

**Schade — Opzettelijke zwangerschaps-  
onderbreking**

Mislukt — Nalatigheid van de geneesheer  
— Schade van de moeder — Noch mate-  
riële, noch morele schade

Bij de mislukking van een opzettelijke zwan-  
gerschapsonderbreking kan de moeder geen  
materiële schade verrechtvaardigen daar zij  
over de door de wet toegelaten mogelijkheid  
beschikte om het kind te verlaten in de ver-  
zekering dat het zou worden ten laste geno-  
men door sociale diensten, wat maakt dat de  
geboorte geen onontkoombare last op haar  
legde.

De geboorte van een kind kan voor haarzelf  
geen morele schade uitmaken. Zulks zou  
slechts mogelijk zijn mocht het kind verwekt  
geworden zijn ingevolge een verkrachting.

**Dommmage — Interruption volontaire de  
grossesse**

Echec — Négligence du médecin — Dom-  
mage de la mère — Ni préjudice moral,  
ni préjudice matériel

En cas d'échec d'une interruption volontaire  
de grossesse, la mère ne peut justifier d'un  
préjudice matériel dès lors qu'elle disposait  
de la possibilité, admise par la législation,  
d'abandonner l'enfant en ayant l'assurance  
qu'il serait pris en charge par les services  
sociaux ce qui fait que la naissance ne cons-  
tituait pas une charge inévitable pour elle.

La naissance d'un enfant ne peut constituer  
par elle-même au plan moral un dommmage.  
Il ne pourrait en être autrement que si  
l'enfant avait été conçu à la suite d'un viol.

**COUR D'APPEL DE RIOM, 6 JUILLET 1989.**

(Siège: Mme Gire, Président; MM. Meynial et Montcriol, Conseillers —  
Plaid.: M<sup>e</sup> Sohn et M<sup>e</sup> Granvaud)

(...)

M. Y... a régulièrement interjeté appel, le 20 juillet 1988, d'un jugement rendu, le 23 juin 1988, par le tribunal de grande instance de Cusset qui: — a dit et jugé qu'il s'est rendu coupable d'une négligence coupable à l'encontre de la dlle X... et entraînant sa responsabilité; — l'a condamné au paiement d'une somme de 200.000 F en réparation partielle du préjudice causé ainsi qu'aux entiers dépens; — l'a condamné en outre, en vertu de l'article 700 du même code, au paiement d'une somme de 2.200 F.

(...)

LA COUR: — Attendu qu'il est constant que Mlle X..., enceinte d'environ sept semaines, a chargé le docteur Y..., chirurgien à la clinique Z... à..., de pratiquer sur sa personne une interruption volontaire de grossesse qui a été effectuée le 5 juin 1987; — Attendu que le 6 juin 1987, le docteur Y... prescrivait à sa cliente, qui sortait de la clinique, de faire effectuer, au bout de trois semaines, une échographie pelvienne; que cette dernière y a fait procéder seulement le 3 juillet 1987 et que les clichés ont montré la présence d'un embryon unique d'une taille correspondant à une grossesse de treize semaines; que même vingt et un jours après le 6 juin 1987, Mlle X... se serait trouvée hors délai pour subir une nouvelle IVG; — Attendu que cette grossesse s'est poursuivie sans incident pour aboutir à la naissance sans complication d'un enfant de sexe féminin parfaitement constitué;

Attendu que le rapport d'expertise du docteur R..., expert judiciaire, établit: — en ce qui concerne l'aspect légal de l'IVG, que toutes les dispositions prévues ont été respectées; — en ce qui concerne le geste chirurgical, qu'il a été normalement effectué selon la technique du curetage sans qu'on puisse tenir rigueur au docteur Y... d'avoir eu recours à cette technique plutôt qu'à celle, plus récente, de l'aspiration; — que le docteur Y... a commis une négligence en ne vérifiant pas ou en ne faisant pas vérifier par un examen anatomopathologique que l'oeuf avait été évacué; — que cette négligence est en relation directe et certaine avec la poursuite de la grossesse;

Attendu que l'intervention chirurgicale effectuée par le docteur Y... n'a entraîné pour Mlle X... aucune conséquence dommageable relative à son intégrité physique ou à sa capacité à procréer; — Attendu, par contre, que la négligence que l'expert a retenue à la charge de ce chirurgien a eu pour effet d'amener Mlle X... à mettre au monde un enfant dont elle ne souhaitait pas la naissance; — Attendu qu'il convient d'examiner si elle a subi de ce fait un dommmage sur le plan matériel ou sur le plan moral;

Attendu, sur le préjudice matériel: — que Mlle X... disposait de la possibilité, admise par la législation, d'abandonner, si elle n'admettait pas sa venue et ses conséquences, son enfant à la naissance en étant assurée qu'il serait pris en charge par les services sociaux, que dès lors celui-ci, dès la naissance, ne constituait pas une charge inévitable pour elle; — qu'elle n'établit pas la preuve que la poursuite de sa grossesse et par la suite la naissance de son enfant aient été à l'origine de son licenciement; — Attendu qu'elle ne peut donc justifier d'un préjudice matériel involontairement subi;

