



BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit Pénal et Sciences Pénales
Dirigé par Messieurs Philippe CONTE et Didier REBUT**

2023

***L'homicide involontaire du fœtus à
l'aune du droit comparé***

Marie Rieu

Sous la direction du Professeur Philippe Conte

REMERCIEMENTS

Ce mémoire vient clore mon cycle universitaire. Je tiens donc à exprimer toute ma reconnaissance à l'ensemble des personnes, proches, amis et professeurs, qui m'ont soutenue durant toutes ces années.

Je voudrais tout d'abord remercier mon directeur de mémoire, Monsieur le Professeur Philippe Conte, pour son accompagnement et ses conseils avisés dans la conduite de mon projet de recherches.

J'exprime également ma gratitude à l'égard de mon père, ma mère et mon frère, soutiens indéfectibles et oreilles attentives depuis le début de mes études.

Enfin, ma reconnaissance va à Valentine, avec laquelle j'ai pu partager mes espoirs et mes appréhensions tout le long de cette deuxième année de master.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU FŒTUS : UNE PROTECTION PENALE SANS RECONNAISSANCE GENERALE.....	12
CHAPITRE 1. LA RECONNAISSANCE IMPRECISE DE L'ENFANT A NAITRE	13
Section 1. Une reconnaissance acquise en son principe	14
Section 2. Une reconnaissance à la discrétion des Etats	22
CHAPITRE 2. LA PROTECTION PENALE INDIRECTE DE L'ENFANT A NAITRE	30
Section 1. Protéger le fœtus de son instrumentalisation.....	30
Section 2. Protéger la femme porteuse du fœtus	37
PARTIE 2. LE CAS PARTICULIER DE L'HOMICIDE INVOLONTAIRE DU FŒTUS	43
CHAPITRE 1. UNE INFRACTION VARIABLEMENT RECONNUE.....	44
Section 1. L'absence de pénalisation.....	44
Section 2. Le choix de la pénalisation.....	52
CHAPITRE 2. LES ENJEUX DE L'INCRIMINATION.....	59
Section 1. Les risques de la pénalisation.....	59
Section 2. Des craintes politiques et non juridiques.....	67
BIBLIOGRAPHIE.....	77
TABLES DES MATIERES	86

LISTE DES ABBREVIATIONS

AJ : Actualité jurisprudentielle
AJD : Actualité juridique Dalloz
AJ famille : Actualité juridique famille
AMP : Assistance médicale à la procréation
Ass. plén. : Assemblée plénière
Arch. Phil. dr. : Archives de philosophie du droit
Art. : Article
Bull. : Bulletin
CA : Cour d'appel
Cass. : Cour de cassation
CEDH : Cour européenne des Droits de l'homme
Chron. : Chronique
Comm. : Commentaire
Cons. const. : Conseil constitutionnel
C. pén. : Code pénal
Crim. : Chambre criminelle
D. : Dalloz
et s. : et suivant(es).
fasc. : fascicule
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ibid. : Au même endroit
IVG : Interruption volontaire de grossesse
JCP : Semaine juridique
OMS : Organisation Mondiale de la Santé
op. cit. : Opere citato (cité précédemment)
PMA : Procréation médicalement assistée
p(p). : page(s)
Req. : Requête
RDP : Revue de Droit pénal
RIDP : Revue internationale de Droit pénal

INTRODUCTION

« Former des concepts, c'est une manière de vivre et non de tuer la vie ; c'est une façon de vivre dans une relative mobilité et non pas une tentative pour immobiliser la vie ; c'est manifester, parmi ces milliards de vivants qui informent leur milieu et s'informent à partir de lui, une innovation qu'on jugera comme on voudra, infime ou considérable : un type bien particulier d'information »,

Michel Foucault, « La vie: l'expérience et la science »¹.

L'appréhension de l'enfant non né relève de trois domaines : la considération parentale, le cas médical et la reconnaissance juridique. Plus qu'une promesse d'enfant, il est déjà un membre de la famille pour les parents qui attendent la naissance². Certes embryon ou fœtus dans le langage médical, il est déjà un patient pour le personnel soignant³. En revanche, face au droit, il ne devient un sujet qu'à rebours de sa naissance. L'enfant conçu qui ne voit pas le jour ne peut être victime d'homicide involontaire au sens du droit pénal français⁴.

¹ M. FOUCAULT, « La vie : l'expérience et la science », *Dits et écrits*, t. 4, Paris, Gallimard, 1994, p774.

² J.-M. DELASSUS, *Penser la naissance*. Dunod, « Hors collection », 2011.

³ Un médecin suisse interrogé sur cette question : « *C'est un patient parce que la mère dit que c'est un patient. Si elle dit que ce n'est pas un patient, ce n'est pas un patient* », J. MARTIN, « Le statut du fœtus – influence à son égard des développements médicaux et techniques », *Bioéthique et droit, Revue médicale suisse*, n°21 cardiologie, 2005, ISSN : 1660-9379.

⁴ (Cass. ass. plén., 29 juin 2001 : JurisData n° 2001-010321 ; Bull. crim. n° 165 ; JCP G 2001, 10569, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note M.-L. Rassat ; D. 2001, p. 2917, note Y. Mayaud.

L'homicide est défini par Cornu dans son *Vocabulaire juridique* comme le « fait de donner la mort à un être humain, soit volontairement [...], soit involontairement ou encore de façon casuelle, la mort pouvant enfin être la conséquence non voulue de violences volontaires [...] »⁵. Poursuivant, il affine sa définition en ce qui concerne l'homicide par imprudence en énonçant certains des comportements pouvant mener à un tel résultat. Il s'agira d'un comportement empreint de « maladresse, négligence, inattention, imprudence, etc. ». Si l'homicide est le fruit d'une volonté, des termes plus spécifiques et révélateurs de l'intention coupable seront utilisés. Ainsi, parlera-t-on de meurtre concernant un homicide perpétré par un agent animé d'une intention coupable ou d'assassinat pour souligner l'existence d'une préméditation dans l'acte mortel. Pour notre part, il s'agira d'exclure l'hypothèse de la mort donnée volontairement. Notre étude se focalisera sur la mort fortuite, survenue en réponse au comportement fautif d'un agent pénal distrait ou inconséquemment téméraire.

Le terme homicide est issu du latin *homicidium* qui résulte de la contraction de deux termes latins : *homo* c'est-à-dire l'homme et *caedere* qui signifie « tuer ». Il y a deux manières de considérer l'homme victime de l'homicide. Cornu dans son *Vocabulaire* renvoie à la définition qu'il donne de l'être humain à savoir « tout individu, homme ou femme, appartenant au genre humain (par opposition au règne animal, végétal et minéral), reconnu comme tel dès son origine (sa conception) et dont la loi, dès ce moment, garantit en principe le respect ». Cet être humain fait l'objet de textes protecteurs en raison de la dignité inhérente à son humanité. Ce principe est énoncé à l'article 16 du Code Civil français qui interdit les atteintes à la dignité de la personne et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Une telle définition mène à penser que la protection pénale s'étend à tous les êtres de la communauté humaine, de la vie intra-utérine à la mort terrestre. Une autre conception, davantage conforme à l'étymologie de l'homicide consiste à considérer comme homme une personne née. En effet, le terme *homo* dérive de l'indo-européen *humus* signifiant terrestre, né de la terre. Le terme homicide porte ainsi en lui-même les fruits d'une controverse. En effet, peut-on considérer l'être non né, pas encore terrestre, victime d'un homicide ? Il convient dans un premier temps de définir les contours de l'humain avant sa naissance.

L'être anténatal se caractérise par sa permanente évolution. Entre le moment de sa conception et sa naissance, sa croissance est segmentée par phases. Toutefois ces phases issues

⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., PUF, p1097.

du vocabulaire médical sont indicatives et variables d'une grossesse à une autre. Aussi le monde juridique peine-t-il à se les approprier.

Le schème scientifique fait état d'une première phase qui est celle de l'embryogenèse⁶. Celle-ci s'étend de la période de fécondation jusqu'au vingt-troisième jour à partir duquel un cordon ombilical lie l'embryon au placenta. Au moment de la fécondation, l'œuf fécondé, qui résulte de la rencontre des gamètes, est qualifié de zygote. Il n'est pas un amas de cellules mais un système organique complet non en ce qu'il aurait atteint sa forme définitive mais parce qu'il possède en puissance toutes les informations génétiques qui caractériseront l'enfant né. Dès le deuxième jour qui suit la fécondation, le monde médical qualifie d'embryon l'œuf fécondé. Cette qualification d'embryon subsiste jusqu'à huit semaines de grossesse. L'embryon, du grec *embruon*⁷, est selon Cornu celui qui « croît à l'intérieur qui se développe au-dedans »⁸. Pendant le stade embryonnaire, commence en ordre à se former le système nerveux central, puis débute l'activité cardiaque, l'apparition des premiers membres et enfin la différenciation des organes génitaux. C'est à partir de cette capacité à distinguer le sexe de l'enfant avant sa naissance, soit à partir de huit semaines de grossesse, que le personnel soignant a ensuite recours au terme « fœtus ». Cette dénomination sera appliquée à l'être anténatal jusqu'à sa naissance où il deviendra le nouveau-né. Le terme fœtus est emprunté au lexique latin dans lequel il désignait alors l'enfantement.

On distingue dès lors deux phases principales au cours du développement intra-utérin de l'enfant avant sa naissance : la phase embryonnaire et la phase fœtale. Au sein de chaque phase sont perceptibles des étapes : la division cellulaire, la nidation, la formation du cerveau, des poumons, ... A partir de ces seuils, les systèmes juridiques internationaux ont tenté d'en faire découler des degrés dans l'humanité de l'être humain. Ainsi, le droit anglais a-t-il pu se saisir de la période de développement du système nerveux pour distinguer l'embryon du préembryon, le second pouvant faire l'objet de la recherche ou d'une destruction. La fin de la division cellulaire ou encore l'émergence du système immunologique de l'être humain ont également pu être avancés comme seuil distinctif. Toutefois, aucun ne convainc réellement le monde scientifique.

⁶ Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français, ELSEVIER-MASSON, Les référentiels des collèges, 2021.

⁷ De « en » (dans) et « bruein » (croître).

⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p855.

C'est particulièrement le recours à des modes de fécondation *in vitro* qui ont mené à vouloir scientifiquement établir une distinction entre l'embryon préimplantatoire qui ne serait pas véritablement un embryon humain mais un œuf humain fécondé en laboratoire. L'embryon à proprement parler ne prendrait sa dimension humaine qu'une fois *in utero* c'est-à-dire implanté dans l'utérus maternelle.

Cette distinction ne revêt cependant aucune réalité ontologique puisque l'œuf, avant et après sa nidation demeure exactement le même. Ainsi, ce n'est pas dans les données génétiques que le droit peut donner une assise à sa définition de l'être humain puisqu'il n'existe pas de degrés dans l'humanité. Quel que soit le stade, l'individu vivant possède le principe de son développement informé dans son ADN dès la fécondation.

En réponse à cette impossibilité, si ce n'est arbitrairement, de faire émerger l'humanité de l'être anténatal à partir d'une phase de son développement, nous l'envisagerons comme ce qu'il est : un être humain non né. Aussi notre analyse portera sur l'entité humaine, de sa conception à sa naissance, comme objet et non sujet du droit pénal.

Si le fœtus est une « promesse d'homme »⁹, cette promesse est insuffisante pour fonder une reconnaissance de sa personnalité juridique avant la naissance en droit français. L'état du droit français est actuellement le suivant. Certes, tous les êtres humains et seuls les êtres humains ont la personnalité juridique. Toutefois, cette personnalité juridique commence avec la naissance, qui doit être déclarée à l'officier de l'état civil dans les cinq jours suivant l'accouchement¹⁰. S'il est actuellement impossible ni même souhaitable de répondre à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme¹¹ et que son statut d'être humain peut être discuté, il est strictement certain qu'aucune reconnaissance de personnalité ne lui est accordée avant d'être né.

Cette naissance est en outre insuffisante à elle seule pour permettre la reconnaissance de la personnalité juridique du nouveau-né. Celui-ci doit en outre être né vivant et viable, c'est-à-dire pourvu des organes nécessaires à la vie. L'enfant né vivant mais non viable est considéré comme n'ayant jamais existé¹². En revanche, l'enfant qui naît vivant et viable peut devenir rétroactivement titulaire de droits dont il aurait pu se prévaloir avant sa naissance et après sa

⁹ A. GUESMI, *La protection pénale de l'enfant avant sa naissance*, 2003, 1ère éd., texte remanié de thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris II, l'Hermès.

¹⁰ art. 55, Code Civil (délai issu de la loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016).

¹¹ Arrêt *Vo c. France*, Cour Européenne des Droits de l'Homme, 8 juillet 2004, Req. n°53924/00.

¹² Art. 725, al. 1, Code Civil et 906, Code Civil.

conception. Ce principe résulte de l'adage *infans conceptus pro nato habetur*¹³ qui répute l'enfant conçu né chaque fois qu'il en est de son intérêt. Toutefois, l'intérêt de cet adage se limite au plan patrimonial. Il n'a d'incidence qu'en matière de successions ou de libéralités.

En revanche, les critères civilistes de reconnaissance juridique de l'enfant non né ont également une incidence en matière de mort périnatale et des actes à établir. Toutes les situations de décès du fœtus *in utero* ne font pas l'objet d'un même traitement par le droit, ni entre les différentes législations. Le droit ne donnant pas de définition générique de la vie, chaque législation pose des critères pour distinguer les différents droits que la mort du fœtus engendre¹⁴. Un seuil unanimement posé par tous les pays européens est celui de la viabilité.

La viabilité est lyriquement définie dans les travaux préparatoires du Code civil français : « L'enfant vivant dans le sein de sa mère. Cette existence peut se prolonger pendant un nombre de jours indéterminé, sans qu'il soit possible qu'il la conserve ; et c'est cette possibilité de parcourir la carrière ordinaire de la vie qu'on entend par être viable »¹⁵. Plus prosaïquement, la viabilité correspond à l'aptitude naturelle d'un fœtus ou d'un nouveau-né à vivre¹⁶. Un critère de viabilité a été établi par l'Organisation Mondiale de la Santé qui recommande de le fixer en fonction de deux repères alternatifs : soit l'enfant conçu a atteint vingt-deux semaines d'aménorrhées, soit il a atteint un poids de cinq cents grammes. Ce critère onusien n'intervient qu'à titre indicatif et les pays sont libres de le faire varier. Il n'existe pas en France de lois précisant les limites de la viabilité. Celle-ci s'étudie avant la naissance à l'aune des décisions prises par les centres médicaux de ne plus considérer comme une fausse couche tardive mais comme un accouchement l'expulsion de l'utérus du fœtus. Ainsi en France estime-t-on en général qu'un fœtus est viable à partir de vingt-quatre semaines d'aménorrhées ou d'un poids de naissance de cinq cents grammes. De l'appréciation physiologique de l'enfant expulsé dépendra la possibilité d'établir un état civil, sa nature et son contenu. Toutefois, on ne connaît de consensus ni mondial, ni européen. Aussi, au Japon ou en Allemagne réanime-t-on l'extrême prématuré de vingt-deux semaines.

¹³ *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* peut être traduit comme « L'enfant conçu sera considéré comme né chaque fois qu'il pourra en tirer avantage ».

¹⁴ F. GRANET, « Les droits européens et le décès périnatal », *L'Esprit du Temps*, « Etudes sur la mort », 2001/1 n°119, p163-169.

¹⁵ F. BIGOT DE PREAMENEU, extrait des travaux préparatoires du Code Civil, *Naissance du code civil*, Flammarion, éd. 1989, p227.

¹⁶ Le trésor de la langue française informatisé, CNTRL, v. viabilité.

Toutefois ces considérations se doivent de demeurer indifférentes au droit pénal et le sont longtemps restées. S'intéresser à la protection qu'offre le droit pénal à l'enfant avant sa naissance revient à rechercher si « cet être qui n'a pas encore acquis son individualité et se trouve dans une situation intermédiaire entre le néant et la vie sociale, bénéficie du premier droit de l'homme, le plus important, celui qui détermine tous les autres : le droit à la vie, le droit de naître ». Rares sont les législations qui donnent une définition précise du commencement du droit à la vie. Toutefois, toutes au cours de leur histoire ont indirectement établi une protection de la vie de l'enfant avant sa naissance par l'incrimination des pratiques abortives.

Aujourd'hui, plus rares encore sont les législations qui règlent la question de l'atteinte involontaire à l'enfant avant sa naissance. Pourtant un tel silence n'a pas toujours été la norme en la matière. Les premières sources législatives relatives à la mort involontaire *in utero* sont contenues dans le code d'Hammurabi issu de la civilisation mésopotamienne¹⁷. Des dispositions traitent de l'avortement provoqué par des coups sur une femme enceinte. Les peines prévues sont inférieures au cas d'un homicide sur une personne née. Aussi, M. Farag observe-t-il que la vie du fœtus ou de l'embryon n'a déjà pas pour cette société antique la même valeur que celle d'une personne née¹⁸. A l'inverse, en Egypte, aucune infraction d'avortement n'est prévue. Toutefois l'importance accordée à la vie prénatale se révèle au travers de l'interdiction qui est posée d'exécuter la peine capitale sur la femme enceinte. Quant aux sociétés grecques et romaines, elles se montrent peu regardantes sur la question de l'avortement. Les pratiques abortives sont tolérées en Grèce antique afin de réguler la démographie, tandis que l'avortement n'est sanctionné dans la Rome antique qu'en ce qu'il porterait atteinte à l'autorité du *pater familias* qui n'y a pas consenti. Ce n'est qu'au début du III^e siècle sous l'influence des chrétiens que l'avortement résultant d'une faute non intentionnelle est érigé en infraction pénale, à l'instar de l'avortement volontaire¹⁹. Toutefois, la pénalisation au Moyen-Âge fait montre d'une distinction selon le stade de développement de l'enfant à naître. En effet, suivant la théorie aristotélicienne de l'animation²⁰, l'embryon ne devient humain que dans une troisième phase de son développement dans laquelle il entre après que Dieu lui a infusé « l'âme spirituelle »²¹. On estimait que cette vitalité était insufflée entre la sixième et la douzième

¹⁷ Texte juridique babylonien daté d'environ 1750 av. J.-C., à ce jour le plus complet des codes de lois connus de la Mésopotamie antique.

¹⁸ M. FARAG, *L'infraction contre la vie anténatale, étude comparée des droits pénaux français et égyptiens*, thèse, Paris II, 1990.

¹⁹ M. GANZIN, *L'avortement sous la Rome Antique*.

²⁰ M. VAN DER LUGT, *L'animation de l'embryon humain et le statut de l'enfant à naître dans la pensée médiévale*, 2005, Paris, France. p234 à 254.

²¹ Il n'est auparavant doté que d'une « âme végétale » puis « animale ».

semaines de la gestation, à partir de laquelle l'avortement devenait criminel. Aussi l'atteinte à la vie en formation est sanctionnée au même titre que l'infanticide, meurtre du nouveau-né²².

Finalement la théorie d'Aristote est abandonnée et la justice médiévale comme renaissance ne font plus la distinction entre l'infanticide, l'avortement volontaire et l'*encis* qui correspond aux coups portés à une femme enceinte menant sans dessein à son avortement. L'auteur des faits, qu'il s'agisse de la femme enceinte ou du tiers avorteur, est puni de la peine de mort.

Le code pénal de 1810 met fin à ces assimilations en faisant découler le régime pénal des atteintes à l'enfant non né de textes spécifiques. Ainsi introduit-il une incrimination de l'avortement volontaire en un article 317. En ce qui concerne l'enfant qui vient de naître, la protection pénale de sa vie dépend de l'article 300. En revanche, l'article 319 qui traite de l'homicide involontaire fait toute référence à la personne victime. Entre le mutisme de la disposition et l'existence de textes spécifiques, le code pénal napoléonien rompt avec l'incrimination de l'homicide involontaire du fœtus. A cet égard, l'arrêt Marie Bohart rendu par la chambre criminelle en 1874 est particulièrement éloquent et qualifie l'enfant non né de « produit innomé »²³ insusceptible d'être victime d'homicide involontaire. Une nuance est apportée par la Cour d'Appel de Paris le 9 novembre 1951 qui admet que le délit soit retenu s'il est établi que l'enfant a vécu avant de succomber à ses blessures. On observe déjà la distinction opérée entre le décès survenu *in utero* ou *ex utero* à la suite d'une atteinte involontaire

Toutefois, la refonte du code pénal issue de la loi de 1992 vient réintroduire des interrogations quant à la protection qu'offre le législateur à la vie en formation. En effet, l'homicide involontaire qui qualifie l'atteinte mortelle fortuitement portée à autrui, prévu par l'article 221-6 du code pénal, se place, certes dans un livre relatif aux crimes et délits contre les personnes, mais plus spécifiquement dans une section intitulée des atteintes involontaires à la vie. Le terme est très ambigu, d'autant que le législateur s'obstine à rester neutre quant au statut juridique de l'enfant non né, en refusant de donner une définition à la vie.

En l'absence de définition législative et en présence d'une incrimination reformulée, il incombe au juge pénal de se prononcer sur la question de considérer l'être prénatal comme

²² Rigoureuse formule de Saint Augustin : « Toute femme qui fait en sorte qu'elle ne puisse engendrer autant d'enfants qu'elle le pourrait se rend coupable d'autant d'homicides, de même que la femme qui cherche à avorter après la conception », A. LAINGUI, A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal, I, Le droit pénal*, Paris, Cujas, 1979, p. 173.

²³ Crim, 7 août 1874, *Marie Bohart*, bull. crim. n°224.

autrui au sens de l'article 221-6 du code pénal. Aussi des juges du fonds ont-ils pu tenter de réprimer l'homicide involontaire du fœtus. En ce sens, un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997 condamne pour homicide involontaire le médecin dont la faute avait provoqué l'avortement d'une femme enceinte de vingt-quatre semaines. En effet, la Cour affirme qu'il y a une atteinte à la vie puisque « le commencement de la vie renvoie sans conteste à la fécondation ». Telle conception n'est pas partagée par la chambre criminelle qui casse l'arrêt lyonnais sur l'unique visa de l'interprétation stricte de la loi pénale²⁴.

Aux antipodes des juges lyonnais, la Cour d'appel messine refuse catégoriquement d'étendre au cas de l'enfant à naître l'application de l'article 221-6 qui se limite à protéger pénalement les personnes. Or, « pour qu'il y ait personne il faut qu'il y ait être vivant, c'est à dire venu au monde et non décédé ». Si l'avocat général de la Cour de cassation²⁵ a pu tressaillir d'une telle conclusion, la haute instance a refusé de s'en émouvoir. En assemblée plénière, elle rend l'anthologique arrêt du 29 juin 2001 selon lequel « 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 »²⁶.

Ces textes spécifiques auxquels la Cour fait référence ne sont autres que les dispositions des articles 511-15 et suivants du code pénal qui répriment toute une série d'agissements illicites en matière d'obtention et de conception d'embryons, ainsi qu'autour de l'assistance médicale à la procréation. Aussi, selon les dires des juges de cassation, en vertu de la règle *specialia generalibus derogant*, le sort de l'enfant à naître serait réglé par des textes visant uniquement l'embryon et étrangers à la sauvegarde de la vie. L'argument est « fort peu convaincant »²⁷ et confine à la provocation. Comment employer dans le même temps la tournure substantive humanisante d'« enfant à naître » et affirmer péremptoirement que le droit

²⁴ Cass. crim., 30 juin 1999 : JurisData n° 1999-002903 ; D. 1999, inf. rap. p. 205 ; Bull. crim. 1999, n° 174 ; D. 1999, jurispr. p. 710, note D. Vigneau ; Rev. sc. crim. 1999, p. 813, obs. Y. Mayaud ; Dr. pén. 2000, comm. 3, obs. M. Véron ; JCP G 2000, II, 10231, note G. Fauré ; D. 2000, somm. p. 27, obs. Y. Mayaud ; D. 2000, somm. p. 169, obs. C. Desnoyer et L. Dumaine ; Rev. pénit. 2000, p. 250, obs. J.-Y. Chevallier ; Les victimes des infractions contre les personnes après l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 1999 : Dr. pén. 2000, chron. 12, M.-L. Rassat ; JCP G 2000, I, 235, obs. M. Véron.

²⁵ Selon ce dernier, « ce serait dénier à l'enfant à naître la qualité d'être humain et créer un vide juridique ».

²⁶ Cass. ass. plén.,

29 juin 2001 : JurisData n° 2001-010321 ; Bull. crim. n° 165 ; JCP G 2001, 10569, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note M.-L. Rassat ; D. 2001, p. 2917, note Y. Mayaud.

²⁷ P. CONTE, « Homicide par imprudence – cas du fœtus – absence d'incrimination », *Revue de droit pénal*, n°9, septembre 2018, comm. 147 de l'arrêt Cass. crim., 12 juin 2018, n°17-86.661.D.

pénal n'organise sa protection qu'au travers d'incriminations que ne le vise que partiellement et *via* un contexte médical précis ?

D'aucuns y ont décelé une intention effrontée de la part des juges de mettre le législateur face à ses propres contradictions et de l'inviter à légiférer au plus vite sur la question de l'atteinte involontaire à la vie intra-utérine afin de combler un vide juridique hautement insatisfaisant. Pourtant, plus d'une vingtaine d'années se sont écoulées depuis l'arrêt décisif de 2001 et la situation reste inchangée. De l'encre a pu de nouveau couler à l'aube de l'année 2023. En effet, le mois de février s'est ouvert sur un fait divers sordide impliquant une célébrité à l'origine d'un accident de la circulation mettant fin à la grossesse d'une femme enceinte de six mois²⁸. C'est une nouvelle fois l'occasion pour le grand public de s'é mouvoir sur le traitement juridique de l'enfant conçu en découvrant son absence de reconnaissance²⁹.

Les propositions de loi pour remédier à une telle carence du droit ne manquent pas d'abonder, mais sont autant de tentatives avortées. La plus aboutie est l'amendement Garraud déposé à la présidence de l'Assemblée nationale en 2003³⁰. Il s'agissait de fonder une incrimination autonome de l'avortement provoqué par imprudence sans le consentement de la mère. Toutefois, le Garde des Sceaux favorable au projet a préféré faire volte-face confronté au tollé provoqué parmi les lobbies pro-avortement. Quant à la doctrine, elle propose des solutions au législateur telle que l'introduction d'une circonstance aggravante de grossesse en cas d'atteinte involontaire à l'intégrité d'une femme en état de grossesse³¹, ou encore la possibilité pour toute femme enceinte qui le souhaite d'effectuer en mairie une déclaration de grossesse une fois passé le délai légal permettant l'IVG³² afin que l'enfant qu'elle porte bénéficie d'une reconnaissance juridique avant sa naissance.

De telles solutions ont déjà pu être adoptées à l'étranger. Ainsi, la reconnaissance juridique de l'enfant avant sa naissance est admise dans des pays d'Amérique latine ce qui revient à assimiler l'atteinte au fœtus à l'atteinte à une personne née. Une telle reconnaissance

²⁸ Accident du 10 février 2023 impliquant l'humoriste Pierre Palmade et une famille de trois personnes dont une femme enceinte.

²⁹ I. CORPART, « Affaire Pierre Palmade : où l'on redécouvre que mettre fin à une grossesse n'est pas un homicide », *Lextenso*, Actu juridique, publié le 17/02/2023, URL : <https://www.actu-juridique.fr/penal/affaire-pierre-palmade-ou-lon-redecouvre-que-mettre-fin-a-une-grossesse-nest-pas-un-homicide/>.

