



OBSERVATIONS ECRITES
soumises à la
Cour constitutionnelle fédérale
conformément à l'article 27a BVerfGG dans l'affaire

2 BvR 390/21

Grégor Puppinck, Directeur,

Nicolas Bauer,
Marguerite Saché, collaborateurs scientifiques.

Juin 2022

Contexte et procédure

L'article 219a du Code pénal allemand interdit la publicité pour l'IVG. Situé au sein du 16^e sous-titre de ce code, s'intitulant « infractions à l'encontre de la vie », ce délit est mis sur un pied d'égalité notamment avec l'équivalent du délit de mise en danger de la vie d'autrui.

« (1) Quiconque, de manière publique, dans une réunion ou en diffusant un contenu (§ 11, alinéa 3), pour son avantage pécuniaire ou de manière grossièrement choquante, propose, annonce, fait de la publicité ou rend publiques des déclarations de ce type

1. ses propres services ou ceux d'un tiers en vue de pratiquer ou de promouvoir un avortement ou

2. des moyens, des objets ou des procédés susceptibles d'interrompre une grossesse, en faisant référence à cette possibilité.

est puni d'une peine d'emprisonnement de deux ans au plus ou d'une amende.

(2) Le paragraphe 1, point 1, ne s'applique pas lorsque des médecins ou des centres de consultation reconnus en vertu de la loi sont informés sur les médecins, hôpitaux ou institutions disposées à pratiquer une interruption de grossesse dans les conditions prévues à l'article 218a, paragraphes 1 à 3.

(3) Le paragraphe 1, point 2, ne s'applique pas lorsque l'acte est commis à l'égard de médecins ou de personnes autorisées à faire le commerce des moyens ou objets mentionnés au paragraphe 1, point 2, ou par une publication dans des revues médicales ou pharmaceutiques spécialisées.

(4) Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque des médecins, des hôpitaux ou des institutions

1. indiquent le fait qu'ils pratiquent des interruptions de grossesse dans les conditions prévues à l'article 218a, paragraphes 1 à 3, ou

2. renvoient à des informations d'une autorité fédérale ou d'un Land compétents en la matière, d'un centre de consultation au sens de la loi sur les conflits liés à la grossesse ou d'un ordre des médecins concernant une interruption de grossesse¹ ».

De prime abord, le terme de « publicité » doit être entendu de manière large. En effet, cet article incrimine dans son alinéa 1^{er} le fait de « proposer, annoncer et vanter » des services visant à commettre une IVG, mais aussi de « divulguer » des informations d'une telle teneur. Toutefois, les alinéas 2^e, 3^e et 4^e, restreignent le champ d'application de cette infraction. Le fait d'informer des médecins ou des services de consultation reconnus par la loi sur d'autres médecins/hôpitaux/établissements prodiguant des IVG n'est pas incriminé (alinéa 2). Il en va de même pour les cas où les IVG sont prodiguées

¹ Traduction libre.

par des médecins ou des personnes habilitées à « faire du commerce » avec les « produits ou outils » permettant une IVG ou bien par des revues spécifiquement médicales ou pharmaceutiques (alinéa 3). En vertu de l’alinéa 4, l’interdiction de faire de la publicité ne concerne pas non plus les médecins/hôpitaux/établissements qui « précisent » que les IVG pratiquées par eux sont conformes aux conditions qui justifient l’IVG (énoncées à l’article 218a al. 1^{er} à 3) ou bien attirent l’attention sur des informations prodiguées par une administration fédérale ou fédérée, par un « service d’informations et de conseil » pouvant être qualifié comme tel en vertu de la « loi sur les conflits occasionnés par la grossesse » ou bien encore par un « conseil de l’ordre des médecins » versé en cette matière.

Le but fondamental de cette disposition, qui a vu le jour dans le contexte du libéralisme social sous la République de Weimar, est donc d’éviter que la pratique des IVG, tant légales qu’illégales, ne soit banalisée et ne devienne un terrain favorable aux abus de faiblesse².

En 2017, les questions posées par l’article 219a ont été ravivées par la condamnation d’un médecin, Kristina Hänel. Cette dernière avait déclaré sur son site internet qu’elle pratiquait des avortements. En mars 2019, c’est suite à la décision rendue en première instance dans le cas d’espèce³ que l’article 219a a été amendé, par l’ajout de l’alinéa 4 précité. En vertu de cet alinéa, les médecins sont désormais autorisés à indiquer qu’ils pratiquent l’avortement sur leur site internet. Actuellement, un médecin ne serait donc pas condamné pour une déclaration comparable à celle de Mme Hänel.

