



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MÉMOIRES**

**Master de droit public comparé**  
**Dirigé par M. Idris Fassassi et Mme Charlotte Denizeau**  
**2022**

***Le droit à l'avortement en Corée du Sud***

**Léonie Sangely**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Thomas Perroud**

*« Human beings must never be treated as a means to enhance some values, attain other purposes, or promote legal interests but must be respected as ultimate ends and values of themselves. »* Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion* (traduction officielle).

*« So act that you use humanity, whether in your own person or in the person of any other, always at the same time as an end, never merely as a means.»* Emmanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*.

## AVERTISSEMENT

Sauf mention contraire, les citations de sources non-francophones ont été traduites par l'auteur.

Pour la romanisation des termes coréens, le système utilisé est le système révisé de romanisation du coréen introduit en 2000 par les autorités coréennes.

Pour les noms propres, le nom donné est le nom romanisé par les auteurs eux-mêmes dans les documents originaux étudiés et par défaut, la romanisation du système McCune-Reischauer de 1984.

## REMERCIEMENTS

J'adresse mes remerciements,

A mon directeur de mémoire, Monsieur le Professeur Thomas Perroud, pour avoir accepté de diriger ce projet, pour ses éclairages précieux et sa disponibilité.

Aux directeurs du Master II de Droit Public Comparé, Monsieur le Professeur Idris Fassassi et Madame Charlotte Denizeau, pour leur présence et conseils.

Aux enseignants du Master II pour cette année enrichissante.

A ma famille, mes amis et mes camarades de bibliothèque pour leur présence et leur assistance tout au long de ce mémoire.

# SOMMAIRE

<b>Introduction</b>	<b>6</b>
<b>Titre 1: Une dépénalisation de l'avortement par la justice constitutionnelle</b>	<b>20</b>
Chapitre 1: Une reconnaissance juridictionnelle de l'importance du droit à l'auto-détermination des femmes dans le débat sur l'avortement	20
Chapitre 2: Les limites de la décision de la Cour constitutionnelle	43
<b>Titre 2: La difficile concrétisation législative du droit à l'avortement</b>	<b>55</b>
Chapitre 1: L'échec d'une reconnaissance législative dans un contexte peu propice	56
Chapitre 2: Des perspectives de législations possibles	68
<b>Conclusion</b>	<b>81</b>
<b>Table des matières</b>	<b>83</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>85</b>
<b>Annexes</b>	<b>95</b>

## Introduction

Selon les chiffres de l'Organisation mondiale de la santé, aujourd'hui dans le monde, 45% des avortements ne sont pas effectués dans des conditions sûres pour la femme enceinte<sup>1</sup>. Ces avortements sont l'une des premières causes des morts liés à la maternité (Entre 4,7% et 13,2% des décès maternels par an) et conduisent souvent à des séquelles physiques et psychologiques ou à des complications médicales non traitées<sup>2</sup>. L'organisation en fait même « *a critical public health and human rights issue* »<sup>3</sup>. Malgré cela, les pays dans le monde ne partagent pas la même politique sur la question et chacun adopte une ligne propre sur l'avortement. Le terme « avortement » peut être compris de diverses façons. Au sens large, il est défini comme l'expulsion du fœtus hors du ventre de la femme enceinte avant la date attendue et comprend donc aussi bien l'avortement spontané (fausse couche...) que l'avortement provoqué correspondant à l'interruption de grossesse faite volontairement. Notre étude se concentrera sur l'avortement provoqué. Le vocabulaire sud-coréen introduit une subtilité supplémentaire puisqu'il distingue entre l'avortement provoqué (*naktae*, 낙태, traduit en anglais par *abortion*) défini par la Cour constitutionnelle comme « l'expulsion artificielle du fœtus du corps de la femme avant la date prévue ou le meurtre du *foetus* dans le corps de la mère »<sup>4</sup> et littéralement l'interruption artificielle de grossesse (Ingong imsin jungjeol 인공임신중절, traduit en anglais par *induced abortion*) qui ne comprend l'expulsion du fœtus du ventre de la femme enceinte qu'avant la 24<sup>ème</sup> semaine, date de viabilité du *foetus*. Nous utiliserons de manière indifférenciée « avortement » dans cette contribution pour désigner l'avortement provoqué et l'interruption artificielle de grossesse et introduirons la précision dans les cas où elle est pertinente. Une fois la définition de l'avortement clarifiée, *quid* du droit à l'avortement ? *Lato sensu*, le droit à l'avortement peut être compris comme le fait d'avoir la possibilité d'avorter. Peu importe les conditions, l'aménagement de la possibilité est suffisante pour dire que la personne a le droit d'avorter. Dans cette hypothèse, le droit à l'avortement est donc compris comme la législation et la régulation en vigueur sur l'avortement. *Stricto sensu*, le droit à l'avortement en tant que droit de l'homme appartient à la catégorie des droits reproductifs. Il appartient à une femme enceinte qui peut, à ce titre, choisir de poursuivre ou de continuer sa grossesse sans avoir à se justifier et ce dans des conditions garantissant son bien être et sa sécurité pendant et après l'intervention. Ici, nous étudierons le droit à l'avortement au sens large en Corée du Sud même si la question de la consécration d'un droit réel à l'avortement pourra aussi être répondu au fur et à mesure de la contribution. La Corée du sud, péninsule de l'Asie de l'Est, est actuellement la dixième puissance économique mondiale et gagne en visibilité ces dernières années de par son poids dans la géo-politique de la région mais aussi par son *soft-power* culturel en pleine explosion. Cette république qui enregistre à la fois un Indice de Développement Humain très élevé, un taux de suicide élevé et un taux de natalité très faible, surprend depuis son redressement économique impressionnant des années 70 sous la roulette du dictateur Park Chung-Hee ainsi que l'important processus de démocratisation lancé à la fin des années 80. Ce pays, réputé pour ses capacités incroyables d'adaptation, est en proie depuis deux décennies à de larges modifications sociales menant à une redéfinition profonde de certains cadres et à une remise en perspective de la

---

<sup>1</sup> Organisation Mondiale de la Santé, Avortement, 25 novembre 2021, <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/abortion>.

<sup>2</sup> Organisation Mondiale de la Santé, Avortement, *op. cit.*

<sup>3</sup> Organisation Mondiale de la Santé, Avortement, *op. cit.*

<sup>4</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, Full opinion*, Decisions of the Constitutional court Korea (2019), Cour Constitutionnelle, 2020, Séoul, *traduction officielle*, p. 6.

tradition confucéenne ancrée dans la société. Dans ce contexte social, la question de l'avortement a finalement surgi dans le débat public. La Corée du Sud a donc rejoint les pays de la deuxième vague de libéralisation de l'avortement après une première vague dans les années 70<sup>5</sup>. La libéralisation de l'avortement est généralement initiée par le législateur mais les cas où les juridictions en ont été les initiateurs restent assez communs. C'est justement la Cour constitutionnelle de Corée du Sud qui a lancé le mouvement en estimant le 11 avril 2019 que les articles pénalisant l'avortement en Corée n'étaient pas conformes à la Constitution en ce qu'ils violaient le droit à l'auto-détermination des femmes de par leur rigueur. Sa décision de non-conformité maintenait toutefois l'application des articles jusqu'au 31 décembre 2020 afin de laisser au législateur le temps de réfléchir à un nouvel encadrement de l'avortement. Trois ans plus tard, l'absence d'une nouvelle législation laisse les femmes souhaitant avorter dans un flou juridique préjudiciable. Pour comprendre la situation actuelle, une remise en contexte s'impose d'autant que l'avortement a toujours eu une place ambiguë en Corée influant largement sur la situation actuelle.

### **L'avortement en Corée du Sud: législation répressive et pratique courante**

Avant la décision de 2019 changeant le paradigme sud-coréen sur l'avortement, la Corée du Sud interdisait en principe l'avortement tout en aménageant quelques rares exceptions. Ainsi, les articles 269 et 270 du chapitre XXVII du Code pénal de 1953, amendés en 1995, disposaient respectivement à leurs premiers alinéas qu' «une femme qui avorte par elle-même par la prise de médicaments ou par d'autres moyens doit être punie par un an d'emprisonnement au *maximum* ou par une amende de deux millions de wons au *maximum* »<sup>6</sup> et qu'« un médecin, un phytothérapeute, une sage-femme, un pharmacien ou un droguiste qui effectue un avortement sur une femme à sa demande ou avec son consentement, doit être puni d'une peine d'emprisonnement maximal de deux ans »<sup>7</sup>. Si la femme était blessée lors de l'intervention, le praticien encourrait alors une peine maximale de 5 ans d'emprisonnement et de 10 ans si elle décède. Le praticien risquait aussi une suspension de sa licence. En 1973, la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant (*Mother and Child Health Act*) adoucit cette interdiction en autorisant l'avortement par un médecin avec l'accord de la femme enceinte et de son époux ou conjoint dans cinq situations: si l'un des époux souffre d'une maladie mentale ou physique génétique indiquée dans un décret présidentiel, si l'un des époux souffre d'une maladie contagieuse prévue dans un décret présidentiel en cas de maladies génétiques, d'handicap mental génétique, si la grossesse résulte d'un viol ou d'un *quasi-viol*, si elle résulte d'un inceste ou si le maintien de la grossesse porte atteinte ou risque de porter gravement atteinte à la santé de la mère pour des raisons médicales. Ainsi, l'avortement est autorisé par exception pour des raisons morales (viol, quasi-viol et inceste) et pour des raisons médicales. Le décret d'application de la loi prévoyait à son article 15 que l'interruption de grossesse était seulement possible dans les 28 premières semaines de la grossesse. Suite à un amendement de 2009, la période est réduite à 24 semaines et la liste de maladies justifiant l'avortement est réduite<sup>8</sup>. Au delà de ce durcissement, les exceptions ont toujours été interprétées

---

<sup>5</sup> Corre-Basset Antoine et Eleonora Bottini, « Chronique de droit constitutionnel comparé », Titre 7, vol. 3, no. 2, 2019, en ligne.

<sup>6</sup> Article 269 du Code Pénal (1953), traduction personnelle.

<sup>7</sup> Article 270 du Code Pénal (1953), traduction personnelle.

<sup>8</sup> Wolman Andrew, *Abortion in Korea: a human rights perspective on the current debate over enforcement of the laws prohibiting abortion*, Journal of International Business and Law, volume 9, n°1, 2010, p.159.

de manière stricte par la Cour Suprême qui a exclu l'avortement en cas de trisomie du *foetus*<sup>9</sup> et a interprété l'« atteinte grave » à la santé de la mère comme ne comprenant que les situations rendant indispensables l'intervention sur la base d'un test médical en trois étapes<sup>10</sup>. De même, les décrets présidentiels délimitant les maladies éligibles comprennent peu de maladies. Comme il est très difficile de fixer et déterminer les limites des maladies critiques pour la survie du foetus, certains médecins pensent qu'il serait préférable de laisser cette question à l'avis de deux médecins plutôt que par un décret d'exécution<sup>11</sup>. Il est aussi important de noter que l'importante stigmatisation du viol et de l'inceste en Corée rend peu probable une demande sur le fondement de cette exception impliquant de lancer des poursuites judiciaires<sup>12</sup>. Pour toutes ces raisons, les hypothèses d'avortements légaux étaient rares. Toutefois, régulièrement, des tentatives et des discussions de réforme afin d'assouplir ce régime ont émergé puis se sont soldés par des échecs: une proposition de réforme de 1992 n'est finalement pas adoptée par une Assemblée nationale conservatrice<sup>13</sup>, refus d'écouter certaines voix en faveur de la dépénalisation lors de la réforme du Code pénal en 1995 au motif que la population privilégie le droit à la vie du *foetus*<sup>14</sup>, nouvelle demande de dépénalisation par la *Medical Doctor Association* en 2001 sans succès<sup>15</sup>... Ainsi, le texte actuel est presque identique en contenu à la version initiale de 1953. Pourtant, cela n'a pas arrêté les femmes concernées.

La Corée du Sud présente en effet un nombre important d'avortements par rapport aux autres pays de l'OCDE notamment ceux autorisant les avortements sur des conditions socio-économiques<sup>16</sup>. Dans son rapport général de 1998, le comité de la Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes s'inquiète déjà du nombre important d'avortements en Corée<sup>17</sup> et ce, surtout parmi les femmes âgées de 20 à 24 ans<sup>18</sup>. Selon les chiffres fournis par le *Korea Institute for Health & Social Affairs*, le pourcentage d'avortement des femmes mariées a fortement diminué de 2000 à 2015 et a continué en ce

---

<sup>9</sup>Cour suprême de Corée du sud, 98Da22857 du 11 juin 1999, Casenote; Cour suprême de Corée du sud, 2000Da61947 du 29 mars 2002, Casenote.

<sup>10</sup> Cour suprême de Corée du sud, 84Do1958 du 11 juin 1985, Casenote.

<sup>11</sup> Hwang Jong-Yun, *Social consensus is required for legal induced abortion*, Journal of Korean Medical Sciences, vol 34 n°19, Mai 2019, p. 2.

<sup>12</sup> Sung Woong Kyu, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, International Journal of Law, Policy and the Family, vol. 26, no 3, 2012, p.283.

<sup>13</sup> *Eod. loc.*, p.280.

<sup>14</sup> Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Fifth periodic report of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/5, 23 July 2003, p. 70.

<sup>15</sup> *Eod. loc.*, p.53.

<sup>16</sup> Kim Dong-Sik et Kim Young-Taek, *Contraception and Abortion Policies for Women's Reproductive Health Rights: Issues and Tasks*, Korean Women's development Institute, English Research paper -11, 2015, Seoul, p. 1.

<sup>17</sup> Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Eighteenth and nineteenth sessions), General Assembly, Official Records, Fifty-third session, Supplement No. 38 (A/53/38/Rev.1), United Nations, New York, 1998, p. 79.

<sup>18</sup> Wolman Andrew, *Abortion in Korea: a human rights perspective on the current debate over enforcement of the laws prohibiting abortion*, *op. cit.*, p.158.

sens plus lentement entre 2015 et 2018 sauf pour la tranche des 15-24 ans<sup>19</sup>. Pourtant, au delà de ces chiffres officiels, beaucoup d'experts estiment que les chiffres sont en réalité plus ou moins similaires<sup>20</sup>. Il a toujours été difficile de mener des enquêtes statistiques sur l'avortement en Corée sans doute en partie à cause de la pénalisation si bien que les chiffres donnés par les différentes études sont très variables de quelques cent-milles à millions de cas pour des années identiques<sup>21</sup>. Dans tous les cas, il ne fait aucun doute que l'avortement est couramment utilisé par les sud-coréennes d'autant que ce cadre législatif strict n'est que rarement mis en oeuvre. En effet, on décompte peu de poursuites<sup>22,23,24</sup>. Même en cas de condamnations, les juridictions accordaient souvent des sursis<sup>25</sup>. Ce laxisme se comprend aussi au regard de l'histoire de l'avortement en Corée.

Bien que le manque de sources anciennes sur le sujet compliquent l'établissement d'une histoire précise des pratiques abortives en Corée, cette pratique reste ancienne et est étroitement liée à la sphère privée. Les grossesses non voulues ou hors mariage se finissaient souvent par l'exercice de violences physiques sur le ventre ou la consommation d'herbes chinoises ou de remèdes maisons<sup>26</sup>. Certaines mixtures abortives sont présentées dans le *Précieux miroir de la médecine coréenne*<sup>27</sup>, un ouvrage de 1613. Les textes de lois de l'époque en revanche restent silencieux. La seule évocation lointaine se trouve dans le Code pénal Ming à l'époque Joseon qui prend en compte comme circonstance aggravante d'une dispute ou de coups la fausse couche d'un fœtus de plus de 90 jours qui s'ensuit<sup>28</sup>. La première pénalisation de l'avortement a lieu en 1912 avec la colonisation japonaise<sup>29</sup> mais les poursuites étaient déjà rare<sup>30</sup> et n'ont

---

<sup>19</sup> Song Chi-Seon, Lim Yeon-Gyu, Park Song-Yi, *Table 56: Induced Abortion Rate of Married Women*, Women in Korea 2020. Statistical Handbook, Korean Women's Development Institute, Korea, 2020, p. 56.

<sup>20</sup> Yang Hyun-Ah, « *Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement* », Tracés. Revue de Sciences humaines, n°17, 2017, 23 janvier 2018 (en ligne), §70.

<sup>21</sup> Lee Sang-Kyung, *A comparative analysis of a pregnant woman's rights to abortion: notes on constitutional Courts' decisions of Abortion Laws in Germany and the United States, and their implications for Korean abortion laws*, Asian Women, vol.24, n°2, 2008, p. 79; Yang Hyun-ah, « *Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement* », *op. cit.*

<sup>22</sup> Sung Woong Kyu, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, *op.cit.*, p. 288.

<sup>23</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion*, *op.cit.*, p. 22.

<sup>24</sup> Voir annexe 7

<sup>25</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2010Hun-Ba402 du 23 août 2012, *Abortion Case, Summaries of Opinions*, Decisions of the Constitutional court Korea (2012), Cour Constitutionnelle, 2013, Séoul, p. 96.

<sup>26</sup> Tedesco Franc, *Abortion in Korea* dans Keown Damien, *Buddhism and abortion*, University of Hawaii Press, 1998, p. 127.

<sup>27</sup> Galmiche Florence, « *Statut de l'avortement et mouvements féministes en Corée du Sud* », Tracés. Revue de Sciences humaines, n°17, 2017, 23 janvier 2018 (en ligne),

<sup>28</sup> Centre pour la santé et le changement social, *L'histoire du crime d'avortement (낙태죄의 역사, naktaejoe-ui yeoksa)*, 5 mars 2018, (Coréen), [http://www.chsc.or.kr/?post\\_type=column&p=90059](http://www.chsc.or.kr/?post_type=column&p=90059)

<sup>29</sup> Galmiche Florence, « *Statut de l'avortement et mouvements féministes en Corée du Sud* », *op. cit.*

<sup>30</sup> Tedesco Franc, *Abortion in Korea*, *op.cit.*, p.127.

pas empêché l'arrivée à partir des années 20 de méthodes modernes d'avortement<sup>31</sup>. Lors de la décolonisation, au titre du respect pour le droit à la vie, de la dignité humaine et de la préservation de la morale sexuelle<sup>32</sup>, il est décidé de conserver dans le Code Pénal le crime d'avortement. Toutefois, ce maintien s'accompagne de discussions sur l'aménagement d'exceptions notamment pour des raisons de santé mais dans la version finale, ces éléments ont finalement disparus et ne seront réintroduits qu'en 1973 par la loi sur la santé de la mère et de l'enfant<sup>33</sup>. Ainsi, jusqu'au début des années 50, l'avortement est une pratique courante réprimée principalement en théorie. Cette ambiguïté se poursuit mais prend une nouvelle dimension avec l'utilisation de l'avortement dans les politiques anti-natalistes de l'Etat.

Il est important de comprendre qu'en Corée du Sud, la question de l'avortement est étroitement liée à celle des politiques publiques démographiques des gouvernements autoritaires successifs. Après la Seconde Guerre Mondiale rimant avec la décolonisation pour la Corée, des régimes autoritaires se succèdent. Après la Guerre de Corée (1950-1953), le gouvernement en place met en place une stratégie de développement économique qui s'accompagne notamment d'une politique interventionniste dans le domaine familial. Alors que l'explosion des naissances dans les années 50 était perçue comme un élément essentiel pour une nation future prospère, le ton change dans les années 60 face à l'impact de foyers trop importants sur le redressement économique<sup>34</sup>. Ainsi dès 1961, Park Chung-Hee lance un programme de planning familial visant à réduire le taux de fertilité et permettant l'établissement de nombreuses cliniques qui proposaient en réalité entre autres des avortements pour les femmes les plus pauvres<sup>35</sup> sous le nom de planification menstruelle. Ce programme ne s'achève qu'en 1996. En réalité, des années 60 aux années 2000, l'avortement a été largement cautionné par l'Etat sud-coréen comme instrument des politiques publiques anti-natalistes mises en place suite à la guerre de Corée dans un but de développement économique<sup>36</sup>. Dans la société, l'avortement est vue comme un moyen permettant de se conformer à la politique menée et aux messages transmis par le gouvernement sur le modèle de famille idéale. La réduction du nombre d'enfant couplée à la nécessité culturelle d'avoir un fils mène même à une pratique de sélection prénatale des foetus par l'avortement. Ainsi, la passivité voire l'encouragement du gouvernement laissait en réalité une grande marge de liberté aux femmes et médecins. D'ailleurs, selon une étude de Hong Sung-Bong et Watson Walter dans les années 70, nombreuses étaient celles ignorant l'illégalité de la procédure<sup>37</sup>. La politique anti-nataliste de fin du XXème siècle a prouvé son efficacité avec une diminution régulière et importante du nombre de naissances quitte à utiliser l'avortement indépendamment de son statut juridique<sup>38</sup>. Toutefois, malgré l'arrêt de ces politiques, le taux de fécondité continue à diminuer

---

<sup>31</sup> Galmiche Florence, « *Statut de l'avortement et mouvements féministes en Corée du Sud* », *op. cit.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Centre pour la santé et le changement social, L'histoire du crime d'avortement (낙태죄의 역사, naktaejoe-ui yeoksa), 5 mars 2018, (Coréen), [http://www.chsc.or.kr/?post\\_type=column&p=90059](http://www.chsc.or.kr/?post_type=column&p=90059)

<sup>34</sup> *Eod. loc.*, p. 95.

<sup>35</sup> Kim Sun-hye, Young Na, Lee Yu-rim, *The role of reproductive justice movements in challenging South Korea's abortion ban*, Health and Human Rights Journal, vol. 21, n°2, dec 2019, p.98.

<sup>36</sup> Kim Sun-hye, Young Na, Lee Yu-rim, *The role of reproductive justice movements in challenging South Korea's abortion ban*, *op. cit.*, p.9.

<sup>37</sup> Hong Sung-Bong et Watson Walter, *The role of induced abortion in fertility control in Korea*, Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology, Vol. 13, n°1, Dec 1972, p. 115.

<sup>38</sup> Hong Sung-Bong et Christopher Tietze, *Survey of Abortion Providers in Seoul, Korea*, Studies in Family Planning, May, 1979, Vol. 10, No. 5, May 1979, p. 163.

encore aujourd'hui si bien que ce phénomène est aujourd'hui considéré comme une grande menace pour le pays qui a annoncé pour la première en 2020 que le nombre enregistré de morts avait été plus important que celui des naissances entraînant le premier déclin naturel de la population du pays<sup>39</sup>. L'évolution de l'inquiétude du gouvernement est perceptible dans Les rapports successifs de la République de Corée du Sud au Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Ainsi, en 1986 et en 1990, les rapports ne contiennent aucune indication sur l'avortement<sup>40</sup> mais en 1995, le gouvernement finit par l'évoquer en explicitant son statut juridique, l'interdiction et les exceptions tout en mettant en avant les mesures éducatives sur la contraception mises en avant pour lutter contre l'avortement<sup>41</sup>, montrant l'intérêt grandissant de l'Etat pour la question. En 1998, le rapport est assez riche sur la question en rappelant l'interdiction et en révélant les campagnes de sensibilisation menées afin de lutter contre, face aux effets néfastes sur la santé des femmes et sur la répartition des naissances entre les sexes<sup>42</sup> comme il est utilisé pour une sélection prénatale<sup>43</sup>. A partir de la fin des années 90, le changement de paradigme entraîne aussi un changement radical du discours menant à l'arrivée de l'avortement dans le débat public. Toutefois, avant d'envisager le changement des années 2000, il semble opportun d'envisager les évolutions récentes de la place de la femme en Corée qui ont largement influencées la baisse des naissances.

### **La chute des naissances et la place de la femme dans la société coréenne**

Le phénomène de baisse de la natalité en Corée traduit en réalité le pessimisme d'une génération sur leurs conditions de vie. La jeunesse coréenne en général a tendance à privilégier l'établissement de sa carrière et n'envisage que plus tardivement l'idée d'une famille ou y renonce totalement pour maintenir la carrière durement construite<sup>44</sup>. On parle ainsi de la génération *Sampo* qui a abandonné l'idée de se mettre en couple, de se marier et d'avoir des enfants, des DINK (*Double income, no kids*) qui s'installent en couple et travaillent tous les deux mais ne veulent pas avoir d'enfants. Certains refusent de se marier alors que l'établissement d'une famille repose encore sur le mariage en Corée du Sud<sup>45</sup>. Progressivement,

---

<sup>39</sup> TheKoreaTimes, *Korea's childbirth drop 4.2% in march*, TheKoreaTimes, 25 mai 2022.

<sup>40</sup> Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Initial reports of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/5/Add.35, 11 avril 1986; Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Second periodic report of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/13/Add.28, 8 Janvier 1990.

<sup>41</sup> Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Third periodic report of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/3, 27 septembre 1995, p. 74-75.

<sup>42</sup> Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Fourth periodic report of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/4, 30 mars 1998, p.69

<sup>43</sup> Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Fourth periodic report of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/4, 30 mars 1998, p. 70.

<sup>44</sup> Seo Seung-Hyun, *Low fertility trend in the Republic of Korea and the problems of its family and demographic policy implementation*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>45</sup> Eun Ki-Soo, *Changes in Population and Family in Korea* dans Korean families, continuity and change, Korean family studies association, SNU Press, 2016, p.94-95.

l'augmentation du cout de la vie mène aussi à la prise de conscience de la nécessité d'un double salaire<sup>46</sup> tandis que les politiques anti-natalistes du gouvernement ont aussi permis à la population de prendre du conscience du lien entre le nombre limité d'enfants et l'amélioration de la qualité du train de vie<sup>47</sup>. Les principaux responsables de ce rejet d'une vie de couple et familiale semblent être l'importance concurrence sur la marché de l'emploi, les difficultés grandissantes immobilières et le cout exorbitant de l'éducation des enfants.

L'évolution de la place de la femme en Corée a aussi largement contribué à la baisse des naissance. Les relations entre les genres en Corée ont culturellement été fortement influencées par trois éléments: les préceptes et pratiques néo-confucéens pendant la période Joseon (1392-1897), l'arrivée des idées américaines, européennes et japonaises au XVIII<sup>ème</sup> et XIX<sup>ème</sup> siècles et l'expérience post-coloniale à partir de 1945<sup>48</sup>. Alors que la période Goryeo (918-1392) a été une période de libertés et de droits pour les femmes, le néo-confucianisme du Joseon change radicalement la place de la femme, subordonnée à l'homme et reine de son foyer, domaine qu'elle n'est censée quitter que rarement<sup>49</sup>. A partir de là, la femme se définit avant tout par son rôle de mère qui détermine aussi sa place d'épouse<sup>50</sup>. En réalité, ces préceptes ont mis du temps à réellement pénétrer la société mais au XVIII<sup>ème</sup> siècle, ils sont parfaitement intégrés<sup>51</sup>. A partir de 1870, la remise en question des idées néo-confucéennes par la pénétration des idées occidentales et japonaises, la réaction coréenne à l'occupation japonaise et l'éducation des femmes par les missionnaires protestants concentrée sur la piété religieuse et le rôle domestique<sup>52</sup> donnent à la maternité une teinte nationaliste. La mère est au centre de la construction d'une nation forte et indépendante<sup>53</sup>. Le redressement économique rapide des années 70 et 80 mènent à une redéfinition progressive de la place de la femme<sup>54</sup> qui continue. Traditionnellement, les charges relatives à l'éducation de l'enfant et aux soins des parents du couple sont prises en charge par la femme sans aide de l'Etat<sup>55</sup>. Toutefois, le grand projet de redressement économique mène progressivement à l'entrée des femmes sur le marché du travail<sup>56</sup>. Avec l'amélioration des conditions de vie, les femmes bénéficient d'une meilleure éducation et souhaitent travailler pour forger leur propre carrière plutôt que de gérer le foyer<sup>57</sup>. Cette amélioration de la condition de la femme en Corée s'est notamment traduite par des réformes juridiques notamment en droit des

---

<sup>46</sup> *Eod. loc.*, p. 109.

<sup>47</sup> *Eod. loc.*, p. 91.

<sup>48</sup> Choi Hyaeweol, *Constructions of marriage and sexuality in modern Korea*, dans Mark McLelland and Vera Mackie, *Routledge Handbook of sexuality studies in east asia*, Routledge, 2014, p. 87.

<sup>49</sup> *Eod. loc.*, p. 87.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Eod. loc.*, p.89.

<sup>52</sup> *Eod. loc.*, p. 90.

<sup>53</sup> *Eod. loc.*, p. 91.

<sup>54</sup> *Eod. loc.*, p. 95.

<sup>55</sup> Eun Ki-Soo, *Changes in Population and Family in Korea*, *op.cit.*, p. 99.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Eod. loc.*, p. 106.

successions<sup>58</sup>. Ce changement de statut social de la femme ne s'associe cependant pas avec un rééquilibrage des charges du foyer<sup>59</sup> et il était encore assez commun jusque récemment pour les femmes de renoncer à leurs carrières suite à leur grossesse ou d'avoir des difficultés à retrouver un emploi ou progresser dans leur carrière après l'établissement d'une famille. Pour toutes ces raisons, les femmes sont moins enclines à fonder une famille ou préfère attendre pour le faire. Toutefois, malgré l'évolution de la condition de la femme, l'écart salarial est toujours très important en Corée dans la mesure où en 2019, les salaires des Sud-Coréennes étaient en moyenne inférieurs de 32,5% alors que la moyenne dans les pays de l'OCDE est de 12,5%<sup>60</sup>. Le plafond de verre reste aussi presque impénétrable<sup>61</sup>. La Corée du Sud cherche cependant à améliorer la situation des femmes en mettant l'action sur la reconnaissance et la protection du droit des femmes aussi bien au niveau national qu'international. Ainsi, la Corée du Sud a ratifié respectivement en 1966 et 1984 les Pactes internationaux relatif aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes. Elle participe activement aussi aux mouvements internationaux sur l'égalité entre les hommes et les femmes. Ainsi, elle a déjà signé plusieurs *memorandum of understanding* avec l'United Nations Population Funds visant à renforcer leurs partenariat (notamment en octobre 2018<sup>62</sup> et en décembre 2020<sup>63</sup>). En parallèle, elle a fondé en 1983 l'Institut de développement des femmes coréennes qui agit nationalement sur les difficultés rencontrées par les femmes<sup>64</sup>. En 2000, elle crée un ministère de la famille et des femmes<sup>65</sup> visant notamment à lutter contre les violences sexuelles à l'égard des femmes et à améliorer l'équilibre des relations hommes-femmes.

Bien que les traités internationaux sus-mentionnés ne prévoient rien d'explicite à propos de l'avortement par considération pour les Etats, ils ont tous affirmés leur préférence pour une légalisation notamment au nom du droit à la santé des femmes ainsi que de leurs droits à la vie. Sur ce sujet là en revanche, la Corée adopte une approche très différente voire même contraire dans les années 2000 avec un durcissement de sa politique de lutte contre l'avortement qu'elle désigne, à tort, comme responsable de la baisse des naissances.

### **L'arrivée de l'avortement dans le débat public: le durcissement de la répression.**

---

<sup>58</sup> Sung Woong Kyu, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, *op.cit.*, p. 296-297.

<sup>59</sup> Eun Ki-Soo, *Changes in Population and Family in Korea*, *op.cit.*, p. 109.

<sup>60</sup> Bernard Marie-Violette, *Yoon Suk-yeol, le président antiféministe qui veut ramener la Corée du Sud dans la « norme conservatrice »*, Franceinfo, 10 avril 2022

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> UNFPA, UNFPA partners with Korea and UN Women to advance gender equality, site de l'UNFPA, 1er octobre 2018.

<sup>63</sup> Korean Women's Development Institute, *Dissemination Activities, 2020-2021, Annual Report 2020-2021*, p. 13.

<sup>64</sup> Rapport de la Corée du Sud au comité sur l'élimination de la discrimination contre les femmes, CEDAW/C/5/Add.35 11 April 1986, p.2.

<sup>65</sup> Le nom de cette institution traduit littéralement est effectivement « Ministère de la famille et des femmes » mais le nom choisi en anglais est *Ministry of Gender Equality and Family*. Nous avons fait le choix d'une traduction littérale dans cette contribution au regard des critiques vives que reçoit ce ministère par les anti-féministes et des débats dans l'élection présidentielle sud-coréenne de 2022 qui seront abordées dans le chapitre 2 de la partie 2 de la contribution et qui ont une dimension plus subtile avec la traduction littérale.

La place ambiguë de l'avortement, largement toléré a eu pour conséquence que l'avortement n'a pas fait l'objet de revendications pendant longtemps d'autant que dans les années 80 et 90, les actrices traditionnelles de ce combat, les féministes, se montrent hostiles à cette pratique utilisée pour se débarrasser des fœtus féminins<sup>66</sup> alors que les opposants classiques, principalement les associations et groupes religieux, restent fidèles à leurs rôles et promeuvent un culte à la vie ainsi qu'une culture sexuelle saine<sup>67</sup>. Ni à l'ordre du jour de l'agenda politique ni à celui de l'agenda militant, l'avortement n'était pas considéré comme une problématique urgente<sup>68</sup> malgré les difficultés pratiques découlant de son interdiction *de jure* quant à son accès, aux informations relatives aux méthodes, son prix et la qualité de l'intervention mais aussi à la stigmatisation rencontrée par les femmes avortant<sup>69</sup>. Elles étaient aussi démunies en cas de complications médicales puisque personne n'est légalement responsable<sup>70</sup> et qu'elles n'osent pas forcément se manifester, consciente de l'illégalité de la démarche initiale.

A partir du milieu des années 2000, la prise de conscience de l'envergure du problème de natalité en 2005, le taux avait baissé jusqu'à 1.08 et l'an dernier, le taux de fertilité est tombé à 0.81 tandis qu'il était de 0.84 l'an passé<sup>71</sup>. Or, le taux ne doit pas être inférieur à 2,05 pour permettre un renouvellement de la population. Face à la baisse des naissances, à partir de 2005, le gouvernement décide d'inverser sa politique en adoptant une politique nataliste par le *Framework Act on Low Birth Rate in an Aging society* ce qui implique aussi un changement de politique sur l'avortement. Ainsi, pour la première fois depuis l'adoption des articles dans le Code pénal en 1953, le gouvernement a cherché à appliquer l'interdiction de l'avortement et commence par un amendement de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant instituant le *Master plan for the prevention of illegal abortion* renforçant le contrôle du gouvernement sur les hôpitaux et cliniques par des impératifs de déclaration et des modalités d'inspection et de contrôle de leurs activités. En 2011, le Ministre de la Santé et de la Protection sociale accuse l'avortement d'être une cause majeure du faible taux de fécondité<sup>72</sup>. Au début des années 2010, le gouvernement a aussi mis en place une nouvelle politique, un « *Consolidated Plan to Prevent Illegal Abortion* »<sup>73</sup>. Dans ce contexte politique, une politique de dénonciation des médecins et personnels de santé pratiquant l'avortement a été mise en place par les médecins *pro-life*. En réalité, malgré la nouvelle sévérité affichée, le nombre de poursuites n'a en réalité que très légèrement augmenté. Pour autant, parler d'échec de la nouvelle politique gouvernementale ne semble pas tout à fait exact comme ces nouvelles mesures ont tout de même conduites à précariser l'accès aux avortements illégaux en décourageant les médecins qui auparavant osaient en effectuer. Ce contexte a aussi rapidement mené à la précarisation des conditions de l'intervention, à l'augmentation des prix et au renforcement de l'*omerta* autour de l'avortement. Une augmentation des prix privant les mineures et

---

<sup>66</sup> Galmiche Florence, « *Statut de l'avortement et mouvements féministes en Corée du Sud* », *op. cit.*

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Kim Sun-hye, Young Na, Lee Yu-rim, *The role of reproductive justice movements in challenging South Korea's abortion ban*, *op. cit.*, p.98.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Moon Ki-Seok, *Penumbra finally emanating over Korea — A comparative analysis of a recent Korean constitutional case on criminality of abortion*, *Hanyang Law review*, vol 36, n°4, p.49.

<sup>71</sup> *TheKoreaTimes*, *Korea's childbirth drop 4.2% in march*, *TheKoreaTimes*, 25 mai 2022.

<sup>72</sup> Galmiche Florence, « *Statut de l'avortement et mouvements féministes en Corée du Sud* », *op. cit.*

<sup>73</sup> Sung Woong Kyu, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, *op.cit.*, p.294

femmes en difficultés financières de se le procurer peut résulter à l'abandon ou à un infanticide<sup>74</sup> tandis que les femmes ayant les moyens se tournent vers l'étranger. Un exemple illustre les conséquences de ce durcissement de la répression: en novembre 2012, une adolescente, suite à des complications lors de son avortement, a trouvé la mort alors que le médecin, par peur d'être condamné, ne l'a pas transféré dans un hôpital pour recevoir des soins d'urgence. En parallèle, le 23 août de la même année, la Cour constitutionnelle a rendu sa première décision<sup>75</sup> portant directement sur les articles incriminant l'avortement suite à la demande d'une sage-femme poursuivie pour l'avortement. La cour dans une décision prise à 4 contre 4 (un siège était alors vacant à la Cour) avait tranché en faveur de la constitutionnalité des dispositions dans la mesure où le droit à la vie du fœtus en tant qu'intérêt général était supérieur aux intérêts de la femme enceinte et à son droit à l'auto-détermination. Le *quorum* de six juges nécessaire pour qu'un article soit jugé inconstitutionnel n'a certes pas été atteint<sup>76</sup> mais la division dans la formation de jugement reflétait déjà la sensibilité du sujet.

Face à ce contexte hostile et au durcissement des conditions d'accès à l'avortement, les soutiens de ce dernier se sont aussi organisés. Dès 2010, le *Network for women's right to decide pregnancy and delivery* a rassemblé des groupes féministes, travaillistes et des organisations militant pour la justice sociale pour plaider en faveur de la libéralisation mais face à un contexte trop défavorable, il a fini par être relativement inactif. En 2016, l'association *Women with disabilities Empathy* donne une nouvelle impulsion fondée sur la justice reproductive<sup>77</sup>. Traditionnellement, les discours sur la justice reproductive ont été mis en place par les femmes de couleur en Occident mais, en Corée, ils sont repris par les femmes handicapées<sup>78</sup>. Elles sont rejointes dans le démarche par de nombreuses associations (*Network for Glocal Activism (NGA), the Center for Health and Social Change, Korean Lawyers for Public Interest and Human Rights...*<sup>79</sup>) au sein du *Sexual and Reproductive Rights Forum*. Ces différentes associations et groupements ont mené de grandes campagnes de communication et ont occupé l'espace public pour sensibiliser la population et en obtenir le soutien tout en fédérant à leur cause les autres communautés s'identifiant aux problématiques en lien avec la justice reproductive et la justice sociale (ralliement des transgenres, des prostituées...).

En 2017, la dépénalisation de l'avortement aurait pu emprunter deux chemins: celui législatif ou celui juridictionnel. Dans la majorité des pays du monde, la dépénalisation ou la légalisation emprunte plutôt la voie législative mais la voie juridictionnelle a aussi été mobilisée à diverses reprises. En septembre 2017, une pétition demandant la dépénalisation de l'avortement et la légalisation de la pilule abortive a été signée par plus de 235 000 personnes sur le site officiel du gouvernement en moins de 30 jours<sup>80</sup>. Ce système de pétition nouvellement introduit en Août 2017 par le nouveau président Moon Jae-In dans une volonté de retrouver la confiance du peuple après le scandale de sa prédécesseure, permettait aux citoyens de présenter leurs idées qui devaient recevoir une réponse officielle du gouvernement si elles recevaient a

---

<sup>74</sup> Moon Ki-Seok, *Penumbra finally emanating over Korea — A comparative analysis of a recent Korean constitutional case on criminality of abortion*, *op. cit.*, p.49. Plusieurs faits divers de ces dernières années vont dans ce sens.

<sup>75</sup> 2010Hun-ba402

<sup>76</sup> Article 23 de la Constitution

<sup>77</sup> Kim Sun-hye, Young Na, Lee Yu-rim, *The role of reproductive justice movements in challenging South Korea's abortion ban*, *op. cit.*, p.100.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> McGuire John, *Should Abortion Be Decriminalized in Korea?*, *Korean Journal of Medical Ethics*, vol. 21, no 2, The Korean Society for Medical Ethics, Juin 2018, p. 131.

*minima* 200 000 signatures dans un délai de 30 jours<sup>81</sup>. En réponse, le gouvernement avait déclaré qu'il lancerait une grande enquête sur le sujet en prenant en compte l'écart entre les pratiques et les dispositions répressives<sup>82</sup>. La voie politique semblait alors être la voie la plus logique pour une dépenalisation. En parallèle, alors qu'un recours de constitutionnalité en inconstitutionnalité est introduit par un médecin devant la Cour Constitutionnelle, les associations négocient avec elle pour faire de ce dossier une affaire politique d'intérêt général en joignant l'article 269 à la demande d'examen. Finalement, alors que le gouvernement brille par son inertie, la Cour constitutionnelle entraîne la dépenalisation de l'avortement. Pour comprendre la décision de la Cour, il est nécessaire d'avoir un aperçu de la justice constitutionnelle en Corée du Sud.

### **Justice constitutionnelle et protection des droits fondamentaux en Corée du sud:**

L'établissement de la justice constitutionnelle en Corée du sud a été un processus progressif devenu un succès à partir de la démocratisation du système politique à la fin des années 80. En effet, malgré la mise en place de différentes institutions censées veiller au respect de la constitution dès 1948, le caractère autoritaire et dictatorial des régimes successifs n'a pas permis la mise en place d'un contrôle effectif<sup>83</sup>. Le contexte post-colonial ne joue pas non plus en faveur de l'instauration d'une justice constitutionnelle. Plusieurs modèles d'institutions se sont succédés généralement sur le modèle de justice constitutionnelle européen et plus rarement, sur le modèle de justice constitutionnelle américain. Finalement, les bouleversements politiques de 1986 et 1987 vont mener progressivement à la mise en place effective d'une Cour constitutionnelle. En effet, les revendications en faveur d'une élection présidentielle au suffrage direct de la nouvelle majorité d'opposition à l'Assemblée Nationale élue le 12 février 1985 et la tentative du président Chun Doo-Hwan de faire mine d'accepter l'idée tout en repoussant l'amendement de la Constitution postérieurement aux Jeux olympiques de 1988 (et donc les prochaines élections censées se dérouler juste avant) mènent à d'importantes contestations populaires, rapidement renforcées par des scandales suite à la mort de militants lors de manifestations pacifiques et suite à des tortures<sup>84</sup>. En réponse, le général Roh Tae-Woo, successeur désigné par Chun Doo-Hwan, accepte la révision et mène des réformes démocratiques lançant le processus de démocratisation en Corée du Sud<sup>85</sup>. C'est au détour de cette révision constitutionnelle que la justice constitutionnelle connaît une grande évolution. Une institution totalement indépendante du pouvoir judiciaire est mise en place pour tous les contentieux relatifs à la Constitution: la Cour constitutionnelle. Cependant, dans l'idée de tous les réformateurs, cette nouvelle Cour n'a pas vocation à devenir un organe de premier plan et devrait suivre la voie discrète de ses prédécesseurs<sup>86</sup>. Pourtant, dès sa mise en place, les juges se saisissent pleinement des pouvoirs dévolus en interprétant largement les situations dans lesquelles ils sont compétents<sup>87</sup>. Ils répondent ainsi aussi à la forte demande

---

<sup>81</sup> Lee Hyo-Jin, *Cheong Wa Dae online petition platform comes to an end*, TheKoreaTimes, 8 mai 2022. Depuis, ce système a été supprimé.

<sup>82</sup> McGuire John, *Should Abortion Be Decriminalized in Korea?*, *op.cit.*, p. 131.

<sup>83</sup> Cour constitutionnelle de Corée, *Twenty years of the Constitutional Court of Korea*, Governmental Publications, Séoul, 2008, p. 63.

<sup>84</sup> Scandale suite à la mort de Park Jong-Cheol, étudiant à l'Université Nationale de Séoul, Cour constitutionnelle de Corée, *Twenty years of the Constitutional Court of Korea*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>85</sup> *Eod. loc.*, p. 90.

<sup>86</sup> *Eod. loc.*, p. 98-99.

<sup>87</sup> Cour constitutionnelle de Corée, *Twenty years of the Constitutional Court of Korea*, *op. cit.*, p. 100-101.

populaire qui, à la fin d'une période autoritaire, est en réelle demande d'une protection de la norme constitutionnelle et des droits fondamentaux qu'elle protège. La Cour, dans les premiers temps, confrontée à certaines survivances législatives autoritaires des régimes précédents, a progressivement vu son contentieux glisser sur des sujets plus sociétaux et sensibles rattachés à la sphère des droits économiques et sociaux auxquels le dialogue social n'avait pas réussi à apporter de réponse ni sociale ni politique. La Cour, qui a la confiance totale de la population, a été considérée par les citoyens et les groupes d'intérêts comme la scène parfaite pour entraîner des changements sociaux et débats sur certaines problématiques. Ainsi, le contentieux constitutionnel sur le droit de la famille, les femmes et les minorités sexuelles gagne en importance ces dernières années. Cette utilisation du contentieux constitutionnel interroge sur la séparation des pouvoirs et les limites du contrôle de constitutionnalité<sup>88</sup>.

Conformément à l'article 111 de la Constitution, la Cour constitutionnelle est compétente pour se prononcer, à la demande des juridictions, sur la constitutionnalité de lois applicables au litige en cours<sup>89</sup>. Elle est aussi compétente pour les recours en constitutionnalité des lois sur demande directe des parties après un refus de saisine de la Cour par les juridictions<sup>90</sup>. Ce recours constitutionnel en inconstitutionnalité est une réponse au passif autoritaire afin d'assurer une garantie effective des droits<sup>91</sup> et d'éviter des cours ordinaires passives ayant pour conséquence un contrôle de constitutionnalité fantôme. Entre 1948 et 1987, quatre lois seulement avaient été décidées inconstitutionnelles par les différentes institutions successives en charge de ce contrôle<sup>92</sup>. De plus, les individus estimant leurs droits fondamentaux violés par des actions ou inactions des pouvoirs publics peuvent aussi saisir directement la Cour pour remettre en cause la constitutionnalité de lois ou de différentes actions et décisions de l'exécutif<sup>93</sup>. C'est un recours constitutionnel.

La loi sur la Cour constitutionnelle prévoit que la Cour peut prendre des décisions de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité. Toutefois, la limitation des formes de décision manquait de souplesse<sup>94</sup> si bien que dès 1989 la Cour a mis en place des formes modifiées de décisions. Dans la décision 89Hun-ma38 de 1989, elle crée la constitutionnalité limitée qui est en France l'équivalent d'une décision de constitutionnalité sous réserve d'interprétation. Par la suite, elle prend aussi des décisions d'inconstitutionnalité limitée et de non-conformité<sup>95</sup>. Des effets précis s'attachent à chaque forme de décision. Une décision de non-conformité permet aux juges constitutionnels de relever que la loi ou la disposition est inconstitutionnelle mais qu'il est nécessaire de laisser un délai au législateur pour amender cette dernière. Une opinion concurrente du 27 juillet 1995<sup>96</sup> clarifie les conséquences juridiques d'une

---

<sup>88</sup> Lee Kang-Kook, *The past and future of constitutional adjudication in Korea*, dans Laurent Mayali et John Yoo, *Current Issues in Korean Law*, The Robbins Collection, Berkeley, 2014, p.7.

<sup>89</sup> Article 111 Section 1 alinéa 1 de la Constitution de la République de Corée du Sud.

<sup>90</sup> Article 68 section 2 de la Loi sur la Cour Constitutionnelle.

<sup>91</sup> Chung Gong-gil, *Etude comparée du contrôle de constitutionnalité des lois en matière de droits fondamentaux en Corée et en France*, Thèse, Université de Paris I, 2004, Paris, p. 95.

<sup>92</sup> Lee Kang-Kook, *The past and future of constitutional adjudication in Korea*, *op. cit.*, p.2.

<sup>93</sup> Article 68 section 1 de la Loi sur la Cour Constitutionnelle.

<sup>94</sup> Cour constitutionnelle de Corée, *Twenty years of the Constitutional Court of Korea*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>95</sup> Première occurrence dans 88Hun-Ka1989 qu'elle fonde sur l'article 47 section 1 de la Loi sur la Cour constitutionnelle.

<sup>96</sup> Cour constitutionnelle, 93Hun-Ba1 du 27 juillet 1995.

décision de non conformité: par principe, les effets des articles visés sont suspendus<sup>97</sup> et par exception, ils restent applicables <sup>98</sup>. La Cour constitutionnelle a explicitement indiqué à de multiples reprises que la décision de non-conformité était généralement justifiée par une volonté de respecter le pouvoir législatif de l'Assemblée Nationale face aux multiples manières de redresser l'atteinte ou pour garantir la sécurité juridique qui serait mis à mal en cas de vide juridique dans le domaine concerné<sup>99</sup>. Cela montre aussi la volonté du juge constitutionnel de passer dans certains domaines par une voie plus démocratique, plus légitime pour la mise en place de nouvelles règles, celle de l'Assemblée Nationale élue<sup>100</sup>. En revanche, en cas de décision d'inconstitutionnalité, le texte litigieux est dépourvu de tout effet à compter du jour de la décision et la décision est même rétroactive en ce qui concerne les dispositions pénales. En 2019, la cour divisée a finalement rendu une décision de non-conformité insistant sur l'importance du rôle du législateur pour des questions aussi sensibles que l'avortement.

### **La dépenalisation par la Cour constitutionnelle**

En 2017, dans un contexte de durcissement des autorités dans leur répression des avortements illégaux, une gynécologue-obstétricienne inculpée pour avoir effectué 69 avortements entre le 1<sup>er</sup> novembre 2013 et le 3 juillet 2015<sup>101</sup> saisit directement la Cour constitutionnelle d'un recours constitutionnel en inconstitutionnalité suite au rejet d'une transmission de la question par les cours ordinaires sur le motif que la question avait déjà été tranchée en 2012. La requérante saisit la Cour constitutionnelle sur le fondement du droit à l'auto-détermination, du droit à la santé, du droit à l'intégrité physique et à la protection de la maternité et du droit à l'égalité pour l'article 269 du Code Pénal condamnant la femme enceinte avortant et sur le fondement du droit à l'égalité et de la liberté de travail pour l'article 270§1 sur le médecin. La Cour constitutionnelle se saisit de l'affaire et rend sa décision le 11 avril 2019: à 7 voix contre 2, elle déclare non-conformes à la constitution l'article 269§1 et l'article 270§1 (à propos des médecins) du Code pénal prohibant l'avortement. Elle maintient toutefois l'application des articles jusqu'au 31 décembre 2020 et demande à l'Assemblée Nationale de parvenir à une nouvelle législation d'ici la fin de ce délai à partir duquel les articles seraient *de facto* abrogés.

Pour les juges de la majorité Yoo Nam-seok, Seo Ki-Seog, Lee Seon-Ae, Lee Young-jin, Lee Seok-Tae, Lee Eun-Ae et Kim Ki-young, les articles du Code Pénal ne résistent pas au contrôle de proportionnalité en qu'ils restreignent de manière démesurée le droit à l'auto-détermination de la femme notamment en n'aménageant pas une exception pour les conditions socio-économiques et en s'appliquant de manière uniforme tout au long de la grossesse.

Toutefois, la majorité est divisée sur la forme de décision à rendre. Alors que quatre juges sont favorables à une décision de non-conformité: les juges Yoo Nam-seok, Seo Ki-Seog, Lee Seon-Ae et Lee Young-jin, trois juges sont favorables à une simple décision d'inconstitutionnalité: les juges Lee Seok-Tae, Lee Eun-Ae et Kim Ki-young. L'opinion concurrente en faveur de l'inconstitutionnalité estime que prendre une décision de non-conformité ici va à l'encontre du principe même du contrôle de constitutionnalité en faisant peser un poids disproportionné sur les épaules des justiciables et qu'au regard de la pratique commune de l'avortement, le

---

<sup>97</sup> Citation de la décision 88Hon-ma511, Cour constitutionnelle de Corée, *Twenty years of the Constitutional Court of Korea, op. cit.*, p. 166.

<sup>98</sup> Citation de la décision 92Hun-Ka1995, Cour constitutionnelle de Corée, *Twenty years of the Constitutional Court of Korea, op. cit.*, p. 166.

<sup>99</sup> Cour constitutionnelle de Corée, *Twenty years of the Constitutional Court of Korea, op. cit.*, p. 163.

<sup>100</sup> *Eod. loc.*, p. 148.

<sup>101</sup> Corre-Basset Antoine et Eleonora Bottini, « Chronique de droit constitutionnel comparé », *op. cit.*

vide juridique ne serait pas si préjudiciable. Les juges en faveur de la non-conformité rappellent quant à eux l'importance de la place du législateur sur ces questions et le danger que causerait un vide juridique pour les femmes souhaitant avorter.

Pour les juges de l'opinion dissidente, les deux juges Cho Yong-Ho et Lee Jong-seok, les articles visés sont constitutionnels dans la mesure où la restriction au droit à l'auto-détermination des femmes n'est pas excessive au regard du droit à la vie protégé en l'espèce. Le fait que la sanction soit uniforme tout au long de la grossesse ou qu'un avortement au regard des conditions socio-économiques de la femme ne soit pas prévu ne posent aucun problème.

Cette décision a été prise dans un contexte favorable avec une importante impulsion donnée par les associations qui ont réussi à mobiliser la population ainsi que la nomination à la Cour constitutionnelle de trois juges progressistes ayant précédemment exprimé leur soutien à la légalisation de l'avortement<sup>102</sup>. Elle marque une évolution importante sur le droit à l'avortement en Corée dans la mesure où elle oblige à une réforme de ce droit et force la sphère politique à sortir de son inertie et ensuite par le discours qu'elle élabore sur l'avortement en choisissant de le fonder sur le droit à l'auto-détermination des femmes fondé sur le droit à la dignité humaine. Concevoir l'avortement comme un outil de politique démographique posait une difficulté importante: les femmes ne sont jamais considérées et leurs voix pas prises en compte. L'avortement est totalement déshumanisé dans une perspective utilitariste. La décision de la Cour vient justement tirer un trait sur cet état de fait en recentrant le débat sur les femmes, premières concernées et victimes des conséquences d'une pénalisation. Elle fait passer dans le discours sur l'avortement la femme de sujet passif à actif. Ainsi cette décision de la Cour est essentielle sous divers aspects pour le droit à l'avortement sud-coréen. D'un autre côté, l'inertie du législateur et du gouvernement de 2017 se poursuit si bien que trois ans plus tard, le droit à l'avortement est dans une zone grise. L'élaboration de politiques par le pouvoir législatif résulte normalement de négociations et de compromis entre les différents partis et les différents intérêts en présence qu'ils représentent. Face à des questions sociales et éthiques sensibles comme l'avortement, l'importance d'un consensus politique semble d'autant plus important mais plus difficile à obtenir. L'intervention du pouvoir judiciaire dans le droit sur l'avortement a proposé de nouvelles perspectives n'ayant pas encore trouvé d'interlocuteur politique mais les a aussi mis au pied du mur. Ce passage par la voie jurisprudentielle s'explique par des spécificités culturelles et institutionnelles sud-coréennes bien qu'elle puisse interroger au regard de la répartition traditionnelle des pouvoirs et de la légitimité des juges nommés. Cependant, l'activisme judiciaire sur ces questions hautement morales et politiques a tendance à se heurter aux réalités politiques ne permettant pas la concrétisation de ces solutions<sup>103</sup>. La question se pose d'autant plus que le législateur n'a pas réussi à élaborer un nouveau régime pour l'avortement causant une insécurité juridique préjudiciable pour les femmes enceintes. En juin 2019, le bureau du Procureur général ont tout de même précisé que suite à la décision de 2019 aucune poursuites ne seraient conduites pour les crimes d'avortement visés par la décision.