Attendu que la naissance d'un enfant ne peut constituer par elle-même, au plan moral, un dommage; qu'il ne pourrait en être autrement que si l'enfant avait été conçu à la suite d'un viol, ce qui n'est pas allégué; — Attendu que le dommage susceptible de provenir d'une naissance non désirée ne peut résulter que d'un traumatisme d'ordre psychologique, donc essentiellement subjectif, qu'aurait subi en l'espèce Mlle X...; — Attendu que si la mort d'une personne à laquelle il se trouve étroitement apparenté entraîne pour un être humain un préjudice moral dont il est admis par les juridictions qu'il ouvre droit à réparation, ce préjudice repose sur une présomption particulièrement forte d'affliction dont il n'est pas alors nécessaire d'apporter spécialement la démonstration; — Attendu que la naissance, événement exactement contraire, ne peut être présumé causer à la mère qui a mis l'enfant au monde une profonde affliction dont le retentissement se poursuivra longtemps; — Attendu qu'il appartient à Mlle X... d'établir l'existence d'un traumatisme moral résultant de cette naissance, qu'elle n'apporte à cet égard aucune preuve que cet événement, présumé heureux, ait été pour elle la cause d'une souffrance morale certaine; qu'elle ne fait état que de difficultés probables à refaire sa vie, à ne plus pouvoir profiter de la vie d'une jeune fille de son âge, considérations très générales qui n'établissent pas la réalité d'une telle souffrance; — Attendu que la preuve d'un préjudice soit d'ordre matériel, soit d'ordre moral que Mlle X... aurait subi par suite de la négligence du docteur Y... ayant entraîné la naissance d'un enfant non désiré ne se trouve donc pas rapportée;

(...)

Par ces motifs, réformant le jugement déféré, déboute Mlle X... de sa demande en 750.000 F de dommages-intérêts (...).

#### NOTE

**La responsabilité civile du médecin ayant pratiqué un avortement non pénalement sanctionnable: où l'on voit le juge civil s'empêtrer dans un conflit éthique dont le législateur avait entendu préserver le juge pénal.**

Les faits de l'espèce ci-dessus peuvent être synthétisés comme suit. Mlle X..., enceinte d'environ sept semaines se présente chez le docteur Y... pour lui demander qu'il soit procédé à un avortement. Le médecin pratique l'intervention et prescrit ensuite une échographie pelvienne à faire effectuer au bout de trois semaines. La patiente s'exécute en un délai excédant d'à peu près une semaine celui qui lui avait été indiqué. L'examen démontre la présence persistante d'un embryon âgé de treize semaines. Dès lors, même si la date prescrite pour l'examen de contrôle avait été respectée, Mlle X... se serait trouvée hors délai (dix semaines en France) pour subir un autre avortement. La grossesse est poursuivie jusqu'à son terme et Mlle X... met au monde une petite fille qu'elle décide de garder.

La maman assigne alors le docteur Y... Un rapport d'expertise établit que celui-ci a commis une négligence en ne s'assurant pas, par un examen anatomopathologique, que l'oeuf avait bel et bien été évacué. Constatant que cette négligence est en relation causale avec la poursuite de la grossesse, le tribunal de grande instance alloue à la jeune mère une indemnisation cependant tempérée par le fait que celle-ci ne s'était présentée que tardivement à l'examen de contrôle dont question ci-avant.

La cour d'appel de Riom va réformer la décision du premier juge en déboutant Mlle X... de sa demande de dommages-intérêts. Ce faisant, elle ne nie ni la faute ni le lien de causalité entre celle-ci et la poursuite de la grossesse. Selon la cour, c'est le préjudice qui fait défaut: pas de préjudice matériel tout d'abord car Mlle X... «disposait de la possibilité, admise par la législation, d'abandonner... son enfant»; pas de préjudice moral ensuite: seul un viol aurait pu constituer par lui-même un dommage moral, l'intimée n'apporte pas pour le surplus la preuve que la naissance de son enfant — événement présumé heureux — «ait été pour elle la cause d'une souffrance morale certaine».

**Quels enseignements peut-on tirer de cette décision, sachant que le droit belge dispose — depuis avril 1990<sup>(1)</sup> — d'une législation en matière d'interruption de grossesse dont les termes sont fort proches de ceux de la loi française<sup>(2)</sup> ?**

Le Professeur le Tourneau, annotant la décision reproduite pour le Recueil Dalloz Sirey (Dall. 1990, p. 285), fait remarquer que l'incertitude continue à régner quant aux actions en responsabilité contre le médecin ensuite d'une tentative d'avortement se révélant inefficace. En effet, tant la jurisprudence que la doctrine se divisent profondément sur la question de la responsabilité civile du médecin suite à ce qu'il faut bien appeler un avortement manqué. La considération des éléments constitutifs de la responsabilité civile du médecin (faute, lien de causalité, dommage) donne lieu à une controverse orageuse derrière laquelle se profile, on le devine, un débat éthique toujours douloureux du fait de l'impossibilité de le clore définitivement. Reprenons l'analyse de ces trois éléments pour l'espèce qui nous intéresse (A) avant de questionner la pertinence de l'introduction du débat éthique évoqué dans la matière analysée (B).

#### **A. La responsabilité civile du médecin ayant pratiqué un avortement non pénalement sanctionnable**

##### *1. Quant à la faute*

Il s'agit du seul élément ne suscitant guère de discussion: l'avortement — pratiqué dans les limites de la permission légale résultant du droit pénal<sup>(3)</sup> — est un acte médical «classique» auquel s'applique le régime de l'obligation de moyens<sup>(4)</sup>.

