

L'homicide involontaire d'un enfant à naître

Mémoire réalisé par
Justine Deprest

Promoteur
Jean-Louis Van Boxstael

Année académique 2013-2014
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Je tiens à remercier mon promoteur, Monsieur Jean-Louis Van Boxstael, pour son aide dans la détermination de l'objet de ce mémoire.

Ma reconnaissance va également à ma famille, particulièrement à mes parents, pour leur écoute et leur soutien quotidiens.

Merci également à Madame Nathalie Colette-Basecqz, avocate et professeur de droit pénal à l'Université de Namur, pour le temps qu'elle m'a accordé ainsi que pour ses conseils judicieux.

Enfin, je remercie Madame Caroline L'hoost et Monsieur Vincent Baelden, pour leurs relectures attentives.

Table des matières

Introduction	1
Chapitre 1. Le statut de l'enfant à naître	3
Section 1. L'acquisition de la personnalité juridique	3
Section 2. L'adage « <i>Infans conceptus pro iam nato habitur, quotiens de commodis ejus agitur</i> »	6
Chapitre 2. L'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987	8
Section 1. Les faits et l'argumentation de la Cour de cassation	8
§1 ^{er} . Les faits	8
§2. L'argumentation de la Cour de cassation.....	10
Section 2. Portée de l'arrêt.....	11
Chapitre 3. Infractions pénales relatives à l'enfant à naître	14
Section 1. De l'infanticide à l'homicide involontaire	14
§1 ^{er} . Jurisprudence belge	16
a) Jurisprudence belge antérieure à l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987	16
b) Jurisprudence belge postérieure à l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987	18
§2. Jurisprudence française	24
Section 2. L'interruption volontaire de grossesse	45
Chapitre 4. Le droit à la vie de l'enfant non encore né	51
Section 1. En droit belge	51
Section 2. En droit européen	53
Conclusion	57
Bibliographie	59

Introduction

A partir de quand et à quelles conditions le fœtus est-il protégé juridiquement, c'est-à-dire considéré par le droit comme une *personne* ? Depuis de nombreuses années, cette question suscite des controverses et sensibilise la doctrine. Un certain nombre d'auteurs réclament l'adoption de règles juridiques précisant et renforçant la protection de l'enfant à naître, inquiétés, notamment, par l'importance prise par les expérimentations médicales sur le fœtus.

L'arrêt du 11 février 1987 de la Cour de cassation, qui constitue la base de notre réflexion, traite plus particulièrement de la question de savoir si l'enfant qui n'a pas encore vécu dans la vie extra-utérine est protégé contre les atteintes à sa vie qui sont les conséquences d'un acte involontaire. Cet arrêt sera analysé au point 2.

L'enfant né vivant et viable est incontestablement protégé, que ce soit par le droit pénal ou par le droit civil. Pour ce qui est de l'enfant né vivant mais non viable, de l'enfant mort-né ou de l'enfant non encore né, la situation est beaucoup moins claire.

« La future mère attend-elle vraiment un être humain, porte-elle une personne, sujet de droit protégé en tant que tel, ou bien, le petit être qui remue dans son ventre n'est-il qu'une chose, objet sans droit, sans protection particulière, dont le sort n'a pas ému le législateur? Cette question, qui soulève à la fois des problèmes juridiques et des problèmes éthiques cruciaux, n'a pas reçu de solution unique en droit ».¹

La problématique de l'homicide involontaire du fœtus, que ce soit à la suite d'une faute médicale ou d'un accident de la route, a été discutée et a donné lieu à des décisions contradictoires ainsi qu'à une abondante littérature juridique.

Comme nous le verrons, certains auteurs estiment qu'il ne peut pas y avoir homicide involontaire d'un enfant mort pendant sa vie intra-utérine ou né non viable. Cette position trouve une confirmation dans une abondante jurisprudence.

Afin de bien saisir les enjeux de cette problématique, il nous paraît intéressant, dans un

¹ F. KÉFER, « La protection pénale de l'enfant à naître », *J.T.*, 1987, pp. 738 et s.

premier temps, de rappeler les principes qui gouvernent l'acquisition de la personnalité juridique et tenter ainsi d'y voir plus clair sur le statut de l'enfant à naître. Comme mentionné ci-dessus, le second point sera consacré à l'analyse de l'arrêt du 11 février 1987 de la Cour de cassation. Ensuite, nous envisagerons les incriminations pénales susceptibles de s'appliquer dès la mise en œuvre du travail de l'accouchement. Enfin, nous aborderons de manière plus générale le droit à la vie de l'enfant à naître.

Chapitre 1. Le statut de l'enfant à naître

*Le corps humain n'occupe une place dans le droit que par l'intermédiaire d'un concept abstrait : celui de « personne ».*²

Section 1. L'acquisition de la personnalité juridique

La personnalité civile³ débute à la *naissance* ; l'enfant à naître n'a donc pas la qualité juridique de personne en droit civil.⁴ Cette affirmation d'Yves-Henry Leleu est confirmée par Nathalie Massager lorsqu'elle observe qu'« il ne subsiste, à l'heure actuelle, qu'une seule limitation à la règle selon laquelle tous les êtres humains sont dotés de la personnalité juridique : la personnalité suppose un minimum d'existence physique, c'est pourquoi il n'a pas été estimé pertinent d'octroyer la personnalité juridique à ceux qui ne sont pas nés vivants et viables ».⁵

Selon un enseignement traditionnel, le seul fait de la naissance ne suffit pas à conférer à l'enfant la qualité de personne : la personnalité civile n'est octroyée qu'à l'enfant né vivant et viable.⁶ Déduite des articles 331*bis*, 725 et 906 du Code civil, cette condition de *viabilité* s'ajoute à celle de la naissance « bien qu'elle concerne un état post-natal ».⁷ Leleu souligne qu'elle agit à la manière d'une condition résolutoire pour anéantir *ab initio* la personnalité juridique.⁸ De l'avis de plusieurs auteurs⁹, cette condition est critiquable. En effet, définie comme « une capacité physiologique à survivre »¹⁰, la viabilité relève de la médecine¹¹,

² M.-Th. MEULDERS, « Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'association H. Capitant, t. XXVI, 1975, Paris, Dalloz, pp. 19 et s.

³ H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.II, *Les personnes*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 10, n°4. A ce titre, le fœtus n'est pas titulaire du droit à la vie (art. 2 C.E.D.H.) ; un État peut ne pas reconnaître à l'embryon la qualité de sujet de droit autorisé à se prévaloir de l'article 2 : Cour. eur. D.H. arrêt Vo c. France, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00 ; pour plus de détails : N. GALLUS, in *Précis de droit de la famille*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 48-49.

⁴ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 42.

⁵ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 3.

⁶ N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, « Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né », in *Éléments d'éthique périnatale – De l'obstétrique à la réanimation*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2004, p. 60.

⁷ Y.-H. LELEU fait remarquer que : « Le meurtre d'un enfant né vivant mais non viable est qualifié d'infanticide (art. 396 C. pén.). Il n'y a par contre pas d'homicide sur un fœtus avant qu'il puisse être qualifié de personne, au sens pénal ».

⁸ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., *op.cit.* (voy. note 4), p. 42.

⁹ *Ibid.* ; C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.*, 1996, Chron., pp. 31 et 32 ; N. GALLUS, *op.cit.* (voy. note 3), p. 35 ; C. LABRUSSE-RIOU et F. BELLIVIER, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *R.I.D.C.*, 2002, p. 585.

¹⁰ Pour une définition : Dictionnaire de médecine, Paris, Flammarion, 1998. N'est pas viable, d'une part, l'enfant qui ne dispose pas de la *maturité physiologique suffisante* (critère quantitatif : un organe indispensable à la vie fait défaut, des organes sont insuffisamment développés) et, d'autre part, l'enfant qu'une cause physiologique

marquée dans ce domaine par ses progrès : aujourd'hui, un enfant peut être viable malgré une grossesse inférieure à 180 jours. De plus, le développement du diagnostic prénatal permet de diminuer, par traitement ou interruption thérapeutique de grossesse, les cas des naissances d'enfants non viables. Par ailleurs, il est important de souligner que le constat de non viabilité peut être posé après la naissance et l'échec des tentatives d'assurer la survie de l'enfant.¹² En conséquence, selon Leleu, « la portée du critère de viabilité doit être limitée à la résolution des problèmes ponctuels traités par diverses dispositions légales (ex. : art. 331*bis*) ; ce critère doit être abandonné comme facteur d'acquisition de la personnalité civile. Telle semble être la pratique médicale en matière de déclaration de naissance ».¹³

La condition que l'enfant naisse vivant et viable dénie dès lors toute personnalité juridique à l'enfant mort-né, c'est-à-dire à l'enfant né mort ou décédé dans les instants suivant sa naissance et avant la rédaction par le médecin du formulaire de déclaration de naissance. Cette logique du droit civil n'est pas aussi sujette à caution que celle qui règle la condition de viabilité, mais accroît néanmoins la douleur des parents en deuil.¹⁴

Pour tenter d'y remédier, une loi du 27 avril 1999 a instauré l'acte de déclaration d'enfant sans vie (art. 80*bis*, réd. L. du 1^{er} juillet 2006), qui mentionne, sur demande des parents, le(s) prénom(s) de l'enfant et l'identité des parents, sans établir la filiation.

Même si, à présent, la notion de personnalité a été reconnue de manière unanime par la doctrine et consacrée, implicitement, par plusieurs dispositions législatives, elle reste un concept difficile à appréhender : la notion de personnalité est la base de notre système juridique et, pourtant, aucune définition générale de cette notion ne figure dans notre Code civil.

Compte tenu de la volonté délibérée du législateur de ne pas se prononcer sur le sujet, les difficultés les plus grandes résultent des contradictions que l'on peut relever quant à la représentation de l'enfant à naître dans diverses branches du droit, essentiellement en droit civil mais aussi en droit pénal et en droit international. Elles sont liées à la question vivement

empêche absolument d'exister (critère qualitatif : imperfection dans la constitution physiologique rigoureusement incompatible avec la vie). Pour plus de détails : C. PHILIPPE, *op.cit.* (voy. note 9).

¹¹ Les rédacteurs du Code civil avaient envisagé de déclarer viable tout enfant ayant survécu 10 jours à sa naissance, ce qui était restrictif du point de vue de l'acquisition de la personnalité.

¹² N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, « Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né », *op.cit.* (voy. note 6).

¹³ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., *op. cit.* (voy. note 4), p. 42.

¹⁴ Voy. not. : C. CASTELEIN et T. WUYTS, « What's in a name ? De moeilijke verhouding tussen juridische persoonlijkheid, akten van de burgerlijke stand, afstammingsrecht en naamrecht van perinataal overleden kinderen », *T.P.R.*, 2006, p. 790 ; M. BEAGUE, « Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal » État des lieux en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie en droit français et en droit belge », *J.T.*, 2008, p. 416.

débattue en doctrine, où interfèrent des considérations philosophiques, religieuses, morales et anthropologiques, qui est de savoir si on peut lui attribuer la qualité de personne juridique c'est-à-dire titulaire de droits, qualité traditionnellement subordonnée à la naissance.

Par contre, dans la législation d'autres pays, on trouve de nombreuses dispositions déterminant le moment de l'acquisition de la personnalité : l'article 1^{er} du Bürgerliches Gesetzbuch allemand¹⁵, l'article 1^{er} du Codice civile italien¹⁶, l'article 31 du Code civil suisse¹⁷ et, implicitement, l'article 2 du Burgerlijk Wetboek néerlandais.¹⁸

C'est donc au législateur que revient la délicate mission de déterminer à quels êtres il octroie l'aptitude à être titulaires de droits et à quels êtres il la refuse. La personnalité juridique est donc un don de la loi.

Dans sa thèse de doctorat, N. Massager reprend l'idée selon laquelle « la naissance n'est donc pas en soi une condition suffisante pour l'acquisition de la personnalité juridique : l'enfant ne deviendra sujet de droit qu'à partir du moment de la naissance, et à la double condition que l'enfant soit né vivant et viable. Sont dès lors exclus du bénéfice de la personnalité juridique en droit civil : l'enfant mort-né et l'enfant né vivant mais non viable ».¹⁹

Le but de son étude est de démontrer que ce système, qui régit l'octroi de la personnalité juridique à l'être humain en désignant le moment de la naissance comme moment de l'acquisition de cette personnalité, est devenu incompatible avec l'évolution du droit positif.

Les critères d'acquisition de la personnalité ne doivent jamais être tenus définitivement pour acquis. Ils sont variables en fonction de l'évolution des valeurs morales et de la société. Cependant, force est de constater que la notion de personnalité, et notamment la détermination de son commencement et de sa fin, ont peu évolué depuis la rédaction du Code civil de 1804 et ce, nonobstant les multiples découvertes médicales ainsi que l'évolution des mentalités dans ce domaine particulièrement sensible.

« Il ne suffit pas d'affirmer que toute personne humaine a la personnalité juridique. Il faut encore savoir *à partir de quand* et *jusqu'à quand* un être humain est censé 'exister' en tant que

¹⁵ Art. 1^{er} BGB : « Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt ».

¹⁶ Art. 1^{er} Codice civile : « La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita ».

¹⁷ Art. 31 Code civil suisse : « La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant ».

¹⁸ Art. 2 Burgerlijk Wetboek : « Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan ».

¹⁹ N. MASSAGER, *op. cit.* (voy. note 5), pp. 2 et s.

personne aux yeux de la loi ».²⁰

En pratique, le problème n'est pas si simple. Les frontières de la vie et de la mort de l'homme restent controversées.

En outre, force est de constater que la banalisation de l'avortement tout autant que l'avènement de la fécondation *in vitro* ont modifié les perspectives juridiques traditionnelles et le regard porté sur l'enfant à naître.

Section 2. L'adage « *Infans conceptus pro iam nato habitur, quotiens de commodis ejus agitur* »

Rappelons-le, chaque individu acquiert la personnalité juridique à l'instant où il naît, pourvu qu'il naisse vivant et viable. Ce principe de simultanéité a pour effet de fixer au moment de la naissance le point de départ de l'existence juridique. On n'accède pas à la personnalité juridique de manière progressive, mais au contraire, de manière instantanée.

La règle *Infans conceptus* est traditionnellement présentée comme une « fiction », en vertu de laquelle l'enfant conçu est « censé être né » chaque fois qu'il y va de son intérêt, pour autant qu'il naisse effectivement vivant et viable²¹. A ce moment, tous ses droits surgissent donc rétroactivement²².

Dès lors, on peut le considérer comme ayant acquis la personnalité civile *dès sa conception*²³.

Il est important de bien comprendre la portée juridique de cet adage romain. Par ce dernier, les juristes romains n'ont pas voulu affirmer que la personne humaine existe et est titulaire de droit dès l'instant de sa conception. En réalité, avant sa naissance, la personne n'existe pas juridiquement. Néanmoins, lorsqu'elle est née, on lui octroie rétroactivement les droits auxquels elle aurait pu prétendre si elle était née au moment présumé de sa conception. Il s'agit donc d'une simple fiction, qui ne joue qu'en faveur de l'enfant. Autrement dit, il y a

²⁰ M.-Th. MEULDERS, *op. cit.* (voy. note 2), p. 21.

²¹ R. MACHE, « La notion de personne en droit : à quel moment commence et termine la personne ? », in *La personne dans les sociétés techniciennes*, Paris, l'Harmattan, 2007, p. 23 ; C. LABRUSSE-RIOU et F. BELLIVIER, *op.cit.* (voy. note 9), p. 584.

²² J. BOUR, « L'embryon, une chose ? », *Ann. dr. lux.*, 2010, liv. 20, p. 50.

²³ Voy. : N. MASSAGER, *op.cit.*, (voy. note 5), pp. 30-33 ; G. MÉMETEAU, « La situation juridique de l'enfant conçu », *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 611 ; P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1995, p. 451.

attribution de droits, mais uniquement à la condition suspensive de naître ensuite vivant et viable.²⁴

Même si l'adage *infans conceptus* ne figure pas tel quel dans notre Code civil, il semble avoir acquis, en droit positif, valeur de principe général de droit. Cette maxime fait en effet l'objet d'une large application dans notre droit qui a reconnu et protégé l'enfant avant qu'il ne vienne au monde.

La maxime *infans conceptus* énonce une réserve indispensable à son application, en ces termes : *quoties de commodis eius agitur*. L'enfant conçu est réputé né uniquement lorsqu'il y va de son intérêt. Ainsi, expliquent les auteurs traditionnels²⁵, la règle de la rétroactivité de la personnalité juridique ne trouve à s'appliquer que dans la mesure où elle permet de faire acquérir des droits à l'enfant à naître et non de lui imposer des obligations. Cette réserve traduit une idée qui a eu une importance considérable dans la législation romaine et selon laquelle « seul celui qui a une *volonté* peut rendre sa condition pire ».²⁶ L'enfant conçu étant dans l'incapacité d'exprimer sa propre volonté, la règle *infans conceptus* se devait, dès lors, d'exclure du bénéfice de la rétroactivité toute situation juridique susceptible de lui porter préjudice.²⁷

Ainsi, la naissance n'est pas toujours nécessaire à l'acquisition de la personnalité.

²⁴ R. ROBAYE, *Une histoire du droit civil*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, Académia Bruylant, 2004, p. 136 ; J. BOUR, *op.cit.* (voy. note 22), p. 50.

²⁵ N. MASSAGER, *op.cit.*, (voy. note 5), pp. 30-33 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., *op.cit.* (voy. note 4), p. 42 ; G. MÉMETEAU, *op.cit.* (voy. note 23), p. 611 ; P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *op.cit.* (voy. note 23), p. 451.

²⁶ L. SÉBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Paris, Sirey, 1938, p. 28.

²⁷ N. MASSAGER, *op. cit.* (voy. note 5), p. 43.

Chapitre 2. L'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987

Comme nous le verrons *infra*, la tendance de notre doctrine et de notre jurisprudence est de considérer que la personnalité ne commence qu'au moment de la naissance, lorsque l'enfant est complètement séparé de sa mère, et à la condition qu'il soit né vivant et viable. L'enfant simplement conçu n'est expressément protégé que contre les actes volontaires entraînant sa mort, par les articles 348 et suivants du Code pénal relatifs à l'avortement ; aucune protection ne lui est reconnue contre les actes involontaires entraînant sa disparition. Dans cette dernière hypothèse, l'auteur pourra être poursuivi du chef de lésions involontaires à l'égard de la femme enceinte.

C'est dans ce contexte que s'est posée la délicate question en partie résolue par l'arrêt annoté : quelqu'un engage-t-il sa responsabilité (et si oui, sur quelle base) lorsque, à cause d'une négligence ou d'une imprudence, voire d'une abstention, l'enfant décède pendant l'accouchement ou naît vivant mais non viable ? En d'autres termes, un enfant en train de naître, qui n'est donc pas complètement séparé de sa mère, et un enfant né vivant mais non viable sont-ils des personnes au sens des articles 419 et 422*bis* du Code pénal ?

Section 1. Les faits et l'argumentation de la Cour de cassation

§ 1^{er}. Les faits

Une femme entre dans une maternité pour y accoucher de jumelles le mercredi 14 janvier 1981. Le travail d'accouchement ne se déroule pas normalement. Madame M., l'accoucheuse de service, avertit à plusieurs reprises le médecin gynécologue de garde, le docteur D., des difficultés rencontrées. Ce dernier, effectuant des consultations dans une ville voisine, ordonne par téléphone une radiographie de la patiente. Réalisé vers seize heures, l'examen prescrit révèle un mauvais engagement des enfants. Ce résultat ne sera pas communiqué au médecin qui n'en prendra pas davantage connaissance. La sage-femme M., constatant une modification des bruits fœtaux et une diminution du rythme cardiaque, sollicite à dix-neuf heures trente la visite urgente du docteur D., qui, toutefois, ne se rendra au chevet de la patiente qu'à vingt et une heures. Malgré une césarienne pratiquée à ce moment par une autre obstétricienne présente à la clinique, la jeune femme met au monde deux enfants dont l'un est déjà mort et l'autre va succomber sept heures plus tard en dépit de soins de réanimation qui lui

sont prodigués.

Le docteur D. et l'accoucheuse M., à qui l'on reproche de s'être inquiétés beaucoup trop tard de l'état de la patiente, sont poursuivis du chef d'homicide involontaire et de non-assistance à personne en danger envers les jumelles. Les deux prévenus sont condamnés pour ces deux préventions le 29 mai 1984 par le tribunal correctionnel de Dinant²⁸ et interjettent appel. La Cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 25 juin 1986, non seulement confirme la décision de première instance mais aussi, concernant le médecin, retient la qualification de l'article 422*bis* pour abstention de porter secours à la mère. Elle a en effet considéré que ce médecin avait omis « avec une obstination coupable de prendre les mesures élémentaires indispensables au bon déroulement de l'accouchement » et « que ses fautes successives engendrèrent le décès des jumeaux ».²⁹

Dans le second moyen invoqué à l'appui de son pourvoi, le médecin condamné faisait grief à cette décision d'avoir déclaré établies à sa charge les préventions d'homicide involontaire et de non-assistance à personne en danger à l'égard des deux enfants décédés, l'un étant mort-né et l'autre né vivant, mais non viable, alors que ces infractions exigent, par leur texte même, que la victime soit une personne et que la personnalité juridique n'existe qu'à partir de la naissance et à la double condition que l'enfant soit né vivant et viable, cette double condition faisant défaut en l'espèce.

