sur les politiques de l'avortement
 - 1. Un fossé entre le droit et la pratique

Avant que l'avortement ne soit légalisé en Belgique et aux États-Unis, il existait un réel écart entre la pratique et la législation en la matière.

En Belgique, avant 1990, l'avortement était illégal en vertu des articles 348 et suivants du Code pénal, qui figuraient dans le Titre VII, Livre II, consacré aux "crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique".

Les premières lois anti-avortement ont été introduites vers la fin du XIXe siècle. C'est à cette même période que la perception de l'avortement a subi un changement. Celui-ci n'était plus considéré comme affectant uniquement la personne concernée, mais plutôt l'ensemble de la société et l'ordre familial. Certains estimaient que cette pratique était une attaque contre la morale et les valeurs sociales. Des lois encadrant l'avortement ont été mises en place dans le but de poursuivre un objectif de protection de la sécurité familiale et de préservation des mœurs, identifiés comme des motifs puissants pour la création de ce cadre législatif².

Entre 1867 et 1911, la question de l'avortement en Belgique s'est retrouvée dans une position stagnante et le nombre d'avortements a considérablement augmenté, devenant une méthode contraceptive largement accessible. Face à l'inquiétude de la dénatalité à la veille de la Première Guerre mondiale, le législateur a cherché à affronter les racines du problème : les grossesses illégitimes et/ou non désirées, qu'il considérait comme le résultat d'une morale en déclin. En 1923, une loi dite "nataliste" visant à réprimer la publicité et la diffusion d'informations sur la contraception vient s'ajouter à l'interdiction de l'avortement déjà présente sur le territoire belge³.

Les femmes ont donc été contraintes d'accoucher et leur corps est devenu l'enjeu central de tous les débats.

² S. VILLERS, *L'avortement et la justice, une répression illusoire*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2009, p. 19 à 34.

³ S. VILLERS, *ibidem*, p. 35 à 72.

Ce retour à une politique plus stricte en matière d'avortement a eu l'effet d'un coup d'épée dans l'eau. En effet, à partir des années 1940, il était déjà possible d'obtenir l'autorisation d'avorter dans certaines circonstances spécifiques. La pratique de l'avortement est devenue de plus en plus tolérée et certains avortements clandestins ont commencé à être effectués dans des conditions convenables. C'est dans ce cadre que, en 1962, le premier centre de planning familial en région francophone a ouvert ses portes⁴.

L'affaire Peers de 1973 a été un tournant décisif dans l'histoire du droit à l'avortement en Belgique. Willy Peers, un gynécologue respecté, est arrêté pour avoir pratiqué plus de trois cents avortements. Cette arrestation a provoqué une mobilisation populaire, en particulier de la part des groupes progressistes, qui ont manifesté à plusieurs reprises pour obtenir la légalisation de cette pratique.

Bien que toujours illégal à cette époque, la répression de l'avortement ne se faisait plus que sur base de dénonciations⁵.

Au fil du temps, l'interdiction totale de l'avortement est devenue de moins en moins pertinente aux yeux des citoyens, et à chaque poursuite engagée, une indignation croissante se faisait sentir au sein de la population. La pratique de l'avortement s'éloignait progressivement de la théorie, créant ainsi une insécurité juridique insoutenable.

Aux États-Unis, avant la décision *Roe v. Wade* de 1973, les États détenaient l'entière compétence en matière d'avortement. Les législateurs de chaque État avaient un pouvoir discrétionnaire quant à la légalisation ou la répression de cet acte.

L'avortement était alors considéré, dans la majorité des États, comme un acte répréhensible à partir du moment où les mouvements fœtaux pouvaient être perçus (appelé « *quickening* » en anglais), bien que cela ne soit pas qualifié d'infanticide pour autant.

Aux aurores des États-Unis, durant la période coloniale, il n'existait aucune loi spécifique interdisant l'avortement, néanmoins quelques cas de jurisprudence laissent penser que cette intervention n'était pas acceptée pour autant. L'opinion majoritaire de la Cour suprême dans l'affaire *Dobbs*, a notamment porté une attention particulière à plusieurs affaires rendues durant cette période⁶. Cependant, chacune de ces affaires concernent des cas d'avortements forcés où la femme n'avait pas exprimé un quelconque consentement.

⁴ A.-F. RENQUIN, « L'évolution de la législation sur l'Interruption volontaire de grossesse en Belgique et dans quelques pays d'Europe », disponible sur <https://perso.helmo.be>, s.d., consulté le 6 mars 2023.

⁵ A.-F. RENQUIN, *ibidem*.

⁶ *Commonwealth v. Lambrozo*, 53 Md. Archives 387-91 (1663) ; *Commonwealth v. Brooks*, 10 Md. Archives 464-65, 486-88 (1656) ; *Commonwealth v. Mitchell*, 10 Md. Archives 171-86 (1652).

Au XIXe siècle, l'affaire *Commonwealth v. Bangs*⁷ a provoqué une onde de choc à travers le pays qui entraîna un regain d'énergie envers la criminalisation de l'avortement. Une fois de plus, cette affaire concerne un avortement non consenti. Il est donc important de relever, qu'une fois de plus, le législateur ne fait aucune distinction entre un avortement volontaire et un avortement forcé.

Durant ce siècle, plusieurs personnes ont milité pour faire de l'avortement un acte illégal et pénalement répréhensible dans tous les États, ce qui a conduit à l'adoption de nombreuses lois pénales criminalisant l'avortement à travers tout le territoire. Le docteur Horacio Storer, en particulier, a vigoureusement combattu l'avortement et a écrit plusieurs ouvrages s'opposant à cette pratique. Dans l'un de ceux-ci, il a déclaré que la profession médicale avait pour devoir de faire comprendre aux individus la vérité sur cette pratique immorale et que, pour ce faire, une sensibilisation de la communauté au sein de laquelle ces lois sont créées devait être effectuée⁸.

Ainsi, entre 1825 et 1952, trente États⁹ ont adopté des lois anti-avortement, dont treize¹⁰ l'interdisant à tout stade de la grossesse, même en cas de viol ou d'inceste.

C'est en 1969 qu'une des premières affaires célèbres en matière d'IVG est rendue en Amérique. Il s'agit de l'affaire *People v. Belous*. Durant cette affaire, Mme Belous, une jeune femme ayant interrompu sa grossesse avant terme, a soutenu que la législation californienne était anticonstitutionnelle, en ce qu'elle ne permettait pas d'accès à l'avortement, et violait le droit à la vie privée des femmes¹¹. La Cour suprême californienne lui a donné raison et cela a ouvert la voie à des décisions similaires.

L'arrêt *Griswold v. Connecticut* de 1965¹² revêt également une certaine importance quant à l'avènement du droit à l'avortement aux États-Unis en ce qu'il a constitutionnalisé le droit à la contraception pour les couples mariés en se fondant sur le droit à la vie privée. Cette décision, jalon important dans l'évolution du droit américain sur les questions de santé reproductive, a servi de précédent pour *Roe*.

En conclusion, l'avortement aux États-Unis et en Belgique était, jusqu'à la seconde moitié du XXe siècle, un acte qui violait les droits de la morale. Les deux pays ont donc promulgué des lois interdisant l'avortement, à l'exception de certains cas médicaux extrêmes.

⁷ *Commonwealth v. Bangs*, 9 Mass. 498 (1813).

⁸ H., STORER, *On criminal abortion in America*, Philadelphia, J.B. Lippincott & Co, 1860, p.105.

⁹ *Dobbs*, *slip op.*, p.23.

¹⁰ *Ibidem*, *slip op.*, p.101-108.

¹¹ *People v. Belous*, 71 Cal. 2d 954 (1969).

¹² *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

Cependant, dans le courant du siècle passé, la vision de la société face à l'avortement a considérablement évolué. Les lois prohibant cette pratique n'étaient plus vues par les individus comme étant cohérentes et justifiées. De nombreuses manifestations ont alors vu le jour au sein des deux États et il est devenu indispensable de légaliser l'interruption volontaire de grossesse.

2. Une légalisation cruciale

L'avortement aux États-Unis et en Belgique a été légiféré à la fin du XXe siècle. D'une part, la Belgique s'est attelée à rédiger une loi visant à dépénaliser l'IVG et, d'autre part, les États-Unis ont reconnu aux femmes une protection constitutionnelle en matière d'avortement.

*« Est-il encore concevable, dans un pays tel que le nôtre, de dénier à une femme le droit de décider si elle se sent capable d'assumer sa maternité ? »*¹³, demandait alors un membre de la Chambre des représentants lors de l'élaboration de la loi Lallemand-Michielsens.

En Belgique, la nécessité de trouver un équilibre entre la liberté individuelle de la femme et le respect de la vie en devenir a abouti à la création de cette loi. Cette dernière a fait l'objet de très longs débats, souvent houleux, entre les partisans et opposants à la légalisation de l'avortement.

Il est également important de comprendre le contexte changeant dans lequel s'inscrit cette loi. La famille qui, autrefois, occupait une place centrale au sein de la société s'est faite évincer au profit d'une vision plus individualiste du monde prônant le droit à l'égalité de traitement de chaque individu.

De nombreuses raisons ont poussé le législateur à réagir concernant l'accès à l'avortement. Quatre raisons sont tout particulièrement évoquées dans les travaux préparatoires de la loi¹⁴.

En premier lieu, la loi pénalisant l'avortement n'était plus respectée ni appliquée dans les faits. Les femmes enceintes qui souhaitaient se faire avorter le faisaient malgré une interdiction légale. Cela a entraîné une pratique risquée d'avortements clandestins, parfois effectués par des personnes non qualifiées, causant ainsi des blessures voire des décès. De plus, quelques médecins, intimement convaincus de la nécessité de procéder à un avortement, accomplissaient, de manière plus ou moins secrète, cette intervention (tel était le cas du

¹³ Projet de loi relatif à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les articles 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les articles 352 et 353 du même code, discussion générale, *Doc.*, Ch., 1989-1990, séance du 8 mars 1990, n°950/9, p.14.