##### *2. Quant au lien de causalité*

C'est ici que les opinions se divisent. Ainsi, certains estiment que la causalité pour le dommage allégué (lié à la continuation de la grossesse et à l'éducation de l'enfant) se situe non pas dans la faute (démontrée) commise par le médecin mais soit dans la relation charnelle avec un tiers (le père de l'enfant)<sup>(5)</sup> soit dans la décision prise par la mère de garder un enfant dont elle avait la possibilité de se défaire par la voie de l'abandon (la décision annotée se situe dans ce courant bien que la cour s'exprime, improprement à notre avis, en termes d'absence de préjudice).

L'argument tiré de la relation avec un tiers se réfute à vrai dire aisément. Nous nous contentons à cet égard de citer Mme A. Dorsner-Dolivet<sup>(6)</sup>: «Lorsque, par exemple..., une personne, sans que l'on puisse imputer une faute à elle-même ou à un tiers, subit des blessures qui nécessitent une intervention chirurgicale au cours de laquelle le médecin commet une faute, nul ne songe à sous-traiter le médecin à sa responsabilité au motif que les blessures préexistantes étaient dues à un événement qui lui était extérieur. On ne voit pas pourquoi il en serait différemment en matière d'interruption de grossesse»<sup>(7)</sup>.

(1) Loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code, Mon., 5 avril 1990, p. 6379.

(2) Nous établissons les quelques distinctions s'imposant le cas échéant.

(3) En bref, l'avortement ne constitue pas une infraction lorsque, sollicité par une femme que son état place en situation de détresse, il est pratiqué avant la fin de la douzième semaine de la conception (la France connaît un délai de dix semaines) dans de bonnes conditions médicales et d'accueil (quelque peu précisées par la loi). Au-delà de douze semaines, l'avortement ne pourra être pratiqué que lorsque la poursuite de la grossesse «met en péril grave la santé de la femme ou lorsqu'il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic».

Voy. G. Roujou de Boubée, *L'interruption volontaire de la grossesse (Commentaire de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975)*, D., 1975, Chron., p. 209 et 218 (l'auteur confirmant que c'est en vertu d'une permission légale que l'avortement pratiqué dans les conditions exigées échappe à la répression pénale).

(4) Nous renvoyons à notre étude publiée dans cette Revue (Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique, 1990, n° 11682) et surtout aux références y répertoriées pour une description de cette relation à intensité différenciée qu'est la relation thérapeutique: l'obligation de soins relève de la catégorie des obligations de moyens en raison de la part d'aléa qu'elle comporte. Pour un rappel de ce principe en matière d'interruption volontaire de grossesse, voy. Trib. gr. inst. Evreux, 21 décembre 1979, D., Jur., 1981, p. 185 et note J. Penneau; Trib. gr. inst. Bobigny, 9 février 1983, J.C.P., II, 1984, n° 20149 et note A. Dorsner-Dolivet. Cons. également P. Le Tourneau, note sous Riom, *op. cit.*, p. 287.

(5) Voy. Trib. gr. inst. Bobigny, 15 décembre 1976, D., 1977, Jur., p. 245 et note P. Le Tourneau.

(6) Note sous Trib. gr. inst. Bobigny, 9 février 1983, *op. cit.*

(7) Dans ses conclusions formulées sous la décision du 2 juillet 1982 rendue par le Conseil d'Etat de France (reproduites in: Rev. dr. san. et soc., 1983, p. 95 et spéc. p. 104), M. Pinault (Comm. du gouv.) rejette également cette argumentation qu'il tient pour «erronée».

Le second argument est par contre plus subtil. Il suscite la question suivante: la décision prise par la mère de garder l'enfant (ou de ne pas l'abandonner suivant l'angle sous lequel on considère les choses) rompt-elle le lien de causalité entre la faute et le dommage subi? Formulée en termes plus généraux, cette question équivaut à se poser celle de l'influence qu'est susceptible d'exercer un fait non fautif de la victime<sup>(8)</sup> sur l'étendue de la responsabilité de l'auteur de la faute. On connaît l'attachement de la jurisprudence française à la théorie de la causalité adéquate<sup>(9)</sup>. Celle-ci peut éventuellement fonder une décision exonérant l'auteur de la faute de sa responsabilité. En effet le juge pourrait considérer que « compte tenu de l'intervention causale du fait non fautif, la faute n'a en réalité joué un rôle causal dans la production du dommage que par un enchaînement exceptionnel des événements... que l'auteur de la faute ne devait pas prévoir<sup>(10)</sup> ». Néanmoins, le Professeur Dalq a relevé une jurisprudence française qui, dans le cas de l'interposition d'un fait non fautif de la victime, ne peut s'expliquer autrement que par l'application de la théorie de l'équivalence des conditions<sup>(11)</sup>. Plus récemment, Mme Viney a souligné que la Cour de cassation française, après avoir énoncé en des termes très larges un principe d'exonération par le fait non fautif de la victime, a restreint la portée de celui-ci en décidant notamment qu'il ne saurait profiter qu'à ceux poursuivis sur le fondement d'un principe de responsabilité de plein droit (le gardien d'une chose par exemple) et non à ceux dont la faute est établie<sup>(12)</sup>. La position du droit français est donc finalement assez claire: l'interposition du fait non fautif de la victime (la décision prise par la mère de garder son enfant) ne peut justifier l'exonération de responsabilité d'un médecin dont la faute est établie. On pourrait d'ailleurs faire surabondamment remarquer que la décision de garder l'enfant après une tentative inefficace d'avortement est au moins autant « dans le cours naturel des choses » que celle consistant à abandonner l'enfant à la naissance. Un médecin peut-il affirmer sans faire injure à la collectivité des femmes qu'il soigne qu'il ne pouvait prévoir que sa patiente allait décider de conserver l'enfant engendré<sup>(13)</sup>? La position du droit belge est quant à elle plus claire encore étant donné