Le gouvernement Scholtz, en place depuis décembre 2021, souhaite abolir cette disposition. Le 9 mars 2022, projet de loi visant notamment la « levée de l’interdiction de la publicité pour l’interruption de grossesse (§219a StGB) » a été présenté par le Gouvernement fédéral⁴.

2

Dans ce contexte, le 19 février 2021, Kristina Hänel a intenté un recours visant à examiner la constitutionnalité de l’article 219a auprès de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. Un recours du même ordre intenté par sa consœur Bettina Gaber en décembre 2019 est déjà pendant devant cette juridiction.

En parallèle, des restrictions de la liberté d’expression contre l’avortement ont pu être observées en Allemagne, que nous évoquerons plus bas.

Question juridique

La question qui se pose à la Cour constitutionnelle est celle de la conformité de l’article 219a du Code pénal à la Constitution allemande et plus particulièrement à son article 5 (la liberté d’expression) et son article 12 (le droit au bon exercice et au libre choix de sa profession).

² Gropp/Wörner, dans: Münchener Kommentar zum StGB, 4e édition, 2021.

³ AG Gießen, Urt. v. 24.11.2017 – 507 Ds 501 Js 15031/15.

⁴

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_219a_StGB.pdf;jsessionid=A740CFC169E54294440047BE55CA78FE.2_cid289?_blob=publicationFile&v=2

Objectif de l'amicus

Le Centre européen pour le droit et la justice (ECLJ), en tant qu'organisation non gouvernementale dédiée à la promotion et la protection des droits de l'homme en Europe, souhaite soumettre un mémoire d'*amicus curiae* à la Cour constitutionnelle, conformément à l'article 27, a) de la Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale, dans l'affaire susmentionnée.

L'ECLJ souhaite présenter à la Cour des éléments de droit européen et international permettant une analyse complète de la question en jeu, en considérant que l'Allemagne, en tant qu'État de droit, est un sujet de droit international en vertu de l'article 25 de sa Constitution.

Ces observations montrent que les dispositions du droit allemand relatives à l'avortement, incluant l'interdiction de la publicité pour l'IVG, visent à respecter le droit international des droits de l'homme, en s'inscrivant dans une politique de prévention de l'avortement (I) et en étant proportionnée à cet objectif de prévention (II).

I- Le droit allemand vise à respecter l'obligation internationale de prévenir le recours à l'avortement

L'interdiction de la publicité pour l'IVG (article 219a du Code pénal) est la conséquence logique du principe de l'interdiction de l'IVG (article 218). C'est donc d'abord le droit allemand relatif à l'IVG que nous examinerons sous l'angle du droit international.

3

Selon l'article 218-1 du Code pénal allemand, l'IVG est punie d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans ou d'une amende. Dans certaines conditions strictement définies à l'article 218a, l'IVG est dépénalisée. En cas de non-respect de ces conditions, les dispositions de l'article 218 ciblent principalement le médecin qui procède à l'IVG et non la femme enceinte.

L'article 219-1 du Code pénal rappelle que « 1. Le conseil sert à protéger la vie à naître. 2. Il doit être guidée par une volonté d'encourager la femme à poursuivre la grossesse et ouvrir des perspectives de vie avec l'enfant ; cela devrait l'aider à prendre une décision responsable et consciencieuse. 3. La femme doit être consciente que l'enfant à naître a son propre droit à la vie à chaque étape de la grossesse et que, selon le système juridique, un avortement ne peut donc être envisagé que dans des situations exceptionnelles si la femme a un fardeau qui est si lourd et extraordinaire qu'il dépasse la limite acceptable du sacrifice. 4. Le conseil est destiné à aider à surmonter la situation de conflit qui existe en relation avec la grossesse et à remédier à une urgence⁵ ».

Alors que 135 000 IVG avaient eu lieu en Allemagne en 2001, il y en a eu moins de 95 000 en 2021, soit une baisse d'environ 30%⁶. Au cours de ces vingt mêmes années,

⁵ Traduction libre.

⁶ <https://www.statista.com/statistics/1087387/number-of-abortions-germany/>

le nombre d'avortements pour 1000 naissances est passé de 184 à 119, soit une baisse de plus de 35 %⁷.

Nous allons montrer que ces dispositions du droit pénal allemand sont en cohérence avec le droit international, en particulier avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). En effet, elles visent à protéger la vie humaine prénatale (A), font de l'avortement une dérogation et non un droit (B) et honorent des obligations des États en matière d'avortement (C).