¹⁴ Discussion générale précitée, *Doc.*, Ch., 1989-1990, séance du 8 mars 1990, n°950/9, p. 2 à 4.

docteur Peers). Un tel manque de considération envers une loi pénale n'était plus possible au sein d'un État de droit.

Ensuite, une importante majorité de la population contestait ouvertement cette interdiction depuis des décennies. De nombreuses manifestations eurent lieu durant les années qui ont précédé l'adoption de cette loi et il arrivait que des médecins déclarent ouvertement effectuer des avortements. La loi pénale était alors totalement discréditée.

En outre, le tourisme abortif vers des pays voisins, où l'avortement était légalement pratiqué, conduisait à une inégalité entre les femmes belges, toutes ne possédant pas les ressources nécessaires pour voyager à l'étranger afin de se faire avorter. L'égalité de tous les belges devant la loi, garantie par l'article 6 de la Constitution, était donc mise en péril.

Enfin, l'inconstance de la jurisprudence à l'égard de cette loi témoigne, une fois de plus, de son obsolescence. Les cours et tribunaux se retrouvaient à prendre des décisions incohérentes : une décision appliquait une condamnation, alors qu'une autre permettait un acquittement.

Cette nécessité de faire converger la norme juridique subjective, soit la réalité des faits, avec la norme juridique objective, soit la loi, a motivé l'initiative législative belge.

Lors de l'élaboration de la loi, le législateur a pris en compte différents points.

D'après celui-ci, les femmes choisissent de se faire avorter parce qu'elles estiment, après due considération, ne pas avoir d'autre choix. Il souligne également que le droit pénal doit être exceptionnel et utilisé en dernier recours. Aussi, étant donné que le droit pénal a un impact significatif sur les individus, il est crucial qu'il repose sur un consensus élargi.

Le législateur propose, dès lors, une dépénalisation partielle de l'avortement. Ce dernier ne pourrait ainsi être pratiqué que dans des conditions strictement définies par la loi. La condition décisive est l'état de détresse de la femme. Cette dernière se définit comme une situation subjective, propre à la femme, l'amenant à la certitude qu'elle ne peut faire face à sa maternité.

Cet état de détresse s'est retrouvé au cœur des débats. Le Conseil d'État, dans son avis du 27 octobre 1989, a affirmé qu'un tel concept devait être supprimé en ce qu'aucune définition précise et objective ne pouvait l'encadrer, menant à un manque de portée juridique¹⁵. Le Conseil est ensuite revenu sur son avis en soutenant que la notion d'état de détresse était

¹⁵ Projet de loi relatif à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les articles 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les articles 352 et 353 du même code, avis du Conseil d'État, *Doc., Sén.*, 1989-1990, séance du 15 janvier 1990, n°950/5, p.14 à 17.

pertinente si elle consistait en une analyse de la condition psychologique de la femme effectuée par le médecin¹⁶.

La loi de 1990 a fait l'objet d'une opposition brutale. Le Parti social-chrétien flamand a notamment fait valoir qu'une telle décision n'était pas concevable. Sur la base d'une proposition de loi¹⁷ qu'il a déposée, le parti indiquait que la reconnaissance du droit à la vie accorde un droit inaliénable à la vie de tout enfant né ou à naître. Les membres du parti poursuivaient en déclarant que l'avortement était, et devait rester, une infraction débouchant sur une sanction effectivement appliquée, à l'exception de certaines causes d'excuses rigoureusement définies (en cas de viol, par exemple). De plus, ils exigeaient une autorisation préalable du conjoint de la femme mariée ainsi que des parents de la jeune femme mineure. Enfin, ils désiraient que la plénitude de compétence en matière d'IVG demeure entre les mains du juge répressif (une large marge de manœuvre étant confiée au médecin).

D'autres représentants présents lors de l'élaboration de la loi iront jusqu'à dire que la légalisation de l'avortement « *saperait le fondement moral de la civilisation occidentale* »¹⁸ et entraînerait une banalisation de l'avortement « à la carte ».

Les opposants à l'avortement considéraient que la femme était incapable de juger de sa propre situation de détresse et que c'était à l'Ordre des médecins et/ou au juge pénal qu'il revenait de décider si une IVG était nécessaire ou non. Cette attitude aurait conduit la femme à subir un processus humiliant d'interrogatoires, de poursuites et de procès. De plus, la femme s'est retrouvée exclue du débat juridique sur son propre corps : la proposition de loi initiale du Sénat a été examinée par 166 hommes pour 18 femmes et tous les avis émis par le Conseil d'État émanaient d'hommes¹⁹.

Malgré les nombreuses oppositions, les dialogues ont abouti à l'adoption de la loi par 102 voix contre 73 et 7 abstentions²⁰.

¹⁶ Discussion générale précitée, *Doc.*, Ch., 1989-1990, séance du 8 mars 1990, n°950/9, p. 78.

¹⁷ Proposition de loi modifiant le Livre II, titre VII, chapitre Ier du Code pénal et insérant un chapitre relatif à l'interruption de grossesse dans l'arrêté royal No. 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales, discussion générale, *Doc.*, Ch., 1989-1990, séance du 6 décembre 1989, n°1024/1.

¹⁸ Discussion générale précitée, *Doc.*, Ch., 1989-1990, séance du 8 mars 1990, n°950/9, p. 25.

¹⁹ Discussion générale précitée, *Doc.*, Ch., 1989-1990, séance du 8 mars 1990, n°950/9, p. 15.

²⁰ L., DELFOSSE, J., van SOLINGE et VAES, B., « Victoire de la tolérance sur l'hypocrisie: le sénat dépénalise l'avortement le vote 182 sénateurs présents Roger Lallemand », disponible sur <https://www.lesoir.be>, 7 novembre 1989.

Concernant les États-Unis, la Cour suprême est intervenue pour constitutionnaliser le droit à l'avortement dans la décision historique de *Roe v. Wade*.

Cette affaire débute en 1970 lorsque Norma McCorvey, une jeune femme de vingt-deux ans, s'est vu refuser l'avortement qu'elle sollicitait au Texas, où l'avortement n'était légal que dans des cas restreints.

La jeune femme a intenté une action en justice, sous le pseudonyme de "Jane Roe", contre Henry Wade, le procureur du comté de Dallas, afin de contester la constitutionnalité de la loi texane sur l'avortement. L'affaire est finalement portée devant la Cour suprême des États-Unis en 1973. Elle affirme que la loi du Texas va à l'encontre de son droit à la vie privée et elle invoque plusieurs amendements de la Constitution, dont le quatorzième, pour étayer sa position. La question posée à la Cour suprême est de savoir si le droit à l'avortement est protégé constitutionnellement ou pas.

La Cour considère qu'un droit à la vie privée est repris dans la Constitution de manière implicite. Dans *Roe*, ce droit découle du concept de liberté individuelle du quatorzième amendement²¹. Des décisions antérieures à *Roe* (tel que l'arrêt *Griswold v. Connecticut*) affirment que les droits individuels sont susceptibles d'entrer dans ce concept de droit à la vie privée et peuvent, dès lors, « être tenus pour fondamentaux ou implicites sous le concept de liberté organisé par les lois »²². De cette manière, la Cour va déclarer que le droit à la vie privée inclut la décision d'avorter, mais que ce droit n'est pas sans limite et qu'il doit être mesuré à l'aune des intérêts importants que l'État possède sur sa réglementation²³. Ainsi, la Cour reconnaît aussi l'intérêt pour les États de légiférer sur la potentielle vie à naître.

De plus, une structure trimestrielle de l'avortement se basant sur les connaissances médicales disponibles à l'époque fut érigée par la Cour afin d'instaurer une balance entre l'autonomie de la femme et l'intérêt des États à légiférer sur la vie à naître. Elle a ainsi donné à la femme l'entière capacité de recourir à un avortement durant le premier trimestre de sa grossesse, et ce sans que les États ne puissent l'en empêcher²⁴.

En outre, grâce à l'arrêt de la Cour, un mécanisme d'examen minutieux (« *strict scrutiny* ») a été mis en place afin de déterminer à partir de quel moment les lois étatiques portaient atteinte au droit constitutionnel de l'accès à l'avortement. Le cas échéant, la loi ne pouvait

²¹ D'après d'autres cours, ce concept trouve sa source ailleurs. Tel est le cas de la Cour du district du Texas pour qui il découle des droits réservés au peuple par le neuvième amendement.

²² *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937).

²³ E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p. 748 à 750.

²⁴ F., van der MENSBRUGGHE et van MEERBEECK, J., « Chronique d'un revirement annoncé: la Cour suprême des États-Unis abroge le droit à l'avortement », *J.T.*, 2022, p.2.

être conservée que si l'État démontrait un « intérêt impérieux » (« *compelling state interest* ») à son maintien.

Brièvement, Roe a reconnu que les États avaient un intérêt légitime à protéger une vie potentielle mais, qu'un tel intérêt ne justifiait aucune restriction quant à l'accès à l'avortement avant la viabilité du fœtus²⁵²⁶.

Quelques arrêts subséquents vinrent préciser le droit à l'avortement en Amérique sans toutefois modifier les lignes directrices établies par Roe. C'est en 1992 que le droit à l'avortement va de nouveau subir un changement conséquent via l'arrêt *Casey v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania*²⁷.

