
M.E.S., Numéro 110, Vol. 3, Juillet-Septembre 2019

<https://www.mesrids.org>

Dépôt légal : MR 3.02103.57117

Mise en ligne le 11 janvier 2022

DE LA DEPENALISATION DE L'AVORTEMENT THERAPEUTIQUE EN DROIT POSITIF CONGOLAIS. EFFORT DE COMPREHENSION

par

Blaise ENYELA MANGOBA

*Assistant, Faculté de Droit
Université de Mbandaka*

Introduction

Une vision rénovée des droits de l'homme s'est développée au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale au point que plusieurs conventions tant régionales, sous régionales qu'internationales ont été conclues par les Etats afin de garantir lesdits droits⁹⁸. Notons que parmi les droits fondamentaux que les différentes conventions reconnaissent et protège, le droit à la vie occupe une place de choix⁹⁹.00000

Le droit positif congolais s'est fortement investi dans le respect des droits de l'homme en les traitants des droits fondamentaux dont le droit à la vie reste le plus en vue, c'est-à-dire capital et même sacré¹⁰⁰.

Le choix de ce thème a été dicté par une observation faite sur le problème qui se pose lorsqu'il s'agit d'opérer un choix entre la vie de l'enfant à naître et celle de sa mère, dans la pratique de l'art de guérir, alors que juridiquement, il n'y a pas une vie qui soit supérieure à l'autre¹⁰¹. Toutefois, force nous est de rappeler qu'à travers certaines législations, les Etats garantissent le droit à la vie mais ne font pas allusion à un quelconque droit pour le fœtus ou l'embryon¹⁰². Et pourtant, le droit positif congolais interdit la destruction du germe en gestation et est animé par le souci d'accorder à chaque être germé la chance de venir à la vie. Il y a donc lieu de dire que le législateur congolais fait exception, en incriminant l'avortement qui est prévu et puni par les articles 165 et 166 du code pénal congolais alors qu'il ne peut être justifié qu'au cas où il se conçoit comme une thérapeutique, c'est-à-dire pour un motif médical¹⁰³.

Par ailleurs, nous estimons que cet avortement visant à sauvegarder la vie de la mère, peut connaître d'objection dans le cas où celle-ci s'y oppose. De ce qui précède, les

⁹⁸Au nombre de ces conventions, nous pouvons citer : la déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte Africaine des droits de l'homme, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la convention européenne des droits de l'homme,...

⁹⁹Les articles 1 et 3 de la déclaration universelle des droits de l'homme.

¹⁰⁰ Article 16 de la constitution du 18 février 2006, telle que révisée en 2011.

¹⁰¹ NYABIRUNGU mwene SONGA, *Droit pénal général Zaïrois*, Kinshasa, DES, 1989, p. 97.

¹⁰² PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, Paris, 2^{ème} éd. Dalloz, 2002, p. 191.

¹⁰³Ordonnance loi n°70-158 déterminant les règles de la déontologie médicale, JORDC, n° spécial, avril 1970. C'est ce qu'affirme également KABWA KABWE, *Droit civil, Tome I, Les personnes, les incapacités*, Kinshasa, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, 2016, p.39.

questions suivantes méritent alors d'être posées :

- pourquoi le législateur congolais, tout en reconnaissant qu'il n'y a pas une vie qui soit supérieure à l'autre, accepte-t-il que le fœtus soit détruit dans le but de sauvegarder la vie de la mère ?
- que doit faire le médecin qui, après avoir informé la mère qu'une intervention chirurgicale visant l'expulsion prématurée de l'enfant à naître s'avère impérieuse pour sauver sa vie alors que celle-ci s'y oppose ? En d'autres termes, le médecin doit-il s'incliner devant la volonté de sa malade qui même dûment prévenue de la gravité du cas, refuse l'intervention visant l'expulsion de son fœtus ?

Pour répondre à ces questions, il nous appartient de prime abord d'explicitier l'incrimination de l'avortement tout en donnant quelques sources de droit protégeant l'enfant avant sa naissance (I) et, ensuite de parler de la nécessité de l'avortement thérapeutique (II).

I. DE L'INCRIMINATION DE L'AVORTEMENT

Les articles 165 et 166 du code pénal congolais incriminent l'avortement sans toutefois la définir. Ainsi, il se pose à l'égard de cette incrimination un problème de définition. Nous essayerons de la définir en premier lieu, avant de proposer quelques sources de droit protégeant le fœtus.