(8) On ne voit pas en effet comment l'on pourrait qualifier autrement le comportement de la mère consistant à garder (ou à ne pas abandonner) l'enfant engendré. Remarquons que le comportement inverse (l'abandon) fait toujours l'objet aujourd'hui d'une forte réprobation sociale (consacrée par une sanction pénale: voy. C. pén., art. 360bis) dont on peut penser qu'elle exerce une influence non négligeable sur la décision de la femme (Consid. également les commentaires que X. Dijon - J.T., 1988, pp. 1 et suiv. - consacra à la loi du 20 mai 1987 relative à l'abandon d'enfants mineurs dont il ressort que l'irréversibilité d'une situation d'abandon par la mise à l'écart des parents naturels au profit de candidats à l'adoption sera éventuellement encore renforcée par l'effet de cette loi). De plus, peut-on à la fois reprocher - pour des raisons d'ordre éthique - à une femme de recourir à l'avortement et refuser toute indemnisation à celle qui - victime d'une faute médicale - prend courageusement la décision d'assumer une maternité qu'elle n'avait pas désirée (opinion soutenue par P. Le Tourneau dans son propre commentaire - précité - de la décision annotée)? Une telle position est en tout cas humainement « peu soutenable » (elle soumet la mère au cruel dilemme de ne pouvoir éviter un préjudice qu'au prix d'un autre, peut-être plus grave encore: d'après les conclusions M. Pinault, *op. cit.*, p. 104). Plus précisément, si l'on se place dans la lignée d'une certaine philosophie chrétienne, ce « choix forcé » de l'abandon nous semble contraire à l'idée de rédemption: l'abandon constituerait une seconde mise à mort de l'enfant alors que la mère puiserait dans l'indemnisation des conséquences de la faute médicale dont elle fut la victime un motif supplémentaire d'accueillir cet enfant dont elle a d'abord voulu se défaire.

(9) Voy. R.O. Dalq, *Traité de responsabilité civile* in: Les Nouvelles, T. II, Bruxelles, Larcier, 1962, nos 2433 et suiv.

(10) R.O. Dalq, *op. cit.*, n° 2550.

(11) R.O. Dalq, *op. cit.*, n° 2551: un chauffeur de camion se trouve par sa faute impliqué dans un accident qui met sa vie en danger; deux personnes se précipitent à son secours mais, par un enchaînement tragique de circonstances, les deux sauveteurs sont tués tandis que le chauffeur sort indemne de l'accident. L'application de la théorie de la causalité adéquate aurait abouti à l'exonération du chauffeur dont la faute avait provoqué l'accident car l'on pouvait soutenir que la faute de ce dernier « était propre à produire selon le cours naturel des choses » le dommage subi par les sauveteurs. L'auteur conclut donc à l'application en l'espèce de la théorie de l'équivalence des conditions.

(12) G. Viney, *Traité de droit civil - Les obligations (La responsabilité: conditions)*, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 431.

(13) Il est démontré que l'attitude d'une femme à qui l'on annonce sa prochaine maternité est ambivalente (voy. M.T. Meulders-Klein, *Considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement*, Ann. Droit, 1971, p. 425 et spéc. p. 484). Cette ambivalence résulte pour une grande part de la complexité de la situation et des multiples conflits d'intérêts auxquels la future mère se trouve confrontée lorsqu'elle ne s'est pas préparée à affronter son nouvel état. Dès lors le refus violent de cet état s'exprimant dans la demande d'avortement peut - dans certains cas - évoluer vers une attitude d'acceptation de la situation. Ne convient-il pas d'encourager une telle évolution plutôt que de forcer un abandon (ou le recours à un autre avortement ne répondant plus à la norme légale) par le refus d'indemnisation des conséquences dommageables d'une faute qui l'a amenée à devoir opérer ce choix entre la prise en charge de l'enfant ou son abandon? N'est-il pas *a priori* dans l'intérêt de l'enfant que celui-ci soit élevé par sa mère?

que celui-ci s'est rallié et demeure attaché à la théorie de l'équivalence des conditions<sup>(14)</sup>. Dès lors, «Si... le dommage est le fruit du concours d'un fait non fautif de la victime et d'une faute d'un tiers, on se trouve en réalité en présence d'un dommage causé par une faute unique, sans laquelle, par hypothèse, le préjudice ne se fût pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*. L'auteur de cette faute est tenu d'en réparer les conséquences dommageables, sans que le fait non fautif de la victime puisse l'exonérer en tout ou partie de cette obligation»<sup>(15)</sup>. En conclusion: aucun des arguments avancés en vue de démontrer la rupture du lien de causalité dans le cas qui nous occupe ne peut convaincre<sup>(16)</sup>.