Cette situation de blocage traduit une tension entre le mouvement initié par la Cour constitutionnelle et la réalité politique et culturelle du pays malgré une pratique courante de l'avortement. En cette période de latence, il est intéressant de comprendre où en est le droit à l'avortement en Corée du Sud et les différences forces l'agitant tout en considérant ses perspectives d'avenir. Dès lors comment comprendre cette tension et quel avenir pour le droit à l'avortement en Corée du Sud actuellement dans un flou juridique ?

---

<sup>102</sup> Kim Sun-hye, Young Na, Lee Yu-rim, The role of reproductive justice movements in challenging South Korea's abortion ban, *Health and Human Rights Journal*, vol. 21, n°2, dec 2019, p. 99.

<sup>103</sup> Malagodi Mara, *New Frontiers of Gender Constitutionalism in Asia, Part 1: Sexual and Reproductive Rights*, Blog of the International Journal of Constitutional Law, 13 mai 2021.

Dès lors, il s'agira dans un premier temps d'envisager la dépénalisation de l'avortement par la Cour constitutionnelle coréenne du 11 avril 2019 dans ses enjeux et ses limites afin de comprendre le discours de la Cour sur l'avortement (Titre 1) avant de se concentrer sur la difficulté à concrétiser cette dépénalisation et ses raisons, résultant en un vide juridique et une attente prolongée qui n'empêchent cependant pas de s'interroger sur les potentiels du régime futur de l'avortement (Titre 2).

## Titre 1: Une dépénalisation de l'avortement par la justice constitutionnelle

Le premier pas vers une légalisation de l'avortement a été fait en Corée par la Cour constitutionnelle en avril 2019 qui a décidé que les articles du Code pénal sur le crime d'avortement étaient non-conformes à la constitution. Cette décision prise à la majorité de 7 juges contre 2 a rapidement été encensée dans les médias étrangers et internes favorables à la libéralisation de l'avortement. Elle est en effet un revirement de jurisprudence important puisqu'en 2012, la Cour avait confirmé la constitutionnalité de ces mêmes articles et plus particulièrement des sages femmes pour l'article 270§1. Dans cette décision, la Cour a élaboré un discours fondé sur la proportionnalité entre le droit à la vie du fœtus et le droit à l'autodétermination de la femme. Contrairement à la décision de 2012, la cour donne de la substance et de la force au droit à l'autodétermination de la femme, progrès notable pour les femmes qui, pour la première fois en Corée, sont réellement prises en compte dans les débats sur l'avortement (Chapitre 1). Toutefois, l'établissement de ce discours a mené la Cour à faire des choix dans les approches possibles qui conduisent à l'apparition inévitable de limites tandis que des inquiétudes à la perspective d'une dépénalisation de l'avortement restent perceptibles dans l'arrêt (Chapitre 2).

### Chapitre 1: Une reconnaissance juridictionnelle de l'importance du droit à l'autodétermination des femmes dans le débat sur l'avortement

Dans les différents pays, les débats sur l'avortement ont mobilisés divers arguments qui ont évolués et se sont enrichis avec le temps. Cette décision permet à la Cour constitutionnelle coréenne d'élaborer son propre discours sur la question en mobilisant le droit à l'autodétermination de la femme fondé sur la dignité humaine face au droit à la vie du *foetus*.

Dans un premier temps, il s'agira donc de comprendre les droits mobilisés et interprétés par les juges et leur conciliation par la Cour (I). Enfin, cette décision, inédite pour la considération qu'elle porte aux femmes concernées par l'avortement, s'inscrit dans une démarche déjà connue de reconnaissance de l'avortement au regard du principe de dignité duquel est tiré le droit à l'auto-détermination de la femme (II).

#### I. Une mise en balance de deux droits concurrents fondées sur l'article 10 de la Constitution

Dans la décision de 2019, la Cour constitutionnelle reste dans une dialectique assez classique au regard des débats sur l'avortement. En effet, elle met en balance le droit à la vie du *foetus* et du droit à l'auto-détermination des femmes. De manière intéressante, ces deux droits reposent en revanche sur le même fondement constitutionnel: l'article 10 de la Constitution. Ainsi, il semble opportun de faire un léger détour pour comprendre l'originalité de l'article-source des deux droits soupesés avant de se concentrer sur ces derniers.

Les articles 10 à 39 de la Constitution sud-coréenne sont dédiés aux droits et devoirs fondamentaux et sont divisés en droits politiques et civils et droits économiques et sociaux. L'article 10 de la Constitution

est de loin le plus célèbre en Corée et la source originelle des droits fondamentaux qui suivent<sup>104</sup>. Considéré comme le coeur du constitutionnalisme sud-coréen<sup>105</sup> ainsi définie par la Cour « *Constitutionalism can flourish only when a legal culture exists in which individual citizens are able to realize their potentials and pursue happiness through harmonious exercise of their basic rights in an environment which is politically peaceful and socially stable* »<sup>106</sup>, il est d'ailleurs gravé dans la Cour constitutionnelle. Il prévoit en effet que « *All citizens shall be assured of human dignity and worth and have the right to pursue happiness. It shall be the duty of the State to confirm and guarantee the fundamental and inviolable human rights of individuals.* »<sup>107</sup>. La ressemblance frappante entre les deux affirmations confirme la spécificité et la centralité de cet article 10. Toutefois, son phrasé assez général et son caractère multi-dimensionnel ont mené à de nombreux débats entre juristes. Certains auteurs comme Kim Cheol-Su dans son *Traité de droit constitutionnel* ont estimé qu'il n'avait que vocation à répéter les droits énoncés ensuite<sup>108</sup>, d'autres le conçoivent comme un principe d'interprétation pour les droits constitutionnels suivants<sup>109</sup>. Toutefois, la vision globalement admise à présent est celle d'une utilisation de l'article comme une « liste ouverte » de droits<sup>110</sup>. Il est possible d'adopter une vision large de cette ouverture qui permettrait de dégager de l'article tous les droits oubliés par le constituant et les droits nés au fur et à mesure de l'évolution de la société et du droit international<sup>111</sup> mais certains en ont une vision positiviste plus restreinte<sup>112</sup>. En tous les cas, l'article 10 consacre donc le principe de la dignité humaine, le droit à la personnalité et le droit au bonheur<sup>113</sup>.

Le principe de dignité humaine est considérée comme un des éléments les plus fondamentaux des droits fondamentaux et a été graduellement reconnu à partir de la 2GM notamment dans la déclaration universelle des droits de l'homme. En Corée du sud, la dignité humaine a été inscrite dans la constitution dès 1960 tandis que le droit au bonheur ne l'a rejoint qu'à partir de 1980<sup>114</sup>. Le droit au bonheur est un droit selon lequel les personnes ont le droit d'agir comme elles le souhaitent dans le but d'atteindre leur bonheur sans ingérence de la part de l'Etat. Il a été défini par la Cour constitutionnelle dans sa décision 89Hun-ma56 du 27 octobre 1989 comme « la liberté générale d'action et le droit au développement libre de la

---

<sup>104</sup> Choi Dai-Kwon, *The state of fundamentals rights protection in Korea*, dans Laurent Mayali et John Yoo, *Current Issues in Korean Law*, The Robbins Collection, Berkeley, 2014, p.91.

<sup>105</sup> Association of Asian Constitutional Court Secretariat for Research and Development Research, *Constitutional Rights and AACC Members*, 2021, Séoul, p.150.

<sup>106</sup> Cour constitutionnelle de Corée, *Twenty years of the Constitutional Court of Korea*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>107</sup> Article 10 de la Constitution.

<sup>108</sup> Chung Gong-gil, *Etude comparée du contrôle de constitutionnalité des lois en matière de droits fondamentaux en Corée et en France*, *op.cit.*, p.209.

<sup>109</sup> Cette vision est défendue par Young Huh dans sa *Théorie de la constitution coréenne*. *Ibid.*

<sup>110</sup> Association of Asian Constitutional Court Secretariat for Research and Development Research, *Constitutional Rights and AACC Members*, *op.cit.*, p.150; Choi Dai-Kwon, *The state of fundamentals rights protection in Korea*, *op.cit.*, p.91.

<sup>111</sup> Cette approche est notamment défendue par Kwon Young-sung. Chung Gong-gil, *Etude comparée du contrôle de constitutionnalité des lois en matière de droits fondamentaux en Corée et en France*, *op.cit.*, p.210.

<sup>112</sup> Cette vision est défendue par Park Il-Kyung dans son *Traité de droit constitutionnel*. *Eod. loc.*, p.209.

<sup>113</sup> Association of Asian Constitutional Court Secretariat for Research and Development Research, *Constitutional Rights and AACC Members*, *op.cit.*, p.149.

<sup>114</sup> Chung Gong-gil, *Etude comparée du contrôle de constitutionnalité des lois en matière de droits fondamentaux en Corée et en France*, *op.cit.*, p.275.

personnalité »<sup>115</sup>. Elle a pu limiter ce droit à diverses reprises dans sa jurisprudence<sup>116</sup>. De ce droit, il est possible de déduire un droit à l'épanouissement de la personnalité<sup>117</sup>. Comme l'article 10 prévoit un principe général de protection de la personnalité, la dimension plurielle de ce principe impliquerait la reconnaissance de divers droits par son truchement<sup>118</sup> notamment le droit à l'auto-détermination. D'un point de vue comparatiste, il est possible de faire un parallèle avec l'interprétation par la Cour constitutionnelle fédérale allemande de l'article 2 alinéa 1 de la Loi fondamentale allemande à l'origine de la théorie d'un droit général de la personnalité fondé sur cet article, à la différence que la loi fondamentale reconnaît aussi un droit exprès à l'épanouissement de la personnalité à l'article de la Loi fondamentale.

Certains ont pu établir un lien entre les deux éléments de l'article dans une perspective hiérarchique en divisant le principe de dignité humaine entre une dignité fondamentale absolue et une dignité réelle relative<sup>119</sup>. Les questions posées par le droit au bonheur interrogeraient alors la dignité réelle alors que la dignité au sens fondamental comprend des éléments tels que le droit à la vie, plus fondamental car nécessaire pour que les autres puissent s'exercer<sup>120</sup>. Cette perspective hiérarchique des droits en jeu ne semble toutefois pas refléter une opinion majoritaire et la cour s'est largement émancipé d'une vision aussi radicale de valeur des droits fondamentaux.

Ainsi, le droit à la vie a été extrait de l'article 10 au titre de la protection de la dignité humaine tandis que le droit à l'auto-détermination provient de la protection de la personnalité dégagée de la partie sur le droit au bonheur de l'article. Tout d'abord, il s'agira de comprendre l'interprétation de chacun de ces deux droits et leur place dans le constitutionnalisme coréen (A) avant d'envisager la manière dont la Cour les a mis en balance dans sa décision de 2019, dépassant une vision hiérarchique de ces droits pour privilégier une approche harmonieuse (B).

## A. Les deux droits en présence dans le constitutionnalisme coréen

### 1. La conception du droit à la vie en Corée du Sud: un droit essentiel

De manière assez surprenante, le droit à la vie n'est pas expressément prévu dans la Constitution alors qu'à plusieurs reprises la Cour constitutionnelle le désigne comme le droit « le plus fondamental parmi les droits de l'homme. »<sup>121</sup>, « un droit naturel qui transcende le temps et l'espace »<sup>122</sup>. En droit international, le droit à la vie est protégé à l'article 6 du Pacte de 1966 sur les droits civils et politiques et dans la déclaration universelle des droits de l'homme. De même, les instruments de droits de l'homme régionaux le

---

<sup>115</sup> *Eod. loc.*, p.282.

<sup>116</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 89Hun-ma82 du 10 septembre 1990, Affaire sur le crime d'adultère [coréen], 판례집, Volume 2, p.306-331.

<sup>117</sup> Association of Asian Constitutional Court Secretariat for Research and Development Research, Constitutional Rights and AACC Members, *op.cit.*, p.150.

<sup>118</sup> Chung Gong-gil, Etude comparée du contrôle de constitutionnalité des lois en matière de droits fondamentaux en Corée et en France, *op.cit.*, p.211.

<sup>119</sup> Vision de Kim Cheol-Su. *Eod. loc.*, p.280.

<sup>120</sup> Vision de Kim Cheol-Su. *Eod. loc.*, p.280.

<sup>121</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2010Hun-Ba402 du 23 août 2012, *Abortion Case, op.cit.*, p. 95. (Autres exemples dans la décision 95Hun-Ba1 du 28 novembre 1996, 2004Hun-Ba81, Stillborn fetuses' right to claim for damages case, 2017Hun-ba127 etc)

<sup>122</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 13.

reconnaissent systématiquement<sup>123</sup>. Le comité des Droits de l'Homme l'envisage aussi comme un droit suprême<sup>124</sup>. La sacralisation du droit à la vie presque universelle s'explique notamment par la spécificité de ce droit car une fois la vie perdue, elle ne peut être récupérée ni réellement réparée et éteint à tout jamais la possibilité de jouir des autres droits. L'importance morale universelle de ce droit a notamment poussé à s'interroger sur son caractère absolu ou non. Pourtant, force est de constater que rien que l'existence dans certains pays de la peine de mort et la réalité de la guerre viennent relativiser en pratique ce droit d'autant que ces exceptions sont souvent directement pris en compte dans les textes internationaux des droits de l'homme. La précaution des juges à l'égard du droit à la vie s'explique par leur volonté de protéger les bastions mentaux donnant une place sacrée à un droit à la vie certes relatif mais socialement d'une importance majeure et surtout irréparable en cas d'atteinte. Cette peur d'une relativisation du droit à la vie qui mènerait à une désacralisation chez les personnes de l'importance de la vie est visible dans l'opinion dissidente de la décision de 2019 dans laquelle les juges estiment que faciliter l'avortement en envisageant les conditions socio-économiques des femmes permettrait une telle reconnaissance de l'avortement que cela conduirait à une « *trend to make light of human life will prevail throughout our society* »<sup>125</sup>. Ces débats sur le caractère absolu de ce droit à la vie sont aussi présents en Corée. La Cour constitutionnelle tout comme la Cour Suprême ont été confrontées à des recours sur le droit à la vie et ses frontières. En 2010, face à l'épineuse question de la peine de mort autorisée en Corée mais presque lettre-morte, elle avait tranché en faveur de la constitutionnalité de la peine capitale<sup>126</sup> notamment<sup>127</sup> en rappelant que le droit à la vie n'était pas un droit absolu et qu'à ce titre, il était soumis aux limitations prévues à l'article 37§2 de la Constitution<sup>128</sup>. Le droit à la vie n'est donc pas conçu comme un droit absolu. Généralement, cette idée est toujours mise en avant dans les opinions dissidentes. Cette position a notamment été adoptée par les juges de la dissidence dans la décision de 2019 qui estiment que le droit à la vie ne peut pas être restreint. Cela avait aussi été le cas dans les opinions dissidentes sur la peine capitale <sup>129,130</sup>. Cependant, les opinions majoritaires ont toujours rejoint l'idée d'une relativité de ce droit. Il semble donc que la majorité de la communauté juridique donne une place spécifique à ce droit de par sa résonance morale toutefois, cela ne se traduit pas pour autant par une vision absolutiste de ce droit. L'opinion majoritaire dans la décision sur la peine de mort relève que « ***Our Constitution does not explicitly enumerate absolute fundamental rights,***

---

<sup>123</sup> Article 2 Convention européenne des Droits de l'homme, Convention américaine des droits de l'Homme.

<sup>124</sup> Wolman Andrew, *Abortion in Korea: a human rights perspective on the current debate over enforcement of the laws prohibiting abortion*, *op. cit.*, p.164.

<sup>125</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2010Hun-Ba402 du 23 août 2012, *Abortion Case*, *op.cit.*, p. 96.

<sup>126</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2008Hun-Ka23 du 25 février 2010, *Capital Punishment, Full opinion*, Decisions of the Constitutional court Korea (2010), Cour Constitutionnelle, 2011, Séoul.

<sup>127</sup> Certains juges se sont aussi appuyés sur la mention de la peine de mort dans la constitution dans un article relatif au contrôle des jugements militaires condamnant à la peine capitale pour en déduire une autorisation constitutionnelle implicite de la peine de mort tandis que la dissidence a contesté ce raisonnement allant à rebours de l'intention présente à la même disposition.

<sup>128</sup> Article 37§2 C « The freedoms and rights of citizens may be restricted by Act only when necessary for national security ,the maintenance of law and order or for public welfare. Even when such restriction is imposed, no essential aspect of the freedom or rights shall be violated. »

<sup>129</sup> Opinion dissidente de Kim Hee-ok, Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2008Hun-Ka23 du 25 février 2010, *Capital Punishment*, *op. cit.*

<sup>130</sup> Opinion dissidente de Mok Young-Joon, Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2008Hun-Ka23 du 25 février 2010, *Capital Punishment*, *op. cit.*

and Article 37 Section 2 of the Constitution prescribes that any kind of people's freedom and rights may be restricted to the extent that it is necessary to protect national security, public order or public welfare. Therefore, **even if a person's life in an ideal sense is regarded to have an absolute value, legal assessment on a person's life can be permissible as an exception, and the right to life may have to be subject to the general statutory reservation under Article 37 Section 2 of the Constitution.**»<sup>131</sup>. Dès lors, malgré sa place fondamentale en droit constitutionnel sud-coréen, le droit à la vie peut connaître des limites à différents titres.

L'avortement fait partie de ces situations qui interrogent sur les frontières du droit à la vie. En effet, il interroge entre autres sur le moment de commencement de la vie, le moment de reconnaissance de ce droit et son contenu. Le fœtus est-il considéré comme un être humain? Est-il plutôt un être humain en développement? S'il n'est pas considéré comme une personne au sens propre, bénéficie-t-il des mêmes droits et du même degré de protection que les êtres humains nés ? Ces questions dépassent largement le domaine juridique mais des réponses dans les divers pays ont progressivement été apportées par la sphère judiciaire confrontée à ces problèmes. Elles ont largement variées en fonction des pays et de leur culture juridique<sup>132</sup>. Ainsi, dans *Roe v. Wade*, la Cour suprême a estimé que le fœtus n'était pas une personne au sens constitutionnel<sup>133</sup> tandis que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a estimé que cette « vie en gestation » avait une valeur légale et est un être vivant.<sup>134</sup> Face à la complexité de la question, les textes internationaux restent généralement flous et laissent une discrétion importante aux Etats sur la question. La convention européenne des droits de l'homme se garde bien de se positionner sur la question et la Cour laisse une grande marge d'appréciation aux états dans leur législation sur l'avortement. La Convention interaméricaine est le seul texte à offrir explicitement le droit à la vie au fœtus sans doute pour des questions religieuses mais la disposition n'a jamais été utilisé contre des Etats libéralisant l'avortement<sup>135</sup>. A titre indicatif, il est intéressant de rappeler qu'il est aussi possible de traiter la question de l'avortement comme une concurrence entre le droit à la vie du *foetus* et le droit à la vie de la mère notamment si les conditions d'accès à l'avortement sont trop restreintes et que les avortements illégaux se font en conséquence dans des circonstances dangereuses. Il est attesté que la pénalisation de l'avortement augmente généralement les morts liés à la maternité<sup>136</sup>. Ainsi, les juridictions internationales ont pu se prononcer à plusieurs reprises contre des législations nationales pénalisant l'avortement au titre du droit à la vie des femmes ou de la torture<sup>137</sup>. Toutefois, cette vision est peu mise en avant dans les débats sur l'avortement en Corée ces dernières années et ne sera donc pas envisagé dans la présente contribution.

---

<sup>131</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2008Hun-Ka23 du 25 février 2010, *Capital Punishment*, *op. cit.*, p. 3 et 21.

<sup>132</sup> Lee Sang-Kyung, *A comparative analysis of a pregnant woman's rights to abortion: notes on constitutional Courts' decisions of Abortion Laws in Germany and the United States, and their implications for Korean abortion laws*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>133</sup> Voir dans *Roe v Wade*

<sup>134</sup> Lee Sang-Kyung, *A comparative analysis of a pregnant woman's rights to abortion: notes on constitutional Courts' decisions of Abortion Laws in Germany and the United States, and their implications for Korean abortion laws*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>135</sup> Wolman Andrew, *Abortion in Korea: a human rights perspective on the current debate over enforcement of the laws prohibiting abortion*, *op. cit.*, p.166.

<sup>136</sup> *Eod. loc.*, p.164.

<sup>137</sup> *Eod. loc.*, p.166.

Tout comme les autres cours dans le monde, la Cour suprême et la Cour constitutionnelle coréennes se sont donc toutes les deux prononcées sur le moment de début de la vie. Dans une décision du 12 octobre 1982, la Cour Suprême relève tout d'abord la multiplicité des théories sur le moment où un fœtus devient un être humain avant de donner son avis sur la question: il devient un être humain au sens plein du terme à partir du début de l'accouchement<sup>138</sup>. La doctrine rejoint aussi majoritairement le point de vue d'une plénitude de droits et de reconnaissance de toutes les conséquences juridiques de la vie humaine qu'à partir de la naissance<sup>139</sup>. Toutefois, elle précise en 1985 que la dignité humaine de l'article 10 de la Constitution, en revanche, lui est reconnue dès la conception comme le *foetus* fonde une nouvelle existence<sup>140</sup>. Le fœtus a donc bien des droits mais leur délimitation est différente de celle d'une personne née.

La Cour constitutionnelle s'est aussi prononcée à diverses occasions sur le droit à la vie du *foetus*. Ainsi, en 2008 dans une affaire sur la réparation des dommages aux bébés morts-nés au titre de leur droit à la vie, elle rappelle que tous les humains possèdent un droit à la vie constitutionnelle et que le fœtus, en tant que vie en développement, se voit aussi reconnaître ce droit garanti par l'Etat au titre de l'article 10 de la Constitution<sup>141</sup>. Elle assimile la vie du *foetus* à celle de l'individu au regard du lien évolutif entre les deux. En 2010 dans une affaire sur la conservation des embryons, elle confirme ce raisonnement en appuyant sur la vulnérabilité du fœtus pour rappeler l'importance de la protection de droits fondamentaux de ce dernier en tant que potentiel être humain<sup>142</sup>. Dès lors, le *foetus* n'est pas protégé en ce qu'il est un humain mais en ce qu'il est une forme de vie qui peut devenir un humain. A ce titre, il est détenteur de droits fondamentaux mais pas dans les mêmes proportions ni le même degré. En ce sens, en 2008, la Cour constitutionnelle relevait déjà la nécessité de délimiter la nature des droits fondamentaux du *foetus* et d'encadrer dans le temps cette reconnaissance de droits fondamentaux en fonction des informations scientifiques disponibles<sup>143</sup>. En 2019, dans la continuité de cette réflexion, les juges précisent que malgré le devoir de l'Etat de protéger la vie du fœtus, cette protection n'a pas à être uniforme au cours de la grossesse en fonction du stade de développement du fœtus<sup>144</sup>. L'ordre juridique divise le cours de la vie en différentes périodes dans divers domaines. Dès lors, il n'est pas impensable d'appliquer différents effets juridiques en fonction des stades de développement<sup>145</sup>. La cour note justement les subtilités de régimes juridiques des *foetus* souvent fondées sur des critères temporels. Ainsi, en droit pénal, avant la naissance, l'atteinte au droit à la vie du *foetus* est un crime d'avortement mais l'atteinte au droit à la vie du nouveau-né est un

---

<sup>138</sup> Cour suprême de Corée du sud, 81Do2621 du 12 octobre 1982, Casenote

<sup>139</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2004Hun-Ba81 du 31 juillet 2008, *Stillborn Fetuses' Right to Claim for Damages Case, Full opinion*, Decisions of the Constitutional court Korea (2008), Cour Constitutionnelle, 2009, Séoul, p. 180.

<sup>140</sup> Cour Suprême, 84Do1958 du 11 juin 1985, casenote.

<sup>141</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2004Hun-Ba81 du 31 juillet 2008, *Stillborn Fetuses' Right to Claim for Damages Case, op.cit.*, p. 170.

<sup>142</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2005Hun-Ma346, *The Bioethics and Biosafety Act Regarding Embryo Research* du 27 mai 2010, Decisions of the Constitutional court Korea (2010), Cour Constitutionnelle, 2011, Séoul, p. 89.

<sup>143</sup> *Eod. loc.*, p. 90.

<sup>144</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 17.

<sup>145</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2004Hun-Ba81 du 31 juillet 2008, *Stillborn Fetuses' Right to Claim for Damages Case, op.cit.*, p. 171.

homicide<sup>146</sup>. En droit civil, les demandes de réparation ne sont possibles pour la période pré-natale qu'à partir de la naissance de l'enfant viable lors de l'accouchement<sup>147</sup>. Même dans la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant, le fœtus n'est porteur de droit qu'à partir de l'implantation dans le ventre soit une à deux semaines après la fertilisation<sup>148,149</sup>. Au regard de ces éléments, l'idée d'un droit à la vie à la rigueur fluctuante prévaut et laisse la place à un aménagement du droit à la vie en fonction des stades de développement de l'embryon. En conclusion, le *foetus* se voit bien reconnaître un droit à la vie qui doit être assuré par l'Etat mais avec un degré de protection évolutif au cours de la grossesse et possiblement limité en fonction des intérêts auquel il est confronté.

A titre indicatif, il est intéressant de noter que dans un sens semblable à celui de la décision de la Cour Suprême de 1985, les deux juges de l'opinion dissidente dans la décision de 2019 relèvent que le simple potentiel du fœtus suffit à lui accorder toute la dignité qu'ont les personnes nées<sup>150</sup> voire même de considérer qu'elle est renforcée en réponse à leur vulnérabilité<sup>151</sup>. Dès lors, l'idée d'une fluctuation du degré de protection du droit à la vie au cours de la grossesse est écartée. Cette opinion reste pourtant minoritaire parmi les juristes. Une telle vision rigoriste du droit de la vie d'un fœtus entièrement dépendant pendant les 22 premières semaines du corps dans lequel il se développe interroge au regard du droit à l'auto-détermination de la femme qui le porte, aussi constitutionnellement protégé en droit sud-coréen.

## 2. Une reconnaissance effective du droit à l'auto-détermination des femmes

Le droit à l'auto-détermination, tout comme le droit à la vie n'est pas expressément reconnu dans la Constitution mais il a été dégagé au début des années 90 par la Cour constitutionnelle sur le fondement de l'article 10. D'un point de vue occidental, ce rattachement du droit à l'auto-détermination de la femme au principe de dignité humaine peut interroger car naturellement, nous aurions tendance à l'assimiler au droit à la vie privée, aussi consacré dans la constitution coréenne à l'article 17. Dans sa décision 89hunma82 du 10 décembre 1990, la Cour a estimé que la personne humaine possède une dignité qui lui est propre et mérite le respect en tant que sujet moral libre, autonome et responsable. Elle tire de cette définition un droit général de la personnalité<sup>152</sup> sur lequel repose divers droits dont le droit à l'auto-détermination reconnu comme un droit constitutionnel fondamental. Ce droit à l'auto-détermination signifie que chacun a le droit de construire sa sphère privée sans ingérence<sup>153</sup>, c'est le droit des êtres de prendre des décisions importantes librement sur le développement de leur personnalité et leur mode de vie dans leur sphère

---

<sup>146</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 17.

<sup>147</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2004Hun-Ba81 du 31 juillet 2008, *Stillborn Fetuses' Right to Claim for Damages Case, op.cit.*

<sup>148</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 18.

<sup>149</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2004Hun-Ba81 du 31 juillet 2008, *Stillborn Fetuses' Right to Claim for Damages Case, op.cit.*, p. 171.

<sup>150</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 44.

<sup>151</sup> *Eod. loc.*, p. 47.

<sup>152</sup> 89Hun-Ma160, April 1, 1991.

<sup>153</sup> 95Hun-Ka14 du 27 mars 1997.

privée<sup>154</sup> tout en exprimant librement leur personnalité dans leur poursuite du bonheur<sup>155</sup>. Pour la Cour, ce principe est l'« *utmost value and the basic ideal pursued by our Constitution* »<sup>156</sup>. La reconnaissance de ce droit et son fondement ne font pas de doute et sont admis par tous<sup>157</sup>. Ce droit fondamental reste relatif et peut notamment être limité au regard de l'article 37§2 de la Constitution<sup>158</sup>. En ce qu'il contribue à la réalisation et la manifestation de sa personnalité<sup>159</sup>, le droit à l'auto-détermination comprend plusieurs facettes: il touche aussi bien la définition de l'image que la personne souhaite projeter aux autres par la gestion de ses informations<sup>160</sup> que les décisions importantes sur sa vie privée comme le mariage<sup>161</sup> et la vie sexuelle<sup>162</sup>.

La question de l'autonomie sexuelle et de l'égalité des genres se posent régulièrement depuis 20 ans devant la Cour constitutionnelle: affaires sur le crime d'adultère, sur le système de chef de foyer qui avait pour conséquence qu'une femme était presque systématiquement définie par l'homme du foyer auquel elle appartenait, la pénalisation des relations sexuelles obtenues par de fausses promesses de fiançailles<sup>163</sup> et maintenant, l'avortement. Progressivement, par le truchement de ce droit, la jurisprudence de la Cour améliore le statut social et surtout familial de la femme en même temps qu'elle enrichit et adapte ses droits au regard du changement progressif des mœurs et de l'évolution de la vision de la femme. La cour prend ainsi en compte l'évolution de la place du sexe, de la famille et de l'amour dans la société pour en arriver à la conclusion que ce sont des éléments privés majoritairement hors du domaine légal<sup>164</sup>

---

<sup>154</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 12.

<sup>155</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2002Hun-Ka14 du 26 juin 2003, *Disclosure of the Identity of Sex Offenders Convicted of Acquiring Sexual Favors from Minors in exchange for Monetary Compensation, Full opinion*, Decisions of the Constitutional court Korea (2003), Cour Constitutionnelle, 2004, Séoul, p. 808.

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> Moon Ki-Seok, *Penumbra finally emanating over Korea — A comparative analysis of a recent Korean constitutional case on criminality of abortion, op. cit.*, p. 58.

<sup>158</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2005Hun-Ma346 du 27 mai 2010, *The Bioethics and Biosafety Act Regarding Embryo Research, op. cit.*, p. 95.

<sup>159</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2002Hun-Ka14 du 26 juin 2003, *Disclosure of the Identity of Sex Offenders Convicted of Acquiring Sexual Favors from Minors in exchange for Monetary Compensation, op.cit.*, p. 783.

<sup>160</sup> *Ibid.*

<sup>161</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 95Hun-Ka6 du 16 juillet 1997, *Case on Same-Surname-Same-Origin Marriage Ban, Summaries of Opinions*, p.2.

<sup>162</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 89Hun-ma82 du 10 septembre 1990, Affaire sur le crime d'adultère [coréen], *op. cit.*, p.312-313.

<sup>163</sup> Mosler Hannes B., *The Constitutional Court as a facilitator of fundamental rights claiming in South Korea, 1988-2018* dans Celeste L. Arrington et Patricia Goedde, *Rights claiming in South Korea*, Cambridge University Press, 2021, Cambridge, p. 137.

<sup>164</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2008Hun-ba58 du 26 Novembre 2009, *Sexual Intercourse under Pretence of Marriage Case, Summaries of Opinions*, Decisions of the Constitutional court Korea (2009), Cour Constitutionnelle, 2010, Séoul, p. 390-395.

tant qu'ils ne perturbent pas la société<sup>165</sup>. Un exemple parfait de l'évolution de la vision de la femme et de l'interprétation de son droit à l'auto-détermination dans la justice constitutionnelle est celui concernant la constitutionnalité de l'article du Code pénal condamnant un homme qui persuaderait une femme d'avoir des relations sexuelles avec lui en lui promettant faussement un mariage. En 2009, la décision de non-conformité de l'article au titre de la violation du droit à l'auto-détermination sexuelle relève qu'un tel article sous prétexte de protéger les femmes les traite comme des êtres immatures et naïfs <sup>166, 167</sup> alors que quelques années plus tôt, dans une décision de constitutionnalité sur le même article, elle avait appuyé sa décision sur l'idée que les femmes avaient tendance à se laisser bernier par des hommes mal-intentionnés<sup>168</sup>. La tradition d'utilisation de l'avortement par le gouvernement dans ses politiques publiques a eu pour conséquence de ne prendre en compte l'avortement que dans une perspective démographique mettant de côté les réalités pratiques dans la vie des premières concernées, les femmes enceintes. Les femmes sud-coréennes sont exposées à de nombreuses injonctions juridiques, morales, sociales et culturelles lors de leur grossesse qui sont souvent contradictoires mais qui en revanche ne prennent jamais en considération leurs droits et libertés fondamentales<sup>169</sup>. Cette situation se reflète largement dans les débats sur l'avortement en Corée où l'on envisage aisément les problèmes religieux de l'avortement, le souci démographique mais rarement l'implication pour la femme de la maternité et ses droits en lien avec cela. L'absence d'opinions féminines sur l'avortement a été la norme<sup>170</sup> pendant longtemps ce qui commence à changer comme nous étudierons un peu plus loin. Or, cette vision étouffante pour les femmes a totalement nié leur droit à l'auto-détermination et leur liberté de choix<sup>171</sup>. Les dernières décisions de la cour constitutionnelle sud-coréenne progressistes sur les droits des femmes et sur l'égalité homme-femmes<sup>172</sup> permettent d'intégrer progressivement les femmes dans ces débats. Ainsi, en 2012, la cour estimait déjà que le droit à l'auto-détermination incluait le droit de décider de sa grossesse et de son accouchement<sup>173</sup>. Or, ce droit de décider de sa grossesse par suite, implique le droit de choisir la poursuite ou l'interruption de la grossesse. Toutefois, lors de sa première réponse sur la constitutionnalité des articles pénalisant l'avortement, la Cour avait effectivement mobilisé le droit à l'auto-détermination des femmes face au droit à la vie mais elle avait rapidement considéré que face à l'intérêt public de protection de la vie des foetus, même si ce droit était violé, cela était justifié<sup>174</sup>. En réalité, les quatre juges favorables à la

---

<sup>165</sup> Mosler Hannes B., *The Constitutional Court as a facilitator of fundamental rights claiming in South Korea, 1988-2018, op.cit.*, p. 140.

<sup>166</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2008Hun-ba58 du 26 Novembre 2009, *Sexual Intercourse under Pretence of Marriage Case, op. cit.*

<sup>167</sup> Mosler Hannes B., *The Constitutional Court as a facilitator of fundamental rights claiming in South Korea, 1988-2018, op.cit.*, p. 140.

<sup>168</sup> *Eod. loc.*, p. 141.

<sup>169</sup> Woong Kyu Sung, *Abortion in South Korea: the law and the reality, op.cit.*, p.301.

<sup>170</sup> *Eod.loc.*, p. 300

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 300

<sup>172</sup> Cet aspect progressiste est à opposer à ses positions très conservatrices sur le droit des minorités sexuelles. Voir les décisions de la Cour sur la loi pénalisant les relations sexuelles homosexuelles au sein de l'armée y compris donc pendant le service militaire...

<sup>173</sup> Yun Jeong-In, « *Recent abortion decision of Korean Constitutional Court* », IACL-AIDC Blog, 31 juillet 2019.

<sup>174</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2010Hun-Ba402 du 23 aout 2012, *Abortion Case, op. cit.*

constitutionnalité des articles en 2012 ne font pas grand cas du droit à l'auto-détermination des femmes qui ne pèsent pas bien lourd sur le sujet encore à cette période. C'est dans la décision de 2019 que la Cour met en valeur ce droit et lui donne une réelle effectivité. En effet, les juges de l'opinion majoritaire estime qu'au regard des impacts sur la santé physique et mentale des femmes et sur leur avenir et autonomie, la décision de poursuivre ou d'arrêter une grossesse est liée au droit de choisir sa vie personnelle fondé sur la dignité et l'autonomie de la personne humaine<sup>175</sup>. Ainsi, la décision d'une femme enceinte quelle qu'elle soit doit être vue comme l'exercice de sa dignité personnelle après une réelle réflexion prenant en compte sa situation au sens large<sup>176</sup>.

Dans l'opinion dissidente de la décision de 2019, les juges relèvent que l'absence de droit à l'avortement dans la Constitution reflète le refus du constituant de le consacrer<sup>177</sup>. Cette vision semble toutefois largement contestable dans la mesure où la Constitution sud-coréenne est comprise comme énumérant une liste non exhaustive de droits fondamentaux<sup>178</sup> que la Cour enrichit régulièrement notamment sur le fondement de l'article 10 et que de plus, le droit d'une femme de gérer sa grossesse a déjà été reconnu comme une composante de son droit à l'auto-détermination. Les droits fondamentaux en Corée sont soumis à un principe de non-régression si bien que, sans aller jusqu'à parler d'un droit à l'avortement, la Cour a effectivement déjà reconnue le droit de gérer sa grossesse ce qui logiquement peut comprendre l'avortement.

Ainsi, la possibilité pour la femme de choisir d'avorter appartient à son droit à l'autodétermination tiré du droit général à l'épanouissement de sa personnalité. La décision de 2019 s'insère dans une lignée jurisprudentielle récente reconnaissant progressivement ce droit aux femmes dans divers domaines de leur vie privée et marque l'abandon progressif d'une vision juridictionnelle paternaliste les considérant comme les victimes à protéger. Cela permet aussi d'insérer les revendications féministes dans le débat sur l'avortement en appliquant une réelle mise en balance avec le droit à la vie, non pas dans une perspective hiérarchique avec un droit à la vie presque absolu et un droit à l'auto-détermination de la femme enceinte de seconde zone mais, dans une perspective d'harmonie entre deux droits fondamentaux égaux.

## B. L'application des principes de proportionnalité et de concordance pratique

Face à la concurrence du droit à la vie et du droit à l'auto-détermination de la femme, la cour constitutionnelle procède conformément à son habitude à un contrôle de proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité, utilisé dès 1988 par la Cour, est largement inspiré de celui allemand qui a été importé par les juristes sud-coréens ayant fait leurs études doctorales en Allemagne<sup>179</sup>. Ainsi, il se décline en quatre étapes: l'étude de la légitimité du but poursuivi par les dispositions dont la constitutionnalité est contestée, la mesure doit être appropriée au but poursuivi, elle est la moins restrictive et doit assurer une balance

---

<sup>175</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion*, *op.cit.*, p. 17.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>177</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion*, *op.cit.*, p. 46.

<sup>178</sup> Article 37§1 de la Constitution « *Freedoms and rights of citizens shall not be neglected on the grounds that they are not enumerated in the Constitution.* »

<sup>179</sup> Yoon Jin-Shin, *Proportionality in South Korea. Contextualizing the Cosmopolitan Rights Grammar* dans Po Jen Yap, *Proportionality in Asia*, Cambridge University Press, 2020, p. 83.

entre les intérêts publics défendus et l'étendue de la restriction<sup>180</sup>. Les motifs légitimes de restriction des droits fondamentaux sont explicités à l'article 37§2 de la Constitution qui dispose que « *The freedoms and rights of citizens may be restricted by Act only when necessary for national security, the maintenance of law and order or for public welfare. Even when such restriction is imposed, no essential aspect of the freedom or rights shall be violated.* ». Dans son application du principe à la question de l'avortement entre le droit à la vie et le droit à l'autodétermination de la femme, en sept ans, la Cour a donné des réponses opposés. En effet, dans une première décision de 2012, la balance penche radicalement en faveur du droit à la vie menant à une décision de constitutionnalité<sup>181</sup> alors qu'en 2019 en revanche, la Cour applique son contrôle de proportionnalité avec plus de subtilité et de finesse pour parvenir à un agencement équilibré des deux droits. En effet, les juges de la majorité estiment en 2019 que, bien que ces droits semblent antagonistes, il est restreint de se limiter à ce rapport antagonique alors qu'au regard de la dépendance entre la mère et le *foetus*, la protection et le bien être de la mère influent sur le *foetus* aussi. De même, les décisions prises par les femmes souhaitant avorter résultent aussi souvent d'une longue réflexion et une conscience de leur situation socio-économique non propice à l'accueil d'un enfant, donc leur pensée sur le bien être de leur enfant futur. Ainsi, pour les juges, l'enjeu n'est pas tant de choisir entre le droit à la vie ou le droit à l'auto-détermination mais de trouver un équilibre satisfaisant entre les deux afin que ces droits finalement pas aussi antagonistes qu'on pourrait le penser soient raisonnablement conciliables<sup>182</sup>. Dès lors, la solution avancée par la Cour est la mise en balance des droits en suivant le principe de concordance pratique (littéralement *Siljejeok johwa-ui wonsik*, principe de l'harmonie pratique en coréen)<sup>183</sup> au titre du devoir de l'Etat d'optimiser les deux droits. Ce principe d'origine allemande consiste à mettre en balance deux droits fondamentaux en compétition qui vont se limiter entre eux pour obtenir le résultat le plus optimal<sup>184</sup>. Ce concept initialement autonome et principalement théorisé par Konrad Hesse a fini par devenir un élément utilisée parfois dans la mise en oeuvre du principe de proportionnalité<sup>185</sup>. L'idée est que plutôt que de protéger entièrement un droit au dépend de l'autre, il est préférable de parvenir à une harmonie entre les deux en les adaptant aux réalités<sup>186</sup>. Ce principe s'extrait d'une vision hiérarchique des droits fondamentaux pour les mettre en balance dans une perspective d'équilibre unificatrice ds intérêts concurrents<sup>187</sup>.

En 2012, l'approche hiérarchique des droits avait conduit dans l'opinion majoritaire à la reconnaissance de la restriction du droit à l'auto-détermination de la femme mais aussi à sa justification comme le poids supporté par la femme du fait de sa grossesse n'était pas aussi important que l'intérêt

---

<sup>180</sup> *Eod. loc.*, p.83-84.

<sup>181</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2010Hun-Ba402 du 23 aout 2012, *Abortion Case*, *op.cit.*

<sup>182</sup> Moon Ki-Seok, *Penumbra finally emanating over Korea — A comparative analysis of a recent korean constitutional cas on criminality of abortion*, *op. cit.*, p.48.

<sup>183</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion*, *op.cit.*, p. 20.

<sup>184</sup> Lang Andrej, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court* dans Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner et Andrej Lang, *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge University Press, 2020, Cambridge, p. 116.

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> *Eod. loc.*, p. 117.

public de protection de la vie du *foetus*<sup>188</sup> et que les exceptions aménagées par la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant restreignait déjà suffisamment le droit à la vie<sup>189</sup>. Elle rejette aussi la vision d'un critère temporel pour évaluer le droit à la vie et le droit à l'autodétermination dans la mesure où le foetus, même lorsqu'il est dépendant de la femme pour survivre, est une « chose vivante séparée »<sup>190</sup> de cette dernière et « a de grandes chances de devenir un être humain »<sup>191</sup> si bien qu'il serait dès lors normal de lui attribuer un droit à la vie. Il est cependant opportun de rappeler en passant que grossesse ne rime pas nécessairement avec accouchement d'un enfant viable et qu'en fonction de l'âge et des circonstances propres à la femme enceinte, de l'environnement et du *foetus*, les chances pour un *foetus* d'arriver à maturité sont très variables<sup>192</sup>. L'opinion dissidente prenait en compte ces différents éléments et estimait qu'au regard des différents intérêts en jeu et implications d'une grossesse, la conception du droit à la vie du foetus et du droit à l'auto-détermination de la femme pouvaient évoluer en fonction des stades de développement du foetus<sup>193</sup> d'autant plus au regard du manque de formation physique du foetus en dessous de 12 semaines et des faibles risques d'une intervention à ce stade de la grossesse<sup>194</sup>. Elle relevait aussi l'important décalage entre la réalité et le régime juridique de l'avortement qui imposait de donner plus de place et de crédit au droit à l'auto-détermination des femmes pour préserver indirectement leur santé et leur vie<sup>195</sup> et donc de prévoir des mesures moins restrictives que les articles visés. La décision de 2019 s'inscrit en réalité dans la continuité de la dissidence de 2012 montrant l'évolution des réflexions sur ces sujets.

En 2019, la cour évacue rapidement les deux premières étapes du contrôle<sup>196</sup> en relevant que la législation visée a pour but légitime de protéger la vie des foetus et que par expérience, le caractère dissuasif des mesures pénales est adapté à la réalisation du but. En revanche, elle s'attarde longuement<sup>197</sup> sur les deux dernières étapes. Il apparaît que la législation en vigueur restreint de manière disproportionnée le droit à l'auto-détermination de la femme pour diverses raisons. Tout d'abord, l'opinion majoritaire met en avant que le législateur peut faire évoluer les moyens et l'ampleur de la protection du droit à la vie en fonction du développement du *foetus*<sup>198</sup>. Cette vision est assez commune et reprise dans la majorité des droits étrangers qui prévoient des régimes d'autorisation évoluant au fur et à mesure de la grossesse. Généralement, les dates choisies par les pays sont similaires car ils correspondent à des stades particuliers établis par la science. Le choix des 22 semaines de gestation notamment proposé par l'Organisation mondiale de la santé et les chercheurs en gynécologie obstétrique correspond au moment où le foetus est

---

<sup>188</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2010Hun-Ba402 du 23 août 2012, *Abortion Case*, *op.cit.*

<sup>189</sup> *Eod.loc.*, p. 96.

<sup>190</sup> *Eod. loc.*, p. 95.

<sup>191</sup> *Ibid.*

<sup>192</sup> McGuire John, *Should Abortion Be Decriminalized in Korea?*, *op.cit.*, p. 133-134

<sup>193</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2010Hun-Ba402 du 23 août 2012, *Abortion Case*, *op.cit.*, p. 97.

<sup>194</sup> *Eod. loc.*, p. 98-99.

<sup>195</sup> *Eod. loc.*, p. 98.

<sup>196</sup> Elle y consacre quatre lignes à la page 15.

<sup>197</sup> Elle y consacre 10 pages (p.15-26).

<sup>198</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2010Hun-Ba402 du 23 août 2012, *Abortion Case*, *op.cit.*, p. 97.

viable même en dehors du ventre maternel avec l'aide médicale nécessaire<sup>199</sup> tandis que la période du premier semestre de 12-14 semaines correspond au moment où la plupart des organes sont formés. Ainsi, l'opinion concurrente de trois juges proposent même une ébauche de régime en estimant que l'avortement doit être laissé à la discrétion de la femme pendant le premier trimestre puis peut être régulé par la suite<sup>200</sup>. Ensuite, malgré la prévision d'exceptions pour assouplir le principe d'interdiction de l'avortement, elles sont trop limitées pour garantir le droit à l'auto-détermination de la femme surtout au regard de l'exclusion des conditions socio-économiques, raison pourtant largement majoritaire des avortements illégaux.<sup>201</sup> La restriction disproportionnée du droit à l'auto-détermination est d'autant plus vraie que la cour note l'inefficacité de la législation et les soucis qu'elle cause.

Dans la balance avec l'intérêt public, l'opinion majoritaire relève que d'un côté certes, la protection de la vie du *foetus*, être humain en devenir, est un important enjeu d'intérêt public mais que d'un autre côté, les sanctions pénales reviennent à forcer une femme à supporter seule les charges physiques et émotionnelles liées à la grossesse, à encourir les risques inhérents à l'accouchement et à développer une relation maternelle avec un enfant<sup>202</sup>. Dans le cas où elle chercherait à avorter à tout prix, il faut aussi garder en tête qu'elle met en danger sa vie et sa santé. Dès lors, prioriser aveuglément l'intérêt public viole de manière disproportionnée le droit à l'auto-détermination des femmes<sup>203</sup>.

A l'issue du contrôle, les deux dispositions contestées ne remplissent donc pas les conditions du test et sont donc jugées non-conformes par les uns et inconstitutionnelles par les autres.

Cette application harmonieuse du principe n'a toutefois pas trouvé écho dans la dissidence qui a préféré rester dans une conception antagoniste des deux droits marquée par une perspective hiérarchique forte et une vision rigoriste du droit à la vie du *foetus*<sup>204</sup>.

Malgré sa première décision sur le sujet en 2012, la Cour constitutionnelle revire sa jurisprudence en seulement sept ans. L'opinion dissidente relève notamment l'incohérence de ces deux décisions prises en aussi peu de temps alors que la situation est globalement la même<sup>205</sup> tandis que la Cour d'appel avait initialement refusé de transmettre le recours en estimant que la dernière décision était trop récente pour avoir évolué. Pourtant, l'idée d'un revirement brutal de jurisprudence doit être largement nuancé. En 2012, huit juges s'étaient prononcés et la décision rendue était très divisée avec 4 juges en faveur de la constitutionnalité et 4 juges en faveur de l'inconstitutionnalité. Un siège était alors vacant. Comme la condition du *quorum* de 6 juges pour une décision en inconstitutionnalité n'était pas remplie la décision a finalement abouti à une décision de constitutionnalité mais de peu. De plus, déjà dans la décision de 2012, les juges dissidents avait proposé la nuance de l'interdiction en fonction de la période dans la grossesse<sup>206</sup>. Au delà du reflet de la tendance à la libéralisation déjà perceptible dans la formation de jugement de 2012,

---

<sup>199</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 18.

<sup>200</sup> *Eod. loc.*, *opinion concurrente* p. 37.

<sup>201</sup> *Eod. loc.*, p. 24.

<sup>202</sup> *Eod. loc.*, p. 15-16.

<sup>203</sup> *Ibid.*

<sup>204</sup> *Eod. loc.*, p. 52.

<sup>205</sup> Moon Ki-Seok, *Penumbra finally emanating over Korea — A comparative analysis of a recent Korean constitutional cas on criminality of abortion, op. cit.*, p. 42.

<sup>206</sup> Mosler Hannes B., *The Constitutional Court as a facilitator of fundamental rights claiming in South Korea, 1988-2018, op.cit.*, p. 141.

il faut aussi rappeler que les juges de 2019 sont différents et rien que les trois juges nommés peu de temps avant la décision étaient progressistes et avaient déjà fait part de leurs positions favorables à la dépénalisation de l'avortement. Le revirement n'est donc pas aussi surprenant et choquant que l'avance la dissidence d'autant qu'il est aussi assez commun dans la justice constitutionnelle d'être confronté à des revirements de jurisprudence rapides dans le domaine social comme la multiplicité des modes de saisine et les divers recours constitutionnels permettent à la cour de se saisir rapidement de questions similaires ou identiques, de s'assurer de l'effectivité de ses arrêts et de suivre de près les changements sociaux <sup>207</sup>.

Le contrôle de proportionnalité de la Cour mène donc à la reconnaissance de la violation disproportionnée du droit à l'auto-détermination de la femme restreint au-delà du *minimum* nécessaire<sup>208</sup> en partie par une interprétation uniforme tout au long de la grossesse du droit à la vie<sup>209</sup> alors que les dispositions en réalité ne permettent même pas de protéger efficacement la vie du *foetus*<sup>210</sup>. Tout au long de ce contrôle, un élément frappant est l'importance que la Cour consacre à la condition des femmes qu'elle étudie largement et met en valeur de manière assez inédite.

## II. L'établissement d'un discours juridictionnel sur l'avortement par le droit des femmes et la dignité humaine

En Corée du sud, l'avortement n'a traditionnellement pas été traité comme une question en lien avec le choix de la femme mais comme un instrument de la politique étatique dans une société très patriarcale. L'Etat a donc mis en place un régime juridique de l'avortement dont il s'arrange au gré de ces intérêts en alternant des périodes laxistes et des périodes répressives causant une importante insécurité juridique. Dans sa décision de 2019, la Cour s'extrait de cette vision gouvernementale et met en place un nouveau discours fondée sur la dignité humaine et le droit à l'auto-détermination de la femme (A) à qui elle cherche à donner une place dans ce débat duquel elle a été exclue alors qu'elle en est l'un des personnages principaux. L'établissement de ce discours est accompagné d'une vision favorable des femmes, perçues comme des êtres autonomes, maîtresses de leur destins et citoyennes conscientes, loin de l'image paternaliste ou sexiste d'une femme inconséquente qu'il serait nécessaire de contrôler et de protéger d'elle-même ou d'influences extérieures (B).

### A. Le choix d'une association de fondements juridiques au service du droit des femmes

La décision de 2019 vient remettre en perspective la place de l'avortement et le droit des femmes dans la société sud-coréenne en responsabilisant l'Etat et en affirmant la nécessité de reconnaître les conditions socio-économiques, raison principale avancée par les femmes pour expliquer leur avortement (2). Cette remise en perspective passe par un discours mis en place par la Cour sur le droit à l'avortement alliant dignité humaine et droit à l'auto-détermination quitte à mettre de côté les autres fondements possibles (1).

---

<sup>207</sup> Chung Gong-gil, Etude comparée du contrôle de constitutionnalité des lois en matière de droits fondamentaux en Corée et en France, *op. cit.*, p. 154.

<sup>208</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 25.

<sup>209</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 15.

<sup>210</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 22.

## 1. Le choix assumé d'une association de la dignité humaine et du droit à l'auto-détermination

### a) Un discours sur l'avortement fondé sur la dignité humaine et l'autodétermination

Dès le début, l'opinion de non-conformité rappelle que « le concept de dignité humaine est à la base et le but du droit à l'auto-détermination »<sup>211</sup>. Comme vue précédemment, la Cour fonde sa décision sur le droit à l'auto-détermination tirée en droit sud-coréen du droit général de la personnalité extrait du principe de dignité humaine inscrit à l'article 10 de la Constitution. Ainsi, la décision sud-coréenne s'insère dans la lignée des jurisprudences favorables à l'avortement sur le fondement de la dignité humaine. A partir des années 90, les pays européens ont particulièrement été sensible à cette approche après une période plutôt focalisée sur des questions de politiques publique sanitaires dans les années 70. Cette idée était déjà présente en Amérique dans les années 70 et 80 dans les opinions dissidentes et concurrentes des décisions sur l'avortement notamment dans l'opinion concurrente de la Juge Wilson au Canada<sup>212</sup> et aux Etats-Unis Cette approche se distingue de l'approche américaine qui fonde l'autonomie de la personne sur le droit à la vie privée extrait de la *due process clause* du 14<sup>ème</sup> amendement même si dans *Planned Parenthood v. Casey* en 1992, le parallèle finit par être établi.