I.1. Définition et sortes d'avortement

Pour suppléer au silence de la loi qui ne définit pas l'avortement, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour qualifier d'avortement, des procédés destinés à

provoquer artificiellement l'expulsion prématurée du produit de la conception. Ci-dessous quelques définitions proposées par la doctrine :

- Selon Jean Lesueur, l'avortement n'est rien d'autre que *l'expulsion prématurée du fœtus volontairement provoqué par un procédé artificiel quelconque* ¹⁰⁴.
- Pour Georges Mineur, l'avortement dans son acception première en la loi pénale, est un accouchement avant terme, volontairement provoqué ou procuré par un procédé quelconque indépendamment des circonstances, de viabilité du produit de la conception ¹⁰⁵.
- S'agissant de Likulia Bolongo, l'avortement est une expulsion prématurée du fœtus, volontairement ou provoqué par un procédé artificiel quelconque au stade de son développement et indépendamment de sa viabilité ¹⁰⁶. Avorter, c'est user des pratiques mécaniques ou chimiques pour interrompre artificiellement la grossesse en provoquant l'expulsion du fœtus avant terme non dans le but de sauver la vie de la mère porteuse (...). D'après ce doctrinaire, l'avortement volontaire est interdit et « malheur à qui profane la beauté innocente de la vie humaine, malheur à qui méconnaît le droit essentiel celui d'exister ou l'anéantit dès son origine ; la loi punit celui qui a fait avorter une femme, la loi punit aussi la

¹⁰⁴ LESUEUR, J., *Précis de droit pénal spécial*, Kinshasa, éd. ADL, 1961, p. 121.

¹⁰⁵ MINEUR, G., *Commentaire du code pénal congolais*, Bruxelles, éd. Larcier, 1953, p. 349.

¹⁰⁶ LIKULIA BOLONGO, *Droit pénal spécial Zaïrois*, Paris, Tome, LGDJ, 1985, p. 177.

femme qui, volontairement, s'est fait avorter ».

Il ressort de ce qui précède qu'on distingue, d'une part, l'avortement par autrui (art 165 du code pénal) et l'avortement sur soi-même (article 166 du code pénal) et, d'autre part, l'avortement criminel et l'avortement thérapeutique.

Dans le cadre de cette réflexion, nous ne parlons que de l'avortement criminel et thérapeutique. Toutefois, avant d'y arriver, donnons d'abord quelques sources de droit protégeant l'enfant avant sa naissance.

I.2. Textes juridiques, doctrines et principes généraux du droit protégeant l'enfant avant sa naissance

Nous citons ici, quelques textes juridiques, doctrines et principes généraux du droit qui soutiennent que l'enfant doit être protégé avant sa naissance (protection du fœtus) dans le but de perpétuer l'espèce humaine.

1.2.1. Textes juridiques protégeant l'enfant avant sa naissance

1.2.1.1. Au niveau international

Parmi les instruments juridiques internationaux protégeant l'enfant avant sa naissance, on peut citer : la convention relative aux : - droits de l'enfant de 1989 ; - le pacte international sur les droits civils et politiques, de New York, en 1990. En ce qui concerne la convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée Générale des Nations-Unies, le 20 novembre 1989, ratifiée en RDC par l'ordonnance-loi n°90/48, du 22 août 1990, publiée au Journal Officiel n° spécial d'avril 1999, dans son préambule dispose que « l'enfant, en raison de son manque de maturité

physique et intellectuelle, a besoin d'une protection juridique appropriée avant comme après sa naissance »¹⁰⁷.

De même, le pacte international sur les droits civils et politiques de New York, de 1990, reconnaît les mêmes droits à l'enfant à naître qu'à l'enfant après sa naissance¹⁰⁸.

1.2.1.2. Au niveau national

Nous pouvons dire qu'en RDC, plusieurs textes juridiques protègent et/ou reconnaissent au fœtus quelques droits. Parmi ces textes, nous citons : la Constitution, le code de la famille, le code pénal et la loi n°09/001, du 10 janvier 2009, portant protection de l'enfant.

Dans l'alinéa 2 de l'article 16, de la Constitution, il est disposé que la vie humaine est sacrée. Reste à savoir si la vie du fœtus est égale à celle des êtres humains. En d'autres termes, les dispositions de l'article 16 de la constitution précitée, concernent-elles aussi le fœtus ?