Pour bien délimiter l'importante et intéressante question de droit soumise pour la première fois à la Cour de cassation, il n'est pas sans intérêt de rappeler certaines constatations de l'arrêt :

- lorsque la mère est entrée en clinique les enfants étaient vivants « *in utero* » ;
- selon les constatations de l'expert, les enfants sont morts de souffrances fœtales ; que sans ces souffrances ils étaient viables ;
- toujours selon les constatations de l'expert, si la césarienne avait été pratiquée à temps, les deux enfants, sauf accident imprévisible, avaient toutes les chances de naître vivants et viables ;
- que les fautes successives du demandeur sont à l'origine du décès des enfants.

Les faits reprochés au demandeur ont donc, suivant les constatations de l'arrêt, été commis sur des êtres vivants *in utero*, appelés à la vie extra-utérine, et ce au moment de leur

²⁸ Corr. Dinant, 29 mai 1984, inédit.

²⁹ C.A. Liège, 25 juin 1986, *J.L.*, 1986, p. 674.

naissance.³⁰

§2. L'argumentation de la Cour de cassation

La Cour de cassation s'exprime, pour la première fois, sur l'applicabilité à l'enfant non encore né des dispositions relatives à l'homicide par imprudence : « Attendu que commet un homicide involontaire le médecin ou la sage-femme qui, par défaut de prévoyance ou de précaution cause, pendant l'accouchement, la mort d'un enfant en train de naître, bien que celui-ci n'ait pas encore vécu de la vie extra-utérine ».³¹

Dans ses conclusions, l'avocat général De Bisthoven constate : « C'est le rejet de la thèse fondant l'un des moyens des demandeurs en cassation, selon laquelle le délit d'homicide par imprudence ne protégeait que la victime répondant à la définition civiliste de la 'personne', en l'occurrence l'être qui est à la fois né, vivant et viable ».³²

Selon la Cour, ces conditions, auxquelles le droit civil subordonne l'acquisition de la personnalité juridique, ne font pas partie de la matière pénale dès lors « qu'est qualifié d'infanticide et réprimé par l'article 396 du Code pénal figurant sous le titre 'Des crimes et des délits contre les personnes' l'attentat délibéré commis sur un fruit vivant mais non viable ou encore sur un fruit non encore né, lorsque l'acte volontaire est commis pendant tout le temps que dure le travail de l'accouchement ».³³ En effet, l'infraction d'infanticide protège l'enfant contre les actes volontaires tendant à sa suppression, non seulement lorsque l'enfant est né vivant et non viable mais aussi lorsque l'enfant n'est pas encore né mais que l'acte fatal a été commis pendant tout le temps que dure le travail de l'accouchement ; elle le considère comme une personne, bien qu'il n'ait pas vécu de la vie extra-utérine. Cette référence à l'article 396 du Code pénal permet donc à la Cour de cassation d'écarter les critères du droit civil pour reconnaître la personnalité³⁴ et décider que, « si la loi pénale accorde sa protection à l'enfant à naître, bien qu'il n'ait pas encore vécu de sa vie extra-utérine, contre tout acte volontaire entraînant sa mort en le considérant comme une personne, la même protection doit lui être

³⁰ Cass., 11 février 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 630.

³¹ J. DE BISTHOVEN, concl. Av. gén., *R.D.P.C.*, 1987, p. 812 et s.

³² *Ibid.*, p. 828.

³³ Cass., 11 février 1987, *J.L.M.B.*, 1987.

³⁴ M. PREUMONT, « Kritisch noot, toesten van cass. 11 februari 1987 aan art.6.1. E.V.R.M. », *J.L.*, 1987, pp. 630 et s.

reconnue contre tout acte involontaire qui lui cause directement ce mal ». ³⁵

Le problème, en l'occurrence, est de savoir si un enfant en train de naître, qui n'est pas encore séparé de sa mère, et un enfant né vivant, mais non viable, peuvent être considérés comme des « personnes » au sens des articles 419³⁶ et 422bis³⁷ du Code pénal.

La Cour de cassation ne s'est en l'espèce prononcée expressément qu'au sujet de l'article 419.

Section 2. Portée de l'arrêt

La Cour de cassation refuse donc d'appliquer le critère civil de l'enfant né vivant et viable pour lui préférer les théories plus modernes de l'autonomie du droit pénal.

Elle reconnaît, et c'est la première fois qu'elle se prononce sur ce problème, que, « dès le début du travail de l'accouchement, la vie de l'enfant est protégée contre les atteintes involontaires qui y seraient portées, bien qu'à ce moment, l'enfant ne soit pas encore séparé de sa mère. Si l'enfant naît non viable et que cette défaillance résulte d'une faute commise pendant le travail, l'auteur de cette faute sera tenu pour responsable d'homicide involontaire. La Cour reconnaît donc la personnalité juridique à *l'enfant en train de naître* ». ³⁸

Il ne semble pas possible de voir, dans cet arrêt, une protection générale et absolue de la vie utérine. Seul le moment de la naissance sera à présent, sur base de cette décision, protégé pénalement contre les atteintes involontaires causant la mort, comme il l'était déjà contre les agressions volontaires la provoquant (infanticide, art. 396 C.pén.).

En dehors de ce moment de la naissance, c'est-à-dire à tout autre moment que celui de l'accouchement, le futur enfant ne paraît bénéficier, dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, d'une protection pénalement sanctionnée qu'à la condition de naître vivant et viable. A défaut de satisfaire à cette double condition, le futur enfant ne sera pas plus un sujet de droit pénal que de droit civil.

³⁵ Cass., 11 février 1987, *J.L.M.B.*, 1987.

³⁶ « Quiconque aura volontairement causé la mort d'une personne sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de cinquante [euros] à mille [euros] ».

³⁷ « Sera puni d'un emprisonnement de huit jours à [un an] et d'une amende de cinquante à cinq cents [euros] ou d'une de ces peines seulement, celui qui s'abstient de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave, soit qu'il ait constaté par lui-même la situation de cette personne, soit que cette situation lui soit décrite par ceux qui sollicitent son intervention [...] ».

³⁸ Cass., 11 février 1987, *J.L.M.B.*, 1987 ; F. KÉFER, *op. cit.* (voy. note 1), p. 741.

Kéfer le confirme lorsqu'elle observe que « Malgré la position adoptée par notre Cour suprême ce 11 février 1987, il est difficile d'affirmer que la jurisprudence tiendra désormais pour délictueux ce qu'on appelle parfois 'l'avortement involontaire', autrement dit l'acte involontaire entraînant la mort du fœtus *avant l'expulsion* (...) ». ³⁹

Le début du travail de l'accouchement est une notion qui reste à définir.

Pour faire bénéficier l'enfant en train de naître de la protection de l'article 419 du Code pénal réprimant l'homicide involontaire, la Cour de cassation est partie de la constatation qu'un tel enfant bénéficiait d'une protection contre tout acte volontaire entraînant sa mort et qu'il fallait donc lui reconnaître la même protection contre tout acte involontaire lui causant directement le même mal. Elle raisonne donc par analogie, en faisant de l'article 396 la référence du système de protection de la personne humaine.

Surprenant, étant donné que « l'interprétation par analogie qui permettrait au juge de partir d'une hypothèse prévue par la loi et l'étendre à une autre, similaire, qui n'a pas été prévue par le législateur » est interdite. ⁴⁰ Le juge ne peut, sur la base d'une similitude plus ou moins forte, appliquer la loi pénale par voie d'analogie à des faits qu'elle ne vise pas. Néanmoins, il existe certains tempéraments, comme c'est le cas en l'espèce.

On peut observer que la Cour de cassation ne parle pas de la viabilité de l'enfant à cet instant. En raison des conséquences fondamentales qu'elle emporte, cette notion devrait être claire et précise. Or, tel n'est pas le cas. La doctrine affirme couramment que pour être viable, l'enfant doit être « physiologiquement constitué pour pouvoir vivre », visant par là un degré de maturité suffisant, ou la présence d'organes essentiels à la survie, mais il n'est dit nulle part combien de temps il faudrait avoir survécu, ni quelle pourrait être la cause du décès. Question de fait, la viabilité est laissée à l'expertise des médecins et au pouvoir souverain d'appréciation du juge. En réalité, cette notion est obscure, ambiguë et plus fluctuante que jamais en raison des progrès constants de la médecine périnatale. ⁴¹

L'arrêt ne semble pas aller plus loin. La précision des termes utilisés par la Cour (« enfant en train de naître ») ne permet pas de dégager la règle générale selon laquelle l'existence de l'enfant qui n'est pas encore séparé de sa mère est, du premier au dernier jour de la grossesse,

³⁹ F. KÉFER, *op. cit.* (voy. note 1), p. 742.

⁴⁰ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 38 et 39.

⁴¹ M.-Th. MEULDERS, *op. cit.* (voy. note 2), p. 24.

protégée par l'article 419.

Face aux progrès de la biologie et l'intensification des manipulations génétiques, une protection accrue de l'enfant, dès sa conception, est nécessaire.

Une proposition de loi en sens, tendant à reconnaître la personnalité juridique à l'enfant à naître dès sa conception avait été déposée respectivement au Sénat le 4 décembre 1986⁴² et à la Chambre le 27 janvier 1987.⁴³

Une proposition de déclaration de révision de la Constitution, par l'insertion d'un article *7bis* tendant à reconnaître le droit à la vie dès sa conception, a été déposée à la Chambre le 18 mars 1986.⁴⁴ Cette proposition se base notamment sur le respect des droits de l'homme et tend réellement à faire de l'enfant à naître un sujet du droit d'accéder à la vie.

Ces deux propositions n'ont pas abouti.

⁴² Proposition de loi complétant le Code civil en vue d'assurer la protection de l'enfant à naître, *Doc. Parl., Sénat*, 1986-1987, n° 503/1.

⁴³ Proposition de loi complétant le Code civil en vue d'assurer la protection de l'enfant à naître, *Doc. Parl., Chambre*, 1986-1987, n° 745/1.

⁴⁴ Proposition de déclaration de révision de la Constitution par l'insertion d'un article *7bis* tendant à reconnaître le droit à la vie dès la conception, *Doc. Parl., Chambre*, 1985-1986, n° 377/1.

Chapitre 3. Infractions pénales relatives à l'enfant à naître

Section 1. De l'infanticide à l'homicide involontaire

Si la doctrine et la jurisprudence se montrent hésitantes en ce qui concerne les conditions de l'incrimination des lésions involontaires causés au fœtus durant la période qui précède le « moment de la naissance », il n'en est pas de même lorsque les faits sont commis pendant l'accouchement.

Le législateur a en effet tenu à assurer une protection particulière à l'enfant au moment de sa naissance en incriminant l'infanticide, cette fois dans le chapitre des crimes et délits contre les personnes. L'article 396 du Code pénal définit l'infanticide comme « le meurtre commis sur un enfant au moment de sa naissance ou immédiatement après ».

Le Code pénal de 1810 définissait l'infanticide comme le « meurtre d'un nouveau-né ». Dans un système qui se basait sur une continuité parfaite entre l'avortement et l'infanticide, cette définition risquait de laisser en dehors de prévisions légales le fait de provoquer la mort d'un enfant durant l'accouchement.⁴⁵ C'est pourquoi les termes « au moment de la naissance » ont été adoptés et doivent être compris comme « à n'importe quel moment, pendant tout le temps que dure le travail d'accouchement, et conséquemment, lors même que la tête de l'enfant ne serait pas encore sortie du sein de sa mère », soit dès l'apparition des « premières douleurs de l'enfantement que ressent la femme », jusqu'au sectionnement du cordon ombilical.⁴⁶

Cette position commune du législateur et de la doctrine au sujet de l'infanticide (meurtre de l'enfant en train de naître) a parfois trouvé une consécration jurisprudentielle, en matière d'homicide involontaire. En effet, les cas qui se sont le plus souvent présentés devant les cours et tribunaux portent sur des fautes qui ont été commises pendant le travail d'accouchement, provoquant la mort de l'enfant en train de naître. La solution dégagée à ces occasions s'applique également en matière d'infanticide, étant entendu que dès lors que l'enfant en train de naître est considéré comme une personne au regard des dispositions réprimant l'homicide involontaire, il doit bien entendu en aller de même en matière d'homicide volontaire.

⁴⁵ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, « L'avortement », in *Les infractions*, vol. 3, *Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 23-63.

⁴⁶ A. DELANNAY, « Homicides et lésions corporelles volontaires », in *Les infractions*, vol. 2, *les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 195 et s.

Ainsi, la Cour d'appel de Gand⁴⁷, s'appuyant sur les travaux préparatoires du Code pénal concernant la définition de l'infanticide, déclare que « si le crime d'infanticide peut être commis pendant l'accouchement sur un enfant qui n'a pas encore vécu de la vie extra-utérine, il s'en suit évidemment que l'enfant à terme et vivant, bien que non sorti entièrement du sein de sa mère et n'ayant pas respiré, constitue, aux yeux de la loi pénale, une personne, et que, dans les mêmes conditions, cet enfant peut être l'objet d'un homicide involontaire par défaut de prévoyance ou de précaution ».

En France, la Cour d'appel d'Amiens⁴⁸, par une décision du 28 avril 1964, se prononce dans le même sens.

Néanmoins, il aura fallu attendre plus d'un siècle avant que la Cour de cassation n'adopte cette position et décide que « commet un homicide involontaire le médecin ou la sage femme qui, par défaut de prévoyance ou de précaution, cause, pendant l'accouchement, la mort d'un enfant en train de naître, bien que celui-ci n'ait pas encore vécu de la vie extra-utérine, si cette mort a été causée par leur faute ou par leur négligence ».⁴⁹

Par la même occasion, la Cour de cassation affirme l'autonomie de la notion de personne en droit pénal. En effet, « l'une des principales caractéristiques du droit criminel est son souci constant de s'en tenir aux réalités. Aucune décision pénale ne peut être dictée par le simple souci de respecter des catégories juridiques extérieures à la matière ... C'est pourquoi le droit criminel protège la personne humaine en elle-même, indépendamment des catégories qui ont pu être dégagées pour les besoins du droit public ou du droit privé ... De même, la notion pénale de personne humaine ne se confond pas avec la notion civile de droit de la personnalité. Celle-ci, qui relève de la notion plus générale de droit subjectif, tend à permettre à chaque individu d'imposer à autrui le respect des éléments qui constituent sa personnalité. Elle présente par la même un caractère individualiste et discrétionnaire étranger au droit criminel ». La position de la doctrine dominante est ainsi clairement résumée par J.-P. Doucet.⁵⁰

En droit pénal, la personnalité juridique est donc accordée à l'enfant dès le début du travail de

⁴⁷ C.A. Gand, 1^{er} février 1882, *Pas.*, 1882, II, p. 242.

⁴⁸ C.A. Amiens, 28 avril 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, pp. 167 et 168.

⁴⁹ Cass., 11 février 1987, *J.T.*, 1987, pp. 738 et s ; J. DE BISTHOVEN, *op. cit.* (voy. note 31), p. 812.

⁵⁰ J.-P. DOUCET, *La protection pénale de la personne humaine*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège (Ulg), 1979, p. 28.

l'accouchement. Pour F. Kéfer, il semble risqué de situer cet instant au moment des premières douleurs ressenties par la patiente, étant donné les difficultés de preuves qui y sont liées. Elle conseille plutôt de prendre en compte une série de critères médicaux comme « la régularité, la durée et l'amplitude des contractions (...), le degré de dilatation du col, la rupture de la poche des eaux..., selon les cas ». ⁵¹

Ainsi, dans une hypothèse où les experts n'avaient pu déterminer si le travail d'accouchement avait commencé alors que l'enfant à naître était décédé *in utero*, ce dernier n'avait pas pu être reconnu comme une personne protégée par les articles 418 et suivants du Code pénal. ⁵² Dans cet arrêt du 10 janvier 2008, la cour d'appel de Liège fait d'abord référence à l'arrêt précité du 11 février 1987 qui a consacré sans ambiguïté le droit à la protection de l'enfant à naître, même en cas d'actes involontaires : « l'enfant à naître bénéficie de la protection du droit pénal, même en cas d'actes involontaires, et ce, dès le début du travail de l'accouchement, alors qu'il n'est pas encore séparé de sa mère, et indépendamment de la question de savoir s'il naîtra vivant et viable ». ⁵³ Mais estime ensuite que : « dès lors que les experts ne peuvent préciser si le travail de l'accouchement avait commencé, l'enfant ne peut être reconnu comme une personne protégée par les articles 418 et suivants du Code pénal ». ⁵⁴

§1^{er}. Jurisprudence belge

a) Jurisprudence belge antérieure à l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987

Le droit civil n'octroie la personnalité juridique qu'à l'enfant qui naît vivant et viable. De même, en droit pénal, il est généralement admis que l'enfant, pour bénéficier d'une protection, ne peut se contenter d'être né, mais doit en outre, comme en droit civil, *être né vivant et viable*. Telle est, par exemple, l'opinion du professeur Trousse : « Selon nous, il ne pourrait y avoir homicide involontaire d'un enfant mort pendant sa vie intra-utérine ou né non viable, quelles que soient les causes de sa défaillance ». ⁵⁵ Cette position trouve une confirmation dans une abondante jurisprudence. La plupart des décisions concernent des accidents de roulage ayant causé la mort d'un fœtus.

⁵¹ F. KÉFER, *op. cit.* (voy. note 1), p. 741.

⁵² C.A. Liège (8^e ch.), 10 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1421 et 1422.

⁵³ Cass., 11 février 1987, *J.L.M.B.*, 1987.

⁵⁴ C.A. Liège (8^e ch.), 10 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1421 et 1422.

⁵⁵ P.-E. TROUSSE, « Thérapeutique médicamenteuse et responsabilité pénale du médecin », *Rev. dr. pén.*, 1963-1964, pp. 593-594.

Le tribunal correctionnel de Liège, alors que la mère était enceinte de sept mois au moment de l'accident, estime que la fausse-couche ne modifie pas la qualification de l'infraction et qu'il ne peut pas être question d'homicide involontaire de l'enfant, puisqu'il n'est pas encore un être vivant.⁵⁶

Le tribunal de police de Tongres a décidé que seul l'homicide involontaire d'une personne vivante tombe sous l'application des articles 418 à 420 du Code pénal et non le fait de causer involontairement la mort d'un fœtus.⁵⁷ Le tribunal correctionnel de Turnhout a décrété qu'il en va de même lorsque l'enfant décède quelques heures avant l'accouchement⁵⁸ ou même, étrangement, si l'enfant meurt deux mois après l'accouchement des suites d'un accident causé lorsque la mère était enceinte. En l'espèce, suite aux lésions involontaires occasionnées à la mère enceinte, cette dernière accouche prématurément et l'enfant décède deux mois plus tard. Le prévenu est acquitté, le tribunal correctionnel de Leuven considérant que l'enfant non encore né n'est protégé que par les articles 348 et suivants du Code pénal, la notion d'homicide ne s'appliquant qu'aux personnes vivantes et non à l'enfant non encore né.⁵⁹

Un auteur critique toutefois vivement cette solution « invoquer que l'enfant n'est pas né vivant ou viable pour nier qu'il y ait homicide involontaire, s'il est établi que la cause du décès ou de la non-viabilité est elle-même due à l'accident, constitue une solution 'dictée par une extension injustifiée des dispositions civiles particulières à la matière pénale' ».⁶⁰

Le tribunal correctionnel de Verviers a ainsi décidé qu'« un homicide involontaire ne peut être commis que sur une personne. Le fœtus n'acquiert une personnalité que lorsqu'il est complètement séparé de sa mère, né vivant et viable. Il ne peut être l'objet d'un homicide involontaire ».⁶¹ Dans cette affaire, le décès de l'enfant mort-né, alors que la mère était enceinte de six mois et demi ou sept mois, était sans aucun doute dû à la faute du prévenu, qui fût pourtant acquitté.

La seule à se démarquer de cette jurisprudence est la Cour d'appel de Gand⁶², dans un arrêt évoqué *supra*.

⁵⁶ Corr. Liège, 20 mars 1957, *J.T.*, 1957, p. 541.

⁵⁷ Pol. Tongres, 8 mai 1973, *R.D.P.C.*, 1973-1974, pp. 784 et 1001 ; *R.W.*, 1973-1974, p. 1511, note M. PEYTIER.

⁵⁸ Corr. Turnhout, 17 novembre 1961, *R.D.P.C.*, 1961-1962, pp. 808 et 1065 ; *R.W.*, 1961-1962, p. 1065.

⁵⁹ Corr. Leuven, 27 avril 1966, *R.D.P.C.*, 1966-1967, pp. 1045 et 1088 ; *R.W.*, 1966-1967, p. 605.

⁶⁰ Ch. HENNAU, « La protection du fœtus en droit belge face aux expérimentations biomédicales. », *J.T.*, 1983, p. 339, cite d'autres auteurs allant dans le même sens.

⁶¹ Corr. Verviers, 11 avril 1978, *J.L.*, 1978, p. 285.

⁶² C.A. Gand, 1^{er} février 1882, *Pas.*, 1882, II, p. 242.

b) Jurisprudence belge postérieure à l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987

L'arrêt de la Cour de Gand du 26 mars 1997⁶³ est le premier à avoir été rendu après l'important arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987.

Le 11 janvier, une femme enceinte à un stade avancé se plaint de douleurs dans le bas-ventre. Un examen gynécologique ne montre aucune dilatation du col de l'utérus ; les battements de cœur du bébé semblent bons. Par prudence, la femme est emmenée en observation à l'hôpital. Le soir, le médecin observe que les battements de cœur de l'enfant ont une fréquence trop faible, mais il réagit bien aux administrations d'oxygène. Une échographie ne dévoile aucun problème notable. La patiente reste en observation, reçoit des médicaments pour réduire les contractions et est placée sous monitoring. Le 13 janvier, on constate que le bébé est mort *in utero*. Le médecin ainsi que le directeur de l'hôpital sont poursuivis sur base des articles 418 et 420 du Code pénal et sont tous deux condamnés en première instance. En appel, ils sont toutefois acquittés sur base du constat que trop peu d'éléments montrent qu'au moment du décès du bébé, l'accouchement avait déjà commencé.