L'élaboration d'un discours sur l'avortement fondée sur le droit à l'auto-détermination de la femme à partir du principe de la dignité humaine en faveur de la femme ne coule pas forcément de source. Par exemple, le principe de dignité a effectivement été la base de décisions aménageant des exceptions à des régimes d'interdiction en Colombie et au Brésil mais dans l'idée de protection de la vie et de la santé physique et mentale des femmes enceintes<sup>213</sup>. De plus, les droits de la personnalité peuvent aussi bien être liés à la liberté qu'à la dignité. Le lien entre dignité et auto-détermination qu'établit la Corée du Sud est plus rare<sup>214</sup>. L'Allemagne, tout comme l'Espagne<sup>215</sup> et le Canada ont cependant aussi un discours sur l'avortement fondée sur le principe de la dignité humaine et de l'autodétermination de la femme. Toutefois, ces fondements supposent une approche de la dignité différente de celle traditionnellement admise fonde sur la vie humaine pour une approche plus libérale fondée sur l'autonomie et le choix personnel en lien avec la valeur de la vie que l'on souhaite mener. L'archétype de cette approche se trouve d'abord dans la jurisprudence allemande qui mobilise les deux concepts de dignité. En Allemagne, cette association a été faite dès l'arrêt *Abortion I* en 1975 et confirmé par l'arrêt *Abortion II* de 1993. En Allemagne, l'obligation constitutionnelle faite à l'Etat de respecter la personnalité de chacun provient de l'association des articles 1 sur la dignité et 2 sur la liberté de la personne de la Loi fondamentale<sup>216</sup>. Toutefois, en 1975, malgré la reconnaissance du droit à l'auto-détermination sur ces articles, cette dignité est jugée bien inférieure à celle traditionnelle protégeant la vie du fœtus considéré en droit constitutionnel allemand comme un être

---

<sup>211</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 12.

<sup>212</sup> Opinion concurrente du Juge Wilson dans *R v. Morgentaler* citée par Dixon Rosalind et Nussbaum Martha, *Abortion, Dignity, and a Capabilities Approach*, dans *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives* Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 64.

<sup>213</sup> *Eod. loc.*, p. 65.

<sup>214</sup> *Eod. loc.*, p. 66.

<sup>215</sup> *Eod. loc.*, p. 124.

<sup>216</sup> *Eod. loc.*, p. 130.

humain et non pas un être humain en développement<sup>217</sup>. Finalement en 1993, cette dignité de l'autonomie finit tout de même par gagner du terrain et la Cour parvient à une décision plus équilibrée entre les deux approches suite à un contrôle de proportionnalité. Ainsi, la Cour constitutionnelle s'inscrit dans une lignée jurisprudentielle connue et adaptée au regard de son interprétation expliquée en amont de l'article 10 tout en donnant une nouvelle perspective aux débats sur l'avortement en Corée.

Dans l'opinion concurrente, les trois juges adoptent une vision plus radicale tendant à reconnaître l'importance d'aménager dans la mesure du possible un véritable choix avec une légalisation de l'avortement et un bon système d'informations et non pas un système principe-exceptions même large qui revient en réalité non pas à garantir et respecter le choix de la femme mais à la faire rentrer dans une case qui justifie socialement le fait qu'elle n'avait pas d'autres choix que d'avorter. La différence peut sembler ténue mais sur le plan psychologique et par suite la vision sociale de l'avortement, les conséquences sont différentes. De même, au regard de l'exercice de l'auto-détermination, c'est une manière de chercher à rendre ce droit réellement effectif. Il est tout de même possible de nuancer cette idée dans la mesure où la femme reste un élément d'une société et des impératifs qui lui sont liées. Dès lors, même hors d'un modèle prévoyant des exceptions larges, le choix de la femme ne pourra sans doute jamais être totalement libre de par sa simple insertion dans la société. Le vrai choix libre au sens philosophique semble illusoire. Cependant, la théorisation du débat selon cette nouvelle approche participe à la lignée jurisprudentielle féministe de la Cour. En effet, théoriser une telle approche impose de traiter les êtres humains comme des personnes capables de prévoir et planifier leur vie. Cette association est donc aussi le reflet de la confiance que porte l'opinion majoritaire sur la capacité des femmes à prendre des décisions éclairées sur le sujet dans un pays où traditionnellement, le débat sur l'avortement néglige le droit des femmes dont on entend pas la voix<sup>218</sup>. La conjugaison de cette vision d'une femme mature et responsable et du principe de dignité humaine est important car il permet déjà d'anticiper certaines utilisations du principe de dignité dans les débats sur l'avortement comme un principe protégeant les femmes de leurs choix qui seraient en réalité tronqués par un manque d'information et une influence sociale les faisant pencher vers l'avortement. Par ailleurs, choisir le fondement de la dignité humaine et du droit à l'auto-détermination permet de marquer une scission totale avec l'utilisation historique de l'avortement par l'Etat comme mode de régulation dans sa politique démographique.

Malgré l'idée que le droit à l'avortement est plus facilement protégé sur le fondement du droit à la santé de la femme, dans le contexte sud-coréen, ce choix textuel de la dignité humaine permet aussi de donner une certaine force au droit à la femme d'avorter, sans doute plus convaincante face au droit à la vie du *foetus*<sup>219</sup> que d'autres droits envisagés par les requérants comme celui à la santé par exemple, droit de deuxième génération, traditionnellement moins bien considéré.

#### b) L'exclusion des autres fondements

En 2019, les juges de la majorité ont limité leur étude au droit à l'auto-détermination des femmes. Pourtant, les requérants avaient aussi évoqué en soutien à leur recours le droit à la santé de la femme en conséquence de l'accès limitée à l'avortement en début de grossesse, le droit à l'intégrité physique et à la

---

<sup>217</sup> Halliday Samantha, *Protecting human dignity: reframing the abortion debate to respect the dignity of choice and life*, Contemporary Issues in Law, vol.13, n°4, 2016, p. 297.

<sup>218</sup> Woong Kyu Sung, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, *op.cit.*, p. 300

<sup>219</sup> Dixon Rosalind et Nussbaum Martha, *Abortion, Dignity, and a Capabilities Approach*, *op. cit.*, p. 79.

protection de la maternité face à l'obligation de maintenir sa grossesse et le droit à l'égalité comme la femme enceinte au final portait toutes les charges relatives à la grossesse et à la maternité non-désirée. La Cour a balayé ces éléments dans la mesure où les articles étaient déjà non-conformes à la Constitution au regard du droit à l'auto-détermination, il n'y avait donc pas lieu d'examiner les autres moyens<sup>220</sup>. Même si cette décision se comprend aussi bien pour des raisons évidentes de gestion de l'activité juridictionnelle et dans la suite du discours déjà construit sur la dignité, il est possible de relever l'intérêt que représentait ces éléments.

Les différents fondements invoqués par les requérants prennent leurs sources à l'article 36 de la Constitution. Il dispose successivement que « (1) *Marriage and family life shall be entered into and sustained on the basis of individual dignity and equality of the sexes, and the State shall do everything in its power to achieve that goal. (2) The State shall endeavor to protect motherhood. (3) The health of all citizens shall be protected by the State.* ». Cet article consacre des droits dits de deuxième génération, des droits économiques et sociaux. Comme nous le détaillerons un peu plus tard, les requérants dans l'affaire de 2019 ont essayé d'entraîner la Cour sur le terrain de la justice reproductive et les articles mis de côté par la cour en sont l'éclatante confirmation. L'omission de certains arguments communément mobilisés devant les instances internationales comme le droit de ces femmes à ne pas être soumises à des traitements inhumains et cruels à cause de la pénalisation qui les force à subir des avortements dans de mauvaises conditions, ou encore étrangères comme la protection du droit à la vie privée, en sont aussi une expression.

En soi, il est possible de commenter ces approches au regard notamment de la pratique internationale ce que nous allons faire en passant d'autant que cet examen aide à comprendre pourquoi la cour a écarté ces arguments.

Actuellement en droit international et dans les cercles militants, la protection d'un droit à l'avortement sécurisé passe principalement par la mise en avant du droit à la santé. Dès les années 90, la Conférence internationale pour la population et le développement, la conférence mondiale sur les femmes et l'ONU ont regardé le droit à la santé des femmes comme comprenant les droits reproductifs<sup>221</sup> définis par l'UNFPA comme le droit basique de tous les hommes et des femmes à prendre des décisions sur leur mariage, la planification familiale et l'obtention des informations et des moyens pour les rendre effectifs<sup>222</sup>. En droit international, le droit à la santé est protégé à l'article 25 de la déclaration universelle des droits de l'homme et à l'article 12 du Pacte International relatif aux droits économiques et sociaux qui inclut le droit de contrôler sa liberté sexuelle et reproductive<sup>223</sup>. Le comité de la CEDAW a aussi indiqué que les lois restreignant l'avortement violent le droit à la santé<sup>224</sup> tout comme le Comité des droits de l'homme qui relève les conséquences des avortements illégaux sur la santé des femmes<sup>225</sup>. En effet, comme cela a aussi été observé en Corée, même dans les cas où l'avortement illégal ne mène pas à la mort, il n'est pas rare qu'il

---

<sup>220</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 26.

<sup>221</sup> Kim Dong-Sik et Kim Young-Taek, *Contraception and Abortion Policies for Women's Reproductive Health Rights: Issues and Tasks, op.cit.*, p. 3.

<sup>222</sup> Kim Dong-Sik et Kim Young-Taek, *Contraception and Abortion Policies for Women's Reproductive Health Rights: Issues and Tasks, op.cit.*, p. 3.

<sup>223</sup> Commentaire général 14 du Comité du Pacte

<sup>224</sup> Wolman Andrew, *Abortion in Korea: a human rights perspective on the current debate over enforcement of the laws prohibiting abortion, op. cit.*, p.168.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p.168.

soit à l'origine de maladies, d'infirmités ou de stérilité<sup>226</sup>. En cas d'incidents lors de l'intervention, le médecin en charge n'est de plus pas toujours disposé à appeler les secours ou à transférer la patiente dans un service qui pourrait la prendre en charge<sup>227</sup> par peur des conséquences juridiques. Cependant, il faut garder en mémoire que le principe de proportionnalité impliquant les droits sociaux et économiques est souvent appliqué de manière minimaliste et passive en Corée du Sud<sup>228</sup> et que ces droits n'auraient donc probablement pas pesés bien lourds face au droit à la vie.

Enfin, le principe d'égalité entre les hommes et les femmes inscrit dans la constitution depuis 1948<sup>229</sup> est interprété comme le fait pour le gouvernement de ne pas prendre des mesures arbitraires<sup>230</sup> créant une inégalité entre des personnes étant dans la même situation<sup>231</sup>. Dans les affaires mettant en jeu des questions d'égalité, la Cour constitutionnelle a aussi mis au point un contrôle de proportionnalité adapté très rigoureux. Ainsi, même si d'un point de vue sociologique les arguments selon lesquels contrôler l'accès à l'avortement d'une femme pour le restreindre reviendrait en réalité à la forcer à endosser l'attente traditionnelle de maternité, de dépendance aux hommes et à l'Etat ainsi qu'empêcher son développement économique<sup>232</sup> sont compréhensibles, il est très peu probable qu'ils passent la rigueur du contrôle juridique.

Même si la Cour a refusé de suivre les requérants sur le terrain de la justice reproductive, elle a tout de même protégé le droit à l'avortement et à l'auto-détermination des femmes en reconnaissant les difficultés auxquelles elles sont confrontées et la part de responsabilité que l'Etat doit prendre.

## 2. L'accent sur les conditions socio-économiques des avortantes et la responsabilité de l'Etat

Cette nouvelle approche compréhensive de l'avortement s'est principalement traduite dans la décision par des emphases sur l'importance de reconnaître l'avortement sur la base des conditions socio-économiques ou en tout cas de les prendre en compte dans les politiques de régulation de l'avortement, ainsi que sur la responsabilité de l'Etat. En effet, les chiffres de l'avortement bien qu'en diminution constante ne varient pas non plus drastiquement depuis la réaction gouvernementale répressive des années 2000. Cela peut notamment s'expliquer par le lien très distendu entre choix de femmes et statut légal de l'avortement<sup>233</sup>. L'avortement n'est pas une question juridique pour les femmes qui y sont confrontées. Cet aspect a largement été compris par la Cour constitutionnelle qui a cherché à réellement inclure les femmes dans le débat sur l'avortement et à s'interroger sur leurs droits.

---

<sup>226</sup> *Eod. loc.*, p.166.

<sup>227</sup> Voir l'exemple de l'adolescente morte en 2012 suite à la peur du médecin.

<sup>228</sup> Yoon Jin-Shin, *Proportionality in South Korea. Contextualizing the Cosmopolitan Rights Grammar*, *op. cit.* p. 85.

<sup>229</sup> Rapport de la Corée du Sud au comité sur l'élimination de la discrimination contre les femmes, CEDAW/C/5/Add.35 11 April 1986, p.1.

<sup>230</sup> Cour constitutionnelle de Corée, *Twenty years of the Constitutional Court of Korea*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>231</sup> Chung Gong-gil, *Etude comparée du contrôle de constitutionnalité des lois en matière de droits fondamentaux en Corée et en France*, *op.cit.*, p.383.

<sup>232</sup> Wolman Andrew, *Abortion in Korea: a human rights perspective on the current debate over enforcement of the laws prohibiting abortion*, *op. cit.*, p.169.

<sup>233</sup> Yang Hyun-Ah, « *Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement* », *op.cit.*, §70.

Les conditions socio-économiques sont généralement mises en avant par les femmes avortant comme la raison principale de leur décision. Elles peuvent être très variées: environnement peu propice, difficultés économiques, minorité, conception hors mariage, impossibilité de subvenir aux besoins d'un enfant supplémentaire, femme célibataire, femme en cours d'études.... Dans l'étude menée par l'Université Korea en 2004, 99.4% des femmes non-mariées et 23.7% des femmes mariées ont expliqué que ces raisons avaient été déterminantes dans leurs choix<sup>234</sup>. Cela montre que même si ces conditions pèsent de manière importante dans la décision des femmes, elles revêtent d'une importance renforcée chez les femmes non-mariées. Chez les femmes mariées, selon l'étude de Yang Hyun-Ah, 70% avortent car elles ne veulent pas plus d'enfants qu'elles ont déjà ou alors plus tard. Donc, la grande majorité des avortements s'expliquent par la préexistence d'autres enfants ou l'impression de ne pouvoir élever un enfant seul<sup>235</sup>. Les avortements pour des raisons socio-économiques sont donc les plus communs et cela augmente aussi bien chez les femmes non-mariées que mariées<sup>236</sup>. Ne pas les prendre en compte participe grandement au décalage entre la réalité et le droit. La prévalence de cette justification s'explique par divers phénomènes. Pour les femmes non mariées, il est possible de comprendre ce chiffre par la conception de la famille en Corée qui ne se fait que dans le cadre mariage<sup>237</sup> si bien que les mères célibataires ou les couples non mariés restent rares et très fortement stigmatisés. En 2013, les naissances hors mariage ne représentaient que 1.9 % des naissances<sup>238</sup>. Selon une étude de 2015 du Korean Women's development Institute, la population considérait globalement l'avortement des femmes célibataires y compris adolescentes comme justifié suite aux considérations sociales et à la stigmatisation des mères célibataires en Corée du sud<sup>239</sup>. L'éducation plus élevée des femmes et leur accès à l'emploi leur permettent aussi de construire une carrière professionnelle et d'accéder à une indépendance qu'elles chérissent et que la constitution d'une famille menace<sup>240</sup>. Malgré l'activité professionnelle grandissante des femmes, cela se traduit encore rarement par un rééquilibrage au sein du couple et de la famille nucléaire des tâches liées à l'entretien du foyer et à l'éducation des enfants<sup>241</sup>. La cour relève ces désavantages liés à la charge du foyer et à l'éducation des enfants qu'elle est presque seule à porter dans le couple quitte à mettre un terme ou à interrompre leur carrière<sup>242</sup>. Ces femmes représentent 1/4 des femmes entre 30 et 39 ans et un peu moins de 1/2 des femmes de 40-49 ans en 2018)<sup>243</sup>. De plus, malgré des lois interdisant la discrimination à l'emploi des

---

<sup>234</sup> Sung Woong Kyu, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, op.cit., PAGGGGGGGGGGGGGGE

<sup>235</sup> Yang Hyun-Ah, « *Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement* », op. cit., §17.

<sup>236</sup> Lee Mi-jeong, Kim Young-Taek et Kim Dong-sik, *Reviewing socioeconomic reasons for abortion in Korea*, Korean women's development institute, 5 octobre 2010.

<sup>237</sup> Seo Seung-Hyun, *Low fertility trend in the Republic of Korea and the problems of its family and demographic policy implementation*, op. cit., p. 32.

<sup>238</sup> *Eod. loc.*, p. 31.

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> *Eod. loc.*, p. 32.

<sup>241</sup> *Eod. loc.*, p. 33.

<sup>242</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion*, op.cit., p. 16.

<sup>243</sup> *Eod. loc.*, p. 16-17.

femmes enceintes<sup>244</sup>, il est irréaliste de penser qu'après l'embauche les employeurs restent insensibles à la grossesse de leurs employées et à leurs congés maternité. Les préjugés sont nombreux: *elle prendra quelques années de congés puis arrêtera finalement son travail pour s'occuper de ses enfants, elle n'arrivera pas à se concentrer au travail par inquiétude pour ses enfants, si elle finit par revenir de son congé, elle aura perdu en compétences et ne « sera plus dans le coup »*. Dès lors, nombreuses sont celles qui mettent de côté les perspectives de maternité.

Plus généralement, face à l'augmentation du niveau de vie et les frais d'éducation des enfants toujours plus élevés<sup>245</sup>, les femmes mariées tout comme celles non-mariées trouvent plus compliqué de pourvoir au besoins d'enfants et de leur garantir un avenir par la suite. Il est en effet de plus en plus difficile de trouver des logements à des prix raisonnables et malgré l'école publique, l'environnement compétitif à l'école force en réalité les parents à payer pour diverses classes dans des institutions après les cours, et ce dès l'école primaire<sup>246</sup>. Sans ces cours, les enfants prennent du retard en cours et sont moins performants que les autres. En conséquence, ils réussissent moins bien l'examen de fin de lycée et n'ont donc pas accès aux bonnes universités dans un pays où l'université dans laquelle on a étudié conditionne énormément les opportunités d'embauche. De même, pendant longtemps, il a été très courant pour garantir l'avenir de son enfant de l'envoyer étudier à l'université à l'étranger notamment aux Etats-Unies<sup>247</sup>, voire même plus tôt pour que l'enfant apprenne l'anglais ce qui impliquait que la mère et les enfants déménagent tandis que le père restait en Corée pour travailler et envoyer son salaire à sa famille émigrée<sup>248</sup>. Dès lors, l'éducation, un enjeu certain de l'avenir professionnel de l'enfant, devient très couteuse. D'autant qu'en cas de divorce qui commence à se banaliser, il est rapidement difficile de s'assurer que le père contribue aux charges liées à l'enfant et quand c'est prévu, à en assurer l'effectivité<sup>249</sup>.

Ainsi, cet environnement peu incitateur à la fondation d'une famille au sens traditionnel du terme ou monoparental a des conséquences non seulement sur les naissance (« *sampo generation*»<sup>250</sup>, mouvement des DINK, *Double Income and No Kids*<sup>251</sup>) mais aussi sur les avortements en cas de grossesse inattendue.

Selon un rapport des Nations Unies de 2013, en règle générale, parmi les pays les plus développés, 82% autorisent l'avortement pour des raisons socio-économiques et cela ne cesse d'augmenter<sup>252</sup>. Globalement, l'opinion publique sud-coréenne a été favorable à l'ajout des conditions socio-économiques comme exceptions à l'interdiction de l'avortement. Entre 1991 et 2010, plus de la moitié des personnes interrogées étaient favorables à l'avortement pour les femmes dont la grossesse n'est pas voulue et pour les

---

<sup>244</sup> Seo Seung-Hyun, *Low fertility trend in the Republic of Korea and the problems of its family and demographic policy implementation, op. cit.*, p. 32.

<sup>245</sup> Lee Mi-jeong, Kim Young-Taek et Kim Dong-sik, *Reviewing socioeconomic reasons for abortion in Korea, op. cit.*

<sup>246</sup> Seo Seung-Hyun, *Low fertility trend in the Republic of Korea and the problems of its family and demographic policy implementation, op. cit.*, p. 32.

<sup>247</sup> Eun Ki-Soo, *Changes in Population and Family in Korea, op.cit*, p. 101.

<sup>248</sup> Kang Jin-Kyu, *S. Korean "goose fathers" so lonely they keep flies*, Reuters, 17 mai 2012.

<sup>249</sup> Park Bok-soon, Kim Eun-ji, Kim Hyo-jung, Ko Hyeon-seung, Yu Gyeong-hui et Son Seo-hee, *The Child Maintenance Enforcement and Support System: A 5-Year Evaluation and Measures for Improvement*, KDWI abstract, p. 3.

<sup>250</sup> Seo Seung-Hyun, *Low fertility trend in the Republic of Korea and the problems of its family and demographic policy implementation, op. cit.*, p. 29.

<sup>251</sup> *Eod. loc.*, p. 31.

<sup>252</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 14.

couples qui n'ont pas les moyens<sup>253</sup>. L'étude de 2015 du Korean Women's development Institute<sup>254</sup> révèle que là encore, l'opinion publique est majoritairement favorable à l'ajout des conditions socio-économiques<sup>255</sup>. Toutefois, ces conditions comprenant de nombreuses situations, toutes ne sont pas accueillies favorablement par le public. Cette idée peut aussi inquiéter et même certains soutiens attirent l'attention sur les dérives potentielles de cette justification: dans les cercles féministes ayant activement milité pour la dépénalisation de l'avortement, la crainte des pressions abortives sur les femmes handicapées ou pauvres comme cela a pu être le cas par le passé a survécu alors que les femmes handicapées ont été les premières à activement protester contre la pénalisation de l'avortement.

L'importance de la prise en compte des conditions socio-économiques par les femmes pour prendre leur décision finale implique donc par suite que si ces conditions venaient à s'améliorer, il est probable que plus de femmes mènent leur grossesse à terme baissant naturellement le taux d'avortement. Or, pour le moment, les femmes portent la responsabilité de l'avortement à cause des sanctions pénales. Pourtant, la cour prend réellement la mesure de l'implication d'avoir un enfant dans la vie d'une femme: les changements physiques et émotionnelles pendant les 9 mois de grossesse, la douleur de l'accouchement et les risques de décès inhérents mais aussi, les impacts concrets sur la vie d'une femme de devenir mère: les responsabilités parentales, les efforts continus que demandent la maternité, le poids financier pendant au moins une vingtaine d'années alors que cette période tend à s'allonger avec une autonomie plus tardive des enfants, les difficultés à maintenir sa vie professionnelle et sa vie personnelle en tant qu'être social et parfois même, les limitations dans l'accès ou la poursuite à l'éducation... Traditionnellement en Corée, les questions d'éducation des enfants et la situation à l'intérieur de la famille sont des domaines dans lequel l'Etat n'intervient pas en tant que c'est le domaine de la famille et surtout de la mère. Dès lors, est-il fondée de la part de l'Etat de forcer des femmes à maintenir leur grossesse et à porter toutes les conséquences de cette obligation comme il n'aide pas?

La cour en relevant les charges reposant sur les femmes, la mauvaise situation socio-économique et l'inefficacité de la politique répressive de ce dernier, responsabilise l'Etat dans ces politiques sur l'avortement. Il l'invite tout d'abord à dépénaliser l'avortement pour soulager les femmes qui y ont recours suite à un choix réfléchi au regard d'éléments indépendant de sa volonté et ensuite à mettre en place des politiques publiques pour traiter les problèmes à leurs sources et soutenir la maternité<sup>256</sup>, meilleur moyen de réduire naturellement l'avortement comme l'indique la dissidence. Elle relève clairement l'absence d'efforts actifs de l'Etat pour instaurer un cadre social et institutionnel protégeant la vie du *foetus*<sup>257</sup>.

Ces évolutions de perspectives dans le débat sur l'avortement sont à mettre en lien avec l'image de la femme présentée par les juges, des citoyennes autonomes, responsables et conscientes des décisions qu'elles prennent.

## B. La mise en avant d'une figure féminine citoyenne responsable

---

<sup>253</sup> Lee Mi-jeong, Kim Young-Taek et Kim Dong-sik, Reviewing socioeconomic reasons for abortion in Korea, Korean women's development institute, 5 octobre 2010.

<sup>254</sup> Kim Dong-Sik et Kim Young-Taek, *Contraception and Abortion Policies for Women's Reproductive Health Rights: Issues and Tasks*, *op.cit.*, p. 13.

<sup>255</sup> *Ibid.*

<sup>256</sup> Yang Hyun-Ah, « Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement », *op. cit.*, §17.

<sup>257</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion*, *op.cit.*, p. 20.

L'avortement en Corée est marqué par une approche paternaliste et stato-centré. Cette approche paternaliste n'est pas réservée à la Corée. Il n'est pas rare d'être témoin d'une infantilisation des femmes souhaitant avorter. Dans l'idée, il s'agit de protéger les femmes de leur immaturité, d'erreurs ou de défaut de jugement en vérifiant les raisons de leur avortement avec cette idée que son échec à ne pas tomber enceinte montre son incapacité à être autonome. Dès lors, vérifier et encadrer la décision d'une femme non-autonome excuserait l'ingérence. Or, ici, la vision des femmes donnée par la Cour est très différente: elle donne une image de femmes maitresses d'elle-même qui prennent une décision importante pour leur vie après une longue réflexion et une évaluation lucide de leur situation personnelle. Cette vision s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence féministe de la cour visible depuis le début des années 2010. L'exemple déjà évoqué de la jurisprudence sur le droit à l'auto-détermination sexuelle avec le passage d'une vision très paternaliste de la femme, un être faible et crédule à protéger à celle d'une femme autonome en capacité de prendre des décisions liées à sa vie sexuelle<sup>258,259</sup> en est un exemple. Il est notamment possible de faire un parallèle avec l'image du citoyen idéal plébiscité dans la jurisprudence de la Cour. Elle a notamment été reprise par l'opinion dissidente en 2019 qui rappelle que l'être humain idéal est « *a mature democratic citizen who decides on and shapes each one's life under his or her responsibility within the social community on the basis of his or her view on life and society* »<sup>260</sup> et dans l'opinion concurrente qui affirme que le citoyen est « *A democratic citizen who, based on his or her own chosen view on life and society, responsibly determines and forms his or her life in society.* »<sup>261</sup>. Force est de constater que la cour reconnaît en la femme enceinte qui prend une décision relative à la grossesse cet être humain idéal, ce citoyen responsable. En réalité, même si l'on défend le droit à la femme de « choisir » de poursuivre ou d'arrêter sa grossesse, ce droit à l'auto-détermination s'exerce au regard de multiples pressions externes culturelles, sociales, familiales, politiques contradictoires et pas sur le fondement de son droit au libre choix en réalité<sup>262</sup> et non pas d'un choix parfaitement libre de la femme sur ce qu'elle souhaite en réalité. Elle prend sa décision en tant que membre de la société avant tout. La Cour relève que le choix d'avorter est généralement fait après le constat par la femme de son impossibilité de supporter les charges liées à la grossesse, l'accouchement et la maternité. En réalité, cette décision se fait bien souvent au regard même de l'enfant et de l'impossibilité de lui offrir un bon avenir<sup>263</sup>. La cour a confiance en la capacité de la femme à faire le choix le plus adapté au regard de sa situation qu'elle est la plus à même de connaître. Pour qu'elle puisse faire ce choix de manière éclairée, il est donc impératif de lui laisser le temps de peser les pour et les contres<sup>264</sup> et les informations sur les différentes options qui lui sont ouvertes et les politiques

---

<sup>258</sup> Mosler Hannes B., *The Constitutional Court as a facilitator of fundamental rights claiming in South Korea, 1988-2018, op.cit.*, p. 141.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 44.

<sup>261</sup> *Eod. loc.*, p. 29.

<sup>262</sup> Woong Kyu Sung, *Abortion in South Korea: the law and the reality, op.cit.*, p. 301

<sup>263</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 19.

<sup>264</sup> *Eod. loc.*, p. 18.

d'accompagnement disponibles<sup>265,266</sup>. Dans la décision, le choix est laissé à la femme et n'est pas subordonné à celui du médecin qui n'est pris en compte que dans son rôle informatif pour éclairer le choix. En ce sens, la décision s'inscrit réellement dans une protection de l'auto-détermination de la femme qui ne rend de compte à personne et est considérée comme compétente pour faire son choix.

Alors que le jugement accorde une grande confiance au jugement de la femme enceinte, cette vision n'est pas forcément partagée par tous. Ainsi, en 2010, dans son opinion dissidente, le juge Lee Dong-heub avait une vision plus prudente à l'égard de la décision de la femme. Partisan de l'inconstitutionnalité de l'article et d'une reconnaissance de l'avortement au premier semestre, il indiquait tout de même qu'il appartenait au législateur de prendre les « *legislative measures to make a pregnant woman take an abortion after careful consideration* »<sup>267</sup> semblant penser qu'il fallait s'assurer du sérieux de la réflexion de la femme en l'encadrant. De même, depuis la décision de 2019, les débats politiques et les articles de doctrine semblent aussi partagés quand ils s'interrogent sur l'encadrement de l'avortement: obligation de consultations préalables, obligation d'un avis médical, consentement du conjoint, hésitation à laisser la femme être la seule juge de ses conditions socio-économiques... Ces débats traduisent aussi une inquiétude sur le regard que les femmes portent sur l'avortement et la volonté d'éviter les abus. Contre cette idée de l'avortement de confort et de femmes irresponsables qui abuseraient de la possibilité offerte d'avorter, il est bon de rappeler que pour la grande majorité, les avortements sont faits au premier trimestre. En ce sens, en 2011, 94% des avortements étaient faits au premier trimestre<sup>268</sup>. De même, souvent, après un premier avortement, l'utilisation de contraception par les femmes concernées augmente par peur de revivre cette expérience<sup>269</sup>. Par ailleurs, en cas d'échec d'accès à l'avortement, les cas d'infanticide ou d'abandon de nouveaux nés témoignent aussi du sérieux de la décision de femmes concernées<sup>270</sup>. D'un autre côté, ces inquiétudes trouvent aussi probablement leurs sources dans la difficulté à dégager une position universelle des femmes concernées sur l'avortement si bien qu'il n'est pas si compliqué de trouver des exemples d'expérience abusant du droit à l'avortement et scandalisant les auditeurs. Pourtant, certains grands traits se dégagent tout de même.

Effectivement, il est assez difficile de comprendre la position de la gente féminine coréenne sur l'avortement. Certes, l'avortement est une expérience propre à chacune et particulière si bien qu'il est déjà immédiatement difficile de généraliser et synthétiser le point de vue des femmes impliquées mais les contradictions dans les différentes études à visée généralisatrice interrogent et alimentent ce flou. Dans les années 70, 80 et 90, certaines études relevaient l'indifférence des femmes coréennes à l'avortement et l'absence de sentiments de regret ou de culpabilité pour la majorité<sup>271</sup>. Pourtant, la plupart des témoignages et études récents s'éloignent de cette idée. Parmi les femmes ayant eu un avortement, la

---

<sup>265</sup> *Ibid.*

<sup>266</sup> *Eod. loc.*, p. 20.

<sup>267</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2010Hun-Ba402 du 23 août 2012, *Abortion Case, op.cit.*, p. 99

<sup>268</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 34.

<sup>269</sup> Yang Hyun-Ah, « Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement », *op. cit.*, §62.

<sup>270</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 23.

<sup>271</sup> Dans une étude de 1991, près de 75% des femmes étaient indifférentes ou soulagées. Tedesco Franc, *Abortion in Korea, op.cit.*, p.129; idée similaire dans les études de Hong Sung-Bong dans les années 70; Um Young-Rhan, A study of the ethics of induced abortion in Korea, *Nursing Ethics*, vol. 6 n°6, 1999, p. 513.

majorité relate des difficultés et douleurs physiques et psychologiques notamment liées au manque d'accompagnement après l'intervention et au secret qui entoure l'intervention et mène à agir comme si de rien n'était après. Selon une étude de 2015 du Korean Women's development Institute, sur toutes les grossesses non voulues, 60,9% ont abouti à un avortement et 90,5% pour des motifs socio-économiques. Parmi ces cas, 4,2% de ces femmes ont eu des problèmes physiquement (infertilité, perforation de l'utérus...) et 18,9% des problèmes psychologiques (dépression, culpabilité, anxiété, envies suicidaires...)272. En revanche, seulement 10% de ces femmes ont été accompagnées par des professionnels273. Psychologiquement, elles sont souvent tristes et déprimées274. Les femmes font aussi souvent état de leur sentiment de culpabilité ou de vide après l'intervention275 qu'elles ne regrettent pas pour autant au sens où par réalisme, leur situation a justifié ce choix mûrement réfléchi276. Cette culpabilité est aussi visible dans le développement de cérémonies bouddhistes pour les enfants avortés que nous envisagerons par la suite277. L'avortement est une des issues possibles d'une réelle réflexion de la femme sur sa capacité ou non à accueillir un enfant. Les femmes tiennent donc un raisonnement différent de celui qui est couramment véhiculé qu'incarnerait sans doute cette phrase: « Si je me retrouvais dans la même situation, je referais ce choix, mais je suis tellement désolée et peinée vis-à-vis du *fœtus* »278. Cette réflexion a pour conséquence le manque d'efficacité et d'effet dissuasif de la législation pénale face à la détermination des femmes qui décident d'avorter. Cela montre aussi que l'avortement ne doit pas être vu comme un caprice ou une intervention de confort pour des femmes irresponsables et inconséquentes se trouvant brutalement enceintes. Ce décalage peut peut-être en partie s'expliquer aussi par l'intériorisation de la politique démographique de planification familiale de l'Etat qui a en réalité banalisé l'avortement pendant une période, en faisant quelque chose de très pragmatique, objectif et déconnecté de la sphère émotionnelle si bien que la culpabilité et la tristesse peuvent être ressenties *a posteriori*279 et traitées que de manière assez anecdotiques dans la réflexion des femmes sur leur expérience et plus généralement dans les discussions sur l'avortement.

La perspective nouvelle de la Cour sur la balance des droits en présence et son choix de l'articulation d'un discours sur le principe de dignité humaine et le droit à l'autodétermination ont apporté de la visibilité et de légitimer un nouveau discours sur l'avortement donnant enfin la parole aux femmes sud-coréennes. Cependant, les progrès incontestables de la décision ne doivent pas mener à une occultation des limites et ombres pesant sur la décision.

## Chapitre 2: Les limites de la décision de la Cour constitutionnelle

---

272 Kim Dong-Sik et Kim Young-Taek, *Contraception and Abortion Policies for Women's Reproductive Health Rights: Issues and Tasks*, *op.cit.*, p. 13.

273 *Ibid.*

274 Yang Hyun-Ah, « Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement », *op. cit.*, p§48-49.

275 *Ibid.*

276 *Ibid.*

277 Voir Titre 2. chapitre 1. I. A.

278 Yang Hyun-Ah, « Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement », *op. cit.*, §57.

279 *Eod. loc.*, §53.

Dans un contexte international globalement favorable à l'avortement, la décision, rien que par sa nature, a déclenché un grand enthousiasme dans les médias domestiques et étrangers. Cette dernière est effectivement une décision marquante et intéressante aussi bien dans son approche sur la balance entre le droit à la vie et le droit à l'auto-détermination que pour son implication des femmes dans les discussions sur l'avortement. La manière de concevoir dans la société l'avortement est importante car naturellement, elle conditionne les débats, joue sur le regard porté sur les femmes avortant et leur accompagnement. En ce sens, la décision de la Cour de se focaliser sur une approche de balance entre des droits et de construire une réflexion sur le principe de dignité humaine l'a aussi menée à exclure d'autres approches récentes développées dans les débats sur l'avortement qu'il est bon de garder en mémoire (I). De plus, les juges font aussi part de diverses inquiétudes liées au passé et au futur au regard des implications potentielles de leur décision (II).

### I. Le soutien d'une approche au détriment d'autres

La cour sud-coréenne a fait le choix d'une dépénalisation de l'avortement à partir du le droit à l'auto-détermination de la femme fondée sur la dignité humaine dans une démarche de conciliation avec le droit à la vie. Naturellement, ce positionnement intéressant de la Cour a eu pour conséquence d'écartier d'autres approches intéressantes dans les débats sur l'avortement: une approche globale moderne fondée sur la justice reproductive (A) et une approche plébiscitée par certains auteurs dans les conflits de droits fondamentaux notamment sur l'avortement: l'approche coûts-bénéfices (B).

#### A. Une mise à l'écart d'une libéralisation au prisme de la justice reproductive

Les associations soutenant la requérante et ayant contribué à la mise en place de l'affaire souhaitaient que la dépénalisation se passe sur le terrain de la justice reproductive<sup>280</sup> d'autant que la revendication ces dernières années a été initiée et largement portée par les associations de femmes handicapées justement au nom de la justice reproductive. Les associations ont joué un rôle important dans l'affaire notamment au travers de la *Joint Action for Reproductive Justice* créée en 2017 rassemblant différents groupes féministes, des associations de médecins, des groupes militant pour les droits des femmes handicapées et des groupes religieux<sup>281</sup>.

Les droits reproductifs liés à une approche juridique<sup>282</sup> ont pour but de garantir la liberté reproductive des femmes au niveau individuelle<sup>283</sup>. Généralement, ils portent sur les droits à la contraception, à l'avortement et à la planification familiale<sup>284</sup>. Mais, une fois ces droits reconnus par les états, la question de leur effectivité pour toutes, quelque soit la situation socio-économique de la personne, a mené progressivement à la naissance du concept de justice reproductive qui touchent plus largement les

---

<sup>280</sup> Kim Sun-hye, Young Na, Lee Yu-rim, *The role of reproductive justice movements in challenging South Korea's abortion ban, op. cit.*, p.97.

<sup>281</sup> *Ibid.*

<sup>282</sup> Ross Loretta et collectif SisterSong Women of Color Reproductive Health, *What is reproductive justice ?*, dans reproductive justice briefing book: a Primer on Reproductive Justice and Social Change, p. 4.

<sup>283</sup> Pacia Danielle M., *Reproductive Rights vs. Reproductive Justice: Why the Difference Matters in Bioethics*, 3 novembre 2020, Bill of health, Petrie-Flom Center, Harvard Law School.

<sup>284</sup> *Ibid.*

politiques publiques<sup>285</sup>. La justice reproductive peut aussi être conceptualisée comme un cadre général visant à améliorer la vie des femmes, à construire un environnement familial sain et à permettre la mise en place de sociétés durables sur le plan reproductif<sup>286</sup>. Ce concept a fait son chemin dans la communauté internationale. En ce sens, l'objectif 5 de la résolution de l'Assemblée Générale de l'ONU, Transformer le monde, prévoit notamment de « Parvenir à l'égalité des sexes et autonomiser toutes les femmes et les filles »<sup>287</sup>. Dans ce cadre, le §5.6 dispose que « Assurer l'accès de tous aux soins de santé sexuelle et procréative et faire en sorte que chacun puisse exercer ses droits en matière de procréation, ainsi qu'il a été décidé dans le Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement et le Programme d'action de Beijing et les documents finals des conférences d'examen qui ont suivi ». Pourtant, la Cour est restée dans une approche classique de reconnaissance des droits reproductifs contrairement à ce que certains auteurs ont avancé<sup>288</sup> même s'il est vrai que l'adoption par ces groupes d'in discours sur la justice reproductrice a permis de fédérer les groupes sensibles à ces questions et de gagner en puissance<sup>289</sup>.

Bien que le juge constitutionnel fasse appel au législateur après avoir mis en évidence les difficultés socio-économiques et l'inutilité d'une politique pénale inadaptée et pousse donc le gouvernement à réfléchir à une approche globale de l'avortement pour le réformer, l'axe de justice reproductive n'a pour autant pas réellement été mobilisé par la Cour. Il était normal pour la Cour de reconnaître dans un premier temps le droit à l'avortement et de se limiter à cela en tant qu'organe constitutionnel. Classiquement, les droits reproductifs sont reconnus dans un premier temps puis, pour garantir leur effectivité, les questions de justice reproductive se posent dans un second temps. Au regard de l'importante dissonance entre le droit et la pratique abortive en Corée, il est possible de dire que *de facto*, il existe, en tout cas existait, un droit à l'avortement reconnu implicitement par l'Etat avant le durcissement des années 2000. Cette impression peut être renforcée par les conditions sanitaires meilleures en Corée du Sud que dans d'autres pays souffrant aussi d'une pénalisation de la procédure. En réalité, face à une grossesse non-désirée et la décision de maintenir ou non cette dernière, une femme sud-coréenne fera son choix peu importe la légalité ou non de l'acte. En revanche, ce qui lui est importe est la sécurité et la protection de sa santé et de sa vie lors de l'intervention. En bref, la demande de base se situe donc plus sur le terrain du droit à la santé que sur celui de l'auto-détermination. Evidemment, l'un ne va pas sans l'autre mais peut-être y-a-t-il une impression qu'une simple reconnaissance d'un droit ne répondrait pas de manière suffisante aux difficultés rencontrées. Pourtant, il semble essentiel pour la Cour de respecter l'ordre logique et de reconnaître déjà dans un premier temps le droit à l'avortement qui est le pré-requis à tout progrès futur sur la question et qui nécessitait déjà l'élaboration d'un discours officiel sur des fondements juridiques rigoureux pour ancrer ce droit officiellement dans le paysage juridique sud-coréen. Ensuite, l'adoption d'une approche fondée sur la justice reproductive par un juge semble complexe au regard de la répartition des pouvoirs. En effet, par définition, la justice reproductive dépasse le domaine juridique pour entrer dans le domaine des politiques publiques élaborées et menées dans une démocratie par les pouvoirs exécutifs et législatifs. Les juges de la

---

<sup>285</sup> *Ibid.*

<sup>286</sup> Ross Loretta et collectif SisterSong Women of Color Reproductive Health, *What is reproductive justice ?*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>287</sup> Objectif n°5, Résolution de l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies 70/1. Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030, A/RES/70/1 du 21 octobre 2015, p. 15.

<sup>288</sup> Par exemple, Kim Sun-hye, Young Na et Lee Yu-rim dans *The role of reproductive justice movements in challenging South Korea's abortion ban*.

<sup>289</sup> Kim Sun-hye, Young Na, Lee Yu-rim, *The role of reproductive justice movements in challenging South Korea's abortion ban*, *op. cit.*

Cour constitutionnel sont caractérisées par leur *self-restraint*. Ils n'ont pas la compétence pour élaborer des politiques publiques à adopter.

B. La promotion d'une nouvelle approche dans les recherches sur les questions morales en droit: l'approche pragmatique coût-bénéfice

Face à la complexité et à la sensibilité du sujet de l'avortement et des différentes valeurs antagoniques mises en avant, certains auteurs cherchent à sortir de cette « impasse morale »<sup>290</sup> qui n'est « ni nécessaire, ni désirable »<sup>291</sup>. Entrer dans un débat entre le droit à la vie et le droit au choix des femmes concernées semble en effet ne pouvoir aboutir à une décision consensuelle dans la mesure où dans ces situations, deux systèmes de valeur s'affrontent. Pour les personnes contre l'avortement, le droit à la vie est invariablement supérieur à toutes autres considérations. Pour les personnes souhaitant que les femmes puissent choisir, les intérêts de la femme enceinte sont jugés supérieurs aux intérêts y compris vitaux du *foetus*. Pour éviter l'aporie, ces auteurs choisissent de se concentrer sur une approche coût-bénéfices des différentes politiques proposées par le gouvernement. Cette approche est fondée sur le *deep pragmatism* de Joshua Greene<sup>292</sup> prônant flexibilité, réalisme et ouverture aux compromis. Quand nous envisageons l'avortement dans cette perspective de coûts-bénéfices, il est normal de partir du postulat qu'en réalité, quelque soit les avis moraux sur l'avortement tout le monde cherche à en réduire au maximum la pratique<sup>293</sup>. Les uns le souhaitent pour protéger la vie du *foetus* tandis que les autres, même en tant que soutien du choix des femmes, ne nient pas l'impact de l'intervention sur la femme enceinte et reconnaissent que l'avortement est souvent un choix guidé par des raisons économiques et sociales multiples plus qu'une volonté en elle-même d'avorter pour avorter. A partir de ce postulat fédérateur, il est possible d'évaluer les différentes politiques restrictives ou ouvertes à l'avortement menés par les Etats au prisme de leur efficacité dans la réduction générale du nombre des avortements.

Depuis quelques années, les études ont montré que dans les pays mettant en place des politiques restrictives le nombre d'avortement est plus élevé que dans les pays libéralisant l'avortement. Les lois restreignant l'avortement n'ont donc eu aucun, ou presque, effet pour décourager le recours à l'avortement<sup>294</sup> auprès des mères alors qu'elles précarisent en revanche l'accès à un avortement et causent le développement de pratiques médicales illégales puisque leur effet dissuasif est tout de même plus visible sur le corps médical<sup>295</sup>. Ainsi, les deux camps pourraient se mettre d'accord sur des politiques en vue de la réduction de l'avortement sans se poser la question de la justesse ou non de ce dernier<sup>296</sup>. Il a été constaté que dans les pays admettant l'avortement, les chiffres avaient tendance à progressivement diminué.

Dans cette approche, il n'est pas en soi question d'un droit à l'avortement. L'avortement n'est qu'un fait, le résultat négatif de différents phénomènes qu'il faut réguler pour en diminuer autant que possible la pratique. La question se pose donc juste au niveau de sa régulation pour mettre en place les politiques les

---

<sup>290</sup> McGuire John, *Should Abortion Be Decriminalized in Korea?*, *op.cit.*, p. 130.

<sup>291</sup> *Ibid.*

<sup>292</sup> *Eod. loc.*, p. 137

<sup>293</sup> *Eod. loc.*, p. 137-138.

<sup>294</sup> *Ibid.*

<sup>295</sup> Woong Kyu Sung, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, *op.cit.*, p.280.

<sup>296</sup> *Eod. loc.*, p. 139.

plus efficaces. Sur cette base, il semble donc normal de dépénaliser l'avortement et de l'encadrer différemment pour en infléchir le chiffre.

Comme indiqué plus tôt, la Corée du Sud est un pays qui pénalisait l'avortement et qui pourtant avait un des nombres d'avortement les plus élevés dans les pays de l'OCDE montrant l'inefficacité de la politique répressive. La tentative de répression des années 2000 n'a fait qu'en précariser l'accès et augmenter le nombre d'accidents tout en rendant compliqué de réelles études statistiques pour envisager l'ampleur du phénomène et le comprendre. Dès lors, il semblait logique dans une perspective cout-bénéfices dans le cas sud-coréen au regard des expériences à l'étranger et de l'écart important entre la pratique et le droit de dépénaliser l'avortement au moins et de réfléchir à de nouvelles politiques pour le réguler et entrainer une inflexion naturelle des avortements.

Toutefois, cette approche n'est pas du tout mobilisée par la Cour constitutionnelle en 2019. Bien que les différentes opinions évoquent la nécessité de mise en place de politiques de soutien aux femmes enceintes pour améliorer les conditions socio-économiques afin que leur choix puissent se porter sur la poursuite de la grossesse, elles restent dans une dynamique de mise en balance de droits concurrents et de responsabilisation de l'Etat. Cette approche peut aussi sans doute se comprendre au regard de la nature du litige qui reste après tout un contentieux constitutionnel fondé sur la défense de droits fondamentaux présents dans la Constitution qu'il est nécessaire d'interpréter sur un sujet sensible qui capte l'attention et prouve la confiance que les justiciables placent en la Cour perçue comme leur tiers impartial. Cette approche cout-bénéfice trouve naturellement plus sa place dans les bureaux des ministères et du gouvernement qu'à la Cour constitutionnelle sur un sujet aussi humain suite à un recours direct. Certains auteurs critiquent aussi cette approche dans certains contentieux de conflits de valeurs. La cour est la tierce partie jugée impartiale par les deux côtés<sup>297</sup> permettant de résoudre avec justesse un conflit de valeurs entre des parties ne parvenant à parvenir à un consensus<sup>298</sup>. A partir du moment où deux parties à un conflit ont deux systèmes de valeur différents, une application du couts-bénéfices par le juge ne semble pas approprié dans la mesure où cette analyse requiert d'étudier les éléments concurrents dans un même référentiel de valeurs<sup>299</sup>. En revanche, dans la mesure où il faut bien régler ces conflits, cette résolution doit venir d'un consensus social qui souscrit à un système de valeurs précis que promeut le pouvoir politique par la suite en tant que représentants du peuple. Le juge pourrait donc mettre en place une étude couts-bénéfices à partir du moment où un choix de système de valeurs par la société s'impose. Or, il ne semble pas encore que cela soit le cas en Corée du Sud sur l'avortement.

## II. [La reconnaissance d'un droit assombri par les spectres du passé et du futur](#)

La décision de 2019 est sans aucun doute une décision majeure pour l'avortement et dans le discours et les débats à venir sur l'avortement en Corée. En revanche, différentes inquiétudes transpirent déjà dans l'arrêt sur les conséquences d'une telle reconnaissance aussi bien au regard des pratiques passées associées à l'avortement (A) que des implications futures de cette nouvelle restriction officielle du droit à la vie au regard des progrès scientifiques et de la fin de vie (B).

### A. [Un spectre du passé: la sélection sexuelle prénatale des foetus](#)

---

<sup>297</sup> Cho Hong-sik, *The Justifiability and Limits of Judicial Governance*, *op.cit.*, p. 53.

<sup>298</sup> *Eod. loc.*, p. 63.

<sup>299</sup> *Eod. loc.*, p. 69.

Dans la décision de 2019 comme dans la décision de 2012, une inquiétude transpire dans les diverses opinions<sup>300</sup>: dépenaliser l'avortement ne conduirait-il pas au grand retour de la sélection sexuelle prénatale par l'avortement ? Dans l'esprit commun et par suite dans les débats sur l'avortement en Asie, l'avortement est fortement lié aux difficultés de sélection sexuelle prénatale. Dans les années 2000, le Comité des droits économiques et sociaux ainsi que le Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes ont critiqué la pratique de sélection sexuelle pré-natale présente dans certains pays asiatiques socialement construits sur un modèle confucéen<sup>301</sup>. Pendant longtemps, les deux phénomènes ont été mélangés dans un même discours desservant largement l'avortement. En Asie et notamment en Corée du Sud, une préférence nette pour les fils s'est instaurée dans un système patrilinéaire<sup>302</sup>. Suite à la réduction du nombre d'enfants par foyer passant généralement de six enfants ou plus à deux-quatre enfants<sup>303</sup> et à la popularisation de l'échographie dans les années 80<sup>304</sup>, la volonté d'avoir au moins un garçon a mené à l'utilisation de l'avortement pour se débarrasser des *foetus* féminins. Cette tendance pouvait aussi se manifester par la négligence ou le meurtre de la fillette après la naissance<sup>305</sup>. Avec le développement de familles restreintes dans les années 60, les couples ont tendance à vouloir peu d'enfants si bien qu'il n'est plus possible de multiplier la progéniture jusqu'à obtenir le fil tant attendu<sup>306</sup> et avec l'opportunité donnée par la science d'anticiper, certains ont préféré opérer une sélection avant la naissance. Ainsi, alors que le ratio biologique est de 105 garçons pour 100 filles<sup>307</sup>, la Corée du Sud passe à un *ratio* de 116.8 pour 100 en 1990 alors qu'en 1980, il était de 103.9<sup>308</sup>.

Cette préférence pour les garçons en Corée s'explique notamment par des raisons culturelles et sociales. Premièrement, avoir un fils était important pour la représentation de la famille. En effet, avant la décision d'inconstitutionnalité du système « *hojuje* » en 2005<sup>309</sup> sur le fondement du principe de dignité humaine et de l'égalité des sexes<sup>310</sup>, le droit de la famille sud-coréen prévoyait que chaque foyer avait à sa tête un homme ainsi, une femme au cours de sa vie appartenait successivement au foyer de son père, de

---

<sup>300</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion*, opinion concurrente, *op.cit.*, p. 34.

<sup>301</sup> Wolman Andrew, *Abortion in Korea: a human rights perspective on the current debate over enforcement of the laws prohibiting abortion*, *op. cit.*, p.157.

<sup>302</sup> Choi Hyaewool, *Constructions of marriage and sexuality in modern Korea*, dans Mark McLelland and Vera Mackie, *Routledge Handbook of sexuality studies in east asia*, p. 88.

<sup>303</sup> Gilles Pison, *On ne naît plus homme ou femme par hasard: évolution du sex ratio dans l'Héritier Françoise, Hommes, Femmes, la construction de la différence*, Le Pommier Cité des sciences et de l'industrie, Paris, 2005, p. 153.

<sup>304</sup> *Ibid.*

<sup>305</sup> Rahm Laura, *La convergence des politiques de lutte contre la sélection sexuelle prénatale: Corée du Sud, Inde et Vietnam*, *Critique internationale*, vol 4, n°77, Presses de Sciences Po, p.11.

<sup>306</sup> *Eod. loc.*, p.12.

<sup>307</sup> Gilles Pison, *On ne naît plus homme ou femme par hasard: évolution du sex ratio*, *op. cit.*, p.157.

<sup>308</sup> Kim Tae-Hun, *the effects of sex selective abortion in fertility level in Korea*, *Korea Journal of Population and Development*, Vol. 26, No. 1, Juillet 1997, p. 44.

<sup>309</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2001Hun-Ga9.10.11.12.13.14.15 du 3 février 2005, *Case on the House Head System* du 3 février 2005, *Summaries of Opinions, Decisions of the constitutional court Korea (2005)*, Cour Constitutionnelle, 2006, Séoul.

<sup>310</sup> *Ibid.*

son époux et parfois, de son fils à la mort de son mari<sup>311</sup>. Les hommes, eux, pouvaient créer leur propre foyer une fois marié<sup>312</sup> ou reprendre la tête de leur foyer. Il arrivait parfois que par la force des choses, une femme prenne cette place mais ces occurrences sont rares. Deuxièmement, les lois successorales ont longtemps été inégales. Le droit sud-coréen des successions suivant le principe néo-confucéen de la succession par le fils légitime aîné donc pr continuer la lignée, il fallait au moins un garçon<sup>313</sup>. Troisièmement, alors que pendant la période Joseon, le marié vivait avec la famille de la mariée, ce système a progressivement été inversé si bien que si les parents n'avaient que des filles, ils n'avaient personne pour s'occuper d'eux en fin de vie comme leurs filles intégraient le foyer de leurs époux et s'occupaient de leur grands-parents ce qui pose problème dans une société où la prise en charge de la vieillesse des parents est traditionnellement faite par la descendance<sup>314</sup>. Enfin, de manière plus anecdotique, certaines croyances populaires jouaient aussi. Il arrivait qu'en fonction du signe chinois de l'année, la sélection soit plus sévère<sup>315</sup>. Il était préférable de ne pas avoir de filles nées l'année du cheval dans la mesure où elles sont caractérisées par un caractère fort, une hyper activité et une certaine indépendance, qualités peu recherchées chez les jeunes filles à marier<sup>316</sup>. Toutefois, force est de constater que ces croyances se sont estompées avec le temps et que ces pratiques se sont largement réduites au cours des années<sup>317</sup>.