³⁰ Amendement n°281 présenté par M. Garraud en deuxième lecture de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (future loi Perben II n° 2004-204 du 9 mars 2004).

³¹ E. DREYER, « « Autrui » en matière pénale », *La diversité du droit : mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Centre de recherches en théorie générale du droit (Paris), 2012, p431-450.

³² X. Labbée, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Thèse PU Lille et PU Septentrion, 2012, p237 et s.

est absente du continent européen. Toutefois, ce n'est pas pour autant que ceux-ci ont abandonné la pénalisation de la faute commise au préjudice d'un être prénatal. Aussi observe-t-on que l'Espagne ou l'Italie prévoient des dispositions autonomes pour le cas de l'atteinte fatale à l'enfant non né. En revanche, ce n'est pas sur le fondement de l'infraction de droit commun que les législations européennes raisonnent. Forte de ces observations, l'Assemblée plénière n'ignore pas qu'étendre l'infraction à l'enfant non né reviendrait à consacrer une forme « d'exception française »³³. Quoi qu'il en soit, celle-ci s'y refuse.

L'enfant non né n'est pas une personne juridique. Aussi celui-ci ne bénéficie-t-il pas d'un statut. A en croire le juge de cassation, son régime juridique découle des textes pénaux spécifiques à l'embryon. Or, le fait même de se référer à un régime suggère que l'être anténatal est une chose au sens du droit français. Toutefois, aucune disposition spécifique ne tranche et l'entité prénatale s'envisage négativement. Elle n'est pas une personne juridique, sans qu'il soit clairement affirmé qu'elle n'est pas une personne humaine. En outre, elle n'est pas un bien et doit en cela être soustraite du marché. La protection particulière que requièrent le fœtus et l'embryon découle de leur statut de « personne humaine potentielle » ainsi que l'a qualifié le comité consultatif national d'éthique du Conseil d'Etat.

Toutefois, si cette déclaration est symbolique d'un point de vue éthique, elle ne suscite aucune satisfaction juridique. Aussi, peut-on affirmer qu'aujourd'hui en France, la qualification de l'enfant non né relève de la notion de « non-droit » développée dans l'œuvre du doyen Carbonnier³⁴. Libre de créer le droit et de combler un vide, juge et législateur français font le choix, derrière une illusoire neutralité, de rester indifférents à l'impunité de l'auteur d'un acte fautif menant à la perte par la femme enceinte de l'enfant qu'elle porte.

Il s'agira de mener une réflexion quant à la soi-disant impasse dans laquelle se trouvent juges et législateurs français. En effet, en dépit des incertitudes médicales, philosophiques et sociétales qui entourent la question de la vie avant la naissance, des législations étrangères ont opéré le choix de la pénalisation ou même de la reconnaissance juridique.

A l'aune des législations externes et de leurs applications juridiques, quels sont les enjeux qui sous-tendent l'impunité de l'homicide involontaire du fœtus en droit français ?

³³ J. SAINTE-ROSE, M.-L. RASSAT et P. SARGOS, « Homicide et blessures involontaires - L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », comm. Cass. ass. plén., 29 juin 2001, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 29, 18 Juillet 2001, II 10569.

³⁴ J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », in *Archives Phil. dr.*, 1963, p55 et s., p65.

Il s'agira dans un premier temps d'étudier plus largement le cadre juridique offert à l'enfant avant sa naissance, par le prisme de sa reconnaissance et de la pénalisation de diverses atteintes (Partie 1). Ensuite nous observerons qu'en dépit d'une reconnaissance de fait par le biais d'une pénalisation indirecte de l'enfant à naître, le législateur bute sur le cas de l'atteinte involontaire. Nous remettons en cause le choix de l'impunité au regard des contradictions qu'il comporte, sans ignorer les difficultés politiques dont la pénalisation est porteuse (Partie 2).

Partie 1. L'encadrement juridique du fœtus : une protection pénale sans reconnaissance générale

M. Murat relevait que « *l'expression personne humaine en droit est excessivement ambiguë. Elle est susceptible de deux interprétations : une interprétation large qui recouvre la notion d'être humain et une interprétation étroite qui ne comprend que le sujet de droit titulaire de droits subjectifs* »³⁵. Dans une interprétation étroite, le défaut de reconnaissance de personnalité juridique du fœtus aurait pour conséquence de rendre tout système juridique indifférent aux actes pouvant être exercés à son encontre, si ce n'est par l'intermédiaire de la femme en état de grossesse dont il est *pars viscerum*³⁶. Par ailleurs, l'embryon pouvant désormais subsister *in vitro*, l'absence de rattachement à une personne humaine aurait pour conséquence de le limiter à être une *res nullius* dont on peut librement disposer. A l'inverse, conférer à l'enfant non né les mêmes droits qu'aux êtres actuels n'est pas une solution satisfaisante au vu du risque de voir le droit à l'intégrité d'un humain potentiel prendre le pas sur celui d'un être actuel.

Consciente des enjeux qui s'attachent à la reconnaissance de la personnalité juridique des individus et du droit absolu à la vie qu'elle emporte, la voix internationale se montre prudente. Les traités s'abstiennent de définir précisément les destinataires des droits énoncés, tout en laissant entendre que l'enfant non né est digne d'une protection. De cette absence d'injonction claire résulte une reconnaissance à géométrie variable dans les législations internationales (CHAPITRE 1). Toutefois, le droit pénal ne se fait pas le reflet exact de la reconnaissance juridique de l'entité prénatale en ce qu'il pose indirectement un régime protecteur à l'enfant à naître par un encadrement des pratiques médicales et par une répression accrue des atteintes à la femme enceinte (CHAPITRE 2).

³⁵ P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique », *Droit de la famille*, septembre 1997, p4.

³⁶ Littéralement, morceau des entrailles.

Chapitre 1. La reconnaissance imprécise de l'enfant à naître

Selon Antoine Garapon, « *la reconnaissance juridique est la réaffirmation d'une identité postulée ("vous êtes un homme comme moi, donc doté d'autant de droits que moi"), attribuant à chacun une place identique dans l'espace public* »³⁷. De cette reconnaissance juridique découlent des principes protecteurs inhérents à l'existence humaine et notamment le droit au respect de sa dignité. Toutefois, la question de ses bénéficiaires devient épineuse quand il s'agit de l'étendre à l'entité prénatale, en raison des implications philosophiques et sociétales que la vie avant la naissance sous-tend. En effet, nombreuses sont les institutions qui estiment que ce qu'est la personne humaine est conçu comme un choix personnel relevant de la conscience individuelle. Dans le même temps, « *on peut considérer que la reconnaissance de la personnalité juridique ne saurait être déniée, dans une civilisation digne de ce nom, à l'être humain, qui par nature a naturellement vocation à être traitée comme une personne* »³⁸. C'est pourquoi le droit international qui se veut protecteur de la nature humaine invoque unanimement la nécessité de protéger le fœtus en lui reconnaissant des droits et protections (section 1). Toutefois, conscients des enjeux qui s'attachent à la reconnaissance des enfants conçus et non né, les textes supranationaux permettent aux législations nationales d'octroyer avec souplesse un statut juridique à l'enfant à naître (section 2).

³⁷ GARAPON Antoine, « Chapitre 5. Reconnaître les victimes », dans : , Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale, sous la direction de GARAPON Antoine. Odile Jacob, « Hors collection », 2002, p. 161-191.

³⁸ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 1996, p15.

Section 1. Une reconnaissance acquise en son principe

Le droit international se fait le héraut de la nécessité d'assortir le statut d'être humain de droits fondamentaux sans en donner une définition claire (§1), ce pourquoi les traités régionaux prennent le relai (§2).

§1. Les traités internationaux

Si les textes supranationaux affirment que le droit à la reconnaissance de principes protecteurs découlent de l'humanité inhérente à chacun (A), ils se gardent de définir la portée de cette dernière (B).

A. La prise en compte internationale de l'être avant de naître

Diverses conventions internationales se veulent protectrices de l'existence humaine, en incluant la protection de l'existence anténatale. Il s'agit de traduire l'unité du développement vital, de la conception à la mort, dès lors que l'on souhaite protéger la spécificité de la nature humaine. En 1959, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte la Déclaration des droits de l'enfant³⁹. C'est le premier grand consensus international sur les principes fondamentaux des Droits des Enfants. On peut également citer le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴⁰ et la Convention de Genève relative à l'esclavage⁴¹. Ces textes consacrent des principes fondateurs en matière de protection de la personne humaine. Toutefois, ils se montrent hermétiques quant à leurs bénéficiaires et n'explicitent pas *per se* si les droits énoncés s'appliquent à l'individu à naître, qu'il soit embryon *in vitro*, *in vivo* ou fœtus, viable, non viable, à terme ou seulement ébauché. La question particulière de la bioéthique a fait l'objet d'un texte plus récent et par là même plus alerte sur la question de la recherche sur l'embryon et le fœtus. Prenant le relai pour affirmer la nécessité d'un cadre juridique protecteur pour l'être humain avant sa naissance, la Convention d'Oviedo⁴² est le premier instrument juridique international contraignant en ce qui concerne la protection de la dignité, des droits et des libertés de l'être humain contre toute application abusive des progrès biologiques et médicaux. Ce traité

³⁹ Déclaration des droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 novembre 1959 dans sa résolution 1387, sans valeur contraignante.

⁴⁰ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par les Nations Unies le 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976, ratifié par 172 Etats.

⁴¹ La Convention relative à l'esclavage fut signée à Genève dans le cadre de la Société des Nations, le 25 septembre 1926, amendée par le protocole de 1953 et complétée par la convention du 7 septembre 1956 adoptée par les Nations Unies. Elle est ratifiée par 99 Etats.

⁴² La Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (STE n° 164) a été ouverte à la signature le 4 avril 1997 et a été ratifiée par 35 Etats.

multilatéral proclame la prééminence de l'intérêt de l'être humain sur celui de la science⁴³. Il énonce ainsi une série de principes et d'interdictions concernant la génétique, la recherche médicale ou encore le consentement. Nombre d'entre elles sont focalisées sur la nécessité de protéger l'embryon et le fœtus, comprenant notamment l'interdiction de recourir à des techniques d'assistance médicale en vue de choisir le sexe de l'enfant à naître⁴⁴, la prohibition de la constitution d'embryons humains aux fins de recherche⁴⁵ ou la nécessité d'assurer une protection adéquate à l'embryon dans les pays dont la législation autorise la recherche sur les embryons *in vitro*⁴⁶.

Ces traités internationaux viennent former un corpus qui illustre le besoin d'encadrer le statut de l'enfant à naître pour lui conférer un appareil normatif protecteur. Toutefois, en même temps qu'ils énoncent la nécessité de garantir l'intégrité de la vie dès son commencement, ils refusent d'en expliciter le seuil. En raison de cette réticence, les textes internationaux se limitent au symbolique.

B. Les ambages des textes internationaux

La déclaration des droits de l'enfant ne définit pas quand commence ou s'arrête l'enfance, principalement pour ne pas avoir à prendre position sur l'avortement. Pourtant, son préambule paraît sans ambiguïté en ce qu'il 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 délimitation temporelle paraît clairement énoncer que l'enfance ne débute pas à la naissance. Aussi, le statut juridique protecteur doit-il être étendu à l'enfant non encore né ? La question demeure en suspens et la déclaration se voit prolongée par l'adoption vingt ans plus tard de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant⁴⁷. L'on pourrait légitimement attendre du texte international qu'il clarifie les frontières qu'il entend donner à l'enfance. Et, en effet, par opposition à la Déclaration de 1959, une définition en est donnée dans l'article 1^{er} de la Convention. Toutefois, si l'aboutissement de cette dernière est clairement affirmé, son seuil demeure tu. Ainsi est-il énoncé que, « au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de

⁴³ Article 2 : « *L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science* »

⁴⁴ Article 14 : « *L'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe* ».

⁴⁵ Article 18-2

⁴⁶ Article 18-1

⁴⁷ Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, ouverte à la signature et à la ratification le 26 janvier 1990, ratifiée par 197 Etats.

tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Il n'est pas précisé si l'enfant concerné est l'enfant né. Toutefois, le recours à la notion d'être humain et non de personne juridique va davantage dans le sens d'une reconnaissance juridique de la vie prénatale. Une telle conception se voit par ailleurs confortée à double titre. Premièrement, le texte conventionnel reprend dans son préambule les termes de la Déclaration de 1959⁴⁸. Deuxièmement, la France a émis une réserve interprétative lors de la signature de la Convention de 1989⁴⁹. Elle précise que l'article 6 de la Convention selon lequel « tout enfant a droit à la vie » ne saurait être interprété comme faisant obstacle à l'application des dispositions de la législation nationale sur l'interruption de grossesse. Si l'enfant à naître n'était pas un enfant au sens de ladite convention, l'on aurait du mal à comprendre la réserve interprétative posée par la France.

D'autres textes de droit international procèdent de la même philosophie et affirment l'existence du droit de toute personne à la vie. Sans viser spécialement l'enfant à naître, elles ne l'excluent pas totalement de la protection qu'elles prévoient. Ainsi opèrent le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention de Genève relative à l'esclavage. L'article 6-1 du Pacte énonce que « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi ». Une nouvelle fois, la référence à la personne humaine pose la question de savoir si est inclus l'enfant à naître, ce que le texte ne précise pas lui-même. La même ambiguïté subsiste concernant la Convention relative à l'esclavage. Celle-ci prohibe toute pratique esclavagiste ou analogue à l'esclavage en les définissant en son article 7 comme « l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux » et l'esclave est « l'individu qui a ce statut ou cette condition ». Il importe de s'interroger si l'enfant à naître entre dans les prévisions de la Convention, dans la mesure où les progrès scientifiques permettent désormais d'exercer certaines prérogatives du droit de propriété sur l'embryon. Aussi Aude Bertrand-Mirkovic relève-t-elle que « [les auteurs de l'embryon⁵⁰] ont le pouvoir de mettre fin à sa vie, de le donner et, peut-être bientôt, de l'abandonner à la recherche »⁵¹. La question semble avoir trouvé une réponse dans le préambule de la Convention de 1956 qui vient compléter celle de 1926. Celui-

⁴⁸ Reprise de la formule selon laquelle « *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* ».

⁴⁹ Ratification française le 7 août 1990, entrée en vigueur le 6 septembre 1990 (Décr. n° 90-917 du 8 oct. 1990)

⁵⁰ Aussi désigne-t-elle les géniteurs mais également les scientifiques dans le cadre de manipulations embryonnaires

⁵¹ A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne*, thèse de doctorat, faculté d'Aix-Marseille, 2003, p95

ci est formel, « la liberté est un droit que tout être humain acquiert à la naissance ». Aussi a-t-on pu conclure que « la Convention elle-même limite sa portée aux êtres-humains qui sont nés »⁵². Toutefois, il s'agit d'une réponse apportée à une question qui mériterait aujourd'hui d'être renouvelée. En effet, notre ère est celle de la manipulation embryonnaire et les prérogatives du droit de propriété sont désormais susceptibles d'être exercées sur des individus non nés⁵³.

Les textes internationaux s'illustrent par leur volonté de conférer un statut protecteur à l'être humain en ce qu'il est détenteur d'une dignité. Toutefois, ils s'illustrent encore davantage sur le terrain de l'obscurité du destinataire de ces textes. La Convention d'Oviedo elle-même se garde de définir la notion de personne. Aussi un rapport explicatif de la direction des affaires juridiques du Conseil de l'Europe se limite-t-il à indiquer que faute d'unanimité sur la définition, il revient au droit interne de chaque Etat membre d'apporter « les précisions pertinentes »⁵⁴. Qu'ils protègent l'intégrité ou la dignité de l'être humain, en l'absence d'une délimitation temporelle claire, ces textes internationaux se limitent à une portée, certes hautement symbolique, mais uniquement symbolique. Ce constat mène M. Renucci à s'étonner que « des textes appelés à régir l'avenir soient silencieux sur un point aussi important, fût-il embarrassant »⁵⁵.

Quoiqu'il en soit, quel que soit le cadre définitionnel apporté par les textes internationaux, aucun ne peut impacter le cadre répressif des pays membres en l'absence d'une intervention du législateur national. Aussi le doyen Carbonnier relativise-t-il la portée de tels textes en observant que les traités internationaux ne peuvent créer de sanctions pénales⁵⁶. Le même constat est partagé par la majorité de la doctrine française. Aussi, les mécanismes régionaux auraient-ils pu s'illustrer comme soutien injonctif des législations nationales.

§2. Les conventions régionales

Le cadre normatif est le fruit d'une culture historique et sociétale que des mécanismes régionaux sont plus à même de cerner. Il convient d'étudier l'appareil répressif européen

⁵² A. DORSNER-DOLIVET, note sous Crim., 31 janvier 1996, J.C.P., G., 1996.II.22713

⁵³ Confisquer des embryons à un couple dans le cadre d'un trafic dans le but de les vendre à un couple demandeur s'apparente à de l'esclavage.

⁵⁴ Rapport explicatif de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, 4.IV.1997

⁵⁵ J-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., 1999, p62

⁵⁶ J. CARBONNIER, Note Cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998, 16 mars 2001, in *L'Année sociologique* 2007/2 (Vol. 57), pages 519 à 525.

concernant la protection juridique du fœtus (A), avant d'observer les choix opérés par d'autres groupements régionaux (B).

A. En Europe

L'article 2 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme⁵⁷ est le premier droit substantiel proclamé dans la Convention. Intitulé « droit à la vie », il est « le droit humain le plus fondamental de tous »⁵⁸. Il énonce que « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi ». C'est évidemment la question de l'étendue de cet article qu'il s'agit de mettre en perspective concernant le cas de l'enfant à naître, et celle-ci ne trouve nulle réponse dans les travaux préparatoires de la Convention. En effet, aucune allusion n'est faite à la question de l'enfant conçu. Aude Bertrand-Mikovic relève que le débat se limite aux exceptions que l'Etat peut légitimement apporter au droit à la vie⁵⁹ et ce, en raison du contexte de l'élaboration du texte conventionnelle, à savoir protéger les individus contre le totalitarisme. En revanche, l'article 2 a eu l'occasion d'être analysé par les juges européens à l'aune de l'interruption volontaire de grossesse lorsque des requérants ont voulu ajouter à sa protection un droit à l'enfant à naître. Dans un premier temps, les requêtes qui auraient pu amener la Cour à préciser la notion de personne sont déclarées irrecevables en ce qu'elles visent *in abstracto* la compatibilité de la loi interne aux dispositions conventionnelles, à savoir « si les droits reconnus à l'homme s'appliquent pleinement à l'embryon humain dès sa conception et, dans la négative, à quels stades de son développement l'être humain commence à jouir partiellement ou pleinement de ces droits »⁶⁰. La première décision qui apporte un élément de réponse quant à l'octroi du statut de bénéficiaire de la convention européenne au cas du fœtus est rendue le 13 mai 1980 dans une affaire concernant le Royaume-Uni⁶¹. Le requérant allègue une violation de l'article 2 en ce que la législation anglaise permet à son épouse enceinte d'avorter, sans que celui-ci ne puisse l'en empêcher, ni même être informé ou consulté de l'avortement. La requête est déclarée recevable ce qui, en tant que tel, invite à s'interroger sur la reconnaissance juridique

⁵⁷ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 par les pays membres du Conseil de l'Europe, entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

⁵⁸ D. KORFF, *Le droit à la vie : Un guide sur la mise en œuvre de l'article 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, coll. « Précis sur les droits de l'homme », février 2007

⁵⁹ A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, p72

⁶⁰ Requête dirigée contre la législation norvégienne autorisant l'interruption volontaire de grossesse dans certaines circonstances, Décision du 29 mai 1961, requête n°867/60, X c. Norvège, *Annuaire de la C.E.D.H.*, IV, p271. Dans le même sens, décision du 10 décembre 1976, requête n°7045/75, X c. Autriche, *Décisions et rapports*, vol.7, p87 : « [le requérant ne peut nullement] prétendre être affecté par les dispositions nouvelles autrement que comme n'importe quel autre citoyen autrichien ».

⁶¹ Décision du 13 mai 1980, X. c. Royaume-Uni, requête n°8416/79, *Décisions et rapports*, vol. 19, p244.

du fœtus. En effet, M. Sudre relève que le père ne peut pas être victime directe d'un droit à la vie, seulement indirecte. La recevabilité semble dès lors « audacieuse » puisque sous-tend que le fœtus est destinataire d'un droit à la vie⁶². Pourtant, la Cour répond par la négative à la question d'admettre l'extension du terme de « personne » au fœtus. Celui-ci ne pourrait s'appliquer qu'à partir de la naissance. En revanche, dans un arrêt postérieur du 19 mai 1992⁶³, l'application de l'article 3 de la Convention⁶⁴ ne sera pas écartée au cas du fœtus. En l'espèce, le requérant est le compagnon d'une femme ayant subi une interruption volontaire de grossesse. Il se plaint de l'absence de mesures prises pendant l'avortement pour éviter le risque de faire souffrir le fœtus âgé de 14 semaines. C'est sur le terrain de l'insuffisance de la preuve de la souffrance alléguée et non du champ d'application de la Convention que la Cour européenne se place pour écarter la requête. Une analyse *a contrario* de cette décision mène naturellement à estimer qu'un avortement peut constituer un acte de torture ou un traitement inhumain et *in fine* que l'article 3 inclut l'enfant à naître.

Toutefois, en dépit d'une recevabilité à agir en tant que victime indirecte pour les parents d'un fœtus et d'une extension de l'article 3 de la Convention au cas de l'enfant non né, la Cour européenne se refuse toujours à se prononcer sur la personnalité du fœtus et contourne la question de l'application du droit à la vie à l'enfant à naître⁶⁵. Cette posture a mené M. Sudre à regretter que le juge européen « refuse de tirer les conséquences logiques de sa propre jurisprudence »⁶⁶. La Cour européenne est obligée de se confronter à la question de la personnalité du fœtus à l'occasion du célèbre arrêt *Vo* contre France de 2004⁶⁷. La requérante allègue la violation de l'article 2 de la Convention au motif que l'incrimination d'homicide involontaire n'a pas été retenue à l'encontre du médecin responsable de la perte de son fœtus à six mois de grossesse suite à une erreur médicale. Toutefois, une nouvelle fois, la Cour refuse de se prononcer sur l'application de l'article 2 au cas de l'enfant à naître. Elle estime qu'il n'est « ni souhaitable, ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de

⁶² F. SUDRE, « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie » in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 377.

⁶³ Décision du 19 mai 1992, requête n°7004/90, *H c. Norvège*, *Décisions et rapports*, vol. 73, p155

⁶⁴ Article 3 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

⁶⁵ Décision du 29 octobre 1992, requête n°14234/88 ; 14235/88, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, *Série A : arrêts et décisions*, vol.246, R.F.D.C., 1993,p216

⁶⁶ F. SUDRE, *op. cit.*, p378

⁶⁷ Décision du 8 juillet 2004, requête n° 53924/00, *Vo c. France*, JCP G 2004, II, 10158, note M. Levinet ; D. 2004, p. 2456, note J. Pradel ; D. 2004, somm. p. 2754, obs. G. Roujou de Boubée ; RJPf sept. 2004, p. 25, note N. Fricero ; RTD civ. 2004, p. 799, obs. J.-P. Marguénaud ; Rev. gén. droit médical, n° 14, 2004, p. 197, note A. Bertrand-Mirkovic

savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention ». Cette absence de parti pris sur la qualification juridique de l'embryon est délibérée de la part de la haute instance européenne et cette résolution est « raisonnable pour laisser à chaque droit national la possibilité de procéder à des arbitrages, spécialement entre le respect dû à l'humanité de l'être anténatal et la liberté de la mère d'interrompre sa grossesse ou le traitement des embryons *in vitro* surnuméraires »⁶⁸.

Si la Cour européenne persiste à garder une réserve quant à la possibilité de conférer au fœtus une personnalité juridique, elle tient en revanche à clairement exclure l'enfant à naître de la catégorie des biens. Aussi soustrait-elle l'embryon au droit de propriété dans la décision Parillo contre Italie de 2015⁶⁹. Cet arrêt apporte deux éclaircissements quant au sort des embryons *in vitro*. Il a été jugé d'une part que la possibilité pour une femme d'exercer, après le décès de son conjoint, un choix conscient et réfléchi concernant ses embryons *in vitro* touche un aspect intime de sa vie personnelle et relève à ce titre de son droit à l'autodétermination qui est un élément de son droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8. Toutefois, il a été considéré d'autre part, qu'une interdiction légale de donner de tels embryons à la recherche scientifique ne constituait pas une atteinte excessive à ce droit. Aussi est-il légitime que le législateur impose des limites au droit de disposer d'embryons *in vitro* qui ne sont pas choses disponibles au même titre que des objets.

Le cadre normatif issu de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour Européenne ne consacre pas davantage la personnalité juridique du fœtus qu'il n'impose un seuil de commencement de la vie. Au contraire, la Cour fait le choix en l'absence de consensus européen de laisser à la libre appréciation des Etats la décision de l'application de l'article 2 à l'enfant non né. Toutefois, les arrêts de la Cour font montre d'une volonté de ne pas laisser l'embryon *in vitro* à la merci de la souveraine volonté des individus, quand bien même il serait issu génétiquement de ces derniers. Cette marge d'appréciation, toutefois encadrée, n'est pas laissée aux Etats membres de tous les traités régionaux.

⁶⁸ G.LOISEAU, « Droit au respect de la vie privée - L'embryon *in vitro* aux prises avec les droits de l'homme » - Note CEDH, gr. ch., 27 août 2015, n° 46470/11, *Parrillo c/ Italie*, *La Semaine Juridique* - Édition générale n° 44 du 26 octobre 2015.

⁶⁹ Décision de gr. ch. du 27 août 2015, n° 46470/11, *Parrillo c/ Italie* : JurisData n° 2015-019342V. aussi JCP G 2015, act. 973, obs. A. Schahmaneche.

B. Hors Europe

Des travaux issus d'organismes régionaux extra-européens illustrent cette même nécessité de protéger l'existence humaine des avancées scientifiques. Ainsi, le continent africain organisé en Union Africaine⁷⁰ adopte-t-il dès 1996 une Résolution sur la bioéthique⁷¹ qui proclame faire sienne les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, reprenant ainsi les grands principes de bioéthique liés au consentement, à l'inviolabilité du corps humain, l'intangibilité du patrimoine génétique de l'espèce humaine ainsi que l'indisponibilité de la personne⁷². Si l'Afrique a tardé à s'approprier les questions bioéthiques, on remarque une accélération du phénomène depuis la mise en place du COPAB⁷³ en 2008 afin de faire émerger une vision africaine de la bioéthique. En dépit de ces mécanismes qui demeurent très symboliques, la question de la personnalité juridique de l'enfant conçu et non né demeure tue. Au-delà du développement des considérations bioéthiques en Afrique, il convient d'étudier deux autres mécanismes en ce qui concerne la conception juridique du fœtus. Il s'agit de l'Amérique du Sud et de l'Amérique du Nord qui font figures antagonistes en la matière.

Si les deux pôles du continent outre-Atlantique se réunissent sous la même Organisation des Etats Américains⁷⁴, ils ne sont pas signataires des mêmes traités. Ainsi, vingt-trois Etats d'Amérique du Sud ont ratifié le Pacte de San José⁷⁵ qui s'avère très clair concernant le droit à la vie. En effet, dans son article 4-1, le texte conventionnel affirme que « Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie ». Or, ce pacte est de force obligatoire à l'égard des Etats parties et son effectivité est assurée par la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme et la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme. D'aucuns ont pu estimer que le texte sud-américain manifestait une conception vitaliste de l'existence humaine⁷⁶. Cette

⁷⁰ L'Union africaine, créée le 9 juillet 2002, succédant à l'Organisation de l'Unité africaine, composée de 55 Etats parties.