En d'autres termes, le bébé jouit de la protection des articles 418 et 420 du Code pénal seulement à partir du commencement de l'accouchement. Avant ce moment, celui-ci bénéficie uniquement de la protection des articles 348 et 352 du Code pénal, en rapport avec l'interruption volontaire de grossesse. Ces incriminations prévoient seulement la sanction des comportements entraînant la mort volontaire du fœtus. En outre, ces dispositions figurent sous le titre « Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique » et non « Des crimes et délits contre les personnes ». La « personne pénale » apparaît donc, selon la Cour, seulement à partir du commencement de l'accouchement.⁶⁴

Ainsi, cet arrêt rejoint la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 11 février 1987 qui considérait que « commet donc un homicide involontaire le médecin ou la sage-femme qui, par défaut de prévoyance ou de précaution cause, pendant l'accouchement, la mort d'un enfant en train de naître, bien que celui-ci n'ait pas encore vécu de la vie extra-utérine, si cette mort a été causée par leur faute ou par leur négligence ». C'était, rappelons-le, la première fois que la Cour de cassation se prononçait sur cette problématique et se

⁶³ Corr. Gand, 26 mars 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 463, note Ch. COUDRON.

⁶⁴ *Ibid.*

distanciait d'une juridiction inférieure qui stipulait que le fœtus devait être « séparé de la mère » pour pouvoir jouir de la protection des articles 418 et 420 du Code pénal.⁶⁵

La Cour souligne également qu'il n'existe donc aucune disposition analogue aux articles 418 et 420 du Code pénal qui protègent le fœtus contre un acte involontaire qui entraîne sa mort, avant le commencement de l'accouchement. Pendant la période entre la fin de la grossesse et la naissance de l'enfant, la frontière entre le caractère pénalement punissable et le caractère pénalement non punissable des actes est déterminée par le « commencement de l'accouchement ». Il reste maintenant à définir concrètement à cette notion plutôt vague. A cet égard, la Cour de Cassation n'a encore à ce jour donné aucune précision. Comme déjà évoqué ci-dessus, Kéfer estime que le commencement de l'accouchement ne peut pas simplement être situé au moment des premières contractions. Selon elle, le moment du commencement de l'accouchement ne peut pas être abstraitement lié à une certaine donnée, mais doit être établi sur base de différents éléments (comme la durée et l'amplitude des contractions, la rupture de la poche des eaux, l'ouverture,...).⁶⁶ Peu de jugements ont été rendus sur cette problématique. Dans le cas à la base de l'arrêt de la Cour de Gand, il s'avère qu'il n'y avait pas encore de dilatation du col de l'utérus, mais bien des contractions éprouvées par la femme. L'expert a toutefois conclu que ces contractions étaient prématurées : « un tout petit peu de muqueuse blanche ; rien d'alarmant » a été observé. Aucun de ces éléments ne pouvait toutefois convaincre du fait que l'accouchement avait déjà commencé.

Dans son arrêt du 24 novembre 2000, le tribunal correctionnel d'Anvers tranche dans le même sens que l'arrêt précité.⁶⁷

Une femme a été admise à l'hôpital le 7 septembre 1993 en vue d'une césarienne qui devait être réalisée le lendemain. Comme lors de sa précédente grossesse, elle souffrait d'hypertension de grossesse qui était maintenue sous contrôle à l'aide de médicaments. Peu de temps après son admission, la patiente a mentionné qu'elle sentait moins son bébé bouger. Suite à cette plainte, un monitoring fut pratiqué et les résultats furent immédiatement présentés au gynécologue de garde, qui a considéré que la situation était bonne. Puisqu'il ne

⁶⁵ Corr. Liège, 20 mars 1957, *J.T.*, 1957, p. 541 ; Corr. Turnhout, 17 novembre 1961, *R.D.P.C.*, 1961-1962, pp. 808 et 1065 ; *R.W.*, 1961-1962, p. 1065 ; cité par Ch. HENNAU-HUBLET, note sous cass. 11 février 1987, *R.D.P.C.*, 1987, p. 29 ; Corr. Leuven, 27 avril 1966, *R.D.P.C.*, 1966-1967, pp. 1045 et 1088 ; *R.W.*, 1966-1967, p. 605 ; Pol. Tongres, 8 mai 1973, *R.D.P.C.*, 1973-1974, pp. 784 et 1001 ; *R.W.*, 1973-1974, p. 1511, note M. PEYTIER ; Corr. Charleroi, 26 mars 1982, *R.G.A.R.*, 1984.

⁶⁶ F. KÉFER, *op. cit.* (voy. note 1), p. 741.

⁶⁷ Corr. Anvers, 24 novembre 2000, *J.D.J.*, 2001, p. 45 ; *R.W.*, 2000-2001, p. 1423, note C. DESMET et note H. NYS.

connaissait l'existence d'aucune pathologie, il a estimé qu'il n'était pas nécessaire de faire davantage d'exams. L'inquiétude de la patiente sur l'absence de sensation de mouvement du bébé a persisté et le lendemain vers midi on a à nouveau posé un monitoring. Cette fois, on n'a plus enregistré de battement du cœur du bébé. L'échographie qui a été faite toute suite après a confirmé que le bébé était décédé.

Le tribunal correctionnel d'Anvers estime que les articles 418 et 419 du Code pénal qui répriment l'homicide involontaire ne protègent la personne qu'à partir de la naissance. Il reconnaît en effet que la protection est offerte dès le début de l'accouchement, même au bébé qui n'est pas encore né. Par contre, ce bébé non encore né ne jouit d'aucune protection en cas d'homicide involontaire sur base de fautes qui ont été commises avant le début de l'accouchement. Sur ce point, le jugement du tribunal correctionnel d'Anvers est conforme à la jurisprudence établie par la Cour de cassation dans son arrêt du 11 février 1987. En l'espèce, il est indéniable que l'accouchement n'a jamais commencé et que l'enfant était déjà décédé lorsqu'il est né le 8 septembre par césarienne.

Vient ensuite la décision de la chambre correctionnelle de Bruges, le 1^{er} décembre 2004.⁶⁸

Les faits sont les suivants. Une femme enceinte est admise à la maternité pour y accoucher de triplés pour lesquels une césarienne est planifiée le 25 août 1995. Au cours de la soirée du 24 août et de la nuit du 24 au 25 août, la patiente a enduré de très fortes douleurs abdominales. La mère prétend même avoir, au cours de la nuit, ressenti des contractions continues, qui ne sont cependant pas décrites comme telles dans le rapport d'expertise. Lorsque la sage-femme a pris son service à 7h30, la patiente était manifestement en travail. Deux enfants seulement sont nés en vie.

La chambre du conseil constate que jusqu'à présent, le législateur n'a pas prévu de protection expresse en matière de coups et blessures involontaires portés à l'égard d'un enfant fœtal même si ces derniers ont eu le décès pour conséquences. La chambre du conseil se réfère par ailleurs à l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987, dans lequel la Cour a étendu la notion du début de la personne vivante à la période « pendant l'accouchement ».

Selon la chambre du conseil, il ressort clairement des données du dossier répressif que l'enfant est décédé avant que les contractions ou les douleurs se produisent chez la mère, et donc, avant le début de l'accouchement. La chambre du conseil, se basant sur le principe de

⁶⁸ D. VANDERMEERSCH et P. MANDOUX, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 422.

légalité, qui s'oppose une interprétation large des termes « pendant l'accouchement », conclut que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis.

Cette décision est commentée par N. Colette-Basecqz et N. Hautenne, lesquelles se rallient à la motivation de la chambre du conseil, en ce qu'elle est conciliable avec le principe de légalité, mais déplore que, dans l'état actuel du droit belge, la qualification pénale dépend du critère du début de l'accouchement, qui, comme l'illustre cette affaire, n'offre peut-être pas toutes les garanties de sécurité juridique attendues.⁶⁹

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège 22 novembre 2007⁷⁰ exprime une opinion diamétralement opposée.

En l'espèce, le prévenu soutient que l'enfant n'est pas née viable et qu'elle ne peut, dès lors, être considérée comme une personne bénéficiant de la protection des articles 418 et suivants du Code pénal.

La Cour observe que l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que chacune des dispositions de la Convention s'applique aux individus déjà nés.

Néanmoins, saisie de recours portant sur la violation alléguée du droit à la vie du fœtus et des embryons sur la base dudit article, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États membres⁷¹, de manière telle que la question de savoir si, en droit belge, l'enfant à naître est à considérer comme une personne bénéficiant du droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention doit être recherchée dans le droit positif belge.

La Cour constate qu'en vue de circonscrire son champ d'application, la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine définit, en son article 2, 23°, la personne humaine comme la personne née, vivante et viable.

En matière civile, les droits patrimoniaux et les droits relatifs à la filiation de l'enfant à naître sont également subordonnés à la condition que l'enfant naisse vivant et viable bien que de nombreuses dispositions légales reconnaissent des droits à l'enfant conçu, comme par exemples les articles 77 et 80bis du Code civil, la loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant les dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci,

⁶⁹ N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, « Qualifications pénales autour de l'enfant à naître », note sous Corr. Bruges, 1^{er} décembre 2004, *Rev. dr. santé.*, 2005, pp. 410-413.

⁷⁰ C.A. Liège, 22 novembre 2007, disponible sur Juridat.

⁷¹ Cour eur. D.H., arrêt Vo c. France, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.

l'article 5 de l'arrêté royal portant exécution de la loi du 20 juillet 1971 instituant des prestations familiales garanties,... Il en est de même en droit fiscal.⁷²

En droit pénal, l'article 350 du Code pénal protège l'enfant à naître contre tout acte d'interruption volontaire de grossesse qui ne serait pas exécuté dans les conditions strictes de la loi, particulièrement l'interruption volontaire de grossesse effectuée au-delà de douze semaines depuis la conception sur une femme dont la santé n'est pas en péril ou dont il n'est pas certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection grave et reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Au vu de ce qui précède, la Cour estime donc que « le fœtus ayant atteint la limite légale de viabilité est donc bien considéré en droit belge comme un sujet de droit et, dès lors, comme une personne au sens juridique du terme ».⁷³

La Cour poursuit son analyse en faisant remarquer l'article 396 du Code pénal qualifie l'infanticide, le meurtre commis sur un enfant au moment de sa naissance ou immédiatement après ; cette incrimination s'applique aux situations dans lesquelles l'enfant est en train de naître, soit dès le début du travail d'accouchement, même si l'enfant n'a pas encore vécu en dehors du sein de sa mère ; il n'est donc pas requis qu'il soit né vivant, ni qu'il soit viable pour autant qu'il soit en vie au moment où l'acte est posé.

Cependant, si les critères du droit civil pour reconnaître le droit à la personnalité sont, certes, étrangers au droit pénal, la Cour de cassation a, par son arrêt du 11 février 1987, consacré sans ambiguïté le droit à la protection de l'enfant à naître même en cas d'actes involontaires.

Il résulte de cet arrêt que l'enfant bénéficie de la protection pénale contre les agressions involontaires dès le début du travail de l'accouchement, alors qu'il n'est pas encore séparé de sa mère, et indépendamment de la question de savoir s'il naîtra vivant et viable.

Selon la Cour, « il est indéniable que tel est bien le cas en l'espèce dès lors que non seulement le travail d'accouchement avait commencé, sinon au début des contractions ayant justifié l'hospitalisation de la mère, à tout le moins à partir de la rupture de la poche des eaux, mais encore, et surtout, les conclusions des experts démontrent que les lésions ayant entraîné les décès sont survenues pendant la tentative d'accouchement par voie basse à laquelle le prévenu a procédé ».⁷⁴

Et la Cour poursuit : « les moyens développés par le prévenu sont, dès lors, sans fondement et

⁷² voy. art. 2 de la loi du 6 juillet 2004 modifiant l'art. 138 du Code des impôts sur les revenus, *M.B.*, 5 août 2004.

⁷³ C.A. Liège, 22 novembre 2007, disponible sur Juridat.

⁷⁴ *Ibid.*

énervent d'autant moins les considérations qui précèdent qu'il est malvenu d'invoquer la non viabilité de l'enfant dès lors que celui-ci, ainsi que les experts l'ont relevé, n'était atteint d'aucune malformation ni autre pathologie et qu'il est ainsi constant que, sans les fautes commises qui ont amené son décès, l'enfant serait né vivant et viable ».⁷⁵

La Cour juge la prévention d'homicide involontaire établie, étant avéré que, sans les fautes commises par le prévenu, le décès de l'enfant ne serait pas survenu tel qu'il s'est produit.

Le tribunal de police de Mons, dans son arrêt du 26 mai 2010⁷⁶, se prononce dans le même sens que la décision précédente.

Dans cette affaire, l'enfant est né le 27 décembre à 4h40, soit trois heures vingt-cinq après l'accident. Il est décédé le 29 décembre en soirée et a donc survécu près de quarante heures. Dès sa naissance, l'enfant a été intubé d'emblée, sans qu'ait été réalisé le moindre examen car il présentait un état de mort apparente (il était pâle, présentait un comportement peu réactif et hypotonique), il respirait spontanément. A la naissance, il n'était pas mort.

Quant à la prévention d'homicide involontaire reprochée, le tribunal de police de Mons constate que, si à l'heure actuelle, « la Cour européenne des droits de l'homme n'a toujours pas défini qui est la personne dont la vie est protégée par la Convention, n'a toujours pas tranché la question du commencement du droit 'de toute personne à la vie' au sens de l'article 2, ni celle de savoir si l'enfant à naître en est titulaire, si le principe de la légalité des peines impose une interprétation stricte de la loi pénale, force est de constater, en l'espèce, que c'est à juste titre que la prévention d'homicide involontaire est reprochée ».⁷⁷

Le tribunal poursuit son raisonnement en soulignant que le terme « viable » signifie « *habilis vitae* », c'est-à-dire « physiologiquement constitué pour pouvoir vivre ». Rien dans les constatations du médecin légiste ne laisse présumer une non-viabilité. L'enfant est né vivant, alors qu'il avait un âge gestationnel de trente-six semaines, présentant des mesures normales pour cet âge : 2,5kg, 48,5cm et un périmètre crânien de 33,5 cm ; aucune remarque n'est formulée quant à un sous-développement des organes essentiels à la vie.

C'est donc en raison de l'accident, du choc subi alors qu'il était dans le ventre de sa mère,

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Pol. Mons, 2010, *J.J.Pol.*, 2011, liv. 2, p. 103.

⁷⁷ *Ibid.*

qu'il est né légèrement prématurément. Les séquelles subies à ce moment, dont une fracture du crâne importante, ont entraîné le décès de l'enfant moins de deux jours après sa naissance. Durant quarante-huit heures au moins, il a eu la personnalité qui suffit à fonder la prévention.⁷⁸

Le tribunal conclut que « le délit d'homicide involontaire ne prend corps qu'au jour du décès et non au moment de l'accident. Lorsqu'en raison de l'accident, du choc alors qu'il était dans le ventre de sa mère, un enfant vient au monde un peu prématurément, que l'enfant était vivant et viable, mais décède moins de deux jours après sa naissance en raison des séquelles subies dans le ventre de sa mère à l'occasion de l'accident, il y a homicide involontaire au sens de l'article 419 du Code pénal, même si l'enfant n'était pas né au moment de l'accident ».⁷⁹

§2. Jurisprudence française

Dans un premier temps, en France, certaines juridictions de fond ont reconnu l'infraction d'homicide involontaire commis sur un enfant *in utero*.⁸⁰ C'est notamment le cas de la Cour d'appel de Paris qui a condamné du chef d'homicide involontaire l'auteur d'un accident au cours duquel une femme enceinte de huit mois avait été victime d'une fracture du bassin. Ce choc a entraîné la naissance prématurée de l'enfant, qui est décédé douze heures plus tard, des suites de blessures infligées alors qu'il était toujours dans le ventre de sa mère. S'agissant « d'un individu venu au monde, ayant une personnalité physique distincte de celle de la mère, il est seulement suffisant que la victime soit née vivante, viable si elle n'avait reçu de choc traumatique, et soit décédée des suites de ce choc imputable au prévenu »⁸¹. A cette occasion, la Cour d'appel de Paris définit donc l'enfant viable comme celui qui, dans des circonstances normales (sans choc traumatique) aurait vécu, car suffisamment mature ou sans déficience d'un organe essentiel. La cour d'appel d'Amiens a, quant à elle, jugé que le nouveau-né, qui n'est pas encore séparé de sa mère, peut être l'objet d'un homicide involontaire, du moment

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ C.A. Douai, 2 juin 1987, *Gaz. Pal.*, 1989, p. 145, note J.-P. DOUCET ; C.A. Lyon, 13 mars 1997, *D.*, 1997, Jur. p. 557, note E. SÉVERIN ; *JCP*, 1997, II, n° 22955, note G. FAURÉ ; C.A. Paris, 10 janvier 1959, *Gaz. Pal.*, 1959, I, p. 233.

⁸¹ C.A. Paris, 10 janvier 1959, *Gaz. Pal.*, 1959, I, p. 233 et note approbative HUGUENEY, *Rev. sc. crim.*, 1959, p. 678. Pour une hypothèse similaire, où le décès était dû à une maladresse de l'accoucheur, voy. Cass fr., 14 juin 1957, *Dall.*, 1957, I, p. 512

qu'il était à terme et viable.⁸² La jurisprudence française apprécie donc plus largement la notion de personne puisque, lorsque le décès du fœtus à terme ou né vivant n'est dû qu'à l'imprudence du prévenu et que l'enfant était normalement viable sans cette faute, elle retiendra l'infraction d'homicide contrairement à la jurisprudence belge.

A deux reprises, la Cour de cassation française a confirmé la qualification d'homicide involontaire lorsque, bien que les coups aient été portés pendant la naissance de l'enfant, celui-ci est né vivant et décédé quelque temps après.⁸³ En outre, elle a également retenu cette qualification lorsque les coups, *in casu* un accident de la circulation, ont été donnés avant la naissance mais que l'enfant a vécu une vie extra-utérine fusse-t-elle d'une heure comme en l'espèce.⁸⁴

Depuis, cependant, la Cour de cassation française est revenue par trois fois sur cette jurisprudence⁸⁵, en décidant que le principe de la légalité des délits et des peines impose une interprétation stricte de la loi pénale. D'après la Cour, ce principe s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant.

Avant de revenir sur ces trois arrêts de la Cour de cassation, des décisions prononcées antérieurement méritent notre attention.

Le tribunal correctionnel de Metz, par jugement du 17 juin 1997, retenait à l'encontre du prévenu l'incrimination « d'homicide involontaire sous l'empire d'un état alcoolique lors de la conduite d'un véhicule »⁸⁶. Ses motifs étaient les suivants : « Enceinte de 6 mois lors de l'accident, Madame X accouchait le 2 août 1995 d'une petite fille qui ne survivait pas. L'autopsie du bébé et l'expertise ensuite diligentée établissaient indubitablement le rôle causal direct du choc dans la survenance du décès de l'enfant, au préalable viable ; l'enfant conçu étant viable, le délit d'homicide involontaire reproché au prévenu est constitué ».⁸⁷

Par un arrêt du 3 septembre 1998, la Cour d'appel de Metz, statuant sur l'appel interjeté le 26

⁸² C.A. Amiens, 28 avril 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, pp. 167 et 168 et note approbative HUGUENEY, *Rev. sc. crim.*, 1964, p. 614.

⁸³ Cass. crim., 14 juin 1957, *D.*, 1957, II, p. 512 ; Cass. crim., 23 octobre 2001, *Bull. crim.*, n°217, où le nouveau-né était mort treize jours après sa naissance.

⁸⁴ Cass. crim., 2 décembre 2003, *D.*, 2003, n°7, p. 449, note J. PRADEL.

⁸⁵ Cass. fr., 30 juin 1999, *Bull. Crim.*, n°162 et Rapp annuel, p. 442, sous le titre « Mort d'un enfant à naître » ; *D.*, 1999, p. 710, note D. VIGNEAU ; *JCP*, 2000, II, p. 10231, note G. FAURÉ ; Cass. fr. (ass. plén.), 29 juin 2001, *JCP*, 2001, II, n° 10569, pp. 1432 et s., rapp. du conseiller P. SARGOS, concl. Av. gén. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT ; *J.T.*, 2001, p. 675, obs. R.-O. DALCQ ; Cass. fr., 25 juin 2002, *R.G.A.R.*, 2002, p. 13625.

⁸⁶ Cass. fr. (ass. plén.), 29 juin 2001, *JCP*, 2001, II, n° 10569, pp. 1432 et s., rapp. du conseiller P. SARGOS, concl. Av. gén. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT ; *J.T.*, 2001, p. 675, obs. R.-O. DALCQ.

⁸⁷ *Ibid.*

juin 1997 par le prévenu, a écarté l'incrimination portant sur la mort de l'enfant à naître. En effet, la cour d'appel constatait, dans ses motifs, que l'enfant porté par Madame X avait subi des lésions cérébrales lors de l'accident, causant sa mort, la juridiction du second degré précisant qu'il était « né prématurément viable mais n'a pas respiré du fait de l'absence d'air dans les poumons et l'estomac ; qu'il n'a pas vécu du fait des lésions cérébrales ; que sa mort est la conséquence de l'accident ». ⁸⁸

Toutefois, la juridiction déclare, pour rejeter l'incrimination : « que l'enfant mort-né n'est pas protégé pénalement au titre de l'infraction concernant les personnes ; qu'en effet pour qu'il y ait personne il faut qu'il y ait un être vivant, c'est-à-dire venu au monde et non encore décédé ; attendu qu'il ne peut y avoir homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré ; que la loi pénale est d'interprétation stricte ; attendu que le fait poursuivi du chef d'homicide involontaire ne constitue en fait aucune infraction à la loi pénale ; qu'il convient de renvoyer le prévenu des fins de la poursuite de ce chef ». ⁸⁹

Certaines décisions démontrent pourtant que la chambre criminelle prend en considération la vie intra-utérine.