### 3. Quant au préjudice

L'arrêt annoté de la cour d'appel de Riom nie l'existence d'un préjudice matériel. La motivation formulée est à cet égard extrêmement faible: la cour évite en réalité de poser la question de ce préjudice en procédant de la négation d'un lien de causalité entre la faute et le dommage (voy. ci-dessus). En l'espèce, le préjudice matériel se composait d'une part des frais résultant de la poursuite de la grossesse et de l'accouchement et, d'autre part, des coûts engendrés par la naissance de l'enfant (frais d'éducation et d'entretien)<sup>(17)</sup>.

Quant au préjudice moral, la cour d'appel de Riom l'évacue également, estimant d'une part que l'intimée n'apportait pas la preuve d'une «souffrance morale certaine» — alors qu'une naissance est un événement présumé heureux — et en raison du caractère «essentiellement subjectif» du préjudice (lequel ne serait en quelque sorte objectivé qu'en cas de viol) d'autre part (cette branche de la motivation est cependant très confuse). De tels motifs ont de quoi susciter la perplexité de celui qui se place sur le plan d'une stricte logique juridique. On ne voit pas en effet comment la présomption de caractère heureux d'une naissance ne céderait pas devant une tentative d'avortement. D'autre part, n'est-il pas dans la nature même du préjudice moral de revêtir un aspect «essentiellement subjectif»? En l'espèce, le dommage moral résultait de la poursuite de l'état de détresse de la future mère<sup>(18)</sup>.

Plus fondamentalement, l'arrêt annoté nous semble évoquer une jurisprudence du Conseil d'Etat de France<sup>(19)</sup> dont il est utile de reproduire un extrait: «Considérant que la naissance d'un enfant, même si elle survient après une intervention pratiquée sans succès, en vue de l'interruption d'une grossesse demandée dans les conditions requises..., n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation par l'établissement hospitalier où cette intervention a eu lieu, à moins qu'existent, en cas d'échec de celle-ci, **des circonstances ou une situation particulières** susceptibles d'être invoquées par l'intéressée...» (souligné par nous).

Le même Conseil d'Etat a récemment<sup>(20)</sup> appliqué cette jurisprudence au cas d'un enfant né avec un handicap physique ensuite d'une tentative d'avortement vouée à l'échec<sup>(21)</sup>.

Cette position doit retenir notre attention car elle nous amène naturellement au second point de notre exposé...

(14) Voy. R.O. Dalcq, *Examen de jurisprudence (1980-1986) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle*, R.C.J.B., 1988, p. 391 et spéc. p. 415.

(15) R.O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 2669 (cons. également n° 2549 et la jurisprudence citée).

(16) On ne saurait non plus prétendre que la décision de la mère de garder l'enfant équivaudrait à une renonciation implicite d'engager la responsabilité de l'auteur de la faute. On sait que le droit belge, à l'inverse de ce qui se passe en France, admet que l'on puisse déroger aux articles 1382 et 1383 du Code civil soit conventionnellement soit unilatéralement (l'engagement par volonté unilatérale étant admis); cette dérogation peut être explicite ou implicite (cons. L. Cornelis et P. Van Ommeslaghe, *Les «faits justificatifs» dans le droit belge de la responsabilité aquilienne* in: In memoriam J. Limpens, C.I.D.C., Antwerpen, Kluwer, 1987, spéc. pp. 282-284). Néanmoins, l'exonération de l'auteur de la faute dépend de la preuve d'un consentement de la victime portant non seulement sur l'acte qu'elle accepte de subir malgré son caractère fautif mais aussi sur le dommage résultant de l'acte fautif (ibid). Une telle démonstration nous apparaît pour le moins malaisée.

(17) Voy. A. Dorsner-Dolivet, *op. cit.*

(18) A. Dorsner-Dolivet, *ibid.*

(19) C.E., 2 juillet 1982 et conclusions M. Pinault, *op. cit.*, également publié in: D., 1984, Jur. p. 425.

(20) C.E., 27 septembre 1989, Gaz. Pal., 10-11 août 1990, p. 19 (avec les conclusions de M. Fornacciari, Comm. du gouv.).

(21) La faute retenue à charge du médecin ne résidait pas dans l'intervention elle-même mais dans l'abstention de vérification du résultat de l'intervention pratiquée. Il faut remarquer que la mère ne réclamait pas dans cette espèce de réparation d'un préjudice matériel pour elle-même (mais la formulation de l'arrêt semble indiquer que la Haute juridiction aurait éventuellement accueilli une telle demande) mais bien l'indemnisation du dommage subi par son fils (dont l'handicap avait été causé par l'interruption de grossesse inefficace). La mère demanda et obtint par contre réparation du préjudice personnel «subi dans ses conditions d'existence».

## B. ...où l'on voit le juge civil s'empêtrer dans un conflit éthique dont le législateur avait entendu préserver le juge pénal

Attardons nous quelque peu aux conclusions rendues par M. Pinault (Commissaire du gouvernement) à l'occasion de la décision rendue le 2 juillet 1982 par le Conseil d'Etat de France. Justifiant le recours aux «circonstances particulières» seules aptes à constituer un préjudice indemnisable, M. Pinault s'exprime en ces termes<sup>(22)</sup>:

**«Même si elle est peu satisfaisante en droit, nous sommes convaincu que cette position est la seule qui puisse rendre compte à la fois des droits reconnus à la femme par le législateur de 1975 que de l'état de la société française d'aujourd'hui dans laquelle les enfants occupent une place centrale...»** (souligné par nous).