⁷¹ Résolution sur la bioéthique adoptée par l'Organisation de l'Unité africaine lors de sa 32^{ème} session du 8 au 10 juillet 1996 tenue à Yaoundé, Cameroun, AHG/Res.254 (XXXII)

⁷² 1. et 2. Résolution p2

⁷³ Congrès Pan Africain d'Etique et de Bioéthique mis en place en mai 2008 dans la continuité du 32^{ème} sommet de l'Union africaine à Yaoundé afin d'implémenter la Résolution N° AHG/Res.254 de l'Union Africaine sur la Bioéthique et le développement de l'Afrique.

⁷⁴ L'Organisation des Etats Américains, créée le 10 avril 1948, suite à la ratification de la Charte de Bogota, composée de 35 pays membres exclusivement du continent américain.

⁷⁵ Pacte de San José, appelé aussi Convention interaméricaine relative aux Droits de l'Homme, signé le 22 novembre 1969, 23 pays signataires à l'exception notable du Canada et des Etats-Unis.

⁷⁶ *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Stéphanie Hennette-Vauchez / Diane Roman, 2017, HyperCours, 3e édition.

doctrine selon laquelle les phénomènes de la vie sont irréductibles aux phénomènes physico-chimiques et manifestent une force vitale irréductible aux forces de la matière inerte se montre en radicale opposition avec la philosophie nord-américaine.

Le Canada et les Etats-Unis ne se sont pas unis autour d'un traité fondateur en matière de commencement de la vie ou de questions bioéthiques. Les conventions régionales les alliant ont une visée uniquement économique⁷⁷. Cette absence de texte régionale se comprend d'autant mieux qu'il existe une absence de législation au Canada et aux Etats-Unis puisque les questions médicales sont du ressort des Etats fédérés. Nous verrons ultérieurement en quoi cette absence de socle commun a permis le développement d'une législation ultra-libérale dans certains Etats canadiens ou étasuniens.

On observe donc au niveau régional que la personnalité du fœtus n'a été clairement affirmée que par la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme. Sinon, les textes se montrent tantôt absents, tantôt exempts de précisions dans les autres parties du monde. En raison d'une absence d'injonction uniforme et universelle, les Etats confère selon une temporalité qui leur est propre un statut protecteur à l'enfant, parfois seulement à partir de sa naissance.

Section 2. Une reconnaissance à la discrétion des Etats

En 2003, dans son ouvrage intitulé *La protection pénale de l'enfant avant la naissance*, M. GUESMI estimait qu'il « n'existe pas [dans aucune législation] de dispositions consacrant *in abstracto* le droit à la vie de l'enfant non encore né. Mais ce droit a été plus ou moins indirectement établi par les législations qui ont réprimé et répriment encore l'avortement »⁷⁸. Il est en effet assuré que l'incrimination de l'interruption volontaire de grossesse ou son autorisation ont donné l'occasion à la jurisprudence nationale de s'exprimer concernant l'extension d'un droit à la vie prénatale. L'enfant conçu peut ainsi être reconnu comme sujet de droits dès la conception (§1) ou en fonction de seuils déterminés dans son développement utérin (§2). Il peut enfin n'être reconnu juridiquement qu'à la naissance dans une conception restrictive du droit à la vie (§3).

⁷⁷ Tel que la Convention de 1984 entre le Canada et les États-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, ch. 20

⁷⁸ A. GUESMI, *op. cit.*, p22.

§1. La reconnaissance dès la conception

La Convention interaméricaine reconnaissant un droit à la vie dès la conception, les systèmes juridiques des pays signataires d'Amérique du Sud témoignent d'une même reconnaissance, au point d'octroyer les mêmes droits à l'être né qu'à l'être conçu. Aussi, la Constitution du Salvador en son article premier énonce que « le Salvador reconnaît la personne humaine comme l'origine et la fin de l'activité de l'État, qui est organisé pour atteindre la justice, la sécurité judiciaire et le bien commun. De même, elle reconnaît comme personne humaine tout être humain depuis le moment de sa conception ». Le Salvador fait découler de sa constitution l'interdiction de recourir à l'avortement, quel que soit le stade de développement du fœtus⁷⁹. Toutefois, la pratique judiciaire de l'Etat semble aller à l'encontre des textes, puisqu'il s'agira finalement de faire primer la vie intra-utérine sur celle de la porteuse. En effet, en mars 2023, le Salvador devait répondre devant la Cour interaméricaine d'une accusation de torture et de violation présumée des droits humains pour avoir forcé une femme à porter un fœtus non viable en dépit des risques pour sa vie⁸⁰. D'autres constitutions sud-américaines reconnaissent le droit à la vie à l'enfant dès sa conception. Ainsi peut-on citer l'article 45 de la constitution de l'Equateur qui affirme que « Les enfants et adolescents [jouissant des droits de l'homme, en plus de ceux spécifiques à leur âge,] l'État leur reconnaît et garantit la vie, y compris les soins et la protection dès la conception ». La reconnaissance juridique du fœtus n'est pas synonyme d'excès tel qu'on observe au Salvador. Ainsi, la constitution allemande peut-elle illustrer une mi-mesure dans la reconnaissance d'un droit à la vie de l'enfant à naître.

Si la loi fondamentale allemande est muette quant à l'octroi de la personnalité juridique à l'enfant à naître, la Cour constitutionnelle fédérale lui reconnaît un droit à la vie dans sa décision du 25 février 1975⁸¹. La Cour suprême considère que « la vie qui se développe dans le corps de la mère » mérite une protection pénale sauf cas exceptionnel. Si dans la décision de 1975, la reconnaissance d'un droit à la vie fonde l'inconstitutionnalité du recours à l'avortement, la Cour infléchit sa position quant à la légalité de recourir à une interruption volontaire de grossesse dans les douze premières semaines dans une décision du 28 mai 1993⁸²

⁷⁹ Art. 133 à 137, Code Pénal du Salvador, Chapitre 2 « *Des crimes concernant la vie de l'être humain* » (Art. 133 – 137, Código Penal salvadoreño, Capítulo 2 «De los crímenes relativos a la vida del ser humano»).

⁸⁰ Collectif TERRIENNES, « Avortement : le Salvador poursuivi pour "torture" devant la Cour interaméricaine des droits humains », TV5 Monde, le 23 mars 2023, <https://information.tv5monde.com/terriennes/avortement-le-salvador-poursuivi-pour-torture-devant-la-cour-interamericaine-des-droits>.

⁸¹ Cour constitutionnelle fédérale, 25 févr. 1975, BVerfGE, t. 39, p. 1 ; analyse et commentaire M. Fromont, RD publ. 1977, p. 344.

⁸² Cour constitutionnelle fédérale, 28 mai 1993, BVerfGE, t. 88, p. 203, analyse et commentaire M. Fromont, RD publ. 1995, p. 327.

sans pour autant revenir sur sa consécration du droit à la vie prénatale. Aussi la loi allemande permet-elle la pratique de l'avortement⁸³, certes, sous des conditions strictement encadrées mais sans mettre en concurrence le droit à la vie de la porteuse. L'Allemagne a justifié une telle conception de la vie dès la naissance en affirmant que dès la nidification, il y avait une « vie individuelle déjà fixée dans son identité génétique et, dès lors, dans son caractère unique et non interchangeable ». Elle nie dès lors la vision qui consisterait à estimer qu'il existe des étapes dans le développement de la vie utérine justifiant que l'embryon ne soit pas une personne humaine à un moment. Cette appréhension de la vie prénatale est pourtant celle retenue par des nombreuses législations qui établissent des seuils pour échelonner la reconnaissance de l'enfant à naître par le droit.

§2. La reconnaissance au cours de la grossesse

La décision emblématique étasunienne *Roe v. Wade*⁸⁴ intervenue en 1973 établissait une solution qui se voulait « d'équilibre » entre le droit à la vie privée dont la mère désireuse d'interrompre sa grossesse peut bénéficier et le droit à la protection du fœtus⁸⁵. Elle distinguait plusieurs phases dans la grossesse selon laquelle variait le rapport entre le droit à la vie privée et le droit à l'ingérence dans cette vie privée. La viabilité du fœtus était établie au troisième trimestre d'aménorrhée, c'est-à-dire à vingt-huit semaines depuis les dernières menstruations. Une fois ce stade dit de viabilité atteint par le fœtus, il n'était plus possible d'interrompre la grossesse en raison d'un « intérêt impérieux » au maintien de la vie du fœtus. En cela lui était reconnu un droit à la vie fondé sur le seuil de viabilité. Toutefois, la reconnaissance de ce seuil a été dénoncée comme arbitraire à plusieurs égards et selon des détracteurs aux positions radicalement opposées. Ainsi, le juge Alito⁸⁶, rédacteur de la décision à l'origine du renversement de cette jurisprudence, fustige le comportement de la Cour Suprême en 1973 qui s'est comportée en législateur contrairement au rôle que lui assigne l'article III de la Constitution américaine⁸⁷, faisant découler du 14^{ème} amendement⁸⁸ un principe inexistant. A l'inverse, une conception doctrinale plus favorable à l'avortement a estimé ce seuil trop rigide puisque la mise en danger de la santé de la femme enceinte permettait de renverser l'interdiction de recourir à l'interruption volontaire de grossesse. Or, M. Charvin considère que cette

⁸³ Art. 218 et s. du Code pénal allemand et de la loi sur les conflits de grossesse (*Schwangerschaftskonfliktsgesetz*)

⁸⁴ *Jane Roe, et al. v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County*, 410 U.S. 113, Cour suprême des États-Unis, 22 janvier 1973

⁸⁵ R. PINTO, « La Cour suprême américaine et l'avortement », *Revue de Droit public*, 1993, pp907 et s.

⁸⁶ Samuel A. Alito Jr. en fonction depuis 2006, nommé par le Président Républicain George W. Bush.

⁸⁷ Article III de la Constitution des États-Unis du 17 septembre 1787 qui définit le pouvoir judiciaire fédéral.

⁸⁸ Amendement sur lequel repose l'égalité de tous les citoyens américains devant la loi.

évaluation découle d'un « jugement médical, au cas par cas, selon la subjectivité du corps médical et selon la relativité d'une science qui n'est pas exacte »⁸⁹. Quoique l'on puisse penser du comportement du juge étasunien ou de la subjectivité du recours à la médecine, il demeure que le critère de viabilité retenu n'était ni conforme à la majorité nationale, ni même aux données médicales⁹⁰, et encore moins à un consensus des législations des Etats fédérés de l'époque⁹¹. Ce n'est pas fort de ce constat mais en raison de la fragilité du rattachement du droit à l'avortement au 14^{ème} amendement que les juges de la Cour Suprême ont opéré un renversement de la jurisprudence de 1973 par une décision dite *Dobbs*⁹² du 24 juin 2022. Désormais, les Etats fédérés peuvent librement légiférer en la matière et décider de faire débiter la personnalité juridique de l'enfant conçu à n'importe quel moment de la grossesse. Aussi, une loi géorgienne entrée en vigueur le 1^{er} août 2022 accorde la personnalité juridique à l'enfant à naître dès six semaines de grossesse en se fondant sur « le premier battement de cœur humain détectable »⁹³. La Cour Suprême américaine refuse désormais de se prononcer sur la personnalité juridique du fœtus ainsi qu'elle le rappelle dans une décision du 11 octobre 2022⁹⁴.

Les systèmes juridiques du Common-Law se caractérisent par un pragmatisme prononcé et le recours à des catégories pour distinguer l'être humain de l'être vivant en est une illustration. Aussi le Royaume-Uni a-t-il développé la notion d'embryon et de préembryon afin de différencier l'enfant dont la dignité doit être respectée de l'amas de cellule qui ne bénéficie d'aucune protection légale. Cette distinction est issue du Rapport Warnock de 1984⁹⁵ qui étend le statut d'enfant à « l'embryon humain quand la fertilisation est complète et ceci comprend l'œuf pendant ce processus », et donc *a fortiori* au fœtus. Dans les faits, le préembryon correspond aux quatorze premiers jours de grossesse. Dénué de personnalité juridique, le préembryon ne peut bénéficier du concept britannique de *Welfare of the Child*, c'est-à-dire d'intérêt de l'enfant, développé dans l'article 1^{er} du *Children Act* de 1989⁹⁶ selon lequel doit

⁸⁹ Avant-Propos de Robert CHARVIN, in *La protection pénale du fœtus avant la naissance*, A. GUESMI, *op. cit.*, p6.

⁹⁰ Même si la notion ne fait pas l'objet d'un consensus médical universel, elle est aujourd'hui estimée à 22 semaines d'aménorrhées.

⁹¹ Avant *Roe v. Wade*, deux tiers des Etats fédérés des Etats-Unis incriminent l'avortement intervenant à n'importe quel stade de la grossesse.

⁹² *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al.*, No. 19–1392, Cour Suprême des Etats Unis, 24 juin 2022.

⁹³ Georgia House Bill 481, *Living Infants and Fairness Equality (LIFE) Act*.

⁹⁴ S. ASMA-SADEQUE « Personnalité du fœtus : le silence de la Cour suprême des Etats-Unis », synthèse de presse publié le 14 oct. 2022, *The Guardian*, <https://www.genethique.org/personnalite-du-foetus-le-silence-de-la-cour-supreme-des-etats-unis/>.

⁹⁵ M. WARNOCK and the Committee of Inquiry into Human fertilization and Embryology, *The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* (1984), 1985.

⁹⁶ *Children Act*, c. 41, 16 nov.1989

être portée une « considération suprême à l'intérêt de l'enfant ». En vertu de ce concept, une femme porteuse d'un embryon ou d'un fœtus ne pourra recevoir un traitement qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant⁹⁷. C'est également sur le fondement de l'intérêt de l'enfant que l'insémination *post-mortem* est condamnée⁹⁸. La Grande-Bretagne utilise donc la notion de seuil pour reconnaître une existence juridique à l'enfant non né au cours de la grossesse. Cette reconnaissance n'empêche pas le recours à l'avortement, dépenalisé sous les conditions énoncées à la section 1 de *l'Abortion Act* de 1967, notamment un délai inférieur à vingt-quatre semaines de grossesse.

Deux systèmes juridiques du Common-Law ont été pris pour exemple, toutefois d'autres législations s'appuient sur des catégorisations de l'être conçu pour établir des normes qui se veulent appropriées. Ainsi peut-on exiger un certain niveau de développement morphologique tel que l'apparition du cerveau, l'ébauche d'un système nerveux⁹⁹, la présence d'un système immunologique ou encore l'indivisibilité de l'embryon. Toutefois, aucun ne fait l'objet d'un consensus scientifique. Aussi, le Conseil d'Etat français a-t-il pu critiquer les seuils mis en place au Royaume-Uni par le Rapport Warnock en ce que le délai des quatorze jours qui marque le passage d'un non-être humain à un être humain ne repose sur aucun consensus scientifique. Pourtant la loi anglaise lui attache des conséquences de fond¹⁰⁰. En partie en raison de cette absence d'unanimité du corps scientifique, des législations font le choix, voulu prudent et neutre, de ne pas reconnaître la personnalité juridique de l'enfant avant sa naissance à partir de laquelle l'enfant n'est indéniablement plus *pars viscerum matris*.

§3. La reconnaissance à la naissance

Aucune constitution n'explicite le commencement de la personnalité juridique à la naissance. En revanche, la majorité des textes supralégislatifs pose un principe de droit à la vie dont il convient de déterminer les contours. Aussi, est-ce souvent au juge national de déterminer si la personnalité juridique de l'individu inclut la période prénatale. Toutefois, celui-ci peut refuser de se prononcer ne voulant pas se substituer à la plume du législateur. Tel est le cas du juge constitutionnel autrichien qui affirme dans sa décision de 1974¹⁰¹ que rien dans l'article 2

⁹⁷ Section 3 (1) Code of Practice de la loi britannique de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaine : « *avant de fournir un traitement à une femme, les centres doivent obligatoirement prendre en compte l'intérêt de l'enfant susceptible de naître* ».

⁹⁸ Section 3 (19), *ibid*.

⁹⁹ Distinction du Royaume-Uni.

¹⁰⁰ *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Conseil d'Etat – Section du rapport et des études, remis à Lionel JOSPIN en novembre 1999, *La Documentation française*, Coll. « Etudes du Conseil d'Etat », 1999, p11.

¹⁰¹ Décision du 11 octobre 1974, Cour constitutionnelle autrichienne

de la Convention européenne des Droits de l'Homme¹⁰² ne leur semble permettre d'inclure l'enfant non né parmi les bénéficiaires de la protection assurée par ce texte¹⁰³. La Cour constitutionnelle avait été saisie afin d'apprécier la conformité d'une loi autorisant l'avortement dans les trois premiers mois de la grossesse. Le juge autrichien affirme que, sur la base d'une interprétation dite logique, le droit à la vie commence à la naissance. Par là même, la personnalité juridique de l'individu ne prend pas effet avant sa venue au monde.

Le juge constitutionnel français aboutit à la même conclusion par un procédé différent. Le Conseil constitutionnel est saisi à la fin de l'année 1974¹⁰⁴ afin d'exercer un contrôle *a priori* de la constitutionnalité de la loi dite Veil¹⁰⁵ relative à l'interruption volontaire de grossesse. Les requérants allèguent que la nouvelle loi, qui autorise l'avortement avant la fin de la dixième semaine de grossesse lorsqu'une femme enceinte se trouve dans une situation de détresse, viole simultanément trois textes fondamentaux. En premier lieu, le Préambule de la Constitution de 1958 selon lequel « tout être humain [...] possède des droits inaliénables et sacrés ». Selon les députés et sénateurs requérants, s'il est permis de contester à l'embryon la qualité de « personne » humaine, telle n'est pas le cas de sa qualité d' « être humain ». En deuxième lieu, la loi violerait le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui affirme que la nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, [...] la protection de la santé ». Enfin, les nouvelles dispositions seraient contraires à l'article 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui proclame un droit de toute personne à la vie. Ainsi que le souligne M. Robert¹⁰⁶, ce ne fut pas une tâche facile qui fut confié aux Sages français puisque la rédaction de la loi Veil fut l'occasion d'un « déchainement de passions, [d'excès], inadmissibles de langage [et de] procès d'intentions instruits de part et d'autre ». Si notre auteur félicite le juge constitutionnel de s'être refusé à la « tentation politique », il regrette un manque d'audace en ce que le Conseil n'a point accepté d'étendre sa compétence aux stipulations d'un traité international. Dans un premier considérant, le Conseil constitutionnel rappelle ne pas jouer le rôle de second Parlement et doit se limiter à apprécier les dispositions à l'aune du droit. Il n'est pas de son ressort d'évaluer la légitimité de la loi autrement qu'au regard de sa conformité à la

¹⁰² La Convention européenne a, en vertu de la législation autrichienne, la même autorité qu'une loi constitutionnelle.

¹⁰³ Théo OHLINGER, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux : Cour constitutionnelle autrichienne », in *R.I.D.C.*, 1981, pp558 et seq.

¹⁰⁴ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, « Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse », [Conformité].

¹⁰⁵ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

¹⁰⁶ Jacques ROBERT, « La décision du Conseil Constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse », in *R.I.D.C.*, 1975, pp 873 et seq.

constitution. Dans un second temps, il se refuse à opérer un contrôle de conventionnalité puisque cette compétence n'est pas prévue par l'article 55 de la Constitution. Il se déclare donc incompetent à la question de savoir si « toute personne » au sens de la Convention inclut l'enfant conçu. En revanche, concernant les textes constitutionnels de droit interne, le Conseil estime qu'en ce qu'il s'agit d'une loi de liberté dont chacun est libre de ne pas disposer, et que, celle-ci étant assortie de conditions légales, l'atteinte portée au principe du respect de la vie d'un être humain n'est pas inconstitutionnelle. Aussi observe-t-on que la qualité d'être humain de l'enfant avant la naissance n'est pas remise en question. En revanche, sa personnalité juridique fait défaut et ne débute qu'à la naissance. En cela, la solution française diffère de la solution canadienne qui se montre moins nuancée.

En 1982, est promulguée la Charte canadienne des droits et libertés¹⁰⁷ dont l'article 7 affirme que « chacun a le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». Avec l'avènement de la Charte, la constitutionnalité de l'article 251 du code criminel canadien qui légalise l'avortement thérapeutique est attaquée de toutes parts, ses opposants tentant de faire valoir qu'il porte atteinte au droit du fœtus à la vie. Aussi le juge canadien devait-il apprécier si le terme « chacun » incluait l'enfant non né. Un premier arrêt rendu en appel¹⁰⁸ affirme que le terme en question n'inclut pas le fœtus. Plus encore, les juges affirment que l'enfant ne devient un être humain doué de droit que s'il est sorti vivant du sein de sa mère. Cette décision est confortée par un arrêt de la Cour Suprême rendu dans le cadre de l'affaire *Tremblay contre Daigle*¹⁰⁹ qui postule que « le fœtus ne jouit pas du droit à la vie, droit reconnu à un être humain, soit un enfant sorti vivant du sein de sa mère ». La Cour Suprême canadienne décide ainsi de ne laisser aucune marge de manœuvre et dissipe le flou autour de la figure prénatale en lui excluant clairement toute personnalité juridique avant la naissance, et même son essence humaine. On peut s'interroger si l'exclusion de toute humanité au fœtus est le fruit d'un abus de langage du juge nord-américain ou l'aboutissement d'une réflexion consistant à exclure toute possibilité d'appliquer des normes de droit commun à l'enfant à naître.

Au-delà de l'intuition commune qui consiste à percevoir l'humanité dont est porteuse le fœtus et la fragilité de sa condition, la reconnaissance juridique formelle de son existence en

¹⁰⁷ Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.)].

¹⁰⁸ *Borowski v. Canada (Attorney General)* (1987), 33 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Sask.).

¹⁰⁹ *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

tant que sujet de droit se montre infiniment plus timorée, en raison des questions idéologiques qu'elle sous-tend. La reconnaissance au sens donné par M. Garapon¹¹⁰ consiste à voir en une personne juridique son égal. Or, en ce que le sort du fœtus, personne potentielle, est intimement et biologiquement lié à celui de la porteuse, il n'est pas souhaitable qu'il dispose de droits susceptibles de prendre le pas sur ceux de la mère, personne née et actuelle. C'est pourquoi les législateurs nationaux optent pour une protection pénale médiate de l'enfant non né, par le prisme de textes particuliers régissant le fœtus ou l'embryon, ou par le biais d'une protection renforcée de la femme enceinte.

¹¹⁰ A. GARAPON : « *la reconnaissance juridique est la réaffirmation d'une identité postulée ("vous êtes un homme comme moi, donc doté d'autant de droits que moi")*, attribuant à chacun une place identique dans l'espace public », *op. cit.*

Chapitre 2. Une protection pénale indirecte de l'enfant à naître

« A la vérité, l'embryon (ou le fœtus) n'est pas un sujet du Droit pénal. Bien entendu, la nature lui refuse la possibilité d'être envisagé comme auteur et le Droit positif lui refuse, le plus souvent, la possibilité d'être retenu comme victime. Dans ces conditions, traiter de la place de l'embryon en Droit pénal paraît relever de la gageure »¹¹¹. Si c'est en ces termes que le juriste ouvre son propos, il se ravise aussitôt pour le nuancer. L'exclusion du monde des victimes ne s'opère en réalité que sur le terrain des infractions d'imprudence. En effet, c'est à double titre que les droits pénaux déploient un cadre protecteur autour de l'être prénatal. Il s'agit à la fois de prémunir la personne humaine potentielle qu'abrite l'œuf humain fécondé des atteintes à sa dignité (section 1), ainsi que d'entourer la femme enceinte de prérogatives protectrices renforcées en raison de sa vulnérabilité accrue (section 2).

Section 1. Protéger le fœtus de son instrumentalisation

« Tout se passe comme si la protection de l'embryon et du fœtus n'était que l'objet d'un encadrement gestionnaire, une gestion d'intérêts, une gestion de projets : intérêt de l'embryon et du fœtus pour la réalisation d'un projet parental, intérêt de l'embryon et du fœtus pour la réalisation d'un projet scientifique »¹¹². Nous rejoindrons l'article dans sa binarité. Les récentes évolutions qui ont accompagné une meilleure connaissance de la vie anténatale ont concouru à renforcer sa fragilisation. En effet, les progrès médicaux qui permettent de mieux appréhender la vie en formation sont tentés d'en faire un objet d'expérimentations. Dans le même temps, la maîtrise de la conception par la science s'est mise au service des demandes des particuliers, que ce soit concernant leur refus de concevoir ou à l'inverse leur désir d'enfanter. Ces évolutions ont conduit à s'alarmer d'une « approche consumériste de la médecine », nécessitant une intervention du droit¹¹³. C'est pourquoi les systèmes juridiques nationaux se sont dotés d'un

¹¹¹ G. ROUJOU de BOUBEE, « L'embryon et le fœtus en droit pénal », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2017, vol. 28, n°4, p127.

¹¹² J. LEBORNE, « L'embryon et le fœtus, entre personne et chose, entre science et droit : des protections d'intérêts », *Revue générale du droit on line*, 2020, n° 51180 ; URL : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=51180.

¹¹³ Marie-Thérèse PAIN-MASBRENIER, *Les libertés et les droits en matière de procréation humaine*, thèse de doctorat, université Paris II Panthéon-Assas, 2004, p21.

arsenal normatif afin d'encadrer de tels comportements. Il s'agit de protéger l'embryon et le fœtus tant de l'expérimentation (§1), que des volontés parentales (§2).

§1. Le fœtus, instrument de la recherche

C'est au nom de la dignité que la majorité des Etats ont encadré la recherche et les pratiques scientifiques sur l'entité prénatale. Il s'agit de privilégier la sauvegarde de la dignité d'une victime potentielle. Toutefois qu'est-ce que la dignité ? La dignité apparait comme un élément susceptible d'exprimer l'essence d'une personne puisqu'elle lui est nécessairement liée. M. Maurer a pu affirmer que « *la dignité est ce qui fait qu'un être humain est une personne humaine* »¹¹⁴. Pourtant, de cette affirmation de la dignité de l'enfant avant sa naissance ne découle pas l'obligation de lui reconnaître une personnalité juridique. Elle permet néanmoins de fonder des incriminations spécifiques.

Aussi, l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies porte d'une seule voix l'interdiction du clonage, en ce qu'il est contraire au principe de dignité humaine¹¹⁵. Bien que cette déclaration ne comprenne pas d'effet contraignant, nombreuses sont les législations internes qui incriminent cette pratique n'ayant encore jamais fait l'objet de poursuites. Aussi l'article 214-2 du code pénal français réprime-t-il de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Le monde occidentale connaît un consensus autour de la question du clonage reproductif. Ainsi, une loi belge de 2003¹¹⁶ le réprime-t-il, de même qu'aux Etats-Unis la chambre des représentants a voté l'interdiction du clonage humain à des fins tant thérapeutiques que reproductives. De même, concernant les pays arabo-musulmans, l'Académie islamique de fiqh (Jeddah) et l'Organisation islamique pour les sciences médicales ont interdit en 1997 toute forme de clonage humain¹¹⁷. Cette incrimination est perçue par certain comme « un crime contre la dignité de l'homme » et serait « au niveau de la personne, l'équivalent de ce qu'est le crime contre l'humanité au niveau collectif »¹¹⁸.

¹¹⁴ B. MAURER, « Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachevée autour d'un thème central », *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, p185.