C'est notamment le cas d'une décision rendue le 2 avril 1992, dans laquelle la chambre criminelle a retenu la qualification de non-assistance à personne en péril à l'encontre d'un médecin qui ne s'était pas déplacé au chevet d'une patiente alors qu'une césarienne aurait pu être immédiatement pratiquée. L'enfant était né vivant mais était atteint de troubles graves et irréversibles du système nerveux provoqués par des souffrances aiguës subies avant l'accouchement. ⁹⁰ Aurait-il été cohérent de ne pas appliquer le droit pénal si le même auteur avait causé la mort de l'enfant avant qu'il ne naisse ?

Un autre arrêt de la chambre criminelle du 9 janvier 1992 a approuvé la condamnation pour blessures d'un médecin qui avait tardé à se rendre au chevet d'une femme enceinte et dont la négligence avait provoqué des souffrances néo-natales à l'origine d'un grave handicap de l'enfant. ⁹¹

Le 25 septembre 1996, a été rejeté le pourvoi d'une sage-femme déclarée coupable de blessures involontaires pour avoir avisé tardivement le gynécologue des anomalies enregistrées dans le rythme cardiaque d'un fœtus qui, après sa venue au monde, a présenté des

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Cass. crim., 2 avril 1992, *Bull. crim.*, n°140 ; *Rev. sc. crim.*, 1997, obs. G. LEVASSEUR, p. 326.

⁹¹ Cass. crim., 9 janvier 1992, *Dr. pén.*, 1992, chr., n°172 ; *Rev. sc. crim.*, 1993, obs. G. LEVASSEUR.

troubles graves et irréversibles du système nerveux.⁹²

Si le fœtus peut être victime de blessures involontaires, pourquoi ne pourrait-il pas, *a fortiori*, être victime d'un homicide involontaire, infraction de même nature mais de gravité supérieure ? A s'en tenir strictement, comme l'a fait la cour d'appel de Metz, à la définition civiliste de la personne qui postule la naissance en vie, condition qui n'est pas mentionnée dans le texte incriminateur, le délit d'homicide involontaire ne sera constitué que lorsque l'enfant décède des suites de ces blessures. L'infraction visée par l'article 221-6 du Code pénal devient de la sorte tributaire de celle de blessures involontaires.⁹³

En revanche, si l'enfant est tué sur le coup, aucune poursuite ne pourra être utilement engagée, l'auteur des faits étant ainsi assuré de l'impunité.

Tout dépendra alors des circonstances, en particulier de la résistance plus ou moins grande du fœtus ou de la gravité des lésions. Qui ne ressent pas l'absurdité d'une telle situation ? Comment expliquer aux parents que si l'enfant avait survécu ne serait-ce que quelques instants, il aurait été victime d'un homicide involontaire et que, tel n'étant pas le cas, sa mort ne compte pour rien et ne cause aucun trouble social ? D'ailleurs qu'ont-ils perdu ? Une non-personne, un non-être humain, une sous-catégorie d'être humain⁹⁴, une chose ou un produit innomé comme l'avait jugé la Cour de cassation en 1874 ?⁹⁵ La cour d'appel de Metz se garde bien de le dire. Il y a en tout cas un paradoxe à soutenir qu'il ne peut y avoir d'homicide involontaire d'un enfant qui naît mort au prétexte que l'homicide n'atteint que les personnes vivantes alors que cet enfant serait né vivant s'il n'avait été tué à cause de la faute non-intentionnelle commise par la personne poursuivie.⁹⁶

La Cour d'appel de Metz qui, en annonçant que l'enfant n'était pas né vivant, a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas. Une telle solution déjà contestable en elle-même implique de surcroît et de manière générale que les infractions de nature corporelle commises

⁹² Pourvoi n° 95.81.552.

⁹³ Cass. fr. (ass. plén.), 29 juin 2001, *JCP*, 2001, II, n° 10569, pp. 1432 et s., rapp. du conseiller P. SARGOS, concl. Av. gén. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT ; *J.T.*, 2001, p. 675, obs. R.-O. DALCQ.

⁹⁴ B. EDELMANN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.*, 1995, chr., p. 205 à propos de la décision 94-344 DC du 27 juillet 1994 selon laquelle le législateur a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie n'était pas applicable à l'embryon *in vitro*.

⁹⁵ Terme utilisé à propos d'un fœtus non viable dans un arrêt de la chambre criminelle du 7 août 1874, *DP*, 1875, I, p. 6.

⁹⁶ C.A. Reims, 3 février 2000, *D.*, 2000, p. 873, note J.-Y. CHEVALIER.

sur un fœtus ne pourraient donner lieu à poursuite s'il meurt avant de naître.⁹⁷ En perdant la vie du fait d'un tiers, l'*infans conceptus* serait alors totalement ignoré du droit.

L'arrêt de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Reims du 3 février 2000⁹⁸ offre un bel exemple de résistance à la jurisprudence de la juridiction suprême sur la délicate question de l'homicide involontaire d'un fœtus en cas d'imprudence d'un tiers.

Les faits de l'espèce peuvent se résumer de la manière suivante. Un automobiliste dérape dans un virage sur une route mouillée et vient percuter le véhicule arrivant en face, blessant grièvement la conductrice enceinte de huit mois qui, à la suite de cet accident, perd son bébé. Le tribunal correctionnel relaxe l'auteur du chef d'homicide involontaire de l'enfant, mais le condamne pour violences involontaires. Le Ministère public et la victime demandent à la Cour de retenir l'homicide involontaire et d'infirmer le jugement sur ce point.

La Cour développe son argumentation en observant d'abord que c'est à la suite de l'accident que l'enfant est décédé *in utero*, ce décès ayant nécessité la réalisation d'une césarienne en urgence. Elle relève ensuite le lien de causalité entre l'accident et le décès de l'enfant, en ce « qu'il est établi, eu égard aux blessures de la mère, notamment une fracture du bassin, que le décès de l'enfant a été occasionné par l'accident ».⁹⁹ Puis, elle affirme, constatant que le fœtus avait atteint l'âge de huit mois, qu'il avait « franchi le seuil de viabilité, étant jusqu'à terme, apte à vivre de façon autonome ».¹⁰⁰ Enfin, la cour remarque que « dans ces conditions, bien que non séparé du sein de sa mère lors de son décès, l'enfant était une personne humaine et en tant que telle bénéficiait de la protection pénale ».¹⁰¹ Elle en déduit alors très logiquement que le délit d'homicide involontaire prévu et réprimé par l'article 221-6 du Code pénal est ainsi constitué dans tous ses éléments.

Le raisonnement des juges de Reims est, on le voit, d'une grande simplicité. Le fœtus porté par la mère victime de l'accident était âgé de huit mois et serait normalement arrivé à son terme si l'accident n'avait occasionné une fracture du bassin de la mère entraînant son décès *in utero*, à un moment de son évolution où il était normalement viable. C'est bien la faute imputable à l'auteur de l'accident qui a conduit à interrompre prématurément la grossesse et

⁹⁷ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 2^e éd. Paris, Dalloz, 2006, n°276.

⁹⁸ C.A. Reims, 3 février 2000, *D.*, 2000, p. 873, note J.-Y. CHEVALIER.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

provoqué le décès de l'enfant. Cette mort est la conséquence directe de la faute de conduite qui est reprochée à la prévenue. Celle-ci tombe sous le coup de l'article 221-6 du Code pénal punissant des peines de l'homicide involontaire le fait de causer « la mort d'autrui ».

Une telle décision va à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998 évoqué *supra*, car elle admet en effet que le recours au critère de viabilité au moment de l'accident suffit à caractériser l'existence d'un homicide involontaire tandis que la Cour d'appel de Metz paraît exiger que l'enfant à naître soit viable au jour de l'accident, vivant à sa naissance puis décédé ultérieurement : « il ne peut y avoir homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré », donc « l'enfant mort-né n'est pas pénalement protégé au titre des infractions concernant les personnes ». ¹⁰² Elle contredit surtout la décision de la Chambre criminelle du 30 juin 1999 ¹⁰³ commentée ci-dessous.

Par contre, l'arrêt commenté est en parfaite harmonie avec la position de la Cour d'appel de Lyon, examiné *infra*, et une jurisprudence antérieure déjà bien établie. ¹⁰⁴

Il est intéressant d'évoquer un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme. Il s'agit de l'arrêt *Vo contre France*. ¹⁰⁵ En l'espèce, deux patientes vietnamiennes du même nom étaient venues consulter au même moment un gynécologue. Suite à une inversion de dossier, le médecin se trompe de patiente et tente d'enlever un stérilet à Madame Vo, enceinte de cinq mois. Cette intervention provoqua la rupture de la poche des eaux rendant nécessaire l'expulsion du fœtus et causant sa mort. La faute reprochée au médecin consiste à n'avoir pas réalisé d'examen clinique qui lui aurait permis de constater la grossesse. Le médecin fut poursuivi pour coups et blessures involontaires sur la patiente elle-même et d'homicide involontaire sur le fœtus.

L'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997 ¹⁰⁶, infirmant le jugement du tribunal

¹⁰² C.A. Metz, 3 septembre 1998, *JCP G*, 2000, II, p. 10231, note G. FAURÉ.

¹⁰³ Cass. fr., 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n°162 et Rapp annuel, p. 442, sous le titre « Mort d'un enfant à naître » ; *D.*, 1999, p. 710, note D. VIGNEAU ; *JCP*, 2000, II, p. 10231, note G. FAURÉ.

¹⁰⁴ C.A. Paris, 10 janvier 1959, *Gaz. Pal.*, 1959, I, p. 223 ; C.A. Amiens, 28 avril 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, II, p. 167, arrêts pour lesquels il n'y a pas eu lieu de rechercher si l'atteinte à la personne doit frapper un individu venu au monde, disposant d'une personnalité physique distincte de celle de la mère, étant seulement suffisant que la victime soit née vivante, viable si elle n'avait reçu un choc traumatique, et soit décédée à la suite de ce choc imputable au prévenu qui a commis une faute pénale.

¹⁰⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Vo c. France*, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.

¹⁰⁶ C.A. Lyon, 13 mars 1997, *D.*, 1997, Jur. p. 557, note E. SÉVERIN ; *JCP*, 1997, II, n° 22955, note G. FAURÉ.

correctionnel du 3 juin 1996, condamne le praticien pour homicide involontaire. Elle considéra que le fœtus était un être humain à part entière et que l'imprudence constituait un homicide involontaire. Pour aboutir à ce résultat, la cour énonce une règle, dégagée par interprétation d'un ensemble de textes législatifs et conventionnels, dont la portée dépasse largement les termes de l'espèce : « sous réserve des dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et de celles relatives à l'avortement thérapeutique, la loi consacre le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, sans qu'il soit exigé que l'enfant naisse viable, du moment qu'il était en vie lors de l'atteinte qui lui a été portée ».¹⁰⁷

La Cour en déduit que : « Tant l'application stricte des principes juridiques que des données acquises de la science, des considérations élémentaires du bon sens conduisent à retenir la qualification d'homicide involontaire s'agissant d'une atteinte par imprudence ou négligence portée à un fœtus âgé de 20 à 24 semaines en parfaite santé, ayant causé la mort de celui-ci ».¹⁰⁸

Dès lors, en exigeant, pour retenir l'incrimination d'homicide involontaire, que le fœtus soit viable, les premiers juges auraient distingué là où la loi ne distinguait pas. Il ne peut être « exigé que l'enfant naisse viable, du moment qu'il était en vie lors de l'atteinte qui lui a été portée ».¹⁰⁹

Dire que les textes garantissant le droit à la vie signifient que ce droit est garanti dès la conception revient à affirmer l'existence d'un droit à naître de l'enfant. Or l'existence d'un tel droit n'a jamais été reconnue. Le droit à la vie s'exerce dans les limites et sous les conditions définies par la loi. Autrement dit, c'est à la loi interne qu'il revient de définir les bornes et les modalités de la protection. La Cour d'appel conclut, en sens inverse, que la loi ne peut distinguer là où les textes protecteurs n'ont pas fait de distinction, ce qui revient à exclure toute intervention législative et, au-delà, toute interprétation jurisprudentielle venant aménager les modalités concrètes de la protection. Cette appréciation portée par la Cour d'appel paraît certainement erronée aux yeux de Séverin.¹¹⁰

Cet arrêt a été cassé : l'atteinte involontaire à la vie d'un enfant à naître n'est pas, aux yeux de la Cour de cassation française, constitutive d'un homicide involontaire¹¹¹, enseignement

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Cass. fr., 30 juin 1999, *Bull. Crim.*, n°162 et Rapp. annuel, p. 442, sous le titre « Mort d'un enfant à naître » ;

confirmé avec fermeté par un arrêt d'assemblée plénière du 29 juin 2001¹¹², que nous examinerons *infra*.

Par son arrêt Golfier du 30 juin 1999, la Cour de cassation « casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon, en date du 13 mars 1997 ». ¹¹³ Après avoir rappelé que la loi pénale est d'interprétation stricte, la Cour de cassation revient sur le raisonnement adopté par la Cour d'appel de Lyon. Pour déclarer le prévenu coupable d'homicide involontaire, la juridiction du second degré relève que l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaissent l'existence, pour toute personne, d'un droit à la vie protégé par la loi. Elle souligne également que la loi du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse, pose le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, principe désormais rappelé par l'article 16 du Code civil. Ensuite, elle énonce qu'en intervenant sans examen clinique préalable, le médecin a commis une faute d'imprudence et de négligence, qui présente un lien de causalité certain avec la mort de l'enfant que portait la patiente. Cependant, la Cour de cassation estime « qu'en statuant ainsi, alors que les faits reprochés au prévenu n'entrent pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du Code pénal, la Cour d'appel a méconnu le texte susvisé ». ¹¹⁴

La question principale posée par la requérante à la Cour européenne des droits de l'homme est donc celle de savoir si l'absence de recours de nature pénale en droit français pour réprimer la suppression involontaire d'un fœtus constitue un manquement par l'État à son obligation de « protéger par la loi » le droit de toute personne à la vie, garanti par l'article 2 de la Convention.

Un détour par l'état de la jurisprudence s'impose ici. Mais avant, il n'est pas sans intérêt de relever que la Cour européenne des droits de l'homme affirme que : « Contrairement à l'article 4 de la Convention américaine des droits de l'homme qui énonce que le droit à la vie doit être protégé 'en général à partir de la conception', l'article 2 de la Convention est silencieux sur les limites temporelles du droit à la vie et, en particulier, il ne définit pas qui est

D., 1999, p. 710, note D. VIGNEAU ; *JCP*, 2000, II, p. 10231, note G. FAURÉ.

¹¹² Cass. fr. (ass. plén.), 29 juin 2001, *J.C.P.*, 2001, II, n° 10569, pp. 1432 et s., rapp. du conseiller P. SARGOS, concl. Av. gén. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT ; *J.T.*, 2001, p. 675, obs. R.-O. DALCQ.

¹¹³ Cass. fr., 30 juin 1999, *Bull. Crim.*, n°162 et Rapp annuel, p. 442, sous le titre « Mort d'un enfant à naître » ; *D.*, 1999, p. 710, note D. VIGNEAU ; *JCP*, 2000, II, p. 10231, note G. FAURÉ.

¹¹⁴ *Ibid.*

la ‘personne’ dont ‘la vie’ est protégée par la Convention ». ¹¹⁵ La Cour rappelle qu’à ce jour, elle « n’a pas encore tranché la question du commencement du droit ‘de toute personne à la vie’, au sens de cette disposition, ni celle de savoir si l’enfant à naître en est titulaire ». ¹¹⁶

La Cour européenne des droits de l’homme n’a eu que peu d’occasions de se prononcer sur la question de l’application de l’article 2 au fœtus. Dans l’arrêt *Open Door and Dublin Well Woman* ¹¹⁷, le Gouvernement irlandais invoquait la protection de la vie de l’enfant à naître pour justifier sa législation relative à l’interdiction de diffuser des informations concernant l’interruption volontaire de grossesse pratiquée à l’étranger. Seule reçut une réponse la question de savoir si les restrictions à la liberté de communiquer ou de recevoir des informations en cause étaient nécessaires dans une société démocratique, car la Cour n’a pas considéré pertinent de déterminer « si la Convention garantit un droit à l’avortement ou si le droit à la vie, reconnu par l’article 2, vaut également pour le fœtus ». ¹¹⁸ Plus récemment, à propos de la décision d’une femme d’interrompre sa grossesse et de l’opposition du père à un tel acte, la Cour a fait valoir « qu’elle n’a pas à décider du point de savoir si le fœtus peut bénéficier d’une protection au regard de la première phrase de l’article 2 telle qu’interprétée par la jurisprudence relative aux obligations positives du devoir de protection de la vie » car « à supposer même que dans certaines circonstances, le fœtus puisse être considéré comme étant titulaire de droits protégés par l’article 2 de la convention, (...) dans la présente affaire (...), l’interruption de grossesse s’est effectuée conformément à l’article 5 de la loi n°194 de 1978 », celle-ci ménageant un juste équilibre entre les intérêts de la femme et la nécessité d’assurer la protection du fœtus. ¹¹⁹

Il ressort de ce rappel jurisprudentiel que dans les circonstances examinées par les organes de la Convention à ce jour, à savoir les législations régissant l’avortement, l’enfant à naître n’est pas considéré comme une « personne » directement bénéficiaire de l’article 2 de la Convention et que son « droit » à la « vie », s’il existe, se trouve implicitement limité par les droits et les intérêts de sa mère. Néanmoins, les organes de la Convention n’excluent pas que, dans certaines circonstances, des garanties puissent être admises au bénéfice de l’enfant non encore né. C’est ce que parait avoir envisagé la Commission lorsqu’elle a considéré que

¹¹⁵ Cour. eur. D.H., arrêt *Vo c. France*, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Cour. eur. D.H., arrêt *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, req. n° 14234/88.

¹¹⁸ *Ibid.*, §66.

¹¹⁹ Cour. eur. D.H., arrêt *Boso c. Italie*, 5 septembre 2002, req. n° 50490/99 ; J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, « Les tergiversations de la Cour européenne des droits de l’Homme face au droit à la vie de l’enfant à naître », *RTD civ.*, 2004, pp. 799 et 780.

« l'article 8, §1 ne peut s'interpréter comme signifiant que la grossesse et son interruption relèvent, par principe, exclusivement de la vie privée de la mère »¹²⁰, ainsi que la Cour dans la décision *Boso c. Italie* précitée. Il résulte, par ailleurs, de l'examen de ces affaires que la solution donnée procède toujours de la confrontation de différents droits ou libertés, parfois contradictoires, revendiqués par une femme, une mère ou un père, entre eux, ou vis-à-vis de l'enfant à naître.

En l'espèce, la singularité de l'affaire place le débat sur un autre plan. La Cour est en présence d'une femme qui entendait mener sa grossesse à terme et dont l'enfant à naître était pronostiqué viable, à tout le moins en bonne santé. Cette grossesse a dû être interrompue à la suite d'une faute commise par un médecin et la requérante a donc subi un avortement thérapeutique à cause de la négligence d'un tiers. La question est dès lors de savoir si, hors de la volonté de la mère agissant dans le cas d'une interruption volontaire de grossesse, l'atteinte au fœtus doit être pénalement sanctionnée au regard de l'article 2 de la Convention, en vue de protéger le fœtus au titre de cet article.¹²¹ Elle suppose au préalable de se pencher sur l'opportunité pour la Cour de s'immiscer dans le débat lié à la détermination de ce qu'est une personne et quand commence la vie, dans la mesure où cet article dispose que la loi protège « le droit de toute personne à la vie ».

L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 8 juillet 2004¹²² suscite la perplexité et ne tranche pas véritablement le débat, en concluant qu'« il n'est ni souhaitable, ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une 'personne' au sens de l'article 2 de la Convention... ». Les travaux préparatoires de la Convention sont muets sur la question. La Cour conclut que l'article 2 de la Convention des droits de l'Homme et des libertés fondamentales n'a pas été violé. En effet, selon la Cour « si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de la Convention de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale ».¹²³ Cependant, la Cour estime que l'absence de statut juridique clair de l'enfant à naître ne le prive pas nécessairement de toute protection, estimant que la protection du fœtus pouvait aussi se

¹²⁰ Comm. eur. D.H., *Brüggemann et Scheuten c. République fédéral d'Allemagne*, 19 mai 1976, req. n° 6959/75.

¹²¹ S. VAN DROOGHENBROECK, « Leaving things undecided... Les incertitudes du juge européen sur le droit à la vie », *Journ. jur.*, 2004, liv. 36, p. 11.

¹²² Cour. eur. D.H., arrêt *Vo c. France*, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.

¹²³ *Ibid.* ; J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, « Les tergiversations de la Cour européenne des droits de l'Homme face au droit à la vie de l'enfant à naître », *op.cit.*, (voy. note 119), p. 780.

faire à travers la protection de sa mère.

Parmi les nombreuses opinions dissidentes formulées à l'occasion de cet arrêt, le juge Ress estime que « le problème de la protection de l'embryon dans le cadre de la Convention européenne ne peut pas être résolu seulement à travers la protection de la vie de la mère. L'embryon et la mère étant deux êtres humains différents, ils ont besoin d'être protégés chacun séparément »¹²⁴. Citons aussi l'opinion dissidente de Madame la Juge Mularoni à laquelle s'est ralliée Madame la Juge Straznicka selon laquelle l'article 2 de la Convention des droits de l'Homme doit être interprété de manière évolutive et s'appliquer dès avant la naissance.¹²⁵

En vue de combler cette lacune, un amendement¹²⁶ a été déposé en France visant à créer une infraction d'homicide involontaire sur l'enfant simplement conçu. Ayant rencontré une vive opposition, suscitée notamment par la crainte d'une remise en cause du droit à l'avortement, celui-ci n'a toutefois pas été adopté.