A. La protection internationale de la vie humaine prénatale

Le droit international protège la vie humaine prénatale. Dans son préambule, la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 rappelle le principe selon lequel : « *l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance* ».

D'autres institutions des droits de l'homme reconnaissent que la protection de la vie est un droit fondamental⁸ et n'excluent pas par principe les enfants à naître de la protection de ce droit.

Malgré le fait d'autoriser les États à rendre l'avortement restreint légal, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) n'a jamais jugé que, au sens de l'article 2 de la Convention, l'enfant à naître n'était pas une personne. Au contraire, elle a toujours refusé, depuis les affaires *Brüggemann et Scheuten contre RFA*⁹ et *H. contre Norvège*¹⁰, d'exclure par principe l'enfant à naître du champ d'application de la Convention et de déclarer que celui-ci n'est pas une personne au sens de l'article 2 de la Convention. Selon la CEDH : « *l'article 2 de la Convention est silencieux sur les limites temporelles du droit à la vie*¹¹ ». Le juge Jean-Paul Costa, ancien Président de la Cour européenne, explique dans un avis distinct : « *Si l'article 2 avait été jugé radicalement inapplicable [à l'enfant à naître], il aurait été inutile – et c'est vrai aussi en l'espèce – de se poser la question de la protection du fœtus et de la violation de l'article 2 ; et de motiver de cette façon la non-violation de cette disposition*¹². »

⁷ Comparaison entre https://www.gbe-bund.de/gbe/pkg_isgbe5.prc_menu_olap?p_uid=gast&p_aid=93924476&p_sprache=D&p_help=3&p_indnr=240&p_indsp=&p_ityp=H&p_fid= et https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/_inhalt.html

⁸ Déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique de 1776, Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, Convention relative aux droits de l'enfant de 1959, Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969, Déclaration des droits de l'homme en islam de 1990.

⁹ CEDH, *Brüggemann et Scheuten c. République Fédérale d'Allemagne*, n° 6959/75, Rapport de la Commission, 12 juillet 1977, § 60.

¹⁰ CEDH, *H. c. Norvège*, n° 17004/90, Décision d'irrecevabilité de la précédente Commission, 19 mai 1992, p. 167.

¹¹ CEDH, *VO c. France*, [GC], n° 53924/00, 8 juillet 2004, § 75 (ci-après dans *VO c. France*).

¹² Opinion dissidente de Jean-Paul Costa, *VO c. France*, *op. cit.*, § 13.

En effet, la Cour est compétente pour reconnaître l'existence d'une atteinte à la vie de l'enfant à naître¹³, et elle n'a pas déclaré infondées les requêtes invoquant l'article 2 au profit de bébés mort-nés. Ainsi, l'applicabilité de l'article 2 aux êtres humains avant la naissance sous-entend que l'enfant à naître bénéficie, tout du moins de manière théorique, de la protection du droit à la vie garantie par la Convention.

Enfin, l'article 2 n'est pas le seul article qui pourrait s'appliquer à l'enfant à naître. La CEDH a également mis en œuvre d'autres provisions, en particulier les articles 3 et 8, dans les cas où le père a dénoncé la torture dont l'enfant a souffert au cours de l'avortement¹⁴, et la violation du respect de leur vie de famille¹⁵.

B. L'avortement n'est pas un droit, mais une dérogation au droit à la vie

En droit international, il n'existe pas de « droit à l'avortement » ou de « droits sexuels et reproductifs ». Le 23 septembre 2019, dans le cadre de l'Assemblée générale des Nations Unies, 19 États l'ont rappelé dans une tribune commune¹⁶.

L'avortement n'est que toléré par la CEDH. L'applicabilité de l'article 2 sur les êtres humains avant leur naissance est un frein à la déclaration affirmant que l'avortement est un droit conventionnel indépendant. Une personne ne peut bénéficier d'un droit conventionnel pour mettre fin à une vie protégée par la même Convention. Le fait que la majorité des pays européens autorisent aujourd'hui l'avortement ne suffit pas à créer un nouveau droit à l'avortement, car qu'un tel droit n'aurait aucun fondement conventionnel. Aucun État ayant participé à la version préliminaire de la Convention européenne n'autorisait l'avortement à ce moment-là. En 1979, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe défendait encore : « *Les droits de chaque enfant à la vie dès le moment de sa conception*¹⁷ » et soulignait quelques années plus tard que « *dès la fécondation de l'ovule, la vie humaine se développe de manière continue*¹⁸ ». Il est donc clair que la Convention européenne n'a pas été rédigée pour garantir un « droit » à la pratique de l'avortement.