¹¹⁵ Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains, 8 mars 2005

¹¹⁶ Loi du 28 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, 2003022592

¹¹⁷ « Le clonage humain en droit musulman et arabe », Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh, *Journal International de Bioéthique*, 2009/1-2 (Vol. 20), pages 133 à 159

¹¹⁸ Jean-François Mattei, *Projet de loi relatif à la bioéthique*, Rapport n° 128 (2002-2003), déposé le 15 janvier 2003.

Le droit pénal vient également réprimer les abus des diagnostics prénataux. Le diagnostic prénatal regroupe l'ensemble des pratiques médicales qui visent à analyser l'état physiologique de l'embryon et du fœtus. Il est admis lorsqu'il a pour but de détecter *in utero* une affection grave telle qu'une anomalie génétique ou une malformation congénitale, afin de donner aux futurs parents le choix d'interrompre ou non la grossesse et de permettre une meilleure prise en charge médicale de la pathologie si la grossesse est poursuivie. Toutefois, les législateurs ont pu craindre une dérive eugéniste de la pratique, et ce légitimement puisqu'en Chine et en Inde ont longtemps été autorisées les pratiques de diagnostics anténataux autorisant le fœticide si le fœtus était de sexe féminin¹¹⁹. S'alignant aujourd'hui sur les injonctions supranationales, ces deux Etats incriminent désormais ces dérives d'une peine de 3 ans d'emprisonnement, 30 000 euros d'amende ainsi qu'une interdiction d'exercer pour le praticien. En France, le code pénal¹²⁰ réprime le recours au diagnostic prénatal hors des cas prévus par le Code de la santé publique de deux ans d'emprisonnement et 30 000€ d'amende. C'est également sur le fondement de la dignité qui se rattache à l'être humain que le Conseil de l'Europe estime que le diagnostic préimplantatoire doit se prévenir d'abus qui porterait atteinte au génome humain. Le génome humain est par ailleurs selon l'ONU « *le patrimoine de l'humanité* »¹²¹. De ce fait sont interdites les appropriations collectives des résultats de la recherche dont les enjeux économiques sont considérables.

Enfin, en 1988, le Conseil de l'Europe a pu désigner un Comité d'experts¹²² afin de rendre un rapport concernant les progrès des sciences biomédicales. Celui-ci adopte une position très tranchée concernant la dignité de l'enfant à naître dans son préambule qui affirme que « *l'embryon doit être traité en toutes circonstances d'une manière qui respecte sa dignité humaine* ». Les pays européens se sont pliés à cette formule solennelle en prévoyant des sanctions pénales en cas de violation des principes régissant la recherche sur l'embryon. De telles incriminations sont prévues en Allemagne, Autriche, Espagne, France, Islande, Norvège, au Pays-Bas, Royaume-Uni, en Slovaquie ou encore en Suisse. Aussi observe-t-on un consensus en Europe sur l'absence de recherche sur l'embryon de plus de quatorze jours.

¹¹⁹B. MANIER, « 2. Comment les filles disparaissent », *Quand les femmes auront disparu. L'élimination des filles en Inde et en Asie*, sous la direction de MANIER Bénédicte. Paris, La Découverte, « Poche / Essais », 2008, p. 57-95.

¹²⁰ Articles 510-20 et 510-21, Code pénal.

¹²¹ Article 1^{er} de la Résolution des Nations Unies sur les droits de l'homme et la bioéthique, 11 novembre 1997.

¹²² Comité *Ad Hoc* d'Experts sur la Bioéthique devenu en 1992 le Comité Directeur sur la Bioéthique.

L'interdiction du clonage, ou même de produire des chimères¹²³ en ce qui concerne le droit canadien, de choisir le sexe de l'enfant ou d'effectuer des recherches sur l'embryon passé un certain délai sont autant de manières d'octroyer une protection pénale à l'enfant à naître. Il l'est cependant sous le prisme d'une catégorie juridique particulière, sans personnalité juridique équivalente à celle de l'être né et actuel. Cette ambition de protéger les droits de l'être anténatal se retrouve également dans une législation pénale prolifique sanctionnant une instrumentalisation du fœtus au profit du projet parental.

§2. Le fœtus, instrument du projet parental

La protection pénale de l'enfant prénatal s'observe par le biais d'incrimination qui viennent tant limiter le droit à la procréation (A) que la liberté de ne pas concevoir (B).

A. Les limites à la procréation

A priori, la procréation humaine ne devrait pas concerner le législateur. Toutefois, elle peut désormais être un phénomène médicalement suivi dans laquelle le droit intervient afin d'en aménager les conséquences juridiques. Il s'agit pour le droit, et notamment le droit pénal, de faire prévaloir le droit de l'enfant sur un droit à l'enfant.

Est rigoureusement encadrée l'assistance médicale à la procréation (AMP) qui correspond à l'ensemble des pratiques médicales cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle. Elle se pratique par insémination artificielle, fécondation *in vitro* ou accueil d'embryon. En droit français, le droit pénal intervient afin de sanctionner un irrespect des normes posées par le code de la santé publique¹²⁴ qui posent des obligations quant au lieu où peuvent prendre place les opérations, ainsi que quant aux personnes qui peuvent y recourir. Les restrictions posées au recours à l'AMP ont pour but de préserver l'intérêt de l'enfant, quand bien même celui-ci n'est pas encore né. En effet, il s'agit de pratiquer des interventions médicales dans un cadre sain pour permettre à l'embryon de se développer dans des conditions optimales. De même, la structure du couple ou de la personne capable d'accueillir l'enfant à naître est prise en compte pour autoriser le recours à l'AMP. Aujourd'hui, l'accès est autorisé à « tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou

¹²³ Selon le paragraphe i) 5(1) et l'article 9 de la Loi sur la procréation assistée L.C. 2004, ch. 2, Sanctionnée 2004-03-29

¹²⁴ L'article L2141-2 du Code de la Santé Publique concerne la situation exigée du demandeur à l'AMP ; L'article L2142-1 du Code de la Santé Publique concerne les établissements de santé habilités.

toute femme non mariée », et cette limitation est le fruit d'une réflexion du législateur qui souhaite que l'enfant soit accueilli dans un environnement stable et propice à son épanouissement. L'encadrement par le droit pénal, qui vient sanctionner tout manquement aux prescriptions du Code de la Santé Publique est l'illustration de la capacité du droit pénal à prendre en considération les besoins d'un être qui n'est pas encore doté de personnalité juridique. Par ailleurs, la sanction n'est pas conditionnée à la naissance de l'enfant. Aussi n'est-il pas un élément préalable à l'infraction que le fœtus soit arrivé à terme et né vivant et viable. De là, s'offrent à nous deux hypothèses. Il s'agit de sanctionner le professionnel qui a manqué de déontologie. Toutefois, la peine qui s'élève à deux ans d'emprisonnement et 30 000€ d'amende paraît élevée pour blâmer le comportement désobéissant d'un professionnel. Ou bien il s'agit de punir une mise en danger de la personne potentielle. Quoiqu'il en soit, le droit pénal français n'est pas le seul à réglementer le recours à l'assistance médicale à la procréation. En droit allemand, c'est même une loi pénale unique, en date de 1990 sur la protection de l'embryon¹²⁵ qui détermine le cadre législatif de l'AMP. Les lacunes qu'elle comporte se voient en partie comblées par les directives de l'Ordre fédéral des médecins¹²⁶. Aussi, l'Allemagne réserve-t-elle la procréation aux couples hétérosexuels et prohibe explicitement l'insémination et le transfert d'embryons *post-mortem*. Plus libérales, les législations espagnoles et anglaises sont exemptes de lois pénales en matière d'assistance médicale à la procréation¹²⁷. Il convient de remarquer qu'aucun de ces textes ne se risquent pour autant à doter l'embryon d'un statut juridique complet, bien que l'Allemagne assimile l'embryon à une personne.

En revanche, le droit pénal peine à intervenir sur le front de la gestation pour autrui (GPA) pour protéger l'enfant non encore né de ce qu'il considère comme des atteintes potentielles. La GPA est le fait pour une femme, désignée sous le nom de « mère porteuse », de porter un enfant pour le compte de « parents d'intention » à qui il sera remis après la naissance. Il s'agit d'une forme spécifique d'assistance médicale à la procréation qui consiste à implanter dans l'utérus de la mère porteuse un embryon issu d'une fécondation *in vitro*. Cette pratique est l'objet de nombreuses indignations, notamment au regard de la disponibilité du corps humain qu'elle sous-tend. Il est pourtant intéressant de constater qu'elle ne fait l'objet d'aucune incrimination

¹²⁵ Loi fédérale allemande du 13 décembre 1990 sur l'embryon, entrée en vigueur le 1er janvier 1991

¹²⁶ « L'accès à l'assistance médicale à la procréation », Sénat – division des études de législation comparée, in *Les documents de travail du Sénat – Série législation comparée*, janvier 2009, LC 193, p9-10

¹²⁷ « L'assistance médicale à la procréation et la recherche sur l'embryon », Sénat, *Étude de législation comparée* n° 75 - mai 2000, https://www.senat.fr/lc/lc75/lc75_mono.html#:~:text=La%20loi%20f%C3%A9d%C3%A9rale%20du%2013,d'un%20statut%20juridique%20complet.

dans le monde. Lorsqu'elle est interdite, elle l'est sur le fondement de nullité contractuelle, notamment en France¹²⁸, qui tend perpétuellement à connaître de plus en plus d'exceptions, en raison de l'intérêt de l'enfant ou de son droit à la vie privée comme en témoigne la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹²⁹. Les autres pays européens qui interdisent la GPA sont l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie ou encore le Luxembourg. A l'inverse, des pays à la politique plus libérale autorisent le recours aux mères porteuses à savoir le Danemark, les Pays-Bas, la Russie, la Grèce, le Canada, certains pays américain ou encore l'Inde. Une proposition de loi en faveur de l'insertion d'une disposition dans le code pénal sanctionnant le recours à la GPA a été enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 février 2022¹³⁰. Toutefois, que ce soit sa légalisation ou sa pénalisation, la pratique fait aujourd'hui l'objet d'un *statut quo* dans le débat national, en ce que chacune des deux solutions apportent son lot d'atteintes pour l'enfant ou pour la mère porteuse.

On observe qu'à travers le monde, et plus particulièrement au sein des sociétés occidentales, les actes concernant le fœtus et l'embryon sont encadrés par le droit, notamment par le biais d'incriminations pénales qui leur sont spécifiques. Cette manière de procéder, qui s'abstient de faire de l'enfant à naître une personne juridique, a été assumée lors de la légifération de la France dans le domaine de la bioéthique. Ainsi, le président de la section du rapport et des études au Conseil d'Etat a pu commenter qu'il n'était pas question pas de donner un statut à l'embryon humain puisque « [il s'agit là] d'un problème beaucoup plus délicat, [il était donc] nécessaire de traiter l'embryon de façon pragmatique, c'est-à-dire au travers des différents problèmes qu'il peut poser »¹³¹. L'encadrement pénal du statut de l'enfant à naître peut également se déployer par le prisme de la pénalisation de l'avortement.

B. L'encadrement du refus d'enfanter

Il est aujourd'hui possible de mettre fin au processus de gestation par le recours à des pratiques abortives médicalisées. Si des pays continuent de poser une prohibition absolue à l'interruption volontaire de grossesse, la plupart des Etats du monde l'encadre soit à de simples délais, soit à des risques pour la santé de la femme, de l'embryon ou pour des raisons socio-

¹²⁸ Article 16-7 Code Civil selon lequel « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

¹²⁹ CEDH, 26 juin 2014, req. n°65192/11 et n°65941 : obligation de transcription de l'acte de naissance de l'enfant issu d'une GPA sur les registres de l'état civil national.

¹³⁰ Proposition de loi n°5071 visant à rendre juridiquement efficace la prohibition de la gestation pour autrui, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 février 2022.

¹³¹ Interview de Guy BRAIBANT par Jean-Yves NAU pour *Le Monde*, 1^{er} janvier 1992.

économiques. Le droit pénal peut intervenir pour sanctionner le manquement à une obligation qui venait encadrer les pratiques abortives. En France, le droit de recourir à l'avortement est limité à des durées de grossesse précises qui peuvent être supprimées en cas de menaces pour la santé de la femme ou de l'enfant à naître. En cas de manquement à une obligation encadrant l'avortement, aucune disposition du code pénal ne vient sanctionner un acteur ayant pris part à l'acte. Des infractions sont prévues par le code de la santé publique¹³², mais celle-ci ne peuvent s'appliquer à la femme porteuse du fœtus. De la même manière, l'avortement est dépénalisé dans vingt-quatre Etats des vingt-sept Etats de l'Union Européenne.

Telle n'est pas la position allemande. Le législateur allemand dépénalise l'interruption volontaire de grossesse à condition qu'elle soit pratiquée dans un délai de douze semaines de grossesse et que la femme qui souhaite y recourir se soumette à des consultations régulières supposées l'aider à prendre sa décision. Hors ces conditions, la pratique de l'avortement est sanctionnée par l'article 218 (1) du code pénal allemand¹³³ selon lequel « quiconque interrompt une grossesse est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une amende ». Le cas où la femme porteuse du fœtus avorté ne serait pas consentante intervient seulement comme une circonstance aggravante de cette infraction¹³⁴. Dans la mesure où, ainsi que nous l'avons vu précédemment, le juge allemand accorde au fœtus un droit à la vie dès la conception, il peut paraître logique pour le législateur allemand de punir les atteintes à un tel droit.

Nombreux sont les pays qui continuent à pénaliser l'avortement en admettant des restrictions beaucoup moins souples à cette pénalisation que l'Allemagne. Ainsi peut-on citer de nombreux pays d'Afrique, d'Amérique latine ou des Etats fédérés des Etats-Unis depuis le renversement du précédent *Roe v. Wade*. En guise d'illustration, l'article 342 du code pénal chilien punit « d'une peine de prison moyenne » l'interruption volontaire de grossesse commise avec le consentement de la femme ». Ainsi, la législation pénale qui encadre le droit de mettre fin à sa grossesse illustre une protection pénale du fœtus contre les volontés des géniteurs.

¹³² Article L2222-2, Code de la santé publique.

¹³³ Art. 218 (1), Interruption de grossesse, Code Pénal allemand, (§ 218 Schwangerschaftsabbruch (1), Strafgesetzbuch).

¹³⁴ Art. 218 (2), Interruption de grossesse, Code Pénal allemand, (§ 218 Schwangerschaftsabbruch (2), Strafgesetzbuch).

Le déploiement du droit pénal dans le domaine de la procréation n'est pas une intervention naturelle du droit. Dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, nombreux étaient les partisans du laisser-faire qui considéraient que toute intervention législative en la matière était vaine au regard de la continue évolution des progrès médicaux¹³⁵. Toutefois, on observe que la majorité des Etats se sont emparés de la question. Aussi la protection pénale de l'enfant à naître s'opère-t-elle par le biais de dispositions spécifiques qui limitent les pratiques médicales ou des potentielles géniteurs. Là n'est pas la seule manifestation de la protection pénale de l'enfant à naître puisque la myriade de dispositions pénales qui viennent protéger spécifiquement l'intégrité de la femme enceinte peut s'observer comme une protection indirecte de l'enfant conçu qu'elle porte.

Section 2. Protéger la femme porteuse du fœtus

La protection pénale de la femme enceinte s'observe au travers de toutes les législations, que ce soit au travers d'un durcissement de la répression quand la victime de l'infraction présente la vulnérabilité d'être en état de grossesse (§1), ou par une disposition visant spécifiquement les atteintes à la femme enceinte (§2).

§1. Les circonstances aggravantes

La répression accrue des infractions commises à l'encontre d'une femme en état de grossesse est susceptible de procéder d'un double ressort. Il est possible d'y déceler une protection indirecte de l'enfant à naître en ce qui concerne l'incrimination d'actes capable de porter directement atteinte à son intégrité (A). En revanche, certaines circonstances aggravantes n'existent qu'en raison de la vulnérabilité accrue dans laquelle se trouve la femme porteuse du fœtus (B).

A. De la double atteinte à l'enfant conçu et à la génitrice

Les codes pénaux internationaux regorgent d'infractions aggravées par l'état de grossesse de la victime. Celles-ci dépendent soit de l'atteinte effective au fœtus, soit de la connaissance par l'auteur de la vulnérabilité de sa victime.

Faisant le constat d'une double atteinte à l'intégrité de la femme enceinte et de son fœtus, des systèmes pénaux aggravent la répression de l'infraction perpétrée. Tel est le cas du

¹³⁵ J.-L. BAUDOIN et C. LABROUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ?* P.U.F., PARIS, 1987.

droit pénal norvégien qui dispose d'une circonstance aggravante générale qui hausse la répression en cas de « dommage important au corps et à la santé »¹³⁶. Parmi les dommages énumérés que le droit norvégien qualifie d'importants sont compris la mort ou la blessure d'un fœtus à la suite d'une infraction pénale. Aussi, toute infraction pénale qui ressort de la compétence des juridictions norvégiennes peut voir sa répression accentuée si elle a provoqué une atteinte à l'intégrité du fœtus. D'autres droits pénaux étrangers répriment plus hautement l'atteinte au fœtus sans fonctionner sur le fondement d'une forme de circonstance aggravante générale. Ainsi, c'est dans le cadre de la privation de liberté entraînant l'avortement de la femme enceinte que le droit pénal allemand sanctionne l'atteinte à l'enfant non né¹³⁷. Enfin, le code pénal turc se montre particulièrement riche quant à sa gradation dans la répression de l'infraction susceptible de porter atteinte à l'enfant non né. Aussi distingue-t-il pour trois infractions volontaires de droit commun, à savoir l'homicide, la torture, les violences, deux aggravations¹³⁸ selon si l'infraction commise sur la femme enceinte a provoqué la perte de l'enfant à naître ou sa naissance prématurée. Si l'infraction a pour résultat de provoquer l'accouchement prématuré de la femme enceinte, le quantum de la peine encourue par l'auteur des faits est doublé. En revanche, si l'infraction provoque la mort du fœtus, c'est le quantum de la peine aggravée qui est-elle-même multipliée par deux. Ces circonstances aggravantes résultent du dommage effectif subi par l'enfant à naître. Toutefois, ce n'est pas le seul ressort des aggravations liées à l'état de grossesse.

Le droit pénal français multiplie les infractions dont la répression se voit aggravée lorsqu'en est victime une femme enceinte. Certaines incriminations dans leur nature même sont susceptibles d'engendrer un dommage pour l'enfant à naître. Sont porteuses d'un tel risque les infractions de violences, de tortures, de viols, d'agressions sexuelles et bien évidemment de meurtre. Toutes sont assorties d'une aggravation de la répression quand la victime est enceinte¹³⁹. Toutefois, en droit pénal français, l'aggravation de l'infraction suppose la connaissance par l'auteur de l'état de vulnérabilité dans lequel se trouvait la victime. En effet, il est question d'un état de grossesse « apparent ou connue de l'auteur ». Quand bien même ces infractions sont par nature porteuses d'un risque d'atteinte à l'entité prénatale, il semble que ce

¹³⁶ Art. 11. Atteinte importante à l'intégrité physique et à la santé, Code pénal norvégien, (§ 11. Betydelig skade på kropp og helse, Lov om straff).

¹³⁷ Art. 239, Privation de liberté, Code Pénal Allemand (§239 Freiheitsberaubung) ; Art.240, 2 (4), Contrainte, *ibid* (§240 Nötigung, Strafgesetzbuch, 2., (4)).

¹³⁸ Article 82 e), f) ; article 87, 2, f) ; article 89, 2, e) et article 95, 2, e), a), Code Pénal turc (Türk Ceza Kanunu'nun).

¹³⁹ Les dispositions des circonstances aggravantes : article 221-4, 3° (meurtre), article 222-3, 2° (tortures et actes de barbaries), article 222-8, 2° (violences mortelles), article 222-24 (viol), article 222-29 (agression sexuelle), Code Pénal.

ne soit pas tant la protection de cette dernière que la sanction de l'état d'esprit particulier dans lequel se trouvait l'auteur lors de la commission de l'infraction, qui a profité de l'état de faiblesse de sa victime pour la perpétrer. Si le *ratio legis* d'une telle circonstance aggravante peut prêter à confusion concernant les infractions susceptibles de provoquer une double atteinte, d'autres incriminations pour lesquelles elle est prévue dissipent cette ambiguïté.

B. Du profit d'un état de vulnérabilité

En droit pénal français, la vulnérabilité n'est pas une circonstance aggravante générale. Toutefois, elle est prévue de manière quasi systématique afin d'accroître la répression de l'agent pénal particulièrement malveillant. C'est l'exploitation par le délinquant d'une situation de faiblesse permettant de faciliter la commission de l'infraction qui est réprimée¹⁴⁰. Cette hypothèse s'observe par le prisme de la répression aggravée des infractions contre les biens¹⁴¹, des différentes formes de harcèlement¹⁴², de la mendicité¹⁴³, du bizutage¹⁴⁴ ou encore du délit contre les thérapies de conversion¹⁴⁵. La circonstance aggravante s'applique à de nombreuses infractions, mais n'est pas pour autant générale.

Des systèmes pénaux, particulièrement d'Amérique du Sud ont quant à eux opté pour une aggravation automatique de toute infraction commise sur une victime d'une particulière vulnérabilité, incluant la femme en état de grossesse. Aussi le code pénal brésilien prévoit-il que « sont des circonstances qui aggravent toujours la peine [...] le fait pour l'agent d'avoir commis le crime contre un enfant, une personne âgée de plus de soixante ans, un malade ou une femme enceinte »¹⁴⁶. De même, en Moldavie « Constituent des circonstances aggravantes [...] le fait que l'infraction ait été dirigée contre un mineur de moins de 14 ans, contre une femme enceinte ou contre une personne en situation de vulnérabilité »¹⁴⁷. La protection pénale de la femme porteuse du fœtus peut également se manifester au sein d'incriminations dont l'élément préalable suppose exclusivement une victime en état de grossesse.

§2. Les incriminations autonomes

¹⁴⁰ D. VIRIOT-BARRIAL, « Destructions – Dégradations – Détériorations », 2019 (actualisation : Septembre 2021), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, <https://www-dalloz-fr.docelec-u-paris2.idm.oclc.org/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000098/2019-02/SOMMAIRE>

¹⁴¹ Article 313-2, Code Pénal (escroquerie aggravée) ou article 311-5, Code Pénal (vol aggravé).

¹⁴² Article 222-33-2-2, b), 3°, Code Pénal.

¹⁴³ Article 225-12-6, 2°, Code Pénal.

¹⁴⁴ Article 225-16-2, Code Pénal.

¹⁴⁵ Article 225-4-13, 3°, Code Pénal.

¹⁴⁶ Article 61, Code Pénal brésilien.

¹⁴⁷ Article 77, Code Pénal de Moldavie.

Les infractions qui ne peuvent être commises qu'à l'encontre d'une femme porteuse d'un fœtus peuvent une nouvelle fois illustrer une volonté de renforcer la protection d'une personne vulnérable (A). Toutefois, d'autres paraissent ériger le fœtus en victime indirecte par le prisme de la femme enceinte (B).

A. La protection accrue d'une personne vulnérable

En droit pénal français, le fait d'agir au préjudice d'une femme en état de grossesse peut constituer une infraction en tant que tel, notamment le délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse¹⁴⁸ ou le délit de discrimination¹⁴⁹. L'infraction, pour être constituée, suppose que la victime soit une personne vulnérable, ce qui inclut une femme porteuse d'un fœtus. C'est uniquement la protection de la femme vulnérabilisée par sa grossesse qui est ici visée. Toutefois, notre code pénal n'est pas exempt d'une incrimination qui a pour objet l'intégrité du fœtus. Il s'agit de l'interruption illégale de grossesse¹⁵⁰. Le délit est constitué lorsque la grossesse d'une femme enceinte est interrompue, sans son consentement, par des manœuvres, quelle qu'en soit la nature, pratiquées par un tiers dans l'intention de parvenir à ce résultat. Cette incrimination ne peut être rapprochée de celle d'homicide involontaire puisque ainsi que le souligne le Professeur Mistretta, il faut une volonté de l'agent pénal d'aboutir au décès du fœtus par l'emploi de manœuvres abortives¹⁵¹. La répression de la tentative est également prévue afin que l'emploi de telles manœuvres soit sanctionné quand bien même elles n'aboutissent pas à la perte du fœtus. Néanmoins, il est mis l'accent sur le fait qu'il s'agit de l'absence de consentement de la femme porteuse du fœtus qui légitime l'incrimination. Ainsi, cet article peut illustrer la volonté de protéger la libre disposition de la femme sur son corps, à l'instar de la pénalisation de l'entrave à l'interruption volontaire de grossesse¹⁵².

Toutefois, la protection indirecte du fœtus par le prisme de l'incrimination de l'interruption illégale de grossesse, qui ne se limiterait pas à une protection du consentement de la femme enceinte s'illustre dans la répression plus sévère qui est prévue. En effet, l'avortement illégal sans le consentement de l'intéressée est réprimé d'une peine d'emprisonnement de 5 ans et de 75 000 euros d'amende, quand l'entrave à l'interruption volontaire de grossesse est punie de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. Cette répression accrue de l'avortement

¹⁴⁸ Article 223-15-2, Code Pénal.

¹⁴⁹ Article 225-1, Code Pénal.

¹⁵⁰ Article 223-10, Code Pénal.

¹⁵¹ P. MISTRETTA, « interruption volontaire de grossesse » *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Encyclopédie juridique Dalloz*, 2019.

¹⁵² Article L2223-2, Code de la Santé Publique.

non consentie peut illustrer la volonté de protéger d'une double atteinte : celle portée au consentement de la femme en état de grossesse, ainsi que celle infligée à l'intégrité physique de l'enfant conçu.

Quoiqu'il en soit, les deux infractions prévoient en premier lieu la protection du libre arbitre de la femme porteuse du fœtus. Le *ratio legis* de l'incrimination ne vise pas explicitement la sauvegarde de l'intégrité du fœtus. En revanche, d'autres législations ont pu ériger en infraction autonome des actes constitutifs d'un avortement au préjudice de la femme enceinte qui s'illustrent davantage comme une protection indirecte de la vie fœtale.

B. La protection détournée de l'enfant à naître

Des droits pénaux ont érigé en infraction autonome des actes volontaires ayant pour effet de provoquer la perte de l'enfant conçu. Les actes susceptibles de provoquer un tel résultat se montrent particulièrement diversifiés. Ainsi, l'Allemagne érige-t-elle en infraction punie d'une peine privative de liberté de cinq ans le fait, pour une personne « tenue de subvenir aux besoins d'une femme enceinte, de la priver de manière répréhensible d'une telle pension entraînant ainsi l'interruption de sa grossesse »¹⁵³. Quant au code pénal éthiopien, il incrimine la mise en danger d'une femme enceinte par des pratiques traditionnelles dommageables¹⁵⁴. Ainsi est passible d'une peine simple d'emprisonnement de trois mois à un an le fait de masser l'abdomen d'une femme enceinte ou de la secouer pendant son accouchement. Plus généralement, le droit pénal éthiopien réprime toute pratique traditionnelle dont la profession médicale a connaissance du caractère préjudiciable qui cause le décès d'une femme enceinte ou d'un nouveau-né. De même, le code pénal chilien réprime les violences exercées sur une femme dans le but de la faire avorter¹⁵⁵, tandis que le Luxembourg pénalise le comportement de celui qui « par aliments, breuvages, médicaments, violences, manœuvres ou par tout autre moyen aura, à dessein, fait avorter ou tenté de faire avorter une femme enceinte ou supposée enceinte qui n'y a pas consenti »¹⁵⁶. Dans ces systèmes pénaux, le législateur national a pour ambition de sanctionner plus sévèrement celui qui adopte volontairement un comportement qui met en danger l'intégrité de l'enfant conçu.