Poursuivant la voie ouverte en 1999, la Cour de cassation refuse le 29 juin 2001¹²⁷ l'application de la qualification de victime du délit d'homicide involontaire à un fœtus non viable.

Les faits peuvent se résumer comme suit : le 29 juillet 1995, M.C., circulant en état d'ébriété au volant de sa voiture, a heurté un véhicule en sens inverse, conduit par Madame G., enceinte de six mois. Blessée dans l'accident, cette dernière accoucha prématurément, le 2 août 1995, d'un bébé mort-né. Aux termes du rapport d'expertise établi à partir des résultats de l'autopsie, l'enfant était viable, mais n'avait pas vécu du fait de lésions cérébrales graves en relation directe avec l'accident.

Poursuivi devant le tribunal correctionnel de Metz, M.C., par jugement en date du 17 juin 1997, fut reconnu coupable d'homicide involontaire pour avoir causé la mort d'un enfant à naître, au préalable viable.

Sur appel interjeté par M.C., la Cour d'appel de Metz, dans l'arrêt précité du 3 septembre

¹²⁴ Opinion séparée de Monsieur le Juge Ress, sous l'arrêt Cour eur. D.H., arrêt Vo c. France, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.

¹²⁵ Opinion séparée de Madame la juge Mularoni, à laquelle s'est ralliée Madame la juge Straznicka, sous l'arrêt Cour eur. D.H., arrêt Vo c. France, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.

¹²⁶ Amendement n° 281 déposé par M. GARRAUD, Assemblée nationale, 25 novembre 2003.

¹²⁷ Cass. fr. (ass. plén.), 29 juin 2001, *JCP*, 2001, II, n° 10569, pp. 1432 et s., rapp. du conseiller P. SARGOS, concl. Av. gén. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT ; *J.T.*, 2001, p. 675, obs. R.-O. DALCQ.

1998, écarte, rappelons-le, l'incrimination d'homicide involontaire, aux motifs que l'enfant mort-né n'est pas protégé pénalement au titre des infractions concernant la personne. Il ne l'est pas car, selon la Cour, pour qu'il y ait « personne », il faut qu'il y ait un être vivant, c'est-à-dire venu au monde et non décédé. Et l'arrêt ajoute, comme cela a déjà été souligné, qu'il ne peut y avoir homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré. La Cour d'appel de Metz, par arrêt du 3 septembre 1998, avait condamné le conducteur du véhicule auteur de la collision du chef de blessures involontaires sur la personne de la mère, avec circonstances aggravantes de conduite sous l'empire d'un état alcoolique. Mais elle l'avait relaxé du chef d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître.¹²⁸

Sur le pourvoi formés par le Procureur général près de la Cour d'appel de Metz et par les parties civiles, la Cour de cassation fut appelée à se prononcer en assemblée plénière, le 29 juin 2001.

La position adoptée par l'assemblée plénière dans l'affaire qui lui fut soumise ne laisse plus aujourd'hui planer de doute : qu'il soit viable ou qu'il ne le soit pas, l'enfant à naître ne peut être victime d'un homicide involontaire. Elle décide en effet que l'expression « la mort d'autrui » ne s'applique pas à la mort d'un enfant à naître.

Aux termes de l'arrêt, il est en effet dit que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus ».¹²⁹ La Cour d'appel de Metz est donc approuvée d'avoir limité la portée de l'article 221-6 à l'enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré.¹³⁰

Abondamment commentée, cette jurisprudence qui plonge cet enfant dans le néant pénal (quel que soit son degré de développement) et vide l'article 16 du Code civil français de sa substance¹³¹ a été condamnée par la quasi-totalité des commentateurs qui ont été nombreux.

¹²⁸ C.A. Metz, 3 septembre 1998, *JCP G*, 2000, II, p. 10231, note G. FAURÉ ; X., « Le fait de causer par imprudence la mort d'un enfant à naître n'est pas constitutif du délit d'homicide involontaire », *JCP G*, 2001, n°28, p. 1361.

¹²⁹ Cass. fr. (ass. plén.), 29 juin 2001, *JCP*, 2001, II, n° 10569, pp. 1432 et s., rapp. du conseiller P. SARGOS, concl. Av. gén. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT ; *J.T.*, 2001, p. 675, obs. R.-O. DALCQ.

¹³⁰ X., « Le fait de causer par imprudence la mort d'un enfant à naître n'est pas constitutif du délit d'homicide involontaire », *JCP G*, 2001, n°28, p. 1361.

¹³¹ « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

Annie Lamboley¹³² porte un regard critique sur la décision ainsi prise et fait remarquer le caractère regrettable de cet arrêt. Elle cite, à titre d'exemple d'incohérence, le fait d'appliquer le droit pénal à un auteur de coups et blessures dont un enfant à naître aurait été victime, et de ne pas l'appliquer quand le même auteur causerait la mort de l'enfant avant qu'il ne naisse. Cet argument a en particulier été celui qu'a fait valoir l'arrêt de la Cour d'appel de Douai du 2 juin 1987¹³³ pour justifier la condamnation pour homicide involontaire d'un automobiliste responsable d'un accident subi par une femme enceinte causant la mort *in utero* de l'enfant qu'elle portait. Elle mentionne ensuite, à titre de deuxième et dernier exemple d'incohérence, le fait d'appliquer le droit pénal à l'auteur de coups et blessures ayant entraîné la mort de l'enfant après l'accouchement¹³⁴ et à ne pas l'appliquer au même auteur lorsque l'enfant meurt de ses blessures avant qu'il ne soit séparé de sa mère et ait respiré.¹³⁵

Cette dernière incohérence a été très bien soulignée par un auteur : « Exiger que l'enfant ait vécu d'une vie extra-utérine avant de mourir conduit à des distinctions aussi dramatiques qu'absurdes. Selon la nature des lésions subies *in utero*, tel enfant mourra rapidement, avant même d'être extrait du sein maternel, tel autre parviendra à résister un peu plus et à vivre quelques instants après son expulsion avant de mourir. Comment poser sérieusement en droit pénal que la mort du premier ne comptera pour rien, mais que la mort du second pourra être qualifiée d'homicide ? ». ¹³⁶

En lui ajoutant une condition de naissance en vie qu'il ne comporte pas et qui ne peut logiquement jamais être remplie, l'enfant étant par hypothèse décédé *in utero*, la Cour de cassation s'est livrée à une interprétation non pas stricte mais restrictive de l'article 221-6.¹³⁷

Après l'arrêt rendu par le Chambre criminelle le 30 juin 1999, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation se prononce à son tour. Les deux décisions se rejoignent pour rejeter la qualification d'homicide involontaire lorsque la victime est un enfant à naître, au nom de l'interprétation stricte de 221-6 du Code pénal.

¹³² A. LAMBOLEY, « L'enfant à naître ne peut être victime d'un homicide involontaire – Regard critique sur la décision du 29 juin 2001 de l'assemblée plénière de la cour de cassation », *Méd. et droit*, 2002, pp. 5 et s.

¹³³ C.A. Douai, 2 juin 1987, *Gaz. Pal.*, 1989, p. 145, note J.-P. DOUCET ; *JCP G*, 1989, p. 21250, note X. LABBÉE.

¹³⁴ Sur la condamnation d'un automobiliste pour homicide par imprudence suite au décès d'un enfant survenu quelques heures après son expulsion, rendue nécessaire en raison des blessures qu'il avait subies avant sa naissance du fait de l'accident. Voy. C.A. Paris, 10 janvier 1959, *Rev. sc. crim.* p. 678, obs. L. HUGUENEY ; *Gaz. Pal.* 1959, I, p. 233, note L. HUGUENEY.

¹³⁵ En ce sens : C.A. Metz 3 septembre 1998, *JCP*, 2000, II, p. 10231, note G. FAURÉ.

¹³⁶ D. VIGNEAU, « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? », *dr. fam.*, 2000.

¹³⁷ Cass. fr. (ass. plén.), 29 juin 2001, *JCP*, 2001, II, n° 10569, pp. 1432 et s., rapp. du conseiller P. SARGOS, concl. Av. gén. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT ; *J.T.*, 2001, p. 675, obs. R.-O. DALCQ.

L'une des principales difficultés relatives à la protection pénale du fœtus tient à la viabilité de l'enfant. Il se confirme que la Chambre criminelle, dans l'arrêt du 30 juin 1999, a été fortement influencée par cet aspect de la question.¹³⁸ Tout en étant jusqu'ici le critère dominant en jurisprudence, la viabilité reste dans son principe une référence incertaine. Cette notion peut être définie comme l'aptitude à vivre de façon autonome une fois séparé de la mère¹³⁹. Le problème réside dans le fait que la viabilité est très difficile à dater.¹⁴⁰ L'académie de médecine, interrogée par la Cour de cassation, a noté que la notion de viabilité « est étroitement liée aux possibilités de prises en charge médicale ».¹⁴¹ En d'autres termes, la viabilité de l'enfant dépend avant tout des progrès de la médecine dans l'assistance aux enfants prématurés. Ce critère, par son imprécision, est difficile à transposer dans le domaine juridique et le problème demeure entier. Aussi l'interprétation stricte peut-elle se comprendre lorsque cette viabilité ne peut être établie avec certitude, comme cela semble avoir été le cas dans l'arrêt Golfier.¹⁴²

Mais l'espèce ayant donné lieu à la décision de l'Assemblée plénière est bien différente. Aucun doute ne pesait sur la viabilité de l'enfant, les expertises ayant conduit à celle-ci et la Cour d'appel de Metz l'ayant elle-même expressément relevée.¹⁴³ L'obstacle lié à cet élément était donc inexistant.

Les circonstances qui ont entraîné la mort du fœtus ne sont pas de celles qui, d'ordinaire, inspirent indulgence et compréhension. Bien au contraire, elles s'inscrivent dans ce qui est aujourd'hui considéré comme des comportements redoutés, avec une répression de plus en plus sévères à l'appui et la décision de la Cour de cassation ne peut que surprendre, replacée dans un tel contexte. C'est en effet un accident de la circulation qui a entraîné la disparition de l'enfant, un accident provoqué sous l'effet de l'alcool. La faute était donc évidente, qui plus est en relation directe avec le décès, comme le prouve l'autopsie du bébé et l'expertise

¹³⁸ Voy. les conclusions de J. SAINTE-ROSE, *JCP*, 2001, II, n°10569.

¹³⁹ R. MACHE., *op.cit.* (voy. note 21), p. 21.

¹⁴⁰ Cf. par exemple J. SAINTE-ROSE, conclusions sous Cass. ass. plén., 29 juin 2001. « On estime généralement en France, dans les services de réanimation néonatale qu'à partir de 32 semaines de grossesse une viabilité sans aide médicale est acquise. A partir de 24 semaines la réanimation est en générale justifiée ; entre 22 et 24 semaines de grossesse elle se discute davantage en raison d'une mortalité plus élevée et des risques de séquelles graves ; enfin, en dessous de 22 semaines de grossesse la réanimation fœtale n'est entreprise qu'exceptionnellement. Le seuil de 22 semaines de grossesse paraît difficilement franchissable car avant cette date l'air ne passe pas dans les poumons ».

¹⁴¹ Cité par P. SARGOS, dans son rapport sous ass. plén., 29 juin 2001.

¹⁴² Cass. fr., 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n°162 et Rapp. annuel, p. 442, sous le titre « Mort d'un enfant à naître » ; *D.*, 1999, p. 710, note D. VIGNEAU ; *JCP*, 2000, II, p. 10231, note G. FAURÉ ; Y. MAYAUD, « Ultime plainte après l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *Dall.*, 2001, Chron., pp. 2917 et s.

¹⁴³ C.A. Metz, 3 septembre 1998, *JCP*, 2000, II, n°10231, note G. FAURÉ.

diligentée à cette fin. Ainsi, toutes les conditions étaient réunies pour permettre une sanction exemplaire et aller dans le sens d'une culpabilité établie. C'est dire combien l'impunité finalement consacrée par le rejet du pourvoi rend la décision exceptionnelle. C'est dire aussi comment elle peut être péniblement ressentie par les parents de l'enfant qui ont eu la force et le courage de se pourvoir en cassation. On ne saurait négliger qu'un enfant peut être désiré, que son attente est vécue comme un événement heureux et que le drame lié à sa perte est une souffrance. Alors la relève du droit n'est pas insignifiante pour être l'instrument, à sa manière, d'une justice réparatrice.¹⁴⁴ La Cour de cassation en a décidé autrement : cet enfant peut être impunément livré à la fantaisie des tiers. Autant le droit pénal protège les mères en détresse du fait de leur grossesse, autant il rejette le principe d'une protection équivalente pour les mères en détresse du fait de la privation de cet état. Et ce n'est pas la motivation de l'Assemblée plénière qui peut rassurer sur le bien-fondé de cette curieuse évolution. Un arrêt de l'Assemblée plénière est censé apporter des éléments de réponse sur des points de droit particulièrement controversés, il est destiné à orienter les applications futures et à fixer la jurisprudence.¹⁴⁵ C'est donc au regard des explications précédant le rejet du pourvoi que nous avons à nous convaincre de la pertinence de la décision.

Il devient objectivement très difficile de s'en tenir au droit ancien qui refuse une personnalité propre à l'enfant à naître et qui ne lui reconnaît pas la possibilité d'être victime d'un préjudice distinct de celui de sa mère qui aujourd'hui mérite seule l'attention du juge. Dans le cas d'espèce, toutes les conditions étaient réunies pour permettre à la Cour de cassation de faire évoluer la jurisprudence en direction de ce qu'appelle le sens commun : la viabilité de l'enfant avant l'accident, son âge suffisant pour survivre en cas de naissance prématurée, le lien direct entre l'accident et le décès. En plaçant ses réquisitions sur ce terrain plus humain et plus réel, en s'efforçant de montrer que la mort d'un enfant à naître provoquée accidentellement causait un trouble, y compris à l'ordre public, l'avocat général a essayé d'ouvrir la Cour à cette nouvelle perspective. Mais celle-ci s'y est refusée, à l'abri d'un raisonnement juridique qui heurte par sa rigidité absolue.¹⁴⁶

La question était de savoir si le terme « autrui » que contient l'article 221-6 du Code pénal inclut ou non l'enfant à naître. Sur ce point, on ne trouvera aucune trace d'argumentation dans

¹⁴⁴ Y. MAYAUD, *op.cit.* (voy. note 142), pp. 2917 et s.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Cass. fr. (ass. plén.), 29 juin 2001, *JCP*, 2001, II, n° 10569, pp. 1432 et s., rapp. du conseiller P. SARGOS, concl. Av. gén. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT ; *J.T.*, 2001, p. 675, obs. R.-O. DALCQ ; X., « Un fœtus ne peut être victime d'un homicide involontaire », *D.*, 2001, p. 2523 ; X., « Il ne peut y avoir homicide sur un fœtus », *D.*, 2001, p. 2179 ; X., « Le fait de causer par imprudence la mort d'un enfant à naître n'est pas constitutif du délit d'homicide involontaire », *JCP G*, 2001, n°28, p. 1361 ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu », *Dall.*, 2001, Chron., pp. 2907 et s.

l'arrêt. Certes le principe de légalité des délits et des peines interdit bien une interprétation extensive, mais il n'interdit pas de rechercher un sens au mot en s'appuyant sur un ensemble plus vaste de textes lorsque l'intention du législateur n'est pas clairement exprimée. Étant donné qu'il est plus que douteux que le législateur de 1992 ait eu à l'esprit d'exclure l'enfant à naître des incriminations employant le terme « autrui », le principe de légalité n'a aucune vertu explicative. La Cour tranche, mais ne cherche pas à convaincre.¹⁴⁷

Au soutien de sa décision, l'assemblée plénière s'est aussi référée au régime dont relève le fœtus, entendant ainsi mettre en œuvre la règle *specialia generalibus derogant* alors qu'il n'existe pas de texte spécial incriminant la mort accidentelle de l'enfant à naître.¹⁴⁸

Murat estime que la Cour de cassation se livre à un curieux détournement par extension de cette maxime. Selon cet auteur « ce n'est pas parce qu'existent des textes spéciaux sur des points particuliers, que les textes généraux perdent systématiquement par contrecoup toute vocation à une quelconque application. Certes, notre droit recèle de dispositions spécifiques sur l'embryon *ex utero* et des dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse mais, d'une part, ces dispositions n'ont aucun rapport avec l'homicide par imprudence, d'autre part, elles sont éparses et fragmentaires, si bien qu'il est parfaitement faux de laisser entendre à titre de conclusion que le législateur aurait écarté de manière générale l'application à l'embryon ou au fœtus d'un droit commun pénal ». ¹⁴⁹

Cet argument, sans valeur, a été abandonné par la suite.¹⁵⁰

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation, critiquée par la doctrine quasi unanime qui en souligne les incohérences¹⁵¹, révèle que la loi pénale s'applique lorsque l'enfant blessé *in utero* par la faute d'un tiers survit à ses blessures ou décède des suites de celles-ci. L'auteur des faits est alors condamné pour blessures involontaires ou pour homicide involontaire.¹⁵²

¹⁴⁷ P. MURAT, « L'enfant à naître n'est pas autrui au sens du droit pénal », *JCP G*, 2002, I, pp. 22 et s, n°5.

¹⁴⁸ J. SAINTE-ROSE, « Les atteintes à l'enfant en formation et les sanctions pénales », in *Procréation et droits de l'enfant*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 89 ; A. LAMBOLEY, *op. cit.*, (voy. note 132), p. 7.

¹⁴⁹ P. MURAT, « L'enfant à naître n'est pas autrui au sens du droit pénal », *op. cit.*, (voy. note 147).

¹⁵⁰ J. SAINTE-ROSE, « Les atteintes à l'enfant en formation et les sanctions pénales », *op. cit.*, (voy. note 148), p. 89.

¹⁵¹ J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu », *op. cit.* (voy. note 146), pp. 2907 et s ; O. SAUTEL, « Naître pour mourir ! Propos hétérodoxes sur l'arrêt de l'assemblée plénière du 29 juin 2001 », *JCP*, éd. E, 2002, n°1, p. 35 ; A. LAMBOLEY, *op. cit.*, (voy. note 132) ; Y. MAYAUD, *op. cit.* (voy. note 142), pp. 2917 et s.

¹⁵² Un arrêt de la chambre criminelle du 23 octobre 2001 (Cass. crim 23 octobre 2001 : *Bull. crim.* 2001) a rejeté le pourvoi d'un obstétricien qui, par utilisation maladroite de forceps, avait été « à l'origine des lésions ayant entraîné la mort » d'un nouveau-né dans les jours qui ont suivi son intervention. Un arrêt de la même chambre (Cass. crim 2 déc. 2003, *JCP G*, 2004, IV, p. 1105 ; *JCP G*, 2004, II, p. 10054, note M.-L. RASSAT) a jugé coupable d'homicide involontaire un automobiliste auteur d'un accident de la circulation dont a été victime une femme enceinte de huit mois ; celle-ci a accouché d'un enfant qui est décédé une heure après sa naissance. Cf.

En revanche, la loi pénale ne s'applique pas lorsque l'enfant meurt avant d'être séparé de sa mère. Son application dépend alors de la gravité de ses blessures, de sa résistance, donc de facteurs contingents et non de la gravité de la faute comme l'a voulu le législateur.¹⁵³

Il apparaît en tout cas que blesser un enfant dans le sein maternel est un délit s'il naît vivant mais que le tuer n'est pas pénalement punissable.¹⁵⁴

Cette solution paradoxale peut s'avérer profitable à des criminels. Se référant à la jurisprudence de l'Assemblée plénière, un arrêt de la chambre d'instruction de la Cour d'appel de Nîmes, en date du 10 juillet 2001, n'a pas retenu comme circonstance aggravante à la charge des auteurs d'un incendie volontaire la mort d'un fœtus de sept mois asphyxié par les gaz toxiques inhalés par la femme qui le portait.¹⁵⁵

L'automobiliste fautif qui blesse accidentellement une femme enceinte trouvera avantage à la mort immédiate de l'enfant à naître. Le paradoxe est encore exacerbé s'agissant du médecin qui, sans léser la femme enceinte, cause des blessures à son enfant et aura donc tout intérêt à ce que celui-ci ne naisse pas vivant alors qu'il a sa vie entre les mains. Son devoir est de le sauver mais son intérêt est de le laisser mourir. Le gynécologue ou l'obstétricien qui s'efforcera, comme il en a le devoir, de sauver l'enfant à naître s'exposera à des poursuites pénales, ce qui ne sera pas le cas de son confrère moins consciencieux qui laissera mourir cet enfant.¹⁵⁶ Rien ne justifie une telle immunité de fait.

Quant à la dimension humaine, elle est totalement négligée. Comment faire comprendre aux parents que leur enfant ayant été tué dans le sein maternel, il n'y a ni infraction ni victime alors que s'il avait vécu ne serait-ce que quelques instants après en avoir été extrait un homicide aurait été commis ?¹⁵⁷

La jurisprudence actuelle ne se borne pas à disculper les auteurs de faits qui devraient normalement tomber sous le coup de la loi pénale mais va bien au-delà car elle aboutit à exclure l'enfant à naître de la famille humaine.¹⁵⁸

Confirmant sa jurisprudence, la Cour de cassation par un arrêt du 25 juin 2002¹⁵⁹ rejette

également les arrêts de la chambre criminelle n°2605 et 2658 du 4 mars 2004.