Dans cette décision, la Cour suprême a maintenu l'essentiel de Roe, confirmant ainsi le droit fondamental des femmes à obtenir un avortement avant la viabilité du fœtus, mais a modifié tout ce qui s'ensuit. Elle a remplacé le « *strict scrutiny* » par un standard d'« *undue burden* »²⁸, beaucoup moins strict que celui imposé par Roe. Désormais une loi restreignant un avortement dans le but ou avec la conséquence de placer un obstacle considérable sur le chemin de la femme souhaitant recourir à un avortement instaure un « *undue burden* » et doit, dès lors, être annulée. La Cour supprima également la structure trimestrielle établie par Roe.

C'est ainsi que le droit à l'avortement naquit au sein des deux États. Au terme d'un long combat mené par les défenseurs des droits des femmes, l'avortement fut enfin légalisé. Néanmoins, un nuage noir continuait de planer sur ce droit toujours fragile.

B. Les points d'ombre du droit à l'avortement

1. Une lecture erronée de la Constitution ?

Le droit à l'avortement en Belgique et aux États-Unis est un droit extrêmement polarisé. D'un côté, ses défenseurs s'efforcent de le maintenir à flot, de l'autre, ses opposants se battent pour le faire succomber.

En Belgique, quelques voix se sont élevées pour contester la constitutionnalité de la loi Michielsens. Aux États-Unis, de nombreuses incohérences et lacunes ont été pointées du doigt, discréditant également la constitutionnalité du droit à l'avortement.

²⁵ *Dobbs, slip op.*, p.2.

²⁶ E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 745 à 754.

²⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

²⁸ X, « *Roe v. Wade* », disponible sur <https://reproductiverights.org>, s.d., consulté le 14 avril 2023.

L'argument principal des opposants à la dépénalisation partielle de l'avortement est, sans aucun doute, celui selon lequel sa légalisation serait contraire au droit à la vie, protégé par la Constitution ainsi que par diverses Conventions internationales²⁹.

Cet argument n'est possible que si on considère qu'un fœtus est un être humain. C'est précisément ce que défendent les détracteurs de la loi Lallemand-Michielsens comme on peut le voir dans les travaux préparatoires de la loi où un représentant indiquait qu'« *il ne peut être question d'établir qu'il existe une vie humaine qui mérite, qui mérite moins ou qui ne mérite pas d'être protégée* »³⁰.

Néanmoins, en Belgique, ainsi qu'aux États-Unis, le fœtus et l'embryon ne disposent pas de personnalité juridique. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs rappelé que « *[l]es droits reconnus par l'article 22bis de la Constitution aux enfants ne s'étendent pas à l'embryon et au fœtus au sens de la loi du 19 décembre 2008* »³¹. Dès lors, la prétention selon laquelle l'avortement porte atteinte au droit à la vie de l'enfant à naître n'est pas fondée.

Aussi, un recours contre la loi de 1990 fut porté devant la Cour constitutionnelle en 1991³². Les requérants y dénonçaient, notamment, des discriminations engendrées par la loi contraires aux articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour a rejeté les arguments des requérants en concluant que la loi était conforme constitutionnellement.

Concernant les États-Unis, la fragilité du droit à l'avortement réside dans les failles et lacunes de Roe et Casey. Un élément qui leur est grandement reproché est la lecture erronée de la Constitution que la Cour aurait exercée.

Le droit à l'avortement n'est effectivement pas explicitement inscrit dans la Constitution. Ce sont les juges de la Cour suprême qui ont avancé que ce droit découlait du quatorzième amendement. D'après l'opposition, il s'agit là d'une pure invention insérant un droit qui n'a aucun fondement dans le texte ou l'histoire de la Constitution³³. Cette conclusion est notamment celle du Juge Thomas, actuel juge de la Cour suprême³⁴.

Il est donc reproché à la Cour de Roe et Casey d'avoir fallacieusement élargi de manière disproportionnée le quatorzième amendement afin d'y insérer certains droits, tels que le droit à l'avortement, et d'avoir créé de toutes pièces une structure trimestrielle. La Cour aurait

²⁹ La CEDH dans son article 2 et la déclaration des droits de l'enfant de 1959 sont, entre autres, invoquées.

³⁰ Discussion générale précitée, *Doc.*, Ch., 1989-1990, séance du 8 mars 1990, n°950/9, p.8.

³¹ C.C., 5 octobre 2011, n°146/2011, B.9.

³² C.C., 19 décembre 1991, n°39/91.

³³ *Dobbs, slip op.*, p.2.

³⁴ *Whole Women's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. _ (2016), (slip op., at 61).

donc, de façon flagrante, outrepassé sa compétence en se substituant au pouvoir législatif détenu par les États.

C'est précisément ce qui est reproché à la Cour par l'opinion dissidente du Juge White, auquel le juge Rehnquist s'est joint, dans l'affaire *Doe v. Bolton* où il déclara : « *Je ne trouve rien dans la lettre ou l'histoire de la Constitution qui puisse soutenir le jugement de la Cour. La Cour façonne et annonce simplement un nouveau droit constitutionnel pour les femmes enceintes* »³⁵.

Cette fragilité n'est pas exclusivement relevée par les détracteurs de Roe et Casey. En effet, la Juge Ginsburg³⁶, à qui l'ont doit énormément d'avancées au niveau du droits des femmes et des minorités, reprochait à l'arrêt Roe d'avoir été trop loin trop rapidement prenant ainsi un rôle législatif qu'il ne possédait pas. Aussi, elle regrettait que le droit à l'avortement trouve sa source dans le droit à la vie privée et non dans l'Equal Protection Clause³⁷, ce qui, d'après elle, aurait permis une plus grande stabilité du précédent.

Au niveau de l'interprétation constitutionnelle, à l'instar de la Belgique, certains détracteurs critiquent le fait que, alors même que le quatorzième amendement est interprété largement, la définition d'une « personne » dans la Constitution est interprétée de manière restrictive afin de ne pas englober le fœtus. Cette critique est plutôt émise par des groupes religieux³⁸.

2. La question de la santé publique

Dans les limitations à l'accès à l'avortement, il existe une catégorie particulière caractérisée par sa légitimité aux yeux de la plupart : la santé publique. Les États se doivent de garantir, à travers leurs institutions, la protection de la santé de leur population.

Les limitations apportées par la Belgique et les États-Unis, tout du moins avant l'arrêt Dobbs, résident essentiellement dans des mesures visant à exiger des conditions médicales favorables pour l'intervention.

³⁵ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 221 (1973) (trad. libre).

³⁶ Juge à la Cour suprême de 1993 à 2020, elle fut remplacée par la Juge Amy Barrett.

³⁷ A., BLAKE, « What Ruth Bader Ginsburg really said about Roe v. Wade », disponible sur <https://www.washingtonpost.com>, 27 juin 2020.

³⁸ S. WILLS, « Ten Legal Reasons to Reject Roe », disponible sur <https://www.usccb.org>, s.d., consulté le 27 mars 2023.

La loi Lallemand-Michielsens exige que l'avortement soit pratiqué « *dans de bonnes conditions médicales, par un médecin, dans un établissement de soins où existe un service d'information qui accueillera la femme enceinte et lui donnera des informations circonstanciées [...]* »³⁹.

Les exigences médicales belges sont acceptées et reconnues comme étant justifiées et nécessaires. Concernant les États-Unis, il en est différemment.

En effet, la protection constitutionnelle qu'offraient les États-Unis, jusqu'il y a peu, forçait les États, y compris les États « pro-life », à permettre l'accès à l'avortement. Certains de ces États ont alors tenté de contourner cette obligation en adoptant des lois avec des exigences sanitaires telles que l'accès à cette intervention s'en trouvait malaisé. Un nombre important de ces lois ont fait l'objet de décisions de la part de la Cour suprême⁴⁰. Ces lois sont connues sous le nom de « Targeted Regulation of Abortion Providers » (« TRAP »). Elles imposent toute une série d'exigences ridiculement pointilleuses en vue de rendre presque impossible l'accès à l'avortement⁴¹.

A titre d'exemple, dans l'arrêt *Whole Women's Health v. Hellerstedt* de 2016, la Cour suprême a annulé une loi texane qui exigeait que les médecins pratiquant des avortements détiennent des privilèges d'admission dans les hôpitaux locaux⁴² et respectent les normes des centres chirurgicaux ambulatoires. Le Texas a soutenu qu'il avait adopté cette loi afin de garantir la protection de la santé et la sécurité de la femme enceinte. Cependant, la barre est grotesquement haute pour une intervention relativement sûre. Ces exigences, ne pouvant être respectées par la plupart des cliniques d'avortement texanes, impliqueraient, si la loi était effectivement appliquée, leurs fermetures.

3. La compétence législative en matière d'avortement

Afin d'adopter des lois relatives à l'avortement, les institutions se doivent d'être compétentes. Cette compétence législative est, au sein des deux États, répartie entre l'autorité fédérale et les entités fédérées.

En Belgique, selon les règles de répartition des compétences, c'est l'autorité fédérale qui légifère en matière pénale et qui possède une compétence résiduaire en matière de protection de la santé publique⁴³. Il revient donc à l'autorité fédérale d'adopter des lois en

³⁹ Loi relative à l'interruption de grossesse du 3 avril 1990, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code, *M.B.*, 5 avril 1990, art. 2.

⁴⁰ On pense notamment à *Casey* ou encore *Dobbs*.

⁴¹ F., van der MENSBRUGGHE et van MEERBEECK, J., *op.cit.*, p.5.

⁴² Situés dans un périmètre de 30 miles.

⁴³ C., BEHRENDT et VRANCKEN, M., *Principes de Droit Constitutionnel Belge*, Bruxelles, La Charte, 2019, p.396.

matière d'interruption volontaire de grossesse. Aussi, pour reconnaître la loi et lui conférer force exécutoire, celle-ci doit être promulguée.