¹⁵³ Art. 170 (2), Violation de l'obligation alimentaire, Code pénal allemand (§ 170 (2) Verletzung der Unterhaltspflicht, Strafgesetzbuch).

¹⁵⁴ Article 561 (1), Code Criminel Ethiopien.

¹⁵⁵ Article 341, Code Pénal Chilien.

¹⁵⁶ Article 349, Code Pénal Luxembourgeois.

Que ce soit en réprimant le fait de profiter de l'état de faiblesse de la femme porteuse d'un fœtus ou en visant directement la perte de l'enfant en gestation, nombreux sont les droits pénaux protègent effectivement la vie prénatale, quand bien même ils se le refusent dans le cadre d'une infraction d'imprudence.

Selon Mme Bertrand-Mirkovic, « *l'impossibilité de dégager un consensus [autour de la définition de la personne humaine] est le point de départ et l'aboutissement de toute réflexion sur ce sujet* ». Il en est le point de départ, en ce qu'aucun texte supranational, si ce n'est régional, n'ose en dessiner précisément les contours. Tous se contentent de proclamer solennellement des droits inviolables à un destinataire indéfini. Le consensus repose autour du fait qu'il serait impossible d'en trouver un et même le droit de la bioéthique estime que le statut de l'embryon est « *une question éthique, philosophique, culturelle et scientifique qui reste sous l'empire des convictions de chacun* »¹⁵⁷. Pourtant, les droits nationaux, indépendamment du point de départ du droit à la vie qu'ils aient pu consacrer, ont unanimement entouré la question de la vie prénatale de normes protectrices. Aussi peut-on en conclure que la protection pénale n'implique pas nécessairement la reconnaissance d'une personnalité juridique. Les législateurs légifèrent concernant l'embryon ou le fœtus en raison de leur humanité sous-jacente.

Pourtant, en dépit de ce constat, l'absence de personnalité juridique du fœtus redevient un obstacle insurmontable qui rend le droit indifférent à l'être anténatal dans le cadre particulier des violences involontaires entraînant la perte du fœtus. Le refus de pénaliser est un choix notamment opéré par la France. Et quand bien même les juges de la Cour de cassation souhaiteraient que cet état du droit cesse d'être remis en question¹⁵⁸, il s'agit d'illustrer à l'aune des législations internationales que l'indifférence du droit pénal français à la mort du fœtus ne relève pas d'une impasse mais d'un choix du législateur national.

¹⁵⁷ F. GIRAUD, « Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la Bioéthique », *Sénat*, n°128, 15 janv. 2003.

¹⁵⁸ « La protection pénale du fœtus ? N'y revenons plus ! », chronique d'Y. MAYAUD, commentaire du refus de soulever une QPC par l'arrêt Crim. 12 juin 2018, n° 17-86.661, non publié au Bulletin, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2018/4 (N° 4), pages 887 à 899.

Partie 2. Le cas particulier de l'homicide involontaire du fœtus

« De la punition ou de l'impunité, quel est le plus grand scandale ? L'homme démocratique hésite, tergiverse et finalement esquive. Mais la question lui revient comme un boomerang car c'est lui-même qui toujours la relance. »¹⁵⁹. Punir ou ne pas punir l'homicide involontaire du fœtus, telle est la question relancée à chaque nouveau drame impliquant la mort accidentelle d'un enfant à naître suite à la commission d'une faute par un tiers¹⁶⁰. Il s'agit alors constamment, pour la haute instance française de rappeler à l'ordre des juges du fonds zélés, soutenus par une opinion publique courroucée, en énonçant qu'en vertu de l'interprétation stricte de la loi pénale, l'homicide involontaire ne peut être sanctionné à l'égard d'un fœtus. L'absence de pénalisation résulte du refus du juge de poser à la place du législateur français une définition juridique claire de la personne humaine. Toutefois, cette posture, qui résulte d'un choix et non d'une nécessité juridique, ne fait pas l'unanimité internationale et la faute involontaire provoquant la perte par la femme enceinte de l'enfant qu'elle attend constitue une infraction pénale dans diverses législations. L'impunité française n'est donc pas une fatalité. Certes, l'incrimination de la mort d'un être non né comporte des risques que peuvent illustrer les expériences étrangères. Toutefois, une fois ces écueils contournés, elle se révèle juridiquement et criminologiquement pertinente. Dès lors, il s'agit d'étudier l'homicide involontaire du fœtus sous le prisme de sa pénalisation ou de son absence (CHAPITRE 1), pour éclairer les périls et opportunités d'une telle incrimination (CHAPITRE 2).

¹⁵⁹ GARAPON Antoine, GROS Frédéric, PECH Thierry, « Introduction », dans : Antoine Garapon éd., *Et ce sera justice. Punir en démocratie.*, Odile Jacob, « Hors collection », 2001, p. 7-10

¹⁶⁰ Et bien évidemment, très récemment, la très médiatisée affaire Pierre Palmade en est une énième illustration.

Chapitre 1. L'homicide involontaire du fœtus, une infraction variablement reconnue

M. Pradel relevait que presque toutes les juridictions constitutionnelles admettent que la vie de l'enfant à naître est constitutionnellement protégée. Toutefois, il soulignait le fait que cette uniformité dans les principes proclamés ne se retrouvait pas concernant l'infraction spécifique d'homicide involontaire. Désacralisation de la vie humaine, ce refus de pénaliser les faits est perçu par l'éminent juriste comme une « seconde mort de l'enfant conçu »¹⁶¹. Et les divergences entre les législations sont étonnantes au regard de l'accointance économique et culturelle qui peut pourtant exister entre différents pays aux solutions antagonistes.

Il s'agira donc de comprendre les ressorts de l'absence de pénalisation (section 1) avant d'étudier les voies empruntées par les législations refusant de prendre celle de l'impunité (section 2).

Section 1. L'absence de pénalisation

A quelques nuances qu'il s'agira de détailler, le refus de pénaliser l'auteur d'un homicide involontaire sur un fœtus repose sur une interprétation stricte de l'absence de personnalité de l'enfant conçu (§1). Déterminant selon des critères qui leur sont propres l'acquisition de la personnalité par l'enfant, les solutions nationales sont amenées à fonder des condamnations sur des temporalités arbitraires (§2).

§1. Le refus du juge de se faire législateur

Mme Delmas-Marty faisait valoir dans sa réponse à la demande d'avis par la Cour de cassation¹⁶² concernant l'extension de l'homicide involontaire au fœtus qu'aucun Etat d'Europe n'applique l'infraction de droit commun à l'enfant non né¹⁶³ (A). La solution repose sur l'absence de personnalité juridique reconnu au fœtus par le législateur (B).

A. La solution

L'homicide involontaire est unanimement réprimé par toutes les législations. En raison de l'absence de volonté de l'auteur de provoquer le dommage, l'infraction est restreinte au

¹⁶¹ J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu », *Recueil Dalloz*, 2001, p2907.

¹⁶² Comm. Cass. ass. plén., 29 juin 2001, J. SAINTE-ROSE, M.-L. RASSAT et P. SARGOS, *op. cit.*

¹⁶³ En effet, les pays européens qui l'incriminent opèrent à partir d'une incrimination spécifique.

champ délictuel ou des *low-level felonies* pour les pays du Common-Law. Toutefois, aucune législation européenne n'étend l'infraction au cas de l'enfant à naître. En effet, la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans un arrêt du 29 juillet 1988¹⁶⁴ est amenée à se prononcer sur la question concernant la faute d'un gynécologue qui, par une erreur de diagnostic, provoque la mort d'un bébé non encore né. La haute instance germanique affirme qu'il n'y a aucune possibilité de retenir cette incrimination en ce qui concerne le fœtus, qu'elle désigne par ailleurs par la périphrase « *Leibesfrucht* » qui signifie « *fruit corporel* ». En cela, la Cour exprime son refus d'opérer une distinction entre l'atteinte portée à la mère et celle infligée à son fœtus dans le cadre de l'atteinte involontaire. La solution peut paraître étonnante en ce que l'Allemagne maintient une politique stricte vis-à-vis du droit de recourir à l'avortement en le justifiant par le fait que « la femme doit être consciente qu'à chaque stade de la grossesse, l'enfant à naître a un droit à la vie »¹⁶⁵. Le droit pénal allemand exige de la femme allemande qu'elle ne recourt à l'interruption volontaire de grossesse qu'en des cas exceptionnels qui « dépassent le seuil raisonnable de sacrifice ». En revanche, le droit à la vie de ce même enfant ne justifie pas une reconnaissance par le droit pénal de son décès provoqué par la faute d'un tiers, quand bien même la femme porteuse du fœtus était désireuse de mener sa grossesse à terme. Sans formelle contradiction juridique, cette situation illustre une incohérence politique.

La Belgique, la Suisse et le Luxembourg ne reconnaissent pas non plus pénalement l'homicide involontaire du fœtus. Les trois législations limitent la personnalité juridique au commencement de l'accouchement. Le Luxembourg reconnaît cependant la mort du fœtus survenu suite à des violences volontaires commises sur la femme en état de grossesse. En revanche, la Belgique, à l'instar de la France, fait état d'un vide juridique en cette situation. Récemment ébranlée par le décès d'un fœtus de 8 mois sous les coups de son père, une proposition de loi visant à mettre fin à cette impunité a été déposée le 8 février 2023.

Le législateur canadien s'est également interrogé à l'aune des législations européennes sur la pertinence d'incriminer l'homicide involontaire sur le fœtus. Les textes sont silencieux et la jurisprudence exclut la possibilité d'étendre l'infraction au cas de l'enfant à naître. En mars 2010, une proposition de loi envisageant l'incrimination spécifique du décès du fœtus par la faute d'un tiers a été déposée mais n'a pas fait l'objet d'une seconde lecture au Parlement¹⁶⁶.

¹⁶⁴ NJW 1988, 2945, BVerfG: *Fahrlässige Schädigung einer Leibesfrucht*, Beschluß vom 29.07.1988

¹⁶⁵ Art. 2019 (1), Conseils aux femmes enceintes en situation d'urgence et de conflit, Code pénal Allemand, (§219, (1), Beratung der Schwangeren in einer Not- und Konfliktlage, Strafgesetzbuch).

¹⁶⁶ C-484, *Unborn Victims of Crime Act*.

Au regard des vides juridiques et des jurisprudences rejetant l'application du délit d'homicide involontaire au fœtus, « il [manquerait] à l'être qui n'est pas encore venu au monde la dimension d'altérité qui fait de chacun de nous à la fois un être responsable et une victime potentielle »¹⁶⁷. Et la France s'inscrit dans ce raisonnement. Néanmoins, dans un premier temps, les juridictions françaises du fond ont condamné des individus pour homicide involontaire sur la personne d'un enfant non né. En effet, celui-ci pouvait être victime d'un homicide puisque, concernant un enfant mort pendant un accouchement, la Cour a pu affirmer que « pour n'avoir pas encore respiré, l'enfant n'en a pas moins vécu de la vie intra-utérine »¹⁶⁸. De même, dans un contexte similaire, des juges d'appel énoncent qu'« il suffit pour caractériser le délit d'homicide involontaire, que l'atteinte à la personne ait porté sur un être humain, même non séparé du corps de la mère, dès l'instant qu'il était venu à terme viable »¹⁶⁹. De cette manière, entre en jeu le critère de viabilité encore à l'œuvre dans notre droit actuel comme condition nécessaire à la reconnaissance de la personnalité juridique. Les arrêts en ce sens se multiplient jusqu'à l'intervention en 1999 de la chambre criminelle qui, rendant un arrêt lapidaire, exclut l'atteinte à la vie *in utero* des prévisions du délit d'homicide involontaire. La solution demeure toutefois floue, sans explicitation précise quant à la possibilité d'étendre l'homicide involontaire au fœtus mort *in utero* mais viable avant la survenance de la faute. Afin de mettre fin aux imprécisions, la Cour de cassation en Assemblée Plénière prend finalement une position ferme et définitive le 29 juin 2001 dans lequel elle énonce la sacrosainte formule selon laquelle « le principe de 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 étendu au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus »¹⁷⁰. Ainsi, la haute instance française rend le critère de viabilité indifférent à la matière pénale et inscrit sa démarche dans le principe de légalité, à l'instar notamment de la juridiction allemande.

B. Le raisonnement

Ainsi que le relève M. Dreyer¹⁷¹, si, en droit civil, un vide juridique qui choque la morale peut se voir combler par le juge civil, auquel on reprocherait autrement de commettre un déni

¹⁶⁷ F. DREIFUSS-NEITER, « La protection de l'être humain avant la naissance », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 89.

¹⁶⁸ Cour d'appel de Douai, 16 mai 1882, S., 1883.II.153.

¹⁶⁹ Cour d'appel d'Amiens, 28 avril 1964, *Gaz. Pal.*, 1964.2.167.

¹⁷⁰ Cass. ass. plén., 29 juin 2001 : JurisData n° 2001-010321 ; Bull. crim. n° 165 ; JCP G 2001, 10569, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note M.-L. Rassat ; D. 2001, p. 2917, note Y. Mayaud.

¹⁷¹ E. DREYER, *op. cit.*, p.431 à 450.

de justice, le juge pénal doit renoncer à la répression face à un tel cas en vertu de l'adage *nullum crimen sine lege*. En toutes hypothèses, c'est le principe sur lequel se reposent les juges pénaux des législations vues précédemment. Aussi, le juge constitutionnel allemande vise-t-il expressément le principe de légalité au visa de l'article 103 II de la loi fondamentale allemande pour justifier l'interprétation restrictive de la loi pénale qui a conduit à rejeter les poursuites intentées dans des cas de décès prénatal résultant de la faute non intentionnelle d'un tiers. Dans la même veine, le juge français refuse de statuer en dehors du cadre légal, puisque, comme il l'énonce lui-même « il sortirait manifestement de son rôle s'il le faisait, risquant de s'ériger en moraliste ou en philosophe »¹⁷². C'est pourquoi la Cour de cassation refuse que le terme « autrui » de l'article 221-6 du code pénal puisse s'appliquer à l'enfant à naître. Ce terme ne donne pas lieu à une définition en matière pénale et pour M. Dreyer, il faut le comprendre comme désignant « un prochain, un autre que soi-même »¹⁷³. Ainsi, la différence de nature entre l'être non né dépourvue de personnalité juridique et la personne physique actuelle justifie le refus d'extension de l'incrimination. Les occurrences à autrui ne manquent pas dans le code pénal, que ce soit dans la partie générale ou la partie spéciale. Sa fréquence la plus récurrente demeure toutefois pour les infractions contre les personnes, et en cela autrui semble désigner une personne vivante ayant acquis la personnalité juridique. Toutefois, l'interprétation stricte de la loi pénale n'est pas une astreinte rigide à laquelle se soumet systématiquement la chambre criminelle. Aussi a-t-elle pu dans le célèbre arrêt *Perdereau* de 1986¹⁷⁴ étendre le terme « autrui » de l'article 221-1 du code pénal au cadavre. Ainsi, un être déjà mort a-t-il pu être victime d'une tentative de meurtre. Pourtant au sens juridique du terme, le cadavre n'est plus une personne, il n'a plus de personnalité juridique, et donc il ne devrait plus avoir de droits, puisqu'il est devenu « une chose ». Par ailleurs, celui-ci fait également l'objet de textes spéciaux dans une section IV du code pénal relative « aux atteintes au respect dû aux morts ». Aussi, retrouve-t-on la même configuration que pour l'atteinte à l'intégrité du fœtus, mais une réponse jurisprudentielle diamétralement opposée.

Pour les législations belges ou pour les juges du Common Law, la solution ne découle pas d'une interprétation stricte de la loi pénale mais de la stricte absence de personnalité juridique du fœtus. En cela, le législateur témoigne d'une position à laquelle le juge ne peut se permettre de déroger. Aussi le juge belge se montre-t-il ferme. Les contours de l'application *ratione personae* de l'homicide involontaire ont été tracés à l'occasion d'un arrêt de la Cour de

¹⁷² Cour d'appel de Paris, 15 février 1996 cité par crim, 5 mai 1997 bull n°168.

¹⁷³ E. DREYER, *op. cit.*

¹⁷⁴ Crim, 16 janvier 1986, 85-95.461, Publié au bulletin.

cassation belge en date du 11 février 1897¹⁷⁵. La personnalité juridique s'applique à l'enfant naissant soit au moment de l'accouchement et pas avant. 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 ». Il ne faut pas 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.

En ce qui concerne le Royaume Uni, est appliquée la règle issu du Common Law de la *born alive rule*. En vertu de cette règle, les crimes tels que le meurtre ou les violences ne peuvent s'appliquer qu'à un enfant né et vivant. Si les Etats Unis n'appliquent pas cette règle au niveau fédéral, laissant ainsi les Etats fédérés légiférer selon s'il leur convient de l'appliquer ou non, elle est cependant appliquée au Royaume-Uni ainsi qu'au Canada. La jurisprudence *Iby* de la Court of Appeal de Grande-Bretagne¹⁷⁶ pose deux conditions en 1953 pour considérer l'enfant comme une personne juridique. Il faut qu'il soit extrait du sein maternel et vivant, capable de mener une existence indépendante.

Que ce soit par le prisme de la *born alive rule*, de l'enfant naissant ou de l'interprétation stricte de la loi pénale, toutes les juridictions ont refusé de s'ériger en législateur. Toutefois, c'est au risque de soumettre la pénalisation à une temporalité contestable. En effet, tous ces raisonnements font naître des inégalités entre le fœtus mort sans personnalité et celui qui venait d'en être doté, sans que cette distinction juridique ne soit fondée ni ontologiquement ni médicalement.

§2. La conséquence : une pénalisation soumise à une temporalité arbitraire

A. La born alive rule

¹⁷⁵ Cass., 11 février 1897, J.L.M.B., 1987

¹⁷⁶ Court of Appeal in *Iby*, above n2 at 285-87: « *A baby is fully and completely born when it is completely delivered from the body of its mother and it has a separate and independent existence in the sense that it does not derive its power of living from its mother. It is not material that the child may still be attached to its mother by the umbilical cord ... But it is required that the child should have an existence separate from and independent of its mother, and that occurs when the child is fully extruded from the mother's body and is living by virtue of the functioning of its own organs* ».

Les juridictions du Common Law qui recourent à la *born alive rule* ont besoin de prouver que l'enfant a pu vivre indépendamment de sa mère pour engager des poursuites pour homicide involontaire contre l'agent fautif. Telle est la démarche notamment entreprise dans l'affaire *Iby* vue précédemment. Pour ce faire, les juges s'appuient sur un faisceau d'indices, en l'occurrence le fait que l'enfant ait respiré à l'aide d'un respirateur, que ses poumons ont fonctionné en ce qu'ils oxygénaient le sang du fœtus et enfin au vu du fait que son cœur a pu battre pendant au moins deux heures après sa naissance. Aussi, la *Court of Appeal* a-t-elle pu conclure qu'il y avait des « signes de vie suffisants » permettant de recourir à l'incrimination d'homicide involontaire. Toutefois, des membres de la doctrine britannique s'érigent à l'encontre de cette règle qu'ils estiment datées et utilisées à mauvaise escient. En effet, le juge y a recours comme si cette règle permettait de donner une « définition substantielle de l'être humain »¹⁷⁷. Or, éminemment probatoire, cette règle est le « produit de la technologie médicale primitive » et s'explique par « le taux élevé de mortalité infantile caractéristique d'une longue époque passée »¹⁷⁸. En ce que de nos jours, les techniques scientifiques permettent de déterminer l'acte à l'origine du décès du fœtus, la règle probatoire d'antan n'a plus de raison d'être et apparaît arbitraire. En effet, un acte générateur de la mort de l'enfant à naître peut demeurer impuni si l'enfant ne peut être considéré comme ayant eu une existence indépendante de sa mère. Cette règle s'érige donc en obstacle à des poursuites contre des actes fautifs et constitutifs d'un homicide fœtal. D'ailleurs, l'abandon massif de la *born alive rule* aux Etats-Unis illustrent la politique favorable aux poursuites de nombreux Etats fédérés¹⁷⁹.

B. L'enfant naissant

La Cour de cassation belge se calque sur l'incrimination d'infanticide¹⁸⁰ pour déterminer, au regard du droit pénal, le point de départ de la personnalité juridique de l'enfant naissant permettant l'incrimination d'homicide volontaire, comme involontaire. Aussi, peu importe que l'enfant ait respiré ou non, qu'il ait connu une vie extra-utérine ou pas, tant qu'il a trouvé la mort au cours de l'accouchement¹⁸¹. Cette solution est clairement affirmée dans l'arrêt du 11 février 1987 dans lequel la Cour consacre par la même occasion l'autonomie de la notion de personne en droit pénal selon laquelle « aucune décision pénale ne peut être dictée par le simple

¹⁷⁷ Cette analyse émane notamment de Kristin SAVELL, "Is the Born Alive Rule Outdated and Indefensible", 28 Sydney L. REV. 625 (2006).

¹⁷⁸ Clarke FORSYTHE, "Homicide of the Unborn Child- The Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms" (1987) 21 *ajporaiso t* LR 563.

¹⁷⁹ Par exemple au Massachussetts, en Caroline du Sud ou en Oklahoma.

¹⁸⁰ Article 301, Code Pénal belge de 1810.

¹⁸¹ Cour d'appel de Gand, 1^{er} février 1882, *Pas.*, 1882, II, p242.

souci de respecter des catégories juridiques extérieures à la matière ». Aussi, la personnalité juridique pénale de l'enfant naissant intervient-elle dès les premières douleurs ressenties par la patiente. Toutefois, cette extension de l'homicide involontaire limitée à l'accouchement ne peut donc concerner que des fautes commises par le personnel médical. Pour un accident mortel pour le fœtus mais intervenu avant les premières contractions, il s'agira de démontrer que l'enfant était viable avant les faits et qu'il est né vivant.

C. La mort *ex utero*

La solution française diffère du raisonnement belge en ce que la viabilité est écartée. De même, l'accouchement n'entraîne pas automatiquement la reconnaissance de la personnalité juridique du fœtus qui doit avoir vécu de manière extra-utérine, même un temps infime, avant de trouver la mort pour que l'application d'homicide involontaire s'applique. Aussi le juge français crée-t-il une scission juridique entre le fœtus mort *in utero* ou *ex utero*. Pour illustration, l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 4 mai 2004 se fait le parangon de ce traitement différentiel. Les faits sont les suivants. Une femme dont la grossesse est arrivée à terme est placée dans la salle des naissances d'un centre hospitalier. Dans la nuit surviennent des anomalies cardiaques qui vont en s'aggravant mais dont le personnel médical ne s'inquiète guère. Lorsque le médecin intervient pour procéder par césarienne à l'extraction du fœtus, son décès est constaté : il est mort *in utero*. Une sage-femme est poursuivie pour homicide involontaire et la chambre criminelle reconnaît qu'elle est à l'origine d'une faute. Toutefois, la Cour conclut que « *l'arrêt n'encourt pas la censure dès lors que, l'enfant n'étant pas né vivant, les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale* »¹⁸². A l'inverse, une décision rendue le 24 juin 2014 par cette même chambre confirme l'application de l'homicide involontaire au décès de l'enfant né vivant mais mort immédiatement après sa naissance en raison de complications rencontrées lors de l'accouchement. La doctrine a pu se montrer très critique quant à cette solution, source d'incohérences, qui tient purement aux aléas, au hasard et non à la gravité de la faute commise, au comportement de l'agent pénal. La qualification pénale dépend de la promptitude de l'intervention de tiers et l'auteur des faits aura tout intérêt à ce que le choc produit sur le fœtus soit tellement fort que celui-ci décède *in utero* pour ne pas voir sa responsabilité pénale engagée sur le fondement de l'homicide involontaire. M. Mayaud regrette la rupture d'inégalité en termes de responsabilité que cette distinction arbitraire

¹⁸² Cass. crim., 4 mai 2004 : Bull. crim. n° 108 ; Dr. pén. 2004, comm. 124, note M. Véron ; JCP G 2004, IV, 2264.

engendre¹⁸³. En effet, l'impunité de la mort *in utero* protège les médecins accoucheurs et tous ceux qui ont pour mission de suivre les grossesses tandis que le reste du corps médical doit répondre devant la loi des conséquences pénales qui résultent de leurs imprudences ou négligences. Nous nous permettrons d'apporter une nuance à cette critique en ce que la gynécologie obstétrique est considérée par les jeunes médecins comme une activité médicale à risque et nombreux sont ceux qui refusent de se spécialiser en cette matière de crainte de voir leur responsabilité médicale engagée. En 2004, un gynécologue obstétrique fait l'objet de 11 procès en moyenne au cours de sa carrière¹⁸⁴. Toutefois, M. Mayaud relève que l'inégalité face aux responsabilités médicales n'est pas que d'ordre externe mais revêt un aspect interne « plus déroutant encore ». En effet, la solution jurisprudentielle qui consiste à soumettre à des régimes répressifs différents entre des actes fautifs qui relèvent de faits identiques mais dont les suites diffèrent en raison de circonstances aléatoires, indépendantes de la volonté de l'auteur témoigne d'une incohérence injustifiée.

En l'absence de définition claire du droit à la vie et du commencement de la personnalité juridique, le juge tâtonne pour délimiter le champ d'application de l'homicide involontaire. Toutefois, les solutions paraissent arbitraires au regard des connaissances médicales actuelles et sources d'injustices. M. Doucet rappelle la spécificité et l'autonomie de la matière pénale qui « protège la personne humaine envisagée sous ses différents attributs naturels pris en eux-mêmes », peu important que « la victime n'ait pas reçu d'état civil et n'existe pas aux yeux de l'administration »¹⁸⁵. C'est pourquoi d'autres législations se sont plus naturellement tournées vers la pénalisation de l'homicide involontaire du fœtus, en ce qu'il caractérise une atteinte à un être humain, indépendamment de ses qualifications juridiques.

Section 2. Le choix de la pénalisation

Afin que la mort de l'enfant conçu accidentellement causée par un tiers ne demeure pas impunie, les Etats ont pu agir sous trois prismes. Le premier consiste à raisonner à partir de l'infraction de droit commun et suppose une reconnaissance juridique de la personne humaine

¹⁸³ Y. MAYAUD, « Art. 1er - Dimension humaine de l'atteinte (protection pénale du fœtus) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale / Violences involontaires : théorie générale Pén.* – Mis à jour de mars 2022, §49 à 43.

¹⁸⁴ M.-T. PAIN-MASBRENIER, *op. cit.*, p3.

¹⁸⁵ J.-P. DOUCET, *Gaz. Pal.*, 1999.1.chron.crim., p9.

avant sa naissance (§1). Une deuxième solution repose sur la consécration d'incriminations spéciales qui confèrent au fœtus un statut particulier mais autre que celui de la personne juridique (§2). Enfin, n'intervenant qu'à titre de dommage et sans supposer de reconnaissance juridique particulière, le décès de l'être *intra-utero* peut constituer une circonstance aggravante (§3).

§1. Par le prisme de l'infraction de droit commun d'homicide involontaire

L'extension de l'homicide involontaire à l'enfant à naître est une solution que tous les pays européens ont écartée. En revanche, sur le continent américain, des législations du Nord (A) comme du Sud (B) ont pu opter pour l'incrimination de la mort prématurée du fœtus.