En outre, cette absence d'un droit à l'avortement dans la Convention est parfaitement établie et acceptée par ceux-là même souhaitant l'établissement d'un tel droit. Dans sa jurisprudence, la Cour européenne a précisé que la Convention ne garantit pas un droit à l'avortement¹⁹, ni un droit de le pratiquer²⁰, ni même un droit de contribuer impunément à ce qu'il soit pratiqué à l'étranger²¹. Enfin, l'interdiction même de l'avortement par un

¹³ CEDH, *Mehmet Şentürk et Bekir Şentürk c. Turquie*, n° 13423/09, 9 avril 2013, § 107.

¹⁴ CEDH, *H. c. Norvège* op. cit. ; *Boso c. Italie*, n° 50490/99, 5 septembre 2002.

¹⁵ CEDH, *H. c. Norvège*, op. cit.

¹⁶ Cf. article de Grégor Puppink : « ONU : une alliance pour contrer l'avortement », ECLJ (octobre 2019).

¹⁷ Recommandation 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) du 4 octobre 1979 sur une Charte européenne relative aux droits de l'enfant.

¹⁸ APCE, Recommandation 1046 (1986).

¹⁹ Article de Christina Zampas et Jaime M. Gher : « *Abortion as a Human Right – International and Regional Standards* », *Human Rights Law Review*, 8:2 (2008), p. 287. Article de Daniel Fenwick : « *The modern abortion jurisprudence under Article 8 of the ECHR* », *Medical Law International*, 2012 12, 249, 2013, p. 263.

²⁰ CEDH, *Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugal*, n° 16471/02. Décision sur la recevabilité du 26 octobre 2004.

²¹ CEDH, *Jean-Jacques Amy c. Belgique*, n° 11684/85. 5 octobre 1988.

État ne viole pas la Convention²². En ce qui concerne l'autonomie de la femme, dont le respect est garanti par l'article 8 sur la protection de la vie privée, la Cour répète, depuis l'affaire *A. B. et C. c. Irlande*²³ que « l'article 8 ne saurait [...] s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement²⁴ ».

Par conséquent, au sein de la CEDH, le droit à la vie s'applique, au moins de manière théorique, à l'enfant à naître et le droit à la vie privée ne confère aucun droit à l'avortement. Toutefois, comme l'avortement relève de la Convention, sa pratique doit être justifiée et proportionnée en tenant compte de la Convention.

En Allemagne, l'avortement reste formellement illégal et n'est autorisé que sous certaines conditions. Dans le cas présent, la Cour a estimé que cette tolérance ne constituait pas une autorisation accordée par la loi, ni un « droit » interne que l'on pourrait invoquer devant la Cour²⁵.

C. Les obligations des États en matière d'avortement

Les États protégeant les vies à naître par l'interdiction de l'avortement font respecter toute l'étendue du droit à la vie. Ils respectent complètement leurs obligations sur la loi des Droits de l'Homme.

Le seul engagement international en matière d'avortement est d'en empêcher le recours. En septembre 1994, pendant la Conférence internationale sur la population et le développement (CIPD) qui s'est tenue au Caire, les États membre des Nations unies se sont engagés à : « *prendre des mesures appropriées pour aider les femmes à éviter l'avortement, qui ne devrait en aucun cas être encouragé comme une méthode de planification familiale* » (Programme d'action de la CIPD, § 7.24) et de : « *réduire le recours à l'avortement* » (Programme d'action de la CIPD, § 8.25). En 1995, au cours de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes, également intitulée « Conférence de Pékin », les États ont renforcé leur engagement pris au Caire de : « *réduire le recours à l'avortement* », et ont affirmé que : « *tout devrait être fait pour éliminer la nécessité de recourir à l'avortement* » (Déclaration et Programme d'action de Beijing, § 106.k). En 2014, Ban Ki-moon, Secrétaire-Général des Nations Unies, a déclaré que cette : « *feuille de route [...] demeure intact[e]* »²⁶.

La Convention européenne n'impose ni ne refuse la légalisation de l'avortement, mais si un État le légalise, son cadre légal se doit de respecter la Convention. En effet, la Cour a bien fait comprendre que : « *une fois la décision prise [de légaliser l'avortement], le cadre juridique correspondant doit « présenter une certaine cohérence et permettre de prendre en compte les différents intérêts légitimes en jeu de manière adéquate et conformément aux obligations découlant de la Convention* »²⁷ ». En effet, selon la Cour : « *la grossesse ne peut pas être considérée comme relevant uniquement de la*

²² CEDH, *Jerzy Tokarczyk c. Pologne*, n° 51792/99. 31 janvier 2002.