La promulgation est l'acte par lequel le Roi, en tant que chef du pouvoir exécutif, atteste l'existence de la loi et en ordonne l'exécution, ce qui confère force exécutoire à la loi. Cette promulgation a néanmoins posé problème dans la loi de 1990. Ainsi, le Roi Baudouin a refusé de signer la loi en invoquant un problème de conscience personnelle, ce qui entraîna une crise constitutionnelle durant laquelle le gouvernement, réuni en conseil des ministres extraordinaire, a dû constater son impossibilité de régner, le temps de permettre la sanction et promulgation de la loi par le gouvernement⁴⁴.

À l'inverse, aux États-Unis, c'est aux entités fédérées qu'il revient de légiférer sur l'avortement. Un État « *a un intérêt légitime de s'assurer que l'avortement, tout comme n'importe quelle autre procédure médicale, soit pratiquée sous des circonstances qui garantissent une sécurité maximale pour la patiente* »⁴⁵, malgré cela, un tel intérêt ne pouvait permettre aux États de placer un obstacle substantiel sur le chemin de la femme souhaitant recourir à un avortement⁴⁶.

La protection constitutionnelle de Roe et Casey servait de garde-fou contre les législations restrictives en matière d'avortement. L'anéantissement de cette protection par l'arrêt Dobbs a rendu aux États américains la totale compétence en matière d'avortement. Il revient donc aux États, et à eux seuls, de légiférer en matière d'avortement sans que des limites ne leur soient imposées.

⁴⁴ C., BEHRENDT et VRANCKEN, M., *ibidem*, p.209 à 212.

⁴⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 150 (trad. libre).

⁴⁶ *Casey*, 505 U.S. 833, 878.

II. L'équilibre fragile du droit à l'autodétermination des femmes face au respect de la vie à naître

A. Le 14e amendement : la pierre angulaire du droit à l'avortement américain

1. La *due process clause* : une clause constitutionnelle au cœur de la controverse

La première section du quatorzième amendement de la Constitution américaine est énoncée comme suit: « *Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; aucun État ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière, ni ne dénierà à quiconque relevant de sa juridiction l'égale protection des lois* »⁴⁷.

La notion de « *due process* » revêt une importance particulière en ce qu'elle est l'origine d'une large protection des droits des américains face aux États. La « *due process clause* » apporte la garantie, pour les individus, de ne pas être soumis à une ingérence gouvernementale injustifiée⁴⁸.

Il existe deux types de *due process* : le « *procedural due process* » d'une part, et le « *substantive due process* » d'autre part. Le premier concerne les procédures légales devant être suivies par les États lorsqu'ils posent des limites sur le droit à la vie, la liberté et la propriété. Le second permet de protéger des droits fondamentaux contre l'ingérence gouvernementale en évaluant si les États qui les limitent le font pour répondre à un intérêt impérieux^{49 50}.

La théorie du *due process* n'est pas limitée aux droits individuels déjà protégés par des dispositions constitutionnelles expresses. En effet, la Cour admet et défend le principe constitutionnel selon lequel un espace de liberté individuelle est garanti et, au sein duquel, le gouvernement ne peut s'ingérer. De cette manière, des droits dont la Constitution ne fait aucune mention sont protégés par la clause de *due process*⁵¹.

Ainsi, comme l'indiquait le juge Harlan « *la véritable portée de la liberté garantie par la clause de due process ne peut être contenue ou limitée par des termes précis de garanties spécifiques attribuées ailleurs dans la Constitution [...] C'est un continuum rationnel qui inclut une liberté*

⁴⁷ U.S. Const. amend. XIV, §1.

⁴⁸ D., ROSEN, B., ARONSON, D., LITT, G., McALINN et STERN, J., *An introduction to American Law*, 3e éd., Caroline du Nord, Caralina Academic Press, 2017, p.41.

⁴⁹ E., CHEMERINSKY, « Substantive Due Process », *Touro Law Review*, vol. 15, 1999, p. 1501.

⁵⁰ *Lochner v New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁵¹ E. ZOLLER, *op. cit.*, p.1124.

contre les impositions substantielles arbitraires et les contraintes sans fondement, [...] et qui reconnaît, comme un jugement raisonnable et sensé doit le faire, que certains intérêts requièrent un examen particulièrement attentif aux besoins que les États invoquent afin de justifier sa diminution »⁵².

Concernant le *substantive due process*, il est d'abord apparu et fut utilisé à des fins purement économiques à partir de l'affaire *Lochner v. New York*. Ainsi, de nombreuses lois étatiques à portée économique furent annulées en application de cette doctrine au début du siècle passé. Cette tendance s'inscrit dans le contexte du New Deal de Roosevelt en réponse à la grande dépression qui frappa les États-Unis au début du XXe⁵³.

La Cour suprême n'a cependant pas uniquement utilisé ce concept dans un cadre économique, elle l'a également appliqué pour protéger des droits civiques : c'est le cas de *Roe*. La clause de *substantive due process* peut donc être invoquée dès qu'une atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la propriété est détectée sans justification gouvernementale suffisante, ce qui lui octroie un champ d'application potentiel gigantesque⁵⁴.

Néanmoins, cette doctrine ne fait pas l'unanimité auprès de la Cour suprême où certains juges lui donnent une portée nettement réduite⁵⁵. Dès lors, il existe une véritable controverse au sein même de la Cour suprême sur l'application de la doctrine du *substantive due process* sur laquelle le droit à l'avortement est presque entièrement basé.

Le juge Powell s'est ainsi exprimé sur cette clause dans l'arrêt *Moore v. City of East Cleveland*. Il comprend que la clause de *substantive due process* peut être vue de manière négative tant on pourrait y voir une porte d'entrée pour les opinions personnelles des juges dans le droit américain. Il fait, d'ailleurs, directement allusion à l'ère *Lochner* pour souligner la nécessité de prudence et de retenue de la part de la Cour. Néanmoins, il insiste sur le fait que cela ne signifie aucunement que les droits fondamentaux doivent être abandonnés ou supprimés à la première frontière pratique⁵⁶.

⁵² *Poe v Ullman*, 367 U.S. 497, 543 (1961) (trad. libre).

⁵³ D., ROSEN, B., ARONSON, D., LITT, G., McALINN et STERN, J., *op. cit.*, p.43.

⁵⁴ E., CHEMERINSKY, *op. cit.*, p.1508.

⁵⁵ Ainsi, d'après Scalia, la clause de *substantive due process* se limite aux droits reconnus à travers l'histoire et les traditions américaines. Dès lors, la Cour ne peut protéger que des droits bénéficiant déjà d'une protection, revenant ainsi à vider la clause de *substantive due process* de sa portée.

⁵⁶ *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494, 502 (1977).

Cette controverse a pris un nouveau tournant avec l'arrêt Dobbs. En effet, l'utilisation de la clause de *due process* dans la protection du droit à l'IVG faite par Roe et Casey a été invalidée par cet arrêt où la Cour a déclaré que la Constitution ne conférait pas de droit à l'avortement.

Dans cette affaire, la Cour a rappelé que la clause de *due process* protège deux catégories de droits substantifs : les droits garantis par les huit premiers amendements, et certains droits fondamentaux qui ne sont pas mentionnés expressément par la Constitution, qui doivent alors être entérinés dans l'histoire et les traditions des États Unis (« *deeply rooted in (our) history and traditions* ») (critère historique) et constituer un élément essentiel d'« *ordered liberty* »⁵⁷ (« *whether it is essential to this Nation's « scheme of ordered liberty »* ») (critère systémique).

Le droit à l'avortement n'étant pas explicitement repris dans la Constitution, la Cour va développer un historique de celui-ci afin d'aboutir au constat qu'il n'a jamais fait l'objet d'un consensus entre États et donc qu'il n'est pas justifié de lui offrir la protection de *due process*. Succinctement, la Cour va souligner que l'interruption de grossesse était considérée comme un acte criminel dans le droit coutumier, du moins après la période de « *quickenning* »⁵⁸ en se référant à des théories de juristes anglais (Blackstone, Coke, Hale et Bracton). Elle poursuit en examinant les quelques affaires relatives à l'avortement rendues durant la période coloniale et termine son analyse en concluant que l'avortement n'est pas un droit historiquement reconnu.

La Cour a ensuite affirmé que le droit à l'avortement ne faisait pas non plus partie d'un droit plus vaste ancré et soutenu par d'autres précédents, en qualifiant les précédents évoqués par Roe de non pertinents.

L'application de la clause de *substantive due process*, faite par la Cour dans cet arrêt, est faite de manière très restrictive, comme le craignait le juge Powell et comme le recommandait le juge Scalia⁵⁹.

La majorité des juges siégeant actuellement à la Cour émettent une grande méfiance face au concept de *substantive due process* actuel. En particulier le Juge Thomas qui, dans son opinion concurrente dans l'arrêt Dobbs, qualifie la théorie « *d'oxymore manquant de fondement constitutionnel* »⁶⁰. Il ajoute également que « *le substantive due process [...] a nui à notre pays à bien des égards. Par conséquent, nous devrions l'éliminer de notre jurisprudence dans les plus brefs délais* »⁶¹.

⁵⁷ Ce concept exprime l'idée que la liberté individuelle garantie aux citoyens américains doit être mise en balance avec la nécessité de maintenir l'ordre public et la stabilité sociale.

⁵⁸ Moment à partir duquel des mouvements fœtaux peuvent être perçus.

⁵⁹ E., CHEMERINSKY, *op. cit.*, p.1513 à 1514.

⁶⁰ *Dobbs, slip op.* (per Thomas, concurring), p.2.