Les conséquences de cette sélection sexuelle prénatale sont graves. Elle a poussé à la recrudescence des avortements tardifs comme il fallait attendre l'annonce du sexe mais génère aussi des problèmes démographiques sur le long terme. Le *ratio* homme-femmes déséquilibré mène au célibat et à la frustration d'une part de la population masculine tandis que la rareté des femmes en fait une ressource convoitée exposée aussi à plus de violence et de trafic<sup>318</sup>. De plus, il gêne aussi le renouvellement de la population et oblige la femme à avoir plus d'enfants pour maintenir un taux de fécondité suffisant<sup>319</sup>.

La Corée du Sud, consciente de ses difficultés, a progressivement adopté des politiques visant à lutter contre ce fléau. Les autorités ont mis en place des campagnes de sensibilisation et de communication. Un amendement en 1987 du Code médical interdisait aux médecins et professionnels de santé de mener des tests d'identification du sexe du *foetus* sous peine d'une sanction pouvant aller jusqu'à 3 ans d'emprisonnement ou 10 000 000 wons<sup>320</sup>. Les auteurs ont dénoncé cette politique en ce qu'elle ne voyait le problème que par le petit bout de la lorgnette en cherchant seulement à éviter une sélection par l'avortement au lieu d'attaquer le problème à sa source, la préférence culturelle et sociale pour les fils<sup>321</sup>. Cette disposition a finalement été déclarée inconstitutionnelle en 2008 au regard du droit à l'information

---

<sup>311</sup> Yoon Jin-Shin, *Proportionality in South Korea. Contextualizing the Cosmopolitan Rights Grammar*, *op. cit.*, p.87.

<sup>312</sup> *Ibid.*

<sup>313</sup> Eun Ki-Soo, *Changes in Population and Family in Korea*, *op.cit*, p. 112.

<sup>314</sup> Gilles Pison, On ne naît plus homme ou femme par hasard: évolution du *sex ratio*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>315</sup> Maija Devine, *Year of ox: Lucky for Girl babies to be born?*, The KoreaTimes, 10 février 2021

<sup>316</sup> *Ibid*

<sup>317</sup> *Ibid*

<sup>318</sup> Rahm Laura, La convergence des politiques de lutte contre la sélection sexuelle prénatale: Corée du Sud, Inde et Vietnam, *op. cit.*, p.12-13.

<sup>319</sup> Gilles Pison, On ne naît plus homme ou femme par hasard: évolution du *sex ratio*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>320</sup> Article 19-2 de la Loi sur le service médical dans sa version de 1987

<sup>321</sup> *Ibid*

des parents et de la liberté professionnelle du médecin<sup>322</sup> d'autant que son efficacité réelle dans la résorption du phénomène est contestée au regard du peu de poursuites et des nombreux moyens de contournements de l'interdiction<sup>323</sup>. Toutefois, l'élément majeur ayant permis le rétablissement d'un ratio naturel a probablement été l'élévation du statut de la femme et de son niveau d'éducation, le changement des structures familiales, le développement socioéconomique, l'urbanisation<sup>324</sup> et les conséquences juridiques accompagnant ces évolutions. Effectivement, les inégalités successorales et le système de la tête de famille (*Hojuje*) participaient largement à cette préférence pour les garçons<sup>325</sup>. Il est aussi moins commun de vivre avec ses parents si bien qu'il n'est plus essentiel d'avoir un garçon pour assurer ses vieux jours. Progressivement, le pays a réussi depuis à retrouver le ratio correspondant à la norme biologique (105 garçons pour 100 filles)<sup>326</sup> et socialement, la préférence systémique pour les garçons a aujourd'hui disparu<sup>327,328</sup> comme le relevait déjà la Cour constitutionnelle dans sa décision d'inconstitutionnalité de la disposition interdisant la révélation du sexe du *foetus*<sup>329</sup>.

Toutefois, il est bon de prendre un peu de recul sur cette vision unissant avortement et sélection prénatale. Certes, les deux phénomènes ont longtemps été corrélés mais il est nécessaire d'en distinguer les enjeux pour ne pas créer de liens abusifs<sup>330</sup>. L'avortement est avant tout un moyen de mettre fin à une grossesse et peut se justifier par une multitude de raisons. La sélection sexuelle prénatale, elle, consiste à choisir en fonction du sexe les foetus et à décider en fonction de mener sa grossesse à termes ou non. Les raisons de cette sélection à l'échelle sociétale s'explique par une préférence à un moment donné pour un sexe précis si bien que les parents sont près à tout pour se conformer à cette exigence d'avoir au moins un enfant du sexe préféré.

#### B. L'ombre du futur: l'apparition du droit à l'euthanasie dans les débats

Dans l'opinion dissidente, une nouvelle peur fait son apparition: la relativisation du droit à la vie du *foetus* au regard du droit à l'auto-détermination des femmes ne serait-il pas la porte ouverte à une relativisation générale du droit à la vie face au droit à l'auto-détermination<sup>331</sup>? Cela ne laisserait-il pas la

---

<sup>322</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2004Hun-Ma1010 du 31 juillet 2008, *Ban on Fetus Sex Identification Case, Full opinion*, Decisions of the Constitutional court Korea (2008), Cour Constitutionnelle, 2009, Séoul.

<sup>323</sup> Rahm Laura, La convergence des politiques de lutte contre la sélection sexuelle prénatale: Corée du Sud, Inde et Vietnam, *Critique internationale, op. cit.*, p.18

<sup>324</sup> *Eod. loc.*, p.26

<sup>325</sup> Sung Woong Kyu, *Abortion in South Korea: the law and the reality, op.cit.*, p. 296-297.

<sup>326</sup> Rahm Laura, La convergence des politiques de lutte contre la sélection sexuelle prénatale: Corée du Sud, Inde et Vietnam, *Critique internationale, op. cit.*, p.13.

<sup>327</sup> Lee On-Juk, More gender equality but women still held back, dans Kim Kyong-dong, *Social Change in Korea*, The Korea Herald, p.167.

<sup>328</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2004Hun-Ma1010, *Ban on Fetus Sex Identification Case* du 31 juillet 2008, *op. cit.*, p. 205.

<sup>329</sup> Wolman Andrew, *Abortion in Korea: a human rights perspective on the current debate over enforcement of the laws prohibiting abortion, op. cit.*, p.158.

<sup>330</sup> Navtej Purenwal, *Son preference, sex selection, gender and culture in South Asia*, Routledge, 2010, p.39

<sup>331</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op. cit.*, opinion dissidente.

place à une « *trend to make light of human life will prevail throughout our society.* »<sup>332</sup>. Cette inquiétude s'inscrit notamment dans les débats récents sur l'euthanasie, le suicide assisté et l'arrêt des traitements.

Il me semble toutefois nécessaire de relativiser la crainte exprimée par la dissidence au moins dans le sens où même si un parallèle intéressant peut être fait entre le droit à l'euthanasie et le droit à l'avortement, le droit à la vie envisagé dans les deux cas est évalué légèrement différemment dans la mesure où le premier concerne le droit à la vie plein et entier d'un être humain né tandis que le second est le droit à la vie d'une vie en formation qui produit donc des effets particuliers. De même, dans le cas de l'avortement, le droit à l'auto-détermination mobilisée est celui de la femme enceinte donc d'un tiers alors que dans le cas de l'euthanasie, le droit à l'autodétermination envisagé est celui de la personne directement concernée. Ainsi, même si la nature des droits mobilisés est la même, les problématiques juridiques semblent différentes si bien que la dépénalisation de l'avortement ne mène pas obligatoirement et de manière évidente à la légalisation de l'euthanasie ou même de l'euthanasie.

Il est vrai toutefois que les débats sur le « droit à la mort » sont de plus en plus visibles dans la sphère internationale et principalement chez les pays développés. Le 26 février 2020, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a rendu une décision reconnaissant un droit à l'auto-détermination de la fin de vie par la Cour constitutionnelle allemande en déclarant inconstitutionnelle l'article 217 du Code pénal pénalisant l'aide au suicide par un professionnel<sup>333</sup>. Sur le fondement du droit général de la personnalité tiré de l'association de l'article 1 et de 2 de la loi fondamentale allemande, elle déduit un droit pour toute personne capable et autonome de déterminer librement de sa fin de vie<sup>334</sup>. Cette décision s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence de la Cour fédérale de justice administrative du 2 mars 2017 qui s'était fondé sur le même droit pour estimer que l'Etat ne pouvait pas refuser d'administrer certains médicaments en dosage mortel pour lui permettre une mort sans douleur alors qu'il était atteint d'une maladie grave et incurable<sup>335</sup>. La cour constitutionnelle italienne de son côté a aussi déclarée partiellement inconstitutionnelle un article du Code pénal punissant l'incitation et l'aide au suicide le 24 septembre 2020<sup>336</sup>. Ces débats sur le « droit à la mort » se posent en Europe ces dernières années. Ainsi, alors que la Belgique, le Luxembourg, la Suisse et le Danemark admettent et encadrent l'euthanasie et le suicide assisté, l'Espagne les a rejoint par une loi du 25 juin 2021<sup>337</sup>. La question s'est aussi posée au Portugal suite à la légalisation de l'euthanasie en janvier 2021 suivie par une décision en inconstitutionnalité et un veto présidentiel de cette dernière suite à son imprécision respectivement en mars<sup>338</sup> et novembre<sup>339</sup>. Le Canada, la Colombie et la Nouvelle-Zélande autorisent et encadrent aussi l'euthanasie<sup>340</sup>. En Corée du sud, bien que le débat ne fasse pas rage dans l'actualité, une vision favorable de l'opinion publique sur la

---

<sup>332</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2010Hun-Ba402 du 23 août 2012, *Abortion Case*, *op.cit.*, p. 96.

<sup>333</sup> Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfG, 2 BvR 2347/15.

<sup>334</sup> Mariat Kevin, *Consécration d'un droit à l'autodétermination de la fin de vie par la Cour constitutionnelle allemande*, Actualité juridique. Famille, Dalloz, 2020, p. 312.

<sup>335</sup> *Ibid.*

<sup>336</sup> *Ibid.*

<sup>337</sup> Euronews., *Spain legalises euthanasia and assisted suicide despite conservative opposition*, 18 mars 2021, Euronews.

<sup>338</sup> Euronews., *Portugal's constitutional court blocks law decriminalising euthanasia*, 16 mars 2021.

<sup>339</sup> Le Figaro, *Portugal : le président oppose son veto à la dépénalisation de l'euthanasie*, 30 novembre 2021, Le Figaro.

<sup>340</sup> Euronews., *Spain legalises euthanasia and assisted suicide despite conservative opposition*, *op. cit.*

question se révèle progressivement. Une enquête de l'école de médecine de l'Université Nationale de Séoul en 2016 avait montré que 50% des interrogés étaient favorables à l'euthanasie ou au suicide médicalement assisté. Le même sondage réalisé récemment montre que ce chiffre a largement augmenté avec plus de 76% en faveur dont 61.9% la soutenant fortement alors que seulement 23.7% se sont prononcés contre ou fortement contre<sup>341</sup>. Allant encore plus loin, en s'appuyant sur l'idée d'un avortement de confort, ils s'interrogent sur le risque d'enfants prenant la décision d'euthanasier leurs parents en fin de vie pour des raisons de confort. En effet, l'admission des conditions économiques et sociales permettrait aux femmes un avortement de « confort » et de fuir leur responsabilité après avoir eu des relations sexuelles<sup>342</sup>. Dès lors, cela encouragerait ce mouvement sociétal qui se débarrasse des éléments inconfortables qui pourraient devenir les parents une fois âgés<sup>343</sup>. Pourtant, l'étude de l'Université nationale de Séoul ne semble pas aller dans ce sens dans la mesure où les personnes favorables à l'euthanasie évoquent comme raison le manque de sens du reste de la vie (30.8%), le droit à une mort digne (26%), la réduction de la douleur (20.6%), l'allègement du poids sur la famille (14.8%) et sur la société (4.6%)<sup>344</sup>.

Sur la question de l'arrêt des traitements, le consensus est encore plus fort avec 85.9% de personnes favorables<sup>345</sup>. La question des traitements permettant le maintien de la vie a causé un long débat en 2009 suite à l'affaire Kim. Dans cette affaire, une femme âgée de 77 ans suite à un accident lors d'une biopsie entre en coma. Sa famille demande alors la cessation des traitements au regard de convictions personnelles de Kim mais face à l'absence de consentement explicite de la femme âgée, l'hôpital a insisté pour maintenir les traitements. Dans une décision en banc du 21 mai 2009, la Cour Suprême a fini par reconnaître que le maintien forcé de la vie d'une personne par des traitements pouvait enfreindre sa dignité et qu'il n'était pas inconstitutionnelle de respecter la volonté d'un patient d'arrêter les traitements s'il n'a aucune chance de s'en remettre prouvée par plusieurs avis médicaux et a exprimé une volonté forte d'arrêter les traitements pendant les traitements ou s'il n'est plus en l'état de s'exprimer, au cours de sa vie<sup>346</sup>. Dans une décision de 2009 sur les traitements de maintien de la vie de patients mourants<sup>347</sup>, la cour constitutionnelle a, elle aussi, relevé que la décision d'arrêt de ces traitements n'était pas un suicide dans la mesure où ce processus correspondait à une extension artificielle de la vie allongeant le processus de la mort déjà commencé naturellement<sup>348</sup>. Or, le principe de dignité humaine implique de laisser la vie de la personne dans les mains de la nature si elle le souhaite au titre son droit à l'auto-détermination<sup>349</sup>. Depuis le *Well-dying Act* voté en 2016 et entrée en vigueur en 2018 instaure un régime clair sur les soins palliatifs et les décisions portant sur les traitements de maintien de vie.

---

<sup>341</sup> Jung Min-Ho, *Over 76% of Koreans support legalizing euthanasia*, TheKoreaTimes, 25 mai 2022.

<sup>342</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion*, *op.cit.*, p. 54.

<sup>343</sup> *Eod. loc.*, p. 55.

<sup>344</sup> *Ibid.*

<sup>345</sup> Jung Min-Ho, *Over 76% of Koreans support legalizing euthanasia*, *op. cit.*

<sup>346</sup> Cour Suprême, 2009Da17417, 21 mai 2009, Décision reproduite sur le site officiel anglais de la Cour Suprême.

<sup>347</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2008Hun-ba58 du 26 Novembre 2009, *Sexual Intercourse under Pretence of Marriage Case*, *op. cit.*

<sup>348</sup> Association of Asian Constitutional Court Secretariat for Research and Development Research, *Constitutional Rights and AACC Members*, *op.cit.*, p. 158.

<sup>349</sup> *Eod. loc.*, p. 159.

En bref, l'inquiétude sur la force du droit à la vie après cette décision au regard de la fin de vie se comprend mais le régime juridique sur ces questions est globalement stable pour le moment en Corée et l'utilisation de cet argument dans un pays autorisant la peine de mort semble peu convaincant. Les débats sur l'euthanasie et le suicide assisté ne semblent pas encore remuer la société sud-coréenne d'autant qu'un certain consensus se dégage déjà *a priori* dans l'opinion publique. Toutefois, la société vieillissante et le taux important de suicide en Corée du Sud peuvent aussi laisser à penser que ces sujets ont de fortes chances de se poser à l'avenir.

Dans le cas coréen, la dépénalisation de l'avortement a donc emprunté la voie juridictionnelle. L'introduction d'un recours sur un sujet sensible comme l'avortement a interrogé le juge sur son rôle et sur sa place au sein d'un régime démocratique. Une décision aussi importante prise par un organe non-élu, même au titre des droits fondamentaux, interroge aussi bien sur la séparation des pouvoirs que sur la légitimité du juge à se prononcer sur des sujets aussi politiques et moraux. D'un côté, certains relèvent la tendance des justiciables à se reposer sur la cour constitutionnelle sur des sujets clivants caractérisés par une inertie politique. Ainsi, les juges de l'opinion dissidente relève que « Le désengagement du processus politique et le fait de se reposer sur le contrôle de constitutionnalité ne peut pas être la solution pour tous les problèmes divisant profondément la société comme l'avortement »<sup>350</sup>. Le premier compétent pour ces question est le législateur<sup>351</sup>: « *In relation to abortion, the legislature should decide how to protect pregnant women's rights to self-determination while reducing abortions and the protection of a pregnant woman's right to self-determination.* »<sup>352</sup>. D'un autre côté, d'autres dénoncent l'utilisation de formes de décisions modifiées par la Cour pour ne pas aller jusqu'au bout de certaines démarches et pour passer le témoin au législateur mettant ce dernier en porte à faux. Récemment, des auteurs ont remarqué l'ingérence grandissante des cours constitutionnelles dans les politiques politiques et l'ont qualifié de judiciarisation de la politique<sup>353</sup>. Or, par essence, la Cour constitutionnelle, composé de juges nommés, est un organe non-démocratique en démocratie<sup>354</sup> conçu comme un contre-pouvoir des abus de la majorité pour protéger les minorités. Or, son ingérence en politique implique donc qu'un organe non représentatif impose son agenda à des organes de représentation du peuple<sup>355</sup>. Le contre-argument courant dans le système coréen est qu'au regard des dysfonctionnements de la représentation, la Cour corrige ces défauts et par sa supériorité morale évite les pièges du politique<sup>356</sup>. Pourtant, le fonctionnement même de la Cour ne se prête pas à une telle fonction et elle ne peut donc être acceptée comme remède naturel des défauts de la représentation<sup>357</sup> et doit rester le remède aux abus de la majorité sur les droits d'autrui. Conscients de leurs limites, les juges en 2019 cherchent à aménager un équilibre entre interventionnisme judiciaire et protection des droits fondamentaux face aux échecs étatiques. Cette conscience et ce malaise du juge sur les limites de son rôle

---

<sup>350</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, op.cit.*, p. 59.

<sup>351</sup> *Ibid.*

<sup>352</sup> *Eod. loc.*, p. 36.

<sup>353</sup> Cho Hong-sik, *The Justifiability and Limits of Judicial Governance*, dans Laurent Mayali et John Yoo, *Current Issues in Korean Law, The Robbins Collection*, Berkeley, 2014, p.51.

<sup>354</sup> *Eod. loc.*, p. 53.

<sup>355</sup> *Eod. loc.*, p. 54.

<sup>356</sup> *Eod. loc.*, p.63.

<sup>357</sup> *Ibid.*

sont clairs dans la division de l'opinion majoritaire entre ceux prônant une décision de non-conformité et ceux en faveur d'une décision en inconstitutionnalité.

En réalité, la Cour constitutionnelle a une place particulière dans l'esprit des coréens. Dans l'histoire constitutionnelle sud-coréenne et du développement de son contentieux, le rapport houleux entre le Parlement et la population<sup>358</sup> a conduit à l'utilisation de la Cour constitutionnelle par les citoyens pour poursuivre le processus de démocratisation. Les échecs parlementaires se reflètent encore aujourd'hui dans l'importance du contrôle de constitutionnalité principalement suite à des recours directs<sup>359</sup>. Face à l'impossibilité de trouver une résolution politique à leurs réclamations sur les questions sociales, les citoyens se tournent vers la Cour Constitutionnelle qui doit alors trancher des questions très politiques et controversées. La Cour constitutionnelle sud-coréenne qualifiée de « wailing wall » par Blankenbourg en 1998 est l'organe par lequel les citoyens expriment leurs doléances et revendiquent leurs droits si bien qu'elle est même vue comme un « séismographe » des problèmes sociaux<sup>360</sup>. Elle est l'institution en laquelle les coréens ont le plus confiance<sup>361</sup>. Elle prête aussi beaucoup d'attention à la société, ses émotions et ses évolutions et utilisent à cet effet beaucoup d'études sociologiques<sup>362</sup>. Sa jurisprudence a emprunté une voie progressive au regard de l'évolution sociale assez rapide de ces dernières années<sup>363</sup>. Toutefois, une autre de ses caractéristiques est sa capacité, malgré le pouvoir qui lui est donné *de facto*, de conserver un équilibre entre les implications de ces décisions, la protection des droits des personnes et le pouvoir politique. En effet, elle s'engage rarement dans des voies contraires aux idées de la majorité politique sur des sujets très controversés<sup>364</sup>. Le rôle qu'elle adopte est parfaitement résumé ainsi: la cour est « *reactive and cautious* »<sup>365</sup>.

En 2019, la majorité des juges se prononcent en faveur d'une décision de non-conformité tandis que les juges partisans d'une inconstitutionnalité simple estiment que ce genre de décision ébranle l'objectif même du contrôle de constitutionnalité et font peser sur les épaules des requérants une charge trop lourde<sup>366</sup>. Une autre difficulté des décisions de non-conformité est présente dans son essence même: la place qu'elle donne au législateur. En effet, si celui-ci ne prend pas la place que lui laisse la Cour, la situation peut rapidement se compliquer; Les décisions de la Cour constitutionnelle lient normalement les autres juridictions et les organes gouvernementaux. Cette forme modifiée de décision lui permet d'émettre des suggestions à l'égard du législateur sans entrer dans une dynamique de le lier ou non par son raisonnement et en lui laissant une certaine période pour réfléchir aux modifications à apporter aux

---

<sup>358</sup> Choi Dai-Kwon, *The state of fundamental rights protection in Korea, op.cit.*, p.116.

<sup>359</sup> *Eod. loc.*, p.117.

<sup>360</sup> Mosler Hannes B., *The Constitutional Court as a facilitator of fundamental rights claiming in South Korea, 1988-2018, op. cit.*, p. 131.

<sup>361</sup> *Eod. loc.*, p. 127.

<sup>362</sup> Lim Ji-bong, *The Korean constitutional court, judicial activism and social change*, dans Tom Ginsburg, *Legal reform in Korea*, Routledge Curzon, 2004, p.24-25.

<sup>363</sup> Mosler Hannes B., *The Constitutional Court as a facilitator of fundamental rights claiming in South Korea, 1988-2018, op.cit.*, p. 147.

<sup>364</sup> *Eod. loc.*, p. 127.

<sup>365</sup> *Ibid.*

<sup>366</sup> Yun Jeong-In, *Recent abortion decision of Korean Constitutional Court, op.cit.*

dispositions concernées <sup>367</sup>. Ainsi, en 2019, la Cour constitutionnelle a préféré rendre une décision de non-conformité assorti d'un délai au 31 décembre 2020 plutôt qu'une décision d'inconstitutionnalité afin d'éviter un vide juridique et de laisser une marge de manoeuvre au législateur. Toutefois, dès le mois de Juin, le bureau du procureur général a annoncé la suspension de toute poursuite sur le fondement du crime d'avortement dans les 22 premières semaines de grossesse en cas de demande ou de consentement de la mère tant que le législateur ne serait pas parvenu à une nouvelle régulation<sup>368</sup> et il semble que cette position ait globalement adoptée par les procureurs. Cependant, comme il était à craindre, la démarche de la cour n'a pas été suivie par le législateur et l'exécutif dans les temps si bien que trois ans après la décision, la situation de l'avortement reste floue malgré quelques propositions et projets de loi pour certains encore en examen.

## Titre 2: La difficile concrétisation législative du droit à l'avortement

Malgré la décision de non-conformité de la Cour constitutionnelle en 2019, la situation légale reste floue en Corée. L'Assemblée nationale n'est pas parvenue à légiférer sur la question avant la fin du délai si bien qu'actuellement, l'avortement est tombé dans une zone grise du droit en tout cas antérieurement au 24 semaines de grossesse. Instinctivement, la difficulté législative laisse à penser qu'en réalité, la dépénalisation de l'avortement ne coule peut-être pas de source en Corée pour le moment, peut-être le juge a-t-il fait preuve d'un activisme hâtif et était en décalage avec la société sur le sujet. Pourtant, malgré la présence de partisans et d'opposants à l'intervention, les sondages et enquêtes restent sans appel. L'opinion publique semble bien favorable à la dépénalisation voire même à la légalisation de l'avortement. Dans un sondage récent, 74% des personnes interrogées se prononçaient pour la légalisation tandis que seulement 21% prônaient une interdiction stricte de l'avortement<sup>369</sup>. Il reste cependant vrai que cette décision, qui se comprend aussi au regard de la réalité sud-coréenne, des actions de la Corée sur le droit des femmes aussi bien sur le plan domestique que sur le plan international et du contexte international, est en réalité en dissonance avec un fonds culturel prônant fortement le droit à la vie, un confucianisme et conservatisme encore présent dans la société ainsi qu'un contexte de difficultés démographiques. Ces éléments restant surmontables ont toutefois contribué aux difficultés à reconnaître l'avortement dans un contexte législatif et politique peu propice à compter de 2020 (Chapitre1).

Alors qu'il aurait été possible de penser que le défaut de législation ne poserait pas de problème au regard de la pratique ancienne abortive, l'absence de législation pose des difficultés importantes aux femmes voulant avorter. Elle a notamment causé une importante confusion avec une grande difficulté pour savoir quels hôpitaux proposent des avortements et beaucoup recherchent des médicaments pour avorter quitte à acheter des produits dangereux en ligne<sup>370</sup>. Même si elles n'ont plus à craindre les poursuites depuis 2021, les prix restent toujours très élevés, certaines devant s'endetter pour avorter<sup>371</sup>, et il est

---

<sup>367</sup> Lee Dong-Heub, Development and current situation of the constitutional adjudication in Korea, Seoul Law Journal, vol.53, n°2, Juin 2012, p. 16.

<sup>368</sup> Kim Sun-hye, Young Na, Lee Yu-rim, The role of reproductive justice movements in challenging South Korea's abortion ban, *op. cit.*

<sup>369</sup> Mosler Hannes B., *The Constitutional Court as a facilitator of fundamental rights claiming in South Korea, 1988-2018, op.cit.*, p. 142.

<sup>370</sup> Park Yoon-kyung, Women still prosecuted for abortions despite Constitutional Court's ruling saying its unconstitutional, 19 avril 2020, Hankyoreh.

<sup>371</sup> Kim Eun-bin, 3 ans après l'inconstitutionnalité du crime d'avortement... Le parlement et le gouvernement qui ont abandonné la législation alternative, [낙태죄 위헌 3년... 대체입법 손 놓은 정부·국회, ], Kukinews, 12 avril 2022,

toujours difficile d'obtenir des informations et des conseils permettant un choix effectif des femmes. Les difficultés sont encore renforcées pour les mineurs et femmes plus vulnérables. Toutefois, il est possible de voir le verre à moitié plein: l'absence de législation et les débats peuvent aussi être vus comme un champ infini de possibilités pour la législation à venir même s'il est déjà possible de voir certaines tendances dans les différentes propositions du gouvernement et des législateurs. Dès lors, nous examinerons dans un second chapitre les perspectives de législations possibles aussi bien au regard de l'avortement en lui-même qu'au regard des législations annexes possibles visant à le réduire (chapitre 2).

## Chapitre 1: L'échec d'une reconnaissance législative dans un contexte peu propice

L'absence de législation trois ans après la décision de non-conformité de la Cour Constitutionnelle interroge sur la difficulté de concrétisation de la décision dans l'ordre juridique. En réalité, les décisions de la Cour constitutionnelle aussi bien celles d'inconstitutionnalité que celles de non-conformité ont régulièrement eu des difficultés à trouver un interlocuteur en l'Assemblée Nationale, malgré leur caractère contraignant. En effet, il est possible de trouver de nombreux exemples d'un manque de suivi par le législateur des décisions de la Cour<sup>372</sup>. Ce défaut de collaboration entre les deux institutions posent de réelles difficultés comme il est possible de le constater avec le cas de l'avortement et la confusion que la situation cause aux femmes concernées. La responsabilité de cette insécurité juridique<sup>373</sup> n'est pas à la seule charge de l'Assemblée, le gouvernement aussi est resté passif. Dès lors, il semble que les difficultés de reconnaissance de l'avortement sont attribuables à des problèmes institutionnels dont il s'agira de comprendre les tenants et les aboutissants (II). Toutefois, au delà de ces questions institutionnelles, il semble bien exister une résistance à la reconnaissance de l'avortement dans certaines parties de la société plutôt conservatrices et traditionnelles. Pourtant, comme indiqué précédemment, l'avortement est une pratique courante en Corée. Dès lors, un paradoxe culturel intéressant semble se dessiner entre une culture prônant traditionnellement le droit à la vie intégrant pourtant l'avortement tant que ce dernier reste caché. Cet éclairage culturel et les bastions mentaux qui en découlent sont nécessaires pour comprendre la vision de l'avortement en Corée et les difficultés liées à une officialisation d'une pratique traditionnellement officieuse (I).

### I. Les difficultés culturelles à la reconnaissance de ce droit: les paradoxes de la société coréenne

Culturellement, une place importante, sacrée a été donnée au respect de la vie dans la société coréenne. Les coréens eux-mêmes mettent en valeur le respect à la vie comme un fondement des traditions culturelles coréennes tout comme la Cour Suprême qui estime qu'il fait partie d'une moralité ancrée chez les coréens en 1985<sup>374</sup>. Pourtant, l'occurrence de pratiques abortives ou d'infanticides est ancienne. Il était même parfois attendu dans certaines situations d'avoir recours à l'avortement tant que l'intervention était faite dans le secret. Ce décalage entre les valeurs mises en avant (A) et une pratique courante cachée de l'avortement (B) au service des mêmes idéologies a créé un paradoxe intéressant qui explique probablement en partie l'attitude ambivalente des coréens à l'égard de l'avortement. Pendant longtemps, ce paradoxe a été viable grâce à l'interdiction légale peu appliquée, permettant un avortement assez libre

---

<sup>372</sup> Voir les exemples donnés dans Cour constitutionnelle de Corée, *Twenty years of the Constitutional Court of Korea*, *op. cit.*, p. 132 (sur les dispositions dans la loi de procédure pénale sur l'interdiction de libération des personnes encourant la peine de mort sur demande du procureur dans une affaire en cours, sur certaines dispositions du *National Security Act...*).

<sup>373</sup> *Eod. loc.*, p. 132

<sup>374</sup> Woong Kyu Sung, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, *op.cit.*, p. 299.

en marge et dans la limite des exigences sociétales. Or, la dynamique de reconnaissance de l'avortement mène à sortir de l'illusion maintenue jusqu'alors ce qui peut sans doute expliquer quelques résistances malgré l'évolution des mentalités.

#### A. L'importance du respect de la vie d'une culture ancienne et conservatrice

La société coréenne est fortement marquée par le confucianisme qui s'est installé sur la péninsule pendant toute la période Joseon (1392-1896). Mais cet idéologie n'épuise pas la richesse des idéologies et croyances qui ont façonné la société et la mentalité des coréens. En effet, avant l'importation de Chine du confucianisme, le chamanisme était la religion initiale avant de coexister avec le bouddhisme<sup>375</sup>. A partir du XVIII<sup>ème</sup> siècle et sous l'action des missionnaires, le protestantisme principalement mais aussi le catholicisme se font une place dans le paysage religieux coréen. Assez classiquement, toutes ces religions et philosophies mettent l'accent sur l'importance de la vie. Pour illustrer cette vision importante du droit à la vie dans la culture coréenne, il est intéressant de savoir qu'à la naissance, les coréens estiment que l'enfant a un an comme ils prennent en compte la grossesse. De même, il est aussi normal de donner un « nom de conception » au fœtus (태명, taemyeong), qui, bien choisi, lui apportera bonheur et chance. Ainsi, la culture coréenne semble appréhender le *foetus* comme un être humain.

A partir de l'époque Joseon, l'adoption progressive du confucianisme chinois modifie profondément la société et son organisation: une conception très patriarcale de la famille avec de forts principes moraux et un nouveau paradigme s'impose aux couples. L'idée majeure est que la vie domestique appartient au domaine privée. Les rapports entre les genres évoluent aussi avec une séparation stricte entre le domaine de l'homme, l'extérieur, et celui de la femme, l'intérieur du foyer qu'elle ne quitte d'ailleurs pas dans les hautes sphères sociales. Le rôle principal de l'épouse est la création d'une lignée de préférence masculine et son statut est d'ailleurs largement régi par sa capacité procréatrice<sup>376</sup>. L'importance donnée à la maternité par suite rend tabou l'avortement, d'autant plus au regard des préceptes moraux. Bien que la Corée change rapidement, la société reste conservatrice avec des valeurs familiales traditionnelles et confucéennes. Dans les années 60, le nouveau modèle familial reste tributaire de ce conservatisme social<sup>377</sup>. Certains auteurs relèvent aussi la difficulté de réforme du droit pénal et attribue la persistance de certaines dispositions pénales parfois surprenantes au regard des changements sociaux au moralisme et à la perception des rôles genrés confucéens<sup>378</sup>. Dans le Code pénal de la dynastie des Ming appliqué en Corée dès le début de la période Joseon après quelques adaptations, aucune disposition ne porte sur l'avortement en lui-même en revanche, les fortes condamnations pour les atteintes à la vie des personnes donnent une idée de l'importance de la vie<sup>379</sup>. Cependant, régulièrement, quand les chercheurs étrangers parlent des droits de

---

<sup>375</sup> Il est intéressant de noter que le chamanisme et le bouddhisme ont une approche plutôt symbiotique alors qu'ils ont une relation plutôt antinomiques avec le confucianisme. Pendant la période Joseon, aussi bien le chamanisme que le bouddhisme ont connu des périodes d'interdiction et de répressions. Cawley Kevin N., *Religion in contemporary South Korea society: interactions between the past, present and future* dans Lim Sojin et Alsford Niki, *Routledge handbook of contemporary south korea*, Routledge handbooks..., p.140.

<sup>376</sup> Francis Macouin, *Ibid*, p.178.

<sup>377</sup> Eun Ki-su, *Family values changing - but still conservative*, dans Kim Kyong-dong, *Social Change in Korea*, The Korea Herald, *Insight into korean series*, vol 2, p.148.

<sup>378</sup> chap 5 dans Tom Ginsburg, *Legal reform in Korea*, Routledge Curzon, p.77.

<sup>379</sup> Jian Yonglin, *The great ming code*, Da Ming Lü, , University of Washington Press, 2005, USA

l'homme en Corée, ils remarquent la tension entre ces droits fondamentaux et la culture confucéenne<sup>380</sup>. Il est vrai que la culture coréenne reste marquée par le confucianisme notamment la tradition de valorisation la dignité humaine<sup>381</sup>. Toutefois, sans négliger l'impact du confucianisme, il faut nuancer légèrement cette vision<sup>382</sup> notamment parce que suite à la colonisation, à la division de la Corée, à l'industrialisation, aux critiques d'auteurs coréens au XX<sup>ème</sup> siècle et à la démocratisation beaucoup de traditions confucéennes ont disparu<sup>383</sup>.

Dans le chamanisme, l'humain est conceptualisé comme un élément du cycle naturel de la vie et sa venue au monde participe au rythme de la nature<sup>384</sup>. Retirer la vie implique donc de perturber le rythme de la nature et pose des questions morales. Une importance forte est donc accordée à la vie que l'on répugne à enlever: la difficulté à appliquer les peines de mort en est une illustration. En effet, pour exécuter ses peines, la population se reposait sur des bourreaux d'origine étrangère et qui vivaient en marge de la société civile<sup>385</sup>.

Dans le christianisme adopté actuellement par la majorité de la population avec 19.7% de protestants et 7.9% de catholiques selon des chiffres de 2015, l'avortement est moralement fortement condamné<sup>386</sup>. Encore aujourd'hui, les évêques catholiques sud-coréens se prononcent systématiquement contre l'avortement et la contraception non-naturelle. En 2011, la Conférence des évêques catholiques de Corée a mis en place un « dimanche pour la vie » au mois de mai et à chaque élection présidentielle indique sa communauté de vue ou pas avec les candidats sur des questions tels que celle de l'avortement<sup>387</sup>. Par ailleurs, bien que l'espace religieux soit en théorie totalement exclu du domaine politique en Corée<sup>388</sup>, l'influence des institutions religieuses principalement protestantes et catholiques sur les organes politiques est importante et a probablement contribué à entraver la concrétisation de la décision de la Cour Constitutionnelle<sup>389</sup>.

Dans le bouddhisme, la question de l'avortement est plus délicate. Conformément à l'habitude des bouddhistes de ne pas se prononcer ouvertement sur ce type de question, les bouddhistes ne se sont pas positionnés sur l'avortement et on ne les associe généralement pas avec une vision précise de l'avortement<sup>390</sup>. Cependant, dans la mesure où la plupart de leurs croyants sont des femmes, les

---

<sup>380</sup> Choi Chong-Ko, *Law and justice in Korea, South and North*, p.385.

<sup>381</sup> Choi Dai-Kwon, *The state of fundamentals rights protection in Korea, op.cit.*, p.122.

<sup>382</sup> Choi Chong-Ko, *Law and justice in Korea, South and North*, p.385.

<sup>383</sup> Choi Dai-Kwon, *The state of fundamentals rights protection in Korea, op.cit.*, p.122.

<sup>384</sup> Hahm Pyong Choon, *Shamanism: foundation of the Korean world view, Part 1: Family and life cycle*, dans *Korean jurisprudence, politics and culture*, p.326.

<sup>385</sup> v Hahm Pyong Choon, *Shamanism: foundation of the Korean world view, Part 2: Society and social life*, dans *Korean jurisprudence, politics and culture*, p.337.

<sup>386</sup> Cawley Kevin N., *Religion in contemporary South Korea society: interactions between the past, present and future* dans Lim Sojin et Alsford Niki, *Routledge handbook of contemporary south korea*, Routledge handbooks.... p.154-155

<sup>387</sup> Missions étrangères de Paris, Dans son message de Noël, l'archevêque de Séoul appelle au « respect de la vie humaine, Eglises d'Asie - Corée du Sud, 21 décembre 2017.

<sup>388</sup> Choi Chong-Ko, *Law and justice in Korea, South and North*,

<sup>389</sup> Mara Malagodi, *New Frontiers of Gender Constitutionalism in Asia, Part 1: Sexual and Reproductive Rights, op. cit.*

<sup>390</sup> Tedesco Franc, *Abortion in Korea, op.cit.*, p.121

problématiques de ces dernières sont entrés dans la sphère religieuse. Dans le bouddhisme, le *foetus* est au premier cycle des quatre cycles *samsāra* et mettre fin à cette vie est effectivement considéré comme un acte contre la nature, indésirable moralement et ayant des effets négatifs sur la mère d'autant que la croyance veut que la vie disparaissant sans voir vu le jour soit amer et cherche à blesser les vivants<sup>391</sup>. Pourtant, dans la pratique l'avortement est généralement vu comme un acte discrétionnaire lié à l'urgence de la situation de la femme<sup>392</sup> et la condamnation morale n'est pas aussi forte que dans les autres religions sans doute grâce à la perspective de la réincarnation. Aucun rite ou pratique spécifiques n'étaient initialement prévus. Toutefois, à partir de 1985, suite à la traduction par le moine Sok Myo-gak d'un ouvrage japonais sur les esprits notamment d'enfants avortés qui envahissent les rêves de leurs parents et interfèrent ds leur vie quotidienne, une partie de la *sangha* s'intéressent à l'avortement<sup>393</sup>. A partir de ce moment, certains moines proposent des cérémonies spécialement pour les enfants dont ceux avortés, les *naktae-a-cheondojae* (낙태아천도제), tandis que la demande croit progressivement chez les femmes pour atténuer leur sentiment de culpabilité<sup>394</sup>. Finalement, à la fin des années 90, une douzaine de temples proposaient des cérémonies pr les foetus avortés<sup>395</sup> dans le but d'apaiser leur rancoeur et de faciliter la réincarnation de ces foetus<sup>396</sup>. Les enfants avortés sont aussi généralement commémorés en même temps que les *foetus* disparus suite à une fausse couche lors de l'Uranbunjae (우란분제), jour de commémoration où les familles offrent des tablettes et de la nourriture aux esprits des morts en enfer pour les consoler<sup>397</sup>.

Il apparait donc clairement, que dans les préceptes des différents éléments composant la tradition coréenne, le respect de la vie a effectivement une place particulière. Toutefois, cette image d'un droit à la vie sacré est fortement contrastée par les faits. La place spécifique historiquement et culturellement du droit à la vie n'implique pas pour autant une application stricte de ce principe moral qui se heurte souvent au réalisme et aux aléas de la vie familiale si bien que les pratiques abortives étaient en réalité communes.

### B. Une pratique abortive cachée courante

Malgré l'importance apparence d'un droit à la vie suprême dans la culture coréenne, la pratique abortive ancienne remet en perspective cette idée et révèle le décalage entre les valeurs portées et affichées par la société et la réalité de la vie des personnes qui la composent. Les études statistiques sur l'avortement donne des résultats très différents sur la prévalence de l'avortement mais depuis les années 70 des chiffres variant de quelques cent-milles à millions de cas pour des années identiques sont données<sup>398</sup>.

---

<sup>391</sup> *Eod. loc.*, p.142.

<sup>392</sup> *Eod. loc.*, p.131.

<sup>393</sup> *Eod. loc.*, p.134.

<sup>394</sup> *Eod. loc.*, p.123.

<sup>395</sup> *Eod. loc.*, p.134.

<sup>396</sup> *Eod. loc.*, p.135.

<sup>397</sup> *Eod. loc.*, p.134.

<sup>398</sup> Lee Sang-Kyung, *A comparative analysis of a pregnant woman's rights to abortion: notes on constitutional Courts' decisions of Abortion Laws in Germany and the United States, and their implications for Korean abortion laws*, op. cit., p. 79; Yang Hyun-Ah, « *Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement* », op. cit.

Dans les années 70, beaucoup n'étaient même pas au courant de l'illégalité de la procédure<sup>399</sup>. Certains auteurs voient même l'avortement dans les années 60-70 comme un marché libre plutôt qu'un marché noir<sup>400</sup>. Ces larges écarts montrent la difficulté à saisir un phénomène courant mais admis tant que passés sous silence. Certains estiment même que l'avortement en Corée serait un élément culturel<sup>401</sup>.

Paradoxalement, l'idéologie confucéenne a pu avoir un effet aussi incitateur sur l'avortement dans diverses situations. L'avortement permettait de protéger les valeurs portées par le même système: afin d'être sûr d'avoir un fils, afin de ne pas avoir un enfant en dehors du cadre familial traditionnel...<sup>402</sup>. Ces enfants nés en dehors des cadres traditionnels étaient perçus comme une menace pour la société et l'unité de la famille<sup>403</sup>. En cas de grossesse en dehors du mariage, l'avortement était aussi un moyen d'éviter la forte stigmatisation<sup>404</sup>.

Certains auteurs s'interrogent aussi sur l'intégration réelle de ces principes par la population coréenne. En soi, l'avortement ne dérangeait pas la population tolérant largement la procédure tant qu'elle restait cachée. L'Etat lui-même pendant ses politiques démographiques n'a eu aucun problème à instrumentaliser l'avortement pour réduire la population. Deux visions ont été présentées pour expliquer cette pratique abortive paradoxale: soit les sud-coréens n'auraient pas autant internalisé les principes que ce que l'on tend à avancer soit ce paradoxe se trouve au sein même du confucianisme, porteur d'injonctions contradictoires<sup>405</sup>.

L'approche du Professeur Pospisil sur la manière d'évaluer la pertinence d'une loi ancienne par la distinction entre des lois coutumière et autoritaire peut offrir un éclairage intéressant à la question de l'avortement en Corée. Selon sa théorie, la différence entre les deux lois se place au niveau de son internalisation<sup>406</sup> qui régit aussi l'obéissance des personnes. Si une loi est internalisée, celui qui la brise ressent de la culpabilité car l'internalisation crée un processus créant une pression sur la personne. En revanche, en cas d'absence d'internalisation, la loi n'est qu'un idéal peu suivi en pratique car la briser laisse la personne de marbre. La pression ressentie par la personne n'est qu'une pression externe. Herbert Kelhman a complété cette théorie en distinguant 2 états avant l'internationalisation: le respect par peur d'une sanction ou en vue d'une récompense et l'identification par peur de l'opprobre sociale<sup>407</sup>. Sous cet angle, il semble évident que les articles du Code Pénal sur l'avortement et l'interdiction de la pratique sont loin d'être internalisés et servent surtout de menace pour les femmes et d'illusion au nom d'un droit à la vie beaucoup plus relatif culturellement que dans la présentation qui en est faite.

Malgré ce paradoxe culturel qui aurait pu laissé penser que le poids de la réalité mènerait à une réforme de l'interdiction, force est de constater que cela n'a pas été le cas. En réalité, derrière les éléments culturels mitigés sur la question, la réforme de la régulation de l'avortement s'est aussi heurtée à une incapacité institutionnelle.

---

<sup>399</sup> Hong Sung-Bong et Watson Walter, *The role of induced abortion in fertility control in Korea*, op. cit., p. 115.

<sup>400</sup> *Ibid.*

<sup>401</sup> Tedesco Franc, *Abortion in Korea*, op.cit., p.131.

<sup>402</sup> *Eod. loc.*, p. 300.

<sup>403</sup> Woong Kyu Sung, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, op.cit., p. 295.

<sup>404</sup> Woong Kyu Sung, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, op.cit., p. 295.

<sup>405</sup> Woong Kyu Sung, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, op.cit., p. 296.

<sup>406</sup> Lim Ji-bong, *The Korean constitutional court, judicial activism and social change*, op.cit., p.29.

<sup>407</sup> *Eod. loc.*, p.30.

## II. L'incapacité institutionnelle à réformer les dispositions sur l'avortement

La Corée du Sud est un régime présidentiel avec un parlement monocaméral. L'Assemblée nationale compte de manière invariable 300 sièges. Deux législatures ont eu à connaître de l'avortement suite à la décision de la Cour constitutionnelle. La 20<sup>ème</sup> législature (2016-2020) était composée de 123 membres du *Democratic Party of Korea*<sup>408</sup>, 122 du *People Power Party*, 38 du *People Party*, 6 du *Justice Party* et 11 indépendants et la législature actuelle (2020-2024) est composée de 180 membres du DPK, 103 du PPP, 6 du *Justice Party*, 3 du *People Party*, 3 de l'*Open democratic* et 5 indépendants<sup>409</sup>. Ainsi, malgré la majorité écrasante du parti au pouvoir, une nouvelle législation n'a pas réussi à voir le jour. Cela interroge sur la position du pouvoir législatif que du pouvoir exécutif et la position de ces derniers sur l'avortement.

Alors que le législateur était censé mettre en place un nouveau régime juridique pour l'avortement d'ici le 31 décembre 2020, les multiples propositions et projets de loi n'ont pas réussi à passer le stade du vote à l'Assemblée Nationale pour le moment. L'initiative législative en Corée est partagée entre le gouvernement (*government bill*) et les membres de l'Assemblée Nationale (*Member bill*)<sup>410</sup>. Ces propositions sont présentées par le *speaker* à l'Assemblée Nationale, données au comité le plus approprié pour examiner et faire les modifications nécessaires avant la délibération en session plénière<sup>411</sup>. Après l'examen du Comité, le *Legislation and Judiciary Committee* en examine les aspects juridiques<sup>412</sup>. Enfin, elle est renvoyée au *speaker* et inscrite à l'agenda de la session plénière. L'adoption des lois se fait à la majorité simple de l'ensemble des sièges et du nombre des députés présents contrairement aux révisions constitutionnelles qui nécessitent une majorité qualifiée. Des amendements peuvent suivre la session plénière<sup>413</sup>. Si l'Assemblée la vote directement, elle est envoyée au gouvernement pour promulgation<sup>414</sup>. Cependant, l'activité législative de l'Assemblée nationale a toujours été très critiquée pour son manque

---

<sup>408</sup> La Corée du Sud est célèbre pour l'instabilité de ces partis politiques qui oscillent très fréquemment entre scission, accord, union, fusion... Pour simplifier notre analyse, nous utiliserons le nom des partis dominants de ces dernières années. Ainsi, le *Democratic Party of Korea*, 더불어민주당 (DPK), parti du président sortant, est un des deux principaux partis et se place plutôt au centre et centre-gauche du spectre politique. Le *People Power Party*, 국민의힘 (PPP), parti du président élu le 9 mars 2022, résulte de l'union datant de 2020 de plusieurs partis conservateurs (eux-même résultant de l'éclatement en 2016 du *Liberty Korea Party*). Il incarne donc la droite conservatrice populiste. Ces deux partis sont au centre du bipartisme sud-coréen. Il reste tout de même deux partis à mentionner pour avoir une vision relativement globale de la sphère politique de ces dernières années. Le *Justice Party*, 정의당, fondé en 2012, est le parti minoritaire située à gauche du spectre et est particulièrement reconnu pour son action en faveur des femmes et des minorités. Le *People Party* 국민의당 (1016-2018 et 2020-2022) centré autour d'Ahn Cheol-Soo, est un parti considéré comme centre ou centre-droit.

<sup>409</sup> Pour les élections législative de 2020, ces chiffres prennent en compte les députés des parties majoritaires issus des partis satellites mis en place pour contourner les effets de la réforme.

<sup>410</sup> Park Chan-Wook, *Changing patterns of lawmaking in Korea* dans, *Political Change in Korea, Insight into Korea series*, vol.3, Korea Herald, Jimoondang, Paju, 2008 p.241.

<sup>411</sup> Park Chan-Wook, *Changing patterns of lawmaking in Korea*, dans *Political Change in Korea, Insight into Korea series*, vol.3, Korea Herald, Jimoondang, Paju, 2008,, p.242.

<sup>412</sup> Park Chan-Wook, *Changing patterns of lawmaking in Korea*, dans *Political Change in Korea, Insight into Korea series*, vol.3, Korea Herald, Jimoondang, Paju, 2008, p.242.

<sup>413</sup> Park Chan-Wook, *Changing patterns of lawmaking in Korea*, dans *Political Change in Korea, Insight into Korea series*, vol.3, Korea Herald, Jimoondang, Paju, 2008, p.243.

<sup>414</sup> Park Chan-Wook, *Changing patterns of lawmaking in Korea*, dans *Political Change in Korea, Insight into Korea series*, vol.3, Korea Herald, Jimoondang, Paju, 2008, p.243.

d'efficacité et son manque de professionnalisme. Aux prises avec les conflits et les intérêts partisans, la faculté de l'Assemblée à réellement représenter les intérêts des électeurs a largement été remis en cause surtout sur des sujets sociaux ou politiques sensibles. Il semble que le projet de réforme de l'avortement soit confronté aux difficultés institutionnelles propres à l'Assemblée nationale (A) d'autant que la sensibilité du sujet s'est accentuée depuis 2019 avec un contexte socio-économique peu propice et une scission nette de la population sur les questions homme-femme instrumentalisées par la sphère politique en pleine période d'élections présidentielles (B).

#### A. Les difficultés à l'Assemblée nationale

Malgré dix propositions d'amendements de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant et les deux projets du gouvernement déposés entre le 15 avril 2019 et le 14 janvier 2021, ces derniers n'ont pas réussi à convaincre l'Assemblée pour certains ou à parvenir au stade de l'assemblée plénière pour d'autres tandis que certains sont encore en cours d'examen. Théoriquement, dans une démocratie fonctionnelle, l'Assemblée nationale devrait être le lieu d'échange des diverses opinions présentes dans la société afin de négocier avec l'autre et de persuader l'autre du bien-fondé de son point de vue jusqu'à parvenir à une solution unifiée<sup>415</sup>. Pourtant, l'Assemblée nationale se voit souvent reprocher sa difficulté à représenter le sentiment national majoritaire<sup>416</sup>. Certains auteurs l'affublent du sobriquet « 변두리에 위치한 의회 » (*byeonduri-ae wichihan uihoe*) soit littéralement une « assemblée située à la périphérie »<sup>417</sup> du fait de sa difficulté à prendre une part active dans le jeu politique. Souvent aux prises avec les désaccords du parti dominant et de l'opposition, les intérêts partisans, les intérêts locaux et les diverses idéologies présentes<sup>418</sup>, elle n'a pas réussi à s'imposer comme la représentante du peuple<sup>419</sup>. Ces accusations peuvent s'expliquer par plusieurs éléments.

Tout d'abord, à l'Assemblée nationale, les sentiments locaux sont sur-représentés<sup>420</sup> alors que suite au large mouvement d'urbanisation, la population rurale, souvent composée de personnes âgées, est devenue très minoritaire<sup>421</sup>. Cette dernière est donc très représentée alors qu'elle reste encore souvent très conservatrice et confucianiste, en décalage avec les valeurs de la population urbaine largement majoritaire<sup>422</sup>. Mais, dans des perspectives électorales de réélection, les candidats prennent soin de cet électorat important et fidèle<sup>423</sup>. Il en résulte dès lors une représentation importante de valeurs conservatrices et confucéennes qui par suite, ne favorise pas l'adoption ou la proposition de projet en faveur d'une reconnaissance de

---

<sup>415</sup> Choi Dai-Kwon, *The Rule of Law and Parliamentarism in Korea: Retrospection and Prospect* [우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망, *Uri nara bopchijuui mit uihoejuui-ui hoego-wa jeonmang*], Seoul Law Journal, vol.49, n°4, 2008, p. 233.

<sup>416</sup> Lim Ji-bong, *Judicial intervention in Policy-making by the constitutional Court in Korea*, dans Laurent Mayali et John Yoo, *Current Issues in Korean Law*, The Robbins Collection, Berkeley, 2014, p. 32.

<sup>417</sup> Choi Dai-Kwon, *The Rule of Law and Parliamentarism in Korea: Retrospection and Prospect* [우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망], *op.cit.*, p. 232.

<sup>418</sup> *Ibid.*

<sup>419</sup> *Ibid.*

<sup>420</sup> Lim Ji-bong, *Judicial intervention in Policy-making by the constitution Cour in Korea*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>421</sup> *Eod. loc.*, p. 33.