A. Aux Etats-Unis

Depuis le renversement du précédent *Roe v. Wade*, les Etats fédérés peuvent légiférer concernant la personnalité fœtale et cette redéfinition de la personnalité est allée de pair avec une extension de la répression des atteintes faites à l'intégrité du fœtus. Ce ne sont pas moins de trente-huit Etats étasuniens qui se sont dotés de lois répressives à l'encontre des fœticides et permettent l'engagement de poursuites pénales pour toute acte ayant provoqué la fin de la grossesse. Parmi eux, vingt-et-une législations¹⁸⁶ étendent la reconnaissance pénale de la victime au zygote¹⁸⁷, à l'embryon et au fœtus qui pourront ainsi être victimes d'homicide. Que l'homicide soit volontaire ou résulte d'une maladresse ou imprudence, il peut tomber sous le joug de la pénale de l'Etat fédéré en question.

Toutefois, même dans les Etats où les lois sur l'homicide fœtal interdisent l'engagement de la responsabilité pénale de la femme enceinte pour la perte de son fœtus, il arrive tout de même que des procureurs zélés engagent des poursuites, certes vouées à échouer mais profondément traumatisantes¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Alabama, Arizona, Arkansas, Georgia, Idaho, Iowa, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, New Hampshire, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Wisconsin.

¹⁸⁷ Correspond à l'ovule qui vient d'être fécondé par le spermatozoïde, avant la phase de nidation qui intervient au 6^{ème} jour.

¹⁸⁸ R. GRAHAM, *Pregnancy Justice, Who Do Fetal Homicide Laws Protect? An Analysis for a Post-Roe America*, August 17, 2022, <https://www.nationaladvocatesforpregnantwomen.org/who-do-fetal-homicide-laws-protect-an-analysisfor-a-post-ro-america/>.

B. En Amérique latine

L'extension de l'homicide involontaire au cas du fœtus n'est pas propre à toute l'Amérique latine mais subsiste en de certaines Etats d'Amérique centrale. Au Salvador ou en Haïti, l'avortement est toujours considéré comme un crime et la loi incrimine la fausse couche au titre d'homicide, aussi bien volontaire qu'involontaire¹⁸⁹. L'incrimination est extrêmement liée avec la politique répressive menée par les Etats contre le droit de recourir à l'avortement. On observe une large tendance de l'Amérique du Sud à pénaliser l'interruption de grossesse, volontaire ou non. Parmi les sept derniers pays du monde à interdire totalement l'avortement, six sont latins américains¹⁹⁰.

A l'aune des expériences américaines, l'incrimination de l'atteinte involontaire à la vie du fœtus par le prisme de l'infraction de droit commun apparaît comme particulièrement attentatoire à la liberté de la femme et systématiquement liée à une prohibition sévère de l'avortement. Finalement, l'homicide involontaire n'est étendu à l'enfant non né qu'en ce que l'homicide volontaire l'est aussi et parce que l'avortement est rigoureusement pénalisé. La crainte de cette confusion a pu inciter les Etats, notamment européens, à répondre aux actes fautifs entraînant la mort d'un enfant avant sa naissance par le biais de dispositions spécifiques.

§2. Sous l'angle d'incriminations autonomes

La perte du fœtus résulte la plupart du temps d'une imprudence commise par le corps médical ou fait suite à un violent accident de la circulation¹⁹¹. Aussi des législations ont-elles fait le choix de restreindre l'incrimination à un certain contexte ou un certain degré de gravité (A). D'autres législations se contentent d'aggraver la répression dans de tels cas, étendant ainsi l'application de l'incrimination (B).

A. Les restrictions

Lorsque les violences ne sont pas exercées volontairement à l'encontre de la femme enceinte, elles résultent d'une faute d'un agent pénal capable d'exercer une influence sur la grossesse de la femme concernée. C'est donc naturellement que le personnel obstétrique est

¹⁸⁹M. HINRY, « Alors que le droit à l'avortement recule aux États-Unis, il avance (doucement) en Amérique du Sud », *National Geographic*, 27/06/2022, URL : <https://www.nationalgeographic.fr/histoire/alors-que-le-droit-a-l'avortement-recule-aux-etats-unis-il-avance-doucement-en-amerique-du-sud>

¹⁹⁰ Le Salvador, le Nicaragua, le Honduras, la République dominicaine, Haïti, et le Suriname (Malte est le septième Etat).

¹⁹¹ En France, sont recensées le nombre de décès périnataux mais sans que soient spécifiées les causes de la mort. Il ne nous sera donc pas possible de fournir des statistiques.

directement concerné par des fausses couches accidentelles, que ce soit en raison d'un défaut de vigilance du corps médical ou à l'inverse d'un excès de zèle. Fort de ce constat, le code pénal de l'Andorre restreint la répression de l'atteinte mortelle portée au fœtus au monde médical. Dans l'exposé des motifs de la réforme de son code pénal issu d'une loi organique de 2005, le législateur andorran fait savoir qu'il tient à réprimer « l'avortement produit par imprudence médicale ». Aussi, l'auteur de l'infraction spécifique d'homicide involontaire du fœtus est-il nécessairement un soignant.

Une autre manière de restreindre le champ d'application de la disposition relative à l'interruption involontaire de la grossesse par la faute d'un tiers est de conditionner la constitution de l'infraction à la commission d'un fait générateur « grave ». Tel est le choix opéré par le législateur espagnol qui a prévu en un article 146 du code pénal national une peine d'emprisonnement de trois à cinq mois ou une amende de six à dix mois contre « quiconque par une imprudence grave cause une interruption de grossesse ». Le deuxième alinéa de ce même article prévoit une peine spécifique d'incapacité de travail lorsque l'avortement résulte d'une « imprudence professionnelle ». Le terme « grave » est une occurrence fréquemment utilisée dans le code pénal espagnol. Toutefois, ne faisant pas l'objet d'une définition légale, la gravité du comportement relève de l'appréciation du juge qui aura donc l'opportunité de déterminer si le comportement objet des poursuites se caractérise par une gravité susceptible d'emporter la qualification d'interruption de grossesse par imprudence. Il est en revanche moins aisé de ne pas incriminer toute faute génératrice d'un avortement en ce qui concerne le droit italien ou éthiopien.

B. La généralisation

Le code pénal éthiopien incrimine l'avortement involontaire du fœtus par le biais d'un renvoi opéré à l'article relatif à la mise en danger des femmes enceintes et des enfants par des pratiques traditionnelles dommageables¹⁹². Lorsque l'avortement trouve son origine dans la faute commise par « un docteur ou un conducteur auxquels incombe le devoir de protéger la vie, la santé ou la sécurité d'autrui », la répression est accrue et la peine d'emprisonnement passe d'un enfermement de six mois à trois ans à une peine de prison comprise entre un et cinq ans. La sanction fait de nouveau l'objet d'une aggravation si l'agent fautif « s'est mis dans un état d'irresponsabilité en prenant des drogues ou de l'alcool »¹⁹³. Ainsi, ce qui pour le code

¹⁹² Renvoi opéré à l'article 561, (2), du code pénal éthiopien vers l'article 543 du même code régissant l'homicide par imprudence.

¹⁹³ Article 543, (3), code pénal éthiopien.

pénal andorran ou espagnol est susceptible de caractériser des éléments constitutifs de l'infraction, à savoir l'adoption d'un comportement manifestement imprudent et dangereux ou la faute commise dans un cadre médical, fait l'objet de circonstances aggravantes en droit pénal éthiopien.

L'Italie ne subordonne pas non plus l'incrimination prévue par sa loi pénale d'avortement involontairement provoquée à un contexte médical ou à l'adoption d'un comportement d'une particulière gravité. En vertu de l'article 17 de la loi du 22 mai 1978¹⁹⁴ relative à l'avortement, quiconque détermine l'interruption de grossesse d'une femme par imprudence encourt une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans. Toutefois, il convient de relever que l'Italie étend l'application de l'infraction d'homicide involontaire à l'enfant qui n'est pas encore né à partir du moment où la mort du fœtus a été occasionnée entre le détachement de l'utérus et l'expulsion définitive. Cette période correspond à la phase d'accouchement. En cela, l'Italie prévoit une extension de l'homicide involontaire équivalente à celle de la Belgique qui considère que le début de l'accouchement entraîne l'obtention de la personnalité juridique de l'enfant naissant.

§3. Par le biais de circonstances aggravantes

Le dommage occasionné par un acte constitutif d'une infraction peut constituer une circonstance aggravante si le législateur en a décidé ainsi. Aussi ce dernier a-t-il pu aggraver la répression d'actes ayant involontairement entraîné un avortement prématuré en assortissant des infractions précises d'une aggravation. Un tel procédé a pu être observé dans le droit pénal turc.

La Turquie offre une riche incrimination de l'acte provoquant le décès du fœtus. Nous avons déjà pu observer que les comportements constitutifs de violences volontaires font l'objet d'une répression alourdie. Tel est également le cas des violences involontaires dont la répression fait l'objet d'un article 89 du code pénal turc intitulé « Des blessures par imprudence ». En vertu de cette disposition, « une personne qui cause par imprudence à autrui une douleur physique, un affaiblissement de sa santé ou de ses capacités de perception, sera condamné à une peine d'emprisonnement de trois mois à un an ou à une amende judiciaire »¹⁹⁵. Toutefois, cette infraction peut voir sa répression aggravée à double titre en cas d'atteinte au fœtus. Une première aggravation est prévue si l'imprudence engendre « la naissance prématurée de l'enfant

¹⁹⁴ Loi n° 194 du 22 mai 1978 portant règles pour la protection sociale de la maternité et sur l'interruption volontaire de la grossesse.

¹⁹⁵ Article 89, al. 1, Code Pénal de Turquie, (Türk Ceza Kanunu'nun) .

si la victime est une femme enceinte »¹⁹⁶. Il est prévu que la peine infligée au premier alinéa est majorée jusqu'à la moitié, c'est-à-dire que le quantum de la peine s'étendra d'un minimum de quatre mois et deux semaines d'emprisonnement à un maximum d'un an et six mois, ainsi que de la majoration de cinquante pour cent de l'amende judiciaire qui aurait été prononcée en l'absence de l'aggravation. Toutefois, cette peine se limite à la situation dans laquelle le fœtus ne trouve pas la mort. Si la femme enceinte perd l'enfant qu'elle porte en raison de la faute du tiers, la peine prévue par le premier alinéa est cette fois doublée¹⁹⁷.

Il est également possible d'incriminer la mort involontaire du fœtus dû à un acte volontaire mais dont les conséquences ont excédé la volonté de l'auteur. En droit français, une aggravation de la répression est seulement prévue en ce que la victime est une femme enceinte. En revanche, d'autres droits prévoient d'aggraver la répression en ce que le fœtus est une victime indirecte de l'acte violent. Puisque le décès du fœtus n'était pas envisagé par l'auteur des faits et qu'il ne constituait pas un dol spécial, on peut également parler d'homicide involontaire, ou plutôt pour être étymologiquement correcte, de fœticide involontaire. Plus nombreuses sont les législations qui prévoient une telle situation. Aussi, peut-on citer l'exemple du droit allemand qui prévoit une aggravation lorsqu'une personne tenue de subvenir aux besoins d'une femme enceinte la prive d'une telle pension entraînant ainsi l'interruption de sa grossesse¹⁹⁸. On observe que la circonstance aggravante se limite à l'articulation avec l'infraction de violation de l'obligation alimentaire. Ce sont plus souvent les infractions de violences, consistant en des coups et blessures, qui font l'objet d'une répression accrue tel que nous avons pu voir pour le droit pénal turc¹⁹⁹.

Le droit pénal norvégien propose une solution atypique en ce qu'une disposition définitionnelle prévue par le code pénal vient préciser les contours de ce que revêt la notion de « dommages importants au corps et à la santé » en y intégrant l'atteinte au fœtus. La définition pénale est la suivante : « Des dommages importants au corps et à la santé signifient la perte ou l'altération importante d'un sens, d'un organe important ou d'une partie importante du corps, une défiguration importante, une maladie mortelle ou de longue durée, ou des dommages psychologiques graves. Des dommages importants se produisent également lorsqu'un fœtus

¹⁹⁶ Article 89, al. 1, e), Code Pénal de Turquie (Türk Ceza Kanunu'nun).

¹⁹⁷ Article 89, al. 3, e), Code Pénal de Turquie.

¹⁹⁸ Art. 170 (2), Violation de l'obligation alimentaire, (§ 170 (2) Verletzung der Unterhaltungspflicht, Strafgesetzbuch)

¹⁹⁹ Voir *supra*.

meurt ou est blessé à la suite d'une infraction pénale »²⁰⁰. N'ayant pas pour vocation d'être incriminante en elle-même, la norme est prévue pour guider l'interprétation faite par le juge des dispositions pénales. Elle entraîne cependant une conséquence répressive importante en ce qu'elle étend à chaque incrimination mentionnant un dommage important le cas de l'atteinte à l'enfant à naître. Ainsi le décès du fœtus pourra-t-il tantôt être élément constitutif, tantôt circonstance aggravante d'une infraction pénale norvégienne. Pour illustrer notre propos remarquons que la mort du fœtus est potentiellement constitutive de l'infraction de transmission de maladie infectieuse qui exige au titre de son élément matériel une personne qui transmet une maladie infectieuse causant des dommages importants²⁰¹. En revanche, la mort du fœtus serait davantage une circonstance aggravante dans l'hypothèse d'une infraction de « lésions corporelles graves ». Celle-ci réprime d'une peine d'emprisonnement de dix ans tout acte provoquant une lésion corporelle grave c'est-à-dire « entraînant une blessure incurable, une maladie ou une incapacité à autrui »²⁰². La peine est cependant augmentée à quinze ans lorsque le même acte est constitutif de « dommages importants au corps et à la santé »²⁰³.

Ainsi le décès du fœtus est pris en compte en droit pénal norvégien par le biais d'une disposition définitionnelle, interprétative. Même la négligence qui occasionne un tel dommage tombe sous le joug de la répression. L'infraction d'imprudence à l'origine de dommage causé aux personnes est prévue par le code pénal norvégien en un article 352²⁰⁴. Celui-ci incrimine en son dernier alinéa le dommage causé par une négligence en atténuant la répression par rapport à une infraction volontaire. Il distingue le dommage grave causé par négligence puni d'une peine d'emprisonnement de maximum un an du dommage particulièrement grave parmi lesquels se trouve le dommage important causé au corps et à la santé prévu en un deuxième alinéa. Celui-ci est puni d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans. Ainsi le code pénal norvégien, par le biais d'une disposition définitionnelle prévoit-il la répression de l'avortement involontairement provoqué.

La mort de l'enfant à naître intra-utéro fait donc l'objet de sanctions pénales dans de nombreuses législations. Son incrimination repose sur la conscience de l'humanité dont est porteuse le fœtus, ainsi que sur la nécessité de reconnaître la perte que cela représente

²⁰⁰ Art. 11. Atteinte importante à l'intégrité physique et à la santé, Code pénal norvégien (§ 11. Betydelig skade på kropp og helse).

²⁰¹ Art. 237, transmission de l'infection, Code Pénal norvégien (§ 237. Smitteoverføring).

²⁰² Art 274, al. 1, Lésions corporelles graves, *ibid* (§274, 1, Grov kroppsskade).

²⁰³ Art. 274, al. 1, Lésions corporelles graves, *ibid* (§274, al. 2, Grov kroppsskade).

²⁰⁴ Art 352, Dommages graves, *ibid* (§ 352. Grovt skadeverk).

notamment pour la mère. En revanche, l'absence de pénalisation a quant à elle pour but de ménager les libertés. Il s'agit de ne pas reconnaître l'existence de l'enfant à naître pour ne pas risquer d'empiéter sur les droits de la femme porteuse du fœtus. Toutefois, un tel silence est finalement constitutif d'un choix. « Celui de la réification de la vie humaine : l'embryon sera considéré et traité comme une chose »²⁰⁵. En outre, il est illogique de considérer que l'indifférence du droit pénal au cas du fœtus mortellement atteint est une garantie de plus pour le droit des femmes. En effet, s'il s'agit de respecter la libre disposition de celle-ci sur son corps, il y a là un malentendu. Ignorer la perte d'une grossesse désirée pour mieux protéger le droit de pouvoir interrompre une gestation non voulue révèle « une grande fragilité juridique [et l'ambiguïté qui subsiste] au détriment de la femme entre le droit à la pleine maîtrise de son corps et de simples tolérances »²⁰⁶.

²⁰⁵ R. ANDERNO, « Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, 46-1, pp. 141-152.

²⁰⁶ R. CHARVIN, Avant-propos de la thèse d'A. GUESMI, *op. cit.*, p18.

Chapitre 2. Les enjeux de l'incrimination

Les commentateurs de l'arrêt d'assemblée plénière du 29 juillet 2001, mettant en balance les avantages et les inconvénients que suscitent l'incrimination de l'homicide involontaire du fœtus ont une formule conclusive éloquent. En effet, il s'agira pour le juge de cassation de trancher un « conflit d'incohérences »²⁰⁷ en décidant de retenir ou non l'incrimination d'homicide involontaire en cas d'atteinte à l'enfant à naître.

Juges et législateurs sont conscients qu'une telle incrimination comporte des risques, particulièrement pour les droits des femmes en ce que celles-ci sont certes réceptacles de l'atteinte en même temps que l'enfant naître, mais également potentielle vecteur de l'acte fatalement maladroit. C'est pourquoi il convient de souligner les périls qu'est susceptible d'engendrer une telle pénalisation (section 1).

Toutefois, les écueils peuvent être contournés par un législateur alerte. Aussi une pénalisation habile permettrait-elle de résoudre les incohérences actuelles que suscitent l'impunité, qui se justifie aujourd'hui davantage à l'aune de tâtonnements politiques que d'implications juridiques (section 2).

Section 1. Les risques de la pénalisation

Selon Mme Malabat²⁰⁸, il y a deux façons de considérer qu'une incrimination n'est pas utile. Il faut dans un premier temps s'interroger sur l'opportunité de punir un comportement déjà sanctionné et, dans un second temps, se demander si la répression crée davantage de troubles qu'elle n'en efface. Si concernant le premier point il est indéniable qu'aucun texte d'incrimination en France ne permet d'appréhender le comportement générant la mort involontaire du fœtus *in utero*, la pénalisation se révélant ainsi pertinente à cet égard, le second point pose davantage question. En effet, hautement sensible, la question du fœtus réveille les passions comme peuvent en témoigner les débats parlementaires précédant l'adoption de la loi

²⁰⁷ J. SAINTE-ROSE, M.-L. RASSAT, P. SARGOS, comm. Cass. ass. plén., 29 juillet 2001, *op. cit.*

²⁰⁸ V. MALABAT, « l'homicide involontaire du fœtus », *La bioéthique en débat : le début de la vie*, Dalloz, 1^{ère} éd. mai 2019, p130.

relative à l'autorisation du recours à l'interruption volontaire de grossesse pendant lesquels « des hommes de sciences se lançaient sans dignité des cadavres à la tête »²⁰⁹.

Le risque est que les femmes soient les premières victimes d'une telle extension de l'incrimination. En effet, en considérant le fœtus comme autrui, juge et législateur distinguent la figure maternelle de l'entité fœtale. Partant, la législation pénale pourrait avoir pour ambition de protéger l'enfant à naître des actes de la mère porteuse, fondant des décisions hautement liberticides pour ces dernières. En effet, celles-ci pourraient voir leur responsabilité pénale engagée pour le décès de leur enfant *in utero* (§1). Plus largement, une législation qui tendrait à donner à l'enfant à naître une personnalité juridique multiplierait les infractions dont la mère est susceptible d'être l'auteure (§2).

§1. La menace pénale sur la femme porteuse du fœtus

Pénaliser la mère pour son comportement imprudent fait peser sur les épaules de la femme porteuse du fœtus une menace non seulement liberticide mais également absurde d'un double point de vue. En effet, auteure et victime de l'infraction dont elle se rend responsable (A), la femme qui perd son fœtus involontairement serait condamnée à se défendre en alléguant la volonté du résultat obtenu (B).

A. La pénalisation de la victime

Si le droit distingue la figure fœtale de la figure maternelle en considérant l'enfant à naître comme autrui, cette différenciation rendrait possible l'inculpation de la femme porteuse du fœtus elle-même. Si l'on admet que l'auteur d'un accident ayant provoqué la mort d'un fœtus puisse être condamné pour homicide involontaire, pourra être reconnu coupable d'une telle infraction n'importe quel auteur de l'acte fautif, que ce soit le médecin intervenant lors de la surveillance de la grossesse ou pendant l'accouchement comme l'un des parents de cet enfant à naître. Ainsi que le souligne Mme Malabat, cette dernière hypothèse loin d'être « saugrenue » paraît hautement probable dans le cas d'un accident de la circulation. Aussi, la femme enceinte elle-même qui conduirait son véhicule et occasionnerait un accident causant le décès de son fœtus pourrait être poursuivie et condamnée pour un dommage qu'elle cause, certes à l'enfant à naître qu'elle porte, mais également à elle-même.

²⁰⁹ Jacques ROBERT, « La décision du Conseil Constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse », *op. cit.*, p879.

Pourtant, le fœtus, même si on ne peut nier l'humanité dont il est porteur, est encore également *pars viscerum matris*. Condamner une femme enceinte pour les propres blessures qu'elle s'inflige involontairement est aussi peu cohérent qu'imaginer que l'on puisse la poursuivre pour les blessures qu'elle subit elle-même en raison de l'accident involontairement provoqué. Sous cette perspective, la répression se révèle aveugle et contre-productive pour le maintien de l'ordre public. Le droit pénal opérerait une confusion entre l'auteur et la victime. Partant, la répression ne se montrerait pas nécessaire.

Cette crainte est déjà une réalité dans des pays d'Amérique du Nord ou du Sud. L'affaire *Marsha Jones*²¹⁰ est édifiante et repose sur le fondement de l'homicide involontaire. Il est question d'une femme enceinte qui perd son fœtus après d'être faite tirer dans le ventre par une arme à feu au cours d'une altercation. Elle est poursuivie pour homicide involontaire en ce qu'elle serait l'origine de la rixe, ne prenant dès lors pas les précautions nécessaires pour la protection de son fœtus. Ce faisant, la législation pénale prend possession du corps de la femme et fait peser sur elle une lourde obligation de vigilance. Agissant prétendument au nom de l'enfant à naître, la norme pénale exige de la femme enceinte que tous ses agissements soient tournés vers le bien-être de l'enfant qu'elle porte.

Il n'est pas rare que les femmes victimes de fausses-couches fassent l'objet de fortes suspicions d'avortement volontaire de la part des procureurs de pays dans lesquels cette pratique est rigoureusement prohibée. L'affaire *Christine Taylor*²¹¹ s'en fait le parangon. Il s'agit d'une jeune femme enceinte qui chute dans ses marches d'escaliers après avoir accidentellement glissé. Elle appelle immédiatement les secours qui constatent que le fœtus est en parfaite santé. Toutefois, elle leur confie au cours des soins avoir précédemment réfléchi quant à la possibilité d'avorter. Le personnel soignant reporte à la police une telle confiance sur le fondement de l'obligation qui est faite aux médecins dans l'Etat de l'Iowa de passer outre le secret professionnel et de dénoncer les femmes enceintes n'adoptant pas un comportement opportun pour le fœtus²¹². Aussi fut-elle arrêtée pour tentative de fœticide à sa sortie de l'hôpital.

²¹⁰ *Alabama v. Jones*, 68-CC-2019-000719.00 (Ala. Cir. Ct. 2019).

²¹¹ A. NEWMAN, "Pregnant? Don't Fall Down the Stairs", *Rewire* (February 15, 2010), <https://rewirenewsgroup.com/article/2010/02/15/pregnant-dont-fall-down-stairs/> ; M. GOODWIN, *POLICING THE WOMB: INVISIBLE WOMEN AND THE CRIMINALIZATION OF MOTHERHOOD*, 86–87 (2020).

²¹² L. PALTROW, « Coalition pour le droit à l'avortement au Canada », *Leçons tirées de l'expérience des États-Unis relativement aux lois sur les enfants non encore nés victimes d'actes criminels*, (National Advocates for Pregnant Women), p. 3-4, [En ligne], [www.arcc-cdac.ca/fr/action/LessonsfromUS-francais.pdf] (7 juin 2009).

Considérer le fœtus comme autrui reviendrait à faire de la femme porteuse un tiers susceptible d'être auteure de l'infraction. En cela, la solution se montre particulièrement liberticide et source d'incohérence.

B. Une incohérence juridique

Cette répression s'avérerait également juridiquement déraisonnable et criminologiquement illogique. Mme Delmas-Marty, lorsqu'il lui a été demandé son avis quant à l'opportunité d'étendre l'incrimination de l'homicide involontaire à la perte du fœtus due à la faute d'un tiers, s'est prononcée de manière défavorable à un tel projet, en raison de l'incohérence juridique qu'emporterait une telle solution. En effet, le droit pénal français a dépénalisé l'avortement que la femme pratique sur elle-même. Ainsi, quel que soit le stade de la grossesse, la femme enceinte qui provoque volontairement sa fausse couche ne peut faire l'objet de poursuites. En revanche, une interprétation extensive de l'article 221-6 du code pénal pourrait engager la responsabilité pénale de la femme qui met involontairement un terme à sa grossesse en commettant une faute. Aussi, une femme faisant l'objet de telles poursuites pourrait-elle organiser sa défense autour d'une volonté alléguée de parvenir à ce résultat, c'est-à-dire la mort de l'enfant qu'elle porte, ce qui serait exclusif de toute sanction. L'éminente juriste souligne ainsi l'absurdité d'une telle pénalisation. D'un point de vue moral, il serait regrettable qu'une femme qui perd malencontreusement l'enfant qu'elle porte doive alléguer la volonté d'un tel résultat pour échapper à l'engagement de sa responsabilité.

L'absence de pénalisation de l'homicide involontaire du fœtus repose aujourd'hui uniquement sur les risques supposés qu'engendrerait une telle reconnaissance. Il est par ailleurs significatif que seul l'être humain non né soit dépourvu de la personnalité juridique. Le législateur français craint qu'une confusion soit opérée entre l'enfant à naître et l'enfant né, permettant une extension excessive des infractions pour lesquels le fœtus serait susceptible d'être reconnu en tant que victime. Et les expériences étrangères, particulièrement étasuniennes, viennent conforter les craintes du législateur.

§2. Le fœtus, victime de multiples infractions

Entre la reconnaissance du fœtus comme autrui et la reconnaissance de sa personnalité juridique, il n'y a qu'un pas. Le contentieux relatif aux atteintes à l'intégrité du fœtus serait considérablement élargi, que ce soit sur le fondement des atteintes involontaires au fœtus provoquées par le comportement des parents (A), l'infraction de mise en danger en l'absence

d'atteinte effective (B) ou plus généralement par le prisme de dispositions autonomes qui trouverait à s'appliquer à l'enfant à naître assimilé à l'enfant né (C).

A. Les atteintes involontaires au fœtus

Si la législation distingue la mère de l'enfant qu'elle porte, la répression pourrait s'étendre aux atteintes subies par le fœtus *in utero* en raison du comportement de cette dernière. L'ensemble des comportements à risque adoptés par les parents pendant la période de gestation tomberaient sous le joug de la pénalisation et donnerait lieu à un contentieux considérable. Une femme en état de grossesse consommant des substances nuisibles aussi bien à sa santé qu'à celle de son fœtus pourrait être punie pour le syndrome d'alcoolisme fœtal contracté par l'enfant dans le ventre de sa mère. De même, le tabagisme, même passif, est facteur de risques pour la grossesse. En effet, l'inhalation par la mère porteuse du fœtus de fumée de cigarette est susceptible d'occasionner des dommages au cerveau et aux poumons de l'enfant à naître, ainsi que des malformations congénitales. Même si Mme Malabat relève que l'opportunité des poursuites permettrait de réfréner des velléités abusives de condamnations pénales, toute possibilité de procès pénal ne serait pas écartée en cas de constitution de partie civile. Aussi l'enfant asthmatique pourrait-il se constituer partie civile à l'encontre de son père fumeur pour obtenir réparation de ses difficultés respiratoires.