⁶¹ *Ibidem*, p.7.

En conséquence, l'arrêt Dobbs signe la fin de l'hégémonie de la clause de *due process* dans le droit à l'avortement en Amérique et déstabilise la théorie actuelle de la clause de *substantive due process*, ouvrant ainsi la porte à d'autres potentiels revirements de jurisprudence tout aussi catastrophiques (mariage pour tous, accès à la contraception, relations homosexuelles, etc.).

2. La doctrine de la *stare decisis* : un rempart contre les remises en question de la clause de *due process* dans le droit à l'avortement ?

Le concept de *stare decisis* est fondamental dans le système américain en ce qu'il impose de respecter les précédents juridiques, c'est-à-dire de suivre les décisions rendues dans des affaires similaires⁶². De ce concept juridique découlent deux principes : un principe de hiérarchie obligeant les tribunaux inférieurs à appliquer les précédents des tribunaux supérieurs, et un principe de cohérence astreignant les cours et tribunaux à suivre leurs propres décisions⁶³. Cela garantit une certaine stabilité et prévisibilité du droit et permet aux juges de se baser sur des acquis issus de la pratique au lieu de devoir emprunter de nouvelles directions.

En outre, l'ensemble des textes jurisprudentiels ne sont pas considérés comme des précédents. Seul le principe légal à l'origine de la décision, le « *ratio decidendi* » est visé. Le surplus, l'« *obiter dictum* », n'est pas pris en compte par la doctrine de la *stare decisis*⁶⁴.

Néanmoins, le principe de *stare decisis* n'est pas absolu et, dans certains cas, le juge n'est pas obligé de suivre la jurisprudence qui devrait s'appliquer au cas qu'il apprécie.

Les cours américaines peuvent rejeter un précédent et effectuer un revirement de jurisprudence dans certains cas de figure. Cela peut se produire lorsque les circonstances ont changé de manière à rendre obsolète le précédent, ou lorsque les valeurs sociales et morales ont évolué à un tel point que le précédent n'est plus acceptable. En outre, si la décision originale qui a créé le précédent est substantiellement erronée dès le départ, il est également nécessaire de la modifier⁶⁵.

⁶² A., von MEHREN et MURRAY, P., *Law in the United States*, 2e éd., États-Unis, Cambridge University Press, 2007, p.9.

⁶³ L., BAUM, *The Supreme Court*, 2e éd., États-Unis, Congressional Quarterly Inc., 1985, p.122.

⁶⁴ L., BAUM, *ibidem*, p.123.

⁶⁵ A., von MEHREN et MURRAY, P., *op cit.*, p.45.

La Cour, dans l'arrêt *Dobbs*, a examiné si le concept de *stare decisis* devait être applicable en l'espèce et a répondu par la négative. En effet, d'après elle, ce concept, non absolu, devient particulièrement fragile lorsqu'il est utilisé pour interpréter la Constitution⁶⁶. Dans le cas de la protection constitutionnelle du droit à l'avortement, la Cour soutient que les précédents de *Roe* et *Casey* ont commis une erreur manifeste quant à l'interprétation de la Constitution. Cette erreur provient du fait que la Cour n'a pas réussi à prouver, de manière crédible, à travers les textes, l'histoire ou la jurisprudence, que le quatorzième amendement protégeait bel et bien le droit à l'avortement. En faisant cela, la Cour a donc rendu une décision erronée en créant arbitrairement une nouvelle version de la clause de *l'undue burden*⁶⁷.

Les trois juges démocrates se sont farouchement opposés aux arguments exposés par la majorité dans leur opinion dissidente.

Au terme des différents arguments, la Cour estime ne pas devoir respecter la théorie de la *stare decisis in casu*, et renverse les précédents relatifs à l'avortement.

B. La dépénalisation partielle : un compromis belge

1. La loi Lallemand-Michielsens de 1990

La loi du 3 avril 1990, évoquée au début de cet exposé, a permis d'autoriser la pratique d'un avortement, dans certaines situations et sous certaines conditions, sans qu'elle ne soit passible de sanctions pénales. Ces situations étaient au nombre de deux.

Premièrement, si la femme enceinte se trouvait en situation de détresse en raison de son état, elle pouvait demander à un médecin d'interrompre sa grossesse avant la fin de la 12^e semaine suivant la conception, tout en respectant diverses conditions énoncées à l'article 350 du Code pénal.

Deuxièmement, au-delà de ce délai de 12 semaines, l'interruption volontaire de grossesse ne pouvait être pratiquée que si la poursuite de la grossesse mettait en danger grave la santé de la femme ou si l'enfant à naître était atteint d'une maladie d'une gravité particulière et incurable au moment du diagnostic⁶⁸.

Au cours de l'élaboration de la loi, les parlementaires ont relevé un vide juridique. En effet, la loi ne régit l'avortement que jusqu'à la viabilité du fœtus. Par conséquent, il existe un vide juridique entre les avortements pratiqués sur des fœtus dits «viables», soit à partir de la

⁶⁶ *Agostini v. Felton*, 521 U. S. 203, 235 (1997), cité par *Dobbs*, *slip op.* p.39.

⁶⁷ *Dobbs*, *slip op.*, p.46.

⁶⁸ Loi du 3 avril 1990 précitée, art. 2.

24ème semaine après la conception, et l'accouchement⁶⁹. Cette incohérence est due à la difficulté de légiférer sur un acte touchant à ce point aux mœurs.

2. Trente ans de dépénalisation partielle : vers un changement de perspective ?

En trente années d'application de la loi Lallemand-Michielsens, très peu de changements sont à relever.

Les principaux textes législatifs relatif à l'IVG de 1990 à 2016 concernent presque exclusivement les rapports rendus par la Commission nationale d'évaluation de la loi de 1990. Cette dernière rend des rapports bisannuels comprenant toutes sortes de statistiques concernant la pratique des avortements en Belgique. Ces rapports recensent également de nombreuses données socio-démographiques, psycho-sociales ou encore médicales.

Vers les années 2010, l'avortement est rappelé à l'ordre du jour. La qualification infractionnelle de l'avortement n'est plus cohérente et il s'impose de réformer la loi. Un véritable changement de perspective est attendu de la loi : les belges réclament la suppression de l'avortement érigé en infraction.

Ainsi, une première idée consistait à modifier la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient afin d'y insérer l'interruption volontaire de grossesse et, de ce fait, dépénaliser l'avortement. Cette réforme aurait eu pour but de supprimer définitivement le caractère moralisateur et culpabilisant de la loi. Par conséquent, seuls les avortements non consentis seront demeurés dans le Code pénal.

Finalement, la loi du 15 octobre 2018 relative à l'IVG va être adoptée. D'après le législateur, l'idée que sous-tend cette loi est que l'avortement relève désormais de la protection de la femme et n'est plus considéré comme une infraction sujette à quelques exceptions strictement encadrées⁷⁰. Cette vision de la loi de 2018 est, cependant, à relativiser en ce que l'avortement n'est pas entièrement dépénalisé et que les femmes risquent toujours d'être sanctionnées voire emprisonnées en cas de non-respect des conditions encadrant son accès.

⁶⁹ N., BLAISE et COLETTE-BASECQZ, N., *Les infractions, vol. 3, Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Bruxelles, Larcier, 2011, p.27.

⁷⁰ Proposition de loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, discussion générale, *Doc.,Ch.*, 2017-2018, séance du 28 septembre 2018, n°3216/006, p.10.

C. La nécessité d'une neutralité juridique face à un conflit moral

Il serait malaisé d'évoquer le sujet de l'avortement sans pointer le débat moral qui en découle. Le problème que soulève l'IVG est avant tout un problème éthique mettant en conflit des valeurs et intérêts variés.

Tout d'abord, la question de l'affectation religieuse est décisive dans la perception morale de l'avortement. En Belgique, c'est principalement le Parti social-chrétien (PSC) qui s'est élevé contre la loi sur la dépénalisation partielle de l'avortement. D'après ses membres, évincer le débat éthique posé par l'avortement de l'élaboration de la norme juridique n'est pas concevable tant cette intervention comporte une vaste connotation morale. Ils continuent en soulignant la primauté du principe de respect de la vie humaine au sein du système juridique belge et dénoncent l'opinion de la majorité lorsque le statut légal du fœtus est abordé. En effet, ils accusent cette interprétation de n'être fondée que sur des critères biologiques, déniaient ainsi toute valeur au fœtus. Ils poursuivent en comparant cette interprétation aux discriminations basées sur l'intelligence ou la couleur de peau et craignent qu'une telle vision du fœtus humain puisse mener à une certaine forme d'eugénisme en Belgique⁷¹.

Néanmoins, cette vision est contrecarrée par d'autres parlementaires présents lors de l'élaboration de la loi pour qui la qualification absolue du respect de la vie défendue par le PSC relève d'un extrémisme moral. Ceux-ci rappellent qu'il n'est pas du devoir du législateur de servir de barrière à la moralité des individus. La législation pénale n'est pertinente que lorsqu'elle est appliquée et fait l'objet d'un consensus. La loi pénalisant l'avortement ne remplit pas ces critères et doit, en conséquence, être modifiée⁷².

La religion est tout aussi, même davantage, importante en Amérique. La liberté de religion est une valeur constitutionnelle fondamentale dans le système américain se trouvant dans le premier amendement de la Constitution. Cette protection constitutionnelle permet une grande participation des groupes religieux dans les débats politiques⁷³. De ce fait, les églises peuvent se permettre d'influencer grandement les décisions politiques de leurs membres en les enjoignant à voter pour des représentants dont les idées suivent la religion chrétienne⁷⁴. Cette grande influence était particulièrement visible au lendemain de Roe où l'église catholique a appelé à la désobéissance civile et à l'excommunication des catholiques impliqués dans cette pratique⁷⁵.