<sup>422</sup> *Ibid.*

<sup>423</sup> Lim Ji-bong, *Judicial intervention in Policy-making by the constitution Cour in Korea*, *op. cit.*, p. 33.

l'avortement. Il est aussi possible que plus généralement, l'électorat visé par les législateurs ne soient pas celui qui traditionnellement est en faveur de l'avortement. En effet, l'électorat qui se mobilise est principalement composé d'hommes, assez vieux, éduqués et plus riches que la moyenne. En conséquence, la représentation est déséquilibrée et les politiques publiques ne vont pas dans le sens d'une grande inclusion<sup>424</sup>. Après une chute de la participation aux élections législatives à 46% en 2008, la participation n'a fait qu'augmenter progressivement jusqu'à atteindre les 66.2% en avril 2020<sup>425</sup>. Toutefois, les élections locales tenues le 1<sup>er</sup> juin 2022 ainsi que les élections présidentielles de 2022 ont montré dans le premier cas une baisse importante de la participation sans doute aussi due à la proximité avec les élections présidentielles<sup>426</sup>, et dans le second un maintien avec une très légère tendance à la baisse. Les observateurs notent notamment une certaine indifférence politique de la jeunesse coréenne qui marque son grand retour après une période d'intérêt politique de ce public au milieu des années 2010. Ce retour à l'indifférence s'explique probablement par la perte d'une identité partisane pour privilégier des programmes en lien avec leurs intérêts directs<sup>427</sup> ainsi qu'un certain désabusement envers le monde politique dans un contexte socio-économique peu avantageux pour leur tranche d'âge et face à un marché du travail très compétitif<sup>428</sup>.

Ensuite, le travail de l'Assemblée nationale est souvent perturbée par la présence de minorités qui parviennent à s'imposer et à pousser les députés à l'inactivité et à l'absentéisme<sup>429</sup>. Plusieurs occurrences dans le domaine familial peuvent être évoqués: l'opposition féministe à la dépenalisation de l'adultère, l'opposition confucianiste à la suppression de la limitation du mariage en fonction du nom et des origines. Ces conflits ont d'ailleurs tous été tranchés par la Cour constitutionnelle. Il est probable que la législation sur l'avortement soit gênée par l'opposition confucéenne et religieuse. Depuis les années 90, les institutions religieuses exercent effectivement une influence non-négligeable en politique<sup>430</sup> malgré le principe de séparation de la religion et de l'Etat en Corée.

Enfin, la scène politique en Corée du sud est caractérisée par l'existence de parties politiques faibles comme en témoigne les régulières dissolutions, fusion et schismes entre les parties politiques<sup>431</sup>. Les parties ne sont en fait que les instruments des chefs de partis ayant une forte emprise régionale. Ces personnalités sont

---

<sup>424</sup> Cho Sung-Dai, *Political Apathy and electoral politics in Korea*, dans *Political Change in Korea, Insight into Korea series*, vol.3, Korea Herald, Jimoondang, Paju, 2008, p.65.

<sup>425</sup> Republic of Korea, ElectionGuide Democracy Assistance & elections news, consulté le 17 mai 2022, <https://www.electionguide.org/countries/id/114/>

<sup>426</sup> Nam Hyun-Woo, *Voter turnout hits lowest since 2002*, TheKoreaTimes, 1 juin 2022.

<sup>427</sup> *Ibid.*

<sup>428</sup> Cho Sung-Dai, *Political Apathy and electoral politics in Korea*, *op. cit.*, p.65.

<sup>429</sup> Lim Ji-bong, *Judicial intervention in Policy-making by the constitution Cour in Korea*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>430</sup> Cawley Kevin N., *Religion in contemporary South Korea society: interactions between the past, present and future* dans Lim Sojin et Alsford Niki, *Routledge handbook of contemporary south korea*, Routledge, 2021, p.155.

<sup>431</sup> Po Jen Yap, *The Constitutional Court of Korea and systemic electoral barriers* dans Po Jen Yap, *Courts and democracies in Asia*, Cambridge University Press, 2017, p.110.

souvent issues de l'élite<sup>432</sup> malgré les demandes d'inclusion ces dernières années<sup>433</sup> notamment des minorités sexuelles et des femmes. Les partis construits autour d'une personnalité politique forte, fonctionnent sur un principe hiérarchique fort si bien que généralement dans les votes, tous suivent la ligne du parti sous peine de sanctions interne<sup>434</sup>. Dès lors, ils représentent plus souvent les intérêts de leurs partis que la variété des opinions présentes dans la société<sup>435,436</sup>. Cette situation renforce naturellement le clivage entre les deux partis majeurs<sup>437</sup> menant à une certaine paralysie de l'Assemblée en désaccord systématique parfois assez violemment sur les éléments principaux de l'agenda politique menant à l'obstruction de sa mise en place ayant pour conséquence une importante perte de temps<sup>438</sup>. Cet état de fait politique tend à étouffer les voix de la société civile sur les questions sociales progressistes si bien que la Cour constitutionnelle est devenu le transmetteur de ses revendications. En réponse à ces difficultés, une réforme visant à passer d'un système de représentation proportionnelle mixte sans compensation à un système avec compensation a été introduite pour les élections législatives de 2020. Le but était de promouvoir les partis minoritaires et d'augmenter les intérêts représentés à l'Assemblée<sup>439</sup> dans un système bipartite<sup>440</sup>. Cette réforme a cependant été travestie par les partis majoritaires qui ont créé des parties satellites pour gagner les places initialement pensées pour les partis minoritaires<sup>441,442</sup> ne permettant pas un rééquilibrage dans la représentation.

La conjugaison de ces éléments mènent l'assemblée dans des impasses<sup>443</sup> si bien qu'elle se voit souvent reprocher son manque d'efficacité et n'a finalement pas réussi à acquérir la confiance du peuple<sup>444</sup>. Ce manque de confiance de la population est la conséquence de cette impression que les députés sont des

---

<sup>432</sup> Il est possible de relever certaines exceptions comme Lee Jae-myung, candidat à la présidentielle du DPK qui a largement mis en valeur son origine modeste.

<sup>433</sup> Kim Young-Mi, *Evolution of political parties and the party system in South Korea* dans Lim Sojin et Alsford Niki, Routledge handbook of contemporary South Korea, Routledge, 2021, p.69.

<sup>434</sup> Yoon Jong-Bin, *Causes and consequences of deadlock in the Assembly*, dans Political Change in Korea, Insight into Korea series, vol.3, Korea Herald, Jimoondang, Paju, 2008, p.261.

<sup>435</sup> Choi Dai-Kwon, *The state of fundamentals rights protection in Korea*, *op.cit.*, p.117.

<sup>436</sup> Cela peut mener à une rivalité entre les intérêts partisans et les intérêts locaux défendus par le député qui pense à sa réélection mais les députés parviennent généralement à naviguer entre les deux.

<sup>437</sup> Choi Dai-Kwon, *The state of fundamentals rights protection in Korea*, *op.cit.*, p.117.

<sup>438</sup> *Eod. loc.*, p.118.

<sup>439</sup> Mosler Hannes, *Political structure changes since 1948*, dans Lim Sojin et Alsford Niki, Routledge handbook of contemporary south korea, Routledge, 2021, p.59.

<sup>440</sup> Kim Young-Mi, *Evolution of political parties and the party system in South Korea*, *op. cit.*, p.75

<sup>441</sup> Mosler Hannes, *Political structure changes since 1948*, *op. cit.*, p.59.

<sup>442</sup> Kim Young-Mi, *Evolution of political parties and the party system in South Korea*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>443</sup> Yoon Jong-Bin, *Causes and consequences of deadlock in the Assembly*, *op. cit.*, p.258.

<sup>444</sup> Choi Dai-Kwon, *The state of fundamentals rights protection in Korea*, *op.cit.*, p.116.

partisans plutôt que des législateurs<sup>445</sup>. Ces éléments entraînent une paralysie parlementaire que contourne le peuple soit par des manifestations directes ou par la voie constitutionnelle<sup>446</sup>.

La méfiance du peuple est aussi accentuée par le manque de transparence de l'institution. Une pratique de négociations en dehors de l'hémicycle s'est développée si bien que les assemblées plénières publiques, loin d'être l'occasion de négociations est plutôt une scène permettant d'afficher les désaccords ou de voter des éléments préalablement négociés<sup>447</sup>. Le *vote-trading* entre partis de la même veine politique s'est aussi développé depuis un peu moins d'une dizaine d'années<sup>448</sup>. Dès lors, cela ne convainc pas le peuple qui ne voit que des lois résultant de négociations partisans en dehors des radars de la transparence démocratique<sup>449</sup>.

Enfin, il est possible que la démographie présente à l'Assemblée ne favorise pas des réformes sur l'avortement dans la mesure où la sphère politique est encore largement d'hommes de l'élite de la cinquantaine alors que les jeunes politiciens et les femmes ont du mal à s'imposer.

Ainsi, il apparaît que les différences de forces présentes à l'Assemblée nationale conjuguées aux dysfonctionnements systémiques de l'institution rendent difficile une réforme de la législation de l'avortement par l'initiative législative. Toutefois, il est assez probable qu'une initiative gouvernementale sur la question permettrait à l'Assemblée nationale d'accepter le texte. Cependant, le contexte politique semble peu propice à une initiative gouvernementale prochaine ou alors par une réforme plutôt timide.

#### B. Un contexte politique peu propice au réveil de l'exécutif

La décision de la Cour a été prise en Avril 2019. A partir de février 2020, l'arrivée du COVID ainsi que les urgences législatives de l'année 2020 ont rapidement conduit à la mise de côté de l'avortement malgré quelques propositions législatives. A la fin de l'année 2021, les élections présidentielles ont occupé tous les esprits et ont justement mis en avant des éléments sociaux inquiétants pour les perspectives de réforme de la législation sur l'avortement conduisant à un certain pessimisme sur les possibilités d'une réforme et si elle devait être conduite, sur son ampleur.

Dans un premier temps, il est intéressant de noter que malgré une majorité à l'Assemblée nationale, le gouvernement de Moon Jae-in n'a pas brillé par sa volonté de réformer le régime juridique de l'avortement<sup>450</sup>. Depuis la réponse à la pétition de 2017, le gouvernement rappelle la sensibilité de la question et la nécessité de mener de larges enquêtes pour dégager un réel consensus sur le sujet<sup>451</sup>. Cette justification, sage en soi, passe tout de fois mal l'épreuve du temps. De même, lors des débats devant la Cour constitutionnelle, les ministères avaient donné des avis différents à la cour, le ministère de la justice soutenant la constitutionnalité des articles du code pénal tandis que le Ministère de la famille et des

---

<sup>445</sup> Choi Dai-Kwon, *The Rule of Law and Parliamentarism in Korea: Retrospection and Prospect* [우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망], *op.cit.*, p. 235.

<sup>446</sup> *Eod. loc.*, p. 237.

<sup>447</sup> *Eod. loc.*, p. 235.

<sup>448</sup> Lim Ji-bong, *Judicial intervention in Policy-making by the constitution Court in Korea*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>449</sup> Choi Dai-Kwon, *The Rule of Law and Parliamentarism in Korea: Retrospection and Prospect* [우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망], *op.cit.*, p. 234.

<sup>450</sup> Tizzard David A., *Korean civilization: Birth and death*, TheKoreaTimes, 15 janvier 2022.

<sup>451</sup> Missions étrangères de Paris, Dans son message de Noël, l'archevêque de Séoul appelle au « respect de la vie humaine, Eglises d'Asie - Corée du Sud, 21 décembre 2017.

femmes défendait la suppression de ces articles<sup>452</sup>. Les croyances catholiques du président expliquent peut être ce recul étonnant pour un président ancien avocat des droits de l'homme au mandat particulièrement tourné vers le droit des femmes et l'égalité entre les sexes. Peut-être des préoccupations plus politiques liées à des considérations semblables à celles envisagées à l'Assemblée nationale ont aussi influencé la politique gouvernementale. Finalement, un premier projet de loi enfin annoncé par le gouvernement le 7 octobre 2020 sur le site du ministère de la Justice<sup>453</sup> et déposé par le gouvernement en deux projets distincts à l'Assemblée nationale reste très frileux. En effet, alors que le premier projet déposé le 18 novembre 2020 uniquement relatif à la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant<sup>454</sup> propose des éléments intéressants que nous aborderons un peu peu tard, le second projet relatif au Code pénal déposé le 25 novembre 2020 se montre assez sévère en ce qu'il maintient la pénalisation de l'avortement même s'il élargit les conditions pour avorter et instaure conformément aux recommandations de la Cour constitutionnelle une sévérité graduelle en fonction du trimestre de grossesse<sup>455</sup>. Ainsi, le premier gouvernement confronté à la question s'en tire avec un bilan plutôt décevant. Toutefois, le dépôt du projet a entraîné un réveil de certains législateurs si bien que plusieurs propositions intéressantes ont été déposés par la suite bien que depuis, un état de stagnation prévaut.

Il ne semble cependant pas que la situation ira en s'améliorant avec le nouveau gouvernement. La fin de l'année 2021 et le début de l'année 2022 a été agité par les élections présidentielles en Corée. Ces élections ont fait apparaître au grand jour la profonde rupture dans la jeunesse sud-coréenne sur les questions d'égalité sexuelle qui a largement été instrumentalisée et polarisée par les candidats aux élections. Cet enjeu sur les rapports hommes-femmes est visible lors de la comparaison entre les élections présidentielles de 2017 et celles de 2022. Alors que Moon Jae-In, le président sortant s'identifiait comme « féministe » en 2017, les deux candidats majeurs des élections de 2022 ont largement évité ce qualificatif. Le nouveau président Yoon Suk-Yeol a même été jusqu'à se qualifier d'anti-féministe tandis que Lee Jae-Myung adoptait une position intermédiaire en estimant qu'aucun des deux sexes ne devaient subir des discriminations. L'élection finalement le 9 mars de l'ancien Procureur général Yoon Suk-yeol, conservateur, investi le 10 mai inquiète beaucoup les mouvements féministes au regard des commentaires défavorables sur le féminisme qui ont ponctué sa campagne. En réalité, ces dernières années ont été marquées par le retour au conservatisme des jeunes sud-coréens<sup>456</sup> alors que les jeunes femmes ont eu tendance à rallier les mouvements libéraux. Le développement du mouvement anti-féministes comme les *Idaenam* ou le groupe *Man on Solidarity* principalement composés d'hommes dans la vingtaine est analysé comme une réaction des jeunes hommes face au contexte très compétitif du marché de l'emploi en Corée. Ils voient les femmes comme des compétitrices redoutables aidées par des politiques discriminatoires allant à leur rencontre d'autant qu'eux-même sont desservis par un service militaire obligatoire de 2 ans à exécuter avant leur 30

---

<sup>452</sup> Mosler Hannes B., *The Constitutional Court as a facilitator of fundamental rights claiming in South Korea, 1988-2018, op.cit.*, p. 142.

<sup>453</sup> Ministère de la Justice, Ministère de la santé et des affaires sociales, Ministère de la sécurité des aliments et des médicaments, Secrétariat des politiques sociales du cabinet du Premier ministre, Communiqué de presse, 7 octobre 2020, site du Ministère de la justice, [https://viewer.moj.go.kr/result/bbs/182/temp\\_1602030051094100.view.xhtml](https://viewer.moj.go.kr/result/bbs/182/temp_1602030051094100.view.xhtml).

<sup>454</sup> Projet de loi n°5459 du 18 novembre 2020, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

<sup>455</sup> Projet de loi n°5733 du 25 novembre 2020, 형법 일부개정법률안 [*hyeongbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel du Code pénal.

<sup>456</sup> Yoon Jin-Shin, *Gender and Constitutional Rights Review: South Korea's Dynamic Development*, présentation powerpoint Seoul National University, Janvier 2019, slide 8.

ans<sup>457</sup>. Ils ont l'impression de porter la responsabilité des discriminations antérieures perpétrées contre les femmes sans y avoir contribué<sup>458</sup>. Ne partageant *a priori* pas une ligne commune claire sur l'avortement, certains estiment cependant que les soutiens de l'avortement sont des « *destroyers of family* »<sup>459</sup>. Ce mouvement anti-féministe relativement important profite d'une grande publicité en ligne et semble inférer progressivement dans les programmes politiques<sup>460</sup>, preuve en est des manoeuvres de séduction de certains candidats<sup>461</sup>. Ainsi, la proposition de suppression du Ministère de la famille et des femmes par le Président actuel<sup>462</sup> a rallié à sa cause une partie de ces hommes tout comme son affirmation estimant qu'il n'existait pas de discrimination systémique fondée sur le sexe en Corée<sup>463</sup>, propos sur lequel il est revenu depuis suite à un changement d'opinion récent<sup>464</sup>.

Au regard de ce contexte politique, il est peu probable que la situation de l'avortement s'améliore rapidement. Depuis peu, l'avortement a justement été lié aux revendications féministes. C'est aussi dans cette dynamique que la Cour a rendu sa décision en 2019. Il apparaît maintenant de manière étonnante qu'une telle approche de la question pourrait en réalité la desservir dans les temps à venir au regard du contexte politique actuel. Le personnel politique a peur de perdre le soutien des organisations religieuses et le nouveau clivage homme-femme fait déjà craindre aux politiciens se caractérisant comme féministes de perdre leur carrière politique sur ce motif<sup>465</sup>. Dès lors, il est difficile de trouver dans les deux partis majoritaires en Corée, des personnes ayant la volonté et le courage de porter une réforme sur l'avortement.

Toutefois, l'image du nouveau président reste encore assez trouble et certains remarquent que cet ancien procureur spécialisé dans la corruption et la criminalité financière entré en politique l'an dernier était surtout ignorant et indifférent aux questions de genre plus que foncièrement anti-féministe<sup>466</sup>. Lors de la campagne, sa réponse à un questionnaire aux représentants de l'Église catholique sud-coréens a permis de connaître sa position sur l'avortement. Mettant l'accent sur l'importance de la vie et les problèmes démographiques actuels en Corée, il concède toutefois que l'atmosphère actuel est à la reconnaissance des

---

<sup>457</sup> Choe Sang-Hun, *The New Political Cry in South Korea: 'Out With Man Haters'*, TheNewYorkTimes, 1 janvier 2022.

<sup>458</sup> *Ibid.*

<sup>459</sup> *Ibid.*

<sup>460</sup> *Ibid.*

<sup>461</sup> Bien que ces questions de genre aient animé la campagne et qu'elles en aient effectivement été un enjeu, les sondages tendent tout de même à montrer qu'avant les questions de genre, ce sont surtout les programmes économiques qui ont guidé le choix des électeurs. Gunia Amy, *How South Korea's Yoon Suk-yeol Capitalized on Anti-Feminist Backlash to Win the Presidency*, Time, 10 mars 2022, <https://time.com/6156537/south-korea-president-yoon-suk-yeol-sexism/>

<sup>462</sup> Choe Sang-Hun, *The New Political Cry in South Korea: 'Out With Man Haters'*, *op. cit.*

<sup>463</sup> Gunia Amy, *How South Korea's Yoon Suk-yeol Capitalized on Anti-Feminist Backlash to Win the Presidency*, Time, 10 mars 2022.

<sup>464</sup> Kang Hyun-kyung, *President Yoon says he's late learner on gender equality*, TheKoreaTimes, 30 mai 2022.

<sup>465</sup> Gunia Amy, *How South Korea's Yoon Suk-yeol Capitalized on Anti-Feminist Backlash to Win the Presidency*, *op. cit.*

<sup>466</sup> Kang Hyun-kyung, *President Yoon says he's late learner on gender equality*, *op. cit.*

droits de la femme dans le domaine et qu'il est normal de respecter le droit à l'auto-détermination de la femme dans des cas inévitables<sup>467</sup>. Ainsi, sa position reste assez conservatrice.

Au regard de ce contexte politique tendu, il est peu probable que la situation de l'avortement s'améliore rapidement. Depuis peu, l'avortement a justement été lié aux revendications féministes. C'est aussi dans cette dynamique que la Cour a rendu sa décision en 2019. Il apparaît maintenant de manière étonnante qu'une telle approche de la question pourrait en réalité la desservir dans les temps à venir au regard du contexte politique actuel. Le personnel politique a peur de perdre le soutien des organisations religieuses et le nouveau clivage homme-femme fait déjà craindre aux politiciens se caractérisant comme féministes de perdre leur carrière politique sur ce motif<sup>468</sup>. Dès lors, il est difficile de trouver dans les deux partis majoritaires en Coréen, des personnes ayant la volonté et le courage de porter une réforme sur l'avortement.

## Chapitre 2: Des perspectives de législations possibles

Comme expliqué précédemment, les bastions mentaux, les difficultés législatives et l'inertie de l'exécutif dans un contexte particulier ont eu pour conséquence de laisser un grand flou sur le cadre de l'avortement pour le moment. Le côté positif est la grande liberté et les nombreuses perspectives que laissent cette indécision pour le moment dans l'élaboration de ce nouveau cadre. Il est aussi important de relever que presque tous les pays dans le monde ont une législation ou une politique claire sur l'avortement. Même le Canada, célèbre pour son absence de réglementation propre à l'avortement, encadre légèrement ce dernier par la Loi canadienne sur la santé et divers règlements<sup>469</sup>. Dès lors, il semble très peu probable que la situation reste aussi floue dans les années à venir et que la Corée suive l'exemple du Canada. Tout d'abord, malgré les difficultés de consensus à l'Assemblée et dans la société, aussi bien les chercheurs en droit que l'Assemblée ont mené de grandes études comparées pour étudier les différentes options existantes sur l'encadrement de l'avortement, prouvant leur volonté de parvenir à une régulation. La plupart des pays sont parvenus à mettre en place une diversité de réglementations adaptés à leurs spécificités culturelles et politiques. Ainsi, même s'il est possible de reconnaître quelques modèles principaux dans la réglementation de l'avortement, chaque régime montre d'importantes subtilités<sup>470</sup>. Au regard de l'importance des spécificités sociales, culturelles, économiques et politiques de chaque pays, il est nécessaire de trouver la formule la plus adaptée pour la Corée afin de parvenir à une politique efficace<sup>471</sup>. Ainsi, il est possible de s'interroger sur les différentes perspectives qui s'offrent actuellement au législateur sud-coréen dans la régulation de l'avortement au regard des spécificités du pays (I) notamment à partir des indices données par les projets et propositions de loi. En effet, les modalités d'encadrement de ce droit seront par définition le reflet de la place et de la vision de l'avortement ou en tout cas de celles que l'on souhaite lui donner. De même, elles conditionneront son effectivité. Au delà de la mise en place d'un nouveau régime juridique propre à l'avortement, la volonté de réduction de l'avortement implique aussi la mise en place d'un environnement permettant de l'éviter naturellement. De nouvelles politiques publiques

---

<sup>467</sup> Yang Jeong-Woo, 주교회의 "이재명·윤석열·심상정 낙태 관련 입장 교회와 반대" » [Lee Jae-Myung, Yoon Suk-Yeol, Sim Sang-Jung naktae gwanyeon ibjang gyohoe-wa bandae], Points de vue de Lee Jae-Myung, Yoon Suk-Yeol, Sim Sang-Jung sur l'avortement contraire à l'Eglise, Yonhap News.

<sup>468</sup> Gunia Amy, How South Korea's Yoon Suk-yeol Capitalized on Anti-Feminist Backlash to Win the Presidency, *op. cit.*

<sup>469</sup>Trépanier Antoine, Les libéraux pourraient légiférer sur l'avortement au Canada, 4 mai 2022, leDroit.

<sup>470</sup> Koch Hans-Georg, « *Réflexions sur la situation de l'avortement dans une optique juridique comparative* » dans *Déviance et société*, vol. 14, n°4, 1990, p. 438.

<sup>471</sup> *Eod. loc.*, p. 442.

plus larges influençant indirectement le taux d'avortement sont donc aussi nécessaires. Cette idée suit non seulement le sens des opinions concurrentes et dissidentes de la Cour mais aussi le discours de justice reproductive des associations auquel le gouvernement est par ailleurs assez sensible généralement hors de la question de l'avortement. L'opinion dissidente avait même estimé qu'il était possible de réunir le droit à la vie du fœtus et le droit à l'auto-détermination de la mère<sup>472</sup> par l'aménagement d'un environnement favorable à la maternité et à la prise de responsabilité du père dans ce domaine<sup>473</sup> reflétant l'importance de ces politiques périphériques. De nombreuses mesures et réformes prennent donc aussi forme dans des domaines voisins de l'avortement (II).

### I. Les mesures législatives propres à l'avortement

Dans la mise en place d'un nouveau régime juridique de l'avortement, plusieurs questions se posent ainsi au pouvoir législateur. Tout d'abord, le cadre de la réforme est une question non-négligeable (A): s'agit-il de simplement amender le *Child and Mother Act* c'est-à-dire de conserver l'interdiction de principe tout en libéralisant largement l'accès légal à l'avortement par un assouplissement des conditions, d'amender le code pénal ou d'en supprimer les dispositions? Est-il préférable de totalement modifier l'approche et de prévoir un tout nouveau cadre? Une fois le cadre défini, le législateur aura à se prononcer sur les multiples difficultés substantielles posées par la reconnaissance de l'avortement (B): *quid* de la responsabilité et de la place des médecins? De l'autorisation des parents et/ou conjoints préalablement à l'intervention? De consultation obligatoire avant l'intervention? Ces points ont été abordés dans les différentes propositions des députés à partir desquelles il est possible de dégager de grandes lignes.

#### A. Le choix du cadre de la réforme

Le choix du cadre de l'avortement est une question importante dans la mesure où il est le reflet de la vision sociale portée sur l'avortement et contribue en ce sens à encourager ou à s'affranchir des stigmates entourant l'avortement. Une étude des différents cadres proposés à l'étranger mène à l'identification de plusieurs modèles théoriques d'encadrement de l'avortement<sup>474</sup>. Parmi les modèles d'interdiction, les modèles d'interdiction strictes, assez rares, n'aménagent aucune exception tandis que les modèles d'interdiction souples conserve un principe d'interdiction assoupli par des exceptions interprétées plus ou moins largement en fonction des pays. Les modèles d'autorisation de l'avortement par principe autorisent l'avortement mais posent des limitations temporelles ou/et matérielles à cette autorisation qui peuvent être très variables. Ces limitations peuvent se concrétiser par des obligations de consultations ou un régime juridique évolutif au cours de la grossesse pouvant être très libéral ou exigeant. Tous ces modèles peuvent prévoir des sanctions pénales associées au principe d'interdiction dans le premier modèle ou en cas d'irrespect des limites posées à l'interdiction dans le second modèle comme le fait la Suède. Les différents projets et propositions soumis jusqu'alors oscillent entre régime d'autorisation et d'interdiction plus ou moins ouverts ainsi que sur la pénalisation. Le bilan de l'étude de ces projets montre qu'en général, la pénalisation est systématique dans les modèles d'interdiction si bien que les propositions consistent surtout à amender le Code Pénal, sauf dans un cas où la député a maintenu un cadre d'interdiction de l'avortement

---

<sup>472</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion*, *op.cit.*, p. 60.

<sup>473</sup> *Ibid.*

<sup>474</sup> Koch Hans-Georg, « *Réflexions sur la situation de l'avortement dans une optique juridique comparative* », *op. cit.* p. 441.

tout en dépénalisant<sup>475</sup>. Les régimes d'autorisation proposés, quant à eux, dépénalisent systématiquement l'avortement et se contentent dès lors d'amender la loi sur la santé de la mère et de l'enfant. Ainsi, Dans un premier temps, il s'agira d'évaluer les propositions de réforme du Code pénal et les conséquences d'un régime d'interdiction pénalisant l'avortement(1) avant d'évaluer les régimes d'autorisation limitée proposées sur le fondement de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant (2).

### 1. Interdiction de principe et pénalisation: une réforme par le Code pénal

Le projet du gouvernement tout comme les propositions du 13 novembre 2020 et du 1er décembre 2020 conservent le principe d'interdiction présent dans le Code Pénal et ajoutent à la suite des articles actuels des dispositions posant des conditions d'exclusion de l'illicéité ou des autorisations limitées plus ou moins ouvertes. Les exceptions autrefois présentes dans la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant sont généralement toutes reprises dans le Code pénal sauf les motifs liés à la santé du fœtus qui sont en réalité tout de même compris dans la mesure où toutes les propositions intègrent aussi une exception fondée sur les conditions socio-économiques de la femme selon son propre point de vue. Deux d'entre elles prévoient aussi une période pendant laquelle la femme n'a pas à justifier son choix (14 semaines pour le projet du gouvernement et 6 semaines pour la proposition du 13 novembre).

Le choix d'un régime pénal interdiction/exceptions pose plusieurs difficultés. En général, la conservation de sanctions pénales est décriée par les organisations internationales qui y voient une nouvelle pression sur les épaules des femmes et des praticiens<sup>476,477</sup> ainsi qu'une possible menace de précarisation de l'avortement pour des cas ambigus ou si les aménagements législatifs sont trop restrictifs ou inadaptées au regard des besoins réels d'avortement dans le pays. Dans son rapport de 2018 sur la Corée, le Comité de la convention pour l'élimination des discriminations contre les femmes après avoir manifesté son inquiétude au regard de la pénalisation et du durcissement des sanctions préconisait déjà une dépénalisation dans tous les cas à défaut d'une autorisation<sup>478</sup>. La commission nationale des droits de l'homme en Corée en réaction au projet du gouvernement a relevé que la pénalisation de l'avortement par définition risquait non seulement de violer les droits fondamentaux des femmes mais aussi n'était pas conforme avec les évolutions récentes internationales en la matière<sup>479</sup>. La pénalisation donne potentiellement un pouvoir au compagnon ou à l'ex compagnon malveillant qui peut utiliser ce pouvoir de dénonciation pour conserver une emprise sur la femme ou pour obtenir ce qu'il souhaite dans une procédure de divorce par exemple<sup>480</sup>. Cette critique de la pénalisation s'articule aussi autour de l'image négative qu'un tel régime véhicule sur l'avortement<sup>481</sup>. En effet, la pénalisation de l'intervention encourage

---

<sup>475</sup> Proposition de Loi n°829 du 15 avril 2019, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

<sup>476</sup> Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°36 sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant le droit à la vie, p. 2.

<sup>477</sup> Commission nationale des droits de l'homme, « Abortion should not be a crime », says NHRCK in its opinion to speaker of National Assembly, *op. cit.*, Communiqué de presse, 4 février 2021.

<sup>478</sup> Comité sur l'élimination des discriminations contre les femmes, Concluding observations on the eighth periodic report of the Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/CO/8, 14 March 2018, p. 12.

<sup>479</sup> National Human Rights Commission of Korea, Annual Report 2020, p. 50.

<sup>480</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion*, *op.cit.*, p. 23.

<sup>481</sup> National Human Rights Commission of Korea, Annual Report 2020, p. 50.

aussi sa stigmatisation puisque l'avortement est toujours conçu comme un acte répréhensible pratiqué uniquement dans certaines conditions et toujours dans une idée de nécessité. La pénalisation de l'avortement ne permet donc pas une réelle consécration ni du droit à l'auto-détermination des femmes ni de leurs droits reproductifs<sup>482</sup>. Une proposition d'interdiction sans pénalisation a aussi été faite<sup>483</sup> mais a été enterrée depuis suite à la fin de la législature pendant laquelle elle avait été proposée. Dans cette proposition, le code pénal était vidé des articles relatifs à l'avortement tandis que le régime était concentré dans la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant avec un principe d'interdiction à l'article 13 suivi à l'article 14 des situations dans lesquelles l'interruption de grossesse pouvait avoir lieu. Cette proposition faite quelques jours après le rendu de la décision de la Cour constitutionnelle avait été vivement critiquée par les soutiens de l'avortement rejetant un principe d'interdiction.

Un second trait de ces projets doit être relevé. L'ajout des conditions socio-économiques voire même d'autres conditions sont accompagnées d'une obligation de consultation et d'attente d'un laps de temps entre la consultation et l'intervention<sup>484</sup> tout comme cela est aussi prévue dans la législation allemande. La mention de ces consultations dans le Code pénal renvoie à la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant qui devrait contenir tous les éléments concernant ces consultations aussi bien dans leurs modalités que dans leur contenu. Cet accent sur l'accès à l'information correspond à la dynamique de l'auto-détermination et de la volonté de permettre à toutes de faire un choix éclairé en recevant toutes les informations utiles. Toutefois, il faut faire attention à la potentielle instrumentalisation de ces consultations et au rallongement des délais.

Ce mode de réforme, soutenu par le gouvernement, reste donc dans un cadre très similaire au cadre initial à la différence qu'il réunit le régime juridique dans le Code pénal tout en libéralisant l'avortement avec l'ouverture de plus d'hypothèses le permettant. Il pose différentes conditions temporelles et substantielles pour ouvrir l'avortement tout en conservant un certain contrôle sur sa pratique. Si ce modèle devait être accepté, il serait alors nécessaire d'étudier par la suite l'interprétation qu'il sera fait des différentes autorisations et conditions qui les accompagnent.

## 2. Le choix de la légalisation: une concentration du régime dans la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant

Les propositions du 12 octobre 2020, du 5 novembre 2020, du 27 novembre 2020 et du 14 janvier 2021 ont pris le parti d'une légalisation de l'avortement dont le régime est concentré dans la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant. On peut noter qu'aucune n'a cherché à proposer un nouveau cadre pour l'avortement, une nouvelle loi alors que faire le choix de repartir sur une feuille blanche peut ouvrir des perspectives et permettre une réflexion plus globale et plus libre sur la question. Toutes les propositions de loi ont préféré se concentrer sur l'amendement d'un texte pré-existant. Ce choix est aussi compréhensible au regard des autres articles de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant qui comprend de nombreuses dispositions sur la grossesse et la période post-partum et s'inscrit dans une volonté de soutenir la maternité sur divers terrains. L'adoption de la loi sur la santé de la Mère et de l'enfant en 1973 avait vocation à

---

<sup>482</sup> Commission nationale des droits de l'homme, « Abortion should not be a crime », says NHRCK in its opinion to speaker of National Assembly, Communiqué de presse, 4 février 2021.

<sup>483</sup> Proposition de Loi n°829 du 15 avril 2019, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

<sup>484</sup> Projet de loi n°5733 du 25 novembre 2020, 형법 일부개정법률안 [*hyeongbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Projet d'amendement partiel du Code pénal.

améliorer les services pour les femmes enceintes, les soins postnataux et les soins pour les bébés<sup>485</sup>. Dès lors, conserver ce cadre pour le régime juridique de l'avortement tout en prévoyant des mesures d'accompagnement et d'informations semble cohérent.

L'approche empruntée par ces propositions consiste à autoriser totalement l'avortement en ne posant aucune limite mise à part évidemment le consentement de la femme et en encourageant simplement les femmes à la prise d'informations pour prendre la décision la meilleure pour chacune<sup>486</sup>. Ces propositions reconnaissent aussi souvent explicitement dans le texte le droit à l'auto-détermination de la femme en ce qui concerne sa grossesse. La radicalité de ces propositions rendent peu réalistes leur adoption au regard des clivages précédemment envisagés. Ces propositions semblent donc trop irréalistes d'autant qu'il est largement possible de mettre en place des modèles d'autorisation tout en posant des limites, inévitables pour parvenir à un consensus. Peut-être ces propositions résultent plus de positions militantes que d'une réelle proposition sur l'encadrement de l'avortement en lui-même surtout en réponse au projet du gouvernement rendu public le 7 octobre 2020.

La proposition du 14 janvier 2021 attire toutefois aussi notre attention en ce qu'elle est l'exemple parfait que la dépénalisation et un régime d'autorisation ne conduisent pas nécessairement à un accès plus important à l'avortement. Ce texte est aussi le seul proposé après l'abrogation *de facto* des articles du Code pénal. En effet, alors qu'elle autorise l'avortement et ne demande que le consentement de la femme pour pouvoir avorter, il est toutefois notable que cet avortement ne sera possible que dans les cas identiques à ceux préalablement présents à l'article 14 comme elle ne modifie pas cette partie de l'article qui fixe l'« étendue de l'autorisation ». Dès lors, même les conditions socio-économiques n'entrent pas dans les hypothèses justifiant un avortement si bien que sur les conditions d'accès, cette proposition est plus rétrograde que les propositions et projets pénalisant l'avortement.

Le législateur dans ses propositions n'e s'est pas contenté de réfléchir au cadre du nouveau régime sur l'avortement mais a aussi proposé diverses dispositions prévoyant des éléments concrets liées à l'intervention.

## B. Les perspectives substantielles de la réforme

Les réflexions des législateurs se sont organisés autour des conditions générales encadrant l'avortement (1) ainsi que sur les mesures nécessaires pour en garantir un accès effectif (2).

### 1. Les réflexions sur l'encadrement

Outre les différences d'opinion sur la forme que doit prendre la réforme, sa substance aussi varie de manière importante entre les propositions mais aussi dans les débats publics et les publications des différentes sphères de la société. Cette contribution n'a pas pour but de mener des études précises et des évaluations qualitatives de tous ces points mais simplement de soulever les points les plus discutés et visibles ainsi que les tendances dans ce débat. Nous nous concentrerons donc sur les conditions permettant l'avortement, l'aménagement d'une clause de conscience pour le médecin, l'obligation de la prise d'informations et de consultations préalables, l'identification des personnes ayant à consentir à

---

<sup>485</sup> Rapport de la Corée du Sud au comité sur l'élimination de la discrimination contre les femmes, CEDAW/C/5/Add.35 11 April 1986, p.15.

<sup>486</sup> Proposition de Loi n°4983 du 5 novembre 2020, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant; Proposition de Loi n°5854 du 27 novembre 2020, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

l'avortement ainsi que sur le statut des établissements dans lesquels l'avortement peut être effectué. Préalablement, nous noterons que tous les textes s'accordent sur l'élargissement du vocable utilisé si bien qu'ils ne visent plus l'interruption de grossesse par opération mais comprennent les interruptions de grossesses aussi bien opératoires que médicamenteuses.

Sur les situations permettant l'avortement, une tendance d'autorisation totale sans restriction est visible chez certains, elle reste trop absolue pour permettre un consensus. En revanche, la possibilité d'un avortement pour des raisons socio-économiques a totalement été acceptée dans la veine de la décision de 2019. Elle est systématiquement ajoutée à toutes les propositions même les moins réformatrices et rejoint les anciennes conditions sur le viol, le quasi-viol, l'inceste et la mise en danger de la vie ou de la santé de la mère. On aurait pu craindre que cette hypothèse socio-économique soit restreinte en fonction de la personne ayant à évaluer la raison économique et/ou sociale avancée par la femme mais, il ne semble pas que le sujet fasse débat en Corée. La femme concernée est la seule à même de se prononcer sur l'existence de ces raisons ne lui permettant pas d'aller au bout de sa grossesse. La seule subtilité entre tous les avis donnés est la nécessité d'être certains que le choix de la femme soit fait de manière informée si bien que de nombreuses propositions mettent en place des systèmes d'information, des centres spécialisés, des lignes téléphoniques, des obligations ou des options de consultation avec une liste d'informations parfois très précises à donner.

L'adoption d'une clause de conscience permettant aux médecins de refuser d'effectuer un avortement semble aussi faire largement consensus malgré la nouveauté de ce concept pour le corps médical. En effet, l'article 15 de la Loi sur les services médicaux dispose à son premier alinéa que « *Medical personnel or the founder of a medical institution shall not, upon receiving a request for medical treatment or assistance in childbirth, refuse such request without good causes* »<sup>487</sup> sous peines de sanctions pénales et comprend donc l'avortement comme le terme « *childbirth* » est interprété largement. Le ministère de la santé et des affaires sociales avait précédemment affirmé que « *good causes* » ne comprenait pas une clause de conscience mais ne permet que d'invoquer des circonstances où le traitement risquerait de blesser le patient à cause du manque d'installations adéquates, d'une maladie du médecin...<sup>488</sup> L'idée de la conscience dans le domaine médical n'est présente qu'à l'article 6 de la Loi cadre sur les services médicaux et la santé<sup>489</sup> pour le choix des traitements et techniques utilisés<sup>490</sup>. Les implications morales de l'avortement sont cependant trop fortes pour ne pas aménager cette possibilité d'autant qu'il s'agirait aussi de ne pas faire une croix des anciens et potentiels gynécologues-obstétriciens pour ses raisons morales alors que les spécialistes manquent clairement dans ce domaine<sup>491</sup>. De plus, l'organisation du système médical en Corée devrait permettre d'éviter un problème de refus des massifs des médecins comme toutes les institutions médicales et les informations spécifiques les concernant sont répertoriées sur les sites des organisations gouvernementales et qu'il serait dès lors possible d'y donner des informations sur la disponibilité de l'avortement<sup>492</sup>. La pratique courante aussi de l'avortement laisse aussi penser qu'une partie

---

<sup>487</sup> Article 15 de la Loi sur les services médicaux, traduction officielle.

<sup>488</sup> Kim Claire Junga, *Conscientious objection to abortion: why it should be a specified legal right for doctors in South Korea*, BMC Medical Ethics, vol 21, n°70, 2020, p. 2.

<sup>489</sup> Article 6 de la Loi cadre sur les services médicaux et la santé.

<sup>490</sup> Kim Claire Junga, *Conscientious objection to abortion: why it should be a specified legal right for doctors in South Korea*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>491</sup> Hwang Jong-Yun, *Social consensus is required for legal induced abortion*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>492</sup> Kim Claire Junga, *Conscientious objection to abortion: why it should be a specified legal right for doctors in South Korea*, *op. cit.*, p. 6.

des médecins ne sont pas réfractaires à l'idée et moralement, contrairement aux femmes ayant avortés, les médecins participant aux avortements sont peu critiqués<sup>493</sup>. Il serait toutefois aussi possible de poser des limites à cette clause de conscience notamment en cas de mise en danger de la vie ou de la santé de la femme enceinte.

L'importance des consultations et des informations est mise en valeur dans toutes les propositions de loi. Dans certaines, cela passe notamment par un conditionnement de l'avortement à des consultations obligatoires. Ces consultations sont aussi l'occasion d'exposer à la femme les politiques dont elle peut bénéficier si elle poursuit sa grossesse ainsi que toutes les informations relatives à la grossesse, l'accouchement, l'avortement et pour la suite, à la contraception et au planning familial pour sensibiliser sur le sujet et limiter progressivement les accidents menant à des avortements. Le consensus est aussi total sur la nécessité d'entretiens objectifs, ne cherchant pas à influencer la femme dans sa décision et accessibles à la femme qui peut être une femme étrangère entre autres<sup>494</sup>. Les opposants retiennent toutefois que ces entretiens obligatoires peuvent rallonger la procédure interrogeant alors sur le risque de dépassement des potentiels délais<sup>495</sup>. Plusieurs pays ont mis en place un système de consultations obligatoires comme l'Allemagne qui exige trois jours entre la consultation et l'intervention<sup>496</sup>.

Les propositions s'accordent aussi sur le simple consentement de la femme pour avorter. Elle n'a plus besoin de l'autorisation de son conjoint ou de sa famille. Cette mesure montre la nouvelle place des femmes sur ces questions et consacre l'importance de leur choix propre sur leur corps. La nécessité d'obtenir le consentement du compagnon ou des parents pour avorter posait divers problèmes. Il n'est pas toujours simple pour une femme enceinte de faire respecter sa décision<sup>497</sup>, elle peut être soumise à des pressions familiales dont celles de son conjoints d'autant qu'historiquement, les femmes ont généralement subies les attentes familiales sur le nombre d'enfants, leur sexe notamment sous l'influence de leurs beaux-parents. De plus, certains conjoints ou ex-conjoints menaçant n'hésitaient pas à utiliser de ce pouvoir d'autorisation pour en abuser et empêcher leurs compagnes d'avorter<sup>498</sup>. La forme de ce consentement est écrite dans certaines propositions et des alternatives sont prévus pour les cas spécifiques où la femme ne pourrait pas donner son consentement, son partenaire ou sa famille pouvant le donner à sa place. De même en cas de minorité, diverses subtilités sont apportées puis limitées en cas d'abus par le représentants légaux. Le cas des mineurs est délicat car leur jeunesse tend à faire douter de leur capacité à prendre une décision totalement éclairée, ils sont aussi bien plus exposés aux pressions familiales si bien que l'encadrement de ce cas demande une réflexion plus importante.

## 2. [Les réflexions sur la garantie de l'accès](#)

---

<sup>493</sup> *Ibid.*

<sup>494</sup> Dong-Sik Kim, Jung-Hye Kim, Cheyon Tong, and Chae-Yoon Kim (2019). Policy Directions for Women's Reproductive Health and Rights after the South Korean Constitutional Court Rules Abortion Unconstitutional, Korean Women's Development Institute Issue Paper, 30 avril 2021, p.3.

<sup>495</sup> *Ibid.*

<sup>496</sup> Lee Sang-Kyung, *A comparative analysis of a pregnant woman's rights to abortion: notes on constitutional Courts' decisions of Abortion Laws in Germany and the United States, and their implications for Korean abortion laws*, op. cit., p. 87.

<sup>497</sup> Sung Woong Kyu, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, op.cit., p.284.

<sup>498</sup> Amicus brief du Ministère de la famille et des femmes.

Les différentes propositions cherchent aussi assurer l'effectivité dans l'accès à l'avortement. Ainsi, les propositions comprennent généralement des clauses visant au remboursement au moins partiel ou à l'accompagnement financier des femmes. En effet, garantir l'accès à l'avortement passe aussi par la prise en compte de l'impossibilité pour certaines femmes d'y avoir recours suite à des problèmes financiers<sup>499</sup>. Ces dernières années certaines ont du s'endetter pour avorter<sup>500</sup> ou procéder à des avortements très risqués tandis que d'autres n'ont même pas pu avorter. En août 2021, le Ministère de la Santé et de la Protection sociale a déjà annoncé la prise en charge des consultations médicales en lien avec l'avortement à la hauteur de 40% à 70% dans le cadre du National Health Insurance Service (NHIS), ainsi qu'une fixation de son prix à 30,000 won ( $\pm$ 22-23 euros). Ces consultations comprennent des informations sur les méthodes d'avortement, les instructions nécessaires avant et après la procédure ainsi que les potentiels effets secondaires et désagréments qui pourraient en résulter. Dans la continuité de cette démarche, certains proposent une prise en charge par la NHIS de l'intervention.

De même, pour garantir l'effectivité de l'accès à l'avortement, certaines propositions visent à anticiper les comportements réprobateurs ou dissuasifs notamment du personnel médical en encadrant les informations à donner dans le cadre des consultations mais aussi en prévoyant qu'en cas de refus d'effectuer les procédures, ces dernières doivent rediriger leurs patientes vers des centres d'aide et de conseils<sup>501</sup>.

Enfin, assurer l'accès à l'avortement implique aussi la possibilité pratique de le faire en ayant accès à des infrastructures adaptées. Or, comme l'a indiqué la Corée dans son rapport de 2015 au Comité de la Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, le pays manque dans certains zones de cliniques spécialisées dans la gynécologie obstétrique auquel il tente de remédier par des aides pécuniaires<sup>502</sup>. Dans les propositions, divers moyens de gestion des infrastructures disponibles sont évoqués des systèmes d'autorisation ou d'enregistrement des lieux effectuant des avortements, la publication en ligne de listes pour identifier les lieux où il est possible d'avorter. Cependant, le pays reste globalement petit et la population est très concentrée autour des villes globalement très bien desservies. Dès lors, l'accès reste assez simple<sup>503</sup> mais les zones rurales ont plus de problèmes d'accès. Or, elles sont souvent peuplées par des immigrantes venues pour se marier justement avec des agriculteurs sud-coréens qui ne parvenaient pas à se marier avec des femmes coréennes préférant la vie urbaine<sup>504</sup>. Ces femmes ont donc un besoin important d'accès à ces infrastructures auquel l'état devra réfléchir, d'autant plus qu'elles sont souvent plus vulnérables socialement.

Toutes ces réflexions s'inscrivent parfaitement dans les éléments portés à l'attention des états lors de la conférence internationale du Caire.

## II. [La mise en place de politiques publiques environnantes efficaces](#)

---

<sup>499</sup> Lee Hyo-jin, *Abortion consultation included in health insurance*, TheKoreaTimes, 3 août 2021.

<sup>500</sup> Kim Eun-bin, 3 ans après l'inconstitutionnalité du crime d'avortement... Le parlement et le gouvernement qui ont abandonné la législation alternative, [낙태죄 위헌 3년... 대체입법 손 놓은 정부·국회, ],Kukinews, 12 avril 2022,

<sup>501</sup> proposition.

<sup>502</sup> Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention, Eighth periodic report of States parties due in 2015, Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/8, 5 October 2015, p.35

<sup>503</sup> Kim Claire Junga, *Conscientious objection to abortion: why it should be a specified legal right for doctors in South Korea*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>504</sup> *Eod. loc.*, p. 7.

Au delà du simple encadrement de l'avortement, dans la mesure où ce dernier est avant tout conçu en Corée comme une réponse à une grossesse non-désirée, il semble important pour le législateur de ne pas négliger les politiques publiques attenantes permettant la réduction de l'avortement avec une meilleure éducation sexuelle (A) et un meilleur accompagnement des familles (B) dans un contexte social et politique jugé par les coréens peu propice à l'élaboration de projets familiaux. En effet, dans la mesure où le droit à l'avortement en Corée reste conçu comme la conséquence de grossesses malheureuses, il semble opportun pour le gouvernement de mettre en place des politiques publiques afin de réduire les instances dans lesquelles les femmes choisissent d'avorter. Ainsi, deux types de mesures doivent être mises en place. Dans un premier temps, afin qu'une femme avorte, le plus simple est qu'elle ne tombe pas enceinte de manière imprévue. Pour cela, la contraception a une place importante. Dès lors, le gouvernement sud-coréen doit mettre en oeuvre des politiques publiques en lien avec la contraception et l'éducation sexuelle. Dans un second temps, la question de l'avortement se pose de manière très concrète aux femmes lors de la nouvelle de leur grossesse. La prévalence des avortements pour des motifs économiques et sociaux sont symptomatiques d'une difficulté des couples ou des femmes célibataires à assurer à un enfant l'avenir qu'il souhaite leur offrir pour des raisons variables. Dès lors, il s'agit pour le gouvernement de comprendre les raisons de ce sentiment et d'y remédier par une seconde vague de politiques publiques orientées vers l'incitation à la conservation du *foetus*. En réalité, l'Etat a déjà commencé à réfléchir de cette façon: depuis 2015, le Korean Women's Development Institute divise ses travaux sur la santé des femmes en 2 pans: les questions sur l'avortement et la contraception et les questions sur les aides à donner lors de la grossesse et de l'accouchement<sup>505</sup>. En réalité, les politiques de protection des mères célibataires et l'utilisation de la contraception ont déjà permis de réduire le nombre annuel d'avortement entre 1994 et 2017 même si le pays conserve l'un des plus haut taux d'avortement parmi les pays de l'OCDE<sup>506</sup>.

#### A. La nécessité d'une amélioration de l'information, de l'éducation sexuelle et de la contraception

Le rapport à la sexualité a largement évolué ces dernières décennies et comme le relève la Cour constitutionnelle dans sa décision de non-conformité du 26 novembre 2009 sur les relations sexuelles obtenues par de fausses promesses de mariage, la tendance à la libération sexuelle est une grande évolution sociale qui est à présent inéluctable dans notre société et doit donc être toléré<sup>507</sup>. Ce changement de rapport à la sexualité implique aussi une nécessité pour chacun d'acquérir une bonne connaissance des relations sexuelles, des moyens de protection et de contraception. Par ailleurs, le comité des droits de l'homme a aussi affirmé que « L'obligation de protéger la vie des femmes contre les risques pour la santé liés aux avortements risqués suppose que les États parties garantissent l'accès des femmes et des hommes, et en particulier des adolescents, à l'information et à l'éducation à propos des choix en matière de procréation ainsi qu'à un large éventail de moyens de contraception. »<sup>508</sup>. En effet, même si la contraception

---

<sup>505</sup> Park Bok-soon, Song Hyo-jin, Gu Mi-young, Kim Soo-wan, Yoo Hye-kyung, *Research on the Measures to Strengthen the Effectiveness of Women and Family-Related Legislations (III): Legislative Tasks Concerning Women and Family for 2015*, 2015 KWDI Abstract, p. 4.

<sup>506</sup> Jun Eun-Mi, *Artificial abortion and sex education program in future*, Korean journal of Women health nursing, vol 25, n°3, Septembre 2019, p.237.

<sup>507</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2008Hun-ba58 du 26 Novembre 2009, *Sexual Intercourse under Pretence of Marriage Case*, *op. cit.*

<sup>508</sup> Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°36 sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant le droit à la vie, p. 2.

n'est pas toujours entièrement efficace pour diverses raisons (mauvaise utilisation<sup>509</sup>, contraception inadaptée à la personne, défaillance de la contraception<sup>510</sup>, accidents divers...), elle permet tout de même de réduire largement les grossesses non-désirées. Ainsi, une bonne contraception conduit indirectement à une baisse des avortements. Pour cela, un accès large à des informations de bonne qualité est primordiale tout comme par suite une amélioration de l'accès aux moyens contraceptifs y compris par les mineurs ayant une pratique sexuelle souvent stigmatisée les prévenant d'avoir une sexualité protégée malgré l'accès très simple aux préservatifs et pilules. Les femmes ayant recours à l'avortement sont assez souvent des mineurs ou jeunes femmes qui ne sont pas encore mariées<sup>511</sup>. Parmi les 342 233 cas d'avortement rapportés en 2005, 11 700 cas concernaient des adolescents<sup>512</sup>.

Malgré les quelques cours d'éducation sexuelle, l'utilisation de contraceptifs est aussi considéré comme assez basse en Corée du Sud<sup>513</sup>. Parmi toutes les méthodes contraceptives, la pilule ne serait utilisé que dans 2% des cas et 0.5% pour la pilule du lendemain<sup>514</sup>. En Corée, les pilules contraceptives sont disponibles en pharmacie sans ordonnance en garantissant un large accès alors que les pilules d'urgence ne sont disponibles que sur ordonnance<sup>515</sup>. Ces pilules ne sont pas remboursées par le National Health Insurance Service mais le prix reste relativement peu élevé ( $\pm$  5 à 8 euros pour 1 mois). Toutefois, dans les deux cas, le manque d'informations et de conseils<sup>516</sup> pose des problèmes *de facto* dans le choix des femmes sur leur contraception et entretient la méfiance générale des femmes sud-coréennes à leur propos n'encourageant par leur consommation. Le critère le plus important pour les femmes est la sécurité de leur santé, critère que la pilule ne satisfait pas selon elles<sup>517</sup>. Cette impopularité de la pilule s'explique par différents éléments: la peur des effets secondaires tels que la prise de poids, la peur d'être définitivement stérile, la peur d'être mal vue socialement par ses camarades et la société plus largement d'autant que certaines pilules nécessitent une prescription médicale, la rigueur exigée par la régularité de la prise de la pilule ainsi que son plus prix élevé que les préservatifs notamment<sup>518</sup>. Plutôt que les pilules et méthodes invasives, les coréennes ont souvent choisi des techniques contraceptives moins fiables comme le retrait, la méthode du calendrier...<sup>519</sup>. Il est aussi notable que parmi les adolescents, peu se protègent systématiquement lors de

---

<sup>509</sup> Um Young-Rhan, *A study of the ethics of induced abortion in Korea*, Nursing Ethics, vol. 6 n°6, 1999, p. 511.

<sup>510</sup> Kim Dong-Sik et Kim Young-Taek, *Contraception and Abortion Policies for Women's Reproductive Health Rights: Issues and Tasks*, *op.cit.*, p. 23.