²³ Cf. en particulier *A, B et C c. Irlande*, n° 25579/05. 16 décembre 2010 ; où B. et C. ont contesté sans succès l'interdiction de l'avortement pour des motifs de santé et de bien-être.

²⁴ CEDH, *A, B et C c. Irlande*, *op. cit.*, § 214.

²⁵ *Id.*

²⁶ CEDH, *De Bruin c. Pays-Bas*, n° 9765/09. 17 septembre 2013, § 57.

²⁷ ONU Femmes, Déclaration et Programme d'action de Beijing, Déclaration politique et textes issus de Beijing+5, 2014, p. 7.

*sphère de la vie privée*²⁸ » : d'autres droits et intérêts sont concernés. Par conséquent, lorsqu'une affaire lui est rapportée, la Cour décide alors de : « *la Cour doit contrôler si la mesure litigieuse atteste d'une mise en balance proportionnée des intérêts concurrents en jeu*²⁹ ». Pour la Cour européenne : « *il résulte, par ailleurs, de l'examen de ces affaires que la solution donnée procède toujours de la confrontation de différents droits ou libertés, parfois contradictoires*³⁰ ».

Bien que l'avortement soit toléré ; par principe, un droit fondamental, tel que le droit à la vie, ne doit pas être subordonné ou mis sur le même plan qu'une faculté qui n'est pas garantie par la Convention européenne³¹. Ainsi, si le droit à la vie s'applique aux enfants à naître, seul un droit de même importance (tel que le droit à la vie de la mère) pourrait légalement justifier son avortement. C'est la réflexion de la récente décision prise par la Cour constitutionnelle de Pologne qui a mené à la réduction de l'étendue de l'avortement³².

Dans le processus de compréhension des différents intérêts légitimes en conflit, la Cour européenne a déjà eu l'occasion d'identifier plusieurs droits fondamentaux et « *intérêts légitimes en cause* », que l'État doit prendre en considération et respecter lorsqu'il réglemente l'accès à l'avortement.

En plus du droit à la vie³³ et des autres intérêts de l'enfant à naître³⁴, la Cour européenne a, à ce jour, défini les intérêts légitimes de la société à limiter le nombre d'avortements³⁵, à protéger la moralité³⁶ et à s'opposer à l'eugénisme³⁷.

La Cour européenne reconnaît également que l'avortement de l'enfant ou petit-enfant a nui au droit au respect de la vie familiale du « *père potentiel*³⁸ » ou de la « *grand-mère potentielle*³⁹ ».

La Cour européenne reconnaît également que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants s'applique à l'être humain avant sa naissance⁴⁰, dans les affaires où le père a dénoncé la torture dont son bébé avait souffert lors de l'avortement⁴¹. La Cour n'a pas rejeté cette requête pour manque de fondements ou irrecevabilité, mais a examiné l'affaire.

²⁸ CEDH, *A, B et C c. Irlande*, op. cit., § 249. CEDH, *R. R. c. Pologne*, n° 27617/04, 26 mai 2011, § 187. *P. et S. c. Pologne*, n° 57375/08, 30 octobre 2012, § 99. CEDH, *Tysiak c. Pologne*, n° 5410/03, 20 mars 2007, § 116.

²⁹ CEDH, *Brüggemann et Scheuten c. République Fédérale d'Allemagne*, op. cit., §§ 59- 61. CEDH, *Boso v. Italy*, op. cit.

³⁰ CEDH, *A, B et C c. Irlande*, op. cit., § 238.

³¹ CEDH, *VO c. France*, op. cit., § 80.

³² CEDH, *Chassagnou et autres v. France*, [GC], n° 25088/94, 2833/95 et 2844/95, 29 avril 1999, § 113.

³³ Tribunal Constitutionnel de Pologne, Affaire K1/20 du 22 octobre 2020.

³⁴ CEDH, *H. c. Norvège*, op. cit. CEDH, *Boso c. Italie*, op. cit. CEDH, *VO c. France*, op. cit., §§ 86 et 95.

³⁵ CEDH *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, n° 14234/88 et n° 14235/88, 29 octobre 1992, § 63. CEDH, *A, B et C c. Irlande*, op. cit., §§ 222 et 227.