⁷¹ Discussion générale précitée, *Doc.*, Ch., 1989-1990, séance du 8 mars 1990, n°950/9, p. 51.

⁷² *Ibidem*, p.13.

⁷³ L., TRIBE, *Abortion The Clash of Absolutes*, New York, W.W. Norton & Company, 1990, p.116.

⁷⁴ L., TRIBE, *ibidem*, p.167.

⁷⁵ L., TRIBE, *ibidem*, p.143.

Ensuite, le conservatisme se trouve, lui aussi, emmêlé dans ce débat moral.

En Belgique, le Vlaams Blok (actuel Vlaams Belang) a tenté, en vain, de mettre un terme à la législation de 1990 en introduisant une proposition de loi repénalisant l'avortement⁷⁶. D'autres mesures et propositions furent également soumises en vue de limiter l'accès à l'avortement mais aucune n'aboutit⁷⁷.

Le conservatisme aux États-Unis prédit également une hostilité face à l'avortement. Le conservatisme américain englobe un large ensemble de traits de personnalité, tels que le respect de l'autorité et une morale rigoureuse et conformiste. Cette notion peut être mesurée à travers plusieurs variables individuelles différentes et, notamment, par la religion⁷⁸. Un exemple frappant de l'influence du conservatisme sur le droit à l'avortement est sans nul doute l'arrêt *Dobbs*, où tous les juges républicains ont voté contre la protection constitutionnelle de l'avortement.

En Belgique, ce débat moral fut déplacé en dehors des enceintes judiciaires, si bien que le juge ne possède plus qu'une faible marge de manœuvre en ce sens. Cependant, aux États-Unis, le débat moral est excessivement présent dans l'ordre judiciaire, tant il suffit de regarder la majorité politique d'un État (républicain ou démocrate) pour deviner sa politique en matière d'avortement.

⁷⁶ Proposition de loi repénalisant l'avortement, développements, *Doc.*, Ch., 1995-1996, n°388/1.

⁷⁷ Il y a notamment la proposition de loi sur l'action en réparation pour la naissance et l'existence des êtres humains introduite en 1999.

at

III. L'évolution à travers le temps du droit à l'avortement

A. Dobbs : le revirement inévitable d'une protection structurellement défailante

1. Le changement de majorité au sein de la Cour suprême

L'organe clé du système judiciaire américain est la Cour suprême des États-Unis. Cette dernière est composée de neuf juges⁷⁹, appelés « *justices* », nommés à vie par le Président et approuvés par le Sénat. Les *justices* sont choisis pour leur compétence juridique et leur expérience professionnelle, et ils représentent une variété de convictions politiques divergentes.

Les décisions de la Cour suprême ont une portée nationale et font autorité sur les tribunaux inférieurs dans tout le pays.

Les juges de la Cour suprême des États-Unis sont des individus avec des intérêts variés et chaque juge arbore une certaine couleur politique (démocrate ou républicain). Cette politisation des juges peut, selon certains, entraîner une influence sur leurs décisions, bien que d'autres n'affirment le contraire⁸⁰.

Comme l'indique Benjamin Cardozo, juge à la Cour suprême de 1932 à 1938, « *Il y a en chacun de nous un courant de tendance, que vous choisissiez de l'appeler philosophie ou non, qui donne cohérence et direction à la pensée et à l'action. Les juges ne peuvent échapper à ce courant plus que les mortels* »⁸¹.

Trump, dans sa campagne présidentielle en 2016, promettait déjà de nommer des juges républicains et pro-life à la Cour suprême. Il respecta cette promesse en nommant trois nouveaux juges républicains à la Cour suprême : Neil Gorsuch en 2017, Brett Kavanaugh en 2018 et Amy Barrett en 2020.

Avec les nominations de ces nouveaux *justices*, Trump donne la majorité au sein de la Cour suprême aux républicains et laisse ainsi une empreinte indélébile de son administration au sein de l'ordre judiciaire américain.

2. Des signes annonciateurs d'un changement de cap juridique

« *We should get out of this area [of abortion law], where we have no right to be, and where we do neither ourselves nor the country any good by remaining* »⁸², tel est l'avis du Juge Scalia concernant l'arrêt Casey.

⁷⁹ 8 associate justices et 1 Chief Justice.

⁸⁰ L., BAUM, *op cit.*, p. 134.

⁸¹ B., CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921, p.12 (trad. libre).

⁸² *Casey*, 505 U.S. 833, 1002 (Scalia, A., dissenting).

Depuis Roe, et dans les affaires qui l'ont suivi, les juges républicains ont souvent laissé entendre leur défaveur envers ce précédent en se rangeant du côté de la dissidence. C'était le cas dans l'affaire Hellerstedt, évoquée précédemment, où les trois juges conservateurs ont écrit une opinion dissidente jointe et des opinions dissidentes personnelles.

De plus, certains États se permettaient d'affronter directement la jurisprudence de la Cour suprême en érigeant des lois TRAP. En ce sens, il est pertinent de mentionner l'arrêt *June Medical Services LLC v. Russo* de 2020 où la Cour, quatre ans seulement après Hellerstedt, a été contrainte d'annuler une nouvelle loi TRAP⁸³.

Aussi, la désignation des trois nouveaux juges par le Président Trump à la Cour suprême et le renversement de majorité qui en découle laissaient entrevoir la possibilité d'un revirement de jurisprudence. Durant leur procédure de confirmation, les trois *justices* se sont vu poser des questions concernant leurs opinions à propos de Roe. Tous se sont contentés de répondre, assez timidement, qu'il s'agissait d'un précédent important de la Cour suprême.

Enfin, le coup fatal est porté lorsque l'ébauche du jugement de la Cour suprême dans Dobbs fuite dans la presse. Le 2 mai 2022, soit deux mois avant la publication de la décision finale, le site d'information Politico publie le projet d'opinion majoritaire du juge Alito⁸⁴. Ainsi, l'Amérique découvre l'intention de la Cour suprême d'effectuer un revirement de jurisprudence sans précédent.

A cet instant, il n'y a plus de doute : c'est la fin de Roe v. Wade.

3. Dobbs : le revirement jurisprudentiel redouté

« *The Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion. Roe and Casey arrogated that authority. We now overrule those decisions and return that authority to the people and their elected representatives* »⁸⁵.

La Cour, en 79 pages, opère, à six contre trois, un revirement de jurisprudence inédit, anéantissant ainsi cinquante longues années de protection constitutionnelle de l'avortement.

⁸³ *June Medical Services LLC v. Russo*, 591 U.S. _ (2020).

⁸⁴ J., GERSTEIN et WARD, A., « Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows », disponible sur <https://www.politico.com>, 2 mai 2022.

⁸⁵ *Dobbs, slip op.*, p.87.

L'arrêt Dobbs concernait la constitutionnalité d'une loi du Mississippi, le « *Gestational Age Act* »⁸⁶, interdisant la plupart des avortements après les 15 premières semaines de grossesse.

La majorité débute son argumentaire par une analyse constitutionnelle, historique et jurisprudentielle afin de discréditer l'applicabilité du quatorzième amendement dans le droit à l'avortement.

Ainsi, la Cour explique l'inexistence d'un tel droit dans le texte de la Constitution et que, dans un tel cas, ce dernier doit y figurer implicitement. Les six juges dénoncent alors le manque de cohérence et de crédibilité que les théories concernant l'emplacement du droit à l'avortement au sein de la Constitution revêtent. Roe place le droit dans la protection de la vie privée qui, elle non plus, n'est pas explicitée dans la Constitution ; Casey le place dans la protection de la liberté exprimée dans le quatorzième amendement et, ainsi, sous le paravent du *due process* ; d'autres encore, dont Ruth Ginsburg estiment qu'il jouirait d'une meilleure protection sous l'Equal Protection Clause^{87 88}.

L'avortement était jusque-là protégé par la clause de *due process* mais la Cour, par une application originaliste de la Constitution, démontre que la clause n'englobe pas un tel droit. Pour ce faire, elle effectue une interminable analyse historique au cours de laquelle elle établit l'absence d'ancrage profond du droit à l'avortement dans l'histoire et les traditions du pays (« *deeply rooted in (our) history and traditions* ») et qu'un tel droit n'est pas implicite ou essentiel à la manière dont la nation définit le concept de liberté ordonnée (« *whether it is essential to this Nation's "scheme of ordered liberty"* »).

Les sources historiques invoquées proviennent essentiellement du XIXe siècle traduisant ainsi une certaine sélectivité de la part du juge Alito⁸⁹.

Concernant la jurisprudence qu'avait invoquée Roe, la majorité répond par un argument laconique : « *Aucune des décisions citées par Roe et Casey ne concernait la question morale critique que pose l'avortement* »⁹⁰.

La majorité doit ensuite justifier son non-respect de la doctrine de la *stare decisis*. Pour ce faire, elle rappelle que cette doctrine n'est pas un concept absolu et défend que la décision prise par Roe fût terriblement erronée (« *egregiously wrong* »).

⁸⁶ *House Bill 1510*, 19 mars 2018, dite *Gestational Age Act*.

⁸⁷ A., GUPTA, « Why Ruth Bader Ginsburg Wasn't All That Fond of Roe v. Wade », disponible sur <https://www.nytimes.com>, 21 septembre 2020.

⁸⁸ *Dobbs, slip op.*, p. 10.

⁸⁹ F., van der MENSBRUGGHE et van MEERBEECK, J., *op.cit.*, p.8.

⁹⁰ *Dobbs, slip op.*, p.32.