<sup>511</sup> Jun Eun-Mi, *Artificial abortion and sex education program in future*, *op. cit.*, p.238.

<sup>512</sup> Bae Ji-sook, *Move Underway to legalize abortion*, TheKoreaTimes, 4 décembre 2017.

<sup>513</sup> Kim Dong-Sik et Kim Young-Taek, *Contraception and Abortion Policies for Women's Reproductive Health Rights: Issues and Tasks*, *op.cit.*, p. 1.

<sup>514</sup> *Ibid.*

<sup>515</sup> *Eod. loc.*, p. 2.

<sup>516</sup> *Eod. loc.*, p. 10.

<sup>517</sup> *Eod. loc.*, p.11.

<sup>518</sup> Lim Soo Hyun, Jang Hae In, Lee Dong-Yun, Yoon Byung-Koo, Choi Doo-Seok, *Recent trends in contraceptive use among Korean adolescents: Results from a nationwide survey from year 2013 to 2015*, Obstetrics & Gynecology Science, vol 59, n°6, Novembre 2016.

<sup>519</sup> Wolman Andrew, *Abortion in Korea: a human rights perspective on the current debate over enforcement of the laws prohibiting abortion*, *op. cit.*, p.159.

rapports<sup>520</sup>. Il est intéressant de remarquer que, souvent, après un premier avortement, l'utilisation de contraception augmente par peur de revivre cette expérience<sup>521</sup>. Il est donc important dans l'éducation sexuelle d'insister sur les différentes méthodes de contraception, leur fiabilité et donner des informations permettant à chacune et chacun de faire les choix les plus adaptés afin d'assurer la meilleure protection possible. Les étudiants se plaignent souvent du contenu de l'éducation sexuelle qui n'évolue que rarement et de la qualité des manuels<sup>522</sup>.

Dans une étude de la KWDI de 2017 sur la santé sexuelle et reproductive au prisme des inégalités de genre, l'équipe de recherche finit son étude par la proposition de multiples politiques à adopter. Parmi elles, l'importance de l'éducation sexuelle pour mieux se connaître, connaître l'autre et corriger les perceptions déformées par la consommation de contenus pornographiques est aussi mise en exergue<sup>523</sup>. La facilitation de l'accès aux contraceptifs et préservatifs, aux pilules du lendemain et la déréglementation de leur publicité a aussi été évoquée comme moyen de mieux garantir la santé des femmes<sup>524</sup>. Au-delà de l'amélioration des programmes d'éducation sexuelle, il faudrait aussi mettre en place un meilleur système d'informations par les médecins et les pharmaciens qui doivent aussi améliorer leur collaboration<sup>525</sup> et créer de nouveaux modes de communication sur ces questions<sup>526</sup>. Ainsi les politiques proposées vont dans le sens d'une amélioration de l'accès mais aussi de l'information.

#### B. La nécessité de politiques de soutien efficaces pour les familles en situation précaire et les femmes seules

La Cour constitutionnelle avait relevé l'importance de ses politiques bien plus efficace pour lutter contre l'avortement que des politiques répressives. Les juges de l'opinion dissidente, les plus explicites sur la question, ont notamment relevé le besoin de chercher à corriger les éléments économiques et sociaux responsables des avortements: se débarrasser des préjugés négatifs sur les mères célibataires et mettre en place des politiques d'aide à ce public, mettre en place un environnement favorable à l'éducation des enfants et à la création d'une famille, travailler sur la culture patriarcale et discriminatoire notamment au travail et accentuer l'éducation sexuelle en encourageant la prise de contraceptifs<sup>527</sup>. Au vu de l'inefficacité de la pénalisation de l'avortement, il semble logique de trouver d'autres moyens de persuader les femmes de poursuivre les grossesses d'autant qu'il est tout à fait compréhensible qu'un Etat se dote d'une politique publique démographique pour maintenir sa population. Dès lors, la question est donc:

---

<sup>520</sup> Lim Soo Hyun, Jang Hae In, Lee Dong-Yun, Yoon Byung-Koo, Choi Doo-Seok, *Recent trends in contraceptive use among Korean adolescents: Results from a nationwide survey from year 2013 to 2015*, *op. cit.*

<sup>521</sup> Yang Hyun-Ah, « Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement », *op. cit.*, §62.

<sup>522</sup> Tizzard David, *Korean dramas vs K-dramas: What is a mother?*, TheKoreaTimes, 30 avril 2022.

<sup>523</sup> Kim Dong-Sik, Hwang Jung-Im, Kim Young-Taek, Woo Young-Jee et Jung Da-Eun, *Gender Inequalities in Health: Focusing on Sexual and Reproductive Health*, 2017 KWDI Abstract, Korean Women's Development Institute, p. 3.

<sup>524</sup> *Ibid.*

<sup>525</sup> Kim Dong-Sik et Kim Young-Taek, *Contraception and Abortion Policies for Women's Reproductive Health Rights: Issues and Tasks*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>526</sup> *Eod. loc.*, p. 29.

<sup>527</sup> Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion*, *op. cit.*, p. 55.

quelles politiques publiques seraient incitatives pour les femmes qui se tournent actuellement vers l'avortement? Il s'agit pour l'Etat de convaincre les couples et femmes concernées de poursuivre la grossesse et leur apportant du soutien. Andrew Wolman estime ainsi que des politiques d'aides pécuniaires pour les mères ayant des salaires bas, obliger les employeurs à donner des congés parentaux avantageux et réduire les couts de l'éducation permettraient de promouvoir les droits de l'homme tout en entraînant progressivement un élargissement des familles<sup>528</sup>. En réalité, en 2005, une nouvelle loi afin de supporter la fertilité et réduire les impacts négatifs de la population vieillissante a été promulguée et depuis, des plans de 5 ans ont été mis en place pour concrétiser ces objectifs. Les deux premiers plans comprenaient surtout des mesures économiques mais face aux effets limités, le troisième plan a tenté de prendre des mesures pour faire évoluer le contexte socio-culturel en élargissant le spectre d'action à l'égalité entre les sexes aussi bien dans la conception du couple et la répartition des tâches qu'au titre des congés parentaux et du salaire, en parvenant à un meilleur équilibre entre travail et famille, en favorisant l'acceptation et l'intégration de modèles familiaux nouveaux<sup>529</sup>.

Une des raisons principales pour lesquelles les coréens ne veulent plus avoir d'enfants actuellement est le prix pharamineux de l'éducation. En effet, il est devenu normal afin que son enfant puisse entrer dans des bonnes universités de l'envoyer dans différents instituts privés à la fin des cours, et ce dès l'école élémentaire, pour qu'il approfondisse ses connaissances ou obtienne des compétences précises. L'université représente aussi une certaine somme. Adresser ce souci économique semble effectivement être un élément clé d'une augmentation des naissances.

Le développement des congés parentaux notamment de paternité semblent aussi être pertinents. Même si les hommes coréens ont tendance à prendre de plus en plus leur congé de paternité, changer la perception négative des pères prenant ses congés et le risque de contrecoups au sein de l'entreprise est important. Un renforcement des politiques sur les congés parentaux pourrait ainsi conduire à une recrudescence des naissances et rassurer les mères ayant peur de perdre leur carrière.

Il faut aussi garder en tête que les femmes ayant moins de 24 ans ont eu 14 600 des 326 822 bébés nés en Corée du Sud en 2018<sup>530</sup>. Elles représentent donc une bonne partie des mères dans un pays en proie à une crise des naissances. Ils arrivent aussi que ces femmes deviennent des mères célibataires L'Etat a donc cherché à aider ce public souvent plus vulnérable: plusieurs lois ont pour but de les aider comme la loi d'aide aux familles mono-parentales de 2008<sup>531</sup>, la loi de protection des mères et enfants sans père de 1989<sup>532</sup> régulièrement amendées. Pourtant, malgré les politiques mises en place par l'Etat, les jeunes mères célibataires et encore plus les jeunes couples ont des difficultés pour vivre confortablement. Les mères célibataires peuvent être abritées dans des logements spéciaux adaptés aux familles monoparentales et reçoivent des aides s'élevant à 350 000 wons ( $\pm$  280 euros) par mois par enfants et 100 000 wons ( $\pm$  80 euros) par mois en plus<sup>533</sup>. Les jeunes couples eux ne reçoivent pas de soutien spécifique dès lors, ils doivent être éligibles aux aides données aux mères célibataires si bien que certains n'enregistrent pas leur

---

<sup>528</sup> Wolman Andrew, *Abortion in Korea: a human rights perspective on the current debate over enforcement of the laws prohibiting abortion*, *op. cit.*, p.173.

<sup>529</sup> Seo Seung-Hyun, *Low fertility trend in the Republic of Korea and the problems of its family and demographic policy implementation*, *op. cit.*, p. 33-34.

<sup>530</sup> Bae Ji-hyun, Kang Jae-gu, *Abandoned by their families, young parents turn to illegal loaning businesses*, 27 janvier 2020, Hankyoreh.

<sup>531</sup> *Single-parent Family Support Act de 2008*, traduction du Korean law information center.

<sup>532</sup> *Mother and Fatherless Child Welfare Act de 1989*, traduction du Korean law information center.

<sup>533</sup> Kang Jae-gu, *S. Korean parents under 24 face economic difficulties and social prejudice*, 27 janvier 2020, Hankyoreh.

mariage, ou les aides donnés au titre de la sécurité alimentaire et des moyens d'existence pour obtenir une aide étatique<sup>534</sup>. Cependant, pour obtenir cette dernière aide, en cas de minorité, ils doivent prouver l'incapacité financière de leurs parents alors que dans certaines situations, ils ne peuvent pas avoir accès aux documents exigés<sup>535</sup> ou alors, les parents ont la capacité mais refusent d'aider. Les jeunes parents sont généralement confrontés à des difficultés économiques, des problèmes de logement et une stigmatisation sociale<sup>536</sup>. La famille demande souvent aux adolescents et jeunes parents d'avorter ou de mettre l'enfant à l'adoption. Par ailleurs, ayant souvent des emplois précaires aux horaires pas toujours fixes, les salaires peu élevés contribuent aussi aux difficultés de logement<sup>537</sup>. La plupart ont des location mensuelles tandis que les plus pauvres se résignent souvent à des logements temporaires dans des hôtels, des saunas ou des établissements ouverts 24h/24<sup>538</sup>. La stigmatisation sociale de ces couples ou parents célibataires les excluent aussi des réseaux d'informations traditionnels si bien que la plupart s'appuient sur internet et sur les directives de ministères dans de rares cas<sup>539</sup>. Parfois, les écoles prennent même l'initiative de prendre des sanctions disciplinaires à l'égard de leurs élèves ayant des enfants au cours de leur scolarité<sup>540</sup>.

Face à la précarité de ces couples et familles monoparentales, des réseaux associatifs se sont mis en place comme le Korean Unwed Mothers Support Network et l'association Kingmaker pour les jeunes parents qui leur apprend à gérer un foyer et les aide à se stabiliser<sup>541</sup>. Récemment, la situation des jeunes mères et des parents adolescents a été mise en exergue parmi le grand public avec le développement d'émissions de télévision centrées autour de la vie de ces couples d'adolescents (고딩엄빠 Goding Eomppa, Mère et père lycéens) et des séries télévisées accordant une place à ces questions encore tabous (우리 블루스, *Our Blues*). Ces émissions et séries exposent les difficultés rencontrées par ces personnes, les choix qu'elles ont fait et les événements heureux qui en découlent. Ces éléments correspondent à une volonté de certaines personnes de mettre en valeur la situation de jeunes mères et de couples ayant des enfants très jeunes<sup>542</sup>.

Actuellement, pour aider les mères en règle générale, de multiples propositions d'amendements de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant sont en discussion ou en examen. Elles prévoient des aides pour les soins postnataux ainsi que des aides notamment financières pour des thérapies pour les mères en partie face aux dépressions *post-partum* et à la charge mentale. De nouveaux projets d'aide pour les mères jeunes ainsi que des programmes d'aide pour les prématurés sont aussi en discussion. Ce mouvement correspond à un constat de l'efficacité limitée des mesures actuelles<sup>543</sup>.

---

<sup>534</sup> *Ibid.*

<sup>535</sup> *Ibid.*

<sup>536</sup> *Ibid.*

<sup>537</sup> *Ibid.*

<sup>538</sup> *Ibid.*

<sup>539</sup> *Ibid.*

<sup>540</sup> Bae Ji-hyun, Kang Jae-gu, Abandoned by their families, young parents turn to illegal loaning businesses, *op. cit.*

<sup>541</sup> *Ibid.*

<sup>542</sup> Tizzard David, Korean dramas vs K-dramas: What is a mother?, *op. cit.*

<sup>543</sup> Kim Young-Taek, Lee In-Seon, Chung, Jin-Joo, Yoo Hye-Kyung, *Policy agenda on industrial safety and health as well as national health insurance on pregnancy and delivery of female workers*, 2016 KWDI Abstract, p.2.

## Conclusion

Pour conclure, la dépénalisation de l'avortement en Corée du Sud est une avancée importante et symbolique. En effet, pour la première fois dans le débat sud-coréen sur l'avortement, les femmes et leurs droits sont réellement sur le devant de la scène et pris en considération. La cour donne de la force au droit à l'autodétermination des femmes en le fondant sur la dignité. La décision en revanche reste dans une dialectique sur les droits fondamentaux et ne cherche pas à adopter de nouvelles approches comme une approche globale sur la justice reproductive ou une approche coûts-bénéfices. De même, les opinions des juges laissent transparaître diverses peurs périphériques à la reconnaissance de l'avortement: la peur d'un retour à la sélection sexuelle prénatale et d'une désacralisation du droit à la vie. Cependant, le manque de réponse aux apports de la décision sur le droit à l'avortement qu'il faut réformer montre un malaise de l'Assemblée Nationale et du gouvernement sur le sujet. Cette résistance due aux difficultés institutionnelles bien connues de l'Assemblée, à la peur de s'aliéner une part de l'électorat, à une culture prônant moralement le droit à la vie et à la succession des événements de ces dernières années n'aura toutefois pas d'autres choix que de se résoudre. Le vide juridique à l'issue du délai donné par la Cour ne satisfait personne. Pour garantir une effectivité de ces droits, il semble nécessaire qu'un consensus émerge de la société civile<sup>544</sup>. L'idée de consultations publiques comme en Australie et en Nouvelle Zélande peut être une alternative efficace quand une décision de justice ne trouve pas d'interlocuteur au sein des législateurs<sup>545</sup> craignant de perdre son électorat en traitant de questions sensibles.

Actuellement, la Corée n'a plus réellement de droit à l'avortement au sens large mais même au sens strict, il semble difficile de penser qu'un tel droit serait reconnu pour le moment dans le contexte sud-coréen. En effet, malgré la volonté d'améliorer la politique sur la santé reproductive notamment dans le but d'augmenter les naissances, il ne s'agit jamais vraiment de consacrer le droit d'une femme à prendre la décision de maintenir ou arrêter sa grossesse sans cadre préalable. Par réalisme, il est important de voir que dans tous les cas, le droit à l'avortement tel que reconnu actuellement n'est pas un droit total de la femme sur son corps. Cela n'est pas le contenu de la décision de la Cour Constitutionnelle, ce n'est pas non plus *a priori* ce que la société sud-coréenne est prête à accepter. Dès lors, il faut continuer à approcher dans le contexte sud-coréen, le droit à l'avortement comme un droit admissible dans un cadre à définir. Dans l'esprit sud-coréen, il est au mieux une solution à une situation malheureuse ne permettant pas d'accueillir un enfant. Il est conçu comme un événement inévitable pour la femme qu'elle choisit avant tout par pragmatisme et réaliste suite à l'évaluation de sa situation. Dès lors, même si le choix est fait de libéraliser l'avortement, le but reste le même: réduire les avortements. Une des solutions pour réduire les avortement sans passer par une politique d'interdiction est de prendre des mesures appropriées pour aider les femmes à éviter la grossesse et l'avortement, et dans tous les cas, veiller à ce que les femmes qui ont eu recours à l'avortement soient traitées avec humanité et bénéficient de conseils. Ainsi au delà du cadre de pénalisation ou non et d'interdiction ou d'autorisation qui ne font pas l'unanimité dans les propositions et projets soumis à l'Assemblée jusqu'ici, des mesures génériques sur la fourniture d'informations, la contraception, les politiques de soutien et le consentement de l'épouse sont partagés par la majorité.

Françoise l'Héritier relevait en 2005 que « L'existence de la loi comme balise de l'évolution d'une société a néanmoins des effets ambigus qu'il faut connaître: ceux de faire croire que les choses sont acquises et qu'il n'y a plus à lutter pour conquérir de nouveaux domaines. Illusion qui est une grave erreur également, car, d'une part, les lois sont révocables si l'on n'y prend pas garde et, d'autre part, les bastions mentaux qui sont

---

<sup>544</sup> Mara Malagodi, *New Frontiers of Gender Constitutionalism in Asia, Part 1: Sexual and Reproductive Rights*, *op. cit.*

<sup>545</sup> *Ibid*

les plus redoutables ne sont toujours pas éradiqués.»<sup>546</sup>. A quelques subtilités près, cette affirmation semble pouvoir s'appliquer au droit à l'avortement sud-coréen. La décision de 2019 et l'engouement autour ont donné l'impression que le combat pour l'autorisation de l'avortement était gagné. Pourtant, rien de concret pour l'instant ne vient garantir et concrétiser les effets de la décision. De même, le projet de loi du gouvernement conservant un principe d'interdiction et la pénalisation malgré des hypothèses d'ouverture à l'avortement plus larges qu'avant laisse présager que le régime à venir de l'avortement pourrait ne pas être aussi libéral qu'il aurait été possible de l'espérer notamment sous l'effet des bastions mentaux qui persistent à l'Assemblée et au gouvernement. Le droit à l'avortement reste à construire et peut-être le nouveau gouvernement sera-t-il plus prompt à se saisir de la question afin de mettre fin à l'incertitude qui nuit aux femmes souhaitant avorter.

---

<sup>546</sup> L'Héritier Françoise, Hommes, Femmes, la construction de la différence, Le Pommier Cité des sciences et de l'industrie, Paris, 2005, p.173.

## Table des matières

Introduction	6
Titre 1: Une dépénalisation de l'avortement par la justice constitutionnelle	20
Chapitre 1: Une reconnaissance juridictionnelle de l'importance du droit à l'auto-détermination des femmes dans le débat sur l'avortement	20
I. Une mise en balance de deux droits concurrents fondées sur l'article 10 de la Constitution	20
A. Les deux droits en présence dans le constitutionnalisme coréen	22
1. La conception du droit à la vie en Corée du Sud: un droit essentiel	22
2. Une reconnaissance effective du droit à l'auto-détermination des femmes	26
B. L'application des principes de proportionnalité et de concordance pratique	29
II. L'établissement d'un discours juridictionnel sur l'avortement par le droit des femmes et la dignité humaine	33
A. Le choix d'une association de fondements juridiques au service du droit des femmes	33
1. Le choix assumé d'une association de la dignité humaine et du droit à l'auto-détermination	34
a) Un discours sur l'avortement fondé sur la dignité humaine et l'autodétermination	34
b) L'exclusion des autres fondements	35
2. L'accent sur les conditions socio-économiques des avortantes et la responsabilité de l'Etat	37
B. La mise en avant d'une figure féminine citoyenne responsable	40
Chapitre 2: Les limites de la décision de la Cour constitutionnelle	43
I. Le soutien d'une approche au détriment d'autres	44
A. Une mise à l'écart d'une libéralisation au prisme de la justice reproductive	44
B. La promotion d'une nouvelle approche dans les recherches sur les questions morales en droit: l'approche pragmatique coût-bénéfice	46
II. La reconnaissance d'un droit assombri par les spectres du passé et du futur	47
A. Un spectre du passé: la sélection sexuelle prénatale des foetus	47
B. L'ombre du futur: l'apparition du droit à l'euthanasie dans les débats	50
Titre 2: La difficile concrétisation législative du droit à l'avortement	55
Chapitre 1: L'échec d'une reconnaissance législative dans un contexte peu propice	56
I. Les difficultés culturelles à la reconnaissance de ce droit: les paradoxes de la société coréenne	56
A. L'importance du respect de la vie d'une culture ancienne et conservatrice	57
B. Une pratique abortive cachée courante	59
II. L'incapacité institutionnelle à réformer les dispositions sur l'avortement	61
A. Les difficultés à l'Assemblée nationale	62
B. Un contexte politique peu propice au réveil de l'exécutif	65
Chapitre 2: Des perspectives de législations possibles	68
I. Les mesures législatives propres à l'avortement	69
A. Le choix du cadre de la réforme	69
1. Interdiction de principe et pénalisation: une réforme par le Code pénal	70

2. Le choix de la légalisation: une concentration du régime dans la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant	71
B. Les perspectives substantielles de la réforme	72
1. Les réflexions sur l'encadrement	72
2. Les réflexions sur la garantie de l'accès	74
II. La mise en place de politiques publiques environnantes efficaces	75
A. La nécessité d'une amélioration de l'information, de l'éducation sexuelle et de la contraception	76
B. La nécessité de politiques de soutien efficaces pour les familles en situation précaire et les femmes seules	78
Conclusion	81
Table des matières	83
Bibliographie	85
Annexes	95

## Bibliographie

### I. Sources primaires:

#### A. Rapports et recommandations d'organisations internationales

Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention, Eighth periodic report of States parties due in 2015, Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/8, 5 October 2015,

Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Seventh periodic reports of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/7, 9 November 2010

Consideration of report submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Sixth periodic report of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/6, 5 March 2007

Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Fifth periodic report of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/5, 23 July 2003,

Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Fourth periodic report of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/4, 30 mars 1998,

Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Third periodic report of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/3, 27 septembre 1995,

Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Initial reports of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/5/Add.35, 11 avril 1986,

Comité sur l'élimination des discriminations contre les femmes, Concluding observations on the eighth periodic report of the Republic of Korea, CEDAW/C/KOR/CO/8, 14 March 2018.

Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Eighteenth and nineteenth sessions), General Assembly, Official Records, Fifty-third session, Supplement No. 38 (A/53/38/Rev.1), United Nations, New York, 1998,

Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Second periodic report of States parties, Republic of Korea, CEDAW/C/13/Add.28, 8 Janvier 1990

Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°36 sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant le droit à la vie,

CEDAW, General recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (women and health), 1999.

Résolution de l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies 70/1. Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030, A/RES/70/1, 21 octobre 2015

Nations Unies, Programme d'action de la conférence internationale sur la population et le développement, Rapport de la conférence internationale sur la population et le développement, A/CONF.171/13/Rev.1, Le Caire, 5-13 septembre 1994, 1995, New York.

#### B. Textes juridiques sud-coréens

Constitution de la République de Corée, *Statutes of the Republic of South Korea, Korea legislation Research Institute, [traduction anglaise officielle]*

Constitutional Court Act, *Statutes of the Republic of South Korea, Korea legislation Research Institute, [traduction anglaise officielle]*

Criminal Act, *Statutes of the Republic of South Korea, Korea legislation Research Institute, [traduction anglaise officielle]*

Mother and Child Health Act, *Statutes of the Republic of South Korea, Korea legislation Research Institute, [traduction anglaise officielle]*

Décret d'application de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant, *Statutes of the Republic of South Korea, Korea legislation Research Institute, [traduction anglaise officielle]*

Medical Service Act, *Statutes of the Republic of South Korea, Korea legislation Research Institute, [traduction anglaise officielle]*

Framework Act on Health and Medical Services, *Statutes of the Republic of South Korea, Korea legislation Research Institute, [traduction anglaise officielle]*

Single-parent Family Support Act, *Statutes of the Republic of South Korea, Korea legislation Research Institute, [traduction anglaise officielle]*

Mother and Fatherless Child Welfare Act, *Statutes of the Republic of South Korea, Korea legislation Research Institute, [traduction anglaise officielle]*

Proposition de Loi n°7367 du 14 janvier 2021, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

Proposition de Loi n°6020 du 1 décembre 2020, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

Proposition de loi n° 6017 du 1 décembre 2020, 형법 일부개정법률안 [*hyeongbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel du Code pénal.

Proposition de Loi n°5854 du 27 novembre 2020, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

Proposition de loi n°5847 du 27 novembre 2020, 형법 일부개정법률안 [*hyeongbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel du Code pénal.

Projet de loi n°5733 du 25 novembre 2020, 형법 일부개정법률안 [*hyeongbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel du Code pénal.

Projet de loi n°5459 du 18 novembre 2020, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

Proposition de Loi n°5311 du 13 novembre 2020, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

Proposition de loi n°5295 du 13 novembre 2020, 형법 일부개정법률안 [*hyeongbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel du Code pénal.

Proposition de Loi n°4983 du 5 novembre 2020, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

Proposition de loi n°4979 du 5 novembre 2020, 형법 일부개정법률안 [*hyeongbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel du Code pénal.

Proposition de Loi n°4484 du 12 octobre 2020, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

Proposition de loi n°4483 du 12 octobre 2020, 형법 일부개정법률안 [*hyeongbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel du Code pénal.

Proposition de Loi n°550 du 16 juin 2020, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

Proposition de Loi n°23346 du 30 octobre 2019, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

Proposition de Loi n°19829 du 15 avril 2019, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

Proposition de Loi n°19802 du 15 avril 2019, 모자보건법 일부개정법률안 [*mojabogeonbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.

Proposition de loi n°19829 du 15 avril 2019, 형법 일부개정법률안 [*hyeongbop ilbugaejeongbonmyul-an*], Proposition d'amendement partiel du Code pénal.

### C. Textes officiels

Ministère de la Justice, Ministère de la santé et des affaires sociales, Ministère de la sécurité des aliments et des médicaments, Secrétariat des politiques sociales du cabinet du Premier ministre, Communiqué de presse, 7 octobre 2020, [coréen], site du Ministère de la justice, [https://viewer.moj.go.kr/result/bbs/182/temp\\_1602030051094100.view.xhtml](https://viewer.moj.go.kr/result/bbs/182/temp_1602030051094100.view.xhtml)

Commission nationale des droits de l'homme, « Abortion should not be a crime », says NHRCK in its opinion to speaker of National Assembly, Communiqué de presse, 4 février 2021, <https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=002002001&boardtypeid=7003&boardid=7606239>

Commission nationale des droits de l'homme, Rapport annuel de 2020. <https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/list?boardtypeid=7017&menuid=002003003001>

## D. Jurisprudence

### 1. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle

Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2017Hun-Ba127 du 11 avril 2019, *Case on the Crimes of Abortion, Full opinion*, Decisions of the Constitutional court Korea (2019), Cour Constitutionnelle, 2020, Séoul, p. 1-65.

Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2010Hun-Ba402 du 23 août 2012, *Abortion Case, Summaries of Opinions*, Decisions of the Constitutional court Korea (2012), Cour Constitutionnelle, 2013, Séoul, p. 94-99.

Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2005Hun-Ma346 du 27 mai 2010, *The Bioethics and Biosafety Act Regarding Embryo Research, Full opinion*, Decisions of the Constitutional court Korea (2010), Cour Constitutionnelle, 2011, Séoul, p. 82-100.

Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2008Hun-Ka23 du 25 février 2010, *Capital Punishment, Full opinion*, Decisions of the Constitutional court Korea (2010), Cour Constitutionnelle, 2011, Séoul, p. 1-81.

Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2008Hun-ba58 du 26 Novembre 2009, *Sexual Intercourse under Pretence of Marriage Case, Summaries of Opinions*, Decisions of the Constitutional court Korea (2009), Cour Constitutionnelle, 2010, Séoul, p. 390-395.

Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2004Hun-Ba81 du 31 juillet 2008, *Stillborn Fetuses' Right to Claim for Damages Case, Full opinion*, Decisions of the Constitutional court Korea (2008), Cour Constitutionnelle, 2009, Séoul, p.169-191.

Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2004Hun-Ma1010 du 31 juillet 2008, *Ban on Fetus Sex Identification Case, Full opinion*, Decisions of the Constitutional court Korea (2008), Cour Constitutionnelle, 2009, Séoul, p.192-226.

Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2001Hun-Ga9.10.11.12.13.14.15 du 3 février 2005, *Case on the House Head System du 3 février 2005, Summaries of Opinions*, Decisions of the constitutional court Korea (2005), Cour Constitutionnelle, 2006, Séoul, p. 99-103.

Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 2002Hun-Ka14 du 26 juin 2003, *Disclosure of the Identity of Sex Offenders Convicted of Acquiring Sexual Favors from Minors in exchange for Monetary Compensation, Full opinion*, Decisions of the Constitutional court Korea (2003), Cour Constitutionnelle, 2004, Séoul, p.45-89.

Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 95Hun-Ka6 du 16 juillet 1997, *Case on Same-Surname-Same-Origin Marriage Ban, Summaries of Opinions*, disponible sur le site anglais de la cour constitutionnelle.

Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 89Hun-ma82 du 10 septembre 1990, *Affaire sur le crime d'adultère [coréen]*, 판례집, Volume 2, p.306-331, disponible sur le site coréen de la cour constitutionnelle.

### 2. Jurisprudence de la Cour Suprême

Cour suprême de Corée du Sud, 2009Da17417 du 21 mai 2009, décision reproduite en anglais sur le site officiel anglais de la Cour.

Cour suprême de Corée du sud, 2000Da61947 du 29 mars 2002, [coréen], Casenote.

Cour suprême de Corée du sud, 98Da22857 du 11 juin 1999, [coréen], Casenote.

Cour suprême de Corée du sud, 84Do1958 du 11 juin 1985, [coréen], Casenote.

Cour suprême de Corée du sud, 81Do2621 du 12 octobre 1982, [coréen], Casenote.

## II. Sources secondaires:

### A. Manuels et thèses

Association of Asian Constitutional Court Secretariat for Research and Development Research, Constitutional Rights and AACC Members, 2021, Séoul, p. 562.

Borillo Daniel, Disposer de son corps: un droit encore à conquérir, Petite encyclopédie critique, Textuel, 2019, Paris, 158 p.

Choi Chong-Ko, Law and justice in Korea: South and North, Seoul National University Press, Seoul, 2005, 533 p.

Chung Gong-gil, Etude comparée du contrôle de constitutionnalité des lois en matière de droits fondamentaux en Corée et en France, Thèse, Université de Paris I, Paris, 2004, 440 p.

Cour constitutionnelle de Corée, Twenty years of the Constitutional Court of Korea, Governmental Publications, Séoul, 2008, 684 p.

Jian Yonglin, The great ming code, Da Ming Lü, University of Washington Press, 2005, USA, 416 p.

Kim Kyong-dong, Social Change in Korea, The Korea Herald, Insight into korean series, vol 2, Jimoondang, Paju, 2008, 328 p.

l'Héritier Françoise, Hommes, Femmes, la construction de la différence, Le Pommier Cité des sciences et de l'industrie, Paris, 2005, 189 p.

Macouin Francis, La Corée du Choson, 1392-1896, Les civilisation, Les belles lettres, 2009, Paris, 240 p.

Navtej Purenwal, Son preference, sex selection, gender and culture in South Asia, Routledge, 2010, 142 p.

Song Chi-Seon, Lim Yeon-Gyu, Park Song-Yi, Women in Korea 2020. Statistical Handbook, Korean Women's Development Institute, Korea, 2020, p.98.

### B. Articles universitaires

Bearak Jonathan, Popinchalk Anna, Ganatra Bela, Moller Ann-Beth, Tunçalp Özge, Beavin Cynthia, Lorraine Kwok et Leontine Alkema, *Unintended pregnancy and abortion by income, region, and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990–2019*, Lancet Global Health, Vol 8, September 2020, p. e1157-1161.

Bioy Xavier, *Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse)*, Revue internationale de droit comparé, vol. 55, n°1, Janvier-mars 2003, pp. 123-147.

Cawley Kevin N., *Religion in contemporary South Korea society: interactions between the past, present and future* dans Lim Sojin et Alford Niki, Routledge handbook of contemporary south korea, Routledge, 2021, p. 139-158.

Centre pour la santé et le changement social, *L'histoire du crime d'avortement (낙태죄의 역사, naktaejoe-ui yeoksa)*, 5 mars 2018 [Coréen].

Cho Kuk, *Korean criminal law and democratization* dans Tom Ginsburg, Legal reform in Korea, Routledge Curzon, p. 74-88.

- Cho Sung-Dai, *Political Apathy and electoral politics in Korea*, dans *Political Change in Korea, Insight into Korea series*, vol.3, Korea Herald, Jimoondang, Paju, 2008, p. 64-72.
- Cho Hong-sik, *The Justifiability and Limits of Judicial Governance*, dans Laurent Mayali et John Yoo, *Current Issues in Korean Law, The Robbins Collection*, Berkeley, 2014, p. 49-85.
- Choi Dai-Kwon, *The state of fundamentals rights protection in Korea*, dans Laurent Mayali et John Yoo, *Current Issues in Korean Law, The Robbins Collection*, Berkeley, 2014, p. 87-124.
- Choi Dai-Kwon, *The Rule of Law and Parliamentarism in Korea: Retrospection and Prospect* [우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망, *Uri nara bopchijuui mit uihoejuui-ui hoego-wa jeonmang*], *Seoul Law Journal*, vol.49, n°4, 2008, p.208-248.
- Choi Hyaewool, *Constructions of marriage and sexuality in modern Korea*, dans Mark McLelland and Vera Mackie, *Routledge Handbook of sexuality studies in east asia*, Routledge, 2014, p. 87-100.
- Corre-Basset Antoine et Eleonora Bottini, « Chronique de droit constitutionnel comparé », *Titre 7*, vol. 3, no. 2, 2019, pp. 151-165
- Dixon Rosalind et Nussbaum Martha, *Abortion, Dignity, and a Capabilities Approach* dans *Feminist Constitutionalism. Global Perspectives* Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 64-82.
- Eun Ki-su, *Family values changing - but still conservative*, dans Kim Kyong-dong, *Social Change in Korea, The Korea Herald, Insight into korean series*, vol 2, p.146-156.
- Eun Ki-Soo, *Changes in Population and Family in Korea* dans *Korean families, continuity and change, Korean family studies association, SNU Press*, 2016, p. 87-128.
- Galmiche Florence et Roux Pierre-Emmanuel, « *Note sur la traduction du coréen* », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n°17, 2017, 23 janvier 2018 (en ligne), p. 189-194.
- Galmiche Florence, « *Statut de l'avortement et mouvements féministes en Corée du Sud* », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, n°17, 2017, 23 janvier 2018 (en ligne), p. 179-187.
- Hahm Pyong-Choon, *Shamanism: foundation of the Korean world view, Part 1: Family and life cycle*, dans Hahm Pyong-Choon, *Korean jurisprudence, politics and culture*, p. 318-331.
- Hahm Pyong-Choon, *Shamanism: foundation of the Korean world view, Part 2: Society and social life*, dans Hahm Pyong-Choon, *Korean jurisprudence, politics and culture*, p. 332- 347.
- Halliday Samantha, *Protecting human dignity: reframing the abortion debate to respect the dignity of choice and life*, *Contemporary Issues in Law*, vol.13, n°4, 2016. pp. 287-322.
- Hong Sung-Bong et Watson Walter, *The role of induced abortion in fertility control in Korea*, *Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology*, Vol. 13, n°1, Dec 1972, p. 115-120.
- Hong Sung-Bong et Christopher Tietze, *Survey of Abortion Providers in Seoul, Korea*, *Studies in Family Planning*, May, 1979, Vol. 10, No. 5, May 1979, p. 161-163.
- Hwang Jong-Yun, *Social consensus is required for legal induced abortion*, *Journal of Korean Medical Sciences*, vol 34 n°19, Mai 2019, p. 1-3.
- Jun Eun-Mi, *Artificial abortion and sex education program in future*, *Korean journal of Women health nursing*, vol 25, n°3, Septembre 2019, p.237-238.

- Kim Claire Junga, *Conscientious objection to abortion: why it should be a specified legal right for doctors in South Korea*, BMC Medical Ethics, vol 21, n°70, 2020, 10p.
- Kim Eun-Ji, Song Hyo-Jean, Bae Ho-Jung, Choi Jin-Hee, Sung Kyung, Hwang Jeong-Mi, Kim Young-Mi, Park Eun-Jeong, *A Paradigm Shift in Policy Responses to Low Birthrate (II): Reorganization of Discourse in Response to Low Birthrate*, Research Paper 20, Korean Women's Development Institute, 2021, Séoul, p. 28.
- Kim Dong-Sik, Hwang Jung-Im, Kim Young-Taek, Woo Young-Jee et Jung Da-Eun, *Gender Inequalities in Health:Focusing on Sexual and Reproductive Health*, 2017 KWDI Abstract, Korean Women's Development Institute, p. 4.
- Kim Dong-Sik, Kim Jung-Hye Kim, Tong Che-yeon Tong, et Kim Chae-Yoon Kim (2019), *Policy Directions for Women's Reproductive Health and Rights after the South Korean Constitutional Court Rules Abortion Unconstitutional*, Korean Women's Development Institute Issue Paper, 30 avril 2021, Séoul, 7p.
- Kim Dong-Sik et Kim Young-Taek, *Contraception and Abortion Policies for Women's Reproductive Health Rights: Issues and Tasks*, Korean Women's development Institute, English Research paper -11, 2015, Seoul, 31p.
- Kim Sun-hye, Young Na, Lee Yu-rim, *The role of reproductive justice movements in challenging South Korea's abortion ban*, Health and Human Rights Journal, vol. 21, n°2, dec 2019, p.97-107.
- Kim Young-Mi, *Evolution of political parties and the party system in South Korea* dans Lim Sojin et Alsford Niki, Routledge handbook of contemporary South Korea, Routledge, 2021, p.65-81.
- Koch Hans-Georg, *Réflexions sur la situation de l'avortement dans une optique juridique comparative*, Déviance et société, vol. 14, n°4, 1990, p.437-444.
- Konuma Isabelle, « *Avortement, dépénalisation et droit à la vie du fœtus : le cas coréen au prisme de l'exemple japonais* », Tracés. Revue de Sciences humaines [En ligne], n°17, 2017, 23 janvier 2018 (en ligne), p. 237-245.
- Lang Andrej, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court* dans Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner et Andrej Lang, *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge University Press, 2020, Cambridge, pp 22-133.
- Lee Dong-Heub, *Development and current situation of the constitutional adjudication in Korea*, Seoul Law Journal, vol.53, n°2, Juin 2012, p.1-39.
- Lee Kang-Kook, *The past and future of constitutional adjudication in Korea*, dans Laurent Mayali et John Yoo, *Current Issues in Korean Law*, The Robbins Collection, Berkeley, 2014, p. 1-13.
- Lee On-Juk, *More gender equality but women still held back*, dans Kim Kyong-dong, *Social Change in Korea*, The Korea Herald, Insight into korean series, vol 2, p.167-174.
- Lee Sang-Kyung, *A comparative analysis of a pregnant woman's rights to abortion: notes on constitutional Courts' decisions of Abortion Laws in Germany and the United States, and their implications for Korean abortion laws*, Asian Women, vol.24, n°2, 2008, p. 76-101.
- Lim Ji-bong, *The Korean constitutional court, judicial activism and social change*, dans Tom Ginsburg, *Legal reform in Korea*, Routledge Curzon, 2004, p 19-36.
- Lim Ji-bong, *Judicial intervention in Policy-making by the constitutional Court in Korea*, dans Laurent Mayali et John Yoo, *Current Issues in Korean Law*, The Robbins Collection, Berkeley, 2014, p. 15-47.

Lim Soo Hyun, Jang Hae In, Lee Dong-Yun, Yoon Byung-Koo, Choi Doo-Seok, *Recent trends in contraceptive use among Korean adolescents: Results from a nationwide survey from year 2013 to 2015*, *Obstetrics & Gynecology Science*, vol 59, n°6, Novembre 2016 p.519-524.

McGuire John, *Should Abortion Be Decriminalized in Korea?*, *Korean Journal of Medical Ethics*, vol. 21, no 2, The Korean Society for Medical Ethics, Juin 2018, p. 129-142.

Malagodi Mara, *New Frontiers of Gender Constitutionalism in Asia, Part 1: Sexual and Reproductive Rights*, *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 13 mai 2021.

Mariat Kevin, *Consécration d'un droit à l'autodétermination de la fin de vie par la Cour constitutionnelle allemande*, *Actualité juridique. Famille*, Dalloz, 2020,

Mosler Hannes, *Political structure changes since 1948*, dans Lim Sojin et Alsford Niki, *Routledge handbook of contemporary south korea*, Routledge, 2021, p.65-81.

Mosler Hannes B., *The Constitutional Court as a facilitator of fundamental rights claiming in South Korea, 1988-2018* dans Celeste L. Arrington et Patricia Goedde, *Rights claiming in South Korea*, Cambridge University Press, 2021, Cambridge, p. 126-151.

Pacia Danielle M., *Reproductive Rights vs. Reproductive Justice: Why the Difference Matters in Bioethics*, 3 novembre 2020, Bill of health, Petrie-Flom Center, Harvard Law School.

Park Bok-soon, Kim Eun-ji, Kim Hyo-jung, Ko Hyeon-seung, Yu Gyeong-hui et Son Seo-hee, *The Child Maintenance Enforcement and Support System: A 5-Year Evaluation and Measures for Improvement*, KDWI abstract, 5p.

Park Chan-Wook, *Changing patterns of lawmaking in Korea*, dans *Political Change in Korea*, Insight into Korea series, vol.3, Korea Herald, Jimoondang, Paju, 2008, p. 240-256.

Po Jen Yap, *The Constitutional Court of Korea and systemic electoral barriers* dans Po Jen Yap, *Courts and democracies in Asia*, Cambridge University Press, 2017, p. 109-122.

Rahm Laura, *La convergence des politiques de lutte contre la sélection sexuelle prénatale: Corée du Sud, Inde et Vietnam*, *Critique internationale*, vol 4, n°77, Presses de Sciences Po, p.11-31.

Republic of Korea, *ElectionGuide Democracy Assistance & elections news*, consulté le 17 mai 2022, <https://www.electionguide.org/countries/id/114/>

Ross Loretta et collectif SisterSong Women of Color Reproductive Health, *What is reproductive justice ?*, dans *reproductive justice briefing book: a Primer on Reproductive Justice and Social Change*,

Seo Seung-Hyun, *Low fertility trend in the Republic of Korea and the problems of its family and demographic policy implementation*, *Population and Economics*, vol. 3, n°2, 2019, p. 29–35

Sung Woong-Kyu, *Abortion in South Korea: the law and the reality*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 23 octobre 2012, vol. 26, no 3, p. 278-305.

Tedesco Franc, *Abortion in Korea* dans Keown Damien, *Buddhism and abortion*, University of Hawaii Press, 1998, p. 121-155.

Thouvenin Daniel, « *Préface. L'avortement, une affaire de femmes* » et « *un droit pas comme les autres* », dans Brunet, Laurence et Guyard-Nedelec Alexandrine, « *Mon corps, mes droits* ». *L'avortement menacé ? Panorama socio-juridique : France, Europe, Etats-Unis*, Paris, Mare et Martin, 2019, p. 11-19.

Um Young-Rhan, *A study of the ethics of induced abortion in Korea*, Nursing Ethics, vol. 6 n°6, 1999, p. 507-514.

Wolman Andrew, *Abortion in Korea: a human rights perspective on the current debate over enforcement of the laws prohibiting abortion*, Journal of International Business and Law, volume 9, n°1, 2010, p. 153-174.

Yang Hyun-Ah, « *Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement* », Tracés. Revue de Sciences humaines, n°17, 2017, 23 janvier 2018 (en ligne), p. 195-236.

Yoon Jin-Shin, *Proportionality in South Korea. Contextualizing the Cosmopolitan Rights Grammar* dans Po Jen Yap, *Proportionality in Asia*, Cambridge University Press, 2020, p. 81-102.

Yoon Jin-Shin, *Gender and Constitutional Rights Review:South Korea's Dynamic Development*, Présentation powerpoint, Seoul National University, Janvier 2019.

Yoon Jong-Bin, *Causes and consequences of deadlock in the Assembly*, dans Political Change in Korea, Insight into Korea series, vol.3, Korea Herald, Jimoondang, Paju, 2008, p.257-263.

Yun Jeong-In, « *Recent abortion decision of Korean Constitutional Court* », IACL-AIDC Blog, 31 juillet 2019.

### C. Articles de journaux

Bae Ji-hyun, Kang Jae-gu, *Abandoned by their families, young parents turn to illegal loaning businesses*, 27 janvier 2020, Hankyoreh.

Bae Ji-sook, *Move Underway to legalize abortion*, TheKoreaTimes, 4 décembre 2017.

Bernard Marie-Violette, *Yoon Suk-yeol, le président antiféministe qui veut ramener la Corée du Sud dans la « norme conservatrice »*, Franceinfo, 10 avril 2022.

Choe Sang-Hun, *The New Political Cry in South Korea: 'Out With Man Haters'*, TheNewYorkTimes, 1 janvier 2022.

Euronews., *Spain legalises euthanasia and assisted suicide despite conservative opposition*, 18 mars 2021.

Euronews., *Portugal's constitutional court blocks law decriminalising euthanasia*, 16 mars 2021.

Le Figaro, *Portugal : le président oppose son veto à la dépénalisation de l'euthanasie*, 30 novembre 2021, Le Figaro.

Gunia Amy, *How South Korea's Yoon Suk-yeol Capitalized on Anti-Feminist Backlash to Win the Presidency*, Time, 10 mars 2022.

Jung Min-Ho, *Over 76% of Koreans support legalizing euthanasia*, TheKoreaTimes, 25 mai 2022.

Kang Hyun-kyung, *President Yoon says he's late learner on gender equality*, TheKoreaTimes, 30 mai 2022.

Kang Jae-gu, *S. Korean parents under 24 face economic difficulties and social prejudice*, 27 janvier 2020, Hankyoreh.

Kang Jin-Kyu, *S. Korean "goose fathers" so lonely they keep flies*, Reuters, 17 mai 2012.

Kim Eun-bin, *3 ans après l'inconstitutionnalité du crime d'avortement... Le parlement et le gouvernement qui ont abandonné la législation alternative*, [낙태죄 위헌 3년... 대체입법 손 놓은 정부·국회,] ,Kukinews, 12 avril 2022 [Coréen].

Kim Jung-pil, *S. Korea to maintain abortion laws but allow pregnancy termination up to 14 weeks*, 7 octobre 2020, Hankyoreh.

Lee Hyo-Jin, *Medical experts, drug ministry divided over abortion pill*, TheKoreaTimes, 9 décembre 2021.

Lee Hyo-Jin, *Cheong Wa Dae online petition platform comes to an end*, TheKoreaTimes, 8 mai 2022.

Lee Hyo-jin, *Abortion consultation included in health insurance*, TheKoreaTimes, 3 août 2021.

Maija Devine, *Year of ox: Lucky for Girl babies to be born?*, The KoreaTimes, 10 février 2021.

Missions étrangères de Paris, *Dans son message de Noël, l'archevêque de Séoul appelle au « respect de la vie humaine*, Eglises d'Asie - Corée du Sud, 21 décembre 2017.

Nam Hyun-Woo, *Voter turnout hits lowest since 2002*, TheKoreaTimes, 1 juin 2022.

Organisation Mondiale de la Santé, *Avortement*, 25 novembre 2021, <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/abortion>.

Park Yoon-kyung, *Women still prosecuted for abortions despite Constitutional Court's ruling saying its unconstitutional*, 19 avril 2020, Hankyoreh.

TheKoreaTimes, *Korea's childbirth drop 4.2% in march*, TheKoreaTimes, 25 mai 2022.

Tizzard David, *Korean dramas vs K-dramas: What is a mother?*, TheKoreaTimes, 30 avril 2022.

Tizzard David A., *Korean civilization: Birth and death*, TheKoreaTimes, 15 janvier 2022.

Trépanier Antoine, *Les libéraux pourraient légiférer sur l'avortement au Canada*, 4 mai 2022, leDroit numérique.

Yang Jeong-Woo, *주교회의 "이재명·윤석열·심상정 낙태 관련 입장 교회와 반대* » [*Lee Jae-Myung, Yoon Suk-Yeol, Sim Sang-Jung naktae gwannyeon ibjang gyohoe-wa bandae*], Points de vue de Lee Jae-Myung, Yoon Suk-Yeol, Sim Sang-Jung sur l'avortement contraire à l'Église, Yonhap News, 25 février 2022.

## Annexes

ANNEXE 1: Chapitre 27 du Code pénal de Corée du Sud de 1953, Korea Legislation Research Institute, ([https://elaw.klri.re.kr/eng\\_service/lawView.do?hseq=28627&lang=ENG](https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=28627&lang=ENG))

### **CHAPTER XXVII THE CRIMES OF ABORTION**

#### **Article 269 (Abortion)**

- (1) A woman who procures her own miscarriage through the use of drugs or other means shall be punished by imprisonment for not more than one year or by a fine not exceeding two million won. <Amended by Act No. 5057, Dec. 29, 1995>
- (2) The provision of paragraph (1) shall apply to a person who procures the miscarriage of a female upon her request or with her consent. <Amended by Act No. 5057, Dec. 29, 1995>
- (3) A person who in consequence of the commission of the crime of the as referred to in paragraph (2), causes the injury of a woman, shall be punished by imprisonment for not more than three years. When one causes her death in consequence of the commission of the crime as referred to in paragraph (2), he shall be punished by imprisonment for not more than seven years. <Amended by Act No. 5057, Dec. 29, 1995>

#### **Article 270 (Abortion by Doctor, etc., Abortion without Consent)**

- (1) A doctor, herb doctor, midwife, pharmacist, or druggist who procures the miscarriage of a female upon her request or with her consent, shall be punished by imprisonment for not more than two years. <Amended by Act No. 5057, Dec. 29, 1995>
- (2) A person who procures the miscarriage of a female without request or consent, shall be punished by imprisonment for not more than three years.
- (3) When, in consequence of his commission of the crime as referred to in paragraph (1) or (2), the female is injured, he shall be punished by imprisonment for not more than five years. When she dies, he shall be punished by imprisonment for not more than ten years. <Amended by Act No. 5057, Dec. 29, 1995>
- (4) In the case of the preceding three paragraphs, suspension of qualifications for not more than seven years shall be concurrently imposed.

ANNEXE 2: Article 14 du Mother and Child Health Act (1973) dans sa dernière version amendée, ([https://elaw.klri.re.kr/eng\\_mobile/viewer.do?hseq=33648&type=part&key=38](https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=33648&type=part&key=38))

#### **Article 14 (Limited Permission for Induced Abortion Operations)**

- (1) A medical doctor may perform an induced abortion operation with the consent of the pregnant woman herself and her spouse (including persons in a de facto marital relationship; hereinafter the same shall apply) only in the following cases:
  1. Where she or her spouse suffers from any eugenic or genetic mental disability or physical disease prescribed by Presidential Decree;
  2. Where she or her spouse suffers from any contagious disease prescribed by Presidential Decree;
  3. Where she is impregnated by rape or quasi-rape;
  4. Where pregnancy is taken place between relatives by blood or by marriage who are legally unable to marry;
  5. Where the maintenance of pregnancy severely injures or might injure the health of the pregnant woman for health or medical reasons.
- (2) In the case of paragraph (1), if it is impossible to obtain the spouse's consent due to his/her death, disappearance, unknown whereabouts, or other extenuating circumstances, the operation may be performed only with the principal's consent.
- (3) In the case of paragraph (1), if the woman or her spouse is unable to express her or his/her intention by any mental or physical disability, his/her consent may be substituted by the consent by a person with parental authority or guardian, and if there is no person with parental authority or guardian, his/her consent may be substituted by the consent by a person who is liable to support her or him.

[This Article Wholly Amended by Act No. 9333, Jan. 7, 2009]

ANNEXE 3: Article 15 du décret d'application du *Mother and Child Health Act* dans sa dernière version amendée,

### **Article 15 (Limited Permission for Induced Abortion Operations)**

- (1) Only those who have been pregnant for not more than 24 weeks may undergo an induced abortion operation under Article 14 of the Act.
- (2) Eugenic or genetic mental disabilities or physical diseases due to which an induced abortion operation may be performed pursuant to Article 14 (1) 1 of the Act, shall be achondrogenesis, cystic fibrosis, and other genetic diseases, which expose embryos to high risk.
- (3) Infectious diseases due to which an induced abortion operation may be performed pursuant to Article 14 (1) 2 of the Act, shall be German measles, toxoplasmosis, and other infectious diseases which medically expose embryos to high risk.

ANNEXE 4: Traduction du Projet d'amendement partiel du Code pénal n°5733 du 25 novembre 2020.

Une partie du Code pénal est amendée comme suit.

L'article 270-2 est créé comme suit.

Article 270-2 (Condition d'autorisation de l'avortement)

1. Un acte de l'article 269 alinéa 1, alinéa 2 et de l'article 270 alinéa 1 ne sera pas puni lorsqu'il est fait dans les 14 semaines de grossesse par un médecin selon les méthodes médicalement admises.
2. Un acte de l'article 269 alinéa 1, alinéa 2 et de l'article 270 alinéa 1 ne sera pas puni lorsqu'il est fait dans les 24 semaines de grossesse par un médecin selon les méthodes médicalement admises pour les cas qui correspondent aux situations suivantes:
  - a. Le cas où la femme est tombée enceinte suite à un viol, un quasi-viol ou des actions pénalement réprimées.
  - b. Le cas où la femme est tombée enceinte dans une relation de parenté ne permettant pas légalement le mariage et dans une relation des parents par alliance.
  - c. Les cas qui correspondent aux conditions des alinéas suivants:
    - (1) La continuité de la grossesse, pour des raisons sociales et économiques, met la femme enceinte dans une situation difficile grave ou l'expose à une forte anxiété.
    - (2) La femme enceinte a reçu une consultation sur le maintien et l'arrêt de la grossesse conformément à la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant, et que 24 heures se sont écoulées depuis.
  - d. Le cas où la poursuite de la grossesse, pour des raisons médicales ou de santé, nuit sérieusement à la santé de la femme enceinte ou risque de le faire.
3. Dans le cas où la femme enceinte, a reçu suffisamment d'informations sur la poursuite de la grossesse, l'accouchement et l'éducation des enfants au travers de la consultation sur le maintien et l'arrêt de la grossesse conformément à la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant, et prend la décision qu'elle ne peut pas poursuivre la grossesse après mûre réflexion, elle est présumée correspondre au 2.C.(1).

ANNEXE 5: Traduction sélectionnée des propositions d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant et du Code Pénal

- Annexe 5.1: Propositions jointes d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant n°19802 et d'amendement partiel du Code pénal n°19829 du 15 avril 2019. Traduction de la proposition d'amendement partiel du Code pénal.

Une partie du Code pénal est amendée comme suit.

Chapitre 27: Crime d'avortement provoqué

L'article 269 est supprimé.