Evoquant ensuite la notion de «situation de détresse» ôtant à l'avortement pratiqué dans certaines conditions son caractère d'infraction pénale, M. Pinault poursuit:

**«Nous ne vous proposerons cependant pas de faire de l'existence de cette situation de «détresse», notion d'ailleurs éminemment personnelle et subjective, le critérium de l'indemnisation. Cette condition, dans le dispositif bâti par le législateur, ne vaut que pour la décision de recours à l'«I.V.G.» et il a voulu que cet état de détresse ne puisse être apprécié que par l'intéressée elle-même et non par des tiers. Mais elle nous semble néanmoins justifier l'idée que la naissance d'un enfant, même non désiré, ne peut ouvrir droit à indemnisation que si le juge constate l'existence de circonstances particulières»** (souligné par nous).

Ces affirmations ont le mérite de la modestie et de la clarté. Modestie tout d'abord par la reconnaissance de leur caractère juridiquement peu satisfaisant: ni le droit français ni le droit belge de la responsabilité civile ne comportent d'exigence de «circonstances particulières» conditionnant l'indemnisation de la victime. Clarté ensuite: par l'introduction subreptice au civil de la notion de «situation de détresse», l'on entend accorder au juge un pouvoir d'appréciation quant aux circonstances ouvrant à la victime un droit à l'indemnisation.

On pourrait tenter de justifier une telle manoeuvre en rappelant qu'après tout notre droit civil est plus que jamais gouverné dans sa mise en oeuvre juridictionnelle par l'application de critères «flous» ou encore «flexibles» (tels que notamment: la bonne foi, l'ordre public et les bonnes moeurs, l'abus de droit, etc.). Certes, mais encore faut-il mettre en évidence que l'utilisation de tels critères n'est possible que parce qu'il existe à une époque donnée une perception relativement uniforme du concept considéré, laquelle perception lui permet d'accéder au statut de critère objectif. Cette perception évoluée, bien sûr, à travers les âges mais la viabilité d'un critère flexible dans un état de droit nous semble devoir dépendre du consensus minimal s'établissant quant à sa signification à une époque donnée. En d'autres termes: une notion suscitant une polarisation d'opinions importante quant à la détermination de son contenu n'est pas viable dans un état de droit. La rétention d'un tel concept ne pourra générer que l'arbitraire et, partant, l'insécurité juridique dans son application.

Qu'en est-il de la «situation de détresse»?

Les travaux préparatoires de notre récente loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse sont à cet égard éclairants: toute tentative de conférer un contenu objectif à la notion de «situation de détresse» inscrite dans le texte final de la loi fut vouée à l'échec en raison de la profonde division du corps social sur la question de l'avortement<sup>(23)</sup>. Les développements que l'un des

(22) Conclusions précitées, pp. 101-102.

(23) Beaucoup serait à dire à propos du débat éthique qui, particulièrement depuis l'affaire Peers en 1973, déchira la Belgique jusqu'à l'adoption de la loi du 3 avril 1990 (pour un rappel historique, cons.: *Bijdrage tot het symposium «selectieve abortus» van chirpols dat plaats heeft op woensdag 25 maart 1987 in het auditorium G. Eyskens te Leuven (K.U.L.)*, doc. van het Centrum voor politieke, economische en sociale studies, 1987; F. Van Neste, *Het abortus-dossier, anno 1989*, R.W. 1989, bl. 865). On se contentera de rappeler que si la polarisation d'opinions entre partisans et opposants d'une libéralisation de la pratique de l'avortement apparaissait nettement, les clivages idéologiques revêtaient (et revêtent toujours) un caractère multiforme extrêmement complexe. Ainsi, on pouvait discerner de tels clivages entre les Communautés (sur la tentative de dépénalisation «subreptice» de l'avortement en Communauté française par l'effet du décret du 10 juillet 1984 (Mon., 22 août, 11794) relatif à l'éducation sanitaire et à l'information de la jeunesse ainsi qu'à l'aide et à l'assistance aux familles dans les domaines relatifs à la contraception et à la parenté responsable, cons. Doc. Parl. Sénat, n° 247-2, session extraordinaire 1988-1989, 7 juillet 1989, pp. 15-16 et cons. l'arrêt rendu le 13 juillet 1989 par la Cour d'arbitrage (Rev. rég. droit, 1989, p. 445) pour la réponse (négative) apportée à cette tentative); à l'intérieur du corps médical (voy. F. Van Neste, *op. cit.*, bl. 865 et cons. la déclaration faite par M. Renaer, médecin et professeur à la K.U.L. in doc. n° 247-2 précité, p. 177: on ne peut médicaliser le problème en laissant la responsabilité au «corps médical» étant donné qu'il existe au sein de ce même corps toute une «gamme d'opinions») et même à l'intérieur de la communauté chrétienne (cons. R.O. Dalcq (*Réflexions au sujet de l'avortement*, J.T., 1986, p. 165) et P. Falise (*Une dépénalisation partielle de l'avortement, est-ce acceptable pour un chrétien?*, Cah. du Germ. février 1988, p. 19) d'une part (l'ultime décision d'interrompre la grossesse relève (voir suite de la note page suivante)