Cette possibilité de poursuites est une réalité aux Etats-Unis. Dans les années 1980 s'est développée la notion de faute prénatale (on parle de prenatal injury) dans la jurisprudence étasunienne qui s'est progressivement consolidée et permet la multiplication de poursuites judiciaires à l'encontre de femmes enceintes pour les mauvais traitements qu'elles infligent à leur fœtus en raison des comportements qu'elles adoptent.

De nos jours, en France, des réflexions s'élaborent autour de la notion de maltraitance fœtale et quant à l'opportunité de la pénaliser²¹³. Les maltraitances commises par la femme sur elle-même provoquant des blessures ou le décès du fœtus ne peuvent cependant faire l'objet d'une répression en raison des conséquences liberticides que cette solution engendrerait.

B. La mise en danger de l'enfant à naître

Si le fœtus est assimilé à l'enfant né, la femme enceinte qui expose celui-ci à un péril serait susceptible d'être poursuivie sur le fondement de mise en danger d'autrui. En vertu de

²¹³ C. TABET, C. DUPUIS-GAUTHIER, P. SCHMIDT, B. MAERTEN-LESOT, S. POREZ, P. DELION, M. SOULE, « Maltraitance à fœtus : comment comprendre pour prévenir », *Devenir*, 2009/4 (Vol. 21), pages 205 à 244.

l'article 223-1 du code pénal, est pénalisé « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente ». Si la chambre criminelle adopte l'interprétation extensive du terme « autrui » à laquelle elle se refuse concernant le fœtus, le contentieux pénal s'ouvrirait à la mise en péril de l'enfant à naître. Aussi, une femme en état de grossesse pourrait-elle voir sa responsabilité pénale engagée pour avoir adopté un comportement à risque à la fois pour elle et pour l'enfant qu'elle porte.

Gravement liberticide, une telle posture a pourtant été adoptée dans de nombreux États fédérés des États-Unis d'Amérique. Cette situation fait l'objet d'une étude par le NAPW (National Advocates for Pregnant Women), un organisme canadien qui examine les cas de poursuites intentées aux États-Unis contre des femmes concernant la manière dont elles ont mené leur grossesse. Deux affaires relevées par l'organisme méritent d'être mentionnées. Celles-ci comprennent des faits semblables. Il s'agit de deux femmes enceintes toxicomanes résidentes de Caroline du Sud. Toutes deux ont avoué avoir consommé des produits stupéfiants pendant leur grossesse. Quand bien même elles ont donné naissance à deux bébés en parfaite santé, la première a été condamnée à huit ans d'emprisonnement²¹⁴ et la seconde à vingt ans²¹⁵.

La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de se prononcer sur cette question dans l'affaire de *L'Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. D.F.G.*²¹⁶ en 1997 et s'est fermement opposée à ce que le comportement d'une femme à l'égard du fœtus qu'elle porte puisse légitimer une intervention du droit pénal. Il était question de détenir une femme enceinte toxicomane dans un centre de santé pour la forcer à suivre un traitement puisque celle-ci inhalait de la colle et sa dépendance à cette substance risquait d'endommager le système nerveux du fœtus. En raison de sa consommation, deux de ses enfants étaient déjà nés avec des handicaps permanents. La détention de la femme en état de grossesse a été décidée par voie d'injonction par un juge de la Cour supérieure. Toutefois, sa décision a par la suite été renversée par la Cour d'appel du Manitoba. Saisie en appel, la Cour Suprême du Canada dû se prononcer sur la question de savoir si une femme enceinte dont il est établi que les agissements sont susceptibles de porter préjudice au fœtus qu'elle porte peut faire l'objet d'une détention afin de corriger son comportement. La Cour Suprême énonce une interdiction formelle de fonder une décision pénale sur les risques qu'engendrent pour l'enfant à naître les agissements de la femme

²¹⁴ *Whitner v. State*, 492 S.E.2d 777, S.C. 1997

²¹⁵ *State v. McKnight*, 576 S.E.2d 168, S.C. 2003

²¹⁶ *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, Cour suprême Canadienne, 1997-10-31, [1997] 3 RCS 925, n°25508.

enceinte. Pour justifier sa décision, la haute instance canadienne rappelle la rigoureuse absence de personnalité juridique du fœtus avant la naissance : « Ni la Common Law, ni le droit civil du Québec ne reconnaissent que l'enfant à naître est une personne juridique titulaire de droits ». En cela, aucune décision judiciaire, tant civile que pénale, ne peut se fonder sur l'intérêt du fœtus et ce, jusqu'à la naissance de l'enfant. La Cour se fonde également sur l'unique entité juridique que l'enfant à naître forme avec la femme enceinte pour expliquer sa solution : « le droit a toujours considéré que la mère et l'enfant qu'elle porte ne formaient qu'une seule et même personne. Intenter une poursuite contre une femme enceinte au nom du fœtus, c'est poser en principe une anomalie puisqu'une partie d'une entité juridique et physique agirait en justice contre elle-même ».

C. Les dispositions autonomes

Ce que craint avant tout le législateur est une reconnaissance générale de la personnalité juridique de l'enfant à naître suite à l'extension de l'incrimination d'homicide involontaire au cas du fœtus. Cette reconnaissance permettrait l'application de l'ensemble des infractions de droit commun à l'enfant à naître. Cette inquiétude a été clairement formulée par une partie de la doctrine canadienne²¹⁷ suite à un projet de loi ambitionnant de créer une nouvelle infraction consistant à blesser ou causer « la perte d'un enfant pendant son enfance ou à toute étape de son développement intra-utérin »²¹⁸ lors de la perpétration d'une infraction à l'égard de la mère. Le but d'une telle loi est d'outrepasser le moyen de défense traditionnelle qui consiste à alléguer que le fœtus n'est pas un être humain en droit canadien afin de demeurer impuni en cas d'avortement provoqué par une infraction commise sur la femme enceinte²¹⁹. D'aucuns voient dans cet article un risque de dérive qui ébranlerait l'ensemble du corpus juridique canadien. Ce texte serait le cheval de Troies de défenseurs du mouvement *pro-life* visant sur le long terme à consacrer une personnalité juridique au fœtus. Cette inquiétude émane du recours à treize reprises au terme « enfant » dans le texte du projet de loi ce qui crée une situation de confusion sur l'existence légale ou non du fœtus de manière distincte et emporte par la même le risque d'un retour à la pénalisation de l'interruption volontaire de grossesse. L'intention serait

²¹⁷ L. LEMONDE, « Les menaces au droit à l'avortement et à l'autonomie des femmes enceintes », *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n°3-4, sept.-déc. 2009, p611-635, <https://doi-org.docelec-u-paris2.idm.oclc.org/10.7202/039335ar>

²¹⁸ *Loi modifiant le Code criminel* (blesser ou causer la mort d'un enfant non encore né au cours de la perpétration d'une infraction), projet de loi no C-484 (1re lecture à la Chambre – 21 novembre 2007 ; 2e lecture et adoption – 5 mars 2008), 2e sess., 39e légis. (Can.).

²¹⁹ R. c. Sullivan, [1991] 1 R.C.S. 489 : des sages femmes sont acquittées d'accusation d'homicide sur un enfant mort-né.

insidieuse puisque le projet de loi contient en lui-même une exception de la pénalisation en ce qui concerne l'interruption légale de grossesse prévue dans l'article 238.1 (7) dudit projet.

L'assimilation de l'enfant à naître à l'enfant né est toutefois une réalité dans de nombreux Etats fédérés des Etats-Unis qui, reconnaissant la personnalité de l'enfant non né, étendent des incriminations spécifiques au fœtus. Considéré comme un enfant mineur, une mère enceinte qui consomme de la drogue peut faire l'objet de poursuites pour *illegal drug delivery to a minor*²²⁰ en ce qu'elle lui procure des produits stupéfiants par le truchement du cordon ombilical²²¹. De même, en raison de *l'unborn child's right to live*, une césarienne peut être pratiquée sur une femme enceinte sans son consentement. Ainsi, dans une affaire fortement médiatisée²²², la Cour d'appel du district de Columbia a ordonné dans l'intérêt du fœtus et malgré le refus de la femme en phase terminale d'un cancer de pratiquer une césarienne sur cette dernière, quand bien même l'opération risquait de réduire ses jours. L'intervention chirurgicale a mené au décès de la mère et du fœtus.

De manière plus fantaisiste, la reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant non né permet de fonder d'abracadabrantes demandes en justice aux Etats-Unis. Aussi, une femme enceinte incarcérée en Floride estime-t-elle qu'au nom de la procédure *d'habeas corpus* qui permet de contester une détention arbitraire, elle mérite d'être libérée puisque son fœtus n'étant accusé d'aucune infraction, il a par conséquent droit à la liberté²²³. Aussi absurde que peut sembler la demande, elle a le mérite de mettre le système pénal américain face à ses propres failles et contradictions.

Des législations assimilent l'enfant conçu à l'enfant né ce qui a pour conséquence de bouleverser complètement l'application du droit pénal au sein du corps social. Les solutions abusives sur lesquelles débouchent une telle solution ne sont pas sans rebuter le législateur français qui se refuse à une telle incrimination. Récemment encore, dans le courant de l'effervescence médiatique qu'a engendré l'affaire Palmade, un juriste questionné par le journal

²²⁰ Administration de produits stupéfiants

²²¹ Lynn M. Paltrow, David S. Cohen et Corinne A. Carey (Women's Law Project et National Advocates for pregnant Women), Year 2000 Overview. Governmental Responses to Pregnant Women Who Use Alcohol or Other Drugs, 1er octobre 2000, p. 8, [En ligne], [advocatesforpregnantwomen.org/file/gov_response_review.pdf] (7 juin 2009).

²²² *In re A.C.*, 533 A.2d 611 (D. App. D.C. 1987).

²²³ B.L. avec AFP, « Floride : incarcérée pour meurtre et enceinte, elle demande à être libérée », *Le Point*, 24/02/2023, URL : https://www.lepoint.fr/monde/floride-incarceree-pour-meurtre-et-enceinte-elle-demande-a-etre-liberee-24-02-2023-2509846_24.php

Marianne sur la nécessité de réprimer l'homicide involontaire sur un fœtus rejetait l'idée en soulignant la dangerosité d'une telle disposition si une femme venait à perdre accidentellement son bébé²²⁴. Aussi, est-ce en raison des conséquences hautement attentatoires aux libertés de la femme que le législateur rechigne à pénaliser le décès involontairement provoqué du fœtus.

Toutefois, l'inculpation de la femme enceinte est loin d'être une fatalité. En effet, conscient de l'enjeu pour les libertés et le droit à l'autonomie de la femme enceinte, le législateur espagnole qui incrimine la mort involontairement provoqué du fœtus a pris le soin d'exclure la possibilité d'engager la responsabilité de la femme porteuse du fœtus sur ce fondement²²⁵. Aussi observe-t-on que c'est par le prisme de dispositions autonomes, plus à même d'encadrer les conditions d'engagement de la responsabilité pénale d'un tiers pour avoir involontairement causé l'avortement d'un enfant conçu, que le droit se révèle plus protecteur des intérêts de la femme.

Section 2. Des craintes politiques et non juridiques

Plane un sentiment de mécontentement et d'inachevé quant à l'état du droit actuel. En effet, la décision de l'assemblée plénière de 2001 n'a point satisfait la doctrine²²⁶. De même, les juges du fonds peinent à accepter le *statut quo*. Ceux-ci ont pu souvent se montrer favorables à l'incrimination de l'homicide involontaire de l'enfant à naître puisque sur treize décisions des juridictions inférieures intervenues avant l'arrêt de 2001, neuf ont condamné l'auteur des faits pour homicide involontaire. Enfin, les étonnements et émois que suscite chaque affaire impliquant un décès *in utero* illustrent l'inclinaison de l'opinion publique favorable à ce que le législateur comble le vide juridique en la matière. Toutefois, le législateur ne peut s'y résoudre en proie à la peur de remettre en question la liberté pour les femmes d'interrompre leur grossesse. Pourtant cette crainte est sans fondement juridique (§1). Loin d'être un carcan aux libertés individuelles, pénaliser d'une quelconque manière l'atteinte fatale à l'enfant à naître mettrait fin à un désordre et des incohérences (§2).

²²⁴ Interview de Eddy Accarion, doctorant en droit privé et sciences criminelles à l'université Toulouse 1, T. AZOUZE, « Affaire Pierre Palmade : quel statut légal pour le fœtus lors d'enquêtes pour "homicide involontaire" ? », *Marianne*, Publié le 13/02/2023, URL : <https://www.marianne.net/societe/police-et-justice/affaire-pierre-palmade-quel-statut-legal-pour-le-fetus-lors-denquetes-pour-homicide-involontaire>.

²²⁵ Article 146, al. 3, Code Pénal Espagnol : « La femme enceinte n'est pas punie au regard de cette disposition ».

²²⁶ Sur une vingtaine d'auteurs interrogés, seule une s'est prononcée favorable à la décision jurisprudentielle à savoir Mme Serverin.

§1. Homicide involontaire du fœtus et interruption volontaire de grossesse

Les atermoiements du juge et du législateur autour de la protection pénale de l'intégrité du fœtus sont en partie liés à la crainte de voir remis en question le droit de recourir à l'interruption volontaire de grossesse. Aussi ne fait pas exception la possibilité ou non d'inculper l'agent fautif provoquant l'avortement d'une femme en état de grossesse. Mme Serverin a pu conclure quant à un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon ne pouvoir « s'empêcher de penser que la préoccupation de protection de la vie n'était pas au premier plan de cet arrêt et que cette affaire a été la tribune d'un autre débat, qui n'avait pas ici sa place, celui de l'interruption volontaire de grossesse »²²⁷. Cette réticence que manifeste le législateur (A) est pourtant juridiquement infondée (B).

A. Manifestation des réticences

Les décisions relatives à l'enfant à naître sont de manière récurrente interprétées au regard du droit de recourir à l'interruption volontaire. Comme nous avons pu l'évoquer précédemment, si le projet de loi relatif à l'incrimination de l'homicide involontaire du fœtus au Canada s'est vu vilipendée c'est en raison de « l'incertitude importante quant à la possibilité de criminaliser l'interruption volontaire d'une grossesse » que le texte engendre²²⁸.

De la même manière en France, Jean Carbonnier lorsqu'il commente l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Metz en 1998 énonce qu'il « ne faut pas se dissimuler qu'à l'arrière-plan du débat sur l'homicide involontaire se poursuit un débat plus grave sur l'IVG »²²⁹. Le législateur ne tranche pas quant au statut à octroyer à l'enfant à naître en raison des divisions qui scindent la société quant au droit à la vie dont peut se prévaloir l'être humain avant sa naissance.

Il est indéniable qu'à l'aune des expériences internationales, la confusion entre incrimination de la mort involontaire du fœtus et prohibition de l'avortement s'opère. En effet, au Salvador où l'avortement est incriminé en toutes circonstances, les procureurs et les juges sanctionnent les interruptions de grossesse, même involontaires, comme homicide aggravé passible d'une peine de cinquante ans d'emprisonnement. Suite à une étude menée par *Le Monde* en septembre 2021, il est établi que dix-sept femmes salvadoriennes sont incarcérées

²²⁷ E. SERVERIN, « Vie et Mort du fœtus au regard du droit pénal : de la vie protégée à la mort sanctionnée », D., 1997.557. à propos de CA Lyon, 13 mars 1997 : D. 1997, p. 557, note E. Serverin.

²²⁸ Dénonciation du projet de loi C^o-484 par le Barreau du Québec, L. LEMONDE, « Les menaces au droit à l'avortement et à l'autonomie des femmes enceintes », op. cit..

²²⁹ J. CARBONNIER, « Note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998 (homicide involontaire) », texte inédit – 16 mars 2001, *Presse universitaire de France*, « L'année sociologique », 2007/2, Vol. 57, p519 à 525.

sur ce chef d'accusation après avoir fait l'objet de dénonciations suite à des soins obtenus pour urgence obstétrique²³⁰.

Surement par crainte d'une telle confusion, chaque déclaration faite concernant l'embryon en France est depuis 1975 perçue comme une possible remise en cause du droit à l'avortement. Illustrent cette prudence les précautions prises par le Parlement européen lorsqu'il introduit une réserve à la résolution sur la fécondation artificielle qui souligne que « la présente résolution ne traite pas du problème de l'interruption volontaire de grossesse et ne permet pas de tirer des conclusions pour ou contre l'avortement »²³¹. Faisant montre d'une même vigilance, la France lorsqu'elle ratifie la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, fait une déclaration interprétative par laquelle elle rappelle que ladite convention ne saurait être interprétée comme faisant obstacle à l'application des dispositions de la législation française sur l'interruption volontaire de grossesse²³².

Juges et législateurs se montrent ainsi excessivement prudents quand en vient une question pouvant potentiellement donner une indication concernant le statut de l'enfant conçu avant sa naissance. Par ailleurs, il arrive également que la doctrine elle-même affirme péremptoirement le rapport de nécessité qui lie l'impunité de l'homicide involontaire du fœtus et la dépénalisation de l'avortement. En effet, dans un récent article, le professeur X. Labbé affirme que l'impossibilité de réprimer la mort du fœtus sur le fondement de l'infraction d'homicide involontaire découle du droit à l'interruption volontaire de grossesse. Selon le chercheur, la pratique de l'avortement ne serait légalisée qu'en ce que juridiquement, le droit français considère que « *l'enfant n'est rien d'autre qu'une fraction de chair de la femme* »²³³. Pourtant, une telle interprétation ne ressort pas de la lettre de la loi de 1975.

B. L'absence de contradiction

Le droit de recourir à une interruption volontaire de grossesse ne se fonde pas sur la négation de la vie humaine mais sur la liberté de la femme à disposer de son corps. Il ressort de l'étude

²³⁰ A. MONTROYA, « Le Salvador envoie une femme en prison après une fausse couche », *Le Monde*, 11/05/2022, URL : https://www.lemonde.fr/international/article/2022/05/11/le-salvador-envoie-une-femme-en-prison-apres-une-fausse-couche_6125683_3210.html.

²³¹ Parlement européen, résolution du 16 mars 1989 sur la fécondation artificielle *in vivo* et *in vitro*, J.O.C.E., n°C 96 du 17 avril 1989, *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, p3703.

²³² Décret n°90-917 du 8 octobre 1990 portant *publication de la convention relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990*, J.O., 12 octobre 1990, p. 12363 ; D., 1990.lég., p424 (texte de la réserve p429).

²³³ X. LABBEE, « Affaire Palmade : et si l'on personnifiait l'enfant conçu ? », *Lextenso*, « Actu-Juridique », publié le 15/02/2023, URL : <https://www.actu-juridique.fr/sante-droit-medical/bioethique/affaire-palmade-et-si-lon-personnifiait-lenfant-concu/>

des législations autorisant l'interruption volontaire de grossesse le même constat : le principe en matière de protection de la vie est le respect de l'intégrité de l'être *in utero*, intégrité à laquelle on peut par exception porter atteinte dans les limites des conditions légales énoncées. L'article 1^{er}, aujourd'hui abrogé, de la loi française de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse est à cet égard éloquent. En vertu de ce dernier, l'enfant conçu, quelle que soit la durée de conception, est un être humain²³⁴. La seule dérogation possible à ce droit que conçoit la législation française est la concurrence entre la vie de la mère et celle de l'enfant à naître. Le droit a progressivement tendu à concentrer sa protection sur la santé et la liberté de la femme, sans pour autant nier l'humanité de l'embryon. Il s'agit de faire prévaloir une protection sur une autre, sans en néantiser aucune.

On retrouve parmi les législations étrangères le même schéma consistant à assortir à un principe, la pénalisation des atteintes au fœtus, des exceptions encadrées dans des délais, des pratiques sanitaires, et soumises à des conditions relatives à la santé de la mère porteuse ou du fœtus. Aussi ressort-il d'un rapport du Sénat de 2017²³⁵ ayant pour ambition d'exposer l'état du droit concernant l'avortement la reproduction systématique d'un tel modèle. Est constamment consacré le principe, à savoir une poursuite de la grossesse à son terme, puis énoncée la possibilité législativement encadrée de l'interrompre. Ainsi, en Allemagne, les articles 218 et suivants du code pénal et de la loi sur les conflits de grossesse²³⁶ répriment l'avortement sauf en présence de l'un des faits justificatifs, à savoir en cas de grossesse résultant d'un viol, ou menaçant la vie de la mère ou encore si cette dernière y consent dans un délai de douze semaines. De la même manière en Belgique, l'article 350 du code pénal belge sanctionne l'interruption de grossesse à moins que la femme, placée dans une situation de détresse, ne demande une interruption de grossesse avant la fin de la douzième semaine de la conception. L'interruption devra être pratiquée dans de bonnes conditions médicales. Enfin, en Pologne, l'avortement est illicite, mais, il est permis de recourir à une interruption de grossesse avant douze semaines si la grossesse constitue une menace pour la vie de la femme enceinte, s'il existe

²³⁴ Art. 1^{er}, loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 *relative à l'interruption volontaire de la grossesse* : « La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi ».

²³⁵ « L'interruption volontaire de grossesse », Etude de législation comparée n°280, *Sénat*, Juillet 2017.

²³⁶ Art. 318 et s. Code Pénal Allemand et loi sur les conflits de grossesse (§ 318 ff. es Strafgesetzbuches und der Gesetze über den Schwangerschaftskonflikt).

une forte probabilité pour que le fœtus soit atteint d'un handicap lourd et irréversible ou d'une maladie incurable ou encore si la grossesse découle d'un acte illicite²³⁷.

Le Canada a également dépénalisé l'avortement suite à un arrêt Morgentaler de 1988²³⁸ qui vient cependant abroger l'article 251 ancien du Code criminel canadien qui levait l'illicéité des avortements dits thérapeutiques dans une structure comparable aux législations européennes : une incrimination suivie de son exception. La Cour Suprême canadienne estime que le fait d'interdire à une femme, sous peine d'emprisonnement, le droit d'interrompre sa grossesse est une grave atteinte à sa sécurité physique et psychologique. Par la suite, cette même Cour nie à l'enfant non né tout droit à la vie²³⁹ et la caractérisation même d'être humain au fœtus. En cela, la jurisprudence canadienne se distingue fondamentalement des solutions européennes. Celles-ci ne nient pas l'existence de l'enfant conçu, mais font seulement prévaloir les intérêts de la mère.

Le fait justificatif que constitue l'interruption volontaire de grossesse par rapport au droit à la vie de tout être humain n'échappe pas aux commentateurs de la décision rendue en assemblée plénière par la Cour de cassation le 29 juin 2001²⁴⁰. En effet, la formule est cinglante mais significative : « la législation sur l'interruption volontaire de grossesse est un permis de tuer sous certaines conditions ». En effet, la loi de 1975 ne vise aucunement à annihiler le droit à la vie du fœtus, seulement d'y prévoir des atteintes licites lorsque des intérêts que la société aura ériger en valeur supérieure le justifieront. Ainsi que le faisait remarquer la professeure Fenouillet, la loi peut aménager des cas dans lesquels la peine de mort peut être infligée, et ce n'est pas pour autant que l'on a « prétendu que les condamnés à mort n'étaient pas de personnes »²⁴¹.

A l'aune de cette analyse, on observe que la jurisprudence actuelle française est « soutenue par des présupposés idéologiques étrangers au débat »²⁴² qui ne peuvent sérieusement remettre en question le droit à l'avortement. La soi-disant impasse dans laquelle se trouvent le

²³⁷ Art. 4a, loi du 7 janvier 1993 sur le *planning familial, la protection du fœtus humain et les conditions de réalisation de l'interruption de grossesse modifiée*, Pologne.

²³⁸ R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.

²³⁹ Tremblay c. Daigle, [1989] 2 R.C.S. 530. Voir *supra*.

²⁴⁰ J. SAINTE-ROSE, M.-L. RASSAT et P. SARGOS « Homicide et blessures involontaires - L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 29, 18 Juillet 2001, II 10569

²⁴¹ D. FENOUILLET, « Respect et protection du corps humain, protection de la personne, principes », *Jurisclasseur civil*, art. 16 à 16-12, fascicule 10, 1997, p29.

²⁴² A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », *Les droits et le Droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, 2007, p630.

juge et le législateur français pour protéger la vie anténatale n'a de frein que des considérations politiques et non juridiques. Il s'agit de ne pas créer de confusions dans l'esprit du justiciable qui risquerait de ne pas comprendre l'articulation entre le droit pour la femme d'avorter et la protection de la vie de l'enfant avant la naissance.

Pourtant, la libre disposition de la femme sur son corps qui fonde la liberté de recourir à une interruption volontaire de grossesse gagnerait à voir pénaliser les atteintes involontaires au fœtus. En effet, comment justifier le fait que soit répréhensible d'une amende de 30 000 euros et de deux ans d'emprisonnement le fait d'empêcher une femme de se renseigner pour interrompre sa grossesse, nuisant à la libre disposition de celle-ci sur son corps, mais dans le même temps laisser impuni celui qui par un acte fautif la prive irrémédiablement d'une grossesse qu'elle comptait pourtant mener à son terme.

Le vide juridique que la France n'est pas la seule à connaître concernant le décès involontaire du fœtus nuit d'une certaine manière à la libre disposition de la femme sur son corps. A cet égard, la pénalisation s'avère opportune. Elle l'est également au regard des objectifs intrinsèques au droit répressif.

§2. L'opportunité criminologique de la pénalisation

La répression se révèle judicieuse, au regard des incohérences juridiques dont est porteur le *statut quo* actuel (A), ainsi que de la reconnaissance que peuvent légitimement attendre les victimes d'un tel dommage (B).

A. Une législation paradoxale

Les législations qui refusent de punir l'agent à l'origine d'une atteinte *in utero* de l'enfant à naître ne le font qu'à au moins deux conditions : que cette atteinte soit constitutive d'un décès et que cette atteinte soit involontaire. Or, chacune de ces conditions mène à des solutions contradictoires.

Ignorer la survenance d'un dommage est contraire aux conditions d'existence des infractions non intentionnelles. En effet, la répression de ces infractions est déterminée par le résultat qu'occasionne la faute commise par un agent pénal maladroit, imprudent ou négligent. Ainsi, par exception, le droit pénal se montre-t-il indifférent à l'absence de volonté infractionnelle pour fonder une condamnation. C'est parce que la survenance du résultat en elle-même légitime l'intervention du droit répressif qu'est justifiée l'indifférence au *mens rea*. Ainsi, une personne dont les côtes sont brisées parce qu'une voiture l'a accidentellement

renversée ou parce qu'un conducteur l'avait pris pour cible sera quoi qu'il adviene considérée comme une victime. Le droit pénal reconnaît le dommage subi et par là même érige l'intégrité physique en valeur essentielle protégée par le droit national. Pourtant, en ce qui concerne le dommage consistant en le décès *in utero* de l'enfant à naître, sa possibilité de recevoir une qualification pénale est soumise à l'existence d'une intention chez l'auteur de l'acte générateur. En effet, l'avortement causé par un tiers reçoit une qualification pénale quand les manœuvres sont volontaires. Ainsi, le code pénal allemand punit de six mois à cinq ans d'emprisonnement quiconque interrompt une grossesse contre la volonté de la femme enceinte²⁴³. De même, le droit répressif luxembourgeois fait encourir une peine de prison de cinq à dix ans celui qui par tout moyen fait avorter à dessein une femme enceinte²⁴⁴. Pourtant, législation et juridiction de ces deux pays s'opposent à intervenir quand le dommage est le fruit d'un acte involontaire. De la même manière, le code pénal français érige en infraction l'interruption volontaire de la grossesse sans le consentement de l'intéressée²⁴⁵. Il a pu être avancé que le *ratio legis* de l'incrimination n'est pas de protéger les atteintes au fœtus mais le consentement de la mère à subir de telles atteintes. Cette remarque n'a aucune incidence sur notre propos puisque que l'atteinte soit volontaire ou non, la mort du fœtus qu'elle occasionne affecte le consentement de la mère qui comptait mener sa grossesse à terme. Ainsi, dans la mesure où le droit répressif se montre par nature indifférent à la volonté de l'agent pénal quand une atteinte suffisamment grave justifie son intervention, il semble incohérent que les législations fassent du cas de l'atteinte à l'enfant à naître une exception, que l'on analyse le dommage au regard de l'atteinte à l'intégrité de l'enfant conçu ou à l'aune de l'atteinte au consentement de la femme enceinte. Ainsi que le résume Mme Bertrand-Mirkovic, l'exclusion de l'enfant conçu du champ des atteintes involontaires est loin d'être convaincante puisque « le fait qu'il y ait atteinte ou non à la vie d'un être humain ne dépend pas du caractère volontaire de l'atteinte »²⁴⁶.