La réponse à cette question nous est donnée par le principe qui stipule que « *l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt*¹⁰⁹ ». C'est ce qui ressort également de l'article 211 Code de la famille tel que modifié et complété par la loi n°16/008, du 15 juillet 2016, qui dispose : « *sauf les exceptions établies par la loi, toute personne jouit des droits civils depuis sa*

¹⁰⁷ Article 6 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant, ratifié par la RDC, le 22 août 1990 par l'ordonnance-loi n°90/48 publiée au JO n° spécial avril 1999.

¹⁰⁸ Pacte international sur les droits civils et politiques de New York de 1990.

¹⁰⁹ TERRE, F., et FENOUILLET, D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1996.

conception ». Cette disposition du code de la famille pousse certains doctrinaires à reconnaître au fœtus le droit à la succession tout en excluant sa personne, car estiment-ils, la personnalité juridique court à partir de la naissance¹¹⁰. En réprimant tout acte ou tout fait destiné à détruire le produit de la conception et en prohibant toute propagande anticonceptionnelle, le code pénal protège l'enfant avant sa naissance¹¹¹.

La loi portant protection de l'enfant innovera en consacrant que « quiconque aura volontairement porté de coups ou fait des blessures à une femme enceinte est passible de six mois à un an de servitude pénale et d'une amende de cent mille à deux cent cinquante mille francs congolais »¹¹²; « si les coups et blessures faits volontairement sans détruire l'embryon ou le fœtus, entraînent pourtant une altération grave de la santé de la femme, de l'embryon, du fœtus ou la perte d'un organe, l'auteur est passible de deux à cinq ans de servitude pénale et d'une amende de deux cent mille à trois cent cinquante mille francs congolais¹¹³ »; « si ces coups et blessures ont causé l'avortement sans intention, l'auteur subira deux à cinq ans de servitude pénale et une amende de 350.000 Fc à 500.000 Fc ». Enfin « est puni de non-assistance à personne en danger, le personnel soignant qui s'abstient d'assister la femme en insistance d'accouchement ».¹¹⁴

¹¹⁰ M.L BORDENAVE, M. BRUNTZ, F. CHEVALIER, *Droit*, éd. Nathan, Paris, 1991, p. 71.

¹¹¹ Article 165 et 166 du code pénal.

¹¹² Article 143 de la loi n°09/001, du 10 janvier 2009, portant protection de l'enfant, *JORDC*, n° spécial du 25 mai 2009.

¹¹³ Article 144, *Idem*.

¹¹⁴ Les articles 145 et 146 de la loi précitée.

1.2.2. Doctrines protégeant l'enfant avant sa naissance

Plusieurs auteurs s'opposent à l'avortement criminel. Il en est ainsi de L. FAVOREUX qui soutient que le droit à la vie de l'enfant à naître du fœtus ou de l'embryon quel que soit le terme utilisé est le droit d'une « personne à venir » que l'on doit protéger voire jusque dans le sens de la dignité de la personne humaine¹¹⁵. A l'instar du code pénal congolais, l'auteur précité s'oppose à toute propagande anticonceptionnelle.

Le juriste français Bertrand Mathieu soutient que même si le fœtus n'est pas une personne titulaire des droits fondamentaux ; mais sa dignité constitutionnelle reconnue impose que sa vie soit protégée¹¹⁶.

La majorité de participants au congrès scientifique le plus qualifié pour traiter de la question relatif au point de départ de la vie humaine affirme que le rôle de médecin est donc de sauver la vie qui commence de l'union du spermatozoïde et de l'ovule¹¹⁷.

1.2.3. Principes généraux du droit protégeant l'enfant avant sa naissance

Nous citons à titre principal ici la maxime : « *l'enfant tout simplement conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt*¹¹⁸ ». Ce principe, nous l'avions déjà dit, est repris par l'article 211 du code de la famille tel que révisé et complété en 2016 et qui

¹¹⁵ L. FAVOREUX, *Droits et libertés fondamentaux*. Paris, Dalloz, 2000, p.203

¹¹⁶ www.la-croix.com/accueil/archives/2005-02-18.

¹¹⁷ WILLKE, J.C., *Le livre rouge de l'avortement*, Edition France-Empire, Paris, 1973, p.22.

¹¹⁸ TERRE, F., FENOUILLET, D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1996.

dispose : « *sauf les exceptions établies par la loi, toute personne jouit des droits civils depuis sa conception* ».

Il ressort de ce qui précède que le fœtus ou l'embryon est protégé aussi bien par des textes juridiques internationaux que nationaux, par certains auteurs, voire par certains principes de droit.