³⁶ *Odièvre c. France*, GC, n° 42326/98, 13 février 2003, § 45.

³⁷ *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, op. cit., § 63., *A, B et C c. Irlande*, op. cit., § 222-227.

³⁸ CEDH, *Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, 28 août 2012.

³⁹ Cf. CEDH, *X c. Royaume Uni*, n° 8416/79, 13 mai 1980, Arrêts et Rapports (AR) 19, p. 244. CEDH, *Boso c. Italie*, op. cit.

⁴⁰ CEDH, *P. et S. c. Pologne*, op. cit.

⁴¹ CEDH, *Boso c. Italie*, op. cit.

La Cour reconnaît également que les autres droits peuvent être entravés dans des situations spécifiques, telles que le droit à la liberté de conscience des professionnels de santé⁴² et de l'autonomie des institutions médicales⁴³.

Il faut également tenir compte du fait que les États sont dans l'obligation d'empêcher les avortements forcés et contraints, tout en légiférant l'accès à l'avortement⁴⁴. La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (appelée Convention d'Istanbul) du 11 mai 2011, demandent que les États Parties de criminaliser les avortements et la stérilisations forcés (article 39), décrits comme : « *le fait de pratiquer un avortement chez une femme sans son accord préalable et éclairé* » et « *le fait de pratiquer une intervention chirurgicale qui a pour objet ou pour effet de mettre fin à la capacité d'une femme de se reproduire naturellement sans son accord préalable et éclairé ou sans sa compréhension de la procédure* » Un avortement est forcé s'il « *n'y a pas d'accord préalable et éclairé* ».

II- Le droit allemand est compatible avec l'article 10 de la Convention européenne

Les dispositions du droit allemand relatives à l'IVG poursuivent l'objectif de prévenir le recours à l'avortement, ce qui est conforme au droit international, pour toutes les raisons indiquées ci-dessus.

L'interdiction allemande de la publicité pour l'IVG, en tant que conséquence logique de ces dispositions, poursuit ce même objectif.

8

Un examen de l'interdiction de la publicité pour l'IVG doit être effectué pour vérifier que l'éventuelle ingérence dans le droit à la liberté d'expression poursuit un tel objectif légitime et est proportionnée à cet objectif. Nous nous appuyons pour cela principalement sur la jurisprudence de la Cour européenne relative à l'article 10 de la Convention européenne.

Nous montrerons que, de ce point de vue, l'interdiction de la publicité pour l'IVG est nécessaire (A), et d'autant plus justifiée que, par ailleurs, la recherche et le débat politique en lien avec l'avortement sont libres (B) et que le bon fonctionnement du système de santé en lien avec l'avortement est assuré (C).

A. La nécessité de l'interdiction de la publicité pour l'IVG

Du fait de l'interdiction de l'abus de droit, à l'article 17 de la Convention européenne, l'existence même d'une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression pourrait être contestée. En effet, exercer ce droit afin de « proposer, annoncer et vanter » des services tuant un enfant, devrait constituer un abus de droit et ne bénéficier d'aucune protection conventionnelle.

⁴² CEDH, *H. c. Norvège*, op. cit. ; *Boso c. Italie*, op. cit.

⁴³ CEDH, *Tysiac c. Pologne*, op. cit., § 121. CEDH, *R. R. c. Pologne*, op. cit., § 206.

⁴⁴ CEDH, *Rommelfanger c. République Fédérale d'Allemagne*, n° 12242/86, 6 septembre 1989.

Ceci dit, dans le contexte actuel d'invisibilisation des enfants non désirés, jusqu'à la négation de leur existence, nous nous contenterons d'admettre que l'interdiction allemande de publicité pour l'IVG est considérée comme une ingérence dans le droit à la liberté d'expression. Cette ingérence est prévue par la loi, comme nous l'avons expliqué dans l'introduction.

L'interdiction de la publicité pour l'IVG poursuit au moins quatre objectifs légitimes énumérés à l'article 10 § 2 de la Convention européenne.

Elle vise la prévention du crime, étant donné que l'IVG est considérée en droit allemand comme un crime, d'après les articles 12-1 et 218-1 du Code pénal allemand.

L'interdiction de la publicité pour l'IVG vise également la protection des droits d'autrui, en particulier du droit à la vie des enfants à naître. L'article 219-1 du Code pénal, qui suit la disposition interdisant la publicité pour l'IVG, précise explicitement que « *l'enfant à naître a son propre droit à la vie* ».