La Cour clôture son opinion en évoquant cinq raisons pour lesquelles les précédents de Roe et Casey doivent être abandonnés. En premier lieu, elle invoque l'erreur commise par ces précédents concernant l'interprétation de la Constitution. Elle enchaîne en considérant que les précédents se sont substitués au législateur en créant de toute pièce un droit constitutionnel. Ensuite, la Cour a examiné la praticabilité (« *workability* »)⁹¹ du précédent et estime que Roe et Casey ne sont pas suffisamment pratiques car les concepts qu'ils évoquent sont excessivement flous. En outre, elle considère que ces deux précédents sont de nature à déformer des concepts doctrinaux fondamentaux. Ainsi, les décisions en matière d'avortement rendues par la Cour ont dilué l'examen strict et minutieux nécessaire pour les « *facial constitutional challenges* »⁹² en invoquant le fait que les législations restrictives en matière d'avortement violent des droits fondamentaux protégés par la Constitution. Elles ont ignoré la doctrine du « *third-party doctrine* »⁹³, de la « *res judicata* »⁹⁴ et ont fait fi des règles de « *severability* »⁹⁵, tout en violant d'autres doctrines découlant du premier amendement. Enfin, la Cour aborde la notion des « *reliance interests* »⁹⁶ qui ne sont, d'après la Cour suprême, pas présents *in casu*, rejetant ainsi l'argument de Casey.

L'arrêt se conclut par une opinion dissidente des trois juges démocrates (Breyer, Kagan et Sotomayor) emplie de sidération et d'anéantissement face à une telle décision. Ils commencent par démentir l'idée selon laquelle le droit à l'avortement n'a aucune base historique en insistant sur l'interprétation évolutive de la loi.

Ensuite, ils condamnent le fait que la majorité ait complètement abandonné la doctrine de la *stare decisis* et estiment qu'elle s'est trompée en tentant de démontrer un changement significatif de circonstances pour justifier cette refonte législative radicale.

En outre, ils abordent le récent changement de majorité intervenu au sein de la Cour et affirment qu'il s'agit de la raison de ce revirement de jurisprudence.

⁹¹ Il s'agit de la capacité d'un précédent à être compris et appliqué de manière constante, cohérente et prévisible.

⁹² Actions en justice intentées aux États-Unis dans le but de contester la constitutionnalité d'une loi ou d'une réglementation dans son entièreté.

⁹³ Doctrine selon laquelle les individus n'ont pas le droit de s'attendre à ce que les informations qu'ils ont volontairement partagées avec des tiers soient considérées comme privées ou confidentielles.

⁹⁴ Théorie de l'autorité de la chose jugée.

⁹⁵ Principe consistant à annuler uniquement le fragment inconstitutionnel d'une loi tout en maintenant le reliquat en vigueur.

⁹⁶ Concept juridique désignant les intérêts légitimes découlant de la confiance légitime que les individus ou les entreprises peuvent avoir envers une décision gouvernementale ou judiciaire.

Enfin, ils relatent les conséquences catastrophiques que cette décision va avoir pour les femmes, et principalement pour les femmes issues de milieux défavorisés, qui ne pourront bénéficier d'un quelconque tourisme abortif⁹⁷.

B. Les timides avancées belges depuis les années 90

1. La loi de 2018 : entre progrès symbolique et limites concrètes

Actuellement, le régime légal applicable quant à l'accès à l'avortement trouve son fondement dans la loi du 15 octobre 2018. L'objectif de cette loi est de retirer les articles traitant de l'avortement volontaire du Code pénal et de les inclure dans une loi distincte. L'argument en faveur de cette loi est que l'avortement ne doit plus être considéré comme relevant des « crimes contre l'ordre des familles et la morale publique », mais plutôt de la protection de la personne⁹⁸.

Cette loi, bien que largement soutenue par les partis politiques et la population, n'a pas non plus fait l'unanimité et des opposants à l'avortement ont introduit un recours contre cette loi devant la Cour constitutionnelle⁹⁹. La Cour a néanmoins confirmé la constitutionnalité de la réforme.

Les instigateurs de cette loi promettaient que l'avortement allait, désormais, être considéré comme un droit sous certaines conditions. Cependant, les sanctions associées à l'avortement sont toujours présentes dans le Code pénal. Quelques modifications ont été apportées aux critères déjà existants, mais ces changements sont essentiellement symboliques.

Dès lors, la condition de l'état de détresse de la femme a été supprimée et le délai de réflexion de six jours est désormais suspensif. En cas d'urgence médicale, le délai de réflexion peut être raccourci et le médecin qui refuse de pratiquer une IVG doit fournir les coordonnées d'un autre médecin. Enfin, la personne qui tente d'empêcher une femme d'accéder à un établissement permettant l'avortement est sanctionnée pénalement. Mais, en cas de non-respect des conditions encadrant l'accès à cette intervention, les sanctions demeurent les mêmes qu'à l'époque¹⁰⁰.

La définition de l'avortement n'est pas énoncée clairement dans la loi ni dans les travaux parlementaires. Cependant, le vide juridique créé par la loi de 1990 sur les avortements pratiqués sur les fœtus "viabiles" n'existe probablement plus car la loi de 2018 a abrogé la loi de 1990. La loi de 2018 a donc eu pour effet de pénaliser davantage l'avortement.

⁹⁷ *Dobbs, slip op.* (per Breyer Sotomayor, Kagan, dissenting), pp.3-7.

⁹⁸ Proposition de loi précitée, *Doc.*, Ch., 2017-2018, séance du 28 septembre 2018, n° 3216/1, p.4.

⁹⁹ C.C. 24 septembre 2020, n°122/2020.

¹⁰⁰ Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse du 15 octobre 2018, abrogeant les articles 350 et 351 du Code pénal et modifiant les articles 352 et 383 du même Code et modifiant diverses dispositions législatives, *M.B.*, 29 octobre 2018, art. 3.

Finalement, la loi de 2018 démontre une fois de plus la timidité du législateur face à la légalisation de l'avortement et n'apporte que de faibles évolutions pour le moins décevantes.

2. L'impact de l'Amérique : quelles attentes pour le futur ?

De nombreuses propositions de loi ont été déposées par différents partis politiques belges ces dernières années en vue d'élargir la dépénalisation voire de reconnaître le droit à l'avortement. La plupart de ces propositions visent à élargir le délai à 18 semaines après la conception.

Néanmoins, une proposition de loi décide d'aller encore plus loin et invite à la reconnaissance constitutionnelle du droit à l'avortement¹⁰¹. Cette proposition fut déposée à la suite de l'arrêt *Dobbs* par des membres du parti Ecolo-Groen. Le parti s'inquiète de voir que le droit des femmes à disposer de leur propre corps ait pu, du jour au lendemain, leur être retiré par la Cour suprême. Selon lui, les droits demeurent fragiles dès lors qu'ils ne sont pas explicitement protégés par la Constitution. Le droit à l'avortement n'étant protégé que par une loi ordinaire, il craint que le même sort que celui des États-Unis ne l'attende. Afin de remédier définitivement à cette situation, il réclame l'inscription de ce droit dans le texte constitutionnel.

La proposition aborde comme argument la reconnaissance, par la Cour européenne des droits de l'Homme, de l'IVG comme relevant du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention¹⁰². Cette proposition est toujours en cours d'examen.

C. La polarisation croissante des positions sur l'avortement aux États-Unis et en Belgique

1. Les critères d'accès à l'avortement : état des lieux

Aujourd'hui, le droit à l'avortement en Belgique et aux États-Unis est assez dissimilaire.

En Belgique, en l'attente d'examen législatif des propositions récemment déposées, la loi de 2018 est toujours d'application. Ainsi, l'avortement est pratiqué de manière légale sur tout le territoire.

Aux États-Unis, ce sont désormais les États qui peuvent décider entièrement de leurs politiques en matière d'avortement, et ce sans qu'aucune limite ne puisse leur faire obstacle.

Depuis l'arrêt *Dobbs*, de nombreux États ont ou sont en train de modifier les législations concernant l'IVG. Ainsi, 19 États ont pris des mesures afin de restreindre l'accès à l'avortement, souvent de manière totale sans exception en cas de viol ou d'inceste. Dans

¹⁰¹ Proposition de révision de l'article 22 de la Constitution en vue de reconnaître le droit à l'interruption volontaire de grossesse, développements, *Doc.*, Ch., 2021-2022, séance du 14 juillet 2022, n°2832/001.

¹⁰² Cour eur. D.H., arrêt *A, B et C c Irlande*, 16 décembre 2010, §§214 et 245.

d'autres États, l'avortement reste légal pour l'instant alors que les tribunaux déterminent si les mesures d'interdiction prises par les organes législatifs peuvent entrer en vigueur¹⁰³.

L'avortement reste légal dans les autres États et nombre d'entre eux ont ajouté des protections supplémentaires à son maintien.

2. Deux courants évoluant en sens inverse

Au terme de cette analyse comparative mettant en parallèle les différentes évolutions du droit à l'avortement entre la Belgique et les États-Unis, différents constats peuvent être observés.

Tout d'abord, la Belgique, petit à petit, permet un accès à l'avortement plus large pour les femmes. Cependant, les avancées qu'elle propose se font lentement et témoignent d'une certaine timidité du législateur.

Quant aux États-Unis, l'avortement a reçu relativement tôt une grande protection constitutionnelle qu'il garda, malgré d'innombrables débats, pendant de nombreuses années. Néanmoins, récemment, cette protection fut abolie par la Cour suprême, laissant ainsi beaucoup de femmes dans des situations précaires.

On a donc un régime légal assez lent qui tend vers un accès plus large opposé à un autre, qui fut très rapide mais qui, désormais, tend vers une prohibition, parfois totale, de ce droit. Ces deux courants sont totalement opposés et évoluent en sens inverse.