Mais, pourquoi, tout en protégeant le fœtus, l'ordonnance-loi n°70-158, déterminant les règles de la déontologie médicale¹¹⁹, les Cours et tribunaux congolais ainsi que la doctrine sont-ils favorables à l'avortement thérapeutique, alors qu'il n'y a pas une vie humaine qui soit supérieure à l'autre ? En d'autres termes, pourquoi, doit-on, au Congo accepter que la vie de l'enfant à naître soit sacrifiée afin de protéger celle de sa mère ? Par ailleurs, que doit faire le médecin qui, après avoir informé la mère qu'une intervention chirurgicale visant l'expulsion prématurée de l'enfant à naître s'avère impérieuse pour sauver sa vie alors que celle s'y oppose ?

Ces questions nous invitent à connaître la nécessité de l'avortement thérapeutique qui constitue le deuxième point de cette étude.

II. NECESSITE DE L'AVORTEMENT THERAPEUTIQUE

Le fondement ou la nécessité de l'avortement thérapeutique ne peut être appréhendé si au préalable sa définition et ses conditions ne soient connues au préalable. Aussi, allons-nous d'abord définir l'avortement

thérapeutique tout en donnant ses conditions (1) avant de nous efforcer à connaître le fondement de la dépénalisation de cet avortement et le comportement que doit observer le Médecin en cas où la mère, porteuse du fœtus, s'oppose à la destruction de son embryon (2).

II.1. Définition et condition de l'avortement thérapeutique

L'interruption médicale de grossesse (IMG) ou **avortement thérapeutique**, est l'avortement provoqué dans l'intérêt de la santé de la femme, ou pour expulser un fœtus porteur — ou très probablement porteur — d'une anomalie grave¹²⁰. Autrement dit, il s'agit de l'avortement pratiqué par le médecin pour sauver la vie de la mère ou pour éviter un dommage grave et irréversible sur la santé de la mère. Cette pratique est admise par la profession médicale, même si elle est ne peut être tolérée que lorsqu'elle constitue une mesure indispensable pour sauver la vie de la mère en danger et en cas du risque pour sa santé. Telles sont d'ailleurs les conditions de cet avortement.

Nous notons que l'avortement thérapeutique met en conflit deux intérêts : ceux de la femme et ceux de l'enfant à naître, à savoir l'obstacle au droit de la vie de l'enfant à naître et le droit pour la femme de disposer de son corps. Autrement, cet avortement, soulève deux questions majeures à savoir : « *pourquoi doit-on sacrifier la vie de l'enfant à naître au profit de celle de sa mère ? Qu'arrive-t-il lorsque la mère s'oppose à ce que la vie de l'enfant à naître soit sacrifiée à son profit ?* ». Le point suivant, propose des réponses à ces deux questions.

II.2. De la nécessité de l'avortement thérapeutique

¹¹⁹ Article 32 de l'ordonnance-loi n°70-158, déterminant les règles de la déontologie médicale.

¹²⁰ Microsoft ® Encarta ® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.

Tel que dit supra, le présent point, s'efforce de répondre aux deux questions posées ci-dessus à savoir : « *pourquoi doit-on sacrifier la vie de l'enfant à naître au profit de celle de sa mère ? Et qu'arrivera-t-il lorsque la mère s'oppose à ce que la vie de l'enfant à naître soit sacrifiée à son profit ?* ».

2.2.1. Pourquoi doit-on sacrifier la vie de l'enfant à naître au profit de celle de sa mère ?

Rappelons que le droit à la vie se situe à un rang supérieur dans la hiérarchie des droits. Par ailleurs, il n'y a pas une vie qui soit supérieure à l'autre, avons-nous déjà attesté. Cependant, il se pose un problème d'appréciation entre la vie à sauver au cas où l'une doit être sacrifiée au profit de l'autre.

Ce problème semble être résolu par l'Article 32 de l'ordonnance-loi n°70-158, déterminant les règles de la déontologie médicale qui dispose que « *l'avortement est interdit par le code pénal mais dans des cas exceptionnels, lorsque la vie de la mère est gravement menacée et que l'avortement thérapeutique paraît le seul moyen de la sauver* ».