¹⁵³ P. MURAT, « L'enfant à naître n'est pas autrui au sens du droit pénal », *op. cit.*, (voy. note 147).

¹⁵⁴ Si le fœtus peut être victime du délit de blessure, comment expliquer qu'il ne puisse être victime du délit d'homicide involontaire, infraction comportant le même élément moral et dont les conséquences sont plus graves ?

¹⁵⁵ J. SAINTE-ROSE, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *JCP*, 2004, I, p. 2361.

¹⁵⁶ P. MURAT, « L'enfant à naître n'est pas autrui au sens du droit pénal », *op. cit.*, (voy. note 147), p. 23 ; J.

SAINTE-ROSE, « Les atteintes à l'enfant en formation et les sanctions pénales », *op. cit.* (voy. note 148), p. 91

¹⁵⁷ A. ORTOLLAND, « Un arrêt blessant pour des parents », *Gaz. Pal.*, 2002, p. 67.

¹⁵⁸ A. LAMBOLEY, *op. cit.*, (voy. note 132), p. 8.

¹⁵⁹ Cass. fr. (ch. Crim.), 25 juin 2002, *D.*, 2002, p. 3099, note J. PRADEL ; *JCP*, 2002, II, p. 10155, note M.-L. RASSAT.

l'amalgame éventuel entre fœtus et personne humaine en excluant le premier de la protection pénale visée par l'incrimination d'homicide involontaire et en la déclarant applicable à la seconde. Dans cette affaire, la naissance d'un enfant né sans vie était consécutive à des actes de négligence d'un médecin qui s'était abstenu d'intensifier la surveillance du fœtus *in utero* et de la sage-femme qui s'était abstenue, quant à elle, d'avertir le médecin de la présence d'une anomalie non-équivoque du rythme cardiaque de l'enfant à naître.

Les faits précis à l'origine de l'arrêt sont les suivants : la grossesse d'une jeune femme était venue à terme le 10 novembre 1991. Elle entre en clinique le 17 novembre en vue de son accouchement et est placée sous surveillance vers 20h30. Elle signale une anomalie du rythme cardiaque de l'enfant à la sage-femme qui n'estime pas nécessaire d'avertir le médecin. Le lendemain, un nouveau contrôle révèle la même anomalie puis l'arrêt total du cœur. Vers 8h, le médecin constate le décès et procède à l'extraction de l'enfant mort-né, lequel, selon le rapport d'expertise, ne présentait aucune malformation mais avait seulement souffert d'anoxie. Poursuivi pour homicide involontaire le médecin fût relaxé par le tribunal correctionnel. En revanche, également mise en cause, la sage-femme fut quant à elle condamnée. Saisie à son tour, notamment pour connaître des intérêts civils, la cour d'appel de Versailles estima que les éléments constitutifs du délit étaient réunis à l'encontre des deux praticiens, et elle les condamna solidairement à des dommages et intérêts. Contestant la qualification dans son principe, le médecin déposa un pourvoi et la Chambre criminelle lui donna raison, au motif que la légalité pénale « s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant ».¹⁶⁰

La formule a d'autant plus de portée que les défaillances sont réelles de la part des deux auteurs du drame. La Cour de cassation elle-même en fait état, reprenant les énonciations des juges du fond sur ce plan, qui n'ont pas manqué de relever que le décès de l'enfant était la conséquence des négligences et imprudences commises par eux, le médecin en s'étant abstenu d'intensifier la surveillance de la patiente en raison du dépassement du terme, la sage-femme en ayant omis de l'avertir d'une anomalie non-équivoque de l'enregistrement du rythme cardiaque. Et d'en conclure « que cet enfant était à terme depuis plusieurs jours et que, si les fautes relevées n'avaient pas été commises, il avait la capacité de survivre par lui-même, disposant d'une humanité distincte de celle de sa mère ».¹⁶¹ Tout était donc réuni pour une vie après la naissance, aucun doute n'existait quant à la viabilité, et seules les défaillances

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

cumulées et conjuguées des cliniciens ont été à l'origine du décès. Malgré cela, l'impunité a été consacrée, parce que les dispositions de l'article 221-6 du Code pénal doivent être interprétées strictement, et que ce n'est que sur un enfant « né vivant » que la protection pénale est à même de jouer.

Selon Sautel, l'argument est fondé dans son énoncé, mais il ne l'est pas dans son application. « Il est légitime de se référer au principe de la légalité, mais il n'est pas juste de limiter, au nom de ce principe, la protection du droit pénal à la vie d'un enfant né vivant. Parce que l'article 221-6 protège la vie indépendamment du seuil et des suites de la naissance, parce que l'enfant, par et dans la phase de l'accouchement, est un être en voie de séparation de la mère qui le porte, il est cet « autrui » dont la mort mérite d'être prise en compte au titre de l'homicide involontaire. Point n'est besoin d'avoir recours à un texte particulier pour le reconnaître. La réalité est toute contenue dans l'incrimination en cause, et c'est en dénaturer les éléments que d'affirmer le contraire ». ¹⁶²

Les retombées de l'arrêt sont d'ailleurs à la mesure de ses excès. Comment justifier, en effet, que des défaillances au cours d'un accouchement soient juridiquement indifférentes lorsqu'elles aboutissent à la mort, et qu'elles soient au contraire prises en compte lorsque l'enfant survit avec un handicap ou de graves séquelles ? ¹⁶³ Comment expliquer que le même comportement reste impuni dans un cas, correspondant pourtant à l'hypothèse extrême, et donne lieu à une sanction dans l'autre, alors que le dommage est moindre ? Ce n'est pas tout. Les fautes commises lors de l'accouchement peuvent ne pas aboutir à une mort *in utero*, mais être à l'origine d'une mort différée, intervenant après la naissance de l'enfant. Mais parce que celui-ci est « né-vivant », sa mort est alors prise en compte et engage la responsabilité pénale de ceux qui l'ont provoquée. ¹⁶⁴ Comment adhérer à de telles solutions, alors que les défaillances, dans les deux hypothèses, que le décès se situe avant ou après la naissance, sont indissociables des opérations de délivrance ? Tous ces écarts procèdent d'une lecture contestable du droit pénal, et il n'est pas vrai, fondamentalement, de prétendre que l'enfant dont la naissance est en cours est une vie sans intérêt, de même qu'il est moralement dramatique de fonder sa protection sur l'impact fatal ou non des maladroites d'un médecin ou d'une sage-femme.

¹⁶² O. SAUTEL, « Récidives... Brèves considérations sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 25 juin 2002 », *D.*, 2002, pp. 2475 et 2476.

¹⁶³ Crim., 9 janvier 1992, *Dr. pén.*, 1992, p. 172 ; Crim. 25 septembre 1996, *Gaz. Pal.*, 1997, I, p. 20.

¹⁶⁴ Crim., 23 octobre 2001, *Bull. crim.* n°217 ; *Dr. pén.*, 2002, p. 27, obs. VERON ; *Gaz. Pal.*, 2002, p. 365.

Cet arrêt du 25 juin 2002 a d'ailleurs marqué une nouvelle étape dans le refus d'admettre qu'un fœtus puisse être considéré comme une personne protégée en tant que telle par les textes qui incriminent l'homicide involontaire. En effet, le fœtus était viable et parvenu à terme depuis plusieurs jours, puisqu'il était reproché au médecin de ne pas avoir surveillé suffisamment sa patiente malgré le dépassement du terme. Or, dans cette même affaire, les juges de la cour d'appel avaient auparavant, à l'inverse, caractérisé le délit d'homicide involontaire au motif que, si les fautes relevées à l'encontre du médecin et de la sage-femme n'avaient pas été commises, l'enfant à terme avait la capacité de survivre par lui-même et disposait « d'une humanité distincte de celle de sa mère ». Cet argument n'a pas convaincu la Cour de cassation, qui est restée dans la droite ligne de sa précédente jurisprudence.

Si le délit d'homicide involontaire ne s'applique pas à l'encontre du fœtus ou de l'enfant mort-né, *a contrario* il faut admettre que ce délit est constitué, même en présence d'une faute identique, lorsque l'enfant naît et qu'il décède immédiatement après.

Ainsi, par un arrêt en date du 2 décembre 2003¹⁶⁵, la Cour de cassation a approuvé la condamnation pour homicide involontaire d'un médecin accoucheur sur la personne d'un enfant né à terme vers 23 heures et décédé peu après, dans la nuit, des suites d'une souffrance fœtale résultant directement d'un retard de l'intervention par césarienne. Egalement, par un second arrêt en date du 2 décembre 2003, la Cour de cassation a encore retenu cette incrimination à l'encontre d'un automobiliste responsable d'un accident où une femme enceinte de huit mois avait été grièvement blessée. Accouchée par césarienne le jour même, elle avait donné naissance à un enfant qui était décédé très exactement une heure plus tard des suites des lésions vitales irréversibles subies au moment du choc. Dans ces deux cas, l'enfant était bien vivant, mais il n'était pas viable. Le fait dommageable ayant causé directement sa mort étant également survenu pendant sa vie *in utero*, comme dans les autres affaires précitées.

On reste perplexe à la comparaison de ces deux affaires avec celle qui a donné lieu à l'arrêt précité en date du 25 juin 2002, où un fœtus était parvenu à terme, exempt de malformation mais où un accouchement provoqué trop tardivement abouti à son décès *in utero*. Entre le cas de cet enfant, dont le décès ne constitue pas un homicide involontaire et qui ne compte pour

¹⁶⁵ Cass. Crim., 2 décembre 2003, *D.*, 2003, n°7, p. 449, note J. PRADEL.

rien parce que mort-né, et le cas de l'enfant mort peu après sa naissance, mais dont le décès constitue un homicide involontaire parce que né vivant, il existe une seule différence, celle de quelques heures. Étrange logique qui fait ainsi dépendre de quelques instants de vie la qualification pénale du décès accidentel d'un fœtus.

Un arrêt récent, rendu le 4 février 2014 par le tribunal correctionnel de Tarbes¹⁶⁶, étonne car il se situe à l'exact opposé de la jurisprudence de la Cour de cassation française qui, comme nous l'avons vu *supra*, a estimé dans plusieurs arrêts que l'incrimination de l'homicide involontaire d'autrui ne pouvait être étendue à l'enfant à naître.

En janvier 2012, un automobiliste avait perdu le contrôle de sa voiture et avait fauché une jeune femme, enceinte de six mois et demi, alors qu'elle se trouvait sur le trottoir. Elle avait subi de nombreuses blessures et perdu son fœtus. L'automobiliste, qui était sous traitement médicamenteux pour soigner une dépression, avait bu deux verres de vin. Il a été condamné à 3 ans de prison avec sursis, une décision conforme aux réquisitions du parquet.

S'appuyant sur les expertises médicales, le ministère public a considéré que le fœtus était « viable » et qu'il n'était « mort que du fait de l'accident », à cause « du choc du fœtus contre la paroi utérine », a ajouté la magistrate. Le parquet ne fera pas appel de la décision du tribunal, pas plus que la défense de l'automobiliste. Celle-ci refuse délibérément d'invoquer la jurisprudence de la Cour de cassation dans un souci d'apaisement et d'humanité vis-à-vis de la mère et de son client.

On ne peut passer sous silence le précédent de la jurisprudence Perruche.¹⁶⁷ Il résulte de celle-ci, et de sa confirmation¹⁶⁸, que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son état s'il est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère, et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, étant précisé que, dans le cas d'une interruption pour motif médical, doivent être réunies les conditions prescrites par le code de la santé publique. C'est dire que la responsabilité civile des médecins est aujourd'hui très

¹⁶⁶ <http://actualitesdudroit.lamy.fr/Accueil/Articles/tabid/88/articleType/ArticleView/articleId/124097/Condamnation-dun-automobiliste-pour-homicide-involontaire-sur-un-ftus.aspx>

¹⁶⁷ Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, *Bull. inf.* ; Cass., 15 déc. 2000, p. 3, concl. SAINTE-ROSE, rapp. SARGOS ; *D.* 2001, pp. 332 et 336, notes MAZEAUD, JOURDAIN, et p. 316, concl. SAINTE-ROSE.

¹⁶⁸ Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, trois arrêts (n°478, 479, 480), *D.* 2001, p. 2325, note JOURDAIN ; *JCP G*, 2001, II, p. 10601, note F. CHABAS.

lourde¹⁶⁹.

En d'autres termes, la Cour de cassation française, réunie en assemblée plénière, avait admis que le fait de naître handicapé pouvait constituer un préjudice réparable dans le chef de l'enfant.

Considérée du point de vue de l'enfant, cette jurisprudence amène à penser que si le fœtus n'a pas un droit de naître, l'enfant né vivant et viable possède, dès la conception, un intérêt légitime à ne pas être né affecté d'un handicap par la faute d'une autre personne.¹⁷⁰

Cet arrêt avait suscité de nombreuses critiques, lesquelles avaient donné lieu à la loi du 4 mars 2002 dite « anti-Perruche », selon laquelle « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Dorénavant, selon le droit français, les parents peuvent réclamer une indemnisation au titre de leur seul préjudice, lequel ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap, la compensation de ce dernier relevant de la solidarité nationale.

En Belgique, la loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation résultant des soins médicaux, qui n'est jamais entrée en vigueur et a été remplacée par la loi du 31 mars 2010, avait énoncé, en son article 5, §2, à l'instar de la loi française, que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Notons que cette disposition ne se retrouve plus dans la loi du 31 mars 2010. Une intervention ultérieure du législateur en cette matière délicate n'est toutefois pas à exclure.

Section 2. L'interruption volontaire de grossesse

La loi du 3 avril 1990 permet, moyennant le respect de certaines conditions strictes, l'interruption volontaire ou thérapeutique de grossesse.¹⁷¹

Dans les douze semaines suivant la conception, l'article 350 du Code pénal prévoit qu'il n'y a pas d'infraction lorsque la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse, a demandé à un médecin d'interrompre sa grossesse et que les conditions prescrites par cet article sont respectées. Il résulte des travaux préparatoires de la loi que cette situation de détresse s'entend comme « le résultat d'un conflit moral aigu lié au profond refus de la femme

¹⁶⁹ Y. MAYAUD, *op.cit.* (voy. note 142), pp. 2917 et s.

¹⁷⁰ Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge? », *J.T.*, 2002, pp. 657 et s

¹⁷¹ Loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption volontaire de grossesse, *M.B.*, 5 avril 1990, modifié par la loi du 26 juin 2000, *M.B.*, 29 juillet 2000.

de laisser se poursuivre sa grossesse ». ¹⁷² C'est à la femme enceinte, accompagnée de son médecin, qu'il revient de déterminer si cet état existe. ¹⁷³

Il est exigé par la loi, une fois le délai de douze semaines suivant la conception dépassé, soit que la poursuite de la grossesse mette gravement en danger la santé de la femme, soit la certitude que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic. ¹⁷⁴ On parle alors non plus d'interruption volontaire de grossesse, mais d'interruption médicale ou thérapeutique. Les critères précités sont évidemment d'application. Mais il faut en outre que l'on se trouve dans l'une des deux hypothèses auxquelles l'article 350, alinéa 2, 4° du Code pénal subordonne la licéité d'une interruption médicale ou thérapeutique de grossesse.

Tout acte d'avortement volontaire, c'est-à-dire posé avec l'intention de pratiquer un avortement, qui ne réunirait pas les conditions de l'interruption volontaire ou médicale de grossesse est une infraction sanctionnée par l'article 350 du Code pénal ¹⁷⁵. Le consentement de la mère ne fait pas disparaître l'infraction.

Par ailleurs, l'article 349 du Code pénal ¹⁷⁶ sanctionne toute personne ayant causé l'avortement par des violences exercées volontairement sur la femme enceinte, sans intention de le produire.

En ce qui concerne le défaut de prévoyance et précaution qui provoque l'interruption de grossesse, ce dernier n'est pas sanctionné par la loi pénale. En effet, il n'existe pas d'incrimination d'avortement par imprudence.

N. Basecqz souligne que les auteurs de la proposition de loi avaient l'intention de limiter le recours à l'interruption « thérapeutique » de grossesse aux situations dans lesquelles le fœtus n'est pas encore viable. Il est dommage que le texte ne soit pas plus clair à cet égard. Si cette interprétation devait être retenue, faut-il également considérer que le délit d'avortement n'est pas applicable lorsque celui-ci est effectué sur le fœtus viable ? Dans cette hypothèse la seule protection qui pourrait alors lui être accordée serait l'extension du crime d'infanticide, ce qui

¹⁷² *Doc. Parl.*, Sénat, 1988-1989, n°247/1, 9.

¹⁷³ N. COLETTE-BASECQZ, et N. HAUTENNE, « Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né », *op.cit.* (voy. note 6), pp. 59 et s.

¹⁷⁴ Proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, *Doc. Parl.*, Sénat, S.E. 1988, n° 247/2.

¹⁷⁵ Celles-ci sont cependant rarissimes. Pour un exemple, voy. Cass., 22 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1402.

¹⁷⁶ « Lorsque l'avortement a été causé par des violences exercées volontairement, mais sans intention de le produire, le coupable sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de vingt-six à trois cents euros ».

n'a pas été retenu par la jurisprudence actuelle.¹⁷⁷

Lors de la discussion, au Sénat et à la Chambre, de la proposition de loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, les travaux préparatoires ont fait apparaître une définition plus restrictive que celle retenue précédemment par la doctrine et la jurisprudence.¹⁷⁸ Alors que l'avortement était auparavant défini comme la destruction prématurée du produit de la conception par l'intervention volontaire de l'homme, à quelque stade de la grossesse que l'on se trouve, depuis le début de la période embryonnaire jusqu'au début du travail de l'accouchement¹⁷⁹, les travaux préparatoires de la loi du 3 avril 1990 ont défini l'avortement comme « une intervention ou l'administration d'un médicament permettant d'expulser un fœtus qui n'est pas encore en mesure de vivre de manière autonome ».¹⁸⁰

Une telle définition a créé un vide juridique en excluant les manœuvres abortives pratiquées avant le début du travail d'accouchement sur un fœtus viable. Cette absence de protection pénale du fœtus viable mort *in utero* s'appuie sur la conception selon laquelle l'embryon ne serait pas une personne.¹⁸¹

L'interprétation de l'ancienne définition de l'avortement, selon laquelle l'âge du fœtus et sa viabilité sont indifférents pour qualifier l'acte d'avortement, présentait l'avantage de garantir une large protection pénale à l'enfant à naître, de sa conception à la naissance.

Un changement de conception semble donc s'être opéré avec l'adoption de la loi du 3 avril 1990. Il ressort en effet clairement des travaux préparatoires de cette loi que l'acte interruptif de grossesse porte sur un fœtus qui n'est pas encore en mesure de vivre de manière autonome. Il s'ensuit que le délit d'avortement n'est pas établi lorsque celui-ci est accompli sur un fœtus viable.¹⁸²

Relevons que le seuil de viabilité est laissé à l'appréciation des médecins, qui le déterminent en tenant compte des progrès réalisés par la science. Actuellement, c'est à partir de la vingt-quatrième semaine de conception que le fœtus est considéré comme viable.¹⁸³ On peut

¹⁷⁷ C'est ce qui ressort de mon entretien avec Madame Nathalie Colette-Basecqz, avocate et professeur de droit pénal à l'Université de Namur, auteur de plusieurs publications sur cette problématique.

¹⁷⁸ H. NYS, « De nieuwe wetgeving inzake zwangerschapsafbreking », *R. W.*, 1990-1991, p. 1189.

¹⁷⁹ M. RIGAUX et P.-E. TROUSSE, *Les crimes et les délits du Code pénal*, t.V, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1968, p. 139 ; M.-Th. MEULDERS, « Considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement », *Ann. Dr. Louv.*, 1971, p. 427 ; Bruxelles, 15 avril 1950, *J.T.*, 1950, p. 393 ; Liège, 10 novembre 1948, *Pas.*, 1949, II, p. 11.

¹⁸⁰ Propositions de loi relatives à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extra., 1988, n°247/2, p. 148 et Projet de loi relatif à l'interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1989-1990, n°950/9, pp. 128-129.

¹⁸¹ A. DELANNAY, *op.cit.* (voy. note 46), p. 202.

¹⁸² Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, *op.cit.* (voy. note 170), pp. 659 et 660.

¹⁸³ N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, « Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né », *op.cit.* (voy. note 6), p. 59.

remarquer qu'au fur et à mesure des avancées de la médecine, le moment à partir duquel l'enfant peut vivre en milieu extra-utérin ne cesse de se rapprocher un peu plus de la conception, ce qui est de nature à accentuer le vide juridique par rapport au fœtus considéré comme viable.

Même si la Cour de cassation a affirmé, comme nous le verrons *infra*, que l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales incluait la protection de la vie de l'enfant dès avant sa naissance¹⁸⁴, la prise en compte de la volonté de la femme enceinte a conduit à réduire considérablement la protection pénale de l'embryon. En dépénalisant partiellement l'avortement, le législateur a dénié un droit à la vie à l'embryon qui n'est pas né viable.