Interdire la publicité pour l'IVG vise aussi à protéger la santé publique. Cet objectif légitime a déjà été invoqué par la Cour pour valider une restriction de la liberté d'expression sur des questions de bioéthique⁴⁵ ou encore concernant des informations médicales jugées controversées⁴⁶. La Cour a également validé une large interdiction de la promotion du tabac en vue de réduire sa consommation, alors même que cette consommation était légale, contrairement à l'IVG en Allemagne⁴⁷. Elle a estimé dans cette dernière affaire que « *des considérations primordiales de santé publique, sur lesquelles l'Etat et l'Union européenne ont d'ailleurs légiféré, peuvent primer sur des impératifs économiques, et même certains droits fondamentaux comme la liberté d'expression*⁴⁸ ».

Enfin, l'ingérence poursuit le but légitime de protection de la morale publique. La Cour a invoqué cet objectif en matière de bioéthique⁴⁹. Elle laisse une large marge d'appréciation aux États concernant les discours commerciaux et publicitaires⁵⁰. Même si, sans considération pour l'enfant à naître, l'on réduit l'IVG à une question de « morale sexuelle », l'État disposerait d'une large marge d'appréciation pour restreindre sa publicité⁵¹.

Plusieurs éléments peuvent être pris en compte pour examiner la proportionnalité de l'interdiction allemande de la publicité pour l'IVG, au regard du droit européen. En particulier, il faut noter que l'interdiction de publicité pour l'IVG concerne uniquement les cas où les personnes agissent pour leur « *avantage pécuniaire* » ou « *de manière grossièrement choquante* ». Ce qui est interdit est donc uniquement le discours ayant une nature commerciale et publicitaire ou étant de teneur grossière et choquante. L'interdiction est également assortie d'exceptions, que nous analyserons plus bas.

⁴⁵ *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* [GC], n° 16354/06, 13 juillet 2012, § 72.

⁴⁶ *Vérités Santé Pratique SARL c. France* (déc.), n° 74766/01, 1^{er} décembre 2005.

⁴⁷ *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, n° 26935/05, 5 mars 2009.

⁴⁸ *Ibid.*, § 56.

⁴⁹ *Mouvement raëlien suisse* [GC], *op. cit.*, § 72.

⁵⁰ Voir par exemple : *Sekmadienis Ltd. c. Lituanie*, n° 69317/14, 30 janvier 2018, § 73 ; *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne* [Pléniaire], n° 10572/83, 20 novembre 1989, § 33.

⁵¹ Sur la marge d'appréciation des États concernant les discours portant atteinte à la morale sexuelle, voir : *Müller et autres c. Suisse*, n° 10737/84, 24 mai 1988, § 36.

Certes, la sanction est pénale et relativement lourde – jusqu’à deux ans d’emprisonnement – mais elle se justifie dans la mesure où elle vise la prévention du crime. Par ailleurs, en pratique, les juges ont appliqué des amendes en guise de peine dans tous les précédents⁵². Christina Hänel a été condamnée à une amende de 6000 €⁵³ ; le TJ Tiergarten a condamné deux de ses consœurs à des amendes de 20 tarifs journaliers à 100 € chacune⁵⁴. Considérant qu’un gynécologue perçoit en Allemagne en moyenne un revenu annuel brut compris entre 52.000 et 75.000 €⁵⁵, les montants de ces amendes semblent donc plutôt relatifs.

B. La recherche et le débat politique en lien avec l’avortement

Seule la publicité pour l’IVG avec un objectif pécunier ou étant grossièrement choquante est concernée par l’interdiction.

L’alinéa 3 de l’article 219a du Code pénal précise que l’interdiction ne s’applique pas en cas de « *publication dans des revues médicales ou pharmaceutiques spécialisées* ». Par conséquent, la recherche académique n’est pas entravée par cette disposition pénale. Cette exception à l’interdiction a une importance particulière pour effectuer l’examen de proportionnalité de l’article 219a. En effet, elle montre que l’Allemagne préserve une forte liberté académique, liberté dont la CEDH a déjà souligné la grande importance et qui « *doit garantir [pour le chercheur] la liberté d’expression et d’action, la liberté de communiquer des informations, ainsi que celle de « rechercher et de diffuser sans restriction le savoir et la vérité* »⁵⁶ ».

L’article 219a ne concerne pas le débat d’intérêt général relatif à l’avortement, qui reste plutôt libre en Allemagne. La CEDH a déjà souligné l’importance de cette liberté de débattre de questions touchant à l’intérêt général, en différenciant nettement la protection accordée à un tel débat que celle, moins forte, d’un discours strictement « commercial »⁵⁷.