Nous estimons quant à nous que ce choix peut être justifié pour de raisons suivantes :

- l'enfant en gestation n'a pas une vie autonome et qu'il n'y a pas de certitude sérieuse et absolue qu'il naîtra vivant et viable ;
- la mère est membre effective de la société ou un élément actif de celle-ci. Il est juste que le médecin lui accorde plus de chance de vivre afin qu'elle prenne éventuellement et immédiatement en charge d'autres enfants ou membre de la famille. En résumé, la mère est déjà utile à la société, tandis que le fœtus ne l'est pas encore ;

- le médecin doit sauvegarder la vie susceptible de donner une autre vie étant donné qu'il est reconnu que la vie du fœtus dépend indubitablement de celle de la mère.

2.2.2. Qu'arrivera-t-il lorsque la mère s'oppose à ce que la vie de son enfant à naître soit sacrifiée à son profit ?

Rappelons que l'avortement thérapeutique n'est admis que sous deux conditions : lorsqu'il constitue une mesure indispensable pour sauver la vie de la mère en danger et en cas du risque pour sa santé. Telles sont d'ailleurs les conditions de cet avortement. Il est pratiqué dans le but de soustraire chez la mère le danger que la grossesse est censée lui faire courir.

Concrètement, pour procéder à l'avortement thérapeutique, il faut que la mère encoure un danger qui menace immédiatement sa vie ou sa santé, que ce danger soit sous la dépendance certaine de sa grossesse, que l'interruption de cette grossesse le fasse directement cesser et qu'il n'existe aucun autre moyen.

Cependant, si pour des raisons sus-évoquées, nous avons affirmé que la vie de l'enfant à naître soit sacrifiée dans le but de sauver celle de sa mère, que doit alors faire le médecin qui, après avoir informé la mère qu'une intervention chirurgicale visant à expulser prématurément l'enfant à naître s'avère impérieuse pour sauver sa vie alors que celle s'y oppose ? En d'autres termes, le Médecin doit-il s'incliner devant la volonté de sa malade qui, dûment prévenue de la gravité du cas, refuse l'intervention visant l'expulsion de son fœtus ?

N'ayant pas trouvé une disposition légale à même de proposer une réponse appropriée à cette question, nous nous sommes

référés au Conseil Provincial de l'ordre des médecins, organe sensé avoir la maîtrise de la déontologie de ces derniers, qui nous a réponduit comme suit : « *en pareil cas, la mère doit, par écrit signé et daté, exprimer son refus, c'est-à-dire, donner un consentement un éclairé* ».

Conclusion

Nombreux sont ceux qui se posent la question de savoir *pourquoi le législateur congolais, accepte-t-il que le fœtus soit détruit dans le but de sauvegarder la vie de la mère alors qu'il n'y a pas une vie qui soit supérieure à l'autre ?* De même, d'autres cherchent à connaître si *le médecin doit-il s'incliner devant la volonté de sa malade qui, dûment prévenue de la gravité du cas, refuse l'intervention visant l'expulsion de son fœtus ?*

Ces questions, nous ont poussé à mener des recherches pour y répondre.

A l'issue de nos recherches, nous répondons, s'agissant de la première question, que l'enfant en gestation n'a pas une vie autonome et il n'y a pas de certitude sérieuse et absolue qu'il naîtra vivant et viable. Par ailleurs, la mère est membre effective de la société ou un élément actif de celle-ci, il est juste que le médecin lui accorde plus de chance de vivre afin qu'elle prenne éventuellement ou immédiatement en charge d'autres enfants ou membres de la famille. En somme, le médecin doit sauvegarder la vie susceptible de donner une autre vie étant donné qu'il est reconnu que la vie du fœtus dépend indubitablement de celle de la mère part.

Quant à la deuxième question, nonobstant la réponse donnée par le Conseil provincial de l'Equateur de l'ordre des Médecins qui, se référant à l'Ordonnance-loi

n°70-158 déterminant les règles de la déontologie médicale, affirme que le médecin doit s'incliner devant la volonté de son patient au cas où celle-ci s'opposait à l'expulsion de son fœtus quand bien-même que ce fœtus constitue un danger pour sa vie, nous estimons plutôt, qu'il n'est pas normal que le médecin s'interdise de faire l'avortement thérapeutique, étant donné que la vie du fœtus dépend indubitablement de celle de la mère ce qui veut dire que sans la mère, le fœtus ne peut survivre. Ainsi, si la mère meurt, le fœtus aussi meurt avec elle, ce qui est une double perte pour la société entière.

Nous estimons donc en définitive, que le médecin doit procéder à l'avortement thérapeutique, nonobstant le refus de la mère, porteuse du fœtus pour des raisons sus-évoquées.