Cette conception déniait le statut de personne à l'embryon repose, d'une part, sur la place occupée par les dispositions légales relatives à l'avortement dans le Code pénal. C'est en effet sous le titre VII du Livre II du Code pénal relatif aux crimes et délits contre l'ordre des familles et la moralité publique que figurent les dispositions relatives à l'avortement. Le législateur n'a pas rangé cette infraction dans les atteintes contre les personnes (réprimées au sein du titre VIII du Livre II du Code pénal et parmi lesquelles se trouvent le meurtre, l'infanticide, les coups et blessures, ...), ce qui aurait supposé qu'il prenne position sur la possibilité de reconnaître un statut de personne au fœtus à compter d'un stade déterminé de son développement¹⁸⁵. C'est uniquement par rapport à l'atteinte portée à l'ordre des familles que les auteurs du Code pénal ont ainsi situé l'avortement. Toutefois, comme Marc Preumont le faisait observer, « on pourrait certes se demander s'il faut encore accorder beaucoup d'importance aux classifications du Code pénal dès le moment où l'on constate que le crime de viol est lui aussi classé parmi les infractions contre l'ordre des familles et la moralité publique plutôt que parmi les infractions contre les personnes ».¹⁸⁶

D'autre part, la formulation même des dispositions légales fait apparaître que celles-ci se gardent bien, à propos du fœtus, de faire référence à la notion de personne.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Cass., 22 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1402. Sur ce point, il est intéressant de relever que la Cour de cassation est allée plus loin que la Cour européenne des droits de l'homme, qui, dans son arrêt *Vo c. France*, s'est refusée « de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une 'personne' au sens de l'article 2 de la Convention », non sans avoir cependant précisé au préalable que « le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États » ; la Cour européenne n'a donc pas exclu que les États membres puissent admettre des garanties au bénéfice de l'enfant non encore né (Cour eur. D.H., arrêt *Vo c. France*, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, pp. 368 et s.)

¹⁸⁵ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, « L'avortement », *op.cit.* (voy. note 45), pp. 23-63.

¹⁸⁶ M. PREUMONT., *op.cit.* (voy. note 34), p. 640.

¹⁸⁷ *Ibid.*

L'absence de protection pénale du fœtus viable mort *in utero* est d'autant plus regrettable qu'elle concerne un fœtus plus avancé dans son développement que le fœtus non viable visé par l'incrimination d'avortement. Même s'il n'a pas encore d'existence propre en dehors du sein de sa mère, on connaît déjà de nombreuses informations sur lui : son sexe, son poids, ses dimensions exactes, ses éventuelles malformations, ... Il n'est pas différent de certains enfants, nés prématurés, qui ont pu survivre grâce aux avancées de la réanimation néonatale. De plus, il s'agit d'un fœtus dont l'humanité en devenir le rapproche un peu plus encore de l'être vivant. La potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne¹⁸⁸ mériteraient à nos yeux une protection renforcée, et ce au nom de la dignité humaine.¹⁸⁹ Au lieu de cela, un fœtus viable mort *in utero* se trouve exclu de la protection offerte par le droit pénal à travers l'incrimination de l'avortement. Nous rejoignons Axel Delannay lorsqu'il écrit : « celui qui porte volontairement des coups à une femme enceinte, et cause intentionnellement la mort de l'enfant qu'elle portait, alors que celui-ci avait déjà atteint un stade avancé de maturation, ne devra répondre que de coups volontaires envers la mère, le cas échéant aggravé par son état, mais aucun texte ne permettra de réprimer spécifiquement l'acte le plus grave d'avoir ôté la vie de l'enfant à naître si celui-ci est décédé *in utero* »¹⁹⁰.

Comme l'avait exprimé le juge Ress de la Cour européenne des droits de l'homme dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Vo c. France*, « (...) la protection de la vie humaine s'étend en principe aussi au fœtus, les règles spécifiques pour l'avortement volontaire n'auraient pas été nécessaires si le fœtus n'avait pas eu de vie à protéger et était soumis complètement jusqu'à la naissance à la volonté illimitée de la femme enceinte ».¹⁹¹

Ainsi que nous l'avons déjà observé, la protection conférée par la loi au fœtus ne s'accompagne d'aucune reconnaissance d'un statut de personne. C'est plutôt comme « entité humaine » que le législateur protège l'enfant à naître.¹⁹²

Toutefois, la législation relative à l'interdiction de l'avortement nous permet d'appréhender la protection que le droit pénal offre à l'embryon *in utero*. L'avortement est en principe un délit pénal.¹⁹³ Si le législateur a énuméré les conditions autorisant un avortement, il a également pointé du doigt toutes les situations dans lesquelles cet acte demeure punissable.¹⁹⁴ Cet

¹⁸⁸ Sur le concept de « personne potentielle », voy. L. CASSIERS, « La dignité de l'embryon humain », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 405.

¹⁸⁹ A. DELANNAY, *op.cit.* (voy. note 46), p. 203.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Opinion dissidente sous Cour eur. D.H., *Vo c. France*, 8 juillet 2004, *op.cit.* (voy. note 124).

¹⁹² G. GÉNICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 547.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ J. ROBERT, « La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse », *Rev. dr intern. comp.*, 1975, pp. 873-888. La Commission européenne des droits de l'homme avait

encadrement législatif assure une certaine protection à l'enfant à naître.

En ce qui concerne l'avortement pratiqué dans le délai des douze semaines qui suivent la conception, dans la mesure où, d'une part, la volonté de la femme est limitée par l'état de détresse (ce qui place, théoriquement, la femme en position de demanderesse et non de titulaire d'un droit¹⁹⁵) et où, d'autre part, l'avortement n'est autorisé que dans les douze premières semaines suivant la conception, on peut estimer que le droit de la mère sur le corps de l'enfant conçu ne doit pas être considéré comme absolu.¹⁹⁶ Néanmoins, le critère de la situation de détresse utilisé par le législateur ne protège pas l'enfant à naître puisque la volonté et l'appréciation de la mère sont déterminants et nie le droit à la vie du fœtus « de la même manière qu'il l'aurait été si l'avortement avait été librement accordé pendant les dix semaines qui suivent la conception ».¹⁹⁷

Quant à l'avortement thérapeutique, « il est incontestable que le législateur a confié au corps médical le soin de fixer l'étendue de la protection prénatale au-delà des douze premières semaines ».¹⁹⁸ En théorie donc, on pourrait penser qu'au-delà des douze semaines suivant la conception, l'enfant est davantage protégé que l'embryon de moins de douze semaines. En théorie seulement, puisqu'au travers de l'imprécision des termes utilisés dans la loi, se dévoile la fragilité de la protection accordée avant la naissance. Au-delà des douze semaines, l'avortement reste possible : pour l'enfant à naître, il s'agit d'une négation d'un droit à la vie.

également été saisie de la question de l'avortement et avait refusé d'examiner si l'enfant à naître devait être considéré comme une « vie » au sens de l'article 2 de la Convention (Brüggemann et Scheuten c. République fédérale d'Allemagne, 19 mai 1976) ; C. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, L.G.D.G., 1984, p. 24.

¹⁹⁵ C. NEIRINCK, *ibid.*, p. 27

¹⁹⁶ X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Publications universitaires de Lille, 1990, p. 263.

¹⁹⁷ C. NEIRINCK, *op.cit* (voy. note 194), p. 27.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 29.

Chapitre 4. Le droit à la vie de l'enfant non encore né

Sans préjudice de l'article 4 de la Convention américaine des droits de l'homme qui reconnaît une protection en général et à partir de la conception, le « droit à naître », identifié comme le droit de conserver la vie pour le fœtus ou l'embryon jusqu'à la naissance, n'est pas protégé de façon explicite par les instruments internationaux ou régionaux. Reste que de nombreux textes consacrent soit le droit à la vie de tout « individu » ou de la « personne humaine », soit la nécessité d'une protection spéciale de l'enfant. Les dispositions pertinentes sont :

-L'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 qui consacre le droit de tout individu à la vie.

-Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 qui indique, en son article 6, que « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie. »

-Le préambule de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 énonce que « (...) l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance. »

-La Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 protège le droit inhérent à la vie de l'enfant dans son article 6.¹⁹⁹

-La Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 stipule dans son article 2 que le droit à la vie est protégé par la loi.²⁰⁰

Section 1. En droit belge

A la question de savoir si la loi dépénalisant l'avortement crée une discrimination injustifiée entre l'enfant né et l'enfant conçu dans la jouissance du droit à la vie, la Cour constitutionnelle, saisie d'un recours en annulation portant sur la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, a considéré, dans son arrêt du 19 décembre 1991, que l'article 2 n'établit pas que l'être humain bénéficierait, dès sa conception, de la protection que cette disposition garantit. Certes, il existe des dispositions visant à garantir qu'une grossesse soit menée à son terme dans les meilleures conditions possibles ou garantissant les intérêts et la

¹⁹⁹ Art. 6 : « Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie.

Les États parties assurent dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant ».

²⁰⁰ Art. 2 : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi ».

santé de l'enfant à naître dès sa conception. Cependant, même si l'obligation de respecter la vie impose au législateur de prendre toutes les mesures idoines pour protéger la vie à naître, il ne peut en être déduit que le législateur soit obligé de traiter de manière identique l'enfant né et l'enfant à naître.²⁰¹

Toutefois, la Cour de cassation émet un avis contraire dans son arrêt du 22 décembre 1992, à l'occasion duquel elle déclara qu' « attendu que, d'une part, l'article 2.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi et que nul ne peut être privé intentionnellement de la vie (...), qu'il s'ensuit qu'ainsi que l'ont considéré les juges d'appel, le droit à la vie, au sens de l'article 2 de la Convention, ne vise que le droit à la vie physique au sens usuel du terme et non ce que l'on pourrait, d'après une opinion subjective, considérer comme étant ou non une vie digne d'être vécue ; que l'article 2 de la Convention inclut la protection de la vie de l'enfant dès avant sa naissance ».²⁰²

Dans ce contexte général d'hésitation, on mesure combien cette affirmation tranchée d'une protection, apparemment sans réserves, de l'enfant à naître par l'article 2 de la Convention peut paraître étonnante.²⁰³

Cette prise de position soulève plusieurs objections. Tout d'abord, cet arrêt s'appuie sur le raisonnement adopté par la cour d'appel de Bruxelles qui avait interprété l'article 2 de la Convention sous l'éclairage de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, elle-même revue à la lumière de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959. De celle-ci, il découlait, selon la cour bruxelloise, l'appartenance à l'humanité de l'enfant à naître, et, partant, sa qualité de titulaire de chaque droit garanti à tout autre personne. Un tel cheminement nous paraît difficilement convaincant, tant au vu des règles relatives à l'interprétation du droit des traités²⁰⁴ qu'aux regards des travaux préparatoires des textes internationaux visés.

En effet, la question du droit à la vie du fœtus fut éludée des travaux préparatoires et explicitement écartée lors de la Déclaration universelle de 1948.²⁰⁵ Ensuite, la solution prônée

²⁰¹ Cour constitutionnelle, 19 décembre 1991, points 6.B.1. à 6.B.3. ; J.-L. FAGNARD, *L'expertise de l'enfant et de la personne âgée : les deux pôles de la vie* : actes de la quatorzième et de la quinzième journée d'évaluation du dommage corporel de l'ULB, Limal, Anthémis, 2011, p. 70 ; S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous Cass., 22 décembre 1992, in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, 1999, p. 172.

²⁰² Cass., 22 décembre 1992, *Pas.*, 1992, p. 1402 ; G. GÉNICOT, *Droit médical et biomédical, op.cit.* (voy. note 192), p. 557 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *ibid.*, pp. 167-174.

²⁰³ S. VAN DROOGHENBROECK, *ibid.*, p. 173 ; J.-L. FAGNARD, *op.cit.* (voy. note 201), p. 70.

²⁰⁴ M. WOUTERS, « Het recht op leven en de strafbaarstelling van abortus », *R.W.*, 1993-1994, pp. 458 et s.

²⁰⁵ Sur ce point, B.G. RAMCHARAN, *The Right to live in international law*, 1985, pp. 57 et s. La délégation

par la Cour de cassation aboutit à des conséquences problématiques : sauf à admettre que la Cour de cassation assortisse elle-même le droit à la vie du fœtus de limitations implicites, le conflit entre le prescrit de la Convention et les dispositions du Code pénal belge est inévitable. Et depuis l'arrêt *Le Ski*, nous savons que ce conflit doit se résoudre en faveur des dispositions du premier et au détriment des secondes.²⁰⁶

Section 2. En droit européen

La problématique du droit à la vie de l'enfant à naître apparaît au moment où l'on s'est interrogé sur la compatibilité entre les dispositions relatives à l'avortement et l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit de toute personne à la vie. Toutefois, force est de constater que les juridictions sont loin d'avoir défendu une position claire du prescrit conventionnel à cet égard, soit en lui apportant une réponse tellement liée à la casuistique qu'elle s'en trouve dénuée de toute portée de principe, soit en évitant simplement la question.²⁰⁷

Après avoir refusé, dans un premier temps, d'examiner *in abstracto* la compatibilité de lois concernant l'interruption volontaire de grossesse avec l'article 2 de la Convention²⁰⁸, la Commission européenne des droits de l'homme a reconnu, dans l'affaire *Brüggemann et Scheuten c. République fédérale d'Allemagne* la qualité de victime à des femmes se plaignant d'une violation de l'article 8 de la Convention résultant de la décision de la Cour constitutionnelle limitant le recours à l'interruption de grossesse. A cette occasion, la Commission a précisé que « l'on ne saurait dire que la grossesse relève uniquement du domaine de la vie privée. Lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe ». Toutefois, la Commission n'a pas estimé nécessaire d'examiner, à ce propos, si l'enfant à naître doit être considéré comme une « vie » au sens de l'article 2 de la Convention ou s'il s'identifie à un « autrui » dont la protection pourrait

libanaise, la délégation chrétienne et le Comité juridique interaméricain avait proposé que soit reconnu dans la déclaration universelle de 1948 un droit à la vie au profit de l'enfant dès sa conception. Leur suggestion a néanmoins été écartée.

²⁰⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous Cass., 22 décembre 1992, *op.cit.* (voy. note 201), p. 174.

²⁰⁷ Voy. F. SUDRE, « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, pp. 375-385 ; P. BOUCARD, « Droits des enfants en droit international, traités régionaux et droit humanitaire », *Rev. trim. dr. h.*, 1992, pp. 451 et 452 ; C. BYK, « Bioéthique et Convention européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 1995, pp. 102 et 103 ; S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous Cass., 22 décembre 1992, *op.cit.* (voy. note 201), p. 169.

²⁰⁸ Comm eur. D.H., X c. Norvège, 29 mai 1961, req. n° 867/60 ; Comm eur. D.H., X c. Autriche, 10 décembre 1976, req. n° 7045/75 ; E. SÉVERIN, « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2004, p. 2804.

justifier une restriction au droit à la vie privée de la mère au sens de l'article 8 de la Convention.²⁰⁹

A l'occasion de l'affaire *X c. Royaume-Uni*, la Commission européenne des droits de l'homme s'est penchée sur la requête d'un mari qui se plaignait de l'autorisation accordée à sa femme en vue d'un avortement thérapeutique, en invoquant le droit à la vie du fœtus. La Commission releva, à propos du terme « toute personne », employé dans plusieurs articles de la Convention, qu'il ne pouvait s'appliquer qu'après la naissance. La Commission a ajouté que l'enfant à naître n'est pas une « personne » au vu de l'usage généralement attribué à ce terme et du contexte dans lequel il est employé dans la disposition conventionnelle. Quant au terme « vie », et en particulier le début de la vie, il existe « des divergences de point de vue sur la question du moment où elle commence. D'aucuns estiment qu'elle commence dès la conception alors que d'autres ont tendance à insister sur le moment de la nidation, sur celui où le fœtus devient viable ou encore celui où il naît vivant ». La Commission s'est ensuite interrogée sur le point de savoir si « l'article 2 doit être interprété : comme ne concernant pas le fœtus ; comme reconnaissant au fœtus un droit à la vie assorti de certaines limitations implicites ; ou comme reconnaissant au fœtus un droit à la vie de caractère absolu ». Tout en ne se prononçant pas sur les deux premières hypothèses, elle a alors exclu catégoriquement la dernière interprétation eu égard à la protection nécessaire de la mère indissociable de celle de l'enfant à naître. L'attendu de la Commission était on ne peut plus net sur ce rejet et ses motifs : « la vie du fœtus est intimement liée à la vie de la femme qui le porte et ne saurait être considéré isolément. Si l'on devait déclarer que la portée de l'article 2 s'étend au fœtus et que la protection accordée par cet article devait, en l'absence de limitations expresses, être considérée comme absolue, il faudrait en déduire qu'un avortement est interdit, même lorsque la poursuite de la grossesse mettrait gravement en danger la vie future de la mère. Cela signifierait que la vie à naître du fœtus serait considérée comme plus précieuse que celle de la femme enceinte ».²¹⁰

Dans sa décision *H. c. Norvège*, la Commission estime que l'article 2 enjoint à l'État de

²⁰⁹ Comm. eur. D.H., Brüggemann et Scheuten c. République fédérale d'Allemagne, 19 mai 1976, req. n° 6959/75 ; D. ROMAN, « L'avortement devant la Cour européenne, à propos de l'arrêt CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne* », *Rev. dr. san. soc.*, 2007, p. 647 ; J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, « Quand la Cour de Strasbourg joue le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'avortement » (Cour eur. D.H., 5 septembre 2002, décision sur la recevabilité *Boso c. Italie*), *RTD civ.*, 2003, pp. 372-373 ; S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous Cass., 22 décembre 1992, *op.cit.* (voy. note 201), p. 170.

²¹⁰ Comm. Eur. D.H., *X c. Royaume-Uni*, 13 mai 1980, req. n° 5442/72 et plus spécifiquement le §23 ; D. ROMAN, *ibid.*, p. 647 ; J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, *ibid.*, p. 373 ; P. BOUCARD, *op.cit.* (voy. note 207), p. 452 ; C. BYK, *op.cit.* (voy. note 207), p. 103.

prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie. Elle a considéré ne pas « avoir à décider du point de savoir si le fœtus peut bénéficier d'une certaine protection au regard de la première phrase de l'article 2 », sans exclure que « dans certaines conditions, cela puisse être le cas, même s'il existe dans les Etats contractants des divergences considérables quant au point de savoir si et dans quelles mesures l'article 2 protège le droit à la vie de l'enfant à naître ». La Commission souligna également qu'une mise en balance entre le besoin de protection du fœtus et l'intérêt de la femme était nécessaire et renvoya à l'État et à la marge nationale d'appréciation.²¹¹

La même année, dans l'affaire *Open Door and Dublin Well Woman* précitée, la Cour européenne des droits de l'homme souligna d'emblée qu'elle ne se trouvait pas appelée, en l'occurrence, à déterminer si la Convention garantit un droit à l'avortement ou si le droit à la vie de l'article 2 vaut également pour le fœtus.²¹²

Lors de l'affaire *Boso c. Italie*, également précitée, la Cour refusa à nouveau de se prononcer sur la question de savoir si le fœtus bénéficie ou non d'une protection au regard de l'article 2. Cependant, les raisons invoquées sont beaucoup moins floues : « à supposer même que dans certaines circonstances, le fœtus puisse être considéré comme étant titulaire de droits protégés par l'article 2 de la Convention (...) il ressort du dossier qu'en l'espèce l'interruption volontaire de grossesse s'est effectuée conformément à l'article 5 de la loi n°194 de 1978 ». ²¹³ Il n'est donc pas exclu que dans certaines circonstances, le fœtus puisse être titulaire du droit à la vie mais contrairement au droit à la vie garanti après la naissance qui est intangible, ce droit du fœtus reste supplanté par le droit à l'avortement de la femme enceinte dont la santé est en jeu. En l'espèce, la Cour estime que la loi italienne, qui permet l'avortement thérapeutique dans certaines conditions, « ménage un juste équilibre entre la nécessité d'assurer la protection du fœtus et les intérêts de la femme ».

Par son arrêt *Tysiack c. Pologne* du 20 mars 2007, la Cour européenne a reproché à la Pologne de ne pas avoir prévu dans sa législation des procédures conçues pour que les décisions utiles en matière d'interruption de grossesse soient prises à temps, afin de prévenir ou de limiter le

²¹¹ Comm. eur. D.H., H. c. Norvège, 19 mai 1992, req. n°17004/90 ; D. ROMAN, *ibid.*, p. 647 ; J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, *ibid.*, p. 373 ; S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous Cass., 22 décembre 1992, *op. cit.* (voy. note 201), p. 171.

²¹² Cour. eur. D.H., *Open Door and Dublin Well Women c. Irlande*, 29 octobre 1992, req. n° 14234/88 ; J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, *ibid.*, p. 373.

²¹³ Cette prudente formulation, qui évite de se prononcer *in abstracto* sur le droit à la vie du fœtus, avait déjà été adoptée par la Commission dans l'affaire *H. c. Norvège*, lorsqu'elle indiquait qu'elle n'excluait pas que le fœtus puisse bénéficier d'une « certaine protection » au regard de l'article 2 de la Convention.

préjudice qui pourrait découler, pour la santé de la femme, d'un avortement tardif. L'arrêt fait prévaloir sur toutes autres considérations le droit de la mère au respect de sa vie privée.²¹⁴

L'arrêt *B c. Irlande* du 16 décembre 2010 marque une pause dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en décidant qu'« étant donné qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique du début de la vie, le point de départ du droit à la vie relève de l'appréciation des États, de sorte qu'il est impossible de répondre à la question de savoir si l'enfant à naître est une personne au sens de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme ».²¹⁵

²¹⁴ Cour. eur. D.H., *Tysiac c. Pologne*, 20 mars 2007, req. n° 5410/03 ; D. ROMAN, *op.cit.* (voy. note 209), p. 647 ; Sur cet arrêt : J. LARRALDE, « La Cour européenne des droits de l'homme et la promotion du droit des femmes », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 855-874 ; A. MORICEAU, « La Cour européenne des droits de l'homme et la garantie de l'avortement thérapeutique », *Rev. trim. intern. dr. comp.*, 2007, pp. 496-511.

²¹⁵ Cour. eur. D.H., *B c. Irlande*, 16 décembre 2010, req. n° 25576/05A.