auteurs de la loi (M. Lallemand)<sup>(24)</sup> formula à propos de l'«état de détresse» ne laissent planer aucun doute: celui-ci exprime un vécu essentiellement subjectif; dès lors ni le médecin ni le juge ne peuvent substituer leur appréciation (nécessairement arbitraire et partisane en raison de la division de l'opinion publique sur la question) à celle prise par la principale intéressée ensuite d'un dialogue établi avec le médecin qui acceptera éventuellement<sup>(25)</sup> de pratiquer l'intervention<sup>(26)</sup>. Un auteur a par ailleurs montré que l'introduction d'une loi organisant une dépénalisation conditionnelle de l'avortement au sein d'un corps social divisé en usant d'une règle d'exception élastique (telle que, par exemple, la notion d'«état de détresse») ouvre la voie en pratique à une libéralisation totale de l'avortement — pratiqué dans le respect des conditions d'hygiène et d'accueil précisées — en raison d'un phénomène de glissement vers le critère d'exception souplement formulé<sup>(27)</sup>.

En conclusion, la décision annotée est tout à fait insatisfaisante en droit car elle procède d'une adaptation subreptice par le juge civil du concept de «situation de détresse» à la lumière de ses propres convictions philosophiques. La jeune «mère malgré elle» fut frustrée de l'indemnisation des conséquences de la faute médicale dont elle fut victime car il était clair, dans l'esprit du juge, qu'il n'existait pas dans son chef une situation de détresse «véritable» justifiant l'allocation de dommages-intérêts.

Une telle solution doit être dénoncée comme constitutive d'une déformation inacceptable des principes de la responsabilité civile: il eut été plus correct en droit que le juge refuse l'indemnisation sur base de la faute de la victime. Car c'est bien de cela qu'il s'agit: la cour d'appel de Riom a entendu sanctionner le comportement de celle qui a eu recours à l'avortement sans motif valable, aux yeux de la cour.

Néanmoins, pour plus satisfaisante qu'elle apparaisse en droit, cette dernière solution ne peut écarter l'objection d'arbitraire et d'insécurité juridique décrite ci-dessus. Effectivement, la contrariété des décisions en droit français démontre que chaque juge y va de sa propre adaptation, plus ou moins libérale, de la «situation de détresse». Dès lors, le meilleur enseignement que peut tirer de cette décision le juge civil belge confronté à un cas similaire consiste pour lui à s'en tenir à une application des

(suite de la note 23)

de la conscience de la mère) et X. Dijon (*Sagesse politique et libéralisme dans la répression de l'avortement*, Objectif Europe, mars 1983, p. 28) de concert avec M.T. Meulders-Klein (article précité, spéc. p. 460) d'autre part (l'avortement manifeste un conflit de vie-mort entre deux individus, il ne peut donc s'agir d'un acte privé relevant de la conscience de chacun sauf si l'on admet le triomphe de la loi du plus fort). Ces clivages existent toujours bel et bien: en témoigne une récente proposition de loi (Doc. Parl., Chambre, n° 1253/1, session ordinaire 1989-1990, 4 juillet 1990) visant à «repénaliser» l'avortement.

(24) Doc. 247-2 précité, pp. 87-91.

(25) Le médecin peut en effet refuser d'intervenir soit en vertu de la «clause de conscience» inscrite en l'article 350, 6° nouveau du Code pénal (cette clause présente un caractère absolu: voy. E. Clavel, *La clause de conscience du médecin dans la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse*, J.C.P., I, 1978, n° 2915, p. 39 et la jurisprudence française citée) soit en vertu du principe de sa liberté thérapeutique lui permettant de ne pas effectuer une intervention si celle-ci lui apparaît contre-indiquée à l'issue d'un examen plus approfondi de la patiente (voy. E. Clavel, *Considérations sur la clause de conscience du médecin après la loi du 31 décembre 1979*, J.C.P., 1985, I, n° 3192, dernier folio). La question qui se pose à l'occasion de l'un de ces refus est bien sûr de savoir si le médecin a alors le devoir d'adresser la patiente à un autre médecin qui effectuera pour sa part l'intervention. Les travaux préparatoires de la loi du 3 avril 1990 semblent apporter une réponse négative à cette question (cons. doc. n° 247-2 précité, pp. 146-147). On peut néanmoins se demander comment une telle réponse peut être conciliée d'une part avec les articles 28, 113 et 142 du Code de déontologie médicale (posant le principe de la continuité des soins) et, d'autre part, avec les obligations d'information et d'assistance imposées à certains médecins (notamment hospitaliers) «en cas de difficulté dans le recours à des méthodes contraceptives» par l'article 3 du décret du 10 juillet 1984 de la Communauté française - déjà évoqué supra note 23 -: cet article érige explicitement une obligation de diriger la patiente vers un «centre adéquat» quand le médecin entend se prévaloir de la clause de conscience.