Le titre de l'article 270 est modifié de « avortement par un doctor, avortement sans consentement de la femme » à « avortement provoqué », l'alinéa 1 du même article est supprimé, l'alinéa 2 du même article est modifié de « fausse-couche d'une femme sans sa demande ou son consentement » à « avortement provoqué sans consentement », l'alinéa 3 est modifié de « alinéa 1 et 2 » à « alinéa 2 », de « 5 ans » à « 7 ans », dans la dernière partie de « ne dépassant pas 10 ans » à « 3 ans ou plus », l'alinéa 4 est modifié de « trois paragraphes précédents » à « alinéa 2 et 3 ».

- Annexe 5.2: Propositions jointes d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant n°4484 et d'amendement partiel du Code pénal n°4483 du 12 octobre 2020. Traduction de la proposition d'amendement partiel du Code pénal

Une partie du Code pénal est amendée comme suit.

Les articles 269 et 270 du Chapitre 27 de la Partie 2 est supprimé.

- Annexe 5.3: Propositions jointes d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant n°4983 et d'amendement partiel du Code pénal n°4979 du 5 novembre 2020.

Sur la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant,

L'article 14 est supprimé

Article 14- 2. Il faut garantir le droit à l'auto-détermination de la femme enceinte de maintenir ou d'arrêter sa grossesse.

Sur le Code pénal,

Une partie du Code pénal est amendée comme suit.

[Autres amendements sur l'article 10 du Code pénal sur le handicap non pertinents pour notre étude]

Les articles 269 et 270 du Chapitre 27 de la Partie 2 sont supprimés.

- Annexe 5.4: Propositions jointes d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant n°5311 et d'amendement partiel du Code pénal n°5295 du 13 novembre 2020.

Sur la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant,

L'article 14 est supprimée et les articles 14-2 à 14-4 encadre le contenu de la consultation et la procédure autorisée pour l'avortement.

Sur le Code pénal,

Une partie du Code pénal est amendée comme suit.

Le paragraphe 4 de l'article 269 est créé comme suivant:

Toute personne faisant en sorte que la femme commette un crime du paragraphe 1 ou 2 est punie par la même peine que le paragraphe 1

L'article 270-2 est créé comme suivant:

Article 270-2 (Limites à l'autorisation d'avortement)

1. Les actes des articles 269 paragraphes 1 et 2 et de l'article 270 paragraphe 1 ne seront pas punis s'ils sont faits dans les 6 premières semaines de la grossesse par un médecin selon des méthodes reconnus médicalement.
2. Les actes des articles 269 paragraphes 1 et 2 et de l'article 270 paragraphe 1 ne sont pas punis s'ils sont faits dans les 10 premières semaines de la grossesse par un médecin selon des méthodes reconnus médicalement pour les cas qui correspondent aux situations suivantes. Cependant, pour les cas qui correspondent à (b), les femmes enceintes reçoivent une consultation tel qu'établie dans la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant et doivent attendre au moins 7 jours.
  1. Le cas où la femme est tombée enceinte dans une relation de parenté ne permettant pas légalement le mariage ou dans une relation des parents par alliance.
  2. Le cas où il est évident que la continuité de la grossesse rend impossible ou arrête la vie familiale et sociale de la femme enceinte.
3. Les actes des articles 269 paragraphes 1 et 2 et de l'article 270 paragraphe 1 ne seront pas punis dans les cas où la poursuite de la grossesse pour des raisons médicales nuit à la santé de la mère ou la grossesse est causé par un viol ou quasi-viol ou si cela nuit gravement à la vie de la femme enceinte

pour des raisons évidentes s'ils sont faits dans les 20 premières semaines de la grossesse par un médecin selon des méthodes reconnus médicalement.

- Annexe 5.5: Propositions jointes d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant n°5854 et d'amendement partiel du Code pénal n°5847 du 27 novembre 2020.

#### Sur la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant,

Une partie de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant est amendée comme suit.

L'article 2 paragraphe 7 est modifié de « opération d'interruption de grossesse» à « interruption de grossesse», « le foetus » en « le *foetus* par des moyens médicaux par médicaments ou par opération etc», « opération » par « acte ».

L'article 7 paragraphe 1 alinéa a-(2) est créé comme suit (Article sur les organisations et associations de l'Etat et des collectivités locales sur les questions de santé des mères et des enfants).

Article 7.1.a.(2), points en lien avec l'interruption de grossesse des femmes enceintes.

L'article 12 voit son titre modifié de « Prévention de l'interruption de grossesse etc.» à « Pour la promotion de la santé reproductive», le paragraphe 1 est supprimé, le paragraphe 3 est créé comme suit.

Article 12.3. L'Etat et les collectivités locales, afin de promouvoir la santé reproductive des citoyens, peuvent mettre en place les projets suivants:

- a. Education et promotion de la contraception.
- b. Aide psychologique et offre d'informations globales en lien avec la grossesse et l'accouchement etc.
- c. Recherche et enquêtes en lien avec l'interruption de grossesse.
- d. Projets en rapport avec la santé reproductive.

L'article 13 est créé comme suit.

L'article 13 (Garantie du droit à l'auto-détermination de la femme enceinte) Il faut garantir le droit à l'auto-détermination de la femme enceinte à propos de l'arrêt ou du maintien de la grossesse.

L'article 14 est fait comme suit.

Article 14 (Etendue de l'autorisation de l'avortement provoqué) Les médecins ne peuvent interrompre artificiellement la grossesse que dans le cas où ils reçoivent le consentement de la femme enceinte elle-même.

L'article 26 (Omis → Nouvel alinéa qui ajoute à la liste des personnes pénalement sanctionnées le médecin qui n'a pas respecté les prescriptions de l'article 14 sur l'avortement soit le consentement de la femme)

L'article 28 est supprimé.

#### Sur le Code pénal,

Une partie du Code pénal est amendée comme suit.

(Changement de l'article 11 omis pour manque de pertinence ici)

Les articles 269 et 270 du Chapitre 27 de la Partie 2 sont supprimés.

- Annexe 5.6: Propositions jointes d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant n°6020 et d'amendement partiel du Code pénal n°6017 du 1 décembre 2020. Traduction de la proposition d'amendement partiel du Code pénal

Une partie du Code pénal est amendée comme suit.

L'article 269 paragraphe 2 est fait comme suit, le paragraphe 3 est supprimé.

Article 269. 2. Une personne qui blesse la femme en commettant l'acte du paragraphe 1 est puni d'au plus 3 ans d'emprisonnement. Si cela résulte en un décès, il est puni au plus de 7 ans d'emprisonnement.

L'article 270 voit son titre modifié de « avortement par un médecin etc.» à « avortement par un tiers» et son alinéa 1 est modifié de « médecin, herboriste, sage-femme, pharmacien et vendeur de médicament» à « quiconque».

L'article 270-2 et 270-3 sont créés comme suit.

L'article 270-2 (Circonstances excluant l'illicéité de l'avortement)

1. Les actes des articles 269 paragraphes 1 et 2 et de l'article 270 paragraphe 1 ne sont pas punis dans les cas où la poursuite de la grossesse menacent la vie de la femme enceinte s'il est fait selon des méthodes reconnues médicalement dans un établissement médical désigné selon la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant.
2. Les actes des articles 269 paragraphes 1 et 2 et de l'article 270 paragraphe 1 ne sont pas punis dans les cas qui correspondent aux alinéas suivants dans les 10 premières semaines de la grossesse s'ils sont faits selon des méthodes reconnues médicalement dans un établissement médical désigné selon la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant. Cependant, en ce qui concerne les cas de l'alinéa b, la femme enceinte doit recevoir une consultation tel qu'établie par la loi sur la santé de la mère et de l'enfant et doit attendre que s'écoulent au moins 72 heures
  - a. Les cas où la grossesse résulte d'un viol ou d'un quasi-viol.
  - b. Les cas où la femme enceinte ne souhaite pas poursuivre sa grossesse pour des raisons économiques et sociales.

L'article 270-3 (interdiction de publicité ou d'être un entremetteur pour l'avortement) Toute personne qui fait la publicité ou joue les entremetteurs pour un avortement est puni d'une peine d'emprisonnement d'un an au plus ou d'une amende de 200 000 wons.

- Annexe 5.7: Propositions d'amendement partiel de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant n°7367 du 14 janvier 2021.

Une partie de la Loi sur la santé de la mère et de l'enfant est amendée comme suit.

L'article 2 paragraphe 7 est modifié de « opération d'interruption de grossesse» à « interruption de grossesse», « le fœtus » en « le *foetus* par des moyens médicaux par médicaments ou par opération etc», « opération » par « acte ».

L'article 14 voit son titre modifié de « Limites à l'autorisation de l'opération d'interruption de grossesse » à « Etendue de l'autorisation d'interruptions de grossesse», le paragraphe 1 est modifié de « de la femme enceinte elle-même et de son époux (incluant les personnes qui sont dans une relation marital *de facto*)» à « la femme enceinte elle-même » [*partie sur le consentement nécessaire à l'intervention*] et « opération d'interruption de grossesse » à « interruption de grossesse », les paragraphes 2 et 3 sont tous les deux supprimés.

L'article 14-2 est créé comme suit.

Article 14-2.

1. Conformément à la Loi sur l'assurance maladie nationale, la sécurité sociale doit prévoir de prendre en charge les interruptions de grossesse.
2. Conformément à l'alinéa 1, l'étendue, la méthode, la procédure des prestations et les autres points nécessaires sont décidées par ordonnance du Ministère de la santé et de la protection sociale.

L'article 28 est supprimé.

ANNEXE 6: Yang Hyun-Ah, « Le recours constitutionnel contre le délit d'avortement et la voix des femmes : une étude des perceptions de l'expérience de l'avortement », Tracés. Revue de Sciences humaines, n°17, 2017, §18.

**Tableau 2. Nombre de procès intentés et de poursuites engagées pour délit d'avortement**

Année <sup>a</sup>	Total	Poursuites	Classement sans suite	Année	Total	Poursuites	Classement sans suite
1964	130	29	101	1987	37	5	32
1965	137	37	100	1988	31	4	27
1967	68	26	42	1989	26	7	19
1968	77	24	53	1990	42	6	36
1969	80	36	44	1991	33	9	24
1970	43	18	25	1992	15	6	9
1971	66	26	40	1993	32	8	24
1972	62	16	46	1994	37	0	37
1973	40	11	29	1995	40	1	39
1974	27	3	24	1996	30	4	26
1975	39	9	30	1997	36	1	35
1976	45	4	41	1998	56	3	53
1977	29	7	22	1999	66	10	56
1978	26	5	21	2000	70	11	59
1979	25	6	19	2001	77	12	65
1980	40	5	35	2002	48	8	40
1981	51	13	38	2003	41	8	33
1982	38	5	33	2004	31	3	28
1983	48	12	36	2005	31	2	29
1984	33	1	32	2006	37	5	32
1985	27	4	23	2007	15	2	13
1986	29	1	28	2008	44	7	37

a. NDT : l'année 1966 n'apparaît pas dans le texte original de Yang Hyunah.

I. Full Opinions

1. *Case on the Crimes of Abortion*

[2017Hun-Ba127, April 11, 2019]

Case

Constitutional Complaint against Article 269 Section 1 of the Criminal Act, etc.

Case No. 2017Hun-Ba127

Petitioner

Jeong\_\_\_\_-Won

Legal representatives listed in Appendix

Original Case

Gwangju District Court, 2016GoDan3266 Violations of the Medical Act, etc.

Decided

April 11, 2019

**Holding**

Both Article 269 Section 1 and the part concerning “doctor” in Article 270 Section 1 of the Criminal Act (amended by Act No. 5057 on December 29, 1995) are nonconforming to the Constitution. These provisions are to be applied until the legislature amends them by December 31, 2020.

**Reasoning**

I. Overview of the Case

The Petitioner is an obstetrician-gynecologist who obtained her medical license on March 31, 1994. The Petitioner was indicted for performing

69 abortions from November 1, 2013 to July 3, 2015, upon the requestor with the consent of the pregnant women (abortion by the medical profession with the woman's consent) (Gwangju District Court 2016 GoDan3266). While her case was still pending before the trial court, the Petitioner filed a motion to request the trial court to refer the case to the Constitutional Court for constitutional review, advancing (1) a primary argument that Article 269 Section 1 and Article 270 Section 1 of the Criminal Act were unconstitutional and (2) a secondary argument that it would be unconstitutional to interpret the object of an abortion in these provisions as including that of a fetus within the first three months (Gwangju District Court 2016ChoGi1322). As such motion was rejected on January 25, 2017, the Petitioner filed this constitutional complaint against the above provisions on February 8, 2017 based on the same grounds.

## II. Subject Matter of Review

The Petitioner's primary argument is that Article 269 Section 1 and Article 270 Section 1 of the Criminal Act are unconstitutional. As a secondary argument, the Petitioner asserts that it is unconstitutional to interpret the object of an abortion in these provisions as including that of a fetus within the first three months. However, since this secondary argument is merely a qualitative partial argument of the primary argument, it does not constitute a separate subject matter of review; but it will be addressed when the Court considers the constitutionality of above provisions (*see* 2015Hun-Ba176, May 26, 2016; 2016Hun-Ma47, September 29, 2016, etc.).

Meanwhile, although the Petitioner seeks to challenge the constitutionality of the whole text of Article 270 Section 1 of the Criminal Act, the Court will limit the scope of the review to the part concerning "doctor" therein, since this is the part that applies to the Petitioner.

Thus, the subject matter of review in this case is whether (1) Article

269 Section 1 of the Criminal Act (amended by Act No. 5057 on December 29, 1995) (hereinafter referred to as the “Self-Abortion Provision”) and (2) the part concerning “doctor” in Article 270 Section

1 of this Act (hereinafter referred to as the “Abortion by Doctor Provision”) violate the Constitution.

#### A. Provisions at Issue

Criminal Act (amended by Act No. 5057 on December 29, 1995) Article 269 (Abortion)

(1) A woman who procures her own miscarriage through the use of drugs or other means shall be punished by imprisonment for not more than one year or by a fine not exceeding two million won.

Article 270 (Abortion by Doctor, etc., Abortion without Consent)

(1) A doctor, herb doctor, midwife, pharmacist, or druggist who procures the miscarriage of a woman upon her request or with her consent, shall be punished by imprisonment for not more than two years.

#### B. Related Provisions

Mother and Child Health Act (amended by Act No. 9333 on January 7, 2009)

Article 14 (Limited Permission for Induced Abortion Operations)

(1) A medical doctor may perform an induced abortion operation with the consent of the pregnant woman herself and her spouse (including persons in a *de facto* marital relationship; hereinafter the same shall apply) only in the following cases:

1. Where she or her spouse suffers from any eugenic or genetic mental disability or physical disease prescribed by Presidential Decree;
2. Where she or her spouse suffers from any contagious disease prescribed by Presidential Decree;
3. Where she is impregnated by rape or quasi-rape;

4. Where pregnancy is taken place between relatives by blood or by marriage who are legally unable to marry;
5. Where the maintenance of pregnancy severely injures or is likely to injure the health of the pregnant woman for health or medical reasons.

Article 28 (Exemption from Application of the Criminal Act)

No person who undergoes or performs an induced abortion operation under this Act shall be punished, notwithstanding Articles 269 (1) and (2) and 270 (1) of the Criminal Act.

Enforcement Decree of the Mother and Child Health Act (amended by Presidential Decree No. 21618 on July 7, 2009)

Article 15 (Limited Permission for Induced Abortion Operations)

- (1) Only those who have been pregnant for not more than 24 weeks may undergo an induced abortion operation under Article 14 of the Act.

### III. Petitioner's Arguments and the Trial Court's Reason for Rejecting the Petitioner's Motion to Request for Constitutional Review

#### A. Petitioner's Arguments

##### 1. Self-Abortion Provision

The Self-Abortion Provision restricts (1) a woman's right to determine her own destiny by abridging the freedom to decide whether and when to become pregnant and give birth, (2) a pregnant woman's right to health by limiting her access to a safe abortion procedure at an early stage of pregnancy, (3) a pregnant woman's right to bodily integrity and right to protection of motherhood by forcing her to maintain the unwanted pregnancy and to give birth and thus impairing her biological and psychological health, and (4) a woman's right to equality by imposing the burdens of unwanted pregnancy and childbirth on her alone.

A fetus does not have the same level of existence as its mother and is not a being distinct from her, because it is completely dependent on her for its life and growth. Thus, the fetus is not entitled to right to life. Moreover, the Self-Abortion Provision is not an appropriate means of protecting the life of the fetus and the life and body of the pregnant woman, because the imposition of punishment for an abortion does not influence a decision to terminate pregnancy, and because abortion is rarely penalized under this Provision in practice. Additionally, with only a few exceptions referred to in the Mother and Child Act, the Self-Abortion Provision imposes indiscriminately uniform punishment on all abortions procured by pregnant women; as a result, it violates the rule against excessive restriction, as well as a pregnant woman's right to self-determination, right to health, right to bodily integrity, right to protection of motherhood, and right to equality.

## 2. Abortion by Doctor Provision

An abortion procured by a non-medical professional is more dangerous and greater in its illegality than one performed by a doctor. However, the Abortion by Doctor Provision stipulates only imprisonment for the doctor who procures an abortion, while the abortion with the woman's consent provision (Article 269 Section 2 of the Criminal Act) provides a fine or imprisonment. As a result, the Abortion by Doctor Provision violates the principle of equality and infringes the freedom of occupation of a doctor.

### **B. Trial Court's Reason for Rejecting the Petitioner's Motion to Request for Constitutional Review**

The Constitutional Court has already held that Article 270 Section 1 of the Criminal Act does not violate the Constitution based on the conclusion that the Self-Abortion Provision is constitutional. Further, we see no change in circumstances sufficient to warrant reconsideration of the constitutionality of these provisions.

## IV. Review

### A. Crimes of Abortion: General

#### 1. Meaning of “Abortion”

“Abortion” means the artificial expulsion of a fetus from the mother’s body before the due date, or the killing of the fetus inside the mother’s body. Such an act constitutes the crimes of abortion, and whether the fetus is dead or alive as a result of that act is not material to the establishment of the crimes of abortion (*see* Supreme Court Decision 2003Do2780, April 15, 2005). “Abortion” has a wider meaning than “induced abortion operation” referred to in the Mother and Child Health Act, because it includes the artificial expulsion of the fetus from the mother’s body at the point of viability.

#### 2. History of the Crimes of Abortion

##### (a) History of the Criminal Act

Article 269 Section 1 of the Criminal Act was enacted by Act No. 293 on September 18, 1953. It punished abortions procured by pregnant women by providing that “A woman who procures her own miscarriage through the use of drugs or other means shall be punished by imprisonment for not more than one year or by a fine not exceeding ten thousand hwan.” Section 2 of the same Article provided the same penalties as Section 1 thereof for a person who procured the miscarriage of a woman upon her request or with her consent, and Section 3 of the same Article imposed aggravated punishment on a person who in consequence of the commission of the crime as referred to in Section 2, caused the injury or death of a woman. Article 270 Section 1 of the same Act criminalized abortions performed by doctors or other medical professionals by stipulating that “A doctor, herb doctor, midwife, pharmacist, or druggist who procures the miscarriage of a woman upon her request or with her

consent, shall be punished by imprisonment for not more than two years.” Section 2 of the same

Article penalized a person who procured the miscarriage of a woman without her request or consent, and Section 3 of the same Article imposed aggravated punishment on a person who in consequence of the commission of the crimes as referred to in Section 1 or 2, caused the injury or death of a woman. All the above provisions did not provide exceptions under which an abortion is not criminalized. On December 29, 1995, the Criminal Act was amended by Act No. 5057 to make minor revisions to Articles 269 and 270, including replacement of the phrase “a fine not exceeding ten thousand hwan” in Article 269 Section 1 with “a fine not exceeding two million won” and the term “accoucheuse” in Article 270 Section 1 with “midwife.” However, that amendment did not alter the substantive content of Articles 269 and 270, and the content has remained unmodified to the present day.

(b) History of the Mother and Child Health Act

The Mother and Child Health Act was enacted by Act No. 2514 on February 8, 1973. It granted limited permission for induced abortion operations. Article 2 Item 4 of the above Act defined the term “induced abortion operation” as “an operation to artificially remove an embryo and any of its appendages from a mother's body at a time when the embryo is deemed unable to survive outside the mother's body,” and Article 8 Section 1 of the same Act provided that “A doctor may conduct an induced abortion operation with the consent of the pregnant woman herself and her spouse (including a person having a de facto marital relation) only in cases (1) where she or her spouse suffers from any eugenic or genetic mental disability or physical disease prescribed by Presidential Decree; (2) where she or her spouse suffers from any contagious disease prescribed by Presidential Decree; (3) where she is impregnated by rape or quasi-rape; (4) where pregnancy is taken place between relatives by blood or by marriage who are legally unable to marry; and (5) where the maintenance of pregnancy severely injures or is likely to injure the health of the pregnant woman for health or medical

reasons.” Article 12 of the same Act prescribed that “No person who undergoes or performs an induced abortion operation under this Act shall be punished, notwithstanding Article 269 Sections 1 and 2 and Article 270 Section 1 of the Criminal Act.” Article 3 Section 1 of the Enforcement Decree of the same Act prescribed that “Only those who are within 28 weeks from the date of conception may undergo an induced abortion operation under Article 8.”

The Mother and Child Health Act was wholly amended by Act No. 3824 on May 10, 1986 by moving the above provision on limited permission for induced abortion operations in Article 8 Section 1 to Article 14 Section 1 and making only minor changes in its style and wording. And on January 7, 2009, Article 14 Section 1 of the same Act was amended by Act No. 9333 to make minor revisions, including replacement of the phrase “severely injures or is likely to injure the health of the pregnant woman” in Item 5 of the same Article with “severely injures or is likely to injure the health of the pregnant woman.” The substantive content of the amended provision has remained unmodified to the present day.

The amendment to Article 15 of the Enforcement Decree of the Mother and Child Health Act by Presidential Decree No. 21618 on July 7, 2009, changed the legal time limit for induced abortion operations from 28 to 24 weeks. The amendment also slightly narrowed the scope of permissible induced abortion operations by deleting diseases considered as curable or lacking a medical basis for their existence from the list of eugenic or genetic mental disabilities, physical diseases, and infectious diseases.

### 3. Crimes of Abortion under Current Law

(a) While Chapter 27 “Crimes of Abortion” of the Criminal Act imposes a complete ban on abortions, the Mother and Child Act permits abortions in several cases where a person undergoes or performs an induced abortion operation for certain medical, eugenic, or moral indications by exempting those cases from the abortion ban under the

Criminal Act. In other words, our legal system regulating abortions operates as a dualized system: the Criminal Act, which sets forth the crimes of abortion, and the Mother and Child Health Act, which enumerates several justifications by which abortions are legally permitted.

(b) The crime of self-abortion (Article 269 Section 1 of the Criminal Act) penalizes the procurement of an abortion by a pregnant woman herself. The commission of this crime constitutes the basic element of abortion offenses, and the crime of abortion with the consent of a pregnant woman (Article 269 Section 2 of the Criminal Act) is established when a person procures the miscarriage of the pregnant woman upon her request or with her consent. The crime of abortion by a health professional with the consent of a pregnant woman (Article 270 Section 1 of the Criminal Act) is established when a doctor, herb doctor, midwife, pharmacist, or druggist procures the miscarriage of the pregnant woman upon her request or with her consent, and the commission of this offense is an aggravating element of the crime of abortion with the consent of a pregnant woman because these abortion providers bear increased culpability based on their professions. The crime of abortion by a health professional with the consent of a pregnant woman and the crime of self-abortion are classified as “two-way criminality,” a theoretical concept involving two or more perpetrators who approach the same goal—the commission of an abortion—by fulfilling constituent elements of the crime from different directions (*see* 2010Hun-Ba402, August 23, 2012). The commission of the crime of abortion without the consent of a pregnant woman (Article 270 Section 2 of the Criminal Act) aggravates the unlawfulness of the crime of self-abortion, and the crime of abortion causing injury or death of a pregnant woman (Article 269 Section 3 and Article 270 Section 3 of the Criminal Act) severely penalizes the consequently aggravated crime of abortion with the consent of a pregnant woman, the crime of abortion by a health professional with the consent of a pregnant woman, and the crime of abortion without the consent of a pregnant woman.

As this shows, the Self-Abortion Provision provides punishment for an

abortion procured by a pregnant woman who desires it, and other forms of abortion, including one performed without the consent of a pregnant woman, are punishable under provisions other than the Self-Abortion Provision. Therefore, hereinafter, the term “abortion” used in relation to the Self-Abortion Provision will mean an abortion procured by a pregnant woman who desires it.

(c) Article 14 Section 1 of the Mother and Child Health Act allows exceptions to the ban on abortions only under the following five cases: A doctor may conduct an induced abortion operation with the consent of the pregnant woman herself and her spouse only (1) where the pregnant woman and her spouse suffers from any eugenic or genetic mental disability or physical disease; (2) where she and her spouse suffers from any contagious disease; (3) where she is impregnated by rape or quasi-rape; (4) where pregnancy is taken place between relatives by blood or by marriage who are legally unable to marry; and (5) where the maintenance of pregnancy severely injures or is likely to injure the health of the pregnant woman for health or medical reasons. Only those who have been pregnant for not more than 24 weeks may undergo an induced abortion operation in these cases (Article 15 Section 1 of the Enforcement Decree of the Mother and Child Health Act), and they shall not be punished notwithstanding Article 269 Sections 1 and 2 and Article 270 Section 1 of the Criminal Act (Article 28 of the Mother and Child Health Act).

## **B. Precedent**

On August 23, 2012, the Court, by a vote of four constitutional and four unconstitutional, declared the Self-Abortion Provision and the part of Article 270 Section 1 of the Criminal Act relating to “midwife”—one that provides punishment of imprisonment for not more than two years for a midwife who procures the miscarriage of a woman upon her request or with her consent—constitutional, because it determined that (1) the former did not infringe the right to self-determination of a pregnant

woman; and (2) the latter did not violate the principle of proportionality between criminal culpability and punishment, or the principle of equality (2010Hun-Ba402, on August 23, 2012).

Four Justices dissented from that decision on the grounds that (1) the Self-Abortion Provision was unconstitutional because it infringed the right to self-determination of a pregnant woman by imposing a complete and uniform ban on abortions, even those procured in the early stages of pregnancy; and that (2) the part of Article 270 Section 1 of the Criminal Act relating to “midwife” was unconstitutional for the same reason that the Self-Abortion Provision was unconstitutional. One Justice wrote a separate concurring opinion to the dissenting opinion by noting an additional view that abortions should be legal in the early stages of pregnancy and this legalization must be accompanied by legislation (1) requiring a pregnant woman to make an abortion decision after careful consideration and (2) ensuring the pregnant woman’s access to a medically safe abortion procedure.

C. Constitutional Nonconformity Opinion of Justice Yoo Namseok, Justice Seo Ki-Seog, Justice Lee Seon-ae, and Justice Lee Youngjin

1. Opinion on the Self-Abortion Provision

(a) Fundamental rights restricted

The first sentence of Article 10 of the Constitution provides that “All citizens shall be assured of human worth and dignity and have the right to pursuit of happiness.” The general right to personality is derived from human dignity protected by this provision (*see* 89Hun-Ma160, April 1, 1991; 2002Hun-Ka14, June 26, 2003). The general right to personality provides extensive protection to the basic conditions for free development of personality which is closely related to human dignity, and the right of an individual to self-determination is derived from such general right to personality (*see* 2009Hun-Ba17, etc., February 26, 2015; 2010Hun-Ba402, August 23, 2012; 2012Hun-Ma940, November 26, 2015). All citizens are

entitled to the right to freely create their own private sphere of life based on their dignified right to personality (*see* 95Hun-Ka14, etc., March 27, 1997).

The right to self-determination is a means of realizing human dignity and is the right of humans to freely make fundamental decisions regarding the development of their personality and their mode of life within their own private sphere of life. The concept of human dignity, which serves as both the basis and purpose of the right to self-determination, imposes a duty on the State to respect and protect human dignity. Human beings must never be treated as a means to enhance some values, attain other purposes, or promote legal interests but must be respected as ultimate ends and values of themselves.

It is evident that this right to self-determination and the “relationship between human beings and the State” should be applied equally to men and women. This is particularly evident given the fact that women, unlike men, can become pregnant and give birth to a child and their decisions regarding pregnancy and childbirth have a profound impact on their lives. Therefore, the right to self-determination includes the right of a woman to freely create her own private sphere of life based on her own dignified right to personality, and the right of a pregnant woman to determine whether to continue her pregnancy and give birth is included in such right as well (*see* 2010Hun-Ba402, August 23, 2012).

With a few exceptions set forth in the Mother and Child Health Act, the Self-Abortion Provision imposes a complete and uniform ban on all abortions throughout pregnancy, regardless of the developmental stage or viability of the fetus, and provides criminal punishment for violations of this ban. In other words, it compels a pregnant woman to continue her pregnancy and give birth by relying on the criminal sanctions and their deterrent effect. Therefore, it restricts the pregnant woman’s right to self-determination.

(b) Whether a pregnant woman’s right to self-determination is infringed  
The debate over the legalization of abortion closely concerns ultimate

issues relating to developing or unborn human life. Thus, this debate contains extensive discussions of ethical, religious, scientific, medical, sociological, and other diverse aspects of abortion. Such extensive discussions are affected by various factors, including one's sense of values, one's experiences, one's attitude toward human life, one's ethical standards, and historical and social realities. One's opinion and conclusion regarding the abortion must be respected in themselves, as one's own belief, and whether they are right or wrong cannot be decided easily. In this case, the Court will decide only "whether the Self-Abortion Provision violates the Constitution by infringing a pregnant woman's right to self-determination," in accordance with its role conferred by the Constitution.

1) Premises of review

a) A fetus's right to life and the State's obligation to protect human life

Human life is invaluable; it is the source of dignified human existence, which cannot be replaced by anything else in this world. Although the right to life is not expressly stipulated in the text of the Constitution, it is a natural right that transcends times and places, rooted in the human instinct to survive and the purpose of human existence. It is unquestionably clear that the right to life is the most fundamental right and the foundation of all rights provided under the Constitution (*see* 92Hun-Ba1, November 28, 1996).

Every human being has the constitutional right to life. A fetus, in the stage of development to become a human, must have this right as well. Although the fetus has to rely upon the mother to maintain its life, it is a living being that has an existence separate from the mother and is likely to become a human being unless special circumstances exist. Therefore, the fetus is entitled to the right to life, and the State is obligated to protect the life of the fetus in accordance with the second sentence of Article 10 of the Constitution (*see* 2004Hun-Ba81, July 31, 2008; 2004Hun-Ma1010, etc., July 31, 2008; 2005Hun-Ma346, May 27, 2010; 2010Hun-Ba402, August 23, 2012).

#### b) Related legislation of other countries

Most European civil law countries have decriminalized abortions under certain conditions and regulate abortions through a combination of two models: the “periodic model” and “indications model.” The periodic model usually exempts from criminal punishment abortions within 14 weeks from the first date of the last menstrual period when they are performed under certain conditions. In the United Kingdom, abortions within the 24 weeks from the first date of the last menstrual period are excluded from criminal punishment under certain conditions. In the United States, each state has different laws and regulations regarding abortion, including those that provide no criminal penalties for abortions performed before fetal viability and under certain circumstances in accordance with the holding in *Roe v. Wade*.

According to the United Nations, as of 2013, the proportion of countries in the “more developed regions,” which comprised all regions of Europe plus Northern America, Australia, New Zealand, and Japan, that allow abortion on legal grounds was as follows: to save a pregnant woman’s life (96%); to protect a pregnant woman’s physical health (88%); to preserve a pregnant woman’s mental health (86%); in case of rape or incest (86%); because of fetal impairment (86%); for economic or social reasons (82%); and upon pregnant woman’s request (71%). In 2013, compared with 1996, the proportion of these countries that permitted abortion increased in all these categories except the category “to protect a pregnant woman’s physical health,” which remained the same. Between these periods, the proportion of countries in the “less developed regions” that allow abortion rose in all these categories as well, except the category “to save a pregnant woman’s life,” which declined slightly.

#### 2) Standard of review

This case concerns whether the Self-Abortion Provision, a definitive provision enacted by the State for the protection of the life of a fetus, violates the rule against excessive restriction by abridging a pregnant

woman's right to self-determination. In this case, we will not address a direct conflict between a pregnant woman's right to self-determination and a fetus's right to life, based on disregard of the existence and role of the Self-Abortion Provision.

The Court will below examine whether the Self-Abortion Provision—which, with a few exceptions set forth in the Mother and Child Health Act, imposes a complete and uniform ban on all abortions throughout pregnancy regardless of the developmental stage or viability of a fetus, and thus limits a pregnant woman's right to self-determination—satisfies the tests of legitimacy of legislative purposes; appropriateness of the means to achieve those legislative purposes; least restrictive means; and balance of interests between a public interest to be served by the means and the harm it causes to a private interest.

3) Legitimacy of legislative purposes and appropriateness of means The Self-Abortion Provision serves the legitimate purpose of protecting

the life of a fetus. Further, imposing criminal punishment for an abortion procured by a pregnant woman is an appropriate means to deter abortion and thus to accomplish this legislative purpose.

4) Least restrictive means and balance of interests

a) Complete and uniform ban on all abortions throughout pregnancy Life is the source of dignified human existence, which cannot be replaced by anything else in this world. Thus, there are important public interests in protecting the life of a fetus that is developing into a human. The State has chosen the Self-Abortion Provision as a means for preserving the life of a fetus.

The Self-Abortion Provision, with certain exceptions set forth in the Mother and Child Health Act, imposes a complete and uniform ban on all abortions throughout pregnancy regardless of the developmental stage or viability of the fetus. In doing so, it compels a pregnant woman to continue her pregnancy and give birth, and criminally punishes those

who violate the ban. In other words, by relying on criminal sanctions and their deterrent effect, the State forces the pregnant woman to bear the physical and emotional burdens of her pregnancy, face a physical or life-threatening risk inherent in childbirth, and establish a mother-child relationship with the child as a result of giving birth to him or her.

b) Nature of a pregnant woman's decision of terminating pregnancy based on her right to self-determination

A woman undergoes dramatic physical and emotional changes during about ten months of pregnancy. In the process of giving birth, she suffers a great deal of pain and, in extreme cases, even faces a risk of death. She must endure such physical burdens, as well as anxieties, pains of childbirth, and a risk of death as long as she remains pregnant. Under our legal system, a mother-child relationship is established by childbirth, which is an objective and positive fact (*see* 98Hun-Ba9, May 31, 2001). By giving birth, she establishes the legal relationship of mother and child. Accordingly she takes the parental responsibilities as a biological mother. Parenting requires almost 20 years of continuous physical, psychological, and emotional efforts of a mother. In addition, it may impose on her a considerable financial burden, as well as difficulties in maintaining a professional or public life and in continuing with education, depending on her various and wide-ranging socioeconomic circumstances. Such burdens of parenting are further compounded by social problems such as a custom of gender discrimination, a patriarchal culture, and adverse child-rearing conditions. In our society, women still suffer substantial socioeconomic disadvantage by virtue of becoming pregnant or giving birth; they also shoulder more of the parental burden than men in many cases. As a result, they frequently encounter considerable difficulties in reconciling work and family life. When faced with those difficulties, some women quit their jobs and thus are excluded from socioeconomic life. According to the Statistics Korea, as of 2018, the percentage of married women in employment who experienced a career interruption due to marriage, pregnancy and childbirth, childrearing, child education,

or family care by age was as follows: 15-29 (2.9%), 30-39 (26.5%), 40-49 (46.7%), and 50-54 (23.9%).

In light of the above, we note that pregnancy, childbirth, and parenting are among the most important matters that may fundamentally and decisively affect the life of a woman. Thus, a pregnant woman's decision of whether to continue her pregnancy and give birth, one concerning the right to freely create one's private sphere of life, has its roots in her human dignity and autonomy. Further, we note that pregnant women experience physical, psychological, social, and economic consequences resulting from this decision—consequences that are complicated and varied by the women's physical, psychological, social, and economic circumstances. For these reasons, we conclude that a pregnant woman's decision whether to continue or terminate a pregnancy amounts to a decision reflecting profound consideration of all her physical, psychological, social, and economic circumstances, based on her own chosen view on life and society—a holistic decision central to her personal dignity.

c) Appropriate means or level of legal protection for life when considering the developmental stages of life and the exercise of the right to self-determination

The State has the duty to protect fetal life; however, that duty does not require the State to always afford uniform legal protection to a fetus at every stage of development. Under our legal order, it is not impossible for the State to divide the fetus's continuous process of development into certain stages and give different legal protection to the fetus depending on its developmental stage. For instance, under the Criminal Act, a fetus, during most of its development, is the object of an abortion crime but is considered a human being and turns into the object of a murder crime after the onset of labor. This example demonstrates that this Act provides a different level of punishment for violation of life depending on the developmental stage of the fetus. Further, because human life after implantation in the uterus of a woman is regarded as the object of an

abortion crime under this Act, human life before that point, or within around seven days of fertilization, is not given any protection under this Act. As these examples illustrate, our legal order does not always afford uniform legal protection to the fetus at every stage of development. Therefore, the State's legislation for the protection of fetal life with respect to its level or means may be different depending on the developmental stage of the fetus (*see* 2004Hun-Ba81, July 31, 2008; dissenting opinion in 2010Hun-Ba402, August 23, 2012).

The fetus becomes viable, or can survive independently outside the mother's body, after a certain period of time. Although that period varies according to the level of advancement of medical technology, the World Health Organization (WHO) considers it to be 22 weeks of gestation (here and hereinafter a period of gestation, such as "22 weeks of gestation," is measured from the first day of a woman's last menstrual period). Likewise, academic field of obstetrics and gynecology considers that the fetus becomes viable at around 22 weeks of gestation when provided with the best medical technology and staff available at present. We believe that a viable fetus after around 22 weeks is considerably more human than a non-viable one before this period.

Moreover, in light of the importance and nature of a pregnant woman's right to self-determination, we find that the State must guarantee this right by allowing the pregnant woman sufficient time to make and carry out a holistic decision whether to continue her pregnancy and give birth. Specifically, the pregnant woman must be given sufficient time to discover her pregnancy; to examine the socioeconomic circumstances surrounding her and see whether they are subject to change; to gather information concerning national policies supporting pregnancy, childbirth, and parenting; to receive counseling and advice from people near her; and to give careful consideration to her decision, and if she decides to abort her pregnancy, she must also be allowed enough time to find a clinic or hospital providing abortion services, to undergo a pregnancy test, and to actually obtain an abortion.

Given these considerations, we conclude that, during a sufficient amount

of time before the point of viability at around 22 weeks of gestation, during which the right to self-determination regarding whether to continue a pregnancy and give birth can be properly exercised (from the time of implantation to the end of this period will be hereinafter referred to as the “Determination Period”), the State’s protection for fetal life may be different with respect to its level or means.

d) Appropriate protection for life when considering a special relationship between a pregnant woman and her fetus

If the State imposes a complete ban on abortions, a fetus retains its right to life, while a pregnant woman is completely deprived of her right to self-determination. Conversely, if the State fully legalizes abortions, the pregnant woman retains her right to self-determination, while the fetus is completely deprived of its right to life. Therefore, it could be inferred that these rights are, in this respect, in an adversarial relationship, which is being formed by the State’s legislation.

However, this adversarial relationship is not simple because there is a special relationship between the pregnant woman and her fetus. Although the fetus is clearly a living being that has an existence separate from its mother, it is, at the same time, closely intertwined with its mother’s body. It shares a special bond with her and is completely dependent on her for life and growth. The relationship between the pregnant woman and her fetus is very peculiar in that it is both independent and interdependent. The pregnant woman carries the burden of parenting her child after birth unless special circumstances such as adoption exist. Absent special and exceptional circumstances, the safety of the pregnant woman corresponds to the safety of her fetus, and their interests do not pull in different directions but they coincide.

The nature of this relationship often manifests itself even in the dilemma of abortion as well. In certain cases, pregnant women facing the abortion dilemma decide to abort and execute their decisions based on the conclusion that they cannot bear the burdens of pregnancy, childbirth, and parenting, considering their socioeconomic circumstances, and that

their child, as well as they themselves, will become miserable after birth. The fact that pregnant women make decisions of abortion based on such conclusions implies that viewing the maternal-fetal relationship as a “perpetrator-victim” relationship will rarely provide an ideal solution for protecting fetal life, regardless of whether such conclusions are right or wrong. This calls on the State to optimize two fundamental rights in accord with the principle of practical concordance, rather than abstractly comparing the two and abandoning one for the sake of the other.

The State imposes a complete and uniform ban on abortions and uses criminal sanctions and their deterrent effect to enforce the ban, while failing to make active efforts to remedy the social and institutional frameworks for protecting the life of the fetus.

Given that the safety of the pregnant woman bears a close relationship to the safety of the fetus and that the pregnant woman’s cooperation is necessary for the protection of the life of the fetus, we find that this protection gains true significance when it includes the physical and social protection of the pregnant woman. This protection can be effectively served by proactive and retroactive measures aimed at, e.g., creating a social and institutional environment preventing unwanted pregnancies and reducing abortions (*see* dissenting opinion in 2010Hun-Ba402, August 23, 2012). In addition, the life of the fetus can be truly safeguarded if, during the Determination Period, the pregnant woman is able to make a carefully considered decision regarding whether to continue her pregnancy after consultation with professionals providing emotional support and adequate information about abortion; and if the State actively makes the effort to address the socioeconomic conditions that pose obstacles to pregnancy, childbirth, and parenting.

e) Effectiveness of the Self-Abortion Provision

Whether the Self-Abortion Provision serves the purpose of protecting the life of a fetus by adequately and effectively reducing the number of abortions will be examined below.

From a historical perspective, women have procured their own abortions

throughout numerous time periods and societies representing various ethical views. They have thereby terminated unwanted pregnancies, despite the threat of criminal punishment and even despite the risks to their health or lives. In cases where pregnant women seriously pondered on whether to have an abortion then decided to have one, we have to admit that the criminal sanction and its deterrent effect is limited in forcing the pregnant women to continue their pregnancies and give birth. We believe that this is because their decisions to terminate their pregnancies have been made after a careful evaluation of various factors, including the ethical problem of depriving a fetus of life, their own socioeconomic circumstances and their own physical, psychological, and ethical burdens of parenting, as well as the future life of the child to be born.

In 2011, the Korean Institute of Criminology conducted a survey among 1,000 South Korean women aged 16 or more. That survey elicited information from those who had considered having an abortion on (1) the factors that had negatively affected their consideration of abortion; and (2) the reasons that had actually led some of them to give birth. In relation to (1), “moral burden” and “physical burden” were the most cited factors; however, those factors played a minor role in actually deterring the respondents from having an abortion. In relation to (2), the most common reasons were practical reasons such as “change of mind to have and raise a baby after reconsideration,” “male partner’s desire to have the baby,” and “fears about the effect of an abortion on subsequent pregnancies.” It turned out that the illegality of abortion was not a significant factor in the consideration of abortion or in the decision to give birth.

The effectiveness of the Self-Abortion Provision is questionable considering the reality of prosecution for the crime of self-abortion as well. According to the 2011 National Survey on Trends in Incidence Rates of Induced Abortion Operations, conducted by Yonsei University and commissioned by the Ministry of Health and Welfare, with a representative sample size of 4,000 women of reproductive age (aged 15-44), it is estimated that around 170,000 abortions took place in Korea in 2010.

Meanwhile, the Supreme Prosecutors' Office reports that from 2006 to 2013, no more than 10 women were prosecuted annually for having an abortion. In light of these realities, it is no exaggeration to say that the Self-Abortion Provision is virtually a dead letter.

Although studies show that the estimated number or rate of abortions has steadily declined for years in our society, we cannot find evidence that this trend is attributable to the Self-Abortion Provision. Instead, we find that this trend is the result of a combination of various other factors, including the increased use of contraceptives, decline of son preference, and improvement of economic conditions.

In sum, considering that criminal sanctions have only a limited deterrent effect on the abortion decision of a pregnant woman facing the dilemma of abortion and that those who obtain an abortion are in reality rarely prosecuted, we conclude that the Self-Abortion Provision does not effectively protect the life of a fetus in situations in which pregnant women are caught in the dilemma of abortion.

f) Limitations and problems of criminal sanctions and their deterrent effect

As long as the Self-Abortion Provision exists to impose a complete and uniform ban on all abortions with certain exceptions set forth in the Mother and Child Health Act, the State can at any time expand a crackdown on abortions to investigate and punish them. Indeed, several years ago, the Ministry of Health and Welfare established a policy to receive reports on "clinics performing or advertising illegally induced abortion operations." However, before that time, the State turned a blind eye to abortions when it implemented a national population control policy. These examples show that the Self-Abortion Provision has been inconsistently enforced based on the State's population policy.

Moreover, the deterrent effect of criminal sanctions poses some problems. For one thing, pregnant women who face the dilemma of abortion are unlikely to have any necessary discussion or communication with society concerning a decision on whether to terminate a pregnancy. For another,

these pregnant women tend to be in need of emotional support as well as ample information, and tend to undergo an unsafe abortion. Since all abortions are completely and uniformly banned and criminalized with certain exceptions set forth in the Mother and Child Act, these pregnant women often cannot receive timely counseling or education regarding abortions, nor sufficient information about abortions. Further, they may have no choice but to seek out a clandestine abortion, thus paying a very high price for an illegal operation or even travelling abroad for an abortion. Legal remedies are often not available in cases of medical malpractice during an abortion or where the abortion causes complications, and proper medical services, counseling, or care are also not readily available before and after the abortion. Those who want to have an illegal abortion but are unable to afford one, namely underage or impecunious females, would probably not have one within the proper time. Where they fail to secure an abortion and end up giving birth, some of them even commit infanticide or abandon a baby.

The Self-Abortion Provision can be abused unrelated to its original purpose of protecting the life of a fetus when a woman's ex-male partner uses it as a means to retaliate against or harass the woman, or to put pressure on her to settle a family dispute or other civil disputes; for instance, a man might threaten his ex-female partner to sue her for the crime of self-abortion under the Self-Abortion Provision if she refuses to see him after having an abortion at a hospital; or a man may bring his ex-female partner to court for abortion in order to defend against a property settlement or a claim for alimony.

g) Seriousness of the abortion dilemma arising from socioeconomic circumstances

The Mother and Child Health Act set forth the circumstances under which self-abortion is justified as follows: (1) where the pregnant woman or her spouse suffers from any eugenic or genetic mental disability or physical disease; (2) where she or her spouse suffers from any contagious disease; (3) where she is impregnated by rape or quasi-rape; (4) where

pregnancy is taken place between relatives by blood or by marriage who are legally unable to marry; (5) where the maintenance of pregnancy severely injures or is likely to injure the health of the pregnant woman for health or medical reasons.

Some view that these circumstances are so limited and narrow that, under these circumstances, one may even raise the justification defense of necessity under Article 22 of the Criminal Act, the justification defense of justifiable act under Article 20 thereof, or an excuse defense based on the fact that there is no possibility of continuing a pregnancy and giving birth. We find that these circumstances do not include “various and wide-ranging socioeconomic circumstances that interfere with continuance of pregnancy and childbirth and thus create the abortion dilemma.” Therefore, we conclude that the Mother and Child Health Act does not properly guarantee a pregnant woman’s right to self-determination.

The Self-Abortion Provision compels, under threat of criminal sanctions, a pregnant woman to continue her pregnancy and give birth even if she faces the abortion dilemma arising from various and wide-ranging socioeconomic circumstances, such as where pregnancy and child-rearing are likely to interfere with her education, career, or public activities; where she has inadequate or unstable income; where she lacks resources to care for another child; where she or her spouse cannot stay home to care for the child and both of them have to work, out of necessity; where she has no desire to continue a dating relationship or enter into a marital relationship with the fetus’s biological father; where the fetus’s biological father or the pregnant woman’s male partner does not want her to give birth and insists on an abortion, or overtly refuses to assume the parental responsibilities; where she is pregnant by a man who is married to another woman; where she has discovered her pregnancy at a point when the marriage has in effect been broken irretrievably; where she breaks up with the fetus’s biological father; or where she is an unwed minor with an unwanted pregnancy.

Because the Self-Abortion Provision does not recognize such various and wide-ranging socioeconomic circumstances as exceptions to imposing

criminal sanctions, a pregnant woman is compelled to endure not only the physical and psychological burdens of continuing pregnancy, as well as the physical pain and risks of childbirth, but also the hardships that such socioeconomic circumstances create, such as financial burdens of pregnancy and childcare, difficulties in maintaining a professional and public life, disruption to education, and interruption of a career.

h) Sub-conclusion

Considering the above factors, namely the nature of a pregnant woman's pregnancy termination decision based on her right to self-determination; appropriate means or level of legal protection for life when considering the developmental stages of life and the exercise of the right to self-determination; appropriate protection for life when considering a special relationship between a pregnant woman and her fetus; effectiveness of the Self-Abortion Provision; limitations and problems of criminal sanctions and their deterrent effect; seriousness of the abortion dilemma arising from socioeconomic circumstances, we conclude that the Self-Abortion Provision restricts a pregnant woman's right to self-determination to an extent going beyond the minimum necessary to achieve its legislative purpose by, with certain exceptions set forth in the Mother and Child Health Act, completely and uniformly compelling pregnant women who, during the Determination Period, face the abortion dilemma arising from various and wide-ranging socioeconomic circumstances, to continue the pregnancies and give birth and criminally punishing those undergoing abortions. Thus, the Self-Abortion Provision does not use the least restrictive means to achieve its legislative purpose.

Indeed, as stated above, the Self-Abortion aims to serve a significant public interest in protecting the life of a fetus. Nevertheless, it cannot be said that prohibiting pregnant women from undergoing abortions even if they face, during the Determination Period, the abortion dilemma arising from various and wide-ranging socioeconomic circumstances, and criminally punishing abortion effectively or adequately serve the public interest in protecting the life of a fetus. On the other hand, as noted earlier, criminally

penalizing pregnant women in accordance with the Self-Abortion Provision substantially restricts their right to self-determination.

Therefore, we conclude that the legislature, in enacting the Self-Abortion Provision, failed to harmonize and balance the public interest in protecting a fetus's life and the private interest in safeguarding a pregnant woman's right to self-determination and gave unilateral and absolute priority to the public interest in protecting fetal life. Accordingly, it failed to strike a proper balance between the public and private interests.

#### 5) Conclusion

The Self-Abortion Provision restricts a pregnant woman's right to self-determination to an extent going beyond the minimum necessary to achieve its legislative purpose. Thus, it satisfies neither the least restrictive means test nor the balance of interests test. Accordingly, it violates the rule against excessive restriction and a pregnant woman's right to self-determination.

#### (c) Opinion on other claims

The Petitioner also claims that the Self-Abortion Provision violates a woman's right to health, right to equality, right to bodily integrity, and right to protection of motherhood. However, since we hold that the Self-Abortion Provision infringes a pregnant woman's right to self-determination, we will not further review these claims.

### 2. Opinion on the Abortion by Doctor Provision

As noted above, the crime of abortion by a health professional with the consent of a pregnant woman and the crime of self-abortion are classified as two-way criminality. Thus, if it is unconstitutional to punish a pregnant woman who procures her own abortion, then surely it is unconstitutional to criminally punish a doctor who performs an abortion at the request or with the consent of a pregnant woman.

The Self-Abortion Provision violates the Constitution by, with certain

exceptions set forth in the Mother and Child Health Act, compelling a pregnant woman to continue her pregnancy and give birth even if she faces the abortion dilemma arising from various and wide-ranging socioeconomic circumstances and by criminally punishing abortions procured in violation of the ban on abortion. By the same token, the Abortion by Doctor Provision, which penalizes a doctor who performs an abortion at the request or with the consent of a pregnant woman to achieve the same goal as hers, violates the Constitution.

### 3. Reasons for Decisions of Nonconformity to the Constitution and Orders for Temporary Application

As stated earlier, the Self-Abortion Provision and the Abortion by Doctor Provision are unconstitutional in that they unduly infringe a pregnant woman's right to self-determination by, with certain exceptions set forth in the Mother and Child Health Act, completely and uniformly compelling every pregnant woman to continue her pregnancy and give birth even if she faces, during the Determination Period, the abortion dilemma arising from various and wide-ranging socioeconomic circumstances and by criminally punishing abortions procured in violation of the ban on abortion. The prohibition and criminal punishment of abortion to protect fetal life are not unconstitutional in themselves or in all cases.

If we were to render decisions of simple unconstitutionality on these Provisions, we would be creating an unacceptable legal vacuum in which there is no punishment available for all abortions throughout pregnancy. Moreover, it is within the discretion of the legislature to remove the unconstitutional elements from these Provisions and decide how abortion is to be regulated: the legislature has, within the limits that we have discussed earlier, the prerogative (1) to decide the length and end date of the Determination Period; (2) to determine how to combine time limitations with socioeconomic grounds, including deciding whether to set a specific time point during the Determination Period until which abortion on socioeconomic grounds is permitted without an assessment

of those grounds, in optimally balancing the State's interest in protecting a fetus's life and a pregnant woman's right to self-determination; and (3) to decide whether to require certain procedures, such as the mandatory counseling or reflection period, before abortion.

For these reasons, we render, on the Self-Abortion Provision and the Abortion by Doctor Provision, decisions of nonconformity to the Constitution in lieu of decisions of simple unconstitutionality. We also order that these Provisions continue to be applied until the legislature amends them. The legislature shall amend these Provisions as early as possible, by December 31, 2020, at the latest, and if no amendment is made by then, these Provisions will be null and void as of January 1, 2021.

**D. Simple Unconstitutionality Opinion of Justice Lee Seok-tae, Justice Lee Eunae, and Justice Kim Kiyong**

We concur with the constitutional nonconformity opinion that the Self-Abortion Provision and the Abortion by Doctor Provision (collectively, "Provisions at Issue") infringe a pregnant woman's right to self-determination

(1) by completely and uniformly prohibiting abortion during a sufficient amount of time before the point of viability at around 22 weeks of gestation, during which the right to self-determination regarding a decision whether to continue a pregnancy and give birth can be properly exercised, even in cases where a pregnant woman faces the abortion dilemma arising from various and wide-ranging socioeconomic circumstances, and (2) by criminally punishing violations of the ban on abortion. Our opinion differs, however, from the constitutional nonconformity opinion in two respects. First, we believe that abortion should be permitted without restriction as to reason and be left to the deliberation and judgment of the pregnant woman during the "first trimester of pregnancy" (about 14 weeks from the first day of the last menstrual period). Second, we believe that decisions of simple unconstitutionality should be rendered on the Provisions at Issue. Therefore, we deliver the following opinion.