Conclusion

« Certaines procédures émeuvent plus que d'autres. Il en est ainsi lorsque viennent à être réunies dans le prétoire, les risques et les imprévoyances, mais aussi l'enfance foudroyée, mais encore la douleur irréversible et la volonté de savoir, de comprendre des parents. L'exercice des fonctions judiciaires contraint cependant à dépasser la compassion. Il exige, de façon univoque, et je le reconnais bien aride, une concentration exclusive sur l'application de la règle de droit. Le juriste doit désertier le champ, tragique, des conséquences pour ne s'attacher qu'à la qualification pénale des fautes ». ²¹⁶

Ces propos pourraient s'appliquer mot pour mot aux affaires examinées précédemment. Mais, au-delà de la compassion, l'application de l'incrimination d'homicide involontaire à un enfant à naître soulèvent des difficultés reconnues par tous, même par ceux qui en sont partisans.

Ces difficultés sont d'ordre non seulement juridique, mais également médical, sociologique, éthique et philosophique à travers en particulier la définition de la personne humaine et celle du commencement de la vie. Elles soulèvent également des questions de politique criminelle, notamment quant à l'intention du législateur et à la cohérence du dispositif légal en vigueur.

Les principes de droit civil faisant de la naissance le moment instantané d'acquisition de la personnalité juridique ne paraissent plus aussi intangibles et en tout cas, ne semblent plus à même de résoudre les délicates questions entourant la naissance.

Faut-il dès lors remettre le modèle traditionnel en cause et opter pour une sorte de *continnum* dans l'acquisition de la personnalité juridique depuis la conception jusqu'au jour de la naissance ? La question, si elle mérite d'être posée, ne manque pas d'en soulever d'autres, notamment concernant les conflits potentiels entre les droits de la mère et ceux de l'enfant à naître.

Le libre choix de la femme qui souhaite recourir à l'interruption de grossesse doit être respecté. Mais tout aussi respectable est, naturellement, le choix de la femme qui entend mener sa grossesse à terme. Sa liberté de procréer serait paradoxalement moins bien protégée que celle d'avorter.

²¹⁶ Cité par P. SARGOS, sous ass. plén., 29 juin 2001.

La politique pénale actuelle méconnaît en outre des réalités tangibles. Aujourd'hui visible et sexué grâce à l'imagerie médicale, prénommé avant sa venue au monde, l'enfant attendu est déjà un membre de la famille qui souffre de sa disparition et organise ses obsèques. Ajoutons que du point de vue médical, les progrès incessants du diagnostic prénatal rendent de plus en plus difficile à admettre l'immunité dont bénéficient les tiers.

Le droit se trouve ainsi dans une position inconfortable, consistant à définir clairement des situations ambiguës qui résultent, la plupart du temps, de débats d'ordre éthique et de position de principe. Il n'est pas certain que la fonction du droit soit de trancher ces débats. On tient peut-être ici l'explication des nombreuses ambiguïtés qui viennent d'être décrites.

En l'état actuel du droit pénal belge, ce « déni de protection pénale du fœtus », en dehors de l'hypothèse d'une naissance, notion dont nous venons de fixer les contours, ne nous paraît guère satisfaisant. Il s'appuie sur la conception critiquable selon laquelle le fœtus, et *a fortiori* l'embryon, ne seraient pas considérés comme des personnes humaines, et ne bénéficieraient donc pas, à ce titre, de la protection des articles 392 et suivants du Code pénal.

Le régime juridique spécifique mis en place pour assurer la protection pénale de l'embryon et du fœtus, en tant que tels (et non seulement à travers la protection accordée à la mère), s'avère donc particulièrement lacunaire voire inexistant.

Il reste qu'en doctrine comme en jurisprudence l'opinion que les fœtus sont des personnes au regard de l'application de la législation pénale est très fortement majoritaire et qu'on a du mal à croire que toute ces personnes se trompent et en tout cas qu'elles n'expriment pas le sentiment commun de notre société contemporaine.

Bibliographie

Législation

1. Internationale

- Déclaration universelle des droits de l’homme du 10 décembre 1948, signée à Rome le 10 décembre 1948.
- Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955.
- Déclaration des droits de l’enfant du 20 novembre 1959.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, conclu à New-York le 16 décembre 1966, approuvé par l’Assemblée fédérale le 13 décembre 1991.
- Convention relative aux droits de l’enfant du 20 novembre 1989, adoptée à New-York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991.

2. Belgique

- Loi du 3 avril 1990, *M.B.*, 5 avril 1990, modifié par la loi du 26 juin 2000, *M.B.*, 29 juillet 2000.
- Loi du 6 juillet 2004 modifiant l’article 138 du Code des impôts sur les revenus, *M.B.*, 5 août 2004.
- Proposition de déclaration de révision de la Constitution par l’insertion d’un article *7bis* tendant à reconnaître le droit à la vie dès la conception, *Doc. Parl.*, Chambre, 1985-1986, n° 377/1.
- Proposition de loi complétant le Code civil en vue d’assurer la protection de l’enfant à naître, *Doc. Parl.*, Sénat, 1986-1987, n° 503/1. Mettre dans doctrine : Wauthy)
- Proposition de loi complétant le Code civil en vue d’assurer la protection de l’enfant à naître, *Doc. Parl.*, Chambre, 1986-1987, n° 745/1.
- Proposition de loi relative à l’interruption de grossesse, *Doc. Parl.*, Sénat, S.E. 1988, n° 247/2.
- Projet de loi relatif à l’interruption de grossesse, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 1989-1990, n°950/9, pp. 128-129.

3. France

- Amendement n° 281 déposé par M. GARRAUD, Assemblée nationale, 25 novembre 2003.

4. Allemagne

- Article 1^{er} du Bürgerliches Gesetzbuch allemand.

5. Italie

- Article 1^{er} du Codice civile italien.

6. Suisse

- Article 31 du Code civil suisse.

7. Pays-Bas

- Article 2 du Burgelijk Wetboek néerlandais.

Doctrine

- ANDRÉ J., « De bescherming van de fysieke integriteit van het kind in utero bij de geboorte », *Vl. T. Gez.*, 1987, pp. 46 et s.
- BEAGUE M., « Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal ? État des lieux en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie en droit français et en droit belge », *J.T.*, 2008, p. 416.
- BOUCARD P., « Droits des enfants en droit international, traités régionaux et droit humanitaire », *Rev. trim. dr. h.*, 1992, pp. 451 et 452.
- BOUR J., « L'embryon, une chose ? », *Ann. dr. lux.*, 2010, liv. 20, pp. 49-72.
- BYK C., « Bioéthique et Convention européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, 1995, pp. 102 et 103.
- CASSIERS L., « La dignité de l'embryon humain », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 405.
- CASTELEIN C. et WUYTS T., « What's in a name ? De moeilijke verhouding tussen juridische persoonlijkheid, akten van de burgerlijke stand, afstammingsrecht en naamrecht van perinataal overleden kinderen », *T.P.R.*, 2006, p. 790.
- COLETTE-BASECQZ N. et HAUTENNE N., « Quelques questions juridiques concernant l'enfant à naître et le nouveau-né », in *Éléments d'éthique périnatale – De l'obstétrique à la réanimation*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2004, pp. 59 et s.
- COLETTE-BASECQZ N. et HAUTENNE N., « Qualifications pénales autour de l'enfant à

- naître », note sous Corr. Bruges, 1^{er} décembre 2004, *Rev. dr. santé.*, 2005, pp. 410-413.
- COLETTE-BASECQZ N. et BLAISE N., *Manuel de droit pénal général*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 38 et 39.
 - COLETTE-BASECQZ N., et BLAISE N., « L'avortement », in *Les infractions, vol. 3, Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 23-63.
 - DE BISTHOVEN J., concl. Av. gén., *R.D.P.C.*, 1987, pp. 812 et s.
 - DELANNAY A., « Homicides et lésions corporelles volontaires », in *Les infractions, vol. 2, les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 195 et s.
 - DE PAGE H. et MASSON J.-P., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.II, *Les personnes*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 10, n°4.
 - DEWANDELEER D., « Homicides et lésions corporelles involontaires », in *Postal Memorialis - Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Bruxelles, Kluwer, 2009, pp. 104 et s.
 - DOUCET J.-P., *La protection pénale de la personne humaine*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège (Ulg), 1979, p. 28.
 - EDELMANN B., « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.*, 1995, chr., p. 205.
 - FAGNARD J.-L., *L'expertise de l'enfant et de la personne âgée : les deux pôles de la vie : actes de la quatorzième et de la quinzième journée d'évaluation du dommage corporel de l'ULB*, Limal, Anthémis, 2011, pp. 56 et s.
 - GALLUS N., in *Précis de droit de la famille*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 35, 48 et 49.
 - GÉNICOT G., « La maîtrise du début et de la fin de vie », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 29 et s
 - GÉNICOT G., *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 547.
 - HAUSER J., « Personnes et droits de la famille », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 560.
 - HENNAU Ch., « La protection du fœtus en droit belge face aux expérimentations biomédicales. », *J.T.*, 1983, pp. 333 et s.
 - KÉFER F., « La protection pénale de l'enfant à naître », *J.T.*, 1987, pp. 738 et s.
 - LABBÉE X., *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Publications universitaires de Lille, 1990.
 - LAMBOLEY A., « L'enfant à naître ne peut être victime d'un homicide involontaire », *Médecine et droit*, 2002, n°52, p. 5.

- LABRUSSE-RIOU C. et BELLIVIER F., « Les droits de l’embryon et du fœtus en droit privé », *R.I.D.C.*, 2002, p. 579.
- LARRALDE J., « La Cour européenne des droits de l’homme et la promotion du droit des femmes », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 855-874.
- LELEU Y.-H. et GENICOT G., « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, p. 597.
- LELEU Y.-H. et LANGENAKEN, E., « Quel statut pour l’embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *J.T.*, 2002, pp. 657 et s.
- LELEU Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 41-52.
- MACHE R., « La notion de personne en droit : à quel moment commence et termine la personne ? », in *La personne dans les sociétés techniciennes*, Paris, l’Harmattan, 2007, pp. 17 et s.
- MASSAGER N., *Les droits de l’enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 2 et s.
- MATHIEU B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.*, 1996, chron., p. 282.
- MAURER B., *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, La documentation française, 1999, pp. 358 et s.
- MARGUENAUD J.-P. et RAYNARD J., « Quand la Cour de Strasbourg joue le rôle d’une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l’avortement » (Cour eur. D.H., 5 septembre 2002, décision sur la recevabilité Boso c. Italie), *RTD civ.*, 2003, pp. 372-373.
- MARGUENAUD J.-P. et RAYNARD J., « Les tergiversations de la Cour européenne des droits de l’Homme face au droit à la vie de l’enfant à naître », *RTD civ.*, 2004, pp. 799 et 780.
- MAYAUD Y., « Ultime plainte après l’arrêt de l’assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *Dall.*, 2001, Chron., pp. 2917 et s.
- MÉMETEAU G., « La situation juridique de l’enfant conçu », *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, pp. 611 et s.
- MEULDERS M.-Th., « Considérations sur les problèmes juridiques de l’avortement », *Ann. Dr. Louv.*, 1971, p. 427.
- MEULDERS M.-Th., « Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l’association H. Capitant, t. XXVI, 1975, Paris, Dalloz, pp. 19 et s.
- MORICEAU A., « La Cour européenne des droits de l’homme et la garantie de l’avortement thérapeutique », *Rev. trim. intern. dr. comp.*, 2007, pp. 496-511.

- MURAT P., « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1995, p. 451.
- MURAT P., « L'enfant à naître n'est pas autrui au sens du droit pénal », *JCP G*, 2002, I, p. 101.
- NEIRINCK C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, L.G.D.G., 1984, pp. 24 et s.
- NYS H., « De nieuwe wetgeving inzake zwangerschapsafbreking », *R.W.*, 1990-1991, p. 1189.
- ORTOLLAND A., « Un arrêt blessant pour des parents », *Gaz. Pal.*, 2002, p. 67.
- PEDROT M., « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *JCP*, 1991, I, p. 3483.
- PHILIPPE C., « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.*, 1996, Chron., pp. 29 et s.
- PRADEL J., « La seconde mort de l'enfant conçu », *Dall.*, 2001, Chron., pp. 2907 et s.
- PREUMONT M., « Kritisch noot, toesten van cass. 11 februari 1987 aan art.6.1. E.V.R.M. », *J.L.*, 1987, pp. 630 et s.
- RAMCHARAN B.G., *The Right to live in international law*, 1985, pp. 57 et s.
- RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 2006, n°276.
- RIGAUX M. et TROUSSE P.-E., *Les crimes et les délits du Code pénal*, t.V, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1968, p. 139.
- ROBAYE R., *Une histoire du droit civil*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, Académia Bruylant, 2004, p. 136.
- ROBERT J., « La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse », *Rev. dr. intern. comp.*, 1975, pp. 873-888.
- ROMAN D., « L'avortement devant la Cour européenne, à propos de l'arrêt CEDH, 20 mars 2007, *Tysiak c. Pologne* », *Rev. dr. san. soc.*, 2007, pp. 643-650.
- ROUJOU DE BOUBEE G. et DE LAMY B., « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus », *D.*, 2000, Chron., pp. 181 et s.
- SAINTE-ROSE, J., « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *JCP*, 2004, I, pp. 2360 et s.
- SAINTE-ROSE, J., « Les atteintes à l'enfant en formation et les sanctions pénales », *in Procréation et droits de l'enfant*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 85 et s.
- SAUTEL O., « Récidives... Brèves considérations sur l'arrêt de la Chambre criminelle

du 25 juin 2002 », *D.*, 2002, pp. 2475 et 2476.

- SAUTEL O., « Naître pour mourir ! Propos hétérodoxes sur l'arrêt de l'assemblée plénière du 29 juin 2001 », *JCP*, éd. E, 2002, n°1, p. 35.
- SÉVERIN E., « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2004, pp. 2801 et s.
- SUDRE F., « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, pp. 375-385.
- TROUSSE P.-E., « Thérapeutique médicamenteuse et responsabilité pénale du médecin », *Rev. dr. pén.*, 1963-1964, pp. 593-594.
- VANDERMEERSCH D. et MANDOUX P., « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 422.
- VAN DROOGHENBROECK S., obs. sous Cass., 22 décembre 1992, in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 167 et s.
- VAN DROOGHENBROECK S., « Leaving things undecided... Les incertitudes du juge européen sur le droit à la vie », *Journ. jur.*, 2004, liv. 36, p. 11.
- VIGNEAU D., « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? », *dr. fam.*, 2000.
- WOUTERS M., « Het recht op leven en de strafbaarstelling van abortus », *R.W.*, 1993-1994, pp. 458 et s.
- X., « Un fœtus ne peut être victime d'un homicide involontaire », *D.*, 2001, p. 2523.
- X., « Il ne peut y avoir homicide sur un fœtus », *D.*, 2001, p. 2179.
- X., « Le fait de causer par imprudence la mort d'un enfant à naître n'est pas constitutif du délit d'homicide involontaire », *JCP G*, 2001, n°28, p. 1361.

Jurisprudence

1. Belgique

1.1 Tribunaux

- Corr. Liège, 20 mars 1957, *J.T.*, 1957, p. 541.
- Corr. Turnhout, 17 novembre 1961, *R.D.P.C.*, 1961-1962, pp. 808 et 1065 ; *R.W.*, 1961-1962, p. 1065 ; cité par Ch. HENNAU-HUBLET, note sous cass. 11 février 1987, *R.D.P.C.*, 1987, p. 29.
- Corr. Leuven, 27 avril 1966, *R.D.P.C.*, 1966-1967, pp. 1045 et 1088 ; *R.W.*, 1966-

1967, p. 605.

- Pol. Tongres, 8 mai 1973, *R.D.P.C.*, 1973-1974, pp. 784 et 1001 ; *R.W.*, 1973-1974, p. 1511, note M. PEYTIER.
- Corr. Verviers, 11 avril 1978, *J.L.*, 1978, p. 285.
- Corr. Charleroi, 26 mars 1982, *R.G.A.R.*, 1984.
- Corr. Gand, 26 mars 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 463, note Ch. COUDRON.
- Corr. Anvers, 24 novembre 2000, *J.D.J.*, 2001, p. 45 ; *R.W.*, 2000-2001, p. 1423, note C. DESMET et note H. NYS.
- Corr. Bruges, 1^{er} décembre 2004, *Rev. dr. Santé*, 2005-2006, pp. 408 et s.
- Pol. Mons, 2010, *J.J.Pol.*, 2011, liv. 2, p. 103.

1.2. Cour d'appel

- C.A. Gand, 1^{er} février 1882, *Pas.*, 1882, II, p. 242.
- C.A. Liège, 25 juin 1986, *J.L.*, 1986, p. 674.
- Liège, 10 novembre 1948, *Pas.*, 1949, II, p. 11.
- Bruxelles, 15 avril 1950, *J.T.*, 1950, p. 393.
- C.A. Liège, 22 novembre 2007, disponible sur Juridat.
- C.A. Liège (8^e ch.), 10 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1421 et 1422.

1.3. Cour de cassation

- Cass., 11 février 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 630.
- Cass., 22 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1402.

1.4. Cour constitutionnelle

- C.C., 19 décembre 1991, n°39/91.

2. France

2.1. Cour d'appel

- C.A. Gand, 1^{er} février 1882, *Pas.*, 1882, II, p. 242.
- C.A. Douai, 16 mai 1882, *Sirey*, 1883, II, p. 153.

- C.A. Paris, 10 janvier 1959, *Gaz. Pal.*, 1959, I, p. 233.
- C.A. Amiens, 28 avril 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, pp. 167 et 168.
- C.A. Douai, 2 juin 1987, *Gaz. Pal.*, 1989, p. 145, note J.-P. DOUCET ; *JCP G*, 1989, p. 21250, note X. LABBÉE.
- C.A. Lyon, 13 mars 1997, *D.*, 1997, Jur. p. 557, note E. SEVERIN ; *JCP*, 1997, II, n° 22955, note G. FAURÉ.
- Metz, 3 septembre 1998, *JCP*, 2000, I, p. 10231, note G. FAURÉ.
- C.A. Reims, 3 février 2000, *D.*, 2000, p. 873, note J.-Y. CHEVALIER ; *JCP*, 2000, II, p. 10405, note G. FAURÉ ; *D.*, 2000, somm. p. 169, note C. DESNOYER et L. DUMAINE.

2.2. Cour de cassation

- Cass. Fr., 30 juin 1999, *Bull. Crim.*, n°162 et Rapp annuel, p. 442, sous le titre « Mort d'un enfant à naître » ; *D.*, 1999, p. 710, note D. VIGNEAU ; *JCP*, 2000, II, p. 10231, note G. FAURÉ.
- Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, *Bull. inf.*
- Cass., 15 déc. 2000, p. 3 concl. SAINTE-ROSE, rapp. SARGOS ; *D.* 2001, pp. 332 et 336, notes MAZEAUD, JOURDAIN, et p. 316, concl. SAINTE-ROSE.
- Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, trois arrêts (n°478, 479, 480), *D.* 2001, p. 2325, note JOURDAIN ; *JCP G*, 2001, II, p. 10601, note F. CHABAS.
- Cass. fr. (ass. plén.), 29 juin 2001, *JCP*, 2001, II, n° 10569, pp. 1432 et s., rapp. du conseiller P. SARGOS, concl. Av. gén. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT ; *J.T.*, 2001, p. 675, obs. R.-O. DALCQ.
- Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, trois arrêts (n°478, 479, 480), *D.* 2001, p. 2325, note JOURDAIN ; *JCP G*, 2001, II, p. 10601, note F. CHABAS.
- Cass. fr. (ch. Crim.), 25 juin 2002, *D.*, 2002, p. 3099, note J. PRADEL ; *JCP*, 2002, II, p. 10155, note M.-L. RASSAT.
- Cass. fr., 2 décembre 2003, *Rev. sc. crim.*, pp. 348 et 349, obs. Y. MAYAUD, « Du foetus à l'enfant né vivant ... suite ou fin ? ».
- Cass. Crim., 2 décembre 2003, *D.*, 2003, n°7, p. 449, note J. PRADEL.
- Cass. crim., 9 janvier 1992, *Dr. pén.*, 1992, chr., n°172 ; *Rev. sc. crim.*, 1993, obs. G. LEVASSEUR.
- Cass. crim., 2 avril 1992, *Bull. crim.*, n°140 ; *Rev. sc. crim.*, 1997, obs. G. LEVASSEUR, p. 326.

3. International

3.1. Commission européenne des droits de l'homme

- Comm. eur. D.H., H. c. Norvège, 29 mai 1961, req. n° 867/60.
- Comm. eur. D.H., Brüggemann et Scheuten c. République fédéral d'Allemagne, 19 mai 1976, req. n° 6959/75.
- Comm eur. D.H., X c. Autriche, 10 décembre 1976, req. n° 7045/75.
- Comm. eur. D.H., X. c. Royaume-Uni, 13 mai 1980, req. n° 5442/72.
- Comm. eur. D.H., H. c. Norvège, 19 mai 1992, req. n° 17004/90.

3.2. Cour européenne des droits de l'homme

- Cour. eur. D.H., arrêt Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande, 29 octobre 1992, req. n° 14234/88.
- Cour. eur. D.H., arrêt Boso c. Italie, 5 septembre 2002, req. n° 50490/99.
- Cour. eur. D.H., arrêt Vo c. France, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.
- Cour. eur. D.H., Tysiac c. Pologne, 20 mars 2007, req. n° 5410/03.
- Cour. eur. D.H., B c. Irlande, 16 décembre 2010, req. n° 25576/05A.

Site internet

- <http://actualitesdudroit.lamy.fr/Accueil/Articles/tabid/88/articleType/ArticleView/articledId/124097/Condamnation-dun-automobiliste-pour-homicide-involontaire-sur-un-ftus.aspx>

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