Concernant la liberté d’expression en matière d’avortement, il est important de noter toutefois quelques restrictions excessives, mais qui sont sans lien direct avec l’article 219a. Ainsi, en 2019 une juridiction allemande de première instance a confirmé l’interdiction de se rassembler pour prier silencieusement à proximité d’une clinique pratiquant des avortements⁵⁸. Cette interdiction paraît être encore davantage disproportionnée que celle qui avait l’objet du jugement *Annen c. Allemagne* du 26 novembre 2015⁵⁹. La CEDH, dans cet arrêt, avait alors jugé que l’Allemagne avait violé

10

⁵² <https://jura-online.de/blog/2019/06/26/die-ersten-urteile-zum-neuen-%C2%A7-219a-stgb/>

⁵³ [https://www.degam.de/files/Inhalte/Degam-](https://www.degam.de/files/Inhalte/Degam-Inhalte/Ueber_uns/Positionspapiere/Erklaerung_DEGAM_%C2%A7219a.pdf)

[Inhalte/Ueber_uns/Positionspapiere/Erklaerung_DEGAM_%C2%A7219a.pdf](https://www.degam.de/files/Inhalte/Degam-Inhalte/Ueber_uns/Positionspapiere/Erklaerung_DEGAM_%C2%A7219a.pdf)

⁵⁴ <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/ag-tiergarten-253ds143-18-geldstrafen-frauenaeztinnen-werbung-schwangerschaftsabbruch-219a-stgb/>

⁵⁵ <https://www.doctari.de/aerzte/fachrichtungen/frauenheilkunde-geburtshilfe/gehalt>

⁵⁶ *Kula c. Turquie*, n° 20233/06, 19 juin 2018, § 38. Voir aussi : *Sorguç c. Turquie*, n° 17089/03, 23 juin 2009, § 35.

⁵⁷ *Hertel c. Suisse*, n° 59/1997/843/1049, 25 août 1998, § 47.

⁵⁸ https://verwaltungsgericht-karlsruhe.justiz-bw.de/pb/Lde/Startseite/Presse/Pforzheim_+Keine+40-taegige+abtreibungskritische+Demonstration+vor+pro+familia/?LISTPAGE=1220792

La Cour d’appel n’a pas encore rendu sa décision.

⁵⁹ *Annen c. Allemagne*, n° 3690/10, 26 novembre 2015.

le droit à la liberté d'expression d'un militant pro-vie. Ce dernier avait distribué à proximité d'une clinique des tracts assimilant l'avortement à l'Holocauste et avait indiqué, sur ces tracts et en ligne, les coordonnées de médecins avorteurs. Si la CEDH a considéré que cette action était protégée par le droit à la liberté d'expression et ne devait pas faire l'objet d'une condamnation judiciaire, c'est *a fortiori* le cas de la prière silencieuse, protégée au moins autant par la liberté d'expression et encore davantage par une autre liberté, celle de manifester sa religion.

Constatons enfin que l'expression des militants souhaitant abolir l'article 219a du Code pénal n'est pas restreinte. Il leur est donc possible de proposer que l'avortement puisse être promu par une personne pour son avantage pécuniaire ou de manière grossièrement choquante.

C. La préservation d'un bon fonctionnement du système de santé

L'interdiction de la publicité pour l'IVG est assortie d'une autre exception, à l'alinéa 4 de l'article 219a, dans le but de préserver un bon fonctionnement du système de santé. Les médecins, hôpitaux et institutions pratiquant des IVG dans des conditions légales ou renvoyant vers des informations concernant de telles IVG ne sont pas concernés par cette interdiction. La publicité pour l'IVG, y compris pour leur avantage pécuniaire ou de manière grossièrement choquante, ne leur est donc pas interdite.

Cette exception rend l'article 219a du Code pénal allemand cohérent avec la jurisprudence de la CEDH, selon laquelle « *l'accès effectif à des informations fiables sur les conditions de la possibilité d'avorter légalement et sur les procédures à suivre est directement lié à l'exercice de l'autonomie personnelle* » et est donc protégé par le droit au respect dû à la vie privée (article 8)⁶⁰.

⁶⁰ P.S. c. Pologne, n° 57375/08, 30 octobre 2012, § 111 (traduction libre). Voir aussi : R.R. c. Pologne, n° 27617/04, 26 mai 2011, § 197.