## 1. Pregnant Woman's Right to Self-Determination during the First Trimester of Pregnancy

### (a) Meaning of a pregnant woman's right to self-determination

1) The Court previously stated that the image of a human posited by the Constitution is a citizen with the right to self-determination, as well as with creativity and maturity, and this citizen is a democratic citizen who, based on his or her own chosen view on life and society, responsibly determines and forms his or her life in society (*see* 96Hun-Ka5, May 28, 1998; 2004Hun-Ba80, February 23, 2006). The Court also stated that the right to self-determination or the general freedom of action, deriving from the right to pursue happiness under Article 10 of the Constitution, respects the determination or choice made by a reasonable and responsible person regarding his or her own destiny but presupposes that this person assumes the responsibility for such determination or choice (2008Hun-Ba146, etc., October 29, 2009). We find that the essence of this constitutional right to self-determination lies in a person's self-evaluation and self-determination of the meaning and implications of his or her action.

2) A "pregnant woman's right to self-determination" at issue in this case is no different from this right to self-determination in general. That a pregnant woman is guaranteed the right to self-determination means that she is also entitled to make a decision about whether to continue her pregnancy after careful evaluation of her circumstances, based on her view of life and society which has roots in her dignity and autonomy. In other words, a pregnant woman being guaranteed the right to self-determination means that she is entitled to make a decision about whether to continue her pregnancy and give birth, on her own and at any time during her pregnancy.

### (b) Peculiarity of a pregnant woman's right to self-determination

1) As pointed out in the constitutional nonconformity opinion, a woman undergoes dramatic physical and emotional changes during approximately

ten months of pregnancy. In the process of giving birth, she suffers a great deal of pain and, in extreme cases, even faces a risk of death. She must endure by herself such anxieties, physical constraints, and pains as long as she remains pregnant. By giving birth, she establishes a mother-child relationship with her child and thereafter assumes parental responsibilities, which require almost 20 years of continuous physical, psychological, and emotional efforts and impose on her a financial burden and various other hardships, including difficulties in maintaining a professional and public life or in continuing with education. Such burdens of parenting are further compounded by social problems such as a custom of gender discrimination, a patriarchal culture, and adverse child-rearing conditions.

2) In light of the above, we note that pregnancy, childbirth, and parenting are crucial matters that have a fundamental and decisive impact on the life of a woman. Thus, the decision whether to continue a pregnancy is one of the most vital elements of a woman's right to self-determination.

Moreover, the decision whether to continue a pregnancy is not made in a vacuum. It carries different weight depending on the environment and circumstances of a pregnant woman. Therefore, if the option of terminating a pregnancy is not present, this may cause devastation in the life of a pregnant woman, as well as harm to her dignity.

In sum, a pregnant woman's right to self-determination regarding the decision whether to continue a pregnancy concerns her right to determine on her own matter that has a fundamental and decisive impact on her life, and is one of the most vital elements of a woman's right of personality.

(c) Full protection of a pregnant woman's right to self-determination

1) As pointed out in the constitutional nonconformity opinion, a pregnant woman's decision whether to continue or terminate her pregnancy amounts to her holistic and dignity-based decision which is made after careful evaluation of all her physical, psychological, social, and

economic conditions, based on her own chosen view of life and society. However, the Self-Abortion Provision restricts a pregnant woman's right to self-determination by, with certain exceptions set forth in the Mother and Child Health Act, imposing a complete and uniform ban on all abortions throughout pregnancy and by criminally punishing violations of this ban.

2) Abortion legislation that bans, in principle, abortion throughout pregnancy and specifies grounds for exceptions to this ban neither affords nor guarantees a pregnant woman the right to self-determination. Such legislation merely exempts a pregnant woman from liability for abortion if she falls within those exceptions by according her the status of "a person who has no other choice but to abort." The pregnant woman is never granted, throughout pregnancy, the status of a person entitled to freely and on her own choose and decide whether to continue a pregnancy; as a result, she is never guaranteed the fundamental right to self-determination. In effect, such legislation denies or deprives the pregnant woman of the right to self-determination, rather than guaranteeing her that right as it purports to do.

3) That a pregnant woman is guaranteed the right to self-determination means she, as a holder of this right, is, in principle, allowed to exercise it based on her own will. Thus, a pregnant woman's holistic and dignity-based decision about whether to continue or terminate her pregnancy, in itself, amounts to the exercise of her right to self-determination and should be in principle allowed to be made throughout pregnancy. This decision may be restricted, however, for the reasons below.

(d) Restrictions on a pregnant woman's right to self-determination

1) Restrictions based on the stage in the continuous process of life development

a) Despite its reliance upon its mother, a fetus is still a living being that has an existence separate from its mother. Since it gradually grows into a human being in the mother's uterus and becomes one at birth, it

constitutes a stage in the continuous process of human life development. Whether this living fetus is a human being with fundamental rights has been the subject of many discussions around the world. Some judicial institutions and commissions have denied, in their respective judgments and opinions, a fetus the status of a human being with fundamental rights; however, they have not denied that fetal life is valuable and merits protection. In our opinion, regardless of whether the fetus qualifies as a holder of fundamental rights, the fetus itself amounts to life that has the potential to gradually develop into a human being. Thus, it is self-evident that the State should pursue the significant public interest in safeguarding fetal life in accordance with the Constitution's normative, objective value system respecting life and with Article 10 of the Constitution which proclaims human dignity and worth.

b) Therefore, we note that the State may restrict a pregnant woman's right to self-determination to protect the life of a fetus, which has the potential to gradually develop into a human being. This does not mean, however, that the State should, in pursuing the public interest in safeguarding fetal life, always afford uniform legal protection to the fetus at every stage of development. Under our legal order, it is not impossible for the State to divide the fetus's continuous process of development into certain stages and give different legal protection to the fetus depending on its developmental stage. Therefore, the State's legislation for the protection of fetal life with respect to its level or means may be different depending on the developmental stage of the fetus (*see* 2004Hun-Ba81, July 31, 2008).

c) As pregnancy progresses, the fetus gradually develops into a human being and becomes viable after a certain period of time. Although that period varies according to the level of advancement of medical technology, WHO considers it to be 22 weeks of gestation. Likewise, academia in the field of obstetrics and gynecology consider that the fetus becomes viable at around 22 weeks of gestation when provided with the best medical technology and staff currently available. Since we believe that a viable fetus after around 22 weeks of gestation is considerably more human than

the previously non-viable one before this period, we find that the State may impose general restrictions on abortions after this period and permit abortions only in very exceptional cases where a pregnant woman is unlikely to continue her pregnancy.

2) Restrictions for the safety of a woman's life and body

a) Abortion is an invasive procedure, posing a risk of harm to a woman's body and life. Thus, even if a pregnant woman's right to self-determination is guaranteed, reducing the abortion-related risk factors for pregnant women's lives and bodies by ensuring access to safe abortion is another substantial and important task involved in the matter of abortion. In relation to this, WHO opined that regulatory, policy and programmatic barriers that hinder access to and timely provision of safe abortion care should be removed.

b) Factors influencing the safety of abortion include fetuses' developmental stages (period of gestation), competence of medical practitioners, a medical environment, post-abortion care, and availability of information about abortion. The cost of abortion is also one of such factors, because women with no or low income hesitate to seek an abortion and fail to obtain a timely one if this cost is high.

As a general rule, a pregnant woman's risk of death from abortion increases with gestational age. The rate of maternal complications or mortality from abortion is extremely low during the first nine weeks of gestation, when a medical abortion is available, and at 12 to 13 weeks of gestation, when an abortion is a relatively simple surgical procedure. The International Federation of Gynecology and Obstetrics (FIGO) Committee for the Study of Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health stated that "Abortions for non-medical reasons when properly performed, particularly during the first trimester ... are in fact safer than full-term deliveries." After eight weeks of gestation, however, the relative risk of maternal mortality from abortion increases by two times for every two weeks, according to medical societies.

Therefore, in order to ensure access to safe abortion, it is significant that women have access to first trimester abortions performed by trained medical professionals and to adequate pre- and post-abortion care. Additionally, abortion education or counseling needs to be facilitated so that information about abortion can be made available in a timely manner.

c) Abortions after the first trimester of pregnancy, even before fetal viability, use a more complicated method of abortion and are more likely to produce complications or side effects than abortions before this stage, resulting in a higher risk of harm to a pregnant woman's life or health. Thus, with respect to abortions after the first trimester of pregnancy, the public interests in protecting a fetus's life and the pregnant woman's life and health may take precedence over private interests.

### 3) Necessary periodic restrictions on a pregnant woman's right to self-determination

a) Most pregnant women discover their pregnancies between four and six weeks of gestation, by around eight weeks of gestation at the latest. From that discovery, it takes some time until they, after careful deliberation over an abortion decision, find a medical institution that provides abortion services. (The 2011 National Survey on Trends in Incidence Rates of Induced Abortion Operations, commissioned by the Ministry of Health and Welfare, found that about 94% of induced abortion operations are performed during the first three months of pregnancy.) Therefore, setting a short time frame for legal abortion would, in effect, preclude pregnant women from having abortions, or lead them to make rash decisions to terminate pregnancies.

b) On the other hand, because the sex or disability of a fetus can be detected at some point during the second trimester (from the end of the first trimester to 28 weeks of gestation), we cannot exclude the possibility that allowing abortion on request after that point might lead to selective abortions based on the sex or disability of the fetus.

c) For these reasons, the time frame within which abortion on request

is legal should be long enough to ensure that a pregnant woman makes a decision whether to terminate her pregnancy after serious and careful evaluation of all her physical, psychological, social, and economic conditions, based on her own chosen view of life and society; but, at the same time, that time frame should be limited in order to prevent a pregnant woman's deliberation on abortion from resulting in wrong decisions, such as decisions to have selective abortions.

## 2. Whether the Provisions at Issue Infringe a Pregnant Woman's Right to Self-Determination

With the above in mind, we examine whether the Self-Abortion Provision and the Abortion by Doctor Provision violate the rule against excessive restriction and thus infringe a pregnant woman's right to self-determination.

(a) As pointed out in the constitutional nonconformity opinion, criminal sanctions have only a limited deterrent effect on a pregnant woman's decision whether to terminate a pregnancy, and pregnant women undergoing unlawful abortions are, in practice, rarely subjected to criminal punishment. Therefore, the Self-Abortion Provision does not significantly serve the public interest in protecting fetal life. As a matter of fact, the Self-Abortion Provision has been inconsistently enforced based on the State's population policy. Further, it does not serve its original purpose of protecting fetal life; rather, it is abused by a woman's ex-male partner or by those close to her as a means to retaliate against or harass the woman, or it drives pregnant women to obtain an unsafe abortion by preventing them from having any necessary discussion or communication with society concerning the decision whether to terminate a pregnancy. Given this reality, we find that banning abortion and imposing criminal sanctions against violations of this ban have not significantly furthered the purpose of protecting fetal life. In our opinion, this purpose can be significantly advanced by other more desirable and

effective means, such as promotion of sex education and counseling; provision of social welfare benefits and other kinds of State assistance for pregnancy, childbirth, and parenting; and removal of a series of institutional and sociostructural obstacles that interfere with childbirth and parenting (*see* dissenting opinion in 2010Hun-Ba402, August 23, 2012).

(b) A complete and uniform ban on abortion places barriers between women who seek abortions and their access to accurate information about abortion. This ban also leaves them no choice but to resort to a clandestine abortion, which is costly and rarely provides them with proper medical services or care. Further, medical professionals, including obstetrician-gynecologists, lack adequate training in abortion procedures, because medical training programs do not provide sufficient abortion training on the ground that abortion is illegal; thus, this leads to the increased risk of medical malpractice or the resulting complications in clandestine abortions. For these reasons, we find that the complete and uniform ban on abortion fails to sufficiently protect a pregnant woman's life and health.

(c) As discussed above, abortion legislation that bans, in principle, abortion throughout pregnancy and specifies grounds for exceptions to this ban simply gives precedence to the protection of a fetus's life over the protection of a pregnant woman's right to self-determination. In effect, such legislation denies or deprives the pregnant woman of her right to self-determination.

In relation to abortion, the legislature should decide how to protect pregnant women's right to self-determination while reducing abortions and protecting the lives of fetuses, instead of simply deciding which interest prevails.

If abortion is allowed during the period when it is safe for pregnant women and in exceptional cases, this will lead to allowing abortion for those pregnant women who have justifiable grounds to terminate their pregnancies. This type of abortion regulation could pose the same problems as the one permitting abortion only for certain grounds, virtually depriving a pregnant woman of her right to self-determination by permitting

abortion only in dire and exceptional circumstances.

(d) For the above reasons, we conclude that the State should respect the right to self-determination of a pregnant woman as much as possible during the first trimester of pregnancy—when the fetus has not grown much; abortion is safe; and careful deliberation can be given to the decision whether to terminate a pregnancy—by allowing her to make a decision whether to continue the pregnancy after careful evaluation of her circumstances, based on her view of life and society which has roots in her dignity and autonomy. Additionally, during this stage of pregnancy, the State can serve the public interests that are equally or more important than the pregnant woman's right to self-determination by means that are less restrictive of this right, such as the provision of opportunities for the pregnant woman to collect sufficient information or receive counseling services regarding the meaning, process, consequences, and risks of abortion.

In consideration of the foregoing, we find that the Self-Abortion Provision violates the least restrictive means test. The Abortion by Doctor Provision, which is based on the Self-Abortion Provision, violates the least restrictive means test as well.

(e) It is self-evident that there is a vital public interest in protecting the life of a fetus. However, as noted earlier, the Self-Abortion Provision does not effectively serve the public interest in protecting the fetus's life. Rather, in effect, it totally deprives a pregnant woman of the right to self-determination by imposing a complete and uniform ban on abortion even during the first trimester of pregnancy, when abortion is safe. Further, it even forces the pregnant woman to continue the pregnancy, give birth, and suffer the consequences of these actions. For these reasons, the private interest restricted by the Self-Abortion Provision is no less significant than the public interest served by this Provision. The Self-Abortion Provision and the Abortion by Doctor Provision violate the balance of interests test.

(f) In consideration of the foregoing, we find that the Provisions at Issue violate the rule against excessive restriction and infringe a pregnant

woman's right to self-determination by imposing a uniform and complete ban on abortion even during the first trimester of pregnancy, when abortion is safe.

### 3. Legitimate Necessity of a Decision of Simple Unconstitutionality

(a) The constitutional nonconformity opinion has issued a decision of nonconformity to the Constitution and an order for continued application, in lieu of a decision of simple unconstitutionality, for reasons (1) that the Provisions at Issue, without exceptions, completely and uniformly prohibits every pregnant woman who faces the abortion dilemma arising from various and wide-ranging socioeconomic circumstances from having an abortion during a sufficient amount of time before the point of viability, during which the deliberation regarding, and the actual exercise of the right to self-determination regarding whether to continue a pregnancy and give birth take place; that the Provisions at Issue criminally punish violations of the ban on abortion; and that the prohibition and punishment of abortion to protect fetal life are not unconstitutional in themselves or in all cases; (2) that the rendition of a decision of simple unconstitutionality would lead to creating an unacceptable legal vacuum fully permitting all abortions; and (3) that the legislature must exercise its discretion in deciding the details of abortion legislation, such as when and on what grounds abortion should be permitted; how to combine the periodic model with the indications model; and whether to require the mandatory counseling or reflection period before abortion.

The reasons (1) and (2) are linked to the problems caused by rendering a simple unconstitutionality decision: the absence of regulation of acts warranting criminal punishments, and the provision of a remedy as a result of a retrial, against constitutionally permissible imposition of punishment.

(b) We will first examine whether a decision of nonconformity to the Constitution can be rendered in this case for the reason that the prohibition and punishment of abortion to protect fetal life are not unconstitutional in

themselves or in all cases. Generally, statutes that restrict fundamental rights contain both constitutional and unconstitutional parts. This is particularly true of statutes restricting rights of freedom, and the decisions on these statutes are normally issued based on the Court's assessment of whether the restrictions imposed by them are so severe as to violate the Constitution. Thus, if the Court were to simply declare a statute nonconforming to the Constitution for the reason that the statute's restrictions on a fundamental right go beyond the constitutionally permissible limits, this would eliminate the grounds for the existence of a rule that the Court must declare an unconstitutional law null and void, as well as the existence of the type of decision rendered based on this rule—a decision of simple unconstitutionality.

Moreover, a decision of nonconformity to the Constitution limits the temporal effect of a decision of simple unconstitutionality and allows the court, until a certain time point, to find a person convicted under a blatantly unconstitutional penal provision guilty although that person should be judged not guilty. In this regard, the a decision of nonconformity to the Constitution runs counter to the spirit of our institutional framework recognizing the retrospective effect of the decision of simple unconstitutionality on a penal provision. We are of the opinion that, where a penal provision is so broad in scope that the unconstitutional part cannot be separated from it, the Court should deliver the decision of simple unconstitutionality on that penal provision, thereby imposing the burdens associated with invalidating the constitutional part of that penal provision on the State. Only where the decision of simple unconstitutionality is likely to create a legal vacuum and cause serious confusion, as well as harm to a public interest, the decision of nonconformity to the Constitution may be issued on a penal provision, even though this means that the part of the penal provision which forms the basis for the State's abuse of authority to enforce criminal sanctions remains effective.

(c) Thus, we will next examine whether the decision of simple unconstitutionality creates an unacceptable legal vacuum in this case. Where it is clearly expected that the absence of an existing unconstitutional

statute will be more inimical to the constitutional order than its presence, it is more conducive to the maintenance of the general legal order to maintain the unconstitutional statute until its amendment is made than to abrogate it instantly. This does not mean, however, that the decision of nonconformity to the Constitution may be easily rendered based solely on the simple weighing of the social costs of confusion to be caused by a legal vacuum against the constitutional rights to be restored by instant repeal of an unconstitutional law, when the former outweighs the latter. Because criminal punishment, regardless of its form, puts its recipient at a greater disadvantage than any other punishment, requiring the State to bear the harm caused by a legal vacuum following an instant repeal of an unconstitutional law is more compatible with the spirit of the Constitution than leaving individuals to suffer from that unconstitutional law, even if that instant repeal creates a significant legal vacuum. We believe that, even in case of a request for the continuation of the constitutional order, the State should first and foremost seek to provide a remedy for those individuals who are subject to an unconstitutional law unless refusing to grant that request causes extreme social confusion that cannot be resolved by existing personal and material resources.

(d) More specifically, as noted in the constitutional nonconformity opinion, most pregnant women make decisions whether to terminate a pregnancy after careful evaluation of various factors, including affection for the fetus and the ethical problem of depriving the fetus of life, along with the social, economic, physical, and emotional burdens of parenting, as well as the future life of the fetus. Their decisions are made based on comprehensive and in-depth reflection on the future life of themselves and their fetus and based on recognition of the profound impact of their decisions on the life of themselves and their fetus. Given the weight of those decisions, we observe that the possibility of criminal punishment has a limited effect on those decisions. Further, there is little solid evidence that imposing no punishment for abortion will lead to an increase of abortions, but there is substantial empirical evidence that the rate of abortions in countries that impose no punishment for abortion is

relatively lower than that in countries that impose punishment for abortion. Additionally, the penal provisions for abortion have not served their original legislative purpose of protecting fetal life. For instance, as stated in the constitutional nonconformity opinion, the Self-Abortion Provision has been abused by a woman's ex-male partner as a means to retaliate against or harass the woman, or to put pressure on her to settle a family dispute or other civil disputes. Considering that most of the women who have been prosecuted and received criminal penalties for self-abortion were reported by their ex-male partner with such malicious intent, and that self-abortion crimes have been very rarely prosecuted, which means the Self-Abortion Provision has become virtually a dead letter, we find that the Provisions at Issue have a limited effect on deterring abortion. Further, given that there have been very few cases in which criminal punishment has been imposed under the Provisions at Issue, and that most of these cases have been occasioned by women's ex-male partners with malicious intent to abuse the Provisions at Issue in such a way that is inconsistent with the original legislative intent thereof, we find that the Provisions at Issue do not function properly as penal clauses. For these reasons, we conclude that the repeal of the Provisions at Issue is unlikely to give rise to extreme social confusion or social costs.

On the other hand, even if it is difficult to draw the line between unconstitutional and constitutional parts of a penal provision, instituting prosecution based on this penal provision, which includes an unconstitutional part, and later imposing punishment based on retrospective legislation containing the constitutional part of this penal provision run counter to the legislative intent to afford retrospective force to decisions of unconstitutionality as discussed above, and, at the same time, demonstrate the fact that this penal provision before its amendment was vague. Further, we find that applying this vague provision to individuals is harsh, because this amounts to forcing them to suffer the burdens associated with the deficiency in regulation.

(e) Next, as clearly noted in the constitutional nonconformity opinion,

the Provisions at Issue violate the rule against excessive restriction and thus infringe the right to self-determination of a pregnant woman (1) by, without exceptions, completely and uniformly prohibiting every pregnant woman who faces the abortion dilemma arising from various and wide-ranging socioeconomic circumstances from having an abortion during a sufficient amount of time before the point of viability, during which the deliberation regarding and the actual exercise of the right to self-determination regarding whether to continue a pregnancy and give birth take place; and (2) by criminally punishing violations of the ban on abortion. We believe that a decision of simple unconstitutionality rendered based on this clear rationale will provide the basis for the National Assembly's amendment of the Provisions at Issue, producing the same result as the rendition of a decision of nonconformity to the Constitution. Therefore, the rendition of the decision of simple unconstitutionality is unlikely to give rise to extreme legal confusion or social costs.

(f) Moreover, as stated above, we find that the Provisions at Issue violate the Constitution, because they prohibit a pregnant woman from having an abortion during the first trimester of pregnancy, although abortion should be permitted without restriction as to reason and be left to the deliberation and judgment of the pregnant woman during this period. Since the parts of the Provisions at Issue concerning penalties for abortions performed during the first trimester of gestation are unquestionably in violation of the Constitution, and since the legislature has no discretion to decide whether to impose punishment for abortions performed during the first trimester of gestation, we do not find it necessary or essential to issue decisions of nonconformity to the Constitution on the Provisions at Issue.

(g) Therefore, because the Provisions at Issue contravene the rule against excessive restriction and thus infringe the right to self-determination of a pregnant woman, we declare that the Provisions at Issue violate the Constitution.

## V. Conclusion

The three Justices' declaration of simple unconstitutionality of the Provisions at Issue and the four Justices' declaration of constitutional nonconformity of the Provisions at Issue satisfy the quorum requirement for an unconstitutionality decision under the proviso of Article 23 Section 2 Item 1 of the Constitutional Court Act. Therefore, the Court declares the Provisions at Issue nonconforming to the Constitution, and orders that they continue to be applied until the legislature amends them not later than December 31, 2020. If amendment is not made by that date, the Provisions at Issue will become null and void as of January 1, 2021.

In addition, the Court modifies the August 23, 2012 decision in 2010Hun-Ba402, in which it was held that the Self-Abortion Provision and the part concerning "midwife" in Article 270 Section 1 of the Criminal Act (amended by Act No. 5057 on December 29, 1995) did not violate the Constitution, to the extent that it conflicts with the Court's decision in this case.

Dissenting from this decision, Justice Cho Yong-Ho and Justice Lee Jongseok deliver the following constitutionality opinion in VI.

## VI. Constitutionality Opinion of Justice Cho Yong-Ho and Justice Lee Jongseok

For the following reasons, we are of the opinion that the Provisions at Issue do not violate the Constitution.

### A. Opinion on the Self-Abortion Provision

Being born from a mother's womb without being aborted enables us to debate the constitutionality of the Self-Abortion Provision in this case. This means that we were once all fetuses.

## 1. Human Dignity, Fetal Life, and the State's Protection Duty

(a) All citizens shall be assured of human worth and dignity (Article 10 of the Constitution). In previous cases, the Court opined that the ideal human image posited by our constitutional order was “that of a mature democratic citizen who decides on and shapes each one's life under his or her responsibility within the social community on the basis of his or her view on life and society” (*see* 96Hun-Ka5, May 28, 1998; 98Hun-Ka16, etc., April 27, 2000); or “that of a human being with a personality who is neither a subjective individual isolated from society nor a mere member of a community, but who is associated with, and tied to the community and, at the same time, remains intact from its intrusion of his or her intrinsic value and strikes a balance between maintaining a personal life and a community life” (*see* 2002Hun-Ma518, October 30, 2003). Nevertheless, this does not mean that individual and specific humans who present human images different from the above ones possess no dignity.

Our Constitution requests that all human beings have dignity simply by virtue of being human. Human life is invaluable; it is the source of dignified human existence, which cannot be replaced by anything else in this world. Although the right to life is not enshrined in the Constitution, it is a natural right, transcending time and space, rooted in the human instinct to survive and the purpose of human existence. It is unquestionably clear that the right to life is the most fundamental right and the foundation of all rights provided under the Constitution (*see* 92Hun-Ba1, November 28, 1996). Wherever human life exists, it should be accorded human dignity; it is not significant whether the bearer of life is conscious of this dignity and capable of safeguarding the life of his or her own. The potential abilities of the earliest human being would be sufficient to justify this dignity (BVerGE, 39, 1, 41).

(b) The nature of a maternal-fetal relationship is very unique. The pregnant woman can view her fetus both as herself and as a separate individual at the same time. It is neither possible to identify the fetus and

its mother as one person nor two, and they build a special association where they cannot oppose each other despite the possibilities of them violating each other's interests. They both deserve respect based on human dignity.

The fetus possesses the internal value of life as it develops into a complete human being. This is not just because the fetus is part of the human species with the same genetic makeup, but rather it is because the fetus has the potential to grow naturally to develop into a unique human being that cannot be replaced by anyone else. The fetus receives nutrients and oxygen from the mother, but its cell division and growth occur independently. It has a separate immune system from the mother and can move independently by its own will while being able to feel pain after a certain period. Thus, as an independent living organism, the fetus grows to be a dignified human in the future unless there is an unfortunate case of natural miscarriage. Although the fetus depends on the mother for survival, it can survive independently before natural birth if more than a certain period of time (about 22 weeks of pregnancy with current medical technology) has elapsed. Considering that the fetus develops more and more human features before childbirth and is recognized as a real human after childbirth, both the fetus and the person born are considered to be undergoing a series of continuous developmental stages of life. Thus, there is no fundamental difference between a fetus and a newborn in relation to the degree of human dignity or the need for protection of life. The question is at what point life should receive constitutional protection as a dignified being. Although it is impossible for experts in medicine, philosophy, and theology to reach a consensus on this matter, if life before birth is excluded from the protection of the right to life by the Constitution, the protection of the right to life should be regarded as incomplete, as the fetus must also be regarded as the subject of the constitutional right to life (*see* 2004 Hun-Ba81, July 31, 2008; 2010 Hun-Ba402, August 23, 2012). Because the development of the embryo has been an ongoing process since the implantation of the embryo, the exact stage of development cannot be established, and while the developmental

process of the embryo, especially the mental aspect, is still lacking, it can be predicted that the time for the fetus to survive independently from the mother is advanced. We also cannot rule out the possibility that someday the embryo might grow from the beginning in an artificial uterus. Thus, when we are doubtful, we have no choice but to choose the interpretation method that maximizes the protection of right to life. Therefore, at least when embryos are implanted in the uterus, the embryo, until birth, should be able to enjoy human dignity as a life with intrinsic human value regardless of the gestational period.

(c) We have fundamental doubts about whether the freedom of abortion, which may terminate the physical existence and life of a fetus, can possibly be protected by the right to self-determination. Even if we accept the premise that the fetus is a part of its mother's body, we do not see that a woman's right to self-determination includes the positive freedom to terminate a fetus's life, because the fetus itself possesses at least the internal value of life. In principle, a pregnant woman is a dignified human being and is clearly entitled to the right not to be used as a means to sustain and develop the life of a fetus (right of personality) and the right not to have her bodily integrity interfered with (freedom of bodily integrity).

On the other hand, the right to abortion is written nowhere in the Constitution, and the citizens who were vested with the constituent power did not intend to endow women with that right as well. It is fair to say that a fetus's right to life and a woman's right to self-determination cannot be weighed against each other. Abortion is not a matter of free choice, but a matter of unethical act of taking the life of a living being. Our legal order neither requires nor allows anyone to sacrifice another's life for the sake of one's own freedom of bodily integrity. In general, a pregnant woman's exercise of the right to self-determination is limited to the extent that it does not infringe another being's freedom or right. Therefore, a pregnant woman's right to self-determination does not include the right to terminate the internal value of a life, which means to take the life of a fetus.

However, the Court found in a previous case (2010Hun-Ba402, August 23, 2012) that a pregnant woman's right to self-determination includes her right to decide whether to continue or terminate her pregnancy, and the majority opinion in this case reached its conclusion based on this finding. Although we are doubtful, as noted above, of the validity of this finding, we proceed to determine the merits of this case based on the premise, which has been adopted in the above precedent and majority opinion in this case, that the Self-Abortion Provision restricts a pregnant woman's right to self-determination, namely the freedom of abortion.

(d) Human dignity is a supreme constitutional value and a normative goal sought by the State. It binds all government institutions, and the State is entrusted with the duty and task to realize human dignity. Since Article 10 of the Constitution stipulates that "It shall be the duty of the State to confirm and guarantee the fundamental and inviolable human rights of individuals," the State has the duty to protect a fetus's right to life, which is a fundamental and inviolable human right (*see* 2004Hun-Ba81, July 31, 2008).

The most important duty of the State is to protect the life, safety, and interests of all members of the community. This is especially true with respect to the members who are not capable of protecting themselves. A fetus has no means to defend itself, and because it is developing into a human life, it is vulnerable to external threats. Since life cannot be restored once lost, and since it is impossible to impose limited restrictions on life, a fetus's life cannot be protected unless there is a ban on depriving fetuses of life. Thus, the State may impose a ban on abortion, which can deprive fetuses of life, in order to perform its task to realize human dignity.

Pursuant to its duty and task to realize human dignity, the State holds the duty to protect life, and this duty prohibits not only the State from posing a direct harm to a fetus but also a third party from endangering the fetus's life as well, which is the source of human dignity (*see* 2006Hun-Ma788, August 30, 2011). Because abortion is intentional destruction of life, the State should enforce its life protection duty to

safeguard fetuses carried by pregnant women. Although it is apparent that the fetus and the pregnant woman stand in a very special relationship with each other, yet the fetus is a living being that has an existence separate from its mother, and therefore we find that there is a need to protect the fetus's life where its mother takes its life by obtaining self-abortion, just as in cases involving other third parties endangering the fetus's life. The fetus should be guaranteed the right to life by the legal order solely based on its existence, not based on its mother's approval for that right.

Yet, it is also the duty and task of the State to protect the fundamental rights of a pregnant woman who is forced to continue her pregnancy and give birth. Thus, the issue of whether the pregnant woman's fundamental rights are unduly infringed by the Self-Abortion Provision may be determined by the Court.

(e) In view of the above, we conclude that the Self-Abortion Provision serves the legitimate legislative purposes of deterring pregnant women from having abortions and thus of protecting fetuses' right to life. Further, because it prohibits, with exceptions, pregnant women from obtaining abortions and criminally punishes violations of this prohibition, it also is an appropriate means of achieving the above purposes.

## 2. Criminal Punishment and Least Restrictiveness of Means

(a) Since a fetus possesses human dignity, the State has the duty to protect its life and also should afford the fetus legal protection even from its mother. The legislature has no alternative but to resort to criminal means if other means cannot provide fetal protection as demanded by the Constitution. Fetal life can be protected by the imposition of a general ban on abortion and by the imposition of criminal punishment on violations of this ban, and this protection is afforded by the Self-Abortion Provision.

As a general rule, in determining whether a law infringes a fundamental right, the Court uses the "least restrictive means" test to decide whether

a less restrictive alternative means could equally achieve the same legislative purpose. However, this test is of less importance in relation to a prohibition of abortion. What is of more importance is to determine whether the use of criminal punishment is necessary to enforce the prohibition of abortion.

Imposing a general ban on abortion and criminally punishing violations of this ban are the most feasible and effective means of protecting fetal life among the options available to the legislature. Because criminal penalties are the most potent and feasible means of achieving a legislative purpose, we have doubts about whether other means would equally be effective in deterring abortion. Admittedly, the State needs to refrain from deploying criminal sanctions due to their strong legal effect and their effect of restricting fundamental right(s)—the extent of the effect of which is incomparably powerful in comparison to other legal means; therefore, the legislature must pursue means other than criminal punishment, if possible (*see* 2008Hun-Ka22, etc., August, 30, 2011). Nonetheless, given the Self-Abortion Provision is vital for the legislative purpose of protecting a fetus's right to life and given the peculiar nature of the infringement of the right to life, we recognize the necessity of strictly prohibiting abortion by criminal means. Further, considering that abortion is widely performed in practice despite the Self-Abortion Provision regulating it by criminal penalties, we cannot rule out the possibility that, if abortion is not punished at all or is punished by sanctions lighter than criminal penalties, this may result in more abortions—in failure to achieve the Self-Abortion Provision's legislative purpose of protecting a fetus's right to life, nor do we see that abortion can be effectively deterred by other means such as promotion of sex education or contraceptive-related education; provision of abortion-related counseling; and implementation of national and community-level safeguards for motherhood. For these reasons, we cannot postulate the existence of alternative means less restrictive of the woman's right to self-determination than, but equally effective in protecting fetal life as, the imposition of a general abortion ban and criminal punishment for violations of this ban.

(b) The majority opinion asserts that the Self-Abortion Provision as a criminal penalty provision does not have the practical effect of serving the legislative purpose of protecting fetal life on the ground, among others, that the numbers of prosecutions for abortion have been much lower than the estimated numbers of abortions. However, it is widely accepted that criminal punishment, by its very existence, has a measurable deterrent effect on criminal behavior. Because the pregnant woman who procures an abortion and the doctor who performs it are both punished for their actions, the procedure is conducted very secretly and is thus rarely reported; therefore, the fact that there have been few prosecutions for abortion does not directly support a conclusion that the provisions on crimes of abortion do not have any practical effect. It is true that a number of studies indicate that the estimated numbers of abortions and the rates of induced abortion operations in our society have been in steady decline. Admittedly, this trend is in part the result of a combination of various factors, including the increased use of contraception, decline of son preference, and improvement of economic conditions. However, it cannot be denied that the prohibition of abortion by criminal means is also one of such factors.

The majority opinion also asserts that abortion should not be punished by criminal means, on the grounds, among others, that the Self-Abortion Provision has in effect become a dead letter; it does not have a deterrent effect on pregnant women who are desperate to have an abortion; it disregards the health risks and harm that abortion poses to pregnant women; it is used by a biological father of a fetus, who does not want an abortion, as a means of threatening pregnant women; or it is used as a means of putting pressure on pregnant women to settle a family dispute or other civil disputes. However, the existence of such an abuse does not lead to the conclusion that the Self-Abortion Provision fails to serve the purpose of protecting fetal life; instead, the existence thereof leads to the conclusion that we require measures that prevent such an abuse of the Self-Abortion Provision. Although the Self-Abortion Provision has in effect become a dead letter, its existence would be justified if it can save

the life of only one fetus. The assertion that abortion poses health risks and harm to pregnant women is based on the premise that abortion is permitted, and thus is not relevant to this case, which addresses the issue of whether abortion should be allowed. Further, the grounds for allowing abortion, number of abortions, or rate of abortions in each country are influenced by a combination of various social and cultural factors as well as tradition and custom of their own and thus cannot be compared with other countries' grounds in a facile manner.

(c) We find it hard to believe that there are alternative means less restrictive of a pregnant woman's right to self-determination than, but equally effective in protecting a fetus's life as, the imposition of a general ban on abortion and criminal punishment for violations of this ban. As a result, the balance of interests test, which weighs the public interests to be achieved by the Self-Abortion Provision against the private interests to be infringed by it, lies at the crux of determining the constitutionality of the Self-Abortion Provision.

### 3. Balance of Interests

#### (a) Conflict between a fetus's right to life and a pregnant woman's right to self-determination

Life is the source of dignified human existence, which cannot be replaced by anything else in this world. Thus, there is a vital and imperative public interest in protecting the life of a fetus. Further, the right to life, because of its nature, cannot be partly restricted; any restriction of this right means a complete deprivation thereof, and an aborted fetus forever loses the opportunity to grow into a human being. Given the importance of protecting a fetus's life and given the peculiar nature of the infringement of the right to life, we find that the legislature should make its utmost effort to protect the fetus's life and prevent infringement of its right to life.

A fetus's right to life and a pregnant woman's right to self-determination

are in an adversarial relationship. It is impossible to reconcile these two rights in any situation. Therefore, deciding when and which right should prevail is a very difficult philosophical, ethical, normative, medical, and sociological question.

The legislature has the discretion to specifically determine how and to what extent the State should protect the fetus where the fetus's right to life and the pregnant woman's right to self-determination are in conflict with each other. We note, however, that the fetus will not receive the same level of protection as the pregnant woman if the legislature determines to sacrifice the fetus's right to life in order to afford the pregnant woman the freedom of bodily integrity or the right to self-determination.

The Self-Abortion Provision bans abortion and allows exceptions only for emergencies, set forth in the Mother and Child Health Act. These emergencies include, *inter alia*, the need to protect the life and health of the pregnant woman, or pregnancy as a result of a crime. This legislation provides broad protection for the life of a fetus and thereby basically intended to give precedence to a fetus's right to life over a woman's right to self-determination. This determination of the legislature to prioritize the fetus's right to life over the pregnant woman's right to self-determination should be honored.

(b) Relationship between the State and its duty of protection

The Self-Abortion Provision serves the public interest in protecting a fetus's life and thus in defending the constitutional value system deriving from human dignity. The State has a legitimate public interest in protecting the fetus, which is valuable by virtue of its potential to grow into a human being. That the Self-Abortion Provision prohibits a pregnant woman from having an abortion is not because it regards her as a means for sustaining and developing the life of the fetus. It is because our constitutional order does not allow the pregnant mother to sacrifice the life of the fetus, which is in a unique communal relationship with her and has an inherent value of a human being, and because our constitutional

order cannot but pursue a normative goal of protecting the unborn life, which does not have any means to defend itself.

All legislative, executive, and judicial institutions of the State have the duty to protect a fetus, and must establish a legal order protecting the fetus and inducing its birth. Indeed, the Court is one of these institutions. Thus, the Court should not recklessly disregard the legislature's determination to protect the life of the fetus through the Self-Abortion Provision. A decision on whether and when to allow abortion should be made by the legislature, an institution of representative democracy, after majority public opinion is aroused through serious and extensive public debate.

(c) Regarding the developmental stage of a fetus

The Self-Abortion Provision bans abortion in principle and thereby gives, regardless of a fetus's developmental stage, precedence to a pregnant woman's right to self-determination over a fetus's right to life throughout pregnancy.

We do not see that the importance of the public interest in protecting fetal life varies according to the stages of fetal development, nor do we see that a pregnant woman's right to dignity or right to self-determination prevails at certain stages of pregnancy and is outweighed by a fetus's right to life at later stages. As noted above, the Constitution protects the life of a fetus because it is a dignified living being that is expected to become human, not because it has the ability to survive independently, or has the mental capacity, *inter alia*, for thought or self-awareness. Every human being is equally entitled to the protection of his or her life, regardless of his or her physical condition or developmental status, and by the same token, a fetus as a subject of the right to life is entitled to that protection as well, regardless of its developmental stage (*see* 2010Hun-Ba402, August 23, 2012).

In particular, given that there is an increasing probability of the fetus's survival outside the mother's womb due to the rapid advancement of medicine, and given that each fetus has a different speed of development,

there is no justification for affording a varying degree of protection to the life of a fetus depending on its developmental stage, viability, or on the period of “safe abortion.”

The development of life is a set of continuous process. It cannot be distinctly separated into stages according to gestational age. Therefore, we have doubts about setting a certain time point—for instance, 12 weeks of gestation—after which abortion is banned and punished, because we do not observe that a 12-week fetus and a 13-week fetus have any fundamental difference requiring a different degree of protection. We also have concerns about banning and punishing abortion after viability, because the same rationale may be applied to patients in a vegetative state and others who are lying in intensive care units of

hospitals. As the majority opinion noted, different legal protection is conferred to fetuses at different developmental stages under the Criminal Act; however, we believe that this rule cannot be extended to cases concerning the constitutional protection of fetal life, because this rule is based on the categorization of crimes unique to the Criminal Act which classifies crimes by the type of legally protected interest that they invade. If, as suggested by the majority opinion, abortion is allowed during the Determination Period or the first trimester of gestation, such allowance will create a vacuum in protecting a fetus’s right to life during either of these periods, leading to the State’s failure to fulfill its duty to protect fundamental rights. We therefore find that the Self-Abortion Provision has reasonable grounds for banning and punishing abortion not depending on the fetus’s developmental stage, viability, or on the period of safe abortion.

(d) Regarding socioeconomic indications

The majority opinion argues that the Self-Abortion Provision unduly restricts a pregnant woman’s right to self-determination by not allowing abortion on socioeconomic grounds. The socioeconomic grounds cited by the majority opinion include career interruption; parenting; reproductive

rights; interference with education, career, or public activities; financial burden; premarital or out-of-wedlock pregnancy; divorce, separation, or termination of relationship. However, the concept and scope of socioeconomic grounds are very vague, and it is difficult to objectively verify whether a woman falls under any of those grounds. Allowing abortion on socioeconomic grounds is equivalent to allowing abortion depending on the convenience of pregnant women, and such allowance leads to the same result as fully legalizing abortion. If abortion is permitted based on the notion that one can remove inconveniences from one's life at any time, there will be no reason to deter abortion, and, moreover, such permission may be a general disregard for human life. Simply put, permitting abortion on socioeconomic grounds establishes the right to take human life based on "convenience." The preamble to the Constitution declares that "To help each person discharge those duties and responsibilities concomitant to freedoms and rights." In keeping with this spirit of the Constitution, a woman who chooses to have sexual intercourse must bear the responsibility for pregnancy and childbirth, which are the effects of the cause chosen by herself. A pregnant woman must find happiness not by terminating the pregnancy, but by saving the fetus. The image of such a woman corresponds to the above-mentioned ideal human image posited by our Constitution. If our generation legalizes abortion by jumping on the bandwagon of the current zeitgeist and ideological orthodoxy characterized by the removal of relative inconveniences in life, even we may someday be an inconvenience for the next generation and be eliminated in the name of euthanasia or *goryeojang*.

The socioeconomic grounds advanced by the majority are related to social problems that have existed from the outset and have not arisen as the result of prohibition and punishment of abortion. Even if those social problems faced by pregnant women are in some respects caused by not allowing abortion, the focus should be on resolving their root structural causes, namely, the lack of support for and negative perception of unwed mothers; an unfavorable environment for parenting; and sexually

discriminative and patriarchal cultures at home and in the workplace.

A question may arise as to whether the Self-Abortion Provision violates a woman's reproductive rights, which include the right to make decisions about family planning, namely, the number, spacing, and timing of children, and the right to have the information and means to do so. We believe that violations of such reproductive rights can be substantially prevented by the use of contraceptives instead of abortion. There is an obvious and important difference between destroying life by *abortion* and preventing life by *contraception*; this difference is the most compelling public reason why abortion, and not contraception, is prohibited. The State cannot but choose the Self-Abortion Provision in order to provide more protection to a fetus's right to life than to a woman's reproductive rights.

Therefore, we find that the socioeconomic grounds advanced by the majority opinion do not provide a compelling reason for us to hold that the Self-Abortion Provision unduly restricts a woman's right to self-determination.

(e) Regarding the grounds for legal abortion

The prohibition of abortion may result in infringing not only a pregnant woman's right to self-determination but also her right to personality, human dignity and worth, or right to health in some cases, depending on her circumstances. If no exceptions are made to the prohibition and punishment of abortion in these cases, this could be contrary to the spirit and value of the Constitution. Generally recognized grounds for legal abortion (induced abortion operation) include medical, eugenic, or ethical: where it is patently unreasonable to expect in light of social norms that the mother can continue the pregnancy, such as in cases of a serious risk to her life and health, or pregnancy as a result of a crime.

Likewise, the Mother and Child Health Act provides that a doctor may perform an induced abortion operation within 24 weeks with the consent

of the pregnant woman herself and her spouse in the following cases: (1) where she or her spouse suffers from any eugenic or genetic mental disability or physical disease; (2) where she or her spouse suffers from any contagious disease; (3) where she is impregnated by rape or quasi-rape; (4) where pregnancy is taken place between relatives by blood or by marriage who are legally unable to marry; or (5) where the maintenance of pregnancy severely injures or is likely to injure the health of the pregnant woman for health or medical reasons. Further, under this Act, the doctor and the pregnant woman in these cases are not punished (Articles 14 and 28 of the Mother and Child Health Act and Article 15 of the Enforcement Decree of the Mother and Child Health Act). Therefore, we find that this Act shows consideration for women by preventing the Self-Abortion Provision from violating their human dignity and worth, right to life, and other values.

The Petitioner asserts that Article 14 Section 1 of the Mother and Child Health Act recognizes very narrow exceptions to the abortion ban and violates the void-for-vagueness doctrine by not setting out the standard and process of review in determining whether the pregnant woman is impregnated by rape or quasi-rape. The Petitioner also contends that the part of this statutory provision concerning requiring the consent of the pregnant woman's spouse discriminates against pregnant women on account of their gender or marriage status and thus violates their right to equality and right to self-determination. However, we do not proceed to these arguments, because they center around the unconstitutionality of Article 14 Section 1 of the Mother and Child Health Act, and not of the subject matter of review in this case.

(f) Regarding gender-based discriminatory effect

The Petitioner's claim of indirect discrimination that the Self-Abortion Provision has a *gender-based discriminatory effect* because only women can become pregnant is incorrect in that, in reality, gender-based discriminatory harm occurs not due to the Self-Abortion Provision;

unwed, underage, or socioeconomically vulnerable pregnant women are disadvantaged, not on account of the absence of the freedom of abortion, but on account of gender-based discrimination; prejudice against individual circumstances of a pregnant woman; insufficient safeguards for motherhood; and other factors in our society.

Contrary to the Petitioner's claim, we observe that the legalization of abortion could have a gender-based discriminatory effect in reality. Currently, recommendation of or incitement to abortion cannot be easily or legally made in a public manner by the man who desires to relieve himself from the duty to care for the child or from the responsibility of the biological father, or by the pregnant woman's family and friends who are concerned about the social prejudice and financial constraints that she may face. If abortion becomes a mere matter of choice, recommendation of or incitement to abortion will be made without hesitation and this will have disadvantageous consequences for the pregnant woman. This is the same reason given by early feminists as to why they were opposed to abortion.

The Self-Abortion Provision punishes the man and woman involved in the performance of, incitement to, and complicity in abortion, but it does not have any effect on non-pregnant women. Thus, it amounts to gender-neutral regulation and does not discriminate against anyone. The Self-Abortion Provision is an inevitable measure to protect the life of a fetus; there is no hidden intention to discriminate against women behind this Provision. On the other hand, allowing abortion on the basis of the pregnant woman and her family's preference for a child of a particular gender clearly causes a gender-based discriminatory effect.

(g) Sub-conclusion

It is true that the Self-Abortion Provision restricts a pregnant woman's right to self-determination to some extent, but the degree of such restriction is no more significant than the important public interests in protecting a fetus's life to be served by this Provision. Although this

Provision does not make a substantial contribution to eradicating abortion, we find that it serves a compelling public interest, considering the deterrent effect resulting from it and the disregard for human life that may result from its absence (*see* 2010Hun-Ba402, August 23, 2012).

Therefore, the Self-Abortion Provision does not violate the balance of interests test.

#### 4. The Legislature's Deliberation and the Necessity of the Protection of Motherhood

In 1973, the Supreme Court of the United States rendered a decision in *Roe v. Wade* in which it overturned state laws regulating abortion. Has a social consensus on abortion been reached and controversy over it been resolved in the United States since that decision? On the contrary, as we have seen throughout history, the controversy over abortion has continued unabated. Even the plaintiff in the above case, Norma McCorvey, later became an activist in the anti-abortion movement, and the regulation of and disputes over abortion still continue to exist in many American states. Further, after the above decision and other relevant court decisions, groups supporting and opposing each decision have become organized and politically powerful with more solidarity, resulting in the subsequent change of the political landscape in the United States, even influencing the composition of its Supreme Court.

In order to determine what actions the State should take in fulfilling its duty to protect the life of a fetus, constitutionality of the exercise of governmental powers can be reviewed and such review is necessary, because the State should not be subject to either the common sense of justice shared by citizens or the will of a majority but should be subject to the constitutional order of values. As the primary guardian of the constitutional order of values, the legislature should actively and carefully deliberate on the regulation of deeply divisive issues, such as abortion, requiring an analysis of the essence of human dignity. However, disengagement from the political process and reliance on judicial review

cannot be the ultimate solution to all problems.

Our Constitution provides in Article 36 Section 2 that “The State shall endeavor to protect mothers.” Yet, pregnant women do not receive sufficient protection from the State. In reality, not every woman can share parenting with the father of the child, nor can every dual-income household receive enough support from family or the social system in raising a child. Some women may find themselves fortunate enough not to face discrimination and bias based on pregnancy. If this social environment does not change, those who claim that the rights to deny abortion and to take the life of a fetus are necessary to raise the social status of women will not refrain from voicing their opinions.

The State has the duty to improve through legislation the reality that may threaten human dignity. In addition to imposing criminal penalties for abortion, it should dissuade women from having abortions by introducing legislative policies, such as placing more parental responsibility on men, including unwed fathers, through enactment of the “Parental Responsibility Act” since pregnancy concerns not only women but also men; establishing social protection system for unwed mothers; relieving women of the burdens of pregnancy, childbirth, and parenting through formulation of maternity protection policy; providing sufficient support for expectant, married couples; and increasing childcare facilities. Only women can give birth, however, government, society, and men can and should shoulder the financial burden of parenting. Such efforts to enact legislation and to improve the institutional framework will effectively guarantee a fetus the right to life and, at the same time, protect a woman’s right to self-determination.

## 5. Conclusion

As seen above, the fact that the Self-Abortion Provision does not allow abortion in the early stages of pregnancy or for socioeconomic reasons is not contrary to the rule against excessive restriction. Thus, the Self-Abortion Provision does not unduly restrict a pregnant woman’s

right to self-determination.

The Court already decided on August 23, 2012, that the Self-Abortion Provision was constitutional. Now, less than seven years after that decision, we see no change in circumstances sufficient to warrant its reversal. This is also why we conclude that the declaration of constitutionality of the Self-Abortion Provision must be affirmed.

#### **B. Opinion on the Abortion by Doctor Provision**

“I will maintain the utmost respect for human life from the time of conception, even under threat; I will not use my medical knowledge contrary to the laws of humanity.” (Declaration of Geneva based on the Hippocratic Oath)

Aside from the claim regarding the constitutionality of the Self-Abortion Provision, the Petitioner raises a separate claim that the Abortion by Doctor Provision (Article 270 Section 1 of the Criminal Act) imposes excessive punishment of not more than two years of imprisonment on a doctor who performs an abortion with the woman’s consent. Hence, we will discuss below whether (1) the Abortion by Doctor Provision violates the principle of proportionality between criminal liability and punishment by providing that a doctor who performs the abortion upon the request or with the consent of the pregnant woman, shall be punished by imprisonment for not more than two years; and whether (2) it upsets the balance in the system of penalties and thus contravene the constitutional principle of equality by not setting forth any monetary penalty like the one for abortion with the woman’s consent provision in Article 269 Section 2 of the Criminal Act.

##### **1. Whether the Principle of Proportionality Between Criminal Liability and Punishment Is Violated**

Defining what act constitutes a crime and affixing the penalty for it are matters of the State’s legislative policy. The Court must recognize the

fact that the legislature is vested with broad legislative discretion, or freedom to make law, in relation to those matters because it needs, in principle, to consider a variety of factors, including our history and culture; contemporary conditions; citizens' common values or common sense of justice; the reality and nature of crimes; interests to be protected; and crime prevention effect. Moreover, the Court should not readily conclude that a statutory penalty for a crime is unconstitutional unless that penalty clearly violates the constitutional principles of equality and proportionality

—for instance, unless it is grossly disproportionate to the nature of the crime and to the criminal liability of the perpetrator by upsetting the balance in the system of penalties, or unless it goes beyond the degree necessary to serve its original purpose and function (*see* 2009Hun-Ba29, February 24, 2011).

We find that the legislature concluded that a doctor who performed an abortion had a higher degree of criminal liability than a non-medical professional, because the performance of the abortion was contrary to a doctor's duty to provide medical care and advice in order to sustain and protect life and in order to recover and promote health; and that it feared that a doctor would abuse his or her ability to perform an abortion operation and his or her professional medical knowledge in order to make profits for himself or herself. These findings explain why the legislature intended to protect the life of a fetus by prescribing only imprisonment for an abortion by a doctor. That legislative intent is legitimate, and the imposition of imprisonment for the abortion by the doctor is an appropriate means to achieve it.

The Abortion by Doctor Provision provides that a doctor shall be punished only by imprisonment when the doctor performs an abortion upon the request or with the consent of a pregnant woman. However, we cannot find that the Abortion by Doctor Provision prescribes an excessive punishment: the upper limit is not so high because the statutory penalty should not exceed two year imprisonment; and, as for the crime of abortion that is not so serious, the court may impose a deferred judgment or suspended sentence even if it does not reduce the sentence or make

a statutory sentence reduction.

For these reasons, we cannot find that the Abortion by Doctor Provision does not comply with the principle of proportionality between criminal liability and punishment (*see* 2010Hun-Ba402, August 23, 2012).

## 2. Whether the Principle of Equality Is Violated

We find that an abortion is likely to result in the deprivation of the life of a fetus, regardless of the types of abortion; that most abortions are carried out by healthcare professionals who have knowledge about abortion, because it is difficult for a lay person to perform an abortion; so blameworthiness of healthcare professionals who deprive the life of a fetus by performing an abortion by trade is high, because they should be engaged in the business of protecting fetuses' lives; and that a small fine has little deterrent effect on a doctor who abuses his or her ability to perform an abortion and his or her professional medical knowledge in order to make profits for himself or herself.

Given these findings, we conclude that the Abortion by Doctor Provision, where the legislature did not set forth any monetary penalty like the one for abortion with the woman's consent provision (Article 269 Section 2 of the Criminal Act), does not hinder the balance in the system of penalties and thus does not violate the constitutional principle of equality (*see* 2010Hun-Ba402, August 23, 2012).

## 3. Sub-Conclusion

The Abortion by Doctor Provision does not violate the principle of proportionality between criminal liability and punishment. It also does not upset the balance in the system of penalties and thus does not contravene the constitutional principle of equality.

The Petitioner claims that the Abortion by Doctor Provision infringes the freedom of occupation. However, because she fails to provide specific information to establish that claim and merely alleges that the freedom of

occupation is infringed as a result of violations of other fundamental rights, we do not review that claim.

### C. Conclusion

The Self-Abortion Provision and the Abortion by Doctor Provision do not violate the Constitution.

*Justices Yoo Namseok (Presiding Justice), Seo Ki-Seog, Cho Yong-Ho, Lee Seon-ae, Lee Seok-tae, Lee Eunae, Lee Jongseok, Lee Youngjin, and Kim Kiyoung*