L'incohérence juridique se poursuit au regard des autres infractions pénales que fonde une atteinte au fœtus *in utero*. La jurisprudence est constante : l'enfant qui naît vivant avec des séquelles d'une atteinte qu'il a subi dans le ventre de sa mère est reconnu comme une victime par le droit pénal. Cette solution est retenue par la chambre criminelle concernant les blessures involontaires commises sur l'enfant avant sa naissance²⁴⁷. On relève ainsi une contradiction

²⁴³ Art. 2018 (2), Interruption de grossesse, Code pénal Allemand (§ 218, (2), Schwangerschaftsabbruch, Strafgesetzbuch).

²⁴⁴ Art. 348, Code pénal du Luxembourg.

²⁴⁵ Art. 223-10, Code Pénal français.

²⁴⁶ A. BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, p143.

²⁴⁷ Crim., 9 décembre 1986, n° 86-81.124.

dans la répression. Si l'atteinte est suffisamment grave pour provoquer la mort *in utero*, elle demeure impunie. En revanche, les blessures bénignes permettent la mise en œuvre de l'arsenal répressif une fois l'enfant né vivant. Ce paradoxe est relevé par le doctrine et plus ou moins bien accueilli. Si les commentateurs de la décision de 2001 en assemblée plénière relèvent une « incohérence », M. Byk l'estime convenable puisque « si cette différence choque la morale, elle n'en est pas moins conforme au droit »²⁴⁸. Toutefois, conformité au droit n'est pas gage de cohérence, ou de justice.

B. Un sentiment d'injustice

Incriminer le fait de donner la mort involontairement au fœtus permettrait également de remédier à ce qui est vécu comme une injustice par les proches en attente de la naissance de l'être décédé. Si M. Carbonnier considère la question de la pénalisation de l'homicide involontaire du fœtus sans « intérêt criminologique »²⁴⁹, tel n'est pas l'avis de l'entière de la doctrine.

Ainsi que le relèvent les commentateurs de l'arrêt de 2001, l'enfant à naître est déjà considéré comme un membre de la famille par ses proches, d'autant plus à l'ère de l'imagerie médicale qui permet aux futurs parents de se représenter physiquement l'être attendu. Il est déjà inclus dans la communauté humaine et familiale. Des études menées par des psychiatres relèvent l'intensité de la souffrance qu'engendre la mort périnatale chez ceux qui s'imaginaient déjà parents. Leur peine emprunte à la fois au deuil mais également à l'amputation pour la femme privée de sa grossesse avant son terme. Ainsi, « douleurs physique et psychique se superposent ou se mélangent. Atteinte dans son intégrité physique, la femme éprouve des sensations kinesthésiques de manque, de vide, comme chez l'amputé, mais aussi de réelles transformations corporelles qui s'inscrivent définitivement et font présent l'absent »²⁵⁰. L'objectif du droit pénal n'est évidemment pas de se saisir de tout ce qui émeut les justiciables pour les ériger en incriminations, toutefois il ne peut y demeurer indifférent. Du reste, les événements récents illustrent les tentatives juridiques de se saisir du phénomène pour répondre aux émotions de l'opinion publique. En effet, l'affaire Pierre Palmade a été l'occasion de publier de multiples articles de presse au sujet de l'absence de personnalité juridique du fœtus en droit français. Nombre de juristes ont alors eu l'occasion de s'exprimer quant à

²⁴⁸ C. BYK, « L'embryon jurisprudentiel », *Gaz. Pal.*, 1997.2.chron., p1391.

²⁴⁹ J. CARBONNIER, « Note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998 », *op. cit.*, p1.

²⁵⁰ M.-J. SOUBIEUX, M. SOULE, « Le deuil périnatal », *La psychiatrie foetale. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France*, « Que sais-je ? », 2005, p. 82-91. URL : <https://www-cairn-info.docolec-u-paris2.idm.oclc.org/la-psychiatrie-foetale--9782130541936-page-82.htm>.

l'opportunité d'ériger en infraction l'acte constitutif d'un avortement involontaire. Cette impulsion systématique illustre l'opinion sociétale majoritaire selon laquelle les fœtus sont des personnes, et leur humanité mérite d'être prise en considération.

Au-delà de la reconnaissance par le droit pénal de la douleur des proches de perdre un être attendu, c'est la nécessité d'obtenir une réparation adéquate qui justifierait la répression. En effet, on ne peut considérer que la question n'a que peu d'importance sur le terrain criminologique seulement parce que l'atteinte à la femme permettra de fonder l'infraction quoiqu'il adienne. Le préjudice causé à la mère, outre la perte de l'enfant qu'elle attend peut s'avérer infime et n'emporter qu'une menue qualification contraventionnelle. Une telle solution présente des effets pervers dans la mesure où l'indemnisation au civil du préjudice de la victime sera rendue au regard de l'engagement de la responsabilité pénale de l'auteur de la faute. Si le fœtus est décédé *in utero*, le responsable n'indemniserà les parents qu'à l'égard de leur préjudice moral qui n'offre qu'une faible compensation financière²⁵¹. Cette indemnisation aurait été largement plus élevée si au résultat de la même faute, l'enfant avait survécu et était né handicapé.

Ainsi, la reconnaissance de la mort de l'enfant *in utero* serait non seulement une reconnaissance symbolique de la douleur des victimes mais permettrait également une indemnisation adaptée au dommage subi. Toutefois, l'opportunité ne se place pas seulement sur le terrain des victimes, mais plus largement sur les valeurs que le système répressif tend à ériger comme essentielles au sein de la société. Ce serait méconnaître la fonction hautement symbolique du droit pénal que de limiter l'intérêt d'incriminer la mort accidentellement provoquée de l'enfant à naître à l'opportunité de punir les auteurs ou de permettre aux victimes d'être indemnisée. Il revient au droit pénal la mission de protéger les justiciables des atteintes dont ils peuvent être victimes, et la protection qui leur est due découle de leur humanité. Ainsi qu'en témoigne la formule éloquente de Mme Bertrand-Mirkovic, « l'humanité a des conséquences juridiques en elle-même », et la qualité d'être humain doit pouvoir produire les effets que le droit lui attache. Ainsi, fait fausse route la Cour d'appel de Metz qui définit l'être vivant comme celui qui est « venu au monde puis décédé »²⁵².

²⁵¹ Le décès du fœtus emporte une indemnisation en raison du préjudice d'affection. En ce sens, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, 11 juillet 2022, RG n°20/00241.

²⁵² Cour d'appel de Metz, 3 septembre 1998, J.C.P., G., 2000.II.10231, note Fauré ; *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologiques*, Bull. n°87, p. 7838.

L'existence assimilée à la naissance crée une confusion juridique entre la personnalité juridique qui donne le droit de participer à la vie juridique, d'ester en justice et d'avoir un patrimoine et la personnalité humaine qui mérite d'être pénalement protégée en tant que telle. Ainsi, si la personnalité juridique est un « mécanisme qui régit le commerce juridique ; il ne faut pas en faire une condition de la protection pénale de l'être humain »²⁵³.

Le droit pénal français se refuse aujourd'hui à punir les atteintes involontairement infligées à un fœtus qui lui seraient fatales. Cette abstention est avant tout le fruit de craintes politiques. De peur que soit remise en question la liberté de la femme porteuse du fœtus à disposer librement de son corps, le droit ignore l'enfant avant qu'il ne naisse. Pourtant, cette indifférence est difficilement recevable pour les victimes et entre en contradiction avec l'objectif protecteur du droit pénal. Sanctionner les atteintes involontaires à la vie fœtale revient à respecter le consentement de la femme à poursuivre ou non sa grossesse. Afin de ne pas tomber dans les excès de lois liberticides telles qu'on les observe sur le continent américain, le recours à une incrimination spécifique faisant de la figure maternelle une exception à l'incrimination permettrait de contourner les risques d'une pénalisation abusive. Aussi les illustrations internationales sont-elles autant de sources de déboires à éviter que de modèles à reproduire.

²⁵³ J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », in *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges C. Bolze, Economica, 1999, p370.

BIBLIOGRAPHIE

Textes normatifs

Internationaux

Convention relative à l'esclavage, 25 septembre 1926.

Déclaration des droits de l'enfant, 20 novembre 1959.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966.

Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989.

Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, 4 avril 1997.

Résolution des Nations Unies sur les droits de l'homme et la bioéthique, 11 novembre 1997.

Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains, 8 mars 2005

Européens

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950.

Parlement européen, résolution du 16 mars 1989 sur la fécondation artificielle *in vivo* et *in vitro*.

Régionaux hors Europe

Résolution sur la bioéthique adoptée par l'Organisation de l'Unité africaine, 10 juillet 1996.

Pacte de San José, appelé aussi Convention interaméricaine relative aux Droits de l'Homme, 22 novembre 1969.

Internes

Dispositions législatives

Code de la Santé Publique

Code Civil

Code Pénal

Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

Travaux législatifs

Projet de loi relatif à la bioéthique, Rapport n° 128 (2002-2003), 15 janvier 2003.

Amendement n°281 présenté par M. Garraud en deuxième lecture de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (n°1109), 25 novembre 2003.

« L'accès à l'assistance médicale à la procréation », *Etudes de législation comparée* n°193, mars 2009.

« L'interruption volontaire de grossesse », *Etude de législation comparée* n°280, *Sénat*, Juillet 2017.

Etrangères

Dispos constitutionnelles

Constitution des Etats-Unis, 17 septembre 1787

Charte canadienne des droits et libertés, 17 avril 1982.

Dispositions législatives

Code pénal allemand

Code pénal belge

Code pénal brésilien

Code pénal chilien

Code pénal espagnol

Code pénal éthiopien

Code pénal italien

Code pénal luxembourgeois

Code pénal moldave

Code pénal norvégien

Code pénal salvadorien

Code pénal turc

Loi n° 194 du 22 mai 1978 portant règles pour la protection sociale de la maternité et sur l'interruption volontaire de la grossesse (Italie)

Children Act britannique, 16 novembre 1989

Code of Practice du Human Fertilisation and Embryology Act, 1er novembre 1990 (Royaume-Uni)

Loi fédérale allemande sur l'embryon, 13 décembre 1990

Loi sur le planning familial, la protection du fœtus humain et les conditions de réalisation de l'interruption de grossesse modifiée, 7 janvier 1993 (Pologne)

Georgia House Bill 481, *Living Infants and Fairness Equality (LIFE) Act.*, 20 juillet 2022 (Géorgie, Etats-Unis).

Travaux législatifs

Loi modifiant le Code criminel, projet de loi no C-484, 5 mars 2008 (Canada).

Dictionnaires et répertoires

CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., PUF, 2021.

FENOUILLET, Dominique, « Respect et protection du corps humain, protection de la personne, principes », *Jurisclasseur civil*, fascicule 10, 1997.

MAYAUD, Yves, « Art. 1er - Dimension humaine de l'atteinte (protection pénale du fœtus) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale / Violences involontaires : théorie générale Pén.* – Mis à jour de mars 2022.

MISTRETTA, Patrick, « interruption volontaire de grossesse », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Encyclopédie juridique*, Dalloz, 2019.

VIRIOT-BARRIAL, Dominique, « Destructures – Dégradations – Détériorations », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019 (actualisation 2021).

Le Trésor de la Langue Française informatisé, CNRTL

Ouvrages et contributions

BAUDOIN, Jean-Louis et LABRUSSE-RIOU, Catherine, *Produire l'homme : de quel droit ?*, P.U.F., PARIS, 1987.

BIGOT DE PREAMENEU, Félix Julien Jean, extrait des travaux préparatoires du Code Civil, *Naissance du code civil*, Flammarion, éd. 1989, p227.

Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français, ELSEVIER-MASSON, Les référentiels des collèges, 2021.

DELASSUS, Jean-Michel, *Penser la naissance*, Dunod, « Hors collection », 2011.

DREYER, Emmanuel, « « Autrui » en matière pénale », *La diversité du droit : mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Centre de recherches en théorie générale du droit (Paris), 2012.

FOUCAULT, Michel, « La vie : l'expérience et la science », *Dits et écrits*, t. 4, Paris, Gallimard, 1994.

GARAPON, Antoine, GROS, Frédéric, PECH, Thierry, *Et ce sera justice. Punir en démocratie.*, Odile Jacob, « Hors collection », 2001.

GARAPON Antoine, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Odile Jacob, « Hors collection », 2002.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, ROMAN, Diane, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, HyperCours, 3e édition, 2017.

LAINGUI, André et LEBIGRE, Arlette, *Histoire du droit pénal, I, Le droit pénal*, Paris, Cujas, 1979.

LEPAGE, Agathe, et MAISTRE DU CHAMBON, Patrick, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », *Les droits et le Droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, 2007.

MALABAT, Valérie « l'homicide involontaire du fœtus », *La bioéthique en débat : le début de la vie*, Dalloz, 1^{ère} éd. mai 2019.

MANIER, Bénédicte, « 2. Comment les filles disparaissent », *Quand les femmes auront disparu. L'élimination des filles en Inde et en Asie*, Paris, La Découverte, « Poche / Essais », 2008, p. 57-95.

SUDRE, Frédéric, « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie » in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998.

TERRE, François et FENOUILLET, Dominique, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 1996.

VAN DER LUGT, *L'animation de l'embryon humain et le statut de l'enfant à naître dans la pensée médiévale*, 2005.

Thèses

BERTRAND-MIRKOVIC, Aude, *La notion de personne*, thèse de doctorat, faculté d'Aix-Marseille, 2003.

FARAG, Mourad, *L'infraction contre la vie anténatale, étude comparée des droits pénaux français et égyptiens*, thèse, Paris II, 1990.

GUESMI, Anmar, *La protection pénale de l'enfant avant sa naissance*, 2003, 1^{ère} éd., texte remanié de thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris II, l'Hermès.

LABBEE, Xavier, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Thèse PU Lille et PU Septentrion, 2012.

PAIN-MASBRENIER, Marie-Thérèse, *Les libertés et les droits en matière de procréation humaine*, thèse de doctorat, université Paris II Panthéon-Assas, 2004.

Articles

Revue juridique ou scientifique

ANDERNO, Roberto, « Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, 46-1, pp. 141-152.

BYK, Christian, « L'embryon jurisprudentiel », *Gaz. Pal.*, 1997.2.chron., p1391.

CARBONNIER, Jean

« L'hypothèse du non-droit », in *Archives Phil. dr.*, 1963, p55 et s., p65.

« Note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998 (homicide involontaire) », texte inédit – 16 mars 2001, *Presse universitaire de France*, « L'année sociologique », 2007/2, Vol. 57, p519 à 525.

- OHLINGER, Théo, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux : Cour constitutionnelle autrichienne », in *R.I.D.C.*, 1981, pp558 et s.
- CONTE, Philippe, « Homicide par imprudence – cas du fœtus – absence d’incrimination », *Revue de droit pénal*, n°9, septembre 2018, comm. 147.
- CORPART, Isabelle, « Affaire Pierre Palmade : où l’on redécouvre que mettre fin à une grossesse n’est pas un homicide », *Lextenso*, Actu juridique, 17/02/2023.
- DREIFUSS-NEITER, Frédérique, « La protection de l’être humain avant la naissance », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 89.
- FORSYTHE, Clarke, “*Homicide of the Unborn Child- The Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms*” (1987) 21 *Aporaiso* t LR 563.
- GRANET, François, « Les droits européens et le décès périnatal », *L’Esprit du Temps*, « Etudes sur la mort », 2001/1 n°119, p163-169.
- LABBEE, Xavier, « Affaire Palmade : et si l’on personnifiait l’enfant conçu ? », *Lextenso*, Actu-Juridique, 15/02/2023.
- LEBORNE, Jérôme, « L’embryon et le fœtus, entre personne et chose, entre science et droit : des protections d’intérêts », *Revue générale du droit on line*, 2020, n° 51180.
- LEMONDE, Lucie, « Les menaces au droit à l’avortement et à l’autonomie des femmes enceintes », *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n°3-4, sept.-déc. 2009, p611-635.
- MARTIN, Jean, « Le statut du fœtus – influence à son égard des développements médicaux et techniques », *Bioéthique et droit*, *Revue médicale suisse*, n°21 cardiologie, 2005.
- B. MAURER, « Notes sur le respect de la dignité humaine... ou petite fugue inachevée autour d’un thème central », *Le droit, la médecine et l’être humain*, P.U. Aix-Marseille, 1996, p185.
- MAYRAUD, Yves, « La protection pénale du fœtus ? N’y revenons plus ! », chronique, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2018/4 (N° 4), pages 887 à 899.
- MURAT, Pierre, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique », *Droit de la famille*, septembre 1997, p4.
- PRADEL, Jean, « La seconde mort de l’enfant conçu », *Recueil Dalloz*, 2001, p2907.
- PINTO, Roger, « La Cour suprême américaine et l’avortement », *Revue de Droit public*, 1993.
- ROBERT, Jacques, « La décision du Conseil Constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l’interruption volontaire de grossesse », in *R.I.D.C.*, 1975, pp 873 et seq.
- ROUJOU de BOUBEE, Gabriel, « L’embryon et le fœtus en droit pénal », *Journal international de bioéthique et d’éthique des sciences*, 2017, vol. 28, n°4, p127.
- SAINTE-ROSE, Jerry, RASSAT, Marie-Laure, et SARGOS, Pierre, « Homicide et blessures involontaires - L’enfant à naître peut-il être victime d’un homicide involontaire ? L’Assemblée

plénière de la Cour de cassation prend position », comm. Cass. ass. plén., 29 juin 2001, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 29, 18 Juillet 2001, II 10569.

Kristin SAVELL, “Is the Born Alive Rule Outdated and Indefensible”, 28 *Sydney L. REV.* 625 (2006).

SERVERIN, Evelyne, « Vie et Mort du fœtus au regard du droit pénal : de la vie protégée à la mort sanctionnée », *D.*, 1997.557.

SEUVIC, Jean-François, « Variations sur l’humain, comme valeurs pénalement protégées », in *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges C. Bolze, Economica, 1999, p370.

SOUBIEUX, Marie-José et SOULE, Michel, « Le deuil périnatal », *La psychiatrie fœtale. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France*, « *Que sais-je ?* », 2005, p. 82-91.

TABET, Claude, DUPUIS-GAUTHIER, Catherine, SCHMIDT, Pierre, MAERTEN-LESOT, Brigitte, POREZ, Sabrina, DELION, Pierre, SOULE, Michel, « Maltraitance à fœtus : comment comprendre pour prévenir », *Devenir*, 2009/4 (Vol. 21), pages 205 à 244

Presse grand public

AZOUZE, Théodore, « Affaire Pierre Palmade : quel statut légal pour le fœtus lors d'enquêtes pour "homicide involontaire" ? », *Marianne*, 13/02/2023

B.L. avec AFP, « Floride : incarcérée pour meurtre et enceinte, elle demande à être libérée », *Le Point*, 24/02/2023.

Collectif TERRIENNES, « Avortement : le Salvador poursuivi pour « torture » devant la Cour interaméricaine des droits humains », *TV5 Monde*, le 23 mars 2023.

HINRY, Margot, « Alors que le droit à l'avortement recule aux États-Unis, il avance (doucement) en Amérique du Sud », *National Geographic*, 27/06/2022.

MONTOYA, Angeline, « Le Salvador envoie une femme en prison après une fausse couche », *Le Monde*, 11/05/2022

NAU, Jean-Yves, Interview de Guy BRAIBANT, *Le Monde*, 1^{er} janvier 1992.

NEWMAN, Amie, “Pregnant? Don’t Fall Down the Stairs”, *Rewire* (February 15, 2010).

PALTROW, Lynn

« Coalition pour le droit à l’avortement au Canada », *Leçons tirées de l’expérience des États-Unis relativement aux lois sur les enfants non encore nés victimes d’actes criminels*, (National Advocates for Pregnant Women), p. 3-4

“Governmental Responses to Pregnant Women Who Use Alcohol or Other Drugs”, *Year 2000, Overview*, 1er octobre 2000, p.8

Pregnancy Justice, Who Do Fetal Homicide Laws Protect? An Analysis for a Post-Roe America, August 17, 2022.

ASMA-SADEQUE, Samira, « Personnalité du fœtus : le silence de la Cour suprême des Etats-Unis », *The Guardian*, synthèse de presse, 14/10/2022.

Autres

Les lois de bioéthique : cinq ans après, Conseil d'Etat – Section du rapport et des études, remis à Lionel JOSPIN en novembre 1999, *La Documentation française*, Coll. « Etudes du Conseil d'Etat », 1999, p11.

Rapport explicatif de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Oviedo, 4.IV.1997.

M. WARNOCK and the Committee of Inquiry into Human fertilization and Embryology, *The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* (1984), 1985

Table des jurisprudences

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, *X. c. Norvège*, 29 mai 1961, Req. n°867/60.

CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, 13 mai 1980, Req. n°8416/79.

CEDH, *H c. Norvège*, 19 mai 1992, Req. n°7004/90.

CEDH, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, Req. n°14234/88.

CEDH, *Vo c. France*, 8 juillet 2004, Req. n°53924/00.

CEDH, gr. ch., 27 août 2015, *Parrillo c/ Italie*, Req. n° 46470/11.

Constitutionnelles

France

Cons. Const., 15 janvier 1975, n° 74-54, DC

Allemagne

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 25 févr. 1975, BVerfGE, t. 39, p. 1.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 28 mai 1993 BVerfGE, t. 88, p. 208.

Autriche

Cour constitutionnelle autrichienne, 11 octobre 1974

Canada

Borowski v. Canada (1987), 33 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Sask.), 9 mars 1989

Tremblay c. Daigle, [1989] 2 R.C.S. 530. 16 novembre 1989

R. c. Sullivan, [1991] 1 R.C.S. 489, 21 mars 1991

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.), [1997] 3 RCS 925, n°25508, 31 octobre 1997.

Etats-Unis

Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al., No. 19–1392, Cour Suprême des Etats Unis, 24 juin 2022.

Autres juridictions

Cour de cassation française

Cass. crim., 7 août 1874, *Marie Bohart*

Cass. crim., 16 janvier 1986, 85-95.461

Cass. crim., 9 décembre 1986, n° 86-81.124.

Cass. crim., 30 juin 1999, 97-82.351

Cass. ass. plén., 29 juin 2001, 99-85.973

Cass. crim., 4 mai 2004, 03-86.175

Juridictions du fonds françaises

Cour d'appel d'Amiens, 28 avril 1964, *Gaz. Pal.*, 1964.2.167.

Cour d'appel de Douai, 16 mai 1882, S., 1883.II.153.

Cour d'appel de Paris, 15 février 1996

Cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998

Cour d'appel de Toulouse, 11 juillet 2022, RG n°20/00241.

Juridiction du fonds belge

Cour d'appel de Gand, 1^{er} février 1882, *Pas.*, 1882, II, p242.

Etats-Unis

In re A.C., 533 A.2d 611 (D. App. D.C. 1987), 16 juin 1987

Whitner v. State, 492 S.E.2d 777, S.C. 1997, 15 juillet 1997

State v. McKnight, 576 S.E.2d 168, S.C. 2003, 27 janvier 2003

Alabama v. Jones, 68-CC-2019-000719.00 (Ala. Cir. Ct. 2019), 19 juillet 2019

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU FŒTUS : UNE PROTECTION PENALE SANS RECONNAISSANCE GENERALE	12
CHAPITRE 1. LA RECONNAISSANCE IMPRECISE DE L'ENFANT A NAITRE	13
Section 1. Une reconnaissance acquise en son principe	14
§1. Les traités internationaux	14
A. La prise en compte internationale de l'être avant de naître.....	14
B. Les ambages des textes internationaux.....	15
§2. Les conventions régionales.....	17
A. En Europe.....	18
B. Hors Europe.....	21
Section 2. Une reconnaissance à la discrétion des Etats	22
§1. La reconnaissance dès la conception.....	22
§2. La reconnaissance au cours de la grossesse.....	24
§3. La reconnaissance à la naissance	27
CHAPITRE 2. LA PROTECTION PENALE INDIRECTE DE L'ENFANT A NAITRE	30
Section 1. Protéger le fœtus de son instrumentalisation.....	30
§1. Le fœtus, instrument de la recherche.....	31
§2. Le fœtus, instrument du projet parental.....	33
A. Les limites à la procréation.....	33
B. L'encadrement du refus d'enfanter.....	35

Section 2. Protéger la femme porteuse du fœtus	37
§1. Les circonstances aggravantes.....	37
A. La double atteinte à l'enfant conçu et à la génitrice.....	37
B. Le profit d'un état de vulnérabilité.....	39
§2. Les incriminations autonomes	39
A. La protection accrue d'une personne vulnérable.....	40
B. La protection détournée de l'enfant à naître	41
PARTIE 2. LE CAS PARTICULIER DE L'HOMICIDE INVOLONTAIRE DU FŒTUS	43
CHAPITRE 1. UNE INFRACTION VARIABLEMENT RECONNUE.....	44
Section 1. L'absence de pénalisation.....	44
§1. Le refus du juge de se faire législateur.....	44
A. La solution.....	44
B. Le raisonnement	46
§2. La conséquence : une pénalisation soumise à une temporalité arbitraire	49
A. La born alive rule.....	49
B. L'enfant naissant.....	49
C. La mort <i>ex utero</i>	50
Section 2. Le choix de la pénalisation.....	52
§1. Par le prisme de l'infraction de droit commun d'homicide involontaire.....	52
A. Aux Etats-Unis.....	52
B. En Amérique latine.....	53
§2. Sous l'angle d'incriminations autonomes.....	53
A. Les restrictions	54
B. La généralisation.....	54
§3. Par le biais de circonstances aggravantes.....	55

CHAPITRE 2. LES ENJEUX DE L'INCRIMINATION	59
Section 1. Les risques de la pénalisation.....	59
§1. La menace pénale sur la femme porteuse du fœtus	60
A. La pénalisation de la victime.....	60
B. Une incohérence juridique.....	62
§2. Le fœtus, victime de multiples infractions.....	62
A. Les atteintes involontaires au fœtus	63
B. La mise en danger de l'enfant à naître.....	63
C. Les dispositions autonomes.....	65
Section 2. Des craintes politiques et non juridiques.....	67
§1. Homicide involontaire du fœtus et interruption volontaire de grossesse.....	68
A. Manifestation des réticences.....	68
B. L'absence de contradiction.....	69
§2. L'opportunité criminologique de la pénalisation.....	72
A. Une législation paradoxale.....	72
B. Un sentiment d'injustice.....	74
BIBLIOGRAPHIE.....	77