Cependant, des similitudes entre les politiques des deux États sont à relever. On trouve notamment la grande difficulté que pose la morale au sein des débats concernant l'avortement. Ainsi, une partie des milieux religieux et conservateurs s'opposent farouchement à l'avortement.

Aussi, le tourisme abortif est une réalité au sein des deux pays. Les États interdisant l'avortement en Amérique imposent aux femmes d'avoir recours à cette intervention dans des États voisins alors que la Belgique, qui souhaitait enrayer ce problème avec la loi de 1990, continue à diriger les femmes qui ont dépassé les 12 semaines après conception vers des pays voisins aux lois plus permissives tels que les Pays-Bas ou le Royaume-Uni.

¹⁰³ A., McCANN, A., WALKER, A., SASANI, L., BUCHANAN, et HUANG, J., « Tracking the States Where Abortion Is Now Banned » disponible sur <https://www.nytimes.com>, 10 mai 2023.

Enfin, il n'existe actuellement toujours pas de réel droit à l'avortement dans aucun des deux pays. En effet, ce droit n'est plus garanti sur l'entièreté du territoire américain et la Belgique ne propose qu'une dépénalisation partielle de l'IVG.

Conclusion

Ce travail a permis une analyse comparative des lois et politiques américaines et belges concernant l'avortement. Cet examen a mis en parallèle différents aspects de ce droit tels que son historique, sa place au sein du régime légal et son évolution. De cet examen ressortent plusieurs constats, développés ci-après.

En premier lieu, la légalisation de l'avortement s'inscrit dans un contexte où il était nécessaire d'allier la théorie à la pratique. Les avortements se pratiquant malgré une interdiction, il fallait que l'État intervienne, ce qu'il a fait à travers la loi en Belgique et à travers la jurisprudence aux États-Unis. Néanmoins, des points d'ombre demeuraient notamment au niveau de l'analyse constitutionnelle, des limites imposées par la santé publique et de la répartition des compétences.

Ensuite, une fois légalisé, le droit à l'avortement est resté fragile. Cette fragilité, en Amérique, s'est traduite par la mise en doute de l'applicabilité du quatorzième amendement et de sa *due process clause* dans le droit à l'avortement. De plus, la doctrine de la *stare decisis* n'a pas pu protéger ce droit. En Belgique, l'IVG ne fut que partiellement dépénalisé et les espoirs apportés par l'adoption de la loi de 2018 n'ont pas été atteints. Les faiblesses présentes de la légalisation de l'avortement sont accentuées par le conflit moral que pose cette pratique.

Enfin, après l'étude de l'évolution de l'avortement au sein des deux pays, ces derniers semblent avoir pris deux chemins opposés. Les États-Unis ont effectué un revirement de jurisprudence phénoménal en rendant le pouvoir total de légifération aux États. L'arrêt Dobbs constitue un retour en arrière majeur en retirant aux femmes la protection constitutionnelle de leur droit à l'autonomie sur leur corps. Quant à la Belgique, elle demeure dans un état quasi végétatif en apportant, après trente ans, des avancées mineures. Cependant, l'impact des États-Unis semble avoir réveillé le pays qui, depuis, remet le sujet à l'ordre du jour.

Pour conclure, il semble que les mots de Simone de Beauvoir se trouvent, plus que jamais, pertinents : « *N'oubliez jamais qu'il suffira d'une crise politique, économique ou religieuse pour que les droits des femmes soient remis en question. Ces droits ne sont jamais acquis. Vous devrez rester vigilantes votre vie durant* »¹⁰⁴.

¹⁰⁴ C., MONTEUIL, *Simone de Beauvoir et les femmes aujourd'hui*, France, Odile Jacob, 2011, p.41.

BIBLIOGRAPHIE

Belgique

Législation

En vigueur

- Loi relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code du 3 avril 1990, *M.B.*, 5 avril 1990.
- Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse du 15 octobre 2018, abrogeant les articles 350 et 351 du Code pénal et modifiant les articles 352 et 383 du même Code et modifiant diverses dispositions législatives, *M.B.*, 29 octobre 2018.

Travaux Parlementaires

- Projet de loi relatif à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les articles 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les articles 352 et 353 du même code, avis du Conseil d'État, *Doc., Sén.*, 1989-1990, séance du 15 janvier 1990, n°950/5.
- Projet de loi relatif à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les articles 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les articles 352 et 353 du même code, discussion générale, *Doc., Ch.*, 1989-1990, séance du 8 mars 1990, n°950/9.
- Proposition de loi modifiant le Livre II, titre VII, chapitre 1er du Code pénal et insérant un chapitre relatif à l'interruption de grossesse dans l'arrêté royal No. 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales, discussion générale, *Doc., Ch.*, 1989-1990, séance du 6 décembre 1989, n°1024/1.
- Proposition de loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, discussion générale, *Doc., Ch.*, 2017-2018, séance du 28 septembre 2018, n°3216/006.
- Proposition de loi repénalisant l'avortement, développements, *Doc., Ch.*, 1995-1996, n°388/1.
- Proposition de révision de l'article 22 de la Constitution en vue de reconnaître le droit à l'interruption volontaire de grossesse, développements, *Doc., Ch.*, 2021-2022, séance du 14 juillet 2022, n°2832/001.

Jurisprudence

- C.C., 19 décembre 1991, n°39/91.
- C.C., 5 octobre 2011, n°146/2011, B.9.

- C.C. 24 septembre 2020, n°122/2020.

Doctrine

- BEHRENDT, C. et VRANCKEN, M., *Principes de Droit Constitutionnel Belge*, Bruxelles, La Charte, 2019.
- BLAISE, N. et COLETTE-BASECQZ, N., *Les infractions, vol. 3, Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Bruxelles, Larcier, 2011, p.27.
- DELFOSSE, L., van SOLINGE J., et VAES, B., « Victoire de la tolérance sur l'hypocrisie: le sénat dépénalise l'avortement le vote 182 sénateurs présents Roger Lallemand », disponible sur <https://www.lesoir.be>, 7 novembre 1989.
- MONTEUIL, C., *Simone de Beauvoir et les femmes aujourd'hui*, France, Odile Jacob, 2011, p.41.
- RENQUIN, A.-F., « L'évolution de la législation sur l'Interruption volontaire de grossesse en Belgique et dans quelques pays d'Europe », disponible sur <https://perso.helmo.be>, s.d., consulté le 6 mars 2023.
- VILLERS, S., *L'avortement et la justice, une répression illusoire*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2009.

États-Unis

Législation

- *House Bill 1510*, 19 mars 2018, dite *Gestational Age Act*.
- U.S. Const. amend. XIV, §1.

Jurisprudence

- *Agostini v. Felton*, 521 U. S. 203, 235 (1997).
- *Commonwealth v. Bangs*, 9 Mass. 498 (1813).
- *Commonwealth v Brooks*, 10 Md. Archives 464-65, 486-88 (1656).
- *Commonwealth v Lambrozo*, 53 Md. Archives 387-91 (1663).
- *Commonwealth v Mitchell*, 10 Md. Archives 171-86 (1652).
- *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. _ (2022).
- *Griswold v Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
- *June Medical Services LLC v. Russo*, 591 U.S. _ (2020).

- *Lochner v New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494, 502 (1977).
- *Palko v Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937).
- *People v. Belous*, 71 Cal. 2d 954 (1969).
- *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).
- *Poe v Ullman*, 367 U.S. 497, 543 (1961).
- *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- *Whole Women's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. __ (2016).

Doctrine

- BAUM, L., *The Supreme Court*, 2e éd., États-Unis, Congressional Quarterly Inc., 1985.
- BLAKE, A., « What Ruth Bader Ginsburg really said about Roe v. Wade », disponible sur <https://www.washingtonpost.com>, 27 juin 2020.
- CARDOZO, B., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921, p.12.
- CHEMERINSKY, E., « Substantive Due Process », *Touro Law Review*, vol. 15, 1999.
- GERSTEIN, J. et WARD, A., « Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows », disponible sur <https://www.politico.com>, 2 mai 2022.
- GUPTA, A., « Why Ruth Bader Ginsburg Wasn't All That Fond of Roe v. Wade », disponible sur <https://www.nytimes.com>, 21 septembre 2020.
- McCANN, A., WALKER, A., SASANI, A., BUCHANAN, L. et HUANG, J., « Tracking the States Where Abortion Is Now Banned » disponible sur <https://www.nytimes.com>, 10 mai 2023.
- von MEHREN, A. et MURRAY, P., *Law in the United States*, 2e éd., États-Unis, Cambridge University Press, 2007.
- van der MENSBRUGGHE, F. et van MEERBEECK, J., « Chronique d'un revirement annoncé: la Cour suprême des États-Unis abroge le droit à l'avortement », *J.T.*, 2022.
- ROSEN, D., ARONSON, B., LITT, D., McALINN G. et STERN, J., *An introduction to American Law*, 3e éd., Caroline du Nord, Carolina Academic Press, 2017.
- RYE, B. et UNDERHILL, A., « Pro-choice and Pro-life Are Not Enough: An Investigation of Abortion Attitudes as a Function of Abortion Prototypes », disponible sur <https://link.springer.com>, 17 mai 2020.
- STORER, H., *On criminal abortion in America*, Philadelphia, J.B. Lippincott & Co, 1860, p.105.

- TRIBE, L., *Abortion The Clash of Absolutes*, New York, W.W. Norton & Company, 1990.
- X, « Roe v. Wade », disponible sur <https://reproductiverights.org>, s.d., consulté le 14 avril 2023.
- WILLS, S., « Ten Legal Reasons to Reject Roe », disponible sur <https://www.usccb.org>, s.d., consulté le 27 mars 2023.
- ZOLLER, E., *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.