(26) Sur le rejet de la «médicalisation» (ou attribution d'un pouvoir de décision au médecin en la matière) de l'avortement, cons.: doc. n° 247-2 précité, pp. 10, 89 et 177; Doc. Parl., Sénat, n° 582-1, session 1988-1989, 31 janvier 1989, p. 5. L'accent est cependant mis sur le dialogue devant s'instaurer entre la femme et son médecin (ibid. et P. Falise, *op. cit.*). On voit dans ce nécessaire dialogue un élément de distinction entre notre loi et la loi française où le rôle du médecin se limiterait à acter la décision prise par la femme (voy. Compte rendu analytique, Sénat de Belgique, séance du 3 novembre 1989, pp. 106-108). Cette distinction nous semble cependant assez artificielle et le rôle de conseil dévolu au médecin est également souligné en France (voy. G. Roujou De Boubée, *op. cit.*, p. 213). Sur le rejet d'une appréciation par le juge de la «situation de détresse», cons. Compte rendu analytique (voir suite page suivante)

principes de la responsabilité aquilienne<sup>(28)</sup> sans s'empêtrer d'un conflit éthique dont le législateur avait précisément entendu préserver le juge pénal. Le débat éthique a existé, il existera encore et toujours car la qualité des arguments invoqués de part et d'autre rend illusoire l'éventualité de la clôture de celui-ci. La paix juridique est au prix d'une abstraction de ce débat. De plus les effets pervers d'une attitude différente sont potentiellement importants: le législateur a entendu, par la loi du 3 avril 1990, libéraliser un avortement pratiqué dans de bonnes conditions médicales. Une médecine de qualité sera-t-elle promue par une jurisprudence se refusant de sanctionner la faute médicale commise lors de la pratique d'une interruption de grossesse? Il est permis d'en douter!

En guise d'ultime conclusion, nous affirmons partager l'opinion de M.T. Meulders-Klein lorsque celle-ci expose qu'une libéralisation de l'avortement sans mesures corrélatives prises par la communauté en vue de faciliter l'acceptation et l'accueil de l'enfant à naître consiste en une démission de cette même communauté<sup>(29)</sup>. Ceci étant dit, nous ne discernons aucune raison de faire porter à la femme — par une jurisprudence du type de celle annotée — l'intégralité du poids de cette démission.

Isabelle CORBISIER

Assistante à la Faculté  
de Droit de l'U.C.L.

**ADDENDA:** En raison du délai de publication de la présente note, il ne nous fut pas possible d'intégrer à nos développements la note que rédigea à propos de la même espèce Mme F. KEFER pour le Journal des Tribunaux (J.T., 1990, p. 644). Nous prions l'intéressée de nous excuser et le lecteur de bien vouloir s'y référer également.

(suite de la note 26)

que, Sénat de Belgique, séance du 27 octobre 1989, pp. 89-90 et surtout l'avis du Conseil d'Etat du 8 janvier 1990 (Doc. Parl., Chambre, n° 950/5, session ordinaire 1989-1990, 15 janvier 1990, p. 16). Ce rejet aboutit à une différenciation radicale de l'«état de détresse» par rapport au concept d'«état de nécessité» déjà connu des pénalistes (cons. l'exposé précité de M. Lallemand). Cette distinction amena certains à affirmer que la notion d'état de détresse aboutit en réalité à une dépénalisation de l'avortement puisqu'elle confère à la mère un pouvoir de disposition sur le produit de la conception (voy. doc. n° 247-2 précité, pp. 82-83 et 98; cf. B. Dayez, *L'avortement et la raison pénale*, R.I.E.J., 1990.24, p. 61 et spéc. pp. 64-65). Il fut rétorqué à cet argument que le maintien d'une pénalisation de principe de l'avortement se justifie par une utilité éducative et symbolique: il s'agit de rappeler *erga omnes* l'existence d'une valeur (le respect de la vie) à protéger (voy. doc. n° 247-2 précité, p. 98; Doc. Parl., Sénat, n° 247-10, session extraordinaire, 1989-1990, 3 novembre 1989, pp. 3-7). Une telle réponse à un argument identique fut également apportée en France (cons. G. Roujou De Boubée, *op. cit.*, p. 214).

(27) D.B. Floor, *Avortement: des lois à l'épreuve des faits ou l'étude de quelques cas d'application*, Rev. Politique, 1986, p. 49 et spéc. pp. 53-54.

M.T. Meulders-Klein (étude précitée, pp. 436-446, 502-503, 506-507) avait montré auparavant que les arguments d'ordre socio-culturel généralement invoqués en vue d'une certaine libéralisation de l'avortement se transforment finalement en une revendication de libéralisation de l'avortement «sur demande». D'aucuns ont d'ailleurs craint que l'avortement sur demande ne constitue un avortement «à la carte» dont la pratique serait livrée au caprice arbitraire de la femme (voy., notamment, Compte rendu analytique du 27 octobre 1989 précité, pp. 93-95). Une telle vision est récusée par des médecins de terrain parmi lesquels figurent des professeurs d'universités catholiques (voy. doc. n° 247-2 précité, pp. 178 et 187): peu de femmes demandent une interruption de grossesse pour des motifs futiles; la plupart ont procédé à un examen de conscience approfondi avant de se présenter à l'hôpital.

(28) C'est déjà le cas pour les stérilisations manquant leur but en raison d'une faute médicale (voy. Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, VI, T. Gez., 1980-1981, n° 3, p. 34; Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, R.W., 1988-1989, p. 1156 et cons. notre étude (précitée) dans cette Revue, folio 7). Bien sûr les considérations d'ordre éthique suscitées par cette intervention sont nettement moins aiguës qu'en matière d'avortement (voy. M.T. Meulders-Klein, *op. cit.*, pp. 478-479) mais des juges ont déjà répondu positivement, à l'occasion de ces affaires, à la question de savoir si les conséquences d'une naissance qu'on avait entendu éviter peuvent constituer un préjudice indemnisable.

(29) Article précité, pp. 462, 468-469, 